

CONTRATO PARA EXPLORAÇÃO DE ÁREAS DE ESTACIONAMENTO E POSTOS DE GASOLINA NO PARQUE DO FLAMENGO

Trata o presente processo administrativo de protesto judicial dirigido pela SHELL BRASIL S.A. ao Estado e à SURSAN, através do qual manifesta ela, "de modo formal",

"seu inconformismo com o ato do Exm^o Sr. Governador do Estado da Guanabara, que considerou rescindido o contrato n^o 1.014/65, anteriormente assinado entre a Requerente e a Superintendência de Urbanização e Saneamento — SURSAN",

contrato êsse que tem por objeto a exploração das áreas de estacionamento e postos de venda de gasolina no Parque do Flamengo.

Como o protesto não admite "contraprotesto nos autos" e somente necessita impugnação quando o protestante dele se utilizar em ação que subsequente propuser (Cód. de Proc. Civil, art. 722), à Procuradoria Geral resta analisar o problema jurídico que emerge da medida dirigida ao Estado — quando isso ocorrer — ministrando à alta administração estadual subsídios úteis à tomada da decisão que acaso se torne necessária.

É o que buscarei fazer em seguida.

O protesto judicial é, apenas, e tão-somente, à manifestação formal e solene da vontade do protestante.

Em casos como o de que se trata, nos quais inexiste lei ou convenção subordinando a criação, extinção, modificação ou conservação de um direito à formulação de protesto judicial, ou mesmo à simples emissão de vontade, tal medida não acarreta qualquer modificação no mundo jurídico, valendo apenas como uma advertência ou aviso ao seu destinatário. Nestes casos, como se costuma dizer, o protesto não dá nem tira direitos. Do ponto de vista prático, pode servir para suscitar, perante o credor e/ou devedor do protestante, um problema jurídico qualquer, levando-o a meditar sobre ele — se já não o fez — e, talvez, em consequência disso, a agir pela forma desejada por quem lhe endereça o protesto.

Se, entretanto, na hipótese concreta, o protesto não tem qualquer relevância jurídica, não significando mais do que a emissão da vontade da protestante em hipótese na qual essa emissão não foi erigida, pela lei ou convenção, em fator determinante do surgimento, extinção, modificação ou manutenção de uma relação jurídica, rende ensejo ao exame da questão que através dele é suscitada.

É o que se cumpre fazer.

Diz a SHELL, em substância, na petição de protesto, que é direito subjetivo seu ter renovado o contrato que já referi, e que vem de expirar, face ao disposto no início da cláusula décima segunda, da sua segunda parte, *in verbis*:

"O prazo de Concessão é de 5 (cinco) anos, assegurada a sua renovação por mais três períodos iguais ao período inicial, nas

mesmas condições, se os respectivos termos aditivos a serem oportunamente lavrados mereceram a anotação da Junta de Controle da SURSAN".

Essa cláusula — segundo a SHELL a entende — consagraria uma espécie de renovação ou prorrogação automática do contrato, impondo a ambos os contratantes, ao término de cada período de 5 (cinco) anos, o simples preenchimento das formalidades burocráticas (assinatura de termos aditivos, registro pelo Tribunal de Contas, etc.) imprescindíveis à continuidade do vínculo contratual.

Se este fosse, verdadeiramente, o sentido da cláusula, as partes teriam contratado, na realidade, por vinte anos. Sim, porque tanto faz estipular um prazo contratual de vinte anos, como quatro prazos de cinco anos que necessariamente se sucedem, um logo após o outro, sem que a nenhum dos contratantes seja dado recusar essa renovação ou a prorrogação.

De fato, se nenhum dos contratantes tem liberdade para recusar a renovação ou a prorrogação, então, na verdade, a vontade de ambos terá sido emitida, de início, no sentido da contratação pelo prazo resultante da soma dos prazos do contrato inicial e renovações ou prorrogações irrecusáveis.

Ora, ao tempo em que foi firmado o contrato em exame — como agora também, aliás, em que pese a edição recente de Código de Administração Financeira — o Estado não podia contratar por período superior a 5 (cinco) anos, face ao disposto no art. 777 do Regulamento do Código de Contabilidade Pública da União, aplicável no âmbito da administração local por força do disposto no art. 18, § 3^o, da Lei Orgânica do Distrito Federal (Lei n^o 217, de 15 de janeiro de 1948), cuja sobrevivência, à Carta Estadual de 1961, foi assegurada pelo art. 7^o do Ato Constitucional das Disposições Transitórias.

Em poucas palavras, se o Estado não podia contratar por prazo superior a 5 (cinco) anos e se a cláusula em exame importa, em última análise, em vinculá-lo a um contrato por 20 (vinte) anos, torna-se evidente a sua ilegalidade.

A apontada ilegalidade não é reduzida ou disfarçada pela fórmula adotada no caso concreto: a da *renovação automática*. Se a sua adoção importa em obter um prazo de contratação superior ao legalmente permitido, subtraindo-se ao Estado a oportunidade de firmar novo contrato, mediante novas cláusulas e condições, ao cabo de cada período de cinco anos, é evidente a burla da lei.

O que a lei quer, quando proíbe a contratação por prazo excessivamente longo, é impedir que uma Administração comprometa as Administrações futuras, impedindo-as de realizar novas concorrências, firmar novos contratos, seguindo as suas próprias diretrizes político-administrativas, imprimindo aos negócios públicos sua própria orientação. Se a liberdade das Administrações futuras é reduzida ou eliminada pela pror-

rogação ou renovação automática de contrato firmado pelos administradores que as antecederam, o objetivo da lei não foi atendido.

E tanto faz violar a lei de frente, escancaradamente, como de forma disfarçada, contornando a proibição legal para atingir, por via oblíqua, o resultado que o legislador não deseja seja alcançado.

Ilegal, a cláusula décima segunda do contrato em exame, na parte em que impõe a permanência do vínculo contratual por período superior a cinco anos, não estaria a Administração obrigada a cumpri-la. A auto-tutela que a Administração pública exerce permite-lhe restaurar, por seus próprios meios, o império da lei, quer desfazendo os atos que anteriormente praticou com a eiva de ilegalidade, quer deixando de expedir aqueles cuja prática ilegalmente se impuzera.

Não me impressiono com a circunstância de ter sido o contrato sob análise registrado pelo Tribunal de Contas, apesar de conter em seu bojo a cláusula malsinada. Isto não retira da Administração o poder de auto-tutelar-se. Se a decisão da Corte de Contas houvesse sido proferida no sentido da ilegalidade da cláusula, a Administração — abstraída a possibilidade de vê-la reformada pelas vias adequadas — não a poderia desconhecer para se comportar como se ilegalidade não existisse. Na hipótese contrária, porém, a decisão da Corte não vincula a Administração, que pode enxergar e proclamar ilegalidade que o Tribunal não vislumbrou. Em resumo, o pronunciamento do Tribunal de Contas não despe a Administração da Faculdade de auto-tutelar-se.

Por tudo isso parece-me que o Estado pode deixar de praticar o ato ou atos necessários à prorrogação ou renovação do contrato firmado com a SHELL, eis que isto importaria em perpetrar uma ilegalidade que a Administração não está obrigada nem pode praticar.

Ainda que assim não fosse, entretanto, isto é, ainda que a cláusula décima-segunda da segunda parte do contrato sob exame não fosse, como me parece ser, flagrantemente ilegal, ainda assim, repito, o ato contra o qual a SHELL manifesta o seu inconformismo, por meio do referido protesto judicial, seria, sem dúvida, legítimo. Senão vejamos.

O Parque do Flamengo constitui um todo, afetado ao uso comum do povo. Nenhuma área foi dele destacada ou desmembrada para se constituir em bem dominical do Estado. As áreas de estacionamento e postos de venda de gasolina não se acham separadas, de fato ou juridicamente, do restante do Parque, tal como acontece, nos logradouros públicos em geral, com os espaços utilizados por *banças de jornais, mesas e cadeiras de bares e restaurantes; com os boxes de mercados públicos*, etc. Em todos esses casos, nos quais a Administração outorga a determinado particular o direito de utilizar, *uti singuli*, uma fração de bem de uso comum do povo ou de uso especial, com exclusão, durante o período de duração da outorga, do seu uso por todos os demais cidadãos, essa fração não perde o seu caráter primitivo, para se tornar bem dominical.

Assentado esse ponto, cumpre verificar qual a natureza do contrato firmado entre a SURSAN e a SHELL, que deu lugar ao protesto ajuizado por esta última.

A outorga do direito à utilização *uti singuli* de parte de bem público de uso comum, ou de uso especial, não se afeiçoa às formas contratuais de direito privado, como o aluguel ou arrendamento, o comodato, etc. A outorga se faz através de formas próprias do Direito Administrativo: a *permissão ou a concessão de uso privativo de bem público*; a primeira, ato unilateral da Administração; a segunda, de natureza contratual.

A leitura do instrumento sob análise, que as partes — SURSAN e SHELL — denominaram de *contrato para a construção e concessão de exploração com encargos de áreas de estacionamento e postos de venda de gasolina*, mostra que ele consubstancia uma *concessão* (porque de natureza contratual) *de utilização privativa de uma porção de um bem público de uso comum do povo*, com finalidade específica (exploração de postos de gasolina e áreas de estacionamento) e imposição de encargos ao concessionário (construção e instalação das áreas e postos), a título oneroso e prazo certo (cinco ou vinte anos, aqui pouco importa).

Entretanto, a permissão e a concessão de utilização privativa de bem público de uso comum ou especial, quer por prazo indeterminado, quer a prazo certo, trazem “*ínsita a idéia de precariedade*”, que as torna revogáveis “*a qualquer tempo, quando assim o exigir o interesse público*” (Trib. de Justiça de S. Paulo, Pleno, Mand. de Seg. nº 64.628, Rel. Des. Raphael de Barros Monteiro, *in Rev. dos Tribs.*, vol. 220, págs. 273/288; no mesmo sentido, Trib. de Alçada de S. Paulo, 1.ª Câm. Civ., Ap. nº 2.330, Rel. Juiz Luiz Morato, *in Rev. dos Tribs.*, vol. 209, págs. 352/4).

Essa a lição de Cretela Junior:

“Diante dos altos interesses do Estado, qualquer tipo de outorga de utilização privativa do bem público é revogável, a qualquer tempo, em virtude mesmo do traço de *precariedade*, inerente a todos os institutos autorizativos permissivos ou concessivos” (o grifo é do próprio autor R.D.A., vol. 101, pág. 27).

“Embora *contratual*, a *concessão* para utilização de via pública é *precaria*, como a permissão: a Administração pode revogá-la antes da expiração do prazo convencionado” (R.D.A., vol. 101, pág. 36).

No caso concreto, aliás, estão previstas no contrato tanto a possibilidade de revogação unilateral da concessão, como a indenização devida ao concessionário nesta hipótese.

De fato, na cláusula décima-terceira da segunda parte do contrato está previsto que

“No caso ... de o interesse público exigir a encampação da concessão, a Contratante terá direito a indenização”.

E logo adiante:

“Para a fixação da indenização será empregada a fórmula aplicável para indenização dos bens reversíveis, ou seja...”

Dir-se-á, como o faz a SHELL na petição de protesto, que

“A encampação, cujo conceito não se confunde com a rescisão, só seria justificável, se o próprio Estado estivesse interessado na exploração direta dos serviços, o que também não ocorre, tanto assim que ainda de acordo com a mesma carta, a recomendação governamental é no sentido de que se promovam “a abertura de licitação para locação de 6 (seis) áreas de estacionamento e 6 (seis) postos de gasolina no Parque do Flamengo”.

Entretanto, como

“nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem” (Cód. Civil, art. 85),

é preciso pesquisar a verdadeira intenção das partes quando, na cláusula 13.^a da 11.^a parte do contrato em exame, cogitaram e disciplinaram a *encampação da concessão*.

Ora, só há que falar em *encampação* com relação a serviço público concedido. No caso concreto, nenhum serviço público foi transferido à SHELL. A venda de gasolina e a guarda de veículos não se podem caracterizar como serviços públicos; nem por sua própria natureza, nem por disposição legal.

Por outro lado, ainda que o Estado assim o quizesse, não lhe seria dado explorar diretamente os postos de venda de gasolina, eis que se trata, segundo a legislação federal pertinente, de atividade comercial própria das empresas distribuidoras de produtos derivados de petróleo.

Se inexistente serviço público concedido a encampar e se o Estado não pode explorar diretamente o negócio que a SHELL desenvolve, segue-se que a disposição contratual citada seria letra morta se aceita a interpretação consignada na petição de protesto.

É regra fundamental de hermenêutica, porém, que jamais se deve atribuir a qualquer palavra ou disposição do texto interpretado um sentido que a torne completamente inútil.

Há que encontrar, pois, o verdadeiro significado da palavra *encampação* na cláusula décima-terceira da segunda parte do contrato em foco.

As partes só podem tê-la empregado, creio, com o sentido de *revogação da concessão por ato unilateral do Estado*. E só com este significado a disposição contratual citada terá algum sentido prático. Fora daí, será inteiramente vazia, completamente despida de consequências.

Tenho para mim, destarte, que as partes contratantes — SHELL e SURSAN — tiveram sem presente, ao firmar o instrumento de fls. 11/13, a *precariedade* da concessão: a sua revogabilidade a qualquer momento, não obstante o seu prazo certo.

E se a Administração Pública poderia revogar a concessão a qualquer momento, ainda que durante a vigência do prazo estipulado, com maior razão poderá deixar de renová-la, mesmo que se trate de renovação automática, obrigatória, irrecusável. Quem pode o mais, pode o menos.

Aliás, se a cláusula décima-segunda da segunda parte do contrato, ao estabelecer um prazo inicial de cinco anos, necessariamente prorrogável por mais três períodos iguais, não teve o objetivo de fraudar a lei que naquela ocasião vedava a contratação por tempo superior a um lustro — hipótese na qual seria indistintável a sua absoluta nulidade — só se pode explicar pela intenção de criar para o Estado, a cada cinco anos, uma oportunidade de reexaminar a conveniência de manter o vínculo contratual.

Em outras palavras, de duas uma: ou a cláusula em questão é irremediavelmente nula ou foi posta no contrato como forma de propiciar o rompimento do vínculo contratual, por conveniência do Estado, em três oportunidades diferentes — aos cinco, dez e quinze anos — sem o estardalhaço da revogação, talvez nocivo à vida normal da própria concessionária.

Consigna o contrato — em harmonia com a doutrina, aliás — que a revogação da concessão por ato unilateral do Estado, que ele denomina, como se viu, de *encampação*, deve estar subordinada ao “interesse público”. Essa disposição, como é claro, nada tem de extravagante, eis que o interesse público deve estar necessariamente presente em todas as manifestações da atividade estatal.

Só a própria Administração, porém, pode dizer, neste caso como em tantos outros, da existência ou inexistência de interesse público. Trata-se de matéria que se contém, por inteiro, no campo do mérito do ato administrativo, reservado ao administrador, e que só comporta controle jurisdicional na hipótese de abuso ou desvio de poder.

Não me parece que a realização de licitação, determinada pelo Exmo. Sr. Governador, segundo está expresso na carta dirigida à SHELL, deixe demonstrado que, no caso, interesse público inexistente. Não há como supor ele próprio, as porções do bem público cuja utilização foi concedida pelo contrato em exame. Através da licitação o Estado poderia buscar e alcançar objetivos do maior interesse público, como, por exemplo, a modernização do equipamento empregado nas áreas concedidas, com melhor e mais rápido atendimento ao público; o aprimoramento e barateamento de certos serviços prestados aos usuários do Parque; o oferecimento de novos serviços a tais usuários; a melhoria do aspecto estético das instalações existentes no logradouro público; e assim por diante.

De parte tudo quanto se vem de dizer, cumpre assinalar que, conforme entendimento já assentado por esta Procuradoria Geral, a SURSAN não

tinha competência, à época em que firmou o contrato em exame — como agora também não tem — para arrendar, permitir ou conceder o uso de bens do Estado. Competia-lhe, então, alienar os bens desnecessários ao plano de obras que lhe cabia executar. Devia conservar e administrar certos logradouros, como o próprio Parque do Flamengo. Mas não podia transferir a utilização de qualquer bem ou porção de bem do Estado, temporariamente, a terceiros.

Dai porque o contrato todo — e já não apenas a cláusula décima-segunda da sua segunda parte — seria nulo de pleno direito, por incompetência de quem o firmou em nome do Estado, podendo esse vício ser reconhecido e proclamado, a qualquer tempo, pela própria administração.

Cabe analisar, por derradeiro, a competência do Exmo. Sr. Governador para a prática do ato impugnado pela SHELL, questão suscitada no item “6”, letra *a*, da petição de protesto. A arguição da SHELL — de incompetência do Chefe do Executivo — não tem consistência. O Governador pode avocar qualquer assunto que se ache no âmbito das atribuições do Poder Executivo, decidindo-o ele próprio. Se o Governador pode destituir, *ad nutum*, a autoridade competente para celebrar ou rescindir determinado contrato, com maior razão poderá determinar, conforme o caso, que ela o rescinda ou se abstenha de o renovar.

Por tudo isto me parece que o ato contra o qual a SHELL se insurge é perfeitamente legítimo, não sendo de atender a notificação requerida ao fim da petição de protesto, para que a Administração “se abstenha de prosseguir nas providências” destinadas à realização da anunciada que interesse público só existiria se o Estado estivesse disposto a usar, licitação.

É o meu parecer, salvo melhor juízo.

Em 27 de janeiro de 1972. — EDUARDO SEABRA FAGUNDES, Procurador do Estado.

**BEM PÚBLICO ESTADUAL — PRAÇA — EMPREGO DE SUBSOLO
EM GARAGEM — ALIENAÇÃO NECESSÁRIA — NEGÓCIO
SUI GENERIS**

O processo epigrafado, formado por determinação de V. Exa. nesta Procuradoria Geral do Estado, contém encaminhamento formal, em cartão oficial, de Ofício nº 476/72, expedido pelo Sr. Presidente da Petróleo Brasileiro S.A. — PETROBRAS e endereçado ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, propondo negócio imobiliário entre aquela Empresa e o Governo Estadual. Tal tratativa, no original, está ora sob exame do SPU — da SOP, com rito de urgência fixado por Sua Excelência o Governador Chagas Freitas.

Em função dessa urgência, clausulada, pedimos vênias para (tendo sido extra-processo, longamente considerado o assunto nesta PRG) apre-

sentar nossas ponderações a V. Exa. de forma sucinta, quanto aos aspectos jurídicos de envolta no caso.

Dominando o estudo ficou o fato de que a área pretendida, pelos planos urbanísticos vigentes, se destina a praça ajardinada; e ficou também o fato de que a PETROBRAS, tendo adquirido *por compra*, determinada área resultante das obras de urbanização, do Morro de Santo Antônio, ora se propõe a construir, de modo a que possa já, logo agora, ser utilizada em dezembro (data da entrada em serviço do seu Edifício-sede) uma *garagem subterrânea* em área contígua ao seu prédio principal.

Para tanto propôs “a cessão à Empresa, por forma definitiva, da referida área, em contrapartida ao que se obrigaria a PETROBRAS a

a) construção de praça de acordo com o projeto a ser fornecido pela SURSAN;

b) construção de estação de bondes e assentamento de novos trilhos na área, de acordo com o projeto existente e sob orientação da Secretaria de Serviços Públicos;

c) execução do paisagismo indicado para o local, levando-se em conta que para a execução do projeto é indispensável introduzir no P.A. aprovado, modificações decorrentes do funcionamento de uma garagem dessas dimensões, bem como ajustamento de mãos de direção na rua em construção entre o Edifício-sede da PETROBRAS e o Edifício Santos Vahlis.

Esses dados *identificam, caracterizam*, na proposta da Empresa PETROBRAS, uma *cessão* (definitiva) *com encargos* (os das letras *a a c*, supra).

Assim, tal como enunciado, o negócio jurídico-imobiliário desejado não poderá prosperar, por impedimento de ordem constitucional. Dispondo sobre a gestão do bens públicos estaduais, o texto do Artigo 71, § 4.º da Constituição Estadual não enseja sequer as dúvidas permitidas pelos dizeres das normas anteriores, do mesmo porte quanto *às definitivas cessões de imóveis*, mesmo onerosas. (V.g. § 4.º, art. 68, Constituição Estadual, de maio de 1967; § 5.º do art. 44, Constituição Estadual de maio de 1961; ou, ainda, a Lei Orgânica do Distrito Federal, de 1948, em seu art. 45.)

Os bens imóveis do Estado só poderão ser objeto de cessão pela forma erigida como condição no texto constitucional, regulada em lei. Essa, a lei, de porte complementar da própria Lei Maior no armamentário legal do Estado (Decreto-lei Complementar nº 3, de 24 de outubro de 1969), ao regular as *cessões*, fê-las de uso e restringiu os seus beneficiários às pessoas jurídicas de direito público; ou às pessoas de direito privado — cujo fim principal consista em atividade de relevante valor social, *pelo prazo máximo de dez anos*.

Assim, embora o *uso* pretendido para a área ora pública de uso comum de todos (art. 3.º, Decreto-lei Complementar nº 3/69, citado)