

CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL N.º 2.203/73

Tribunal de Contas do Estado da Guanabara — Emenda proposta pelo Senhor Conselheiro Humberto Braga à Resolução n.º 11/72 do Tribunal de Contas do Estado da Guanabara. Superveniência da Lei estadual n.º 2.203, de 29.6.1973, que encampou a norma da Resolução n.º 11/72 que a emenda visava alterar. Obrigatoriedade do cumprimento da lei local, que não ofende o Decreto-lei n.º 200/67 e confirma a longa tradição da nossa legislação relativamente aos casos de adiantamento e de dispensa de licitação.

O eminente Conselheiro Humberto Braga propôs, inicialmente, uma emenda à Resolução n.º 11/72, deste Egrégio Tribunal de Contas, tendo, em seguida, diante da promulgação da Lei estadual n.º 2.203, de 29.6.1973, publicada no *Diário Oficial* de 2.7.73, suscitado a inconstitucionalidade do mencionado diploma, para que a mesma fosse apreciada pela Corte, concluindo no sentido de mandar aplicar ao Estado a legislação federal existente sobre a matéria, em detrimento das normas locais.

Fundamentou-se inicialmente o ilustre proponente em opinião do Professor Helly Lopes Meirelles, conhecida através do artigo deste grande mestre, publicado no n.º 25 da *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, segundo o qual as licitações são regidas pelo Decreto-lei federal n.º 200, artigo 125 a 144, aplicável aos Estados e Municípios por força da Lei federal n.º 5.456, de 1968.

Convém, portanto, ver o que diz o mesmo Professor Helly Lopes Meirelles em seu recentíssimo trabalho *Licitação e Contrato Administrativo*, publicado na *Revista dos Tribunais* (São Paulo, 1973, pág. 303). Referindo-se à Lei paulista 10.395/70 (atualmente substituída pela Lei n.º 89/72) declarou o renomado jurista:

“Esta lei encampa todos os dispositivos do Decreto-lei federal número 200/67 sobre licitação e contratos administrativos aplicáveis ao Estado, complementando-se com preceitos novos, necessários a um estatuto orgânico como o que ora se promulga sobre a matéria”.

Vê-se, por conseguinte, que o mestre de São Paulo, à época da promulgação da primeira das leis citadas Secretário de Justiça do grande Estado e autor da mensagem que encaminhou ao Governador o anteprojeto

da mesma, sentiu a necessidade de um diploma legal estadual que adaptasse aos Estados a lei federal, o que significa entender ele que a mesma não poderia ser aplicada *de pleno jure* no plano estadual.

É claro que a adaptação da lei federal aos Estados não implica em desrespeitar os princípios gerais básicos da estrutura federal na matéria, mas isto não leva à obrigatoriedade da aplicação *ipsis verbis* da lei federal aos Estados e Municípios. Na verdade a própria legislação paulista, inspirada no Decreto-lei n.º 200, não o copiou, mas o adaptou. Assim, por exemplo, na matéria que nos interessa e que se refere à dispensa de licitação, a lei paulista contém, no seu art. 24, onze hipóteses de dispensa (inciso I a XI) enquanto o Decreto-lei federal n.º 200 só contempla nove casos (letras *a* a *i* do parágrafo 2.º do art. 126), embora, no seu conteúdo, as duas regras coincidam a *grosso modo*. Houve, na lei paulista, uma melhor técnica da exposição dos casos de dispensa.

Portanto, Helly Lopes Heirelles não entende que o Decreto-lei número 200/67 deva ser aplicado *de plano* na órbita estadual, tanto assim que foi o Presidente da Comissão que elaborou o projeto de que resultou a Lei paulista n.º 10.395/70, que depois foi substituído, com alterações mínimas, pela Lei n.º 89/72. Nem tampouco entende ele que a lei estadual adaptativa deva copiar, mecanicamente, o disposto no referido Decreto-lei federal, apesar do que dispõe a Lei n.º 5.456/68.

Resta saber se a Resolução 11/72 deste Tribunal, em seu artigo 3.º parágrafo 1.º, prestigiada pelo endosso que lhe deu a Lei n.º 2.203 da Guanabara, ao criar mais um caso de dispensa de licitação, em virtude de serem necessárias *Despesas Extraordinárias ou Urgentes*, não discrepou dos princípios gerais da lei federal. Na realidade, a nova hipótese que passa a constituir a letra *j* do parágrafo 1.º do art. 207 do CAF consiste num desdobramento explicitante do caso da letra *h* que se refere a *Emergência*, definida como “urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras, bens ou equipamentos”. De fato, no caso de adiantamento, que já se encontra tradicionalmente consagrado tanto na legislação federal como nas leis estaduais, há uma *urgência presumida*, pois, não concedido o adiantamento ocorreria normalmente um prejuízo no funcionamento dos serviços. Os dois elementos da letra *h*, — *urgência e ameaça de prejuízo* —, parágrafo 2.º do art. 126 do Decreto-lei 200/67 se reencontram na citada letra *j* da nossa lei estadual, porquanto, presumidos no caso de adiantamentos neste dispositivo significam somente a explicitação de uma presunção.

A doutrina sempre vinculou, aliás, as hipóteses de *emergência*, de *urgência* e de *extraordinariedade* da despesa. Antonio Marcello da Silva, estudando a dispensa de licitação nos casos de emergência, salienta que ela tanto pode ser “atual” — a que se verifica no momento, como “iminente” — a que está prestes a ocorrer, sendo, “geralmente, anômala, mas existem situações em que é uma verdadeira constante”. E cita o professor paulista a hipótese da aquisição de gêneros alimentícios perecíveis que, em razão da própria natureza deles, não podem sujeitar-se ao processo de qualquer modalidade de licitação (v. Antonio Marcello da Silva, *Contratações Administrativas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, pág. 60 *in fine*). Hely Lopes Meirelles adverte que o reconhecimento de emergência “é de valor subjetivo” (obra citada, pág. 105), dependendo, pois, das circunstâncias e da situação peculiar de cada caso.

Podemos, pois, entender que a lei estadual admite hipóteses de dispensa de licitação baseadas numa presunção decorrente da própria natureza da operação que justifica o adiantamento. Equipara, assim, a legislação estadual, aos casos comprovados de emergência, os de urgência e os extraordinários em que houve necessidade de adiantamento. A utilização do adiantamento implica, conseqüentemente, em presunção de urgência, aplicando-se a casos em que ocorrem imperativos caracterizados, nos termos da letra *j* do parágrafo 1.º do art. 207 do Código de Administração Financeira, pelas seguintes circunstâncias cumulativas:

- a) concessão de adiantamento nas formas e nos casos legalmente previstos;
- b) e alternativamente:
 - 1) urgência;
 - 2) extraordinariedade;
 - 3) impossibilidade de utilização normal da dotação própria.

Em conclusão, a situação nova prevista na Lei n.º 2.203 não conflita com o espírito da legislação federal, importando apenas na explicitação de situação genérica prevista pela lei federal. Da mesma maneira que a lei paulista desdobrou em onze as nove situações previstas pela lei federal, a lei da Guanabara, que inicialmente transcrevera *ipsis litteris* o texto federal, acaba de introduzir mais uma alínea sobre a matéria que não fere nem o espírito do sistema nem as suas diretrizes básicas.

Acresce que a situação peculiar dos adiantamentos já tem sido consagrada na legislação federal a estadual, há longos anos, como lembrou o eminente Conselheiro Ivan Lins no seu fundamentado voto. Na realidade, sempre se admitiu que o adiantamento implicasse numa dispensa de licitação em virtude de ocorrer, no caso, uma presunção de urgência ou de extraordinariedade, pois, se a hipótese não fosse urgente, nem extraordinária, realmente não se justificaria o adiantamento. Trata-se de um voto de confiança que a lei dá ao administrador para evitar a paralização da máquina do Estado, pois o Governo dos juizes não pode, em caso algum, constituir entrave ao desenvolvimento do país e ao progresso nacional. Está incontestavelmente superada a fase do *Governo dos Juizes* invocada por Edouard Lambert e na qual a Suprema Corte americana tentou impedir o Governo Roosevelt de implantar o *New Deal* renovando a sociedade americana. (V. Edouard Lambert, *Le gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux États Unis*, Paris, Marcial Giard, 1921 e Roger Pinto, *La Cour Suprême et le New Deal*, Paris, Direy, 1938, *passim*)

O Conselheiro Ivan Lins salienta, muito oportunamente, que o adiantamento já tinha sido consagrado pelo Código da Contabilidade da União Federal, aprovado pelo Decreto n.º 4.536 de 28 de janeiro de 1922, no seu artigo 69 nos seguintes termos:

“Art. 69. Os Ministérios poderão requisitar do Tesouro Nacional ou de suas delegacias adiantamentos de quantias a serem entregues a funcionários públicos, para efetuarem pagamento de despesas, nos seguintes casos:

- a) quando se tratar de serviços extraordinários e urgentes, que não permitem delongas na satisfação das despesas;
- b) quando se tratar de despesas a ser paga em lugar distante de qualquer estação pagadora ou no exterior;
- c) quando se tratar de despesas miúdas e de pronto pagamento, nas diversas repartições públicas;
- d) quando se tratar de despesa de navios de guerra ou expedições militares;
- e) quando o adiantamento for autorizado em lei”.

A matéria foi regulamentada, no art. 267 do Regulamento Geral de Contabilidade, aprovado pelo Decreto n.º 15.783, de 8.11.1922, nos seguintes termos:

“Art. 267. Tais adiantamentos somente poderão ser pelos Ministérios requisitados do Tesouro Nacional ou de suas delegacias nos seguintes casos:

- a) quando se tratar de serviços extraordinários e urgentes, que não permitam delongas na satisfação das despesas;
- b) quando se tratar de despesa a ser paga em lugar distante de qualquer estação pagadora ou no exterior;
- c) quando se tratar de despesas miúdas e de pronto pagamento, nas diversas repartições públicas;
- d) quando se tratar de despesas com expedições militares ou navios de guerra;
- e) quando o adiantamento for autorizado em lei”.

Por sua vez, o antigo Código de Contabilidade do Distrito Federal, aprovado pela Lei n.º 899, de 28.11.1957, também consagrou os adiantamentos, no seu artigo 99, que tem a seguinte redação:

“Art. 99 — O regime de adiantamento só se permitirá nos seguintes casos:

- I — De pagamento de despesas extraordinárias ou urgentes, que não permitam delongas na sua realização;
- II — De pagamento de despesas que tenham de ser efetuadas em lugar distante de qualquer estação pagadora, ou no exterior;
- III — De pagamento de despesas com a segurança pública, quando declarado estado de guerra ou de sítio;
- IV — De despesas de alimentação e medicamentos, se as circunstâncias assim o exigirem, a juízo do Prefeito;
- V — De despesas com combustível e matéria-prima, para as oficinas e serviços industriais do Distrito Federal, se as circunstâncias assim o exigirem, a juízo do Prefeito;
- VI — De despesas miúdas e de pronto pagamento;

VII — De aquisição de livros, revistas e publicações especializadas destinadas a bibliotecas ou coleções;

VIII — De aquisição de objetos históricos e obras de arte, destinados a coleções, mediante prévia autorização do Prefeito;

IX — Em virtude de expressa disposição de lei.”

Finalmente, a Lei federal n.º 830, de 23.9.1949, que reorganizou o Tribunal de Contas da União, deu-lhe competência para examinar a concessão de adiantamentos nos casos extraordinários e urgentes e em outras hipóteses legalmente previstas (art. 49).

Verifica-se, pois, que há uma longa tradição, tanto na legislação local como na federal, no sentido de dispensar a licitação nos casos que justificam a concessão de adiantamentos.

Podemos, pois, concluir que:

a) a Lei estadual n.º 2.203 não conflita com o espírito e as normas gerais fixadas no Decreto-lei federal n.º 200 e assim não está em choque com a Lei n.º 5.456 da União, que deve ser entendida como determinando uma transposição e adequação aos Estados de sua legislação, atendendo não às palavras empregadas pelo legislador, mas à sua *mens legis*;

b) no tocante aos adiantamentos, tanto a lei local como a federal reconhecem, desde o início do século, que constituem exceção válida, necessária e imprescindível ao princípio da licitação.

Acresce que a inconstitucionalidade da lei só deve ser declarada em casos de violação flagrante das normas constitucionais, presumindo-se a constitucionalidade das leis ordinárias, tanto federais quanto estaduais. A respeito, e resumindo a doutrina tanto nacional como estrangeira, C.A. Lúcio Bittencourt, na sua excelente monografia sobre o assunto, elucida:

“Ao apreciar a alegação de inconstitucionalidade, os juízes não a acolherão por mera conjectura, senão, apenas, quando a demonstração do conflito entre os dois textos legais se fizer de modo cabal, irrecusável, incontroverso. A inconstitucionalidade não pode ser presumida, há de ficar plenamente provada. (C.A. Lúcio Bittencourt — *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis* — Rio, Forense, 2.^a ed. — 1968, pág. 114).

Conforme entendimento dos tribunais norte-americanos, consagrado também pela jurisprudência pátria, a inconstitucionalidade só deve ser declarada e a lei só deve deixar de ser aplicada por este motivo quando o

choque entre o diploma legal e a Constituição se apresenta acima de toda dúvida razoável — *beyond all reasonable doubt*, ensejando na matéria para o julgador uma clara e forte convicção — *clear and strong conviction*.

Por outro lado, tanto a doutrina como a jurisprudência exigem, para que a lei deixe de ser aplicada em virtude de sua inconstitucionalidade, que esta seja manifesta e que não haja possibilidade de interpretar a lei do modo que permita compatibilizá-la com o texto constitucional vigente. Entendeu-se, assim, dever ser admitida a constitucionalidade da lei sempre que, mediante um esforço interpretativo, se conseguisse encontrar uma conciliação com os demais diplomas aparentemente antagônicos. Assim, determinou Cooley, inspirado na jurisprudência norte-americana que:

“the court, if possible, must give the statute such a construction as will enable it to have effect” (a corte deverá interpretar a lei de tal modo que ela possa produzir os seus efeitos). (Thomas Cooley, *Treatise on the Constitutional Limitations*, Boston, Little Brown and Co., 1890, pág. 218).

O mesmo autor clássico esclarece que, antes de ser considerada inconstitucional uma norma legal, é preciso que se verifique a impossibilidade de se lhe dar uma interpretação que enseje a sua manutenção no sistema jurídico juntamente com as outras normas com as quais aparentemente conflita.

Henry Campbell Black no seu *Handbook on American Constitutional Law* (St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1897, 2.^a edição, páginas 60/61) reafirma a presunção de constitucionalidade da lei, que se reforça quando aplicada por longo tempo sem discussão, pelo Poder Executivo e pelos Tribunais.

Ora, no caso, a dispensa de licitação nos casos de adiantamento, ocorrendo urgência, situação extraordinária ou outro motivo que não permita a utilização de dotação, não fere frontal e manifestamente a Constituição e corresponde a consagrada tradição legislativa do nosso direito, excluindo, pois, por todos esses motivos, a declaração de inconstitucionalidade.

Finalmente, temos dúvida quanto à inaplicabilidade da lei pelo Tribunal de Contas, aspecto importante no presente processo, pois ela está implícita na 2.^a redação dada pelo nobre Conselheiro Humberto Braga à emenda de sua autoria, a qual faz *tabula rasa* da Lei n.º 2.203, de 29.6.1973. Pela sua própria natureza e função *sui generis* o Tribunal de Contas é

um órgão de fiscalização, não lhe cabendo, em tese, declarar a inconstitucionalidade da lei ou deixar de aplicar a lei inconstitucional, a não ser naqueles casos irretorquíveis a que aludiu Lucio Bittencourt (texto citado); mas não parece possa ser assim definida a referida Lei n.º 2.203.

A Constituição do Estado da Guanabara (art. 41) e a Lei estadual n.º 1.565, de 7.12.1967 ao tratarem da competência do Egrégio Tribunal de Contas, não lhe reconhecem expressamente o poder de declarar ou de apreciar a inconstitucionalidade das leis locais. Tal competência foi atribuída pelas leis orgânicas a alguns outros Tribunais de Contas, como por exemplo o da Pará (art. 17, X do Decreto-lei estadual paraense n.º 20, de 18.6.1969 referido pelo Professor Elias Naif Daibes Hamouche no seu artigo sobre *A competência do Tribunal de Contas para examinar os atos que fixem remuneração do serviço público*, in *Revista do Tribunal de Contas do Estado da Guanabara*, ano II, n.º 2, junho de 1973, pág. 36).

Trata-se, todavia, de competência que a lei local não atribui ao Tribunal e, no campo do direito administrativo, *não há competência sem texto legal próprio*. Neste sentido, trata-se de norma recomendável *de lege ferenda*. O próprio Presidente do Tribunal de Contas do Pará conclui o seu artigo acima citado com as seguintes proposições para futuras modificações legislativas:

“Torna-se necessário que essa possibilidade de impugnação passe de uma ação mediata e indireta para um controle imediato e direto, através do estabelecimento expresso, em lei, de competência às cortes de contas para o exame, em face dos princípios constitucionais e legais, dos atos que fixem remuneração do pessoal do serviço público.

Devem os tribunais de contas procurar obter, no texto da respectiva legislação essa competência.” (artigo citado, revista citada, pág. 39).

A própria Súmula n.º 347, que autoriza os Tribunais de Contas a apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, fundamentou-se um acórdão único — o do recurso em mandado de segurança n.º 8.372 do Ceará — cuja tese contida na ementa da decisão era a seguinte:

“Não ofende o direito líquido e certo o ato do Tribunal de Contas que nega registro a aposentadoria fundada em lei revogada.”

No corpo do acórdão é que o relator, de passagem, admitiu a apreciação da constitucionalidade das leis pelo Tribunal de Contas, no caso concreto, para considerar constitucional a lei posterior que tinha revo-

gado a anterior em que se fundava o impetrante. Há uma distinção entre apreciar a constitucionalidade e declarar a inconstitucionalidade, não podendo confundir-se ambas as posições. O único caso em que posteriormente foi aplicada a mencionada Súmula n.º 347 foi outra situação também decorrente do Ceará (Recurso em Mandado de Segurança n.º 18.655 julgado em 23.9.1968), não se sabendo se o segundo tratou também da competência do Tribunal de Contas ou tão somente da constitucionalidade da lei local.

De qualquer modo, na falta de texto específico, temos certeza que ao Tribunal de Contas não cabe declarar a inconstitucionalidade de leis locais e temos dúvida quanto à possibilidade de deixar de aplicar a lei local em virtude de inconstitucionalidade. Entendemos que ao Tribunal de Contas cabe aplicar a lei, sem prejuízo de, eventualmente, se fosse o caso e não o é, representar ao Procurador Geral da República para que o Supremo Tribunal Federal aprecie a matéria na forma determinada pela Constituição Federal.

Assim sendo somos de parecer, *data venia* do eminente Conselheiro Humberto Braga, que inexistente, no caso, inconstitucionalidade, não cabendo ao Tribunal de Contas aplicar a lei federal em matéria regulada, exaustiva e pertinentemente, pela legislação local.

A proposta originária do ilustre Conselheiro encontra-se prejudicada pela promulgação da Lei n.º 2.203. Quanto à segunda proposta, entendemos ser ilegal e descabida por ignorar lei estadual, que não padece de qualquer vício e que deve prevalecer e ser aplicada por todos os órgãos do Estado, inclusive o Egrégio Tribunal de Contas.

É o meu parecer, s.m.j.

Rio de Janeiro, 27 de agosto de 1973. — ALVARO AMERICANO, Procurador.

DESAPROPRIAÇÃO: EXTINÇÃO DA AÇÃO EM RECORRÊNCIA DA REVOGAÇÃO DO PLANO URBANÍSTICO QUE A MOTIVARA

Senhor Procurador-Geral

Pelo Dec. 7.064, de 31.7.41, foram declarados de utilidade pública inúmeros imóveis nesta cidade, para a execução do plano de urbanização da esplanada resultante do desmonte do morro de Santo Antonio e áreas adjacentes, e do planejamento da Av. Diagonal até a Praça da República,

inclusive o reloteamento das quadras. Entre os imóveis atingidos encontrava-se o de n.º 48 da R. da Constituição, que é objeto deste processo.

A ação de desapropriação foi distribuída aos 7.4.48 e julgada em primeira instância, ao que tudo indica, em 1966. Em 1967 a indenização foi reduzida a Cr\$ 19.880,00, com correção monetária e honorários.

Em 1968 o proprietário do imóvel pediu sua liberação, tendo em vista que pelo Dec. "E" 265, de 27.12.63, fora revogado o plano relativo à Avenida Diagonal, que motivara a expropriação.

Foram ouvidas na ocasião, e se pronunciaram *sem interesse* pelo imóvel, a Administração Regional do Centro, a SEPE, as Secretarias de Administração, Agricultura, Ciência e Tecnologia e Educação. Apenas a Secretaria de Finanças, pelo pronunciamento de seu Departamento do Patrimônio, manifestou-se contra a liberação, sob consideração de que o prédio em questão achava-se encravado entre próprios municípios, sendo necessário para compor quadra. A folhas 51/2 esse interesse foi reiterado, apesar da inexistência de verba no orçamento daquele Departamento.

Finalmente, por despacho de 9.7.71 o Exmo. Sr. Governador, acolhendo sugestão do antecessor de V. Exa., *indeferiu a liberação do imóvel*, pelas razões aduzidas pelo Departamento do Patrimônio.

O proprietário voltou à carga em 1972, ocasião em que aquele Departamento manteve seu ponto de vista. Ouvido novamente, em agosto do ano passado, quando o montante da indenização já atingia (cálculo de abril), com a correção monetária, Cr\$ 140.418,31, uma vez mais o JPM se manifestou *em contrário à liberação*.

Volta o proprietário, no processo acima, a insistir na restituição de seu imóvel.

Desta feita, entretanto, o Departamento do Patrimônio, por seu atual Diretor (folhas 7/8), pronunciou-se favoravelmente à liberação, entendendo não convir ao Estado prosseguir na desapropriação.

Argumenta S. S.ª:

- a) inúmeros imóveis em situação semelhante têm sido liberados;
- b) embora não conteste que a incorporação do imóvel em questão à área já de propriedade do Estado traria melhores condições de aproveitamento daquela, sem a desapropriação também do prédio n.º 50 de nada valeria reter o de n.º 48;
- c) não há, a seu ver, porque prosseguir em desapropriações ajuizadas com base em projeto já revogado;