

como processos de licenciamento de construções, de loteamentos, desmembramentos, certidões, etc.), as partes poderão fazer-se representar por quaisquer mandatários, através de instrumento regular de mandato;

8.4 — Nos processos mencionados no item anterior, também os despachantes estaduais deverão apresentar instrumento regular do mandato, pois que a Lei n.º 2, de 1960, somente lhes outorga mandato tácito nos processos fiscais, de natureza essencialmente tributária (arts. 1.º e 4.º)."

São êsses os pressupostos que, no meu entender, delimitaram quase totalmente a matéria.

E foi baseado nêles e na Resolução n.º 25, de 5 de outubro de 1962, logo depois incluída como item 126 do Boletim n.º 45, de 7 de novembro de 1962, que elaboramos a minuta anexa de decreto, que não esgota o assunto, mas creio que a disciplina em grande parte.

Aproveitamos a oportunidade, para incluir na referida minuta uma disposição sobre as certidões expedidas pela Secretaria de Finanças, relativas à inscrição fiscal de imóveis, bem como uma outra relativa às certidões que se referem a funcionário, sua vida funcional, seu exercício, etc. (Portaria n.º 509, de 10 de agosto de 1953 e art. 203, do Estatuto).

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 1967.

PAULO DE ALBUQUERQUE MARTINS PEREIRA
Procurador do Estado

CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO DE POSTOS DE GASOLINA. OUTORGA INTUITU PERSONAE. PROIBIÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DO CONTRATO

O Departamento do Patrimônio, em administração anterior, colocou em concorrência pública a exploração de postos de gasolina, de propriedade do Estado, situados em vários pontos da cidade, concorrência essa vencida pela firma Postos Rodoviários Petrominas S. A., a qual assinou com o Estado tantos contratos quantos postos de gasolina foram dados em concorrência, cujos textos são absolutamente iguais, podendo servir como exemplo para exame aquêle que diz respeito à bomba de gasolina sita no Largo da Lapa, junto à igreja ali situada.

2. *O contrato do Estado com a Petrominas* — Por êsse contrato, a Petrominas obrigou-se a explorar o serviço de venda, a varejo e a qualquer do povo, de gasolina e óleos lubrificantes, bem como assumiu o dever

de fornecer água e ar a veículos automotores (cláusula primeira), durante o prazo de 5 (cinco) anos (cláusula décima primeira), devendo ser o serviço prestado *diretamente ao público* pela própria concessionária, que não o poderia *transferir ou ceder a terceiros* ou sequer dá-lo em garantia (idem). Estabeleceu-se contratualmente, como se vê, o princípio da *execução pessoal*. O contrato em tela, registrado que foi no Egrégio Tribunal de Contas, teve seu início no dia 20 de fevereiro de 1963, devendo terminar no dia 19 de fevereiro do ano próximo seguinte.

3. Está êle, portanto, em vigor; e, a partir do dia de seu termo de início, disciplina imperativamente a atividade da concessionária como tal, isto é, como entidade que se *substituiu ao Poder Público* na exploração do serviço e, nessa condição, é obrigada a pautar sua atividade em rígida obediência ao conjunto de preceitos jurídicos disciplinadores do *serviço público*. A Petrominas, a partir do momento em que se iniciou a vigência do contrato, é uma *colaboradora da Administração*, sujeita dessa forma a um *status* todo especial, cujas regras são de natureza *imperativa*, sendo ilícita tôda e qualquer declaração de vontade ou realização de ato material incompatíveis com êsse *status*.

4. *O contrato da Petrominas com a Oleomar* — Face dúvidas surgidas na execução do contrato, a firma Oleomar Comércio e Representações Ltda. endereçou carta a êste Departamento declarando-se *comissária da Petrominas* para a execução da concessão de serviço público em tela, conforme contrato cuja cópia apresentou, sendo que a dita Oleomar, para justificar sua atuação no caso, afirmou encontrar-se na *situação* de simples *administradora* da concessão ("mantém com a requerente apenas um contrato de administração dos referidos postos"). Realmente, do ponto de vista econômico a qualificação empregada pela Oleomar é perfeita, pois efetivamente ela se *substituiu à Petrominas* (como esta se havia substituído ao concedente) na exploração do serviço público.

5. A Oleomar recebeu da Petrominas a posse dos postos de gasolina (cláusula segunda), comprometendo-se a mantê-los em funcionamento (cláusula terceira) inteiramente à sua custa (cláusula quarta). Perante os terceiros, a Oleomar deveria obrigar-se em nome próprio, ficando responsável perante a Petrominas pela solvência dos mesmos (cláusula terceira, parágrafo único), sendo sua remuneração, devida pela "administração, gerência e operação" (é expressão textual) do contrato, estipulada na base da "comissão de revendedor", tal como fixada pelo Conselho Nacional de Petróleo, com algumas modificações ali pactuadas.

6. *A natureza jurídica do contrato entre a Petrominas e a Oleomar* — O contrato em exame recebeu das sociedades que lhe são partes a qualificação jurídica de *comissão mercantil*. Seria ela exata? No momento em que surgiu o acôrdo de vontades consubstanciado no instrumento em exame, o contrato de comissão mercantil encontrava-se, como ainda hoje se encontra, disciplinado pelos arts. 165/190 do Código Comercial.

Por essas normas, o comissário deverá *necessariamente* contratar com terceiros em nome próprio, de tal forma que as mercadorias que lhe forem entregues pelo comitente aparecerão perante os terceiros como sendo *de sua propriedade*, eis que a única entidade a fazer parte dos contratos de venda será a firma comissária, permanecendo *invisível* o comitente. Veja-se a propósito o art. 166 do Código de Comércio:

“O comissário, contratando *em seu próprio nome*, ou nome da sua firma ou razão social, *fica diretamente obrigado às pessoas com quem contratar*; sem que estas tenham ação contra o comitente, nem este contra elas; salvo se o comissário fizer cessão de seus direitos a favor de uma das partes”.

7. Esta situação de completo desconhecimento em que deve ficar o comitente constitui a própria *essência* do contrato de comissão, o qual, caso venha a ser conhecida a identidade do comitente, imediatamente se transforma em contrato de *mandato*, tornando-se o comitente *mandante* e o comissário *mandatário*, sendo reguladas suas relações por esse instituto. É a lição, entre nós, do clássico CARVALHO DE MENDONÇA:

“Se o comissário conclui o negócio mercantil em nome do comitente, indicando-o ou mencionando-o, mutilado fica *em sua essência* o contrato de comissão” (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. 6.º, parte II, Rio, 1934, pág. 306).

A razão de ser dessa modificação na estrutura do contrato é evidente, pois a atividade de algum sujeito de direito, praticando atos jurídicos *em nome de alguém*, identificado no contrato, consiste exatamente no exercício da *atividade de mandatário*, conforme definição legal:

“Dá-se mandato mercantil quando um comerciante confia a outrem a gestão de um ou mais negócios mercantis, *obrando o mandatário e obrigando-se em nome do comitente*” (art. 140 do Código de Comércio).

8. Não podem existir quaisquer dúvidas a respeito. Todas as vezes nas quais o comitente desejar se efetue o negócio em seu nome, imediatamente se alterará a natureza do contrato, o qual passará automaticamente à categoria de *mandato mercantil*. Traga-se à colação o ensinamento de GRÜNHUT:

“Se il committente vuole, *invece di mandare*, che l'atto del quale egli ha dato l'incarico venga fatto *in suo nome*, egli deve volerlo *expressamente* o anche *implicitamente*, ma indubitata-

mente. In tal caso, non ha un contratto di commissione, ma un mandato commerciale, perciò non si applicano i principi giuridici propri della commissione, ma quelli del mandato commerciale... (omissis)” (*I Contratti di Mediazione, no Manuale di Diritto Commerciale*, de ENDEMANN, vol. 3.º, Parte I, Nápoles, 1899, pág. 238).

O contrato de comissão constitui, aliás, um dos principais argumentos em favor da tese que rejeita a validade jurídica de um só disciplinamento para tôdas as situações jurídicas de direito privado, pois do ponto de vista do direito civil constitui nítida aberração o fato de alguém estar praticando atos em nome próprio mas em favor de terceiro e segundo as instruções dêste último. Trata-se, efetivamente, de *contrato comercial*, a pedir disciplinamento todo próprio, completamente diverso dos princípios gerais do direito civil.

9. Ora, na espécie em exame, tivemos oportunidade para acentuar (§ 5.º, acima), que a Oleomar, por força do contrato em vigor, deveria contratar com terceiros em nome dela própria, ficando a Petrominas completamente alheia a transações desta natureza. Tudo, leva a crer que, neste ponto, haja ocorrido uma *interpretação autêntica* (eis que efetuada entre as próprias partes do negócio), pela qual a Oleomar, ao *adquirir* mercadorias de terceiros, praticaria o ato *em seu próprio nome*, mas, ao *vendê-las* a terceiros, bem como ao prestar os serviços a que se obrigou, praticaria tais atos *em nome da Petrominas*. Esta é a única explicação para o fato, que nos foi dado a conhecer pelo Serviço de Próprios Estaduais dêste Departamento (órgão controlador da concessão) e que nós próprios pessoalmente confirmamos, de estar sendo executado o serviço público *em nome exclusivo da Petrominas*, sendo essa a única designação de que tem notícia qualquer usuário do serviço da identidade do autor da prestação.

10. Todos os títulos e denominações existentes nas bombas de gasolina do serviço detém o nome da Petrominas e os operadores das bombas jamais declaram estar a serviço da Oleomar, tudo se passando, frente ao *terceiro que for usuário*, como se a atividade da Oleomar jamais tivesse lugar. Em tais condições, não pode haver dúvida quanto à errônea qualificação jurídica do contrato existente entre Petrominas e Oleomar, o qual constitui *mandato mercantil* e não *comissão*, tendo em vista haver sido completamente apagada a posição da Oleomar em suas atividades como prestadora do serviço. O usuário procura os postos de gasolina porque são (ou êle pensa que o sejam) da Petrominas e não da Oleomar; qualquer atrito na prestação do serviço será, em consequência, de responsabilidade da Petrominas e não da Oleomar. Frente ao Poder Público, também, tôdas as relações jurídicas geradas pela execução do serviço têm como objeto a Petrominas e não a Oleomar.

11. *A alteração na identidade do concessionário* — Do que se disse até agora resulta claro e inequívoco haver ocorrido alteração na identidade do concessionário. A ausência de publicidade formal da ocorrência de *substituição do sujeito passivo da obrigação* apresenta-se insuscetível de qualquer dúvida, tanto por ser este o resultado incontrovertível da análise do contrato existente entre Petrominas e Oleomar, como face à declaração desta última, na carta junta ao presente, na qual se declara titular de “contrato de administração” dos postos de gasolina. Este, exatamente, constitui o *objeto* do contrato de concessão outorgado pelo Estado à Petrominas, no qual, sendo o Estado proprietário do local e da maquinária, a *prestação* a que se obrigou a concessionária consiste na administração do serviço, ou seja, a compra de gasolina e sua venda aos usuários, bem como a prestação dos serviços de fornecimento de ar e água.

12. *O contrato administrativo e a execução do serviço* — Nos contratos em geral, a identidade do sujeito passivo da obrigação possui enorme importância, eis que o objeto do contrato, para que resulte a gosto do interessado, não poucas vezes somente poderá vir a ser efetuado por *certa e determinada pessoa*, tendo em vista o resultado da atividade anterior da mesma, de tal modo que o outro contratante possa vir a ter regular certeza da qualidade da prestação por ele desejada. Nos contratos administrativos apresenta-se ainda mais intensa essa necessidade do exame da identidade da pessoa que irá efetuar uma *prestação* necessária ao serviço público, tendo em vista que este, visando satisfazer necessidades da coletividade, não pode ser objeto de interrupções, sendo indispensável a quem o exerça deter os meios necessários à consecução das atividades próprias do serviço.

13. Por esse motivo, é pacífico serem os contratos administrativos efetuados *intuitu personae*, isto é, levando sempre em consideração a identidade daquele que vai colaborar com o serviço público. Especialmente no que tange aos contratos de *concessão de serviço público*, o conhecimento desta identidade se apresenta dotada de relevância ainda maior, pois nela ocorre uma verdadeira *substituição* do executante do serviço, o qual deixa de ser o Poder Público e passa a ser o *concessionário*, que deve possuir um raro conjunto de qualidades simultaneamente morais, econômicas, administrativas, técnicas, todas elas capazes de assegurar ao serviço a *regularidade* e *continuidade* que lhe são essenciais. É o que nos lembra o eminente Professor JÈZE:

“Il n’y a pas de contrat administratif qui ait un caractère plus personnel que celui de concession de service public. L’administration se substitue un entrepreneur pour l’exploitation du service; elle le choisit avec soin, parce que la concession ne signifie pas que l’administration se désintéresse du service public. Bien loin de là, le concédant surveille constamment le

concessionnaire afin que l’exploitation soit toujours satisfaisante pour le public. L’intuitu personae est essentiel” (Les Principes Généraux du Droit Administratif, 3.^a ed., vol. 4.^o, Paris, 1934, pág. 194).

14. Exatamente devido à indispensabilidade da *prestação pessoal* da obrigação, por parte do concessionário, lícito não se apresenta a este efetuar a transferência parcial ou total do contrato (seja mediante qual for a operação de direito utilizada) a terceiros, impondo-se-lhe, muito pelo contrário, o dever de respeitar o princípio da execução pessoal. Tão importante é a importância desse princípio para a boa regularidade do serviço que se entende perfeitamente dispensável a existência de regra contratual (na ausência de preceito legal a respeito), impondo a proibição de ceder o contrato, pois o impedimento é da própria natureza do contrato:

“Même lorsque le contrat ne subordonne pas expressément la validité des cessions et sous-traités à l’agrément de l’administration, la nécessité de cet agrément n’en est pas moins certaine” (LAUBADÈRE, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, Paris, 1956, 2.^o vol., pág. 105).

15. Apresenta-se indispensável, como se vê, a *concordância da Administração Pública* para que o contrato administrativo seja validamente transferido daquele a quem foi inicialmente outorgado a terceiros, pois, nessa ocasião, a entidade pública competente procederá ao exame das *condições personalíssimas* do substituto, verificando se o mesmo detém as qualidades necessárias para a execução do serviço a que se referir o contrato. No caso do pedido de transferência vir a ser negado, é claro que o concessionário não poderá efetuar-lo, assim como jamais poderá cedê-lo *de iniciativa própria*. Trata-se de interdição absoluta, cujo respeito é fundamental e que importa, caso se verifique a desobediência do concessionário, em uma inegável *sanção* de seu *procedimento ilícito*. Em verdade, encontramos perante normal decorrência de todo e qualquer ato praticado em desconformidade com a ordem jurídica: esta, como verdadeira *condição de sua própria existência*, institui para as declarações de vontade emitidas com infringência do direito positivo uma sanção, que varia em conformidade com o grau do ilícito praticado.

16. No caso específico da cessão de contratos administrativos, a sanção a ser aplicada (é claro que na única hipótese da inexistência de autorização da Administração Pública) consiste na *nulidade do próprio contrato de concessão*, de tal forma é grave a falta cometida pelo concessionário:

“La nécessité de l'autorisation entraîne l'illicéité des cessions et sous-traités non autorisés; ceux-ci sont attachés d'une nullité d'ordre public, susceptible par conséquent d'être soulevée d'office par le juge” (LAUBADÈRE, *idem*, pág. 108).

Com efeito, a não ser na hipótese de paralisação do serviço, dificilmente poderia existir no serviço público em regime de concessão fato de tamanha gravidade como a transferência sem autorização, pois, desconhecidos os *atributos personalísimos* do novo prestador de serviços (que pode ser pessoa totalmente incapaz de exercer a atividade objeto de concessão), este, pessoa possivelmente sem idoneidade, poderia paralisar o serviço, gerando tremendos inconvenientes para o público, em cujo benefício exclusivo fôra êle criado.

17. *A norma contratual proibitiva* — Na espécie em exame encontramos, porém, perante hipótese na qual existe *regra contratual expressa* impedindo a transferência do contrato a terceiros; trata-se da já anteriormente citada *cláusula décima primeira, in verbis*:

“Este contrato, que terá a vigência de 5 (cinco) anos, não poderá ser transferido, cedido, nem dado em garantia a terceiros”.

Não obstante, conforme vimos acima, a atual entidade que, *efetivamente*, presta ao público o serviço que foi concedido à Petrominas é a Oleomar. Esta última é quem se encontra na posse do imóvel do Estado onde se encontram as bombas de gasolina e *ela, somente ela*, administra o serviço, entrando exclusivamente em contato com o público seja na venda de gasolina e lubrificantes, seja na prestação dos serviços de fornecimento de água e ar. Em resumo: *ocorreu a substituição da Petrominas pela Oleomar na prestação da obrigação criada pela concessão de serviço público em tela*.

18. Note-se, a propósito, ser por completo indiferente para a caracterização do *inadimplemento contratual* a natureza jurídica do ato pelo qual a Petrominas transferiu à Oleomar a execução da prestação a que ela própria se obrigara perante o Estado. Seja de *mandato* ou *comissão mercantil* o tipo de negócio jurídico existente entre as duas, de qualquer forma é certo, constituindo fato absolutamente incontrovertido, não mais se encontrar a Petrominas no exercício da atividade de concessionária. Este o ponto fundamental da presente análise: ocorreu nítida *infração contratual* por parte da entidade que recebeu a incumbência de exercer o serviço público, por haver ela outorgado a terceiros o dever de executar o contrato que somente ela poderia efetuar; não obstante, o contrato pode vir a ser por ela novamente exercido de forma regular, eis que, seja como *mandante* (no caso de se tratar de *contrato de mandato*), seja como *comi-*

tente (se o contrato fôr de *mediação*), nada impede proceda de imediato à *rescisão* do mesmo, retirando a Oleomar do serviço, o qual ela, Petrominas, voltaria a exercer *pessoal e diretamente*.

19. É de assinalar-se que, uma vez conhecida por este Departamento tal situação, foi a Petrominas advertida para imediatamente paralisar tal estado de coisas, voltando a exercer *pessoal e diretamente* o serviço. Tal advertência fêz surtir os devidos efeitos, havendo a referida empresa encaminhado o ofício de fls. 30, datado de 13 do corrente, pelo qual apresentou cópia do *distrato* efetuado entre ela e a Oleomar, com data do dia anterior, pelo qual tais firmas *convencionaram rescindir* o contrato ora em exame. É interessante notar que as partes do negócio deram-lhe, no instrumento de *distrato*, exatamente a qualificação que nós, em o presente parecer, entendêramos lhe ser exata, isto é, a de *mandato mercantil*, pois, ao invés de se qualificarem como *comitente e comissária*, houveram por acertado declararem-se *locador e locatária*.

20. *As sanções pelo inadimplemento do contrato* — Seria de aplicar-se à Petrominas alguma sanção pela ocorrência de infração contratual? Em sentido estrito, talvez fôsse cabível esse procedimento face aos termos em que foi lançada a cláusula décima terceira do contrato; do ponto de vista de orientação administrativa, entretanto, pensamos possa vir a ser *relevada*, se a tanto anuir a Administração Superior, a aplicação de penalidade, tendo em vista haver a firma concessionária atendido às ponderações deste Departamento sobre a indispensável necessidade da modificação na forma pela qual a concessão estava sendo efetuada. Impõe-se apenas o exame *in loco* para verificação de quaisquer possíveis tentativas de induzir em *erro* o Poder Público mediante a apresentação de documento espúrio, além de proceder a exame na contabilidade da firma concessionária.

21. *Conclusão*. Face ao exposto, somos de parecer que, uma vez remetida a espécie ao exame da douta Procuradoria Geral, deverá este Departamento, ao receber de volta o processo, determinar a realização do exame pericial na escrita da firma, solicitando para tanto a colaboração do Departamento de Contabilidade, bem como proceder à verificação da ocorrência de *prestação pessoal* da concessionária nos vários postos de gasolina objetos do contrato.

Rio de Janeiro, 23 de dezembro de 1967.

ROCHA LAGÔA
Procurador do Estado
Assessor do Departamento do Patrimônio