

**BENS PÚBLICOS — POSTOS DE GASOLINA LOCALIZADOS
EM LOGRADOURO — CONCESSÃO**

Este processo n.º 4.449.068/53, que ora passo às mãos de V. Exa., com vários anexos, dá notícia de que o Tribunal de Contas recusou registro ao termo de contrato de arrendamento de trinta e um postos destinados à venda de gasolina e óleo lubrificante, e fornecimento de ar e água a veículos automóveis, assinado entre a Empresa Nacional de Petróleo S/A. e esta Prefeitura, em 28 de maio do corrente ano.

O registro foi recusado nos termos do voto do Ministro relator, cujos fundamentos são os seguintes:

“1.º) não desejando executar o serviço de venda de gasolina e óleos lubrificantes, a Prefeitura pretende transferi-lo ao contratante, sem que tivesse havido concorrência;

2.º) fazendo ao mesmo contratante a concessão a que se refere o item 1.º, a Prefeitura assim resolve baseada apenas em despacho do Chefe do Poder Executivo sem a existência prévia de lei votada para a emergência, pelo Poder Legislativo;

3.º) importando a concessão, para concretizar-se, também numa locação de bens da Prefeitura, foi realizada a hasta pública, nula, entretanto, pela não observância das formalidades legais”.

Os postos de gasolina, ou melhor, toda a aparelhagem destinada ao fornecimento do combustível necessário à movimentação dos veículos acionados por motor de explosão, incorporou-se ao patrimônio da Prefeitura em virtude da terminação do prazo do contrato assinado nos termos dos Decretos ns. 2.418 e 4.132, de 1921 e 1933, respectivamente.

Instalada essa aparelhagem em logradouros públicos, continua explorada pela signatária do termo cujo registro foi negado, embora a título precário.

Dada a natureza dos bens de propriedade do Estado, e tendo em vista a situação deles, cumpre evidentemente solucionar de vez a questão da recusa de registro por parte do Egrégio Tribunal de Contas. Para tal surgem dois caminhos: ou V. Exa. discorda das razões apresentadas pela Corte de Contas

e determina o registro, sob reserva, da mesma, com recurso “ex-officio” para a Câmara, nos termos do § 1.º do artigo 20 da Lei Orgânica, ou V. Exa. se conforma com elas e dá o feito por não feito, seguindo nova orientação.

O principal problema a resolver é se há ou não concessão, e, em havendo, de que natureza é ela. Neste ponto está o X. Apurado êle, será possível adotar rumo.

Note-se que o Tribunal de Contas não fala de serviço público, mas sim de concessão pura e simples. Aliás, não é coisa fácil caracterizar certos serviços públicos propriamente ditos, porque muitos de utilidade pública se assemelham àqueles. A linha divisória de definição não tem ainda seu traço vivamente calcado, e inúmeras são as teorias para caracterizar uns e outros, quer nacionais quer estrangeiras.

Entretanto, com a prata da casa, ou melhor, com o ouro nacional, é possível, no meu fraco entender, definir serviço público, propriamente dito.

O eminente PONTES DE MIRANDA, na primeira edição dos seus “Comentários à Constituição de 1946”, disse, e o repetiu na segunda, Volume I, páginas 220 e 282, respectivamente, o seguinte:

“Serviço público é o serviço próprio do Estado, o serviço que ao próprio Estado incumbe como Estado. Aqui, há diferença, que é capital: A que extrema o serviço público, propriamente dito, que é o de que cogitamos, e o serviço que, por sua extensão, se bem que não seja público, mas tão só, prestado ao público, exige certa participação do prestígio do Estado, ou a coordenação de que é capaz o Estado, ou favores do Estado para que se possa organizar...”

Ora, nêsse caso de fornecimento de gasolina e óleo em logradouro público, através aparelhagem nêle instalada, pode não se configurar, nítida, a prestação de serviço público.

Vale aqui transcrever trecho de um parecer preenhe de citações e relativo à venda de gasolina, publicado na “Revista de Direito Administrativo”, volume 18, páginas 307/314, de autoria do ilustre jurista Professor FRANCISCO CAMPOS:

“A distribuição de serviço de assistência a veículos auto-motores, assim como a venda de gasolina, óleo e demais derivados do petróleo, constitui uma atividade tipicamente comercial, e, assim, em princípio franqueada, indiscriminada ou indistintamente, ou com igualdade, a todos os indivíduos. Como, porém, no caso o comércio de combustíveis líquidos é suscetível de gerar incômodos e perigos, ou de ameaçar a segurança e o sossego públicos, a administração municipal o sujeita a condições especiais, não somente quanto às instalações, exigindo que os seus materiais sejam incombustíveis, como um razoável

recuo das propriedades vizinhas, criando em favor destas a imprescindível margem de segurança contra os acidentes (explosão, fogo) a que a presença de materiais explosivos e combustíveis e a indisciplina da frequência do público expõe, obviamente, os postos de gasolina. A competência da Prefeitura se reduz, todavia, em relação ao comércio de combustíveis líquidos, ao poder de polícia, que se exerce mediante a exigência de que a instalação de postos de gasolina dependerá de licença prévia e da satisfação de condições higiênicas, estéticas e de segurança de edificação que se destina ao armazenamento e à distribuição dos combustíveis líquidos”.

Na hipótese, não se caracteriza, em virtude do que se fornece, um serviço público, propriamente dito, mas surge a figura da concessão do uso do bem público, sem o qual o fornecimento não é possível.

A palavra *concessão* tem na teoria do Direito Administrativo os mais variados significados e aplicações diversas, embora seja a mesma usada especialmente em relação à exploração e execução dos serviços públicos.

Veremos, entretanto, que esta é apenas uma de suas aplicações, presumindo-se um sentido genérico àquela palavra, embora tivessem alguns autores, como veremos, procurando reduzir o seu significado a uma expressão comum.

Tratando da significação da palavra “concessão”, BLONDEAU assim se manifesta:

“A palavra concessão não designa somente uma forma de organização e de funcionamento dos serviços públicos, nem um processo particular de execução dos trabalhos ou obras públicas. É empregada para designar certas ocupações privativas do domínio público pelos particulares: fala-se, assim, correntemente em concessão de ocupação do domínio”... (TEMISTOCLES CAVALCANTI, “Tratado de Direito Administrativo”, vol. II, pág. 339).

Quanto o Estado autoriza o particular a distribuir serviço de assistência a veículos auto-motores no próprio logradouro público, com aparelhagem nêle instalada, inclusive no seu sub-solo, concede principalmente o uso do bem público, limitando o de todos, porque somente o Estado poderia prestar tal serviço utilizando-se desses bens públicos de uso comum.

Não há como falar de arrendamento ou locação, porque o Estado somente pode arrendar ou dar em locação os seus bens dominicais, e nunca os bens públicos de uso comum. Estes pertencem a todos, e, se o Estado a alguém concede o uso especial e permanente deles para determinado fim, embora não compreendido nas suas prerrogativas, pode não se apresentar a concessão do serviço público, mas apresenta-se, como primordial, a figura da concessão de uso especial de bem público.

OTTO MAYER, cuja autoridade é permanente e definitiva, tem, a propósito, um ensinamento que é cabível deixar aqui:

“On pourra accorder à l'individu une faculté purement de fait: le pouvoir de se servir de la chose publique, sans en être empêché par le maître, d'une manière qui n'est pas déjà comprise dans l'usage de toutes; nous appelons cela une “permission d'usage”.

On pourra créer au profit de l'individu et par un acte administratif une possession exclusive et un pouvoir juridiquement protégé sur une portion de la chose publique; c'est la “concession d'usage”. (“Droit Administratif Allemand”, vol. III, págs. 227/228.

O uso do logradouro público, conforme estabelecido no Termo de Contrato de Arrendamento, cujo registro foi negado, não é apenas permitido, mas caracterizadamente concedido, porque o particular passa a ter posse exclusiva e poder juridicamente protegido sobre uma porção do bem público de uso comum, que é o logradouro público.

Ainda voltando a OTTO MAYER, mas agora às páginas 248 da mesma obra e volume:

“Les droits d'usage concédés excèdent ce qui est compris dans l'usage de tous; d'un autre côté, ils diffèrent des usages spécialement permis, par l'intensité juridique avec laquelle est saisie la chose” “cela se manifeste extérieurement par la manière dont le concessionnaire s'instale sur la chose publique, manière qui affirme un caractère de *durée* et une *possession exclusive*”.

E mais adiante, a páginas 249, diz o mestre:

“Ce qui est décisif en dernière analyse, ce sera toujours le caractère du titre qui sert de fondement juridique. Pour qu'il y ait concession, il faut que, d'une part, ce titre soit un acte administratif par sa forme et par la compétence de celui de qui il émane; et, d'autre part, il faut que, d'après son contenu, il ait pour objet de constituer, au profit de la personne à laquelle il s'adresse, un droit subjectif sur la chose publique”.

A atividade de fornecer gasolina e óleo a veículos automóveis, exercida no logradouro público permanentemente, com aparelhagem nêle instalada, não é apenas uma das atividades que poderiam ser exercidas em virtude da liberdade natural de comerciar assegurada a todos, uma vez preenchidas as formalidades e satisfeitos os requisitos regulamentares próprios a ela. Tampouco decorre de um simples arrendamento. É uma atividade que se exerce como acessória do uso concedido de logradouro público. Esta concessão de uso especial é que se apresenta na hipótese ora em aprêço.

Tenho, portanto, que a negação do registro ao contrato em aprêço, por parte do Tribunal de Contas, nos termos do voto do Ministro Relator, está

fundada em boas razões de direito quando se refere à concorrência e à concessão. Isso porque, no meu entender, o contrato dispunha realmente sobre concessão a um particular do uso especial de bem público de uso comum.

Assim, se de comêço aponte a V. Exa. dois caminhos, um dos quais seria o registro, sob reserva, do aludido contrato, com fundamento no parágrafo 1.º do artigo 20 da Lei Orgânica, já agora, em virtude das razões que acima expus, não me inclino a aconselhá-lo.

Resta o outro caminho, isto é, dar o feito como não feito, e, conformando-se com a decisão do Egrégio Tribunal de Contas, deliberar V. Exa. sobre a concessão do uso especial de bem público.

Ora, não havendo, como não há, uma lei geral que trate das concessões, para que V. Exa. conceda a alguém o uso especial e permanente de logradouros públicos, para um fim determinado, com auxílio de aparelhagem nêles instalada e já de propriedade do Distrito Federal, mister se faz autorização do legislativo, porque a concessão, embora não de serviço público, há de seguir as regras vigentes para aquela que tenha êste por objeto.

Nem se diga que há autorização nas leis anteriores, isto é, nos Decretos ns. 2.418/21 e 4.132/33, pois a que nelas se continha já foi esgotada pelo Executivo, quando celebrou o contrato anterior.

Aliás, com a decorrência do tempo, tôdas as condições impostas naquelas leis são anacrônicas e novas devem ser estabelecidas.

Entretanto, por ocasião da mensagem, cumpre alertar o Legislativo sobre os seguintes pontos:

a) o anterior contratante deverá gozar do direito de preferência, em igualdade de condições, nos termos do Decreto n.º 2.418 de 1921;

b) o concessionário deverá assumir todos os ônus decorrentes da legislação trabalhista com relação aos atuais empregados da Empresa Nacional de Petróleo S.A., ocupados no serviço, bem como os oriundos da admissão de novos durante a vigência da concessão, isso porque já se adotou o parecer do então Procurador Geral, Dr. OSCAR SARAIVA, no tocante às obrigações trabalhistas, e, conseqüentemente, a cautela resguardará a Prefeitura de futuros encargos, pois esta eventualidade já foi admitida.

Resumindo:

I — Penso que se não deve insistir no registro do contrato de 28 de maio de 1953, porque, em que pesem as opiniões contrárias, a rigor se trata de uma concessão, embora não de serviço público, mas de uso especial e permanente de bens públicos de uso comum.

II — Por conseguinte, entendo que urge pedir ao Legislativo a autorização para conceder aquêle uso especial mediante concorrência, adotando-se

as cláusulas do edital anterior, adaptáveis à espécie, inclusive aquelas da preferência e dos ônus trabalhistas, a que acima me referi.

D.F., 3 de dezembro de 1953.

ALDO SANT'ANNA DE MOURA
Procurador Geral da PDF
(1953-1954)

SECRETÁRIOS GERAIS DA PREFEITURA — SUAS ATRIBUIÇÕES E PODER NORMATIVO

O Prefeito, usando do Poder Normativo que lhe dá o n.º II do art. 25 da Lei Orgânica, tem competência para aumentar as atribuições legais dos seus subordinados, mormente dos Secretários Gerais.

Os Secretários Gerais não têm, somente, as atribuições que a lei lhes conferir; além destas (art. 27), compete-lhes mais aquelas que o Prefeito, através os poderes de que dispõe por força do n.º II do art. 25, lhes designar, para desempenho das funções de auxiliar do Prefeito (n.º II do art. 77).

A competência do Prefeito para dirigir, superintender e fiscalizar os serviços públicos municipais (n.º III do art. 25), constitui atributo do Governo, e não deve ser confundido com funções burocráticas (diretor, superintendente, etc.).

A aprovação dos laudos de avaliação de imóveis desapropriados, antes do Decreto n.º 10.950/51, competia ao Prefeito, *ex-vi* do n.º 15 do item V — Processamentos — da Resolução n.º 9/41, que assim estabelecia:

“15 — O Prefeito, aprovado o laudo emitido, devolverá o processo à Comissão Especial de Desapropriações, depois de publicado seu ato de aprovação”.

2 — As minutas dos termos de recuo e investidura, antes do referido Decreto, eram igualmente aprovadas pelo Prefeito, que também autorizava a despesa, nos termos do n.º V do art. 2.º do Decreto n.º 6.977/41, como se vê do seguinte dispositivo:

“V — Organizar a minuta do termo, encaminhá-la ao Secretário Geral de Viação e Obras, que a submeterá ao Prefeito para aprovação e autorização da despesa”.

3 — Quanto à minuta do termo de cessão gratuita, teria ela que ser submetida à aprovação do Prefeito, por força do art. 6.º do Decreto 6.977/41, nos termos abaixo:

“Art. 6.º — Os termos de que trata o art. 4.º do Decreto 6.911, de 28 de janeiro de 1941, depois de aprovada a respectiva minuta e autorizada a despesa pelo Prefeito, serão lavrados como determina o referido artigo e assinados, no mínimo, por um engenheiro e um advogado da Comissão”.

Eis o art. 4.º do Decreto 6.911/41:

“As aquisições, a qualquer título, de imóveis, ou parcelas destes ou alienações, por investidura, de parcelas de imóveis, em que a Prefeitura seja parte, alienante ou adquirente, quando não realizadas por escritura pública serão feitas na conformidade da legislação vigente, mediante termos, com força de escritura pública, lavrados, obrigatoriamente, em livros próprios do Departamento do Patrimônio, por funcionários desse Departamento, previamente designados para escrivães desses termos”.

Estes dispositivos sofreram posteriores modificações, permanecendo, porém, em vigor, as partes referentes à aprovação, pelo Prefeito, dos laudos de avaliação, das minutas dos termos de recuo, investidura e cessão gratuita, e autorização, pela mesma autoridade, dos empenhos das despesas.

4 — O Decreto-lei n.º 9.532/46, que criou a Superintendência do Financiamento Urbanístico, órgão que passou a ter a seu cargo as desapropriações, recuos, investiduras e cessões gratuitas, não estabeleceu normas quanto à matéria (aprovação dos laudos, das minutas dos termos e autorização das despesas), ficando o assunto para a regulamentação que deveria ser feita pelo Prefeito, por força do art. 5.º do citado Decreto-lei 9.532.

5 — O Regulamento da Superintendência do Financiamento Urbanístico, Decreto 9.150/46, não tratou do assunto, de modo que este continuou a ser regido pela Resolução e Decretos citados, cujos dispositivos transcrevemos.

6 — Parece-nos, assim, que o Decreto 10.950, encontrou a matéria de que tratam os ns. I e II do seu artigo 1.º ordenada por normas do Executivo, e que este Poder podia, portanto, modificar, pela faculdade que tem *ex-vi* do n.º 2 do § 1.º do artigo 25 da Lei Orgânica.

7 — O Decreto n.º 10.950/51 foi baixado por autoridade competente, não atenta contra a Lei Orgânica, nem outra lei ordinária, logo não se lhe pode lançar a condenação de carecedor de amparo legal.

8 — Ao Prefeito compete, especialmente, expedir decretos, regulamentos e instruções para fiel e conveniente execução das leis (item II do § 1.º do artigo 25). É isso justamente o que é o Decreto 10.950/51: um

decreto para fiel e conveniente execução de um diploma legal, qual seja o Decreto-lei 9.532/46, que criou a Superintendência do Financiamento Urbanístico.

9 — A autorização legal para baixá-lo decorre do citado dispositivo da Lei Orgânica, — Poder Regulamentar — e do art. 5.º do Decreto n.º 9.532/46.

10 — A omissão que no preâmbulo do Decreto n.º 10.950 se fez do inciso II do § 1.º do mesmo artigo, em nada lhe tira o caráter regulamentar, pelo que êle na sua essência exprime. Acresce que a autoridade nomeou, expressamente, o citado artigo 5.º do Decreto-lei 9.532.

11 — Considera-se o Decreto 10.950/51 carecedor de amparo legal porque importa em delegação de poder, faculdade que não consta expressa da Lei Orgânica, nem de qualquer outra lei.

12 — No caso, seria o Prefeito *delegar* a uma autoridade subalterna, atribuição sua.

Ora, se a atribuição é do Prefeito por força de norma legislativa, é evidente que êle não poderia *delegá-la*, a menos que a lei lhe desse autorização para tanto, porque, então, estaria revogando a lei, o que lhe é defeso.

Mas se a atribuição decorre de ato executivo, êle se pode despir dela, e atribuí-la a um seu auxiliar, como, por exemplo, o Secretário Geral, pelos poderes que tem de expedir regulamentos e instruções para fiel e conveniente execução das leis.

Por um ato da mesma categoria, que lhe compete baixar, — decreto, regulamento ou instrução, — êle está revogando ou completando um decreto, regulamento ou instrução, que foi por êle igualmente baixado.

Teria o Prefeito usado do seu poder normativo para fiel e conveniente execução das leis. Esta repartição de atribuições não está proibida pela Lei Orgânica; antes, autorizada (n.º II do art. 25), e é exigida pela prática.

“Não há como evitar-se, na prática administrativa, o exercício de poderes delegados porque as normas como a ação dos órgãos de execução, dependem menos do sistema geral do que dos casos concretos” (TEMISTOCLES CAVALCANTI, “Problemas de Técnica Legislativa”, Jornal do Comércio de 29 de junho de 1951). E mais adiante, acrescenta: “...o poder normativo em diferentes graus dentro daquela hierarquia de normas de que nos falam KELSEN, CARRÉ DE MALBERG, deve se diluir em graus diferentes, pelos órgãos incumbidos de executá-las”.

13 — Parece-nos evidente que o Prefeito, pelo Poder Regulamentar que tem, pode acrescentar as atribuições legais das autoridades que lhe são subordinadas, mormente o Secretário Geral, seu co-responsável na administração.

14 — Contraria a letra e o espírito da Lei Orgânica dizer que o Secretário Geral tem somente as atribuições que lhe forem conferidas por lei. Além das atribuições que lhe forem conferidas por lei (n.º I do art. 27), ao Secretário Geral compete mais aquelas que, como auxiliar do Prefeito, em todos os serviços a cargo da respectiva secretaria (n.º II do cit. art.), houver de praticar. E estas últimas serão, também, as que lhe forem dis-

tribuídas pelo Prefeito, usando o Poder Regulamentar (n.º II do § 1.º do art. 25).

15 — A lei quando diz que ao Prefeito compete dirigir, superintender e fiscalizar os serviços municipais (n.º III do § 1.º do art. 25) não lhe deu função burocrática de diretor de serviço, superintendente ou fiscal, como se pode pretender, para reduzir a função de auxiliar do Secretário Geral; redundou em expressar atribuições que já lhe havia conferido como Chefe do Poder Executivo (art. 24); referiu-se a atributos do Govêrno, que *dirige, inspeciona, impulsiona e organiza* (VIVEIROS DE CASTRO — Direito Administrativo, páginas 390/391).

16 — Nada impede que o Prefeito, valendo-se da competência que tem de baixar regulamento e instruções para fiel e conveniente execução das leis, decrete que o Secretário Geral, como seu auxiliar, interfira nos processos com esta ou aquela atribuição. Por isso que a lei em geral não se ocupa em distribuir atribuições, faculdade sempre regulamentar, no interesse de sua fiel e conveniente execução, negar ao Prefeito o direito de dar ao seu auxiliar direto atribuições que êle, Prefeito, possa conceder, importaria em reduzir o Secretário Geral a mero portador de processos para despacho, processos que teriam sido instruídos por funcionário subalterno.

17 — Exigir que somente a lei possa fazê-lo, é desconhecer o n.º II do § 1.º do art. 25 da Lei Orgânica, que dá ao Prefeito o Poder Normativo tão necessário ontem, como hoje, para execução das deliberações legislativas.

A negação desta faculdade seria um gritante insurgimento contra aquilo que TEMISTOCLE CAVALCANTI, no trabalho referido, e a propósito “da ação dinâmica dos órgãos estatais em face das conjunturas”, chama “a realidade dos nossos dias”.

18 — Não se trata de conceder ao regulamento a força de um *mandato em branco* com que se arma o Poder Executivo, mas a de um instrumento para tornar melhormente exequível a norma legal. A permissão é dada para incluir, no regulamento, disposições (omitidas na lei) “que reforcem a sua execução e concorram melhor para o objeto visado”. Sendo certo, também, que não deve haver “antinomia entre os dispositivos” (os da lei e os do Regulamento) uma vez que os dispositivos regulamentares visam “a ampliar o espírito da deliberação legislativa”.

No seu trabalho “Do Poder Executivo na República Brasileira”, o eminente ANÍBAL FREIRE interrogava: “Pode o Regulamento legislar? É possível que, por omissão, o legislador tivesse esquecido na lei disposições capitais, que reforcem a sua execução e concorram melhor para o objetivo visado. Não havendo antinomia entre os dispositivos, o Regulamento, que tem de completar a lei, pode tratar da matéria de que o legislador não cogitou, mas somente com o fim de ampliar o espírito da deliberação legislativa” (Pág. 81).

19 — Pelo poder regulamentar que a própria Constituição atribui ao Presidente da República, no n.º I do art. 87, está limitado o arbítrio dêste, bem como entendida a subordinação do regulamento à lei, pois, como seu

instrumento, deve servir “à sua fiel execução”, na expressão literal do dispositivo constitucional.

20 — Ao Prefeito, a Lei Orgânica dá competência para expedir decretos, regulamentos e instruções para fiel e conveniente execução das leis. A restrição se encontra, igualmente, expressa na “fiel e conveniente execução das leis”. E como lhe obedece o Regulamento? “*Desdobrando-a, explicando-a, achando-lhe o círculo de ação potencial ou, o que é o mesmo, dizendo o que nela se contém implicitamente*”, como escrevia o preclaro AURELINO LEAL: “... não pode (o Chefe de Polícia) estabelecer multas, firmar penalidades, embaraços ou criar entraves à liberdade, por própria autoridade; mas pode regular sob o ponto de vista administrativo; desdobrar a lei, explicando-a, achando-lhe o círculo de ação potencial, ou o que é o mesmo, dizer o que nela se contém “*implicitamente*”.

Comentando esta definição, assim se pronunciou TEMISTOCLES CAVALCANTI:

“Primorosa definição do poder regulamentar, dizer explicitamente o que está implícito na lei regulada — respeitar o pensamento e a *ratio legis*, mas desdobrando-a nos diversos graus e de acôrdo com a hierarquia das autoridades incumbidas de sua execução” (Obr. cit.).

21 — É evidente que o regulamento não pode ir além do que a lei faculta; ou determinar o que esta proíbe. Assim, não poderá êle, por exemplo, repartir com o Secretário Geral atribuição que compete individualmente ao Prefeito, quer pela Lei Orgânica, quer por força de uma lei ordinária, mesmo, como: sancionar e promulgar as leis ou apôr-lhes veto; decretar a desapropriação; prover os cargos públicos, nomeando, promovendo, admitindo, contratando, reintegrando ou readmitindo os servidores e conceder licenças, aposentadorias ou jubilações; prestar, por escrito, tôdas as informações e esclarecimentos que a Câmara solicitar; representar o Distrito Federal, em juízo, por intermédio dos Procuradores e Advogados da Fazenda do Distrito Federal, quando aquêle fôr demandado, tiver de demandar ou de qualquer forma intervir em processo judicial; prestar suas contas e enviar mensagem à Câmara, etc., etc.

22 — Não se pode esquecer, contudo, que “a ação administrativa se vincula a razões de conveniência, exercendo-a em função dessas razões. Muitas vezes a lei deixa ao poder administrativo a alternativa de fazer ou não fazer, de permitir ou vedar, conforme lhe pareça conveniente ou oportuno em face do bem público” (SEABRA FAGUNDES, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, 2, páginas 58/60, citando VISCONDE DO URUGUAY, BIELSA e sua obra sôbre atos administrativos).

23 — A Lei Orgânica teve bem presente êsse fator *conveniência* na execução da norma legislativa, quando mandou (n.º II do § 1.º do art. 25) que o Prefeito a levasse em conta ao exercitar o Poder Regulamentar. E esta conveniência redundava numa mais flexível delegação que passa a ser

exercida com a restrição de não estabelecer antinomia com a regra hierarquicamente superior: a lei.

24 — Em face do que expusemos, parece-nos que o Decreto 10.950, em todos os seus dispositivos, está dentro do Poder Regulamentar de que trata o n.º II do § 1.º do art. 25 da Lei Orgânica, só se podendo negar-lhe cumprimento se houver lei a que ele tenha contrariado.

S.M.J.

Rio de Janeiro, 9 de abril de 1952.

MANUEL DE CARVALHO BARROSO
Advogado da PDF

ESTADIO MUNICIPAL DO MARACANÁ — FIXAÇÃO DO PREÇO DOS INGRESSOS — RADIO E TELE-TRANSMISSÕES

Distribuiu-me o dr. Procurador Geral o processo n. 4.816/55, originário do ofício n. 1.553 do Sr. Presidente da Câmara do Distrito Federal a S. Exa. o Sr. Prefeito, datado de 23 do corrente, cujo teor é o seguinte:

“Senhor Prefeito:

Em atenção ao pedido formulado pelo Vereador Couto de Souza, tenho a honra de me dirigir a Vossa Excelência para solicitar a gentileza de providências no sentido de ser cumprida a Lei n. 680, de 19-12-1951, que dispõe sobre os preços das localidades nas praças de esporte do Distrito Federal, em se tratando de jogos de profissionais, tendo em vista a recente majoração nos ingressos verificada em diversos estádios, excluído o do Maracanã, quando dos jogos de 21 do corrente.

Reitero a V. Exa., nesta oportunidade, o testemunho de meu elevado apreço.

Salomão Filho
Presidente”

A essa distribuição, acrescentou V. Exa., dr. Procurador Geral, o seguinte:

“Urgente —

Peço o parecer do 5.º Procurador Substituto, a quem recomendo ainda apreciar a questão da radiotransmissão e da televisão.

A título de auxílio, lembro a conveniência de serem examinados:

- I — Os Anais da Câmara de Vereadores, referentes às últimas sessões legislativas;
- II — As Leis municipais ns. 680 e 320, e o Decreto n. 11;
- III — Os pareceres firmados pelos Procuradores Gerais Oscar Saraiva (569 — 7-12-1951) e Aldo Moura (133 — 1-9-53) a propósito de diversões públicas;
- IV — O Decreto-lei 3.199/41, que estabelece bases para a organização dos desportos no Brasil — e demais legislação referente à C.B.D. (há na biblioteca um livro da autoria do jurista JOÃO LYRA FILHO);
- V — A Lei federal 1.522/51, relativa à intervenção no domínio econômico (fôrça do art. 146 da Constituição);
- VI — O Convênio ADEM x Federação Metropolitana de Futebol (FMF).

Philadelpho
P. G.

Senhor Procurador Geral:

Tendo em consideração os detalhes supra expostos, elaborei o anexo parecer, que tenho a honra de submeter à sua elevada apreciação.

Releva ponderar que deixar de mencionar qualquer matéria referente a alguns daqueles detalhes, por não se referirem especificamente à consulta ou por não interessarem ao desenvolvimento da matéria exposta no parecer.

Assim é que nos Anais da Câmara de Vereadores, referentes às últimas sessões legislativas, não encontrei qualquer debate sobre a matéria propriamente jurídica ou de competência da Câmara para publicar a Lei 680/51.

Apenas o ilustre Vereador Gama Filho, na sessão de 23 do corrente (Apenso do *Diário Oficial*, Seção II, de 24 de agosto) se referiu a uma “pretensa inconstitucionalidade” da Lei 680/51, solicitando providências da Mesa para, através do Consultor Jurídico da casa, ser resguardada, no Judiciário, o exato cumprimento da mesma.

Também o zeloso Vereador Couto de Souza, cuja reclamação deu causa ao ofício originário deste parecer, em sessão de 22 do mesmo mês, abordou o assunto da televisão, em conjunto com os preços dos ingressos, mas não apreciou a constitucionalidade da lei em referência.

A Lei municipal n. 320/49 e o Decreto n. 11/35, por outro lado, não têm ligação direta com a questão do preço dos ingressos, eis que se referem à isenção do impôsto a que estavam sujeitos os clubes desportivos, sendo que aquela Lei prorrogou por dez anos os efeitos do Decreto n. 11/35.

Outrossim os pareceres firmados pelos Procuradores Gerais Oscar Saraiva e Aldo Moura abordaram assunto apenas correlato ao caso dos preços dos ingressos; responderam a consultas sobre a cobrança do impôsto de sêlo sobre os ingressos de diversões públicas, assunto que não está em debate.

Quanto ao Decreto-lei n. 3.199/41, também não abordou a matéria objeto da consulta. Seus dispositivos regulam a vida jurídica das entidades

desportivas e a proteção que lhes empresta o Estado, sem qualquer referência ao assunto.

Outrossim, a conhecida obra do insigne jurista JOÃO LYRA FILHO, ilustre Ministro do Tribunal de Contas da Prefeitura, sob o título "*Introdução ao Direito Desportivo*", da qual possui um exemplar oferecido pelo autor, exgotou toda a matéria a que se referem as leis de proteção ao desporto, mas não se ateve ao objeto da consulta, ou seja, ao preço dos ingressos.

A páginas 147/148, porém, encontrei interessantes considerações sobre a necessidade em que se encontra o amadorismo de se nutrir à custa das rendas do profissionalismo, por lhe faltar uma assistência econômica adequada por parte do Estado.

O restrito campo jurídico em que coloquei o parecer, ou seja o da competência constitucional para a elaboração e publicação de leis que interfiram ou intervenham no domínio econômico, levou-me a não me ater a este interessante aspecto do problema do custeio dos desportos, sobretudo o amadorista, que realmente vive hoje quase a expensas do desporto profissional, ou seja do *foot-ball*.

No texto do parecer abordei o Convênio ADEM x F.M.F., por se referir expressamente à Lei 680/51.

No longo parecer em apreço e neste ofício explicativo, penso ter abordado todos os aspectos que V. Exa. julgou interessantes ou adequados ao estudo e solução da reclamação objeto da consulta de S. Exa. o Sr. Prefeito.

Procurei ser claro e não fugir ao âmbito da Constitucionalidade da lei em referência e sua repercussão no domínio econômico, matéria já em si vasta e complexa.

PARECER

Intervenção no domínio econômico — Competência privativa da União Federal COFAP — Preços de ingressos no Estádio Municipal e nas demais praças particulares de desportos do Distrito Federal.

I

Dispõe a Constituição Federal de 1946 no art. 145 que:

"A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano."

A semelhança das Constituições de 1934 e 1937, a organização da ordem econômica, na vigente Lei Magna, partiu de reconhecimento da

livre iniciativa do homem, como base da formação da riqueza, mas condicionada aos princípios da justiça social.

Muito embora nos artigos seguintes ao artigo supra, o Título V da atual Constituição haja enfeixado uma série de princípios que PONTES DE MIRANDA assinala como de inspiração social democrática, a verdade é que, como o demonstrou o mesmo autor ("*Comentários à Constituição de 1946*", vol. III, págs. 467-468), tais princípios são vagos, sem fins precisos, muito embora de sabor socialista e nos quais se baseou, a par da igualdade político-jurídica reconhecida a todos os cidadãos, um relutante equilíbrio no campo econômico, sob o calor de uma melhor justiça social e sobretudo distributiva, através da intervenção do Estado no domínio econômico, sob várias modalidades.

Na Assembléia Constituinte a matéria foi objeto de acalorados e interessantes debates, prevalecendo as opiniões de AGAMENON MAGALHÃES e MILTON CAMPOS, como se pode verificar da excelente obra do Desembargador JOSÉ DUARTE, ("*A Constituição Brasileira de 1946*", vol. 3.º, págs. 116-124).

Assim é que naquele Título V, a Constituição condicionou o uso da propriedade ao bem-estar social, reprimiu toda e qualquer forma de abuso de poder econômico (trusts, carteis, etc.), subordinou os lucros dos concessionários de serviços públicos à justa remuneração do capital e melhoramento e expansão dos serviços e, finalmente, prescreveu as regras gerais da legislação trabalhista, das quais se destaca a participação dos empregados nos lucros das empresas, regra programática de justiça social, que a lei ordinária irá determinar qual seja em seu fundo e em sua forma.

Todos os princípios assim enunciados, porém, subordinam-se a uma regra geral de *competência*, limitada no espaço àqueles outros princípios que asseguram os direitos fundamentais reconhecidos aos cidadãos nos diversos parágrafos do art. 141.

Assim é que no art. 146 se preceituou:

"A União poderá, mediante *lei especial*, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por *limite* os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição" (os grifos são nossos).

Nos regimes das Constituições de 1934 e 1937 a intervenção no domínio econômico não foi fixada nos mesmos moldes rígidos de *competência* e de *forma* que se têm no texto supra.

No parágrafo único do art. 115 a Constituição de 1934 prescrevia que "os *poderes públicos* verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do país", e na Constituição de 1937 o texto do art. 135, 2.ª alínea mereceu do renomado constitucionalista PONTES DE MIRANDA a seguinte observação ao analisar o correspondente da atual (obra. cit., vol. III, pág. 482):

“Não há na Constituição de 1946 texto como o do art. 135, 2.^a alínea, de 1937: “A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma de contrôle, do estímulo ou da gestão direta”.

O legislador muito pode, quanto à intervenção econômica, sob a Constituição de 1946, mas exclusivamente em “Lei especial”, lei durante cuja feitura êle examinou (ou é de supôr-se que tenha examinado) os dados de fato, estatísticos ou não para a formulação das regras, na qual aponte pressupostos para a incidência, de modo a que se saiba *onde*, quando (*desde quando e até quando*) e *como* incide e há de ser *aplicada* cada regra.

Por outro lado, a edição de normas, que certas intervenções suscitam, choca-se com a proibição de delegação de poderes (Constituição de 1946, art. 36, § 2.^o), que não existia sob a Constituição de 1937” (Os grifos são do autor).

A intervenção no domínio econômico, no regime vigente, é de *competência privativa da União Federal*, através *lei especial* votada pelo Congresso Nacional.

“Sempre que há restrição a direito individual tem-se de perguntar se há lei que a tenha estabelecido; depois, se a lei, que há, é acorde com a Constituição, isto é, se não é contrária à Constituição; finalmente, se existindo a lei e sendo válida, foi *competentemente* e *justamente* aplicada.”

(PONTES DE MIRANDA, obra citada, pág. 485).

Tanto mais é rígido o princípio, que os Estados e Municípios não podem intervir no domínio econômico, mesmo por delegação da União Federal, através lei do Congresso Nacional.

As delegações de poderes, sejam legislativos ou executivas, são vedadas pelo art. 36, § 2.^o, da Constituição, de sorte que, se uma *lei especial*, votada pelo Congresso, delegasse ao Executivo sua função legislativa a propósito, tal lei seria inconstitucional. Deixaria de sê-lo, contudo, se atribuisse apenas a *execução* da lei de intervenção no domínio econômico a uma entidade *estatal*, pelo Congresso criada ou reconhecida, *como veio a acontecer com a Lei 1.522/51*, que autorizou o Governo a intervir na economia, para assegurar a livre distribuição dos produtos essenciais ao consumo do povo e atribuiu a execução dessa intervenção a uma *entidade estatal* denominada Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP).

E’ de notar, porém, que antes da publicação da Lei 1.522/51 já o regime de intervenção vigorava no país, através a *Comissão Central de Preços*, instituída pelo Dec.-lei 9.125, de 4 de abril de 1946, o qual foi expressamente revogado pelo art. 41 da citada lei 1.522/51. Esta entrou em vigor 30 dias depois de sua publicação (art. 41), a qual ocorreu no dia 27 de dezembro de 1951, donde a vigência da lei se iniciar no dia 27 de janeiro de 1952.

II

Firmado o princípio de que só a União Federal, através *lei especial* votada pelo Congresso, pode intervir no domínio econômico, com absoluta exclusão de competência dos Estados e Municípios para legislar a respeito, vejamos em que condições a Lei 1.522/51 estabeleceu as regras pertinentes a essa intervenção.

No art. 1.^o foi o Poder Executivo autorizado,

“na forma do art. 146 da Constituição”,

a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo do povo, sempre que dêles houver carência.”

O simples enunciado dessa intervenção poderia dar a impressão de que a fixação de preços para “serviços essenciais ao consumo do povo” não abrangeria aqueles não pertinentes ao consumo pròpriamente dito, ou seja ao regime de compra e venda de mercadorias.

Assim não ocorre, porque no art. 2.^o, n. II se previu que a intervenção consistiria na “fixação de preços e no contrôle do abastecimento” e no art. 7.^o, letra f, a lei foi mais explícita, ao incluir as *diversões públicas* no âmbito de competência da COFAP, nos seguintes termos:

“Art. 7.^o — Para o contrôle de abastecimentos de mercadorias, ou serviços, e *fixação de preços*, a COFAP poderá:

.....

f) *tabelar os preços máximos* e estabelecer condições de venda de outras mercadorias e serviços, a fim de impedir lucros excessivos, *inclusive diversões públicas*” (Os grifos são nossos).

Embora a COFAP seja de âmbito nacional, o art. 5.^o previu a constituição de *órgãos auxiliares*, denominados COAP para os Estados e COMAP para os Municípios, com a organização e as atribuições determinadas pela Comissão Federal, órgão central da entidade autárquica, mas no tocante ao *Distrito Federal*, o § 2.^o do mesmo inciso fixou como sendo da COFAP a *competência* para

“a fixação dos preços e o contrôle do abastecimento”.

III

Ainda não fôra publicada no Diário Oficial da União a Lei 1.322/51, o que só ocorreu no dia 27-12-1951, para entrar em vigor trinta dias depois, quando surgiu no Diário Oficial (Seção II) de 21 de dezembro de 1951 a Lei Municipal n. 680/51.

Esta lei, que não foi vetada e menos sancionada e promulgada pelo Chefe do Executivo Municipal, eis que traz a assinatura do então Presidente da Câmara do Distrito Federal, dispôs sobre a

“Tabela de preços das localidades do Estádio do Maracanã e dá outras providências.”

Seu texto é o seguinte:

“Art. 1.º — Fica estabelecida a seguinte tabela de preços no Estádio do Maracanã ou em qualquer outra praça de esportes do Distrito Federal, em se tratando de jogos de profissionais:.

Gerais	5,00
Gerais para menores e militares	3,00
Arquibancadas	15,00
Cadeiras de fundo	30,00
Cadeiras laterais	40,00

Parágrafo único — Nos jogos interestaduais e internacionais, os preços de que trata o artigo 1.º serão acrescidos, respectivamente, de Cr\$ 5,00 (cinco cruzeiros) e de Cr\$ 10,00 (dez cruzeiros).

Art. 2.º — Revogam-se as disposições em contrário.”

Compreende-se perfeitamente o louvável intuito da ilustre Câmara do Distrito Federal, no tomar tal iniciativa, em favor do interesse da população desportiva da capital federal, tanto mais que o então vigente Decreto-lei 9.125/46, que instituiu, antes da promulgação da Constituição Federal de 1946, a Comissão Central de Preços, não dispuzera, especificamente, como o veio a fazer o art. 7.º, letra f da Lei 1.522/51 (COFAP) atrás transcrito, sobre a competência para a fixação de preços de diversões públicas.

O tempo não nos sobrou para pesquisar os Anais da Câmara do Distrito Federal, ou seja os debates travados, àquela época, sobre a elaboração da Lei 680, mas acreditamos tenham sido aqueles fatores os predominantes na apresentação do projeto de autoria do então vereador JOÃO MACHADO, e que se converteu naquela Lei.

Sobrassem os motivos decorrentes daquela omissão específica, restaria o interesse sempre demonstrado pelos Srs. Vereadores, em acautelar os interesses do povo carioca, no caso o público desportivo, que teria assim o direito assegurado de assistir os jogos de *foot-ball* disputados por profissionais, a preços acessíveis às suas bolsas. Este foi, sem dúvida, a nosso ver, o principal propósito, sempre louvado, da elaboração da Lei 680/51.

Ocorre, porém, que sob o aspecto rigidamente constitucional, a Lei 680/51 constituiu, data vênua, uma incompetente intervenção no domínio econômico das entidades desportivas (Federação Metropolitana de Foot-

Ball e Confederação Brasileira de Desportos), cujos direitos de livre iniciativa na fixação dos preços de entradas

das suas praças particulares destinadas ao desporto

se achavam assegurados pelos arts. 141, § 2.º e 145 da Constituição Federal de 1946.

Com efeito, se ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 141, § 2.º), se a livre iniciativa era e é assegurada (art. 145), podendo porém a União Federal, *com exclusividade*, intervir no domínio econômico, mediante *lei especial* (art. 146), a Lei 680/51, não sendo de iniciativa do Congresso Nacional e por êle votada, e pelo Poder Executivo da União Federal sancionada e promulgada, é uma lei *inconstitucional*, por falecer competência ao órgão legislativo municipal que a aprovou.

Esta a conclusão fria da aplicação das regras da Constituição, sem embargo do interesse popular expresso pela ilustre Câmara do Distrito Federal ao aprovar aquele projeto.

Neste parecer, puramente jurídico, não poderíamos fugir a essa rígida conclusão.

A lei em apreço não é, todavia, uma lei ilegal, tomado êste vocábulo no sentido técnico de direito público constitucional, o que ocorreria se a mesmo fôsse posta em confronto com a Lei Orgânica do Distrito Federal, que dispusesse em contrário ao seu texto; é simplesmente *inconstitucional*, por invadir competência da União Federal, ferindo a Constituição da República. A diferença, a propósito, é sutil, mas foi muito bem posta em destaque pelo mestre PONTES DE MIRANDA (ob. cit., vol. V, pág. 287), ao apreciar o art. 200 da Lei Magna.

A Lei Municipal 680/51, contudo, não fixou apenas os preços dos ingressos nos campos de desporto *particulares* onde se disputassem jogos de profissionais (*foot-ball*) ou qualquer outro desporto (não houve discriminação).

Fixou também os mesmos preços para os jogos disputados no *Estádio Municipal do Maracanã*, que é administrado por uma autarquia denominada Administração dos Estádios Municipais (ADEM).

Esta autarquia surgiu da Lei Municipal n. 57/47, que autorizou o Poder Executivo a instituí-la por Decreto, baixado sob n. 9.239 em 25-5-48.

Neste último, atendendo ao que já se dispusera no art. 2.º da Lei 57/47, ficou expresso no Parágrafo único do art. 1.º que:

“A ADEM é uma entidade autônoma, com administração própria, sujeitando-se, porém, à fiscalização da Prefeitura do Distrito Federal.”

A fiscalização direta e sobretudo financeira é realizada através um Conselho Fiscal, cujos membros são nomeados pelo Prefeito (art. 5.º), mas a constituição do patrimônio da autarquia e a determinação das suas

fontes de receita foi deixada ao regulamento, posteriormente baixado pelo Poder Executivo — Dec. 9.382/48 — este substituído pelo Dec. 9.854/49 e mais recentemente pelo Dec. 12.524/54, ainda em vigor.

A autonomia da entidade não é absoluta, nem poderia se-lo, eis que recebe verbas orçamentárias de auxílio, mas as atribuições de seu Presidente são amplas, tendo representação própria em Juízo, salvo para desistir ou transigir (Dec. 12.524/54 — art. 18, letra c), o direito de nomear servidores, mas com prévia aprovação do Prefeito (cit. art., letra a), o de assinar convênios e contratos, o de expedir regulamentos internos, etc., etc. Os anteriores regulamentos também assim dispunham.

A fiscalização geral exercida pela Prefeitura, tal como consta do Decreto autorizativo criador da autarquia (a Lei n. 57/47 empregou o vocábulo “Municipalidade” no art. 2.º, n. 1), é a nosso ver exercida pelo *Governo do Distrito Federal*, composto, nos termos do art. 5.º da sua Lei Orgânica (Lei 217/48), pelo Prefeito e pela Câmara dos Vereadores.

Cumpra ao Governo, pois, por qualquer um de seus Poderes, exercer essa fiscalização; consoante a natureza das medidas, a ambos cabe propor projetos de leis modificadoras ou inovadoras das normas existentes (Lei Orgânica, art. 14), ou baixar o Executivo decretos, desde que não sejam afetados os direitos adquiridos de terceiros, *v. g.* os portadores de cadeiras perpétuas, por exemplo.

Partindo, pois, do princípio da livre iniciativa que também cabe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para exploração de serviços de interesse coletivo, parece-nos concludente que, inexistindo competência exclusiva, a ambos os Poderes, — no caso particular da autarquia — ADEM — caberia a iniciativa da fixação de preços no Estádio do Maracanã, sem embargo de nos parecer de melhor técnica, dada a sua feição típica de administração, que o assunto seja mais de alçada do Executivo que do Legislativo (Lei Orgânica, art. 25, n. IX).

Admitida, porém, como regular, a iniciativa da Câmara do Distrito Federal, ao legislar sobre os preços das entradas no Estádio Municipal do Maracanã, isto não quer dizer que sobre o assunto não pudesse vir a se manifestar a COFAP, se acaso esse órgão federal entendesse, em suas normais atribuições de intervenção no domínio econômico, que tais preços eram excessivos.

Poderia fazê-lo, *data venia*, como executor de lei baixada por outro Poder maior, eis que pelo art. 9.º da Lei 1.522/51 dependem de aprovação da COFAP os aumentos de preços de gêneros e mercadorias, cuja produção e venda sejam regulados por autarquias, órgãos federais ou estaduais, como também os aumentos das tarifas dos serviços de utilidade pública explorados por concessão, autorização ou permissão pela União, Estados, Municípios ou entidades autárquicas.

Ainda como consequência daquela regular iniciativa da Câmara do Distrito Federal, parece-nos óbvio que se a fixação desses preços pode ser exigida aos que contratam ou convencionam com a ADEM, não é menos certo que estes não estão obrigados a aceitar convênios ou contratos nessas

condições, quando lhes não convierem as bases em que os preços das localidades forem fixados.

Aí entram em jôgo o princípio constitucional da liberdade de contratar e a chamada lei econômica da oferta e da procura, pois não há lei que obrigue as entidades desportivas a realizar as disputas de seus jogos exclusiva e obrigatoriamente no Estádio Municipal do Maracanã e as sujeita aos preços determinados pelo Governo Municipal.

IV

O problema da radiotransmissão e de televisão, sobretudo este, dado o choque recentemente verificado entre a Federação Metropolitana de Foot-Ball e as empresas de televisão desta cidade, por não se conformarem estas últimas com os novos preços a serem cobrados por aquela entidade desportiva, não pode ter outra solução que a baseada no princípio da liberdade de contratar, sujeito, porém, à intervenção da COFAP, se esta vier a verificar que os preços exigidos são excessivos e que a televisão se enquadra no conceito de “diversão pública”.

Se os vier a fixar a COFAP, é óbvio que a F.M.F. não fica obrigada a aceitá-los.

Proibirá, pura e simplesmente, que os jogos de sua iniciativa sejam televisionados e nenhum direito, a meu ver, juridicamente protegível, poderá ser invocado em prol das empresas de televisão.

A radiotransmissão, salvo erro, não está em jôgo, pois das emissões de rádio não são cobradas participações ou compensações pelas transmissões das partidas dos diferentes desportos habitualmente irradiados.

V

Resta apreciar o convênio firmado entre a ADEM e a Federação Metropolitana de Foot-Ball (F.M.F.), assinado em 26 de junho de 1952, aprovado pelo Sr. Prefeito, vigente por 30 meses findos em 31 de dezembro de 1954, e cuja prazo foi prorrogado, mediante correspondência, até 31 de dezembro de 1955.

Trata-se de um contrato bilateral de locação, no qual se estabeleceu na cláusula 25 o seguinte:

“À LOCADORA caberá o fornecimento de bilhetes de ingresso para a venda ao público, por intermédio de máquinas especiais, respeitados os preços baixados pela Lei 680 de dezembro de 1951 e constantes da tabela anexa, que fica fazendo parte integrante e inseparável do presente contrato. A LOCATÁRIA indenizará a LOCADORA do justo preço dos ingressos fornecidos.

Parágrafo único — Enquanto a LOCADORA não possuir as máquinas de vendagem de ingressos, caberá à LOCATÁRIA o fornecimento dos mesmos.”

A F.M.F., como se conclui do texto supra, concordou em respeitar os preços dos ingressos fixados pela Lei 680/51, de sorte que até ao fim do prazo contratual terá que acatá-los.

Aliás, a reclamação do ilustre Vereador Couto de Souza, objeto do officio originário da consulta, excluiu o Estádio do Maracanã daqueles que haviam tido os preços dos ingressos majorados.

O problema ficou assim restrito aos demais estádios de propriedade particular dos clubes filiados à F.M.F., para os quais se pretende continuar a aplicar o que se dispôs na Lei 680/51.

VI

Isto posto, meu parecer atrás desenvolvido, assim pode ser resumido:

- a) A Lei 680/51 é, *data vênia*, *inconstitucional* no que diz respeito à fixação dos preços dos ingressos nas praças desportivas *particulares* dos clubes onde se disputam partidas de profissionais, porque a intervenção no domínio econômico é de competência *privativa* da União Federal, que por lei especial a atribuiu a uma organização estatal, Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP). A Lei Federal n. 1.522/51 é que regula essa intervenção, sendo vedado aos Estados, Distrito Federal e Municípios legislar a respeito.
- b) A Lei 680/51 é aplicável aos jogos realizados no Estádio Municipal do Maracanã até a terminação do Convênio da ADEM com a F.M.F., porque *contratualmente* as suas regras foram incorporadas ao convênio. Terminado o prazo do contrato de locação, a fixação de preços constantes da referida Lei dependerá de aceitação da F.M.F., em novo convênio.
- c) A transmissão dos jogos pelo rádio e pela televisão, quer no Estádio do Maracanã, quer em campos particulares dos clubes, dependerá de consentimento da F.M.F. Na cláusula 26.^a do contrato de locação entre a ADEM e a F.M.F. ficou aliás expresso que o serviço de irradiação dos jogos estava fora da exclusividade de propaganda comercial a cargo da Locadora ADEM. Trata-se de matéria pertinente à liberdade de contratar, não sendo lícito impôr a um particular, seja pessoa física ou jurídica, a obrigação de permitir que os espetáculos que

promove possam ser irradiados ou televisionados, sem a sua aquiescência.

Este o meu parecer, salvo melhor juízo dos doutos.

D. F., 29 de agosto de 1955

OSWALDO DE MIRANDA FERRAZ
5.º Procurador (Substituto) da PDF

Visto. No silêncio da COFAP, os clubes fixarão livremente os preços dos ingressos nas suas respectivas praças de esportes ou, conjuntamente, por via da F.M.F. Não se poderia argumentar com a Lei Municipal 680, por evidente vício que a torna desvaliosa em relação aos privados. A competência é federal.

Pertinentemente ao Maracanã, de momento, a matéria é contratual. Na oportunidade de novo convênio, a ADEM não poderá admitir ultrapasse aos preços fixados em lei municipal, *que a ela obrigaría*, ressalvada, é claro, a interferência do órgão federal competente (COFAP), que os poderá *reduzir*.

Alteração da tabela *para mais* não poderia ser aceita pela ADEM em face da Lei 680, que lhe traça um limite. Forçosamente, a ADEM teria que observá-lo, para efeito dos convênios. A matéria contratual estaria, assim, limitada aos preços da Lei 680, por ser defêso à autarquia municipal ultrapassá-los.

No tangente à questão da transmissão, o problema assume, pelo menos aparentemente, aspecto contraditório em suas equações, por isso que o dispositivo do convênio que a regula juridicamente é um modelo de como não se deve redigir preceitos contratuais.

Configura-se o artigo 26 do instrumento de locação do Estádio Municipal:

“A LOCATÁRIA reconhece o direito que cabe à LOCADORA, na exclusividade de exploração comercial nos serviços de bares, restaurantes, vendas de todo e qualquer artigo por ambulantes ou em postos, estacionamento de automóveis, qualquer publicidade interna e outros serviços de interesse do público, *excluído o serviço de irradiação de jogos*.”

Parágrafo único — *Qualquer concessão*, decorrente de mera permissão precária ou resultante das obrigações bi-laterais, *não compreendidas nesta cláusula, somente poderá ser feita de comum acôrdo* entre a LOCADORA e a LOCATÁRIA.

Não havendo comum acôrdo é vedado aos contratantes, separadamente, fazer qualquer concessão”.

Por êle se vê que à ADEM foi deferida exclusividade na exploração comercial dos serviços de interesse do público, taxativamente excluído "o serviço de irradiação de jogos".

Já aí surge a primeira dúvida: — a expressão abrangerá somente a transmissão por rádio ou ainda a tele-transmissão?

Respondo a essa primeira indagação ampliativamente, uma vez que a tele-transmissão, tecnicamente, é uma irradiação. E mais — as empresas de televisão encontram-se sujeitas às regras do Código Nacional de Rádio-transmissão.

Atendida essa primeira parte, é de se indagar, em face do convênio, a quem caberia o comando do serviço de irradiação — se à LOCADORA ADEM, à LOCATÁRIA FMF, ou, em conjunto, às duas?

Tenho que a resposta é encontrada no parágrafo único, exigidor de prévio acôrdo para a decisão de quaisquer concessões não compreendidas na cláusula específica.

E' evidente que, excluindo-se o serviço de irradiação da competência privativa de qualquer das partes (a circunstância de se atribuir à ADEM exclusividade na exploração comercial dos serviços de interesse do público não autoriza o argumento *a contrario sensu*), a permissão para irradiação somente poderá ser deferida de comum acôrdo.

Conseqüentemente, entendo que as taxas autorizativas de rádio-transmissão ou tele-transmissão somente poderão ser fixadas mediante acôrdo entre a LOCADORA e LOCATÁRIA. A estipulação, por parte de qualquer delas, de um valor que não mereça a aprovação da outra, poderá autorizar a que esta se coloque em posição de impedir referidas transmissões.

Naturalmente, na oportunidade de novo acôrdo, é de se promover a boa redação de uma cláusula, afastando dúvidas de interpretação.

Caberia uma observação final: quaisquer restrições que se imponham no uso do Maracanã, em leis, tais como limitações à livre fixação de condições, ou estipulações em favor de terceiros, virão em contrariedade aos interesses municipais, já que possivelmente decrescerá o empenho dos clubes em se utilizarem daquele Estádio.

D. F., 30 de agosto de 1955

GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO
Procurador Geral da PDF
(1954-1955)

LOTERIA DO DISTRITO FEDERAL

Sendo a loteria contravenção penal, erigida, porém, em serviço público por legislação especial da União, não constituindo, portanto, um serviço próprio do Distrito Federal, êste somente

poderá explorá-lo ou concedê-lo se a União lho permitir, porque exclusivamente a ela cabe legislar sobre direito penal. Providências indispensáveis do Congresso Nacional.

Tenho a honra de apresentar a V. Exa. os processos em referência, nos quais a Ilustríssima Câmara dos Vereadores do Distrito Federal solicita a esta Procuradoria Geral parecer sobre a constitucionalidade da Lei 710, de 14 de julho de 1952, que institui a Loteria do Distrito Federal e dá outras providências.

2. A loteria, por se tratar de um jôgo de azar (artigo 50, § 3.º, *a*, da Lei das Contravenções Penais), está capitulada como contravenção penal. Todavia, a União, que assim a classifica através da legislação que é de sua exclusiva competência, retira-a do quadro da violação punível quando a autoriza ou ratifica (art. 51 da Lei das Contravenções Penais — Decreto-lei 3.688/41).

Ora, quem pode abrir esta exceção no direito penal é a União, porque somente ela tem competência para legislar sobre o assunto, *ex-vi* da letra *a*, XV, do art. 5.º da Constituição Federal vigente. Destarte, se, na exceção aberta pelo Decreto-lei n. 6.259/44 não se inclui o Distrito Federal, é óbvio que a Lei local n. 710/52, que autoriza a exploração de loteria, atinge a Constituição, porque suspende no Distrito Federal uma "proibição da lei penal", matéria da competência exclusiva da União.

3. A circunstância de o Distrito Federal de hoje apresentar-se como pessoa jurídica de direito público interno diversa da de 1944, não invalida o Decreto-lei 6.259 citado, por isso que não se pode considerá-lo como Estado-membro, subsistindo, assim, a exclusão que o referido diploma lhe deferiu.

4. Ao nosso ver, como o caso está adstrito a suspender "uma proibição da lei penal", matéria de competência exclusiva da União, esta pode manter a exceção do Distrito Federal se nenhum despreço à Constituição, a despeito de, por nenhum modo, se justificar a exceção. E' o que ocorre com a legislação vigente, em detrimento dos interesses do Distrito Federal.

Isso não quer dizer, porém, que o Distrito Federal de hoje, — que se governa quase inteiramente por si, que tem território próprio e constitui pessoa jurídica inteiramente distinta da União, — não esteja em situação de, como os Estados, ser incluído entre os que podem gozar da exceção de que cogita o Decreto-lei regeedor da exploração lotérica.

Mas essa circunstância serve de orientação ao legislador federal, que, se não incluiu o Distrito Federal atendendo a razões de ordem legal (por se tratar, mesmo, de um *distrito federal*, governado pela própria União), pode e deve, agora, dar-lhe o direito de ter a sua própria loteria, pois, do ponto de vista jurídico-político a União e o Distrito Federal "são duas entidades perfeitamente diferenciadas". Ressalvamos nossa opinião de que, mesmo o Distrito Federal daquela época, em que "os órgãos dirigentes se confundiam com a suprema hierarquia do Governo da Nação", tinha

personalidade diferenciada da União, por isso que “o bem público local, que é seu objeto, possuía uma realidade persistente que não se diluía no bem público nacional”, “possuía um regime administrativo patrimonial e financeiro autônomo e não constituía uma dependência da Administração Nacional”. Do ponto de vista doutrinário, portanto, nosso pensamento é que, já àquela época, não se justificava a exclusão do Distrito Federal.

§. A Lei 710/52 veio prematuramente, porque antes dela deveria a lei federal incluir o Distrito Federal entre as pessoas jurídicas de direito público interno que podem conceder ou explorar loteria.

6. Alega-se que a loteria é um *serviço público*, assim considerado pelo próprio Decreto-lei 6.259, e que, de acôrdo com o artigo 30, item III, da Constituição vigente, ao Distrito Federal compete “cobrar quaisquer rendas que possam provir do exercício de suas atribuições e da utilização de seus bens e serviços”, sendo que o item IX do artigo 2.º da Lei Orgânica, por sua vez, diz competir ao Distrito Federal “fazer concessão de serviços públicos não reservados à União”. Destarte, adianta-se, o Decreto-lei 6.259 “está abrogado no que diz respeito ao Distrito Federal”; “caducou na parte referente ao Distrito Federal, pois baixado no tempo em que o Distrito Federal não estava, constitucionalmente, no mesmo pé de igualdade aos Estados, quanto à exploração dos serviços públicos”.

Aceitamos que a loteria, em face da nossa legislação, é um serviço público, não obstante a divergência doutrinária a respeito. A loteria foi erigida em serviço público entre nós, filiando-se a legislação brasileira à doutrina, que tem em JÈZE um forte advogado, de que “criar um serviço público é decidir que a satisfação de uma dada necessidade de interêsse geral deve ser realizada pelo processo do *serviço público*”. Foi o que fez o legislador brasileiro, nomeando mesmo como serviço público as loterias autorizadas ou concedidas, como se verifica do artigo 20 do Decreto 21.413/32.

Mas já ao tempo do Decreto-lei 6.259/44, o Distrito Federal tinha permissão de explorar os seus serviços públicos, tanto que se dizia no artigo 2.º, I, letra b do Decreto-lei 96/37 (o diploma orgânico, então da PDF) que ao Senado competia privativamente legislar para o Distrito Federal em tudo quanto se referisse ao seu peculiar interêsse e especialment sobre: “... b) concessão de serviços públicos não reservados à União”. A circunstância de ser administrado pela União (executivo e legislativo, artigos 7 e 30 da Constituição de 1937), não excluía a existência de serviços públicos próprios do Distrito, inconfundíveis com os reservados à União.

E’ que a despeito da autonomia inteiramente mutilada então, o Distrito Federal tinha personalidade distinta da União, cabendo-lhe cuidar, por força de sua organização, das “relaciones de vecinidad y los servicios publicos derivados de las mismas”. E’ um direito inerente à pessoa jurídica de direito público fazer concessão para exploração de determinados serviços, de modo que não foi negado ao próprio Distrito Federal da Carta de 1937 êsse direito.

7. No caso das loterias não se trata de um Serviço Público próprio, quer do Estado, quer do Distrito Federal, quer dos Municípios, inerentes às suas atividades. E’ um serviço público, mas quando a União lhe retira a qualidade de ilícito contravencional e permite a sua exploração ou concessão.

A loteria não é um serviço público próprio, mas uma contravenção penal, que a União erige em serviço público quando afasta a proibição.

Não se pode, portanto, capitular a loteria dentre os serviços públicos que o Estado ou o Distrito Federal ou os Municípios podem conceder ou explorar, porque não se trata de serviços que êles possam “criar no desenvolvimento dos seus poderes próprios”. A loteria é uma contravenção penal e só a União é que pode limpar-lhe essa mácula elevando-a à qualidade de serviço público. O Distrito Federal (como os Estados-membros e os Municípios) não pode, portanto, criar êsse serviço, porque êle não é um serviço seu, próprio. Poderá sê-lo, desde que a União permita, através de sua legislação especial sôbre a matéria. (Ver CASTRO NUNES, *Soluções de Direito Aplicado*, págs. 154-155).

8. Se pudessemos classificar o Distrito Federal como Estado-membro, não haveria dúvida legal, por isso que não seria constitucional fazer distinção entre os Estados componente da federação a não ser ferindo os artigos 31, I, e 141, § 1.º, da Constituição.

Mas o Distrito Federal não é estado, não é município; não é território e nem mesmo distrito *federal*. Sua organização participa de um misto destas entidades, dando-lhe um sistema todo peculiar que não se acomoda a nenhuma delas. Tem os impostos dos Estados e Municípios; representantes no Senado, como os Estados, mas o seu Poder Legislativo é, como nos Municípios, a Câmara dos Vereadores (designação dos legisladores municipais) e não tem, como têm as Assembléias Legislativas Estaduais, o direito de elaborar a Lei Magna local, atributo inseparável da autonomia, nem de apreciar os vetos do Executivo; não organiza nem interfere na Justiça, que, todavia, se diz sua, como fazem os Estados-membros.

O Chefe do Executivo que, nos Estados e nos Municípios (salvo, nestes últimos, as exceções constitucionais) é função eletiva, no Distrito Federal é de nomeação do Presidente da República.

As distinções entre as duas entidades (Estado e Distrito Federal) são sensíveis e expressas na Constituição, que chega, acentuando a diferenciação, a estabelecer que só depois de efetuada a transferência da Capital da União constituirá o atual Distrito Federal um Estado, com a denominação de Guanabara (Art. 4.º, § 4.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

9. E’ fora de dúvida, porém, que não deve subsistir a injustificada exclusão do Distrito Federal do Decreto-lei 6.259/44, uma vez que o Distrito Federal tem no organismo federal um tratamento especial que o coloca em posição aproximada dos Estados-membros, sendo-lhe, até, deferido todos os impostos a êste pertencentes. Além do mais, atendendo às enormes sobrecargas de caráter social que pesam em seu orçamento, au-

mentando a despesa ou desfalcando a receita, neste último caso em face das isenções, inclusive de caráter constitucional, — é de absoluta necessidade que se lhe adicione às rendas aquelas provenientes da exploração lotérica, permitida, também, aos Estados, rendas que bem podem, e devem, ter aplicação especial, critério seguido pela Lei 710/52, no seu art. 3.º.

10. Parece-nos, *data venia*, ser possível concluir:

A Lei 710/52, surgiu antecipadamente porque não sendo a loteria um serviço público próprio do Distrito Federal, mas um serviço público erigido pela União, é indispensável que esta, através de legislação especial, levante, para o Distrito Federal, a proibição de extrair loteria, contravenção penal definida em lei. Assim, caberá ao Excelentíssimo Sr. Prefeito pleitear, perante o Excelentíssimo Senhor Presidente da República:

- a) seja acrescentado ao artigo 2.º da vigente Lei Orgânica um item nos seguintes termos, o qual será o n. — “VIII — Conceder ou explorar serviço de loteria, observadas, porém, as normas da legislação vigente”, ou
- b) seja elaborado um projeto de lei incluindo o Distrito Federal entre as pessoas de direito público interno que podem explorar o serviço de loteria. Seria, assim, uma lei ampliativa do Decreto-lei 6.259/44, dizendo: Art. 1.º — E’ permitido também ao Distrito Federal executar, em seu território, o serviço de loteria, obedecidas as normas da legislação em vigor. Art. 2.º — Revogam-se as disposições em contrário.

11. Pensamos que as sugestões apresentadas conciliarão os interesses do Distrito Federal com a legislação vigente, sendo certo que se aceitássemos a compatibilidade constitucional da Lei 710/52, aconselharíamos a sua regulamentação e o pedido posterior de ratificação, à União, da concessão ou exploração lotérica, conforme estabelece o art. 3.º do Decreto-lei 6.259/44.

S. M. J.

D. F., abril de 1956

MANUEL DE CARVALHO BARROSO
Advogado da P.D.F.

AUTOS DE CONSTATAÇÃO DE INFRAÇÃO — FISCALIZAÇÃO E LAVRATURA

Aos funcionários do Departamento de Fiscalização, legalmente investidos nos serviços de fiscalização, compete a lavratura de todo e qualquer auto de flagrante e de constatação de infração,

salvo os de ordem técnica aludidos no § 2.º do art. 728, do Código de Obras.

Dúvida surgiu neste processo com referência à competência de determinados servidores para a lavratura de autos de flagrante ou de constatação de infração que cominem multas pela infração de dispositivos legais ou regulamentares.

O texto legal inicialmente invocado pelo informante de fls. 2 v. refere-se tão-só e unicamente aos “autos de constatação de infração” de dispositivos do Código de Obras (Dec. n. 6.000/37, art. 728).

Ora, a polícia de posturas, leis e regulamentos da Prefeitura, é, de modo geral, exercida pelos funcionários do Departamento de Fiscalização, que têm as suas atribuições nitidamente definidas em lei.

Há, no entanto, que se estabelecer a diferença que existe entre auto de constatação de infração e auto de flagrante.

O primeiro só pode ser lavrado quando verificada infração de preceito do Código de Obras, não importando esteja a infração ainda em curso ou já consumada (art. 728, §§ 1.º e 16).

Ao passo que o segundo, por sua vez, só pode ser lavrado no momento exato da infração de lei, regulamento ou postura, verificada pessoalmente pelo funcionário (Dec. 2.801/28, art. 1.º).

A competência do atual Departamento de Fiscalização originou-se das disposições do Dec. n. 385/03, que deu regulamento para o processo administrativo das infrações de posturas, leis e regulamentos da Prefeitura. Sob sua égide a atribuição de lavratura de autos de infração cabia tão-somente aos antigos agentes fiscais, mais tarde transformados em delegados fiscais.

Posteriormente, vieram os Decretos ns. 3.289/28 e 2.801/28, a estender essa competência, além dos agentes fiscais, a diversas outras categorias de servidores, cada qual na esfera de seus respectivos serviços (arts. 2.º e 4.º).

Hoje a matéria está disciplinada no Decreto n. 9.549/49, que baixou o regulamento do Departamento de Fiscalização, com as alterações introduzidas pelos Decretos n. 9.603 e 9.610, respectivamente, de 17 e 25 de fevereiro de 1949.

Por força do art. 1.º daquele decreto, o Departamento tem por finalidade expressa executar e fazer cumprir as posturas municipais e exercer a repressão de infrações das leis, regulamentos, instruções e ordens concernentes à arrecadação de impostos, taxas e demais contribuições devidas à Prefeitura, sem prejuízo das atribuições legais conferidas a outros órgãos.

Dentre as funções específicas dos servidores que compõem seus diversos órgãos fiscalizadores está a de lavar os autos de flagrante, os de constatação de infração e apreensão, e a de tomar as demais providências cabíveis, quando verificada qualquer infração.

Em vista dos dispositivos legais invocadas, verificamos que os serventuários da Prefeitura designados para os serviços de fiscalização são, de

modo geral, competentes para lavrar autos de flagrante ou de constatação de infração, salvo aquêles de ordem técnica aludidos no § 2.º do art. 278 do Código de Obras, que dispõe, *in verbis*:

“Os autos de constatação de infração serão lavrados privativamente pelos Engenheiros Arquitetos da Diretoria de Engenharia, quando forem relativos a infrações de disposições legais de ordem técnica, devendo os Delegados Fiscais, quando tiverem conhecimento de infrações dessa natureza, requisitar da Divisão competente da Diretoria de Engenharia a necessária verificação e lavratura do auto de constatação de infração, caso necessário”.

Dêsse modo, no caso em tela, não vejo procedência no reparo constante da informação de fls. 2v., porque, sem dúvida, a espécie não se enquadra naquêles a que se refere o citado § 2.º do art. 728.

Assim, lavrado o auto competente e constatada a infração, como de fato o foi, compete ao Departamento de Parques, tão-sòmente, tomar as providências que julgar cabíveis, dentro de suas atribuições, como disposto no art. 224 e seus parágrafos, do Código de Obras.

E' o meu parecer.

JÓLIO DE SALLES
Advogado da P.D.F.

DIREITO DE CONSTRUIR — LIMITAÇÕES — ILHA DE PAQUETÁ

Tenho a honra de devolver a V. Exa. o processo n. 7.517.383/54, relativo à construção de mais três casas em uma vila à rua Padre Juvenal, 48-A, ilha de Paquetá, ao qual estão apensados vários outros, inclusive o referente à construção inicial das três casas já existentes nessa vila.

Já às fls. 25, por intermédio do Dr. GENOLINO AMADO, a Procuradoria Geral se manifestara contrariamente ao alegado pela requerente dêste processo, visto como o Decreto n. 10.643/50, proíbe não só a construção de novas vilas em Paquetá, como a ampliação das existentes, não havendo qualquer *direito adquirido* a respeitar.

Consulta agora V. Exa. se não será de modo a modificar o enquadramento jurídico da questão a circunstância, que aponta, de ter a Prefeitura aprovado o projeto de desmembramento do terreno da requerente com a expressa menção de que um dos lotes se destinava à construção de uma vila *com seis casas*.

Tenho por certo que não.

A requerente não pode alegar *direito adquirido* ante o qual se detenha a aplicação da lei atualmente vigente.

THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, no seu apreciado “*Tratado de Direito Administrativo*”, nova edição, de 1955, mostra com que cautela se devem considerar as alegações de direitos adquiridos contra o interesse geral. Não deixa de admiti-los:

“Constitui, realmente, ponto fundamental que a lei tem aplicação desde a sua vigência, atingindo tôdas as situações jurídicas sobre as quais recaem os seus dispositivos, e que sòmente o respeito a *direitos perfeitos e acabados*, direitos adquiridos, pode justificar a não aplicação da lei nova” (pág. 81).

Mas restringe-os:

“No campo do direito público e administrativo, entretanto, sempre o princípio da retroatividade foi aplicado com mais elasticidade, compreendendo não sòmente aquelas leis e atos de natureza política, mas ainda todos aquêles emanados do poder do Estado e de administração, que envolvem, por sua natureza e conteúdo, interesses do Estado ou da coletividade. Não sòmente as leis constitucionais, mas também as de polícia (que não tenham caráter puramente penal), as de caráter financeiro ou estatutários, de um modo geral as que apresentam interesse público” (pág. 82).

Mais radical era o Ministro OCTAVIO KELLY que, em acórdão encontrado na *Revista Forense*, vol. 62, pág. 44, deixou expresso que

“Não se concebe direito adquirido contra o bem coletivo”.

Sustentando uma decisão, agravada, o Juiz JOSÉ MACHADO PENIDO é também de opinião que

“Não há direitos adquiridos contra os interesses superiores da coletividade”

e passa a citar CARVALHO SANTOS, o qual

“... depois de mostrar que a irretroatividade das leis não é um princípio absoluto, observa que nunca é lícito ao juiz, se o interesse público reclamar, negar aplicação à lei nova, embora com sacrifício de todo e qualquer direito adquirido” (*Revista Forense*, vol. 127, pág. 272).

À requerente dêste processo, porém, de modo algum se poderá reconhecer um *direito adquirido*, perfeito e acabado. O máximo que poderá alegar

será uma *expectativa de direito*, sem início sequer de execução. E quanto a estas, é pacífico que não detêm a aplicação da lei nova.

De EDUARDO THEILER, em artigo publicado no vol. 130 da *Revista Forense*, pág. 366, são os seguintes conceitos:

“BAUDRY-LACANTINERIE explicou que se entende por direito adquirido, ou simplesmente direitos, as vantagens de que estamos investidos, que figuram no nosso patrimônio, que não podem nos ser tiradas por aqueles de quem as recebemos ou pelo ato de um terceiro, chamando-se, ao contrário, esperança ou expectativa a simples possibilidade de obter uma vantagem, ainda não realizada, a qual implica a possibilidade de uma decepção. FERRARA sustentou que a teoria aceitável é a do respeito aos fatos realizados, de acôrdo com a regra *tempus regit factum*”.

E continuando, conclui o douto articulista:

“E’ considerada retroativa a lei quando desrespeita as situações jurídicas concretas, mas não quando somente elimina situações abstratas... a situação jurídica abstrata correspondendo à *expectativa de direito* e a concreta ao *direito adquirido*, segundo a doutrina tradicional”.

No mesmo sentido é a lição de BENTO DE FARIA, em “*Aplicação e retroatividade da lei*”.

“Distingue-se o *direito adquirido* da simples *faculdade*, isto é, da capacidade ainda não exercitada para sua aquisição. E’ apenas uma aptidão. E também das *expectativas* ou interesses que somente traduzem mera esperança de obter uma vantagem ainda não realizada” (n. 32).

E adiante:

“As *faculdades* e *expectativas* não participando, portanto, da natureza do direito adquirido, podem ser alteradas ou supridas pela lei nova” (n. 33).

E ainda, citando ALVES MOREIRA:

“Do exposto é de se concluir que a lei anterior não é aplicável aos fatos que, podendo realizar-se de harmonia com as suas disposições, ou não tiveram comêço de execução, ou, se o tiveram, não chegaram a concretizar ou subjetivar o direito obje-

tivo, de forma que, segundo as disposições da mesma lei, êle deva considerar-se definitivamente adquirido” (n. 35).

Com êsse aspecto, precisamente, se apresenta o caso em foco: o fato (construção de mais três casas na vila) poderia se ter realizado sob o império da lei antiga — tanto que foi previsto no projeto de desmembramento do terreno; mas ficou na previsão, não foi executado, não teve, sequer, comêço de execução — e, assim, não chegou a se concretizar. Não há, portanto, como falar em *direito adquirido*.

A lei nova — o Decreto 10.643/50 — visando a proteção paisagística e pitoresca da ilha de Paquetá, veio estabelecer uma série de restrições quanto às edificações na ilha. Podia fazê-lo, pois é sabido que o *direito de construir* assegurado aos donos dos terrenos se subordina aos *regulamentos administrativos* (Código Civil, art. 572).

Se foi, assim, entendido pela Administração que em Paquetá não mais deva ser permitida a construção de nenhuma casa de vila, êsse interesse público, geral, coletivo sobreleva a quaisquer interesses particulares.

PHILADELPHO AZEVEDO entre as conclusões de seu “*Destinação do Imóvel*” inclui a de que

“Em relação aos imóveis, a utilização respectiva é regulada sob a inspiração do interesse coletivo” (pág. 198).

Casos como o dêste processo são ali previstos:

“As restrições ao uso da coisa podem ser distribuídas em duas classes — as que interessam à coletividade em geral, ao bem público, como os preceitos relativos ao zoneamento, arquitetura, alinhamento *estético*, prevenção de incêndio, higiene, etc.; e as que resguardam, especialmente, o interesse, próximo, do vizinho” (pág. 130).

“Em quanto às primeiras restrições, sobreleva o bem público, interessando ao direito administrativo, ao chamado poder de polícia” (pág. 131).

E cita SÁ PEREIRA, para quem:

“... além das funções de governo, de direção e comando, o Estado exerce funções tutelares de polícia, que entram na esfera especial do direito administrativo. Nos povos modernos, essa tutela se especializa numa polícia de segurança, numa polícia de higiene, e até numa polícia de *estética*, não só para o resguardo de monumentos e obras de arte, como para a *conservação das paisagens naturais*” (pág. 131).

E, ainda:

“Como observa BRUGI, leis especiais regulam também o patrimônio artístico nacional, o benefício de certos terrenos etc., restringindo o uso *ad libitum* que o proprietário poderia fazer à coisa, ou a sua própria comercialidade” (pág. 131).

Podemos ter, assim, por assentado que a Prefeitura não pode ser obrigada a, desobedecendo as prescrições que adotou para a proteção paisagística da ilha de Paquetá, admitir e licenciar a construção das três casas de vila pretendidas pela requerente.

Isso não quer dizer, porém, que se deva ter por impedida de o fazer — se considerado um outro aspecto do caso.

E' que, se nenhum é o direito de um particular de se opôr à feitura de obras de interesse público, ou de impedir a Administração de executar os planos de urbanização ou de embelezamento que se traçou, não é menos verdade, porém, que a Administração, ao agir, não pode fazer *tabula rasa* dos legítimos interesses dos particulares.

Em outras palavras: o interesse particular cede ao coletivo, mas mediante indenização, quando caiba.

THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, na sua citada obra, admite francamente que a aplicação retroativa das leis administrativas, quando venha a ferir interesses de particulares, traga para a Administração o dever de indenizar os prejuízos causados (págs. 87 e 89).

A própria Prefeitura tem sido cautelosa nos casos, por exemplo, em que estabelece faixas *non aedificandi*, quando manda desapropriar os lotes existentes e já aprovados que, em face dos recuos sofridos, não possam vir a receber edificações. Vejam-se a êsse respeito os Decretos 6.918/41 (Avenida Tijuca); 7.693-A/43 (Praça Afonso Vizeu) e 7.892/44 (Laranjeiras e Santa Teresa).

Mesmo no Código de Obras vamos encontrar, aqui e ali, disposições que se podem considerar como respeitadoras de interesses preexistentes: o art. 116, por exemplo, no capítulo dos “Lotes a serem edificados a suas dimensões e condições”, ao fixar essas condições, não deixa de abrir exceções para os lotes adquiridos antes de determinada data, ou mesmo antes da data do decreto 6.000.

Dentro dêsse espírito, portanto, de respeito ao interesse, se legítimo, e indiscutível, do particular — e desde que, no caso em foco, fique patenteado o prejuízo da requerente pelo estabelecimento da verdadeira área *non aedificandi* em um lote encravado, sem que essa área possa ser acrescida a nenhuma outra, mediante loteamento regular, caso será então de a Prefeitura, prevendo um possível procedimento judicial do interessado, colocar numa balança as duas soluções: o cumprimento rigoroso da lei paisagística, com a conseqüência, possível, da despesa da indenização; ou para evitá-la, permitir a construção, abrindo uma exceção com a liberali-

dade já mostrada em outros casos de que dão conta processos apensados — e escolher a mais leve, ou menos onerosa.

E' êsse, porém, problema da Administração.

D. F., outubro de 1955

ROBERTO PINTO FERNANDES
Advogado da P.D.F.

CASAS DE VILA — VENDA EM SEPARADO DE CADA UNIDADE

A individualização de partes do terreno da vila, pela construção de suas casas, nunca constitui desmembramento. 2. A expressão lotes interiores não implica em loteamento. 3. Divisibilidade material da propriedade e indivisibilidade jurídica. 4. Remissão da legislação federal à legislação municipal, relativamente a essa matéria. 5. A destinação do imóvel. Seu condicionamento à observância dos preceitos legais. 6. Divisão implicando desmembramento e divisão para fins de utilização. A compra, em separado, de casas de vila com condomínio do terreno da vila. 7. Diversidade de funções da inscrição predial e do desmembramento. Significado da numeração predial. 8. A competência das repartições administrativas como condição imprescindível para a validade do ato. 9. Impossibilidade da existência de atos implícitos onde não há competência para a prática de atos explícitos. 10. A verbação de metragens das casas de vila no Registro de Imóveis tem valor meramente descritivo, se não houve ato municipal de desmembramento. 11. Competência em matéria de posturas e competência em matéria patrimonial. Competência específica das repartições.

Pretende-se, neste processo, efetuar a venda de uma casa de vila isoladamente.

Opõe-se o Departamento do Patrimônio por considerar que essa venda isolada implica em desmembramento do terreno e, em conseqüência, exige a remissão do fôro, em obediência ao artigo 36 do Decreto 9.413/48.

Alega o interessado, em contraposição:

- 1.º — Que as casas já se acham construídas há muito tempo, e que essa individualização de partes do terreno da vila implicou em desmembramento anterior à promulgação do Dec. supra-citado;
- 2.º — Que êsse desmembramento foi mesmo sancionado pelo § 5.º do art. 116 do Decreto 6.000/37;

3.º — Que a própria inscrição para pagamento do imposto predial já é feita em separado, uma para cada casa, o que importa em desmembramento virtual.

1. Examinemos, para começar, o alegado desmembramento anterior ao Dec. 6.000, e que teria sido por êste sancionado.

A vila existe desde 1922, como se vê da informação de 22-3-55; examinemos portanto a legislação que vigorava nessa data, e a que veio a vigorar depois.

De acôrdo com o disposto no art. 1.º do Dec. 2.258/20, já nessa época não era permitida a divisão de terrenos em praças, avenidas, ruas e travessas, sem que prèviamente fôsssem apresentadas, à Prefeitura, a planta e os perfis longitudinal e transversal e requisitada a necessária licença.

Ora se se considerasse que cada casa da vila já estava com o seu terreno desmembrado da maior porção, a rua da vila passaria a ser via pública (travessa ou bêco) e portanto deveriam os interessados provar a sua aceitação àquela época (art. 2.º do citado Dec. 2.258).

No entanto, nada disso aconteceu.

As ruas de vilas ou avenidas sempre continuaram a ser vias particulares conservadas e limpas pelos próprios donos das vilas como simples entradas das mesmas.

E' o que se deduz iniludivelmente do art. 2.º do Dec. 1.594/14, quando dispõe:

“Na mesma área de terreno só será permitida a construção de mais de um prédio com a mesma entrada por logradouro público, nos dois seguintes casos:

.....
2.º — Nas contruções denominadas “avenidas”.

Ora, se na mesma área, por exceção, se permitia a construção de avenida, é evidente que o fato dessa construção ser feita não implicava em divisão do terreno com abertura de logradouro.

Essa era pois a legislação vigente à data em que a vila foi construída.

O Dec. 2.087/25 não alterou essa situação.

De fato, logo no art. 1.º, que define o sentido dos vocábulos empregados nessa lei, se chega a essa conclusão.

Assim é que, ao definir o que seja “lote”, diz a lei que “é a porção de terreno situada ao lado de um logradouro público, descrita e assegurada pelo título de propriedade”.

E, logo adiante, ao definir o que é vila, diz o Dec.:

“E' o conjunto de habitações isoladas em edificios separados ou não, e dispostos de modo a formarem ruas ou praças interiores, sem caráter de logradouro público”.

Vê-se pois que a construção das casas de vila não implicava em formação de um lote, separado do restante da área em que estava construída tôda a vila, pois para ser lote precisava dar para logradouro público, não sendo consideradas como tais as ruas ou praças interiores das vilas.

O § 1.º do art. 14 desse decreto implicitamente reafirmava êsse princípio quando estatua que:

“Para terrenos situados em logradouros projetados por particulares e aprovados pela Prefeitura, só serão deferidos requerimentos para edificações, depois de ter sido submetido à aprovação da Prefeitura o plano de retalhamento da quadra respectiva em lotes e de pagos os emolumentos correspondentes à abertura de ruas”.

Vemos que êsse não era o caso das vilas, pois nem as suas ruas e praças interiores constituíam logradouros públicos feitos por particulares, nem a área das mesmas passava a ficar dividida em lotes.

Não havia pois “retalhamento”, para usar a expressão do decreto.

O § 5.º desse mesmo artigo reafirmava que as ruas e praças de vilas não eram logradouros públicos, pois excluía do reconhecimento como tal “as vilas ou as chamadas avenidas particulares”.

Fica assim claro que, até a promulgação do Dec. 6.000/37, não existiu qualquer desmembramento expresso ou tácito dos prédios da vila.

Assim sendo, não aproveita ao requerente a disposição do § 5.º do art. 116 do citado decreto, quando dispõe:

“Os terrenos encravados entre lotes de proprietários diferentes ou em virtude de construção que exista nos lotes contíguos, também são considerados aceitos com as dimensões que tiverem”.

De fato, o terreno da casa da vila, cuja venda se pretende efetivar, não estava, para começar, entre lotes distintos, pois para tal era necessário que já se considerasse que a construção da vila implicava em desmembramento, o que vimos que não correspondia à realidade.

Por outro lado também não se achava entre prédios de proprietários diferentes, pois até o momento presente existe uma só proprietária da vila.

Assim, se as casas da vila eram construídas em um só lote, tôdas elas, e se essa construção não implicava na formação de novos lotes, é evidente que não tem sentido falar-se em aceitar o lote da casa da vila com as dimensões que tivesse, se êsse lote era inexistente.

O citado texto legal não visou considerar como lote autônomo todo aquele terreno em que existisse uma construção individualizada, mas simplesmente permitir a construção em terrenos que não tivessem as medidas exigidas pela nova lei, desde que antes êles já constituíssem lotes distintos.

Essa hipótese não se aplica aos terrenos das casas de vila, que, como vimos acima, não passavam a constituir lote.

O § 4.º do citado art. 116, não citado pelo requerente, mas que, na aparência lhe seria mais favorável, pois considera como lotes distintos os terrenos construídos, também não lhe aproveita, pois pressupõe evidentemente que essa construção implicasse pela legislação anterior em desmembramento, o que, como vimos, não acontecia nas casas de vila, que eram todas feitas em uma área única.

Continuando o exame do Dec. 6.000, vemos que no art. 170 se reafirma que a construção de vila é permitida onde não seja possível a abertura de logradouro público, e no art. 183 se diz que essas ruas interiores não podem ser reconhecidas como logradouros públicos a menos que satisfaçam certas condições que não existem no caso deste processo.

E o parágrafo único do art. 582 dêsse mesmo decreto é positivo:

“A construção de casas de vilas com vedações de divisas das diversas porções de terreno e a construção de mais de um edifício dentro do mesmo lote, nos casos em que essa prática é permitida por este Decreto não compreendem desmembramento”.

Vemos pois que o Dec. 6.000, longe de apoiar a pretensão do requerente, veio tornar ainda mais categórico o que já dispunha a legislação anterior.

2. E' verdade que o Dec. 8.522/46, permitindo a construção de prédios de mais de um andar nas vilas antigas, faz referência a lotes anteriores ao Dec. 6.000.

No entanto, não nos parece que essa referência tenha o alcance de significar o desmembramento da vila em lotes, o que seria uma interpretação contrária ao texto da legislação vigente antes do citado Dec. 6.000.

O que se quer significar com a palavra lote nesse decreto é somente a delimitação material de uma área para construção de prédio, sem no entanto quebrar a unidade da área da vila, isto é, sem implicar em desmembramento.

Nesse sentido a palavra lote já vinha empregada no art. 180 do Dec. 6.000 quando é dito que “para as vilas será admitido um acréscimo de 10% na taxa de ocupação dos lotes interiores”.

Evidentemente o Dec. 6.000 não quis nesse artigo prever um desmembramento expressamente vedado no parágrafo único do seu art. 582.

A palavra lote está aí empregada no sentido supra indicado de área delimitada por uma habitação, e não de área desmembrada do todo.

Assim sendo, não se alterou a situação até o momento presente para permitir o desmembramento ou loteamento dos terrenos de vila, de acordo com as construções nêles existentes.

Em consequência não podem ser vendidas as casas da vila separadamente, como se fossem propriedades autônomas, com terreno próprio, pois que tal fato implica inevitavelmente em desmembramento ou loteamento.

3. Não nos convenceram os argumentos constantes do parecer do Dr. GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO, no sentido de que essa venda isolada das casas não implicaria em desmembramento mas em “fracionamento” (*Rev. de Direito Imobiliário*, vol. 25, pág. 100).

Data vênia, não encontramos características que justifiquem uma diferença de conteúdo entre as duas palavras.

Se o fracionamento, da mesma maneira que o desmembramento, leva a uma divisão real da propriedade, como reconhece S. S. (op. cit., loc. cit.), não vemos como negar que a sua prática implique num loteamento efetivo da área da vila.

Qual a vantagem pois da distinção?

Para o ilustre jurista, êsse fracionamento não pode ser evitado, uma vez que, sobrepondo-se a lei federal à lei local e sendo o terreno da vila coisa divisível, nos termos do art. 52 do Código Civil, não pode o poder municipal impedir a sua divisão.

Data vênia, o argumento prova de mais, pois que, a adotar-se êsse critério, não poderia a Prefeitura estabelecer um limite mínimo para os lotes comuns, pois que, por menores que fôssem, sempre seriam divisíveis, como terrenos que são.

Assim sendo, é evidente que, para que isso não aconteça em todos os casos, deve a lei poder impedir êsse fracionamento excessivo da propriedade, contraindicado pelos princípios de higiene, de estética, de urbanismo, enfim.

Por êsse motivo é que o n. 55 do art. 53 do Código Civil classifica como indivisíveis os bens que, “embora naturalmente divisíveis, se consideram indivisíveis, por lei”.

4. E nem se diga que essa lei, de que fala o Código Civil, só pode ser uma lei da União, em virtude da aplicação do princípio da prevalência da lei federal sobre a lei municipal, dado que são as próprias leis federais que mandam que, no caso, se observem os preceitos das leis locais, através do pronúnciamto das autoridades municipais.

De fato, o § 1.º do art. 1.º do Dec.-lei 58/37 determina que a inscrição de loteamentos depende de planta aprovada pela Prefeitura Municipal.

E o Regulamento dos Registros Públicos (Dec. 4.857/39), no parágrafo único do seu art. 285, condiciona a averbação de desmembramento à certidão da Prefeitura Municipal, que comprove a ocorrência.

Não basta, pois, que uma coisa seja divisível materialmente para que seja necessariamente considerada como divisível juridicamente.

5. E' bem verdade que, no caso das vilas, argumenta também o Dr. GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO com a destinação da coisa (op. cit., loc. cit.): a própria construção de moradias separadas por paredes e muros teria dividido o terreno da vila.

E' indubitável que êsse argumento é digno de exame e consideração.

De fato, a destinação, que lhe seja dada, pode tornar juridicamente indivisível uma coisa naturalmente divisível (CLÓVIS BEVILAQUA — *Código Civil comentado*, coment. ao art. 52, vol. I, pág. 294), como também pode

servir de critério orientador da divisão de imóveis já utilizados, na qual se deve atender, de preferência, ao acessório — o edifício, a plantação, enfim, à espécie de exploração preferida (PHILADELPHO AZEVEDO — *Destinação do imóvel*, 1932, pág. 38).

Mas a simples construção de prédios em um terreno, indivisível por lei, não pode, como mera exteriorização da vontade do particular, que é, derogar a norma legal da indivisibilidade.

Uma vez que essa construção é permitida pelas posturas municipais, com a condição de não implicar em desmembramento do terreno, é evidente que a sua execução não pode produzir efeitos contrários ao da própria lei em que ela se baseou para poder ser executada.

E, cumpre mais uma vez salientar, essa norma local é perfeitamente hábil para vincular os direitos do proprietário, pois que o direito de construir está condicionado ao que determinam os regulamentos administrativos, face ao disposto na própria lei civil (art. 572 do Cód. Civil).

Assim sendo, a aplicação do princípio da destinação do imóvel, aos desmembramentos, está sempre condicionada, senão à autorização expressa das posturas municipais, pelo menos a uma aprovação tácita, à não existência de proibição expressa.

Fora disso, ou a edificação pode ser feita sem implicar em desmembramento, como no caso das vilas, ou então será ilegal, e portanto inábil para a criação de direitos, passível mesmo de demolição.

A não ser assim a lei seria burlada no 1.º caso, e no 2.º veríamos o município basear o seu direito na sua própria malícia, na prática de atos ilegais, os quais já nascem com o vício insanável da nulidade, e são portanto inexistentes juridicamente.

Adotando implicitamente essa tese, os §§ 4.º e 5.º do art. 116 do Dec. 6.000/37 aceitaram, como lotes, já definitivamente constituídos, aqueles terrenos que tinham recebido construção em casos em que a lei não proibia a constituição de lotes daquele tamanho.

No entanto, essa lei não estendeu a mesma aceitação aos terrenos onde se achavam construídas casas de vila, dado que a legislação anterior era bem clara em não considerar essas construções como loteamentos ou desmembramentos implícitos.

6. E' verdade que, depois da promulgação do Dec. 6.000, já houve um caso em que a lei autorizou, expressamente, a venda, em separado, de casas de vila (Dec.-lei 8.465/45).

No entanto, essa permissão de venda em separado não implica necessariamente em parcelamento do terreno.

Também os apartamentos de um edifício podem ser vendidos separadamente e, no entanto, o terreno continua a pertencer, indiviso, a todos os proprietários de apartamentos (art. 2.º do Dec. 5.481/28), os quais só têm a propriedade de partes ideais do solo.

O mesmo princípio foi adotado na venda das casas de vila, autorizada pelo Dec.-lei 8.465, tendo ficado o terreno indivisível, e cada adquirente das casas individuais com uma fração ideal do todo.

Transpôs-se assim, para as casas de vila, o princípio que CLÓVIS preconizava para os prédios de vários andares, antes do Dec. 5.481. Dizia êle:

“As casas não se consideram divisíveis por planos horizontais; mas é lícita a divisão do uso delas por andares”. (CLÓVIS BEVILAQUA, Coment. ao art. 52).

Assim também, no caso do Dec.-lei 8.465, não se considerou o terreno da vila como divisível; mas fêz-se a divisão *de seu uso por* espaços limitados.

Se isso foi possível, no citado caso, por existir lei especial, é duvidoso que o sistema possa ser generalizado, por falta de lei federal normativa.

Quanto à Prefeitura, no entanto, parece-nos que não haveria inconveniente nessa prática, isto é, comprarem várias pessoas partes ideais do terreno e, por convenção, entre si, destinarem um ou mais imóveis da vila ao uso exclusivo de cada condômino.

Temos dúvida, no entanto, que essa convenção pudesse ser averbada no Registro de Imóveis.

Como quer que seja êste último aspecto da questão é de interesse exclusivo dos condôminos, não cabendo à Prefeitura dizer-lhes o que devem ou não fazer.

7. Outro argumento em que o requerente basea a sua pretensão é o de que a vila já está desmembrada virtualmente, pelo fato de se acharem as casas da mesma inscritas separadamente para pagamento do imposto predial. No entanto, também êsse argumento não é suficiente para amparar um deferimento do pedido do requerente.

Para começar, diga-se de passagem, que a numeração em separado de cada casa da vila não implica de modo algum em desmembramento do terreno sobre o qual estão construídas.

Essa numeração só individualiza as casas para efeito de utilização, da mesma maneira, *mutatis mutandis*, que se numeram os quartos de um hotel, sem com isso transformá-los em unidades juridicamente autônomas.

Assim é que, toda a legislação sempre obrigou a numeração em separado de ditas casas (art. 10 do Dec. 664/07; § 4.º do art. 202 do Dec. 2.087/25; § 12 do art. 342 do Dec. 6.000/37), sem que, no entanto, considerasse tal fato como desmembramento.

Em consequência, como unidade distintas para fins de utilização podiam e podem as casas de vila ser inscritas, em separado, para efeito de tributação, dado que assim se facilita a apuração do valor locativo base do cálculo do imposto, o qual pode variar numa casa ou duas enquanto se mantém inalterado nas outras em um dado exercício.

E' medida de ordem meramente prática, com finalidade fiscal, sem que, portanto, essa inscrição em separado implique, de modo algum, em desmembramento, pois o órgão arrecadador do imposto predial nunca teve poderes para efetuar desmembramentos.

8. Ora, é sabido que, embora a pessoa de direito público seja una, a sua atuação se faz através de atos emanados "d'un administrateur qualifié et agissant en tant que tel" (MARCEL WALINE — *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 5.^a ed., Paris, Sirey, 1950, pág. 395).

Esses administradores dirigem repartições às quais está distribuída a competência para determinadas matérias:

"Come lo Stato si scinde in tanti uffici, così la sua capacità si scinde nelle competenze degli uffici" (ARNALDO DE VALLES — *Elementi di Diritto Amministrativo*, Padova, Cedam, 1951, pág. 48).

E, logo adiante, acrescenta DE VALLES:

"... ed ogni ufficio non ha astrattamente la possibilità di esercitare i diritti dello Stato, ma soltanto quei determinati diritti, che rientrano nella sua competenza".

E insiste na página seguinte:

"La pluralità dei diritti e delle obbligazioni dello Stato viene distribuita nella competenza dei suoi uffici: ed i diritti e i poteri che rientrano nella competenza di un ufficio sono limite ai diritti di altri uffici".

E a pág. 155 põe em evidência a importância da divisão da competência por assuntos (por matéria), no direito administrativo.

BIELSA, por seu lado, também salienta o papel preponderante da competência no processo de formação da vontade da administração pública. (RAFAEL BIELSA — *Estudios de Derecho Público, I, Derecho Administrativo*, De Palma, Buenos Aires, 1950, págs. 375 e 377).

GABIÑO FRAGA nos elucida sobre o motivo dessa divisão de competência:

"La amplitud de la función administrativa impone la necesidad de crear diversas esferas de competencia que reciben la designación de órganos administrativos". (GABIÑO FRAGA — *Derecho Administrativo*, Ed. Porrúa, México, 1952, pág. 239).

E a pág. 179 estabelece uma comparação com o direito privado:

"De la misma manera que los actos jurídicos de la vida civil requieren una capacidad especial para ser realizados, así, tratándose de los actos del Poder Público, es necesaria la competencia del órgano que los ejecuta".

Sendo de notar, porém, que, enquanto o exercício da capacidade fica a critério do particular, a competência é obrigatória, e, em consequência, irrenunciável (pág. 180).

9. Assim sendo, se o departamento arrecadador do imposto predial não tinha competência para desmembrar terrenos, é evidente que não se pode, de um ato seu, desprender que fez implicitamente aquilo que nem expressamente podia fazer.

Só se pode considerar como implícito, na melhor das hipóteses, aquilo que se pode fazer implicitamente.

10. No entanto, apesar disso tudo, o Departamento de Obras (D.O.B.) liberou a guia da transmissão, para a venda da casa em separado, baseando-se em certidão do Registro de Imóveis, na qual se especifica a metragem do terreno da dita casa.

Essa averbação não tem, porém, o valor que lhe atribuiu o D.O.B.

Se, como vimos acima, os loteamentos e desmembramentos só podem ser inscritos e averbados se precedidos de licença da autoridade municipal competente para concedê-la, provado êsse atos com a certidão fornecida por essa mesma autoridade, é evidente que qualquer averbação feita, sem obediência a êsse preceito, tem um valor meramente descritivo, não alterando juridicamente a integridade do imóvel.

Assim sendo, não estava o D.O.B. obrigado a aceitá-las, como fundamento para o desmembramento tácito que concedeu.

Somos pois de opinião que não tem qualquer base legal a prática que vem sendo adotada de se permitir a venda parcelada das casas de vila, com o terreno de cada delimitado por metragens próprias.

11. Mas, mesmo a falta de oposição do D.O.B. a êsse desmembramento não implica em vincular o Departamento do Patrimônio à opinião daquele outro órgão da Prefeitura.

Cada setor da Prefeitura tem a sua competência específica, como frisamos acima, e assim como o departamento arrecadador do imposto predial não podia desmembrar terrenos, implícita ou expressamente, assim também a anuência do Departamento de Obras, a um desmembramento, não obriga o Departamento do Patrimônio, que fala, na matéria, como senhorio direto, a também aceitá-lo.

De fato, sem o consentimento do senhorio, o bem enfiteutico não pode ser dividido em glebas (art. 681 do Código Civil).

Assim sendo, como nunca houve qualquer desmembramento, é êste o momento oportuno para o senhorio se pronunciar, quer negando o seu consentimento ao mesmo, quer, se preferir, como foi o caso, impondo a condição de ser remido o fôro.

12. Por todos êsses motivos, achamos perfeitamente legal a exigência da demissão do aforamento, e, conseqüentemente, a negativa da permissão da venda parcelada do bem enfiteutico.

E' o nosso parecer, s. m. j.

D. F., 27 de agosto de 1955

CARLOS DA ROCHA GUIMRÃES
Advogado da P.D.F.

ENFITEUSE — REMISSÃO DO AFORAMENTO

Em 20 de novembro de 1952, Ary de Almeida e Silva e sua mulher, proprietários dos imóveis sitos à rua Bolivar ns. 38, 42 e 46, requereram remissão de fôro para êsses imóveis. Em 14 de junho de 1954, fêz-se a avaliação dos imóveis e benfeitorias.

Os querentes, em 22 de julho, não se conformaram com os valores atribuídos aos imóveis cujo domínio direto pretendem adquirir, requereram fôsse a remissão calculada sôbre o *V. O.*, lançado pelo D.R.I., nos termos do artigo 36, do Decreto 9.413/48, atendendo a que as benfeitorias onde existiram os prédios ns. 38, antigo 20, 42 e 44 casa 1 e 2 e 46, não são de propriedade dêle suplicantes, conforme se verifica dos termos da escritura pública de promessa de compra e venda junta ao processo e do alvará de construção expedido pelo Departamento de Edificações, em nome do promitente comprador Remo de Paoli, que juntaram.

Em outubro de 1954, os suplicantes concordaram com os valores atribuídos aos *terrenos*, mas solicitaram que fôssem excluídas as benfeitorias que não lhes pertencem, como provado está nos autos.

Entendeu o Diretor do P.M. de mandar atualizar a avaliação, o que foi feito.

Considerou-se, então, que a remissão deveria ser feita, já não sôbre o valor dado no laudo anterior aos terrenos, senão, sim, aos novos valores dados a êstes e às benfeitorias construídas pelo promitente comprador, e submetido ao despacho do Sr. Secretário Geral, que autorizou a remissão no fôro, na forma acima.

Publicado êsse despacho, o Chefe do 1 P.M. consultou o Diretor do P.M. sôbre se, tendo-se obrigado o promitente-comprador ao pagamento do laudêmio, em vista do artigo 36, § 1.º do Decreto n. 9.413, deveria prosseguir o processo em nome dos requerentes.

Em parecer de fls. 63, o Diretor encaminhou os autos ao Sr. Secretário Geral, opinando pelo indeferimento do plano dos pedidos da espécie, excetuados, aqueles que se refiram a imóveis construídos em dois lotes, um dos quais já remido de fôro, hipótese em que a remissão do outro deverá ser concedida, a fim de se evitar a condição de um terreno com parte alodial e parte foreira, com o que concordou o Secretário.

Alegando que, sem sua culpa, o andamento do processo se prolongou em morosas e inacabáveis diligências internas, do exclusivo interesse da Prefeitura, só tendo sido despachado, nos termos da publicação do *Diário Oficial*, Seção II, de 9 de novembro de 1954. Sendo interpretação pacífica da própria Prefeitura, em numerosos casos, no valor da remissão, anteriormente a 14 de outubro dêsse ano, não eram computadas as benfeitorias efitas no terreno por terceiros promitentes compradores, desde que, na escritura de promessa de compra e venda, constasse que êstes ficavam imitados na posse do terreno e lhes fôsse reconhecido o direito de nele construir. Em 14 de outubro de 1954, o Diretor do D.P. baixou uma ordem de serviço que tomou o n. 2, derogando a interpretação acima citada, que taxou de *liberal*. Mas, ainda que devesse prevalecer o novo cri-

tério, procrastinada, como foi, a decisão do caso vertente, seria de esperar que, antes dessa Ordem de Serviço, já houvesse êle sido solucionado. De qualquer forma, não poderá ser considerado como "momento da remissão" aquêle que a repartição competente julga, em seu arbítrio, de remeter o processo administrativo para a avaliação. O "momento da remissão" só pode ser considerado o da entrada do requerimento na repartição. Pedem, assim, deferimento do seu pedido, com avaliação na base do valor dos mesmos, correspondente à data do seu requerimento, excluídas as benfeitorias de terceiros, direito seu que decorre do texto claro e preciso do art. 42, § 1.º, da Lei Orgânica. Além do mais, argumentam, na hipótese em foco, a remissão é compulsória, em face do disposto no decreto n. 9.413, art. 35, porque há divisão, remembramento e desmembramento dos terrenos em tela.

Foram os autos enviados ao Dr. CARLOS GUIMARÃES, Advogado da P.D.F., que emitiu o parecer de fls. 72, concluindo "a Administração tem a faculdade, mas não a obrigação, de negar o resgate de aforamento pedido neste processo" e porque "essa recusa deve se basear em exame de prejuízo real para a Fazenda e não na simples constatação formal de estar concretizada a hipótese do parágrafo único do art. 36, do Dec. 9.413".

Voltaram os autos à Secretaria Geral de Finanças, em 24 de junho transacto e daí foram enviados, em 7 de julho também p. passado, a esta Procuradoria Geral.

Expostos, dessarte, os fatos, passo a opinar.

A Lei Orgânica do Distrito Federal, em seu artigo 42, § 1.º, estabelece que "a remissão do fôro será feita por importância correspondente a 20 fôros e 1 laudêmio e meio, calculado o laudêmio sôbre o valor do domínio pleno do terreno e das benfeitorias existentes, *no momento da remissão*".

Filiou-se, por essa forma, a corrente, hoje vitoriosa, que propugna a extinção do instituto da enfiteuse, ensejando ao caseiro o direito de remir o fôro.

Assim, pois, criou ela o direito de, dentro das condições ali impostas, que julgou do interesse municipal, remir o fôro.

Não há, pois, liberalidade, senão direito do enfiteuta, que, entretanto, deve preencher os requisitos legais.

O resgate dos bens enfiteuticos municipais só obedece àquelas condições.

E' certo que êsse resgate terá por base o valor do domínio pleno do terreno e das benfeitorias existentes "*no momento da remissão*".

Posteriormente à Lei Orgânica, o Decreto n. 9.413 assentou várias regras, entre as quais as dos artigos 35 e 36, parágrafo único.

A primeira ordena que a remissão do fôro será compulsória quando os terrenos aforado nas áreas das Sesmarias, de que trata o artigo 2.º, forem objeto de divisões e desmembramentos, salvo as que tiverem lugar *mortis causa*.

A segunda preceitua que o domínio direto do imóvel foreiro será transferido sômente ao proprietário do respectivo domínio útil, à Prefeitura

ficando assegurado o direito de pagar a remissão requerida *facultativamente*, pelo possessor, se este já tiver prometido vender o imóvel e transferido o ônus do laudêmio para o comprador.

Depois ainda, em 25 de junho deste ano, o Decreto n. 12.882, acrescentou ao referido artigo 35 dois parágrafos dos quais o segundo colide com o parágrafo único desse artigo, posto que, ao passo que este determina a compulsoriedade da remissão quando os terrenos forem objeto de divisões e desmembramentos, salvo "*causa mortis*", o segundo parágrafo acrescentado determina que não será compulsória a remissão quando os imóveis objeto de reloteamento forem todos foreiros.

O ilustre Dr. CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES, em brilhante parecer, deixou patente, neste ponto, quando diz: "sou levado a essa conclusão (com a qual não estou de acôrdo, pois que, como disse, entendo que a Lei Orgânica se filiou, inequivocamente, ao partido dos que batalham pela extinção da enfiteuse e, assim, criou um direito para o possessor)" por considerar *mal orientado* o dispositivo do parágrafo único do artigo 36, do Decreto 9.413. De fato não me parece que simplesmente por ter o promitente comprador se obrigado, em escritura pública, a pagar o laudêmio deva ser negado o resgate do aforamento".

Deveria ter ido mais longe o eminente Dr. CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES e assentar, tendo em vista a interpretação teleológica da Lei Orgânica, que aquêle preceito contende com essa interpretação, como o faço e, por isso, não pode prevalecer contra ela.

Quanto ao artigo 35 e seus parágrafos, parece-me que, no caso, a remissão deverá ser compulsória, não só pelo princípio acima firmado de que a remissão se tornou um direito do caseiro, como porque, evidentemente, é uma hipótese esta em que haverá divisões, desmembramentos e remembramentos, na forma do parágrafo único do citado artigo 35 do Decreto n. 9.413, pôsto que se me afigura o § 2.º acrescentado a êle está em atrito com o texto do artigo e com a interpretação finalista do artigo 42, § 1.º, da Lei Orgânica.

Passo, agora, à interpretação do artigo 547 que o exímio Dr. CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES admite como aplicável à espécie. Dêle ainda aqui divirjo. Basta ler-se o comentário de CLÓVIS BEVILAQUA (vol. III do Cód. Civil Com., 6.ª ed., 1942, págs. 87-88) para se chegar à conclusão de que nenhuma aplicação tem êle ao caso. Em primeiro lugar, não se trata de benfeitorias, no rigor técnico da expressão; depois, porque não se trata de construções feitas por quem pensava construir em terreno seu, ou de má fé erigidas. Não há acessão, senão construção feita por um promitente comprador, logo imitado na posse e autorizado a construir. O proprietário do domínio útil nada lucra com essa construção, nem quer lucrar. Também o senhorio direto não tem direito a haver na remissão do fôro senão o valor das benfeitorias, existentes no momento em que essa remissão é pedida, pois que só sobre as benfeitorias construídas pelo possessor pode cobrar o laudêmio.

Resta, pois, encarar o que seja "o momento da remissão".

Em ordem de serviço n.º 2, o ex-Diretor do Patrimônio, funcionário zeloso e probo, definiu esse *momento* como o da data da avaliação, que prevalecerá por trinta dias, fora dos quais haverá nova avaliação e que, no cálculo da remissão de fôro, devem ser computadas tôdas as benfeitorias existentes no terreno, *qualquer que seja o proprietário delas*.

Não me parece, mau grado o respeito e acatamento que me merece aquêle irrepreensível servidor, tivesse êle competência para fixar normas, em *ordem de serviço*, para ordenar direitos que só a lei poderia regular, nem que tenha êle razão na fixação do que seja *momento da remissão*. E isso porque os artigos 42 § 1.º da Lei Orgânica e 24, do Decreto 9.413, deixam manifesto e insofismável que esse *momento* é o em que se pede a remissão, já que determina que esta seja feita "por importância correspondente a vinte foros e um e meio laudêmio, calculado êste sobre o valor do domínio pleno do terreno e das benfeitorias existentes no *momento da remissão*", pois que esse cálculo deve versar, precisamente, sobre o valor do domínio pleno e das benfeitorias que existem para ser avaliadas, no momento em que é pedida a remissão, pôsto que não há outras, construídas pelo possessor a avaliar, e não seria crível que a lei mandasse cobrar laudêmio pelas construções feitas por terceiros promitentes compradores, imitados, para logo, na posse dos terrenos e autorizados a erigi-las, deixando ao alvedrio da Administração a fixação desse *momento*, com prejuízo do promitente comprador e da política de construções, tão bafejada pelo Estado, nesta época de crise de habitação. As *benfeitorias* a avaliar são as que construir o possessor, são as existentes no momento em que êste pede a remissão, mesmo porque não podem ser consideradas *benfeitorias* as construções feitas pelo promitente comprador que adquire o terreno, obrigando-se ao pagamento do laudêmio sobre o valor do terreno e das benfeitorias no momento da escritura de promessa de compra e venda.

Aliás, sempre assim procedeu, e acertadamente, a Administração, não havendo motivos para modificar a sua orientação, pois o Estado deve ir ao encontro das novas formas econômicas, firmando critério com elas compatíveis, fomentando e animando uma política de construções, tendente a resolver o grave problema de habitação, e animando o emprêgo de capitais, de que lhe resultarão rendas e tributos com que atenda às suas necessidades.

Por tôdas essas razões, penso que deve ser atendido o pedido da remissão de fôro, tendo por base, o pagamento do laudêmio, a avaliação feita sobre o valor do terreno e das benfeitorias da propriedade do possessor, porventura existentes (ver escrituras de fls. 49 e 56, dos autos) ao tempo em que pedida foi a remissão.

É o meu parecer, salvo melhor juízo.

DF, 27 de dezembro de 1955.

IVENS DE ARAÚJO
3.º Procurador da PDF

Visto. No caso presente não há necessidade de se entrar na debatida questão de estarem ou não sujeitos ao artigo 693 do Código Civil as enfiteuses estatuídas antes da sua vigência, por isso que as de que trata este processo foram concedidas após a promulgação do Código Civil.

Assim, como não hajam ainda decorrido 30 anos após a data da sua constituição, é claro que o direito do enfiteuta de resgatar a enfiteuse ainda não se verificou, e portanto, não está a Prefeitura por força do artigo 693 do Código Civil obrigada a aceitar o resgate.

A Lei Orgânica, no seu artigo 42 § 1.º não cria nenhuma obrigação para a Prefeitura nesse sentido, limitando-se apenas e exclusivamente a indicar o preço e a forma pelos quais se fará a remissão.

Desde que não há nenhum dispositivo de lei obrigando, compulsoriamente, a Prefeitura a remir o fôro, é claro e insofismável que o preceito do artigo 42 § 1.º da Lei Orgânica se refere aos casos em que a Prefeitura *quer* fazer a remissão ou a isso está obrigada *ex vi* do artigo 693 do Código Civil.

Na hipótese a Prefeitura não quer fazer a remissão (despacho de fls. 64). Não está, convém repetir, obrigada a aceitá-la e, caso entenda de admiti-la, esta se operará na forma da Lei Orgânica, observadas as disposições dos artigos 34, 35 e 36 do Decreto 9.413.

Assim, além de não estar obrigada por nenhuma lei a consentir na remissão, tem a Prefeitura o direito expresso de negá-la, quando ocorrer a hipótese que aqui se verificou.

Diz o artigo 36 do Decreto 9.413 acima referido:

“O domínio direto do imóvel foreiro será transferido sòmente ao proprietário do respectivo domínio útil.”

Está, perfeitamente coerente e certo o texto legal, amenisando-se com o disposto no art. 34.

Se a pessoa a quem a Prefeitura transferir o domínio útil já não é a mesma que vai receber o domínio direto é claro que o contrato enfiteutico, por sua vez, já não prevalece pois que são outras as partes, daí resultando o direito da Prefeitura de não querer transferir o domínio direto a quem nunca teve o domínio útil.

Mas, aceitando a Prefeitura a remissão, esta se operará na forma presente do artigo 34:

“A remissão será feita por importância correspondente a 20 (vinte) foros e 1½% (um e meio por cento) laudêmos, calculado este sòbre o valor do domínio pleno do terreno e das benfeitorias existentes no momento da remissão”.

O valor das benfeitorias existentes no momento da remissão deve ser levado em conta, pouco importando tenham sido essas benfeitorias feitas pelo enfiteuta ou pelo promitente comprador.

Transferido o ônus do laudêmio para o comprador este se substitue à pessoa do foreiro e, portanto, não cabe a indagação da autoria das benfeitorias.

São levados em conta, pelo seu valor justo, à época da remissão, feitos pelo foreiro, pelo comprador ou mesmo por terceiros.

A época da remissão é aquela em que, consequência de pedir, é o imóvel avaliado.

Se não satisfeito o pagamento, dentro do exercício poderão as autoridades administrativas pedir uma avaliação.

Em 12 de janeiro de 1956.

LINO NEIVA DE SÁ PEREIRA
Procurador-Geral da PDF
(1955-1956)

MONTEPIO DOS EMPREGADOS MUNICIPAIS — FIANÇA EM FAVOR DE CONTRIBUINTE — PRESCRIÇÃO

Os alugueres pagos pelos afiançados ao Montepio constituem dívida passiva da autarquia, e como tal sujeita à prescrição estabelecida no Decreto-lei 4.597/42.

Cumpr-me devolver o processo n.º 317.679/54 do Montepio dos Empregados Municipais, remetido a esta Procuradoria-Geral para a mesma se pronunciar a respeito da prescrição de alugueres recebidos pelo Montepio, e não reclamados oportunamente pelo locador.

1. O Sr. Chefe do Serviço Jurídico do Montepio dos Empregados Municipais, em parecer de 5 de junho de 1951, junto por cópia, manifestou-se no sentido de que, prescrevendo em cinco anos os alugueres de prédio rústico ou urbano, de acôrdo com o artigo 178, § 10, n.º IV, do Código Civil, está o Montepio, como fiador, desobrigado, uma vez que “com o principal prescrevem os direitos acessórios”, *ex-vi* do disposto no artigo 167 do citado Código Civil.

Em consequência desse entendimento, o Sr. Chefe do 1-DF entendeu que, no caso do presente processo, sòmente deve ser pago à locadora o que não incorreu na prescrição quinquenal de que trata o invocado dispositivo do Código Civil.

O Sr. Secretário do MEM discordou do ponto de vista do órgão jurídico, achando que “a prescrição desses alugueres a favor do MEM, configura sem sombra de dúvida, o enriquecimento ilícito, porque, além de fiadora, a Instituição é sobretudo depositária”. S.S. sustentou que “o legislador se refere à prescrição dos alugueres a favor do locatário e nunca

do depositante”, e que o citado parecer contraria “longa e tradicional linha de conduta” do MEM.

O Sr. Diretor do Montepio, ao superior a audiência da Procuradoria Geral, conclui suas considerações dizendo que “caso incida em prescrição o depósito de que trata o presente processo, deve êle favorecer, não ao Montepio, a que não pertence aquêle, mas ao depositante”.

O Montepio dos Empregados Municipais serviu de fiador a Perseveranda Augusta Paiva, que locou o imóvel da rua São Gabriel, 301, Casa I-A. Como fiador, teria cabimento, se fôsse o caso, o disposto no n.º IV, § 10, do artigo 178, do Código Civil. Isto é: se o locador não reclamasse os alugueres em cinco anos, estaria o Montepio desobrigado de responder pela fiança que prestou, uma vez que o acobertava, também, a desidia do locador, por força do artigo 167 do mesmo diploma legal.

Todavia, parece-nos que o caso não é somente de fiança. O Montepio não serve de fiador, apenas; êle recebe, também, os alugueres do seu afiançado. Êle passa, assim, a ser devedor dos alugueres pagos, e não, apenas, o fiador do seu pagamento. Devedor perante locador e locatário.

Esta posição modifica, por completo, a posição jurídica do MEM, pelo que não há que cogitar da prescrição tratada no artigo 178, § 10, n.º IV, do Código Civil.

Cobrando os alugueres do seu afiançado torna-se o Montepio um depositário? Parece-nos que não. O afiançado não deposita o valor do aluguel no MEM. O que êle lhe faz, mensalmente, é pagá-lo, através do desconto em fôlha, encarregando-se o Montepio de, por sua vez, pagá-lo ao locador. Não há depósito; há pagamento do afiançado ao fiador, que, pelo trabalho que toma, recebe uma taxa de 1% (art. 67 do Decreto 3.397/30). Em nenhuma fase das relações do Montepio com o afiançado e o locador o primeiro é depositário, até porque não há depositante.

“Não existe depósito, e sim um contrato de mandato, quando a guarda da coisa é puramente acessória, ou mera consequência do negócio jurídico” (EMÍLIO GUIMARÃES, “Dicionário Enciclopédico de Doutrina Aplicada”, 2, n.º 1.169).

O Montepio presta fiança, é certo; mas, ao mesmo tempo, incumbe-se de descontar mensalmente o aluguel que afiança e pagar ao locador, que ao aceitar a fiança sabe, legalmente, desta circunstância.

O credor recebe a fiança ciente, por força do art. 67 do Decreto 3.397, de que o Montepio, além de fiador, é o procurador do afiançado para efeito do pagamento dos alugueres, porque do devedor o MEM os recebe mensalmente, mediante desconto em fôlha. Não há, pois, como se tratar de depósito no caso. Há pagamento, por intermédio de procurador.

“Pelo contrato de depósito, recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame” (Ver o art. 1.265 do Cód. Civil e J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, “Trat. de Direito Com. Bras.”, vol. VI, pág. 424, n.º 1.057).

Ora, no caso, o afiançado nada deu ao Montepio para guardar. Êle pagou ao Montepio o aluguel que devia, incumbindo a êste de pagar ao

locador e, por êste serviço, lhe remunerou. Se se tratasse de depósito, o depositante teria, em qualquer ocasião, o direito de reclamá-lo, pois “o depositário custodia a coisa no interêsse do depositante”.

Se não se trata de depósito voluntário ou regular muito menos de irregular, que é aquêle

“no qual ao invés da obrigação de o depositário restituir a própria cousa, que recebera, se lhe concede explícita ou implícitamente, a faculdade, ou se lhe impõe a obrigação de restituir o *tantumdem ejusdem generis, qualitatis et bonitatis*. O depositário torna-se devedor de um *genus* e não de corpo certo, conforme é o depósito ordinário ou regular. Há aí um depósito instituído no interêsse do depositário” (J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, obr. cit., n.º 1.083).

O depositário usa o depósito, e paga por isto um juro pelo uso e pelo risco da restituição.

Ora, no caso, o MEM não paga pelo que recebe, com o direito de usar o aluguel e restituí-lo ao locatário; êle recebe uma comissão pelo serviço que presta: receber os alugueres e pagá-los ao locador.

A própria contabilidade do MEM mostra que não se trata de depósito, tanto que lança os recebimentos na conta “Locadores (conta de alugueres)”, conta esta que é debitada quando, por “caixa” o pagamento é efetuado ao locador”.

E parece-nos inatacável êste procedimento contábil, porque os alugueres recebidos são créditos dos “Locadores”, e passam a constituir dívida do Montepio. Não há depósito, porque houve pagamento ao MEM, donde o Montepio debitar-se e creditar o locador. Ocorrendo prescrição, não há como se beneficie aquêle que já está fora da nova relação jurídica, por força do pagamento.

Realmente, S.M.J., entendemos que os alugueres recebidos pelo Montepio constituem dívida passiva da Autarquia, e caso ocorra não ser reclamada em tempo hábil está prescrita, não por força do artigo 178, § 10, n.º IV do Código Civil, mas em virtude do artigo 2.º do Decreto-lei 4.597, de 19 de agosto de 1942.

É de salientar que não importa a natureza da dívida; a prescrição abrange todo e qualquer direito ou ação, nos precisos termos da lei.

É o nosso parecer, *sub censura*.

DF, dezembro de 1955

MANUEL DE CARVALHO BARROSO
Advogado da PDF

PESSOAL DE OBRAS — LEGISLAÇÃO APLICAVEL

O Serviço de Administração pede orientação sobre como proceder em relação ao “trabalhadores horistas”, no concernente às leis de proteção ao trabalhador.

2. Os “trabalhadores de obras” têm sua situação regulada pelo Decreto 9.558/46 — Capítulo X — Do pessoal de obras — não sendo enquadrados nem como funcionários, nem como extranumerários (art. 51, § único).

3. De acôrdo com o citado decreto, êsses trabalhadores são contribuintes do IAPI, devendo a quota de contribuição do Empregador — a Prefeitura — correr por conta da verba destinada à realização das obras (art. 53).

4. Também gozam êsses trabalhadores dos benefícios do artigo 2.º e seu § do Decreto-lei n.º 6.905/44, mandado aplicar ao pessoal de obras da União pelo Decreto-lei 7.641/45 — auxílio enfermidade (artigo 57).

5. O Decreto-lei n.º 7.036/44, alterado pelo Decreto-lei n.º 7.527/45, em seu artigo 9, § 2.º, estabelece:

“Os preceitos desta lei aplicam-se aos acidentes do trabalho sofridos:

- a) pelo pessoal de obras da União, Estados, Territórios e Municípios, onde houver”;

excluindo, porém, expressamente:

- c) os funcionários e extranumerários da União dos Estados, Municípios, Territórios e da Prefeitura do Distrito Federal” (art. 76).

6. Os trabalhadores de obras devem, pois, estar segurados contra acidentes do trabalho, não só em face da lei, como também para evitar maiores responsabilidades para a Prefeitura.

7. Êsse seguro, porém, deve ser feito no próprio Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários que já mantém a “Carteira de Acidentes”, tendo em vista a Lei n.º 1.985/53.

8. Para o atendimento dos prêmios a serem pagos ao Instituto se pediria um crédito especial e nos futuros serviços se deveria pedir, a exemplo do que ocorre com a contribuição de previdência, se computasse a parcela para o prêmio de seguro de acidente no trabalho.

9. Recentemente, a Secretaria Geral de Saúde e Assistência se encontrou em necessidade de regularizar a situação do seu pessoal de obras, o que, em face do presente processo, me leva a sugerir a V. Exa. seja proposta ao Sr. Prefeito a nomeação de uma comissão para examinar a situação do chamado “pessoal de obras”, face à legislação social traba-

lhista para as medidas julgadas necessárias, a fim de serem expedidas normas gerais sobre a matéria, amparando os trabalhadores e resguardando os justos interesses da Administração.

DF, 26 de janeiro de 1956

NELSON DE AZEVEDO BRANCO
Advogado da P.D.F.

CARGO PÚBLICO — CONCEITO DE INTERINIDADE — SERVIDORES QUE DESEMPENHAM A FUNÇÃO DE MÉDICO SEM SEREM TITULARES DO CARGO — LEI BENEFICIADORA — INTERPRETAÇÃO

Objetivando seu cumprimento e aplicação, formula a Secretaria Geral de Administração consulta detalhada sobre o entendimento que se deve dar ao artigo 10.º da Lei n.º 826/55, *verbis*:

“Ficam classificados no cargo isolado padrão O do quadro de Médicos da Prefeitura o inspetor médico padrão N do Teatro Municipal nomeado pela Lei n.º 565, de 16 de janeiro de 1951 e todos os servidores da Prefeitura, que, comprovadamente, estejam exercendo a função de Médico.”

Não haveria, de início, que se cogitar da existência de vagas. O dispositivo, mantido pelo Senado Federal após apreciar veto oposto pelo Chefe do Executivo local, implicitamente criou tantos cargos quantos necessários ao atendimento do comando.

A Secretaria de Administração, aplicando o dispositivo, proverá em caráter efetivo as vagas existentes, dando como criadas tôdas as mais necessárias ao provimento dos beneficiados que porventura excederem àquelas.

Em vantagem da boa ordem administrativa, seria interessante publicar-se, por decreto, o quadro de Médicos, incluídos os cargos criados indiretamente com a aplicação do dispositivo sob apreciação.

Aliás, providência similar e interessante seria proceder-se de igual forma em relação ao quadro de Advogados, que também sofreu aumento anômalo por força da aplicação da Lei n.º 210/48.

Mencionando o dispositivo a classificação dos beneficiados no cargo isolado padrão O de Médico, não temos dúvida em afirmar que todos — efetivos, extranumerários e interinos — deverão ser considerados providos em caráter efetivo naquele cargo.

Desnecessário se nos afigura qualquer reparo em relação aos funcionários efetivos, ocupantes de quaisquer cargos que, portadores do diploma

de médico, desempenhem essas mesmas funções, embora em contrariedade a proibição expressa do Estatuto dos Funcionários. Essa desobediência, aliás, já clássica na Prefeitura, goza da excusa da exigência do superior interesse do serviço.

De igual forma, assim também pensamos em relação ao pessoal extranumerário. De acôrdo com a sistemática do Direito Administrativo, o vocábulo "servidor" abrange o gênero "tôda e qualquer pessoa que perceba dos cofres públicos em decorrência da prestação de um serviço continuado". A técnica orienta-se no sentido de qualificar o "efetivo" de *funcionário* e o "extranumerário" de *servidor*; genericamente, servidor abrange efetivos e extranumerários.

Os extranumerários que atendam ao adminículo exigido pelo artigo 10.º, deverão ser também providos em caráter efetivo.

Restaria examinar a situação dos funcionários interinos.

O provimento de cargos de serviço público com o caráter de *interinidade* constitui, na sistemática do nosso Direito Administrativo, uma *anomalía*, e, por assim, uma *exceção* à regra geral indicada à espécie — doutrinária e legalmente — *exceção* — praticável e justificável apenas pelos imperativos irremovíveis da *necessidade*, nos seguintes casos:

- a) *interinos em substituição*. No impedimento ocasional e temporário do titular ou ocupante efetivo de um cargo, o imperativo da continuidade do serviço público determina a substituição do servidor impedido por outro servidor, cujo provimento há de ter, necessariamente, o caráter de *interinidade*, pela óbvia razão de não poder haver dois titulares ou ocupantes efetivos para um só e mesmo cargo. É, pois, a hipótese da impossibilidade material, *de facto*, da nomeação em caráter efetivo.
- b) *interinos para preenchimento de cargos vagos de carreira*, cuja nomeação em caráter efetivo não possa ser feita em virtude de óbice constitucional ou apenas legal, como seja, *exempli gratia*, a formalidade de prévio concurso. É uma hipótese de impossibilidade *de jure*, ou *ex lege*.
- c) *interinos para preenchimento de vagas em cargos isolados para cujo provimento efetivo prescreva a lei a exigência de prévio concurso*, condição ou habilitação outra a que não satisfaçam os candidatos. É outra hipótese de impossibilidade jurídica (*de jure*, ou *ex lege*).

Fora dessas hipóteses — configuradoras da *impossibilidade material* ou de *impossibilidade jurídica*, é de regra, ou melhor de rigor, a nomeação em caráter *efetivo* para o provimento dos cargos públicos.

Ora, no caso especial dos servidores *interinos* da Prefeitura do Distrito Federal abrangidos pelo mandamento do artigo 10.º, *in fine*, da Lei n.º 826/55, nada justifica que o seu aproveitamento ou classificação no cargo

isolado, padrão O, do quadro de Médicos da Prefeitura não se faça *normalmente*, em caráter efetivo, e sim *anormalmente*, em caráter *interino*, uma vez que nenhum dos apontados óbices — de natureza *material* ou *jurídica* — existe, a constituir impedimento à realização do provimento efetivo, isto é, a impôr o afastamento da *regra geral* (que é o provimento em caráter efetivo), para que se adote, em lugar dela, a *exceção* (que é o provimento em caráter interino). E isto porque:

- a) não se trata, na hipótese, de interinidade *em substituição*, no impedimento ocasional e temporário de titular ou ocupante efetivo de cargo (de carreira ou isolado);
- b) não se trata, no caso concreto (médico, padrão O), de cargo de carreira, para cuja primeira investidura deva atender-se à exigência constitucional e legal de prévio concurso (Constituição Federal, art. 186, Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, art. 18, Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da Prefeitura do Distrito Federal, art. 21);
- c) não se trata, outrossim, de cargo isolado para cujo provimento em caráter efetivo prescreva a lei a exigência de concurso, condição ou habilitação outra não satisfeita pelos servidores em causa.

Em tais condições, não há fundamento jurídico — nem lógico — com que se possa justificar a adoção do critério *excepcional* e *anômalo* do provimento em caráter *interino*, subrepondo-o ao da *regra geral* prescrita para o provimento dos cargos públicos, que é, como já foi dito, a própria, normal e adequada, do provimento em caráter *efetivo*.

Ocorre, ainda, acentuar — e não se perca de vista êsse aspecto — que se trata de uma providência *determinada em lei*. E não há, na sistemática do Direito Administrativo vigente, a figura do *provimento interino em virtude de lei*. Não. Quando o provimento de tal ou qual funcionário haja de ser feito em determinado cargo *por força de lei*, só se pode entender que o seja em caráter *efetivo*, e não em caráter *interino* — salva, é claro, a hipótese de óbice constitucional (inexistente no caso concreto em exame). E isto porque: a) não se presume a *exceção*, e, sim, a *regra*; b) o exame do *fim da lei* (exegese *teleológica*) evidencia e demonstra que, via de regra, em tais casos, o objetivo colimado, a *ratio juris*, terá sido, precisamente, outorgar um direito, benefício ou vantagem e assegurar uma situação jurídica a determinada pessoa ou a determinada classe, categoria ou grupo de pessoas, — objetivo êsse manifestamente incompatível com o caráter transitório e precário da *interinidade*; c) a *interinidade* no serviço público é, como já se disse, uma *anomalía*, a ser evitada sempre que possível, tanto assim que o legislador federal, na elaboração do atual Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, estabeleceu, como *regra*, no § 1.º ao art. 12, que "o provimento interino não excederá de dois anos",

salvos os estritos casos constantes das exceções ali mesmo previstas nas letras a e b, e, agora mesmo, no “anteprojeto de lei dos Estatutos dos Funcionários Cíveis Municipais”, oriundos de Mensagem n.º 45/55, — (e, pois, de elaboração oficial), — se prescreve a *extinção* da modalidade de nomeação *interina*, como se vê pelos termos do seu art. 251, *in verbis*:

“Art. 251. Fica extinta a modalidade de nomeação interina, bem como limitado o provimento em substituição — aos casos mencionados no item IV do art. 11”;

e, entre duas interpretações possíveis, deve o intérprete abster-se de preferir aquela que conduz ao anômalo, ao condenável, ao que é prejudicial ao serviço público.

À luz do próprio Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da Prefeitura do Distrito Federal, — apesar de antiquado pelo transcurso de quase três lustros, — esse, e não outro, é o entendimento que se impõe. Ali se prescreve, no art. 15, n.º IV, que “as nomeações serão feitas” ... “interinamente, para cargo vago, isolado ou de classe inicial de carreira, quando não houver candidato que satisfaça as condições para nomeação efetiva ou estágio probatório” — o que demonstra o caráter *excepcional* da interinidade. Mas, a norma assim prescrita o foi para a hipótese comum das nomeações e serem feitas por iniciativa e livre alvedrio da administração, isto é, do Poder Executivo. Quando a investidura se impõe por força de disposição de lei ou de decisão judicial transitada em julgado, é lógico que o imperativo mesmo de tais mandamentos supre as condições acaso exigíveis para tal fim (salvo vedação *constitucional* expressa) ou implica o reconhecimento delas. A Lei n.º 826/55 estabeleceu como *condição única* para o gozo do benefício outorgado no artigo 10.º a certos e determinados servidores (classificação no cargo isolado padrão O do quadro de Médicos da Prefeitura) o fato, devidamente comprovado, de estarem eles “*exercendo a função de médico*”. Assim, pois, todos os que comprovem a realização dessa mesma condição têm incontestável direito ao provimento *efetivo* no cargo isolado padrão O do quadro de médicos da Prefeitura.

Acrescente-se a tudo a expressiva circunstância de que a própria administração local já deu à espécie, implicitamente, o entendimento adequado, ao reconhecer que entre as conseqüências decorrentes do dispositivo aludido, objeto de veto oposto pelo Sr. Prefeito, estaria a de “contemplar com a nomeação de um cargo efetivo, padrão O” ... “muitas dezenas de profissionais médicos que, titulares de cargos e funções as mais diversas, alguns em caráter interino, estivessem a exercer, à data, a função de médico”, tal como consta da “justificação” do *veto* supra-referido (ao mesmo artigo 10.º do diploma em causa).

De todo o exposto decorre a conclusão de que todos os servidores médicos da Prefeitura, titulares embora de quaisquer cargos ou funções — em caráter permanente ou transitório — que, comprovadamente, estavam exercendo a função de médico na data da promulgação da Lei n.º 826, devem ser classificados, em virtude do disposto em seu artigo 10.º, como

titulares efetivos do cargo isolado padrão O, do quadro de Médicos da Prefeitura, sem dependência de qualquer outra formalidade ou condição não expressamente estabelecida na lei.

Respondemos, assim, às 1.ª e 3.ª *indagações* do Senhor Secretário Geral: — os funcionários efetivos e interinos e os servidores extranumerários, portadores do diploma de médico que, comprovadamente, estejam exercendo as funções médicas, deverão ser providos efetivamente em cargos isolados do padrão O do quadro de Médicos. A classificação deverá obedecer a data da vigência do artigo 10.º, considerada termo inicial para cálculo de quinquênios futuros.

Restaria a 2.ª *pergunta*, que abrange aspecto delicado — o da comprovação do exercício profissional.

Comumente, as designações para o exercício de funções diversas daquelas pertinentes ao cargo ou função efetivamente tituladas, por isso que contrariam proibição estatutária expressa, constam somente de documentos internos, desprovidos da publicidade. Não fôra tal circunstância, seria fácil reconhecer o direito, já que a necessária designação teria seu lastro de veracidade devidamente comprovado pelo órgão oficial.

Não sendo assim, cremos que o modo mais interessante de se desatar a equação será o de se constituir uma comissão que, em cada estabelecimento hospitalar, syndique, preenchendo formulários, a situação de cada servidor que se considerar beneficiado pela Lei 826.

O endosso do Diretor ou responsável pelo estabelecimento, sob as penas da lei, trará a garantia da justa e devida concessão do benefício. A comissão exigirá, como prova acessória, a designação que constar de ordem de serviço ou boletim.

A Comissão, no desempenho do cometimento, deverá ainda:

- 1) exigir a apresentação de diploma. Essa medida visa acautelar a Prefeitura, para que não aconteça vir alguém a beneficiar-se indevidamente dos favores outorgados;
- 2) verificar se a data da designação antecedeu àquela da lei e se a autoridade signatária dispunha de competência bastante. A apuração da responsabilidade funcional terá aí eventual oportunidade;
- 3) verificar se os pretendentes ao benefício *estavam* no exercício da função pública ao momento da lei, pois que as designações podem ter incidido em caducidade;
- 4) para evitar conseqüência de injustiça contundente, apreciar tôdas e quaisquer situações de fato que não dispunham do lastro de uma designação. Funcionará nessa hipótese o arbítrio do Senhor Secretário Geral.

Temos, assim, por respondida, a 2.ª *indagação*.

Antes de terminar, não nos seria possível ignorar dois ângulos que nos parecem dignos de monta.

O primeiro é o que diz pertinência ao pessoal acadêmico, constituído por estudantes de medicina admitidos em função extraordinária. Embora se trate de pessoal admitido precariamente, a prazo certo (até a data da formatura) e sujeito a regime especial, é muito possível que, por culpa da Prefeitura, não tenha sido dispensado, continuando a prestar serviços de natureza técnica. Se se apurar que acadêmicos, já munidos do diploma profissional, ainda permanecem no serviço municipal desempenhando funções médicas, forçoso convir que se tornam beneficiários do favor da lei.

O segundo aspecto é o referente aos Médicos interinos da Prefeitura. Muito verdade que uma interpretação fria, restrita à letra nua da lei, não lhes ensejará efetivação. Entrará aí, com muita procedência, a interpretação teleológica. Não seria de se admitir que um dispositivo aspergindo tão latos favores deixe de se aplicar exatamente em relação àqueles que mais merecedores se apresentam.

É o que me parece, S.M.J.

Distrito Federal, 20 de dezembro de 1955.

GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO
5.º Procurador da PDF

PODER EXECUTIVO

I — SECRETARIA GERAL DE ADMINISTRAÇÃO

REESTRUTURAÇÃO DOS QUADROS DE PESSOAL E DE CLASSIFICAÇÃO DE CARGOS E CARREIRAS DA PREFEITURA (*)

ANTEPROJETO DE LEI N.º

REESTRUTURA os quadros de pessoal da Prefeitura do Distrito Federal, classifica cargos e carreiras e dá outras providências.

TÍTULO I

Disposições Preliminares

Art. 1.º — Os cargos, carreiras e funções gratificadas que integram os atuais Quadros Permanente, Suplementar, Suplementar Especial, Suplementar Especial da City e Extra, passam a constituir o Quadro Permanente (Q.P.) e o Quadro Extraordinário em extinção (Q.E.).

Art. 2.º — Ficam extintos os atuais Quadros Suplementar, Suplementar Especial, Suplementar Especial da City e Extra, incluídos os seus ocupantes nos Quadros a que se refere o artigo anterior, nos termos e pela forma estabelecidos nesta lei.

Art. 3.º — Ficam aprovados os Quadros Permanente (Q.P.) e Extraordinário em extinção (Q.E.), respectivamente anexos I e II, que acompanham a presente lei e dela fazem parte integrante.

Parágrafo único. Os cargos incluídos no Quadros Extraordinário, serão extintos, à medida que se vagarem.

(*) O Anteprojeto de lei em questão foi elaborado pela Comissão instituída pela Portaria n.º 172, de 11 de março de 1953, do Sr. Prefeito, e que tinha a seguinte composição: Júlio César Catalano (Presidente), José Fernando de Carvalho Seabra, Sylvania de Oliveira Barbosa, Adhemar de Sá Carvalho, Luiz Monteiro Salgado Lima e Carlos Eduardo de Oliveira Vale.