

- g — emprestar e contrair empréstimos;
- h — dar ou receber penhores;
- i — desistir de recursos;
- j — licenciar demolições;
- l — requerer o pagamento de laudêmios.

Na última letra do elenco enunciativo acima advém a resposta à consulta formulada e em todos, bem como em outras hipóteses emergentes, o que há, é o que a melhor doutrina agnominava de **ATOS GRAVES**, ab verbis:

“... o que possa AFETAR, por qual modo, o patrimônio de pessoa, comprometendo os bens que nele se integram ou os direitos que a ele se referem com encargos ou ônus de qualquer natureza.

Da própria natureza dele já se depreende que não é um ato de administração, ou que não é um ato que se entenda autorizado mediante outorga de mandato de administração.

“É ato para o qual se exige a **DECLARAÇÃO EXPRESSA DE QUE O QUER PRATICAR** por ofício de outrem, para que se evidencie, por esse modo, **Haver consentido formalmente**, como aliás, é da própria regra jurídica (**Apud DE PLÁCIDO E SILVA, op. cit.**, p. 329, calcado em **CARVALHO SANTOS e CÂNDIDO OLIVEIRA FILHO** — Originais, os grifos).

Então e em resumo objetivo: os despachantes estaduais, pela regência do artigo 1.º da Lei n.º 1.708, de 1968, podem, como mandatários tácitos e portanto sem procuração de poderes expressos e especiais, praticar todos os atos da administração ordinária e custódia de quaisquer interesses de municípios perante repartições públicas; entre tais atos não se inclui o de requerer o pagamento de laudêmios para a transferência do domínio útil de terrenos foreiros para o qual deverão exhibir instrumento de mandato hábil com poderes explícitos, o que não importa dizer que não possam, sem essa mesma formalidade, tratar de outros assuntos relacionados com a enfiteuse desde que esses mesmos assuntos não importem em afecção dos direitos do enfiteuta.

É o meu parecer, **sub censura**.

Rio de Janeiro, 13 de abril de 1977.

Marcus Moraes, Procurador do Estado.

PROCESSO N.º 04/550.612/77

VISTO.

Aprovo o Parecer n.º 24/77-MM. Encaminhe-se o processo ao Gabinete do Exmo. Sr. Prefeito do Município do Rio de Janeiro.

Rio de Janeiro, 12 de maio de 1977.

Roberto Paraiso Rocha, Procurador Geral do Estado.

Créditos originados de atos ou fatos ocorridos ao tempo do Estado da Guanabara. O ensino primário é de natureza estritamente municipal? Inadimplência de contrato de construção. Titularidade dos créditos, in casu. Ressarcimento das perdas danos. Ação. Multa: Inscritibilidade do crédito. Dívida Ativa. Execução.

1. HISTÓRICO

Tomo do Relatório-Promoção de fls. 72/74, do Senhor Procurador Fernando Campos de Arruda, os seguintes dados:

1.1 O antigo Estado da Guanabara (Fundo Estadual de Educação e Cultura) contratou com a empresa R.R.C. Guimarães S/A — Indústria e Comércio de Construções — a construção de três prédios escolares destinados ao ensino primário, havendo sido executadas, a contento, as obras de dois prédios, o que não sucedeu com as do terceiro (Rua Aricanga).

Por isso foi o contrato rescindido (rescisão administrativa) com a imposição da multa de 20% sobre o valor total da obra contratada, na forma do artigo 401, I, do RGCAF (fls. 53).

1.2 Para arrolar as obras e serviços não executados e arbitrar o valor do prejuízo do Estado foi requerida vistoria **ad perpetuam**, sendo estimado em Cr\$ 99.043,41 (noventa e nove mil e quarenta e três cruzeiros e quarenta e um centavos), o prejuízo, atualizado à data da perícia. A Construtora, falida, foi representada pelo Liquidante Judicial.

1.3 O dono da obra era o Estado, mas com a fusão, à face da Constituição Estadual (art. 228, § único), do Decreto-lei n.º 2, de 15.3.75 (art. 17), titular do crédito é o Município do Rio de Janeiro.

1.4 O disposto no Decreto-lei n.º 1, de 15.3.75, artigo 24, § 2.º, há ser cumprido através entendimento entre o Estado do Rio de Janeiro e o Município de sua Capital, nisso não interferindo as mutações subjetivas quando à titularidade dos créditos e obrigações entre as duas pessoas jurídicas de direito público.

1.5 O processo foi à Procuradoria Administrativa, onde mereceu parecer do Senhor Procurador João Manuel de Almeida Velloso (fls. 77), **in verbis**:

“Conforme art. 14, § 1.º, inc. 11, do Decreto-lei n.º 2, de 15.03.75, as atividades de ensino primário, juntamente com as unidades escolares que desempenham atividades de ensino de 1.º grau, foram transferidas para o Município. Por outro lado,

em decorrência do disposto no art. 17 do diploma citado está o Município do Rio de Janeiro sub-rogado em todos os direitos e obrigações do antigo Estado da Guanabara, quando os atos, bens e serviços que lhes tenham dado causa sejam de natureza estritamente municipal.

Indaga-se agora se caberá ao Estado do Rio de Janeiro, ou ao Município do Rio de Janeiro, o direito de ação para reclamar os danos antes referidos.

Entendo portanto, com o parecer citado, que cabe ao Município e não ao Estado, o direito e ação para reclamar os danos em causa e, também, para reclamar a multa administrativa imposta à construtora inadimplente.

Não fosse a determinação legal, o simples fato de ser agora encargo do Município terminar a obra, evidencia a sub-rogação em direito àquelas reparações pecuniárias."

1.5.1 O Procurador-Chefe achou necessário ouvir o Departamento do Patrimônio sobre a transferência do bem (fls. 76), vindo a fls. 83 a informação de que o imóvel consta de discriminação feita pelo Decreto 1.137, de 2.3.77, art. 1.º, sob n.º 1, como bem público de uso especial de domínio do Município.

1.5.2 A fls. 83 a Procuradoria Administrativa confirmou, frente à informação supranoticiada, seu parecer anterior.

2. Dois assuntos emergem do processo, no referente ao enfocado pela Procuradoria Geral: a titularidade dos créditos e o "modus" da cobrança.

2.1 A Titularidade dos Créditos

2.1.1 A Natureza do Serviço Público de Ensino Primário

O primeiro parecer (fls. 73), invocando o art. 14, § 1.º, inciso 11 do Decreto-lei n.º 2, de 15 de março de 1975 (pelo qual são transferidas para o Município as unidades escolares de 1.º grau) e o art. 17 do mesmo decreto-lei, concluiu:

"No caso, o ato de que se origina o crédito, o contrato de construção, embora celebrado pelo Estado, deve ser considerado de natureza estritamente municipal, não só em razão do seu objeto material (prédio escolar primário), como do serviço municipal ao qual tinha em mira instrumentar (o ensino do 1.º grau)."

Diz o art. 17 do Decreto-lei 2:

"Art. 17 O Município do Rio de Janeiro sub-rogar-se-á em todos os direitos e obrigações do antigo Estado da Guanabara quando os atos, bens e serviços que lhes tenham dado causa forem de natureza estritamente municipal" (grifei).

O segundo parecer invoca os mesmos dispositivos (fls. 78) e mais a discriminação do imóvel como sendo do Município (fls. 85) e assenta:

"Parece-me portanto não restar dúvida quanto caber ao Município do Rio de Janeiro o direito e ação para reclamar a composição dos danos causados pelo inadimplemento citado, não só porque sucedeu ao Estado no serviço, mas também porque tal ocorreu também em relação à titularidade do imóvel."

Além disso — se afirmou — não só o serviço a que se destinava a construção era de natureza estritamente municipal (ensino primário), como o próprio imóvel também o era.

Temos que o discrimen para a verificação da titularidade dos créditos está fixado no art. 17 do antes mencionado Decreto-lei n.º 2, qual seja, a natureza estritamente municipal dos atos, bens e serviços que tenham dado causa ao direito.

2.1.2 Assentam-se, pois, os pareceres, para afiançar que o titular dos créditos é o Município, em que:

— o primeiro: o ato de que se origina o crédito (ou seja o contrato de construção) deve ser considerado estritamente municipal não só em razão do objeto material (prédio escolar) como do serviço ao qual tinha em mira instrumentar (o ensino do primeiro grau).

— o segundo: o Município é sucessor do Estado no serviço e também na titularidade do imóvel.

2.1.3 Seria mesmo, per se, o ensino primário serviço de natureza

Já o antigo Decreto-Lei Federal n.º 8.529, de 1.1.46 (Lei Orgânica do Ensino Primário) deixou determinado:

"Art. 22 O ensino primário será ministrado pelos poderes públicos e o livre à iniciativa particular."

"Art. 45 Os Estados e o Distrito Federal reservarão, cada ano, para manutenção e desenvolvimento de seus serviços de ensino primário, a cota parte das rendas tributárias de impostos, fixada no convênio, de que trata o decreto-lei n.º 4.958, de 14 de novembro de 1942.

Igual providência tomará a União, quanto aos orçamentos dos Territórios.

"Art. 46 Os recursos destinados ao ensino primário, pelos Municípios, por força do convênio referido no artigo an-

terior, poderão ser incorporados às dotações estaduais, em cada Estado, ou terem aplicação direta, segundo os acordos estipulados entre os Municípios e a administração estadual respectiva."

E o supra-referido Decreto-Lei (4.958, de 14.11.42, art. 3.º):

"Os recursos do Fundo Nacional de Ensino Primário se destinarão à ampliação e melhoria do sistema escolar primário de todo o País. Esses recursos serão aplicados em auxílios a cada um dos Estados e Territórios e ao Distrito Federal, na conformidade de suas maiores necessidades."

Por esses dispositivos legais se vê, sem sombra de dúvida, que o ensino primário não é de natureza estritamente municipal.

A Constituição Federal de 1946 estatua:

"O ensino será ministrado nos diferentes graus pelos Poderes Públicos" (art. 168, 1.º, grifei).

E a Lei 4.024, de 20.12.1961 (Diretrizes e Bases da Educação Nacional):

"Art. 11 A União, os Estados e o Distrito Federal organizarão os seus sistemas de ensino, com observância da presente lei.

"Art. 12 Os sistemas de ensino atenderão à variedade dos cursos, à flexibilidade dos currículos e à articulação dos diversos graus e ramos".

"Art. 29 Cada município, fará, anualmente, a chamada da população escolar de sete anos de idade, para matrícula na escola primária."

A Lei 5.692, de 11.8.71, disciplinando o ensino de primeiro e segundo graus, especifica (arts. 41, 52, 59) ser a educação dever de todos, prestando a União Federal a assistência necessária, e impondo aos Municípios a aplicação de 20% de suas cotas no Fundo de Participação para o ensino do primeiro grau.

Sobrepassando a tudo isso a Constituição Federal (Emenda 1) estabelece em seu artigo 176, § 1.º, repetindo a de 1946:

"O ensino será ministrado nos diferentes graus pelos Poderes Públicos." (grifei)

E ensina MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (Comentários à Constituição Brasileira, Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, Saraiva, 1975, p. 218).

"ENSINO PÚBLICO — A regra Constitucional visa a evitar que o ensino ministrado por entidades públicas seja restrito a um só grau. Obrigação, pois, o Poder Público a estabelecer o

ensino em todos os graus que a legislação prevê. É verdade que o texto é vago não especificando qual dos Poderes Públicos tem a obrigação de ministrar o ensino em todos os graus, ou se todos têm essa mesma obrigação (sublinhei).

A sua vez o douto administrativista HELY LOPES MEIRELLES (Direito Municipal Brasileiro, ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1967, v. I):

"Cabendo à União legislar sobre as bases e diretrizes da educação nacional (art. 5.º, XV, "d") e aos Estados-membros organizar o seu sistema de ensino (art. 171), ao Município só compete criar as suas escolas públicas e fazê-las funcionar de acordo com a orientação federal e a organização escolar estadual embora mantenha sistema e cursos próprios de ensino, a União só os estenderá aos Estados-membros em caráter supletivo e nos estritos limites das deficiências locais (art. 170, parágrafo único). Somente nos Territórios Federais é que a União imporá o seu sistema próprio de ensino e manterá seus cursos, com exclusividade.

Aos Estados-membros e Municípios é que incumbe a missão de ensinar, de abrir e manter escolas de toda espécie. O que a Constituição almeja é, precisamente, a descentralização do ensino e a difusão de cursos de todos os tipos e graus por todo o território nacional. Essa difusão da cultura, tão necessária ao nosso povo, só será possível através do ensino estadual e municipal. Nada impede, entretanto, e é dever mesmo do Governo Federal, suprir as falhas locais, instalando escolas e cursos onde não os houver estaduais ou municipais. A ação supletiva e subsidiária da União pode manifestar-se, não só pela manutenção de cursos federais, como também através de auxílios pecuniários ao sistema estadual ou à iniciativa local, oficial ou particular.

A competência do Município é ampla para criar e manter escolas." (págs. 227/228).

"A tendência moderna é a da escola local." (pg. 228).

"Todos os graus e cursos cabem na alçada municipal. Mas o ideal será que o Município cuide preferentemente do ensino primário e profissional, instalando e mantendo escolas de penetração na zona rural onde se acentuam as deficiências do ensino estadual". (p. 229).

J. G. MENEGALE no seu precioso **Direito Administrativo e Ciência da Administração**, depois de explicar quais são os sujeitos da prestação de serviço público de instrução (União, Estados, Municípios e particulares) explana:

“As vantagens da descentralização, nos termos em que a defendemos, são impressionantes. Atende-se mais adequadamente, em número e qualidade e quanto ao conteúdo dos programas e aos métodos gerais, às diversidades de lugares. Como a observação dos resultados sensíveis do ensino estimula a administração e a orienta nas reformas a introduzir, a gestão regional e local é mais profícua, visto como possibilita a reação mais rápida e direta dos administradores. Ademais, a descentralização evita a dispersão de recursos financeiros, pela menor latitude dos campos a que se aplicam, quando a aplicação depende do conhecimento das variáveis circunstâncias de lugar e tempo. Nem há que desprezar a vantagem de, pela administração regional ou local, poder prover-se sem de longas às deficiências materiais e às necessidades regulamentares ou disciplinares da escola. De outra parte, a eficiência da administração do ensino depende, em muito, da cooperação das entidades administrativas entre si e com o público, e essa cooperação é mais fácil e estreita em círculos mais reduzidos.

Confira-se à União, ao Estado e ao Município a parte que a cada qual lhe compete; e vale consignar que aos Estados se tem imputado a maior carga, à União nenhuma e ao Município um encargo, em geral, ínfimo. Daí, os Estados e o ensino são os mais prejudicados.” (Borsoi, Rio, 1957, 3.^a ed., pp. 634/635).

Temos que o ensino primário, como os dos outros graus, não é exclusivo de qualquer dos Poderes Públicos (os entes políticos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios) como também não está afeto a um só, o que, por contradição, exclui a estrita natureza municipal.

E mais: que sua melhor realização, porém, se faz quando entregue ao Município, pelas peculiaridades de sua ministração.

Haveria, a esses termos, alguma proibição constitucional, de atribuir o Estado ao Município de sua capital todo o ensino primário? Não encontrei, e, face ao próprio princípio de que ministrar a instrução pública é dever de todos os Poderes Públicos, entendo perfeitamente possível a demarcação de atribuições.

Tornou-se assim demarcado, pela legislação estadual?

Parece-me: de acordo com os artigos 13, § 1.^o, e 14, parágrafo único, da Lei Federal Complementar n.^o 20, de 1.^o de julho de 1974, baixou o Senhor Governador o Decreto-lei n.^o 2, de 15.3.75, em que ficou assentado:

§ 1.^o Ficam, também, transferidos para a jurisdição do Município do Rio de Janeiro os demais órgãos da Administração Direta e as entidades da Administração Indireta do an-

tigo Estado da Guanabara, bem como as fundações pelo mesmo instituídas, e que, por exercerem atribuições de natureza exclusivamente municipal, deixaram de figurar, como órgão integrantes e entidades vinculadas ou supervisionadas, nas estruturas básicas das Secretarias de Estado, e desde logo:

.....
11) As unidades escolares que desempenham atividades de ensino de 1.^o grau.”

(art. 14, § 1.^o e inciso 11 do Decreto-lei 2, de 15.3.75).

E regulamentando, o Decreto 157, de 11.6.75, transferiu ao Município a administração dos serviços referentes, dentre outros, às unidades escolares de 1.^o grau e jardim de infância (art. 1.^o, I, IV e 2.^o).

2.1.4 E quanto ao bem — Escola Cândido Campos?

2.1.4.1 Aos termos do artigo 13 da Lei Complementar Federal n.^o 20, de 1.4.74, do art. 228, parágrafo único, da Constituição Estadual, e artigo 77, parágrafo único, inciso 3, da Lei Complementar Estadual n.^o 3, de 22.9.76 (Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro) foi o bem reconhecido de domínio do Município de acordo com o Decreto-lei n.^o 128, de 10.6.75, art. 1.^o, III, e discriminação feita pelo Decreto n.^o 1.137, de 2.3.77, art. 1.^o, sob n.^o 1.

2.1.4.2 Aprovou V. Exa. minha exposição (Ofício n.^o 22/76-NB-PG-2, de 23.11.76) em que afirmo:

“— não há antinomia entre os artigos 24 do Decreto-lei 1 e 17 do Decreto-lei n.^o 2, ambos de 15.3.75.

— na verdade o art. 17 do Decreto-lei n.^o 2 é uma especificação relativamente ao Município da Capital: o ato que causou a imposição da multa no processo judicial representou descumprimento da legislação edilícia, de natureza estritamente municipal.”

e que:

— assim não se passa relativamente aos tributos (art. 14 do Decreto-lei já mencionado)”.

Esta última conclusão não tem aplicação ao caso em exame.

2.1.5 Configurou-se, pois, de igual modo, o contrato como sendo de natureza estritamente municipal e face à natureza do bem cuja construção tinha por objeto.

2.1.6 Manifesto, pois, — uma vez que já está firmado o entendimento do artigo 17 do Decreto-lei 2, por V. Exa., e que entendo ter provado haverem o bem e o serviço se tornado de natureza estritamente municipal e dessa natureza também participando o contrato — minha concordância com as conclusões das peças que V. Exa. me determinou examinar.

É, pois, do Município do Rio de Janeiro a titularidade dos créditos.

2.2 O "modus" da cobrança

2.2.1 Os danos

Quanto aos prejuízos advindos da inadimplência do contrato, a promoção de fls. 72 já indica o caminho, qual seja a propositura de ação para obter a reparação dos danos, contra a massa falida (inclusive, naturalmente, os acréscimos legais). O problema era outro: — quem teria legitimação ativa para a propositura da ação?

Segundo se vê do processo (fls. 7 e 21) a escola, embora sem aceitação provisória e com as obras complementares ainda inacabadas, está ocupada e em funcionamento, não havendo nenhuma informação a respeito de obras, tendo sido requerida a **vistoria ad perpetuam** para o fim de arrolar obras e serviços não executados (fls. 72) ou defeitos e omissões na execução, como está na cópia da petição de vistoria grampeada à última capa deste processo (a petição é datada de 14.6.74). Aliás, o processo número 03/2889/73 também nos dá conta de que a Escola, **então já identificada como 3.XVI — CÂNDIDO CAMPOS**, estava funcionando, sem a conclusão das obras, desde julho de 1972.

Tudo induz, pois, que a Escola ingressou no domínio do Município nessas condições.

Estou entendendo que a importância de Cr\$ 99.043,41 (noventa e nove mil, quarenta e três cruzeiros e quarenta e hum centavos), se adstringe tão somente ao valor dos defeitos e omissões, restando a calcular, se as obras ainda não estiverem completadas até a inicial da ação, a diferença entre seu custo **na ocasião própria do contrato e aquele necessário para executá-las tão pronto o Estado possa ter tido a obra à sua disposição.**

2.2.2 Quanto ao crédito advindo da imposição da multa

A fls. 53 está a decisão administrativa, impondo a multa de acordo com o art. 401, I, do REGCAF, de 20%, e cujo valor foi calculado em Cr\$ 298.161,04 (duzentos e noventa e oito mil, cento e sessenta e um cruzeiros e quatro centavos) (fls. 56), que, acrescido dos juros moratórios e outros complementos legais, deve ser inscrito como dívida ativa, nos termos dos artigos 39 da Lei Federal 4.320, de 17.3.64 e 2.º do Decreto-lei 960, de 17.12.38.

Explica o Senhor Procurador Milton Flaks (**Revista Forense 251/75**) que constituem dívida ativa, dentre outros, **os créditos, inscritos, provenientes de multas administrativas.**

E, assim, via execução por título extrajudicial, se cobrará a dívida (CPC 585, VI).

Adiante, apenas por estar o processo virgem no assunto, os seguintes pontos:

2.2.2.1 A exigibilidade do crédito face ao contrato

No processo n.º 03/50699/71, apenso, encontra-se uma das vias do contrato n.º 23/69, de 31-10-69, em cujo preâmbulo se disse que o contrato era feito com observância do Caderno de Obrigações, aprovado pelo Decreto número 15.155, de 15-2-60, Decreto "N" n.º 22, de 11-7-63, "sujeitando a contratante às estipulações, multas e penalidades previstas no referido Caderno, no Decreto 985, de 24-4-62, e que, embora aqui não transcritas, ficam, para todos os efeitos de direito, fazendo parte integrante do presente termo" (fls. 56).

E a Cláusula Décima-Terceira:

"CLAUSULA DÉCIMA-TERCEIRA — É de fundamental importância o rigoroso cumprimento do cronograma da execução das obras. Assim sendo, fica estipulado que: no 1.º atraso comprovado, a "CONTRATANTE" será punida com a pena de "ADVERTÊNCIA"; na REINCIDÊNCIA (2.º atraso) será imposta "MULTA" de 0,5% (meio por cento) do valor da etapa em atraso; no 3.º atraso, caberá, a critério do "FUNDO", a Rescisão Administrativa deste Contrato, ou, a critério exclusivo do "FUNDO" a aplicação de 20% (vinte por cento) de multa sobre o valor da etapa em atraso."

Havia, como se vê, uma gradação de hipóteses, desconhecida no Decreto-lei 128, de 18-8-69, e seu Regulamento (Decreto 4.657, de 29-12-1970).

Operando-se a rescisão sob a vigência do Código de Administração Financeira, ao tempo da antiga GB, temos que a invocação, no preâmbulo do contrato, da legislação sob a qual foi celebrado, nenhuma repercussão tem na imposição se a esse tempo outras eram as regras legais vigorantes. Pelo contrário, as normas que são de ordem pública, passam a integrar o contrato, tão logo vigorantes.

A respeito, em outro caso, disse o Senhor Procurador Amilcar Motta:

"É certo que relações obrigacionais são reguladas pelo direito vigente à época em que se constituíram, mas a assertiva deve ser entendida, principalmente, no que concerne à forma do ato jurídico e às condições de existência do direito subjetivo dos contratantes.

Já no que diz respeito às conseqüências da inexecução dessas obrigações e no que se refere ao sistema de penalida-

des para o inadimplemento contratual, sou da opinião que ficam disciplinados pelos postulados hodiernos, no particular, como exceção àquela regra geral, antes referida.”

.....
“Segundo entendo, em casos que tais não se acha em causa o contrato em si mesmo, mas tão somente as **consequências** dos atos, praticados muito mais tarde, por um dos pactuantes.

E este fato, surgido após a constituição das obrigações recíprocas, quando outra ordem jurídica impera, deve ser, necessariamente, enfocado sob o prisma da nova regulamentação que prevalece.”

(Parecer no Processo 07/701.601/71, Ofício n.º 7/73 — aprovado pelo Senhor Procurador-Geral).

Do mesmo Procurador, no Processo n.º 03/13.561/70 (Ofício n.º 87/73):

“Já tive ensejo de, anteriormente, examinar essa matéria, e o fiz através do meu ofício de n.º 7/73-AM, exarado no Processo n.º 07/701.601/71, defendendo, naquela oportunidade, a tese segundo a qual o sistema de penalidade aplicável ao empreiteiro de obras públicas é o vigente no momento em que se dá a rescisão, não só em atenção ao interesse público subjacente, mas até por invocação do ensinamento de juristas do porte de CARLOS MAXIMILIANO, que foi, por mim, abundantemente citado naquele parecer.

No “visto” proferido no aludido opinamento, V. Exa., em linguagem concisa e erudita, disse com sobradas razões o seguinte:

“A natureza pública das regras que disciplinam, especialmente, os contratos do Estado, dão às normas de procedimento administrativo (de ordem pública) valor desde logo operante, inclusive sobre os ajustes em curso — não havendo excludente na lei inovadora considerada.

Não fora a rescisão de que se trata, daquelas amigáveis, e as penalidades aplicáveis no caso, seriam, não as do Caderno de Obrigações, mas as compendiadas no Regulamento Geral do Código de Administração Financeira.”

(Parecer também aprovado pelo Senhor Procurador-Geral, e de modo enfático).

Há uma justaposição, no caso, da norma mais moderna, e que prevalece, assim, sobre a Cláusula Décima-Terceira do Contrato, que, com ela, se incompatibilizou.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (32), 1977

Claro que, o contrato administrativo (embora negada sua espécie por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, in **RDA**, v. 88, p. 15 e segs.) tem suas peculiaridades, como seguramente nos demonstra o Douto Hely Lopes Meirelles:

“Aplicação de penalidades contratuais — A aplicação de penalidades contratuais diretamente pela Administração é outra de suas prerrogativas, correlata à do controle do contrato. Realmente, seria inútil o acompanhamento da execução contratual se, verificada a infração contratual, não pudesse a Administração puni-lo pela falta cometida. Tal poder resulta do princípio de auto-executoriedade dos atos administrativos, que já estudamos precedentemente (Cap. IV, item III), extensivo também aos contratos públicos. Destarte, ao contratar, a Administração se reserva implicitamente a faculdade de aplicar as penalidades contratuais e as legais, ainda que não previstas expressamente no contrato, independentemente de prévia intervenção do Poder Judiciário, salvo para as cobranças resistidas pelo particular contratante. (15) (Dir. Adm. Bras. 5.ª ed., at., R.T., S. Paulo, 1977, p. 191).

Foi o decidido neste processo.

Vigorando, assim, ao tempo da rescisão o Código de Administração Financeira e seu Regulamento (Decreto-lei 128, de 18-8-69 e Decreto “E” 4.657, de 29-12-70), haveria ela de se fazer, como de fato o foi, de acordo com o art. 401, I, deste último:

“Formalizada a rescisão administrativa:

I — incorrerá o adjudicatário na multa de até o máximo de 20%, calculada sobre o valor do contrato, além das outras sanções previstas neste título.”

Em parecer, lavrado a fls. 30/32, ressaltou o Senhor Procurador José Eduardo Santos Neves, Assistente do Senhor Procurador-Geral, e com apoio deste:

“Assinalo que o limite da multa a ser aplicada é de 20% sobre o valor total do contrato (e aditivo), e não 20% dos serviços contratuais inexecutados, conforme erroneamente calculado a fls. 27. **Em se tratando de norma punitiva de ordem pública, é imediatamente aplicável, mesmo aos contratos firmados anteriormente ao Decreto “E” 4.657, de 29-12-1970, que aprovou o RGCAF.**

(15) — Para tanto, as multas não pagas no prazo legal ou contratual são inscritas como dívida ativa da Fazenda Pública e cobradas em processo de execução, uma vez que a certidão de dívida ativa constitui título executivo extrajudicial (C.P.C., 585, VI).

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (32), 1977

Por conseguinte, opino sejam tomadas imediatamente as seguintes providências:

- a) **rescisão administrativa do Contrato 23/69 (arts. 400, n.ºs I e IV do RGCAF);**”
- b) **acerto final das contas do adjudicatário com a aplicação das multas e cominações cabíveis (artigo 401 do RGCAF);**” (Grifel).

A imposição da multa, foi, pois, consequência impostergável da norma aderida ao contrato, modificativa da Cláusula Décima-Terceira, e como resultado da inadimplência.

O contrato invoca a legislação seguinte: Decreto 15.155, de 15-2-60; Decreto n.º 985, de 24-4-62; e Decreto n.º 22, de 11-7-63. Este último se refere a reajustamento de preços de obras e serviços adjudicados pelo Estado.

No ponto que interessa a esse trabalho, leio o Caderno de Obrigações (Título III, Capítulo II, art. 84, letra “f” que diz:

“Art. 84 — São cláusulas essenciais e como tais, não poderão ser omitidas, sob pena de nulidade:

- f) as que indiquem a natureza e importância da garantia que os adjudicatários devem dar para assegurar o cumprimento das obrigações estipuladas e a disposição penal e declaratória da ação que a administração pública possa exercer sobre a garantia instituída no resguardo do seu cumprimento, se ocorrer o inadimplemento das obrigações convencionadas;”

E o Decreto 985 afirma:

“Art. 1.º — Nos contratos de construção que for parte qualquer repartição ou órgão autônomo do Estado, a totalidade das obras ou serviços a executar será discriminada por etapas mensais.

Art. 2.º — As multas e demais cominações previstas no Caderno de Obrigações (Decreto n.º 15.155-60) incidirão sobre os atrasos que se verificarem em relação a cada etapa mensal das obras.

Parágrafo único. Para fins de aplicação do disposto neste artigo, fica estabelecido que:

- c) o disposto no art. 133 do Caderno de Obrigações será igualmente verificado em relação a cada etapa do contrato;”

Em seqüência, os arts. 137, “a” e 133, “caput”, do Caderno de Obrigações:

“Art. 137 — Decretada a rescisão administrativa:

- a) incorrerá o adjudicatário na multa prevista no artigo 133, a qual será calculada sobre o valor do saldo do contrato, existente na data da rescisão;”

“Art. 133 — Ao Adjudicatário que deixar de executar obra ou instalação baseada em proposta aceita, será imposta multa de 20% (vinte por cento) do valor da mesma, ficando impedido de transacionar com a Administração Pública do atual Distrito Federal e suas autarquias, enquanto não a satisfizer.”

Temos, então, que a Cláusula Décima-Terceira não emanou de vontade das partes, não houve aí a presença do princípio da autonomia de vontade — mas sim de pura e simples supremacia da lei, sob pena de nulidade de contrato.

Vemos aí a marca da legislação de ordem pública, não ficando a parte privada com direito à imutabilidade dessa legislação, no contrato. Por isso quando a legislação se modifica, alterada ou revogada, a cláusula contratual submete-se à nova ordem.

O artigo 128, inciso IX, a, do Decreto-lei 228, de 18-8-69, disciplina:

“Para a validade dos contratos será indispensável que:

IX — incluam estipulação que determine:

- a) a cláusula penal
.....
se ocorrer inadimplemento de qualquer das obrigações avençadas;”

Portanto, no que se refere ao fundamento da multa a legislação ao tempo da rescisão e a nova são idênticas. A diferença se situa na modalidade.

Mas — está visto — prevalece a norma vigente ao tempo da rescisão.

2.2.2.2 A exigibilidade do crédito face à Lei de Falências

O crédito em causa não está incluído na vedação do art. 23 da Lei de Falências, pois não se trata de pena pecuniária por infração de leis penais ou administrativas, mas, sim, por **infringência de contrato**.

As hipóteses de impossibilidade de cobrança seriam, por exemplo:

Infração de lei penal

— multa por infração de lei penal: fabricar, importar, exportar, ter em depósito, sem permissão da autoridade, arma ou munição: pena: multa de”
(Lei das Contravenções Penais, art. 18).

Infração de lei administrativa (Lei em sentido geral, abrangendo regulamento)

— multa por infração de postura municipal — Decreto Municipal do Rio de Janeiro n.º 345, de 25-5-76, Regulamento n.º 8, art. 14 — fabrico de fogos proibidos: além da apreensão por inutilização, multa de dez (10) UFERJs. Na reincidência, em dobro. (Atualmente: UNIF — Lei 96, de 8-11-76, art. 2.º).

Estas são multas por infringência de lei e são da responsabilidade pessoal do infrator, não responsabilizando a falida.

A estas e às fiscais (não moratórias: penais) é que se dirige a Súmula 192 do STF.

“São sanções penais de ações ou omissões, pelas quais respondem pessoalmente os seus autores. Podem vir, ou não, acompanhadas de outra cominação e tomam, tanto no direito penal, quanto no direito tributário, e em outros ramos do direito público, o nome de multas. Funcionam como meio coercitivo sobre a pessoa do devedor e convertem-se, em regra, no direito penal, em prisão.”

(Trajano de Miranda Valverde, **Comentários à Lei de Falências**, Revista Forense, Rio, 1948, pg. 164).

“São, pois, diferentes a **pena pecuniária** e a **cláusula penal dos contratos**. A primeira, essencialmente pessoal extingue-se pela morte do criminoso (art. 71, n. 1, do Cód. Penal); a segunda (**a stipulatio poenae**, do direito romano), obrigação acessória, supõe necessariamente a existência de outra obrigação, a principal, à qual se acha subordinada.

(J. X. Carvalho de Mendonça, **Trat. de Direito Comercial Brasileiro**, pg. 366/367, Freitas Bastos, Rio, 1946).

Aqui — já vimos — **trata-se de multa por infringência do contrato**.

Não se cogita, de outra parte, de dívida proveniente do contrato a depender de pacto executivo, hoje, aliás, não mais existente face ao

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (32), 1977

CPC, mas de multa derivada da inadimplência, classificável entre as multas de qualquer natureza).

Também não é encargo da massa (art. 124, V, **a contrario**), porém dívida da falida, diretamente ligada ao seu objeto social. Portanto, não pode ter sua cobrança determinada por simples deliberação do Juiz, mas deverá ser buscada em execução, como está facultado à Fazenda Pública, por título executivo extrajudicial de que se munirá (C.P.C. 585, VI).

2.2.2.3 Inscritibilidade do crédito derivado da imposição de multa

Em preciso estudo sobre “Execução Fiscal: Conceito de Dívida Ativa Não Tributária” o Senhor Procurador Milton Flaks (Parecer lavrado no Processo n.º 14/003489/76, com aprovação — no ponto — do Senhor Procurador-Geral) deixou exposto:

“Estabelecido o lançamento como instituto do Direito Financeiro (**supra**, n.ºs 36 e 37), abstraídos os créditos tributários, que passaram à disciplina própria, e expungidos de suas aparentes contradições os arts. 39, 52 e 53 da Lei n.º **4.320/64**, pode-se definir **dívida ativa não tributária** como sendo

os créditos fiscais (no conceito retro, não tributários, com vencimento determinado em lei, regulamento ou contrato, não cobrados ou recolhidos no exercício financeiro de origem e inscritos nos livros da dívida ativa, após procedimento administrativo regular que verificou a ocorrência do fato gerador da obrigação pecuniária, identificou o sujeito passivo e calculou o montante do débito. (item 52).

Vencimento determinado, naturalmente, não significa um termo certo, com indicação de dia, mês e ano. Isso seria impraticável, por exemplo, em se tratando de multas administrativas.

Atende à norma geral financeira que os instrumentos legais ou contratuais forneçam ao seu aplicador — o agente administrativo competente — uma precisa indicação do **quando debeat**, isto é, a data em que o débito para com o Poder Público se tornou ou se tornará exigível (item 53).

Contrariamente ao C.T.N., a Lei número 4.320/64 não estabelece o que deve conter o termo de inscrição da dívida não tributária.

Nesse particular, e na omissão da norma geral, a matéria continua sendo regulada pelo art. 2.º do Decreto-lei número 960/38, disposição tipicamente de direito substantivo, não revogada pela nova Lei Processual e nem expressamente vinculada ao procedimento específico abolido. (item 54).”

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (32), 1977

2.2.2.4 Privilégio da Fazenda Pública

Já sabemos que o Decreto-lei 960, mencionado, está derogado pelo Código de Processo Civil de 1973.

Mas o art. 60 e seu parágrafo único se referem a privilégio e ordem de preferência (normas de direito material).

Veja-se que o Decreto-lei 960, posterior, tem mais abrangência que o Decreto n.º 22.866, de 28.6.33. Nem está revogado pelo CTN, art. 186, por que este se refere apenas a crédito tributário. Aqui — como foi visto — temos de entender dívida ativa conforme a Lei federal 4.320, de 17.3.54, art. 39.

E o crédito trabalhista prefere apenas o tributário (Decreto-lei federal 192, de 24-2-67 Leis federais 3.726, de 11-2-1960 e 4.829, de 18-11-1965)?

E as contribuições ao INPS (CLPS, Decreto 77.077, de 24.1.1976, art. 147, § 1.º, parte final)?

2.2.2.5 As formalidades para a cobrança.

Como está a fls. 56, foi expedido **memorandum** n.º 244/ECCF, em 24.9.73, não se efetivando a intimação pela "impossibilidade de qualquer contato com a firma (mesmas fls.).

A vista da falência, em nada aproveita a expedição de novo e idêntico expediente, mas deve ser, logo, formalizada a cobrança através de nota de débito.

Aplicável, é, pois, ao caso, a Resolução n.º 31, de 26.4.75 da Secretaria Municipal de Fazenda, especialmente seus artigos 4.º, 25, 26, II, 28 e 29.

Embora não haja indicação específica de órgão emissor, penso que seja o órgão interessado na realização do crédito, o qual, no presente processo, face à "fusão", é a Secretaria Municipal de Educação e Cultura. É o que similarmente refere a Resolução n.º 66, de 29.1.76, da Secretaria de Estado de Fazenda.

3. PROPOSIÇÃO

Assim sendo, proponho a V. Exa. que:

3.1 — o processo seja encaminhado à PG-8 para, de logo, propor a ação de ressarcimento:

3.2 — depois disto, e tão imediatamente quanto possível, e indicando o nome de Liquidante Judicial (fls. 72), e o endereço da serventia, faça a PG-8 retornar o processo a este Gabinete para V. Exa. determinar as providências seguintes:

3.3 — remessa do processo à Secretaria Municipal de Educação e Cultura para extração da "nota de débito", com o acréscimo de juros de mora e intimando-se a falida a satisfazer o débito incontinenti.

3.3.1 A intimação deve ser feita em nome da C.R.C. Guimarães S/A — Indústria e Comércio de Construções — Massa Falida, representada por seu síndico o Liquidante Judicial, Sr., com endereço a

3.3.2 — remessa do processo à Secretaria Municipal de Fazenda, na hipótese de não satisfação do débito, para a inscrição do crédito de Cr\$ 298.161,04 (duzentos e noventa e oito mil, cento e sessenta e um cruzeiros e quatro centavos), acrescido dos juros moratórios, como dívida ativa e a conseqüente cobrança judicial (PG-3).

4. É assim, Exmo. Sr. Procurador-Geral, que me desincumbo da determinação recebida, não sem antes escusar-me pelo lapso de tempo decorrido, o que se deu em virtude de inúmeras tarefas outras, urgentes, de permeio com o exame deste caso.

Submeto à sua elevada consideração.

Newton Barroca, Procurador Assessor.

Processo n.º 03/37.133/77
Parecer n.º 19/77-NB-PG-2

VISTO.

1. Aprovo o Parecer n.º 19/77-NB-PG-2, especialmente quando afirma ser titular dos créditos o Município do Rio de Janeiro.

2. Determino, em conseqüência, a remessa à PG-8 para propositura, urgente, da ação que lhe compete.

3. Depois disto, e tão imediatamente quanto possível, e indicando o nome do Liquidante Judicial (fls. 72) e o endereço da serventia, faça a PG-8 retornar o processo a este Gabinete para as providências seguintes:

3.1 — o envio do mesmo à Secretaria Municipal de Educação e Cultura para extração da Nota de Débito, no valor de Cr\$ 298.161,04 (duzentos e noventa e oito mil, cento e sessenta e um cruzeiros e quatro centavos), com o acréscimo de juros de mora, e intimando-se a falida a satisfazer o débito.

A Nota de Débito e a Intimação devem ser em nome de "C.R.C. GUIMARÃES S/A — Indústria e Comércio de Construções (Massa Falida), representada por seu Síndico o Liquidante Judicial, Senhor, com endereço à"

3.2 — Remessa ao processo à Secretaria Municipal de Fazenda, na hipótese de não satisfação do débito, para a sua inscrição como Dívida Ativa e a conseqüente cobrança judicial.

Rio de Janeiro, 7 de junho de 1977.

Roberto Paraiso Rocha, Procurador-Geral do Estado.