EXTRANUMERÁRIO — ADMISSÃO — ÊRRO COMUM

— A teoria do êrro comum, de filiação civilista, é aplicável ao direito administrativo.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DO SERVIÇO PÚBLICO

PROCESSO N.º 4.179/54

No anexo processo, o Ministério das Relações Exteriores remete a êste Departamento atendendo à determinação contida na Circular n.º 2, de 14 de janeiro de 1953, da Secretaria da Presidência da República, uma relação de servidores contratados das Missões Diplomáticas e Repartições Consulares do Brasil, a fim de serem transformados em extranumerários-mensalistas tendo em vista o disposto no art. 26 da Lei n.º 1.765, de 18 de dezembro de 1952.

2. Esclarece aquêle Ministério que as funções desempenhadas pelos interessados são de caráter permanente, à vista das atividades que enumera.

3. Inicialmente, cabe esclarecer que o art. 26 da Lei n.º 1.765, de 1952, estabelece:

"Os atuais *extranumerários-contratados, brasileiros,* que ocupam funções de natureza permanente, passarão à condição de extranumerários-mensalistas, aplicando-se aos mesmos, no que couber, os dispositivos constantes desta lei, referente aos atuais diaristas" (o grifo não é do original).

4. Trata-se, no caso presente, de pessoal admitido mediante contrato, sem cumprimento da legislação aplicável à espécie, uma vez que os atos respectivos são celebrados sem autoriza-

ção do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, não são submetidos a registro no Tribunal de Contas da União e não são apreciados quanto às demais exigências contidas no Decreto-lei n.º 5.175, de 7 de janeiro de 1943, principalmente na parte que se refere à prova de capacidade técnica para desempenho da função.

5. E' verdade que esta Divisão, em parecer emitido no processo n.º DASP- 5.000-49, esclareceu que os auxiliares contratados das Missões Diplomáticas e Repartições Consulares são pagos pela Verba 1 — Pessoal, o que lhes atribui a qualidade de servidores públicos civis da União, cabendo-lhes, portanto, a concessão de salário-família, em face do disposto no art. 8.º do Decreto-lei n.º 5.976, de 10 de novembro de 1943. Ainda em razão dessa qualidade, foram contemplados com a extensão do abono de emergência instituído pela Lei n.º 1.765, de 1952 (Parecer publicado no *Diário Oficial* de 5 de junho de 1953).

6. Em face porém, dos têrmos do art. 26 da Lei n.º 1.765, de 1952, êste dispositivo só se aplica aos *extranumerários-contratados*, assim considerados os que são admitidos com a obervância de tôdas as formalidades legais vigentes sôbre a matéria. Além disso, é oportuno ressaltar que o art. 77 da Constituição federal determina:

"Art. 77. Compete ao Tribunal de Contas:

.. ..

III — julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões.

§ 1.º Os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa só se reputarão perfeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspenderá a execução do contrato até que se pronuncie o Congresso Nacional".

7. E' verdade que, ao examinar hipótese relativa à aplicação do referido art. 26 da Lei n.º 1.765, de 1952, a contratados do Conselho Nacional de Petróleo (Proceso n.º DASP-2.301-53), em que faltava, igualmente, aos contratos a formalidade do registro pelo Tribunal de Contas, o Sr. Consultor Jurídico dêste Departamento assim se pronunciou:

"...a dispensa do registro dos contratos, aceitável no plano constitucional anterior, não mais subsiste com a vigência da Constituição de 1956, cujo art. 77 § 1.º, restaurando o princípio do art. 101 da Carta de 1934, sòmente reputa perfeitos e acabados os contratos que, por qualquer modo, interessam à receita ou à despesa, depois de registrados no Tribunal de Contas.

7. A omissão do registro não foi, porém, um lapso restrito aos casos em análise. Evidencia uma diretriz constante e uniforme que o Conselho vem cumprindo, pràticamente, desde a sua criação. O Tribunal de Contas, fiscal da legalidade da aplicação dos créditos, tem aprovado, anualmente, as contas do exercício sem objetar quanto àquele entendimento, que inicialmente aprovou.

8. Seria anárquico e, portanto, contrário ao interêsse público, declarar nulos os contratos pactuados pelo Conselho, a partir de 18 de setembro de 1946, pela ausência de formalidade essencial do registro. O direito de terceiros, que transacionaram com o órgão administrativo, não deve ser lesado pela erronia dêste, aliás, fundada em boa-fé e na tradição.

.. ..

11. À luz dêsses fundamentos, parece-me que se deve reconhecer aos servidores em cogitação a qualidade de extranumerário-contratado, para os efeitos do art. 26 da Lei n.º 1.765, de 1952, respeitando-se, na transformação em mensalistas, os preceitos especiais relativos a essa categoria jurídica, como, por exemplo, o limite máximo de remuneração admitido pela Lei n.º 488, de 15 de novembro de 1948. Não sendo aceita a redução de salário, o caminho será a manutenção do *status*, de contratado, submetendo-se, porém, o novo instrumento à apro-

vação do Tribunal de Contas, na forma exigida na atual Constituição".

8. Conforme se evidencia dos têrmos do supracitado parecer, as conclusões no mesmo insertas decorreram do reconhecimento do critério que vinha sendo observado pelo Conselho Nacional do Petróleo desde a sua criação, e que se fundamentava na autonomia financeira do referido órgão, prevista no Decreto-lei n.º 1.143, de 1939, razão por que não seria justo lesar o direito dos interessados, com a declaração da nulidade dos contratos respectivos.

9. Entretanto, no entender desta D. P., não existe identidade entre a situação dos contratados do C. N. do Petróleo e a dos contratados das Missões Diplomáticas e Repartições Consulares, para que fôsse igualmente aplicada, por extensão, a êsses últimos a norma inserta no citado art. 26 da Lei n.º 1.765-52, uma vez que falta, no caso, aquela condição excepcional em que se fundamentou o reconhecimento, para os primeiros, do direito à transformação em mensalistas.

10. Diante do exposto, entende esta Divisão que o art. 26 da Lei n.º 1.765, de 18 de dezembro de 1952, não se aplica aos contratados de que cogita o presente processo.

11. Com êste parecer o processo poderá ser restituído ao Departamento de Administração do Ministério das Relações Exteriores.

D. P., em 27 de setembro de 1955. — *Antônio Fonseca Pimentel*, Diretor.

Ao Dr. Consultor Jurídico. — Em 28-9-55. — *Jair Tovar*, Diretor-Geral.

*

PARECER

I

O Ministério das Relações Exteriores encaminhou a êste Departamento uma relação de servidores contratados das Missões Diplomáticas e Repartições Consulares do Brasil, para transformação em extranumerários-mensalistas, na conformidade do art. 26 da Lei n.º 1.765, de 18 de dezembro de 1952.

2. A D.P. manifestou-se contràriamente à transformação de que se trata, não por negar a natureza permanente das funções desempenhadas, mas por entender que os interessados foram admitidos com inobservância de tôdas as formalidades legais que disciplinam essa categoria de servidores, inclusive a inexistência de registro dos respectivos contratos pelo Tribunal de Contas.

3. Adianta, todavia, a D. P. dêste Departamento que, em relação a contratados do Conselho Nacional do Petróleo, em que os contratos padeciam do mesmo vício, ou seja, da falta de registro pelo Tribunal de Contas, foi feita a transformação a que se refere o citado art. 26 da Lei n.º 1.765, de 1952, com base em pronunciamento do meu ilustre antecessor, cujos trechos principais transcreve, e dos quais me permito extrair os seguintes excertos conclusivos:

"8. Seria anárquico, e, portanto, contrário ao interêsse público, declarar nulos os contratos pactuados pelo Conselho, a partir de 18 de setembro de 1946, pela ausência da formalidade essencial do registro. O direito de terceiros, que transacionaram com o órgão administrativo, não deve ser lesado pela erronia dêste, aliás, fundada em boa-fé e na tradição.

. . . . . .

11. À luz dêsses fundamentos, parece-me que se deve reconhecer aos servidores em cogitação a qualidade de extranumerário-contratado, para os efeitos do art. 26 da Lei n.º 1.765, de 1952, respeitando-se, na transformação em mensalistas, os preceitos, especiais relativos a essa categoria jurídica, como, por exemplo, o limite máximo de remuneração admitido pela Lei n.º 488, de 15 de novembro de 1948. Não sendo aceita a redução de salário, o caminho será a manutenção do *status* de contratado, submetendo-se, po-

rém, o novo instrumento à aprovação do Tribunal de Contas, na forma exigida na atual Constituição.

4. No caso, entretanto, julga a D. P. dêste Departamento que não há identidade de situação entre os contratados do Conselho Nacional do Petróleo e os da Missões Diplomáticas e Repartições Consulares, porquanto falta "aquela condição excepcional em que se fundamentou, o reconhecimento, para os primeiros, do direito à transformação em mensalistas".

5. O processo, após o pronunciamento acima referido, estêve com o meu eminente antecessor, que requereu fôsse o mesmo baixado em diligência, a fim de que o Ministério das Relações Exteriores informasse dos motivos pelos quais a admissão dêsse pessoal não se fêz em harmonia com o Decreto-lei n.º 5.175, de 7 de janeiro de 1943, bem como fôssem prestados outros esclarecimentos úteis à apreciação da matéria.

6. Volta, agora, o processo cumprida a diligência, com longa informação do Chefe do Departamento de Administração daquele Ministério, e em que se esclarece o seguinte:

a) que a "admissão dos Auxiliares contratados dos órgãos do Itamarati no exterior não se fêz em harmonia com o Decreto-lei n.º 5.175, de 7 de janeiro de 1943", em face da "necessidade inadiável de contratação de pessoal para desempenho de serviços especializados, em virtude da existência de encargos urgentes e volumosos, decorrentes de compromissos assumidos pelo Brasil e de cumprimento, em geral, imediato, afeto às Missões diplomáticas e Repartições consulares";

b) que "forçoso foi, por isso, manter em observância as regras mandadas adotar, desde 7 de maio de 1931, por portaria do então Ministro de Estado das Relações Exteriores";

c) que, com a adoção dêsse critério, "pretendeu evitar o Itamarati um eventual retardamento no preenchimento dessas funções, que poderia acarretar repercussões prejudiciais para a representação do país no exterior, conseguindo, por outro lado, poupar aos cofres públicos o considerável ônus que representaria o pagamento de auxílio para transporte e instalação de servidores não recrutados no local";

d) que "êsse proceder, ditado pelas imperiosas circunstâncias expostas não foi impugnado pelo Tribunal de Contas, em sua fiscalização da legalidade de aplicação dos créditos, o que, aparentemente, justifica ter por extranumerários, dentro da sistemática de nosso Direito Administrativo, os Auxiliares de nacionalidade brasileira, cujos salários, pagos à conta da verba "Pessoal", não ultrapassaram em caso algum, o limite de remuneração determinado na Lei n.º 488, de 15 de novembro de 1948;

e) que as funções de que se trata são de natureza permanente e que "o Itamarati cogita, no momento, de regularizar a situação dos demais auxiliares contratados, estando, para tanto, constituída a Comissão a que se refere o art. 2.º, § 3.º, da Lei n.º 2.284, de 9 de agôsto de 1954".

II

7. As razões expendidas pelo Departamento de Administração do Ministério das Relações Exteriores, para justificar o descumprimento das formalidades legais disciplinadoras dessa categoria de servidores, embora ponderáveis, não procedem, pois que dispositivos inclusive de ordem constitucional, regulavam claramente a matéria, sem oferecer qualquer dúvida.

8. No tocante à disposição constitucional não cumprida, com a omissão de registro dos contratos pelo Tribunal de Contas, maior avulta a responsabilidade do Ministério, embora se adiante (alínea *d* do item 6) que aquêle Tribunal não impugnou tal procedimento, quando de sua fiscalização da legalidade da aplicação dos créditos.

9. De qualquer modo, porém, a situação dos interessados neste processo,

após os esclarecimentos prestados pelo Departamento de Administração do Ministério, evidencia semelhança com a do pessoal contratado do Conselho Nacional do Petróleo, a que se refere a D.P. dêste Departamento.

10. Lá como aqui, descumpridas foram as normas legais atinentes a essa categoria de servidores. Não obstante se veio a entender, com assento em douto parecer do meu antecessor que "o direito de terceiros que transacionaram com o órgão administrativo não deve ser lesado pela erronia dêste, aliás, fundada em boa-fé e na tradição". As considerações brilhantemente expostas naquele pronunciamento administrativo têm inteira pertinência à espécie em exame, razão por que idêntica deve ser a solução.

11. Nem de outro modo se poderia entender, em face da situação descrita no processo, sob pena de prejudicar-se, fundamentalmente o servidor que não concorreu para as irregularidades apontadas. Merece transcrição o seguinte trecho do parecer acima mencionado do meu insigne antecessor:

"Os atos administrativos viciosos podem, excepcionalmente, convalidar-se, quando praticados na constância de um entendimento generalizado e habitual, por todos aceitos como legítimo e mais tarde considerado impróprio. A teoria do êrro comum, de filiação civilista, mas aplicável ao direito administrativo, autoriza que o êrro de muitos, acatado longamente no consenso geral como idôneo, possa validar a ação administrativa, desde que não ofenda ao interêsse público e não cause grave lesão de direito."

12. Entendo, assim, que é extensiva ao pessoal contratado das Missões Diplomáticas e Repartições Consulares do Brasil, que satisfaça as demais condições do art. 26 da Lei n.º 1.765, de 1952, a solução dada ao caso dos contratados do Conselho Nacional do Petróleo, com a sua transformação em mensalistas, inclusive as restrições que se contêm no item 11 do parecer do meu antecessor, transcritas no item 3, supra.

E' o meu parecer.

S.M.J.

Rio de Janeiro, 2 de maio de 1956. — *Clenício da Silva Duarte*, Consultor Jurídico. Aprovado, em 9-5-56. — *J. Guilherme de Aragão*, Diretor-Geral.