

fato de a Prefeitura as averbar sem exigir o pagamento do laudêmio devido ... à Venerável Ordem.

Como, a que título, iria a Prefeitura se arvorar em fiscal do patrimônio alheio, exigindo prestação devida a outrem? E porque a Venerável Ordem não poderia ter, como o têm a Excelentíssima Mitra e inúmeros particulares que continuam a gozar, nesta Cidade, de privilégios de foros, uma organização, um serviço de contrôlê, um arquivo, plantas, um escritório, enfim, para zelar por seus interesses patrimoniais?

A Prefeitura é que tal não competirá, de maneira alguma. O senhorio nada tem a tratar com subenfitteutas.

2. Engana-se a recorrente quando diz o *domínio direto* dessa área lhe pertence, porque na realidade pertence à Prefeitura. O *domínio útil*, sim, foi por esta cedido à recorrente que, por sua vez, cedeu-o aos subenfitteutas, conservando a posição intermediária, pela qual só é senhoria perante os seus subenfitteutas, porque perante a senhoria principal e primeira, a Prefeitura, ela, a Venerável Ordem, continua enfiteuta.

Nas subenfitteuses o que se biparte é o *domínio útil*, porque a subenfitteuse não é obrigatória, não é uma decorrência normal da instituição, mas criação do enfiteuta em seu benefício e em seu interesse, não podendo de maneira alguma afetar o preexistente direito do senhorio.

Veja-se a lição de CLÓVIS BEVILÁQUA:

“Deve entender-se a subenfitteuse como uma relação de direito em que, mantidos os direitos do senhorio direto, e as obrigações do enfiteuta para com êle, o enfiteuta se investe, em relação ao subenfitteuta, em direitos semelhantes aos do senhorio”.

“Parece que se deve considerar a subenfitteuse, como a sublocação, uma relação jurídica entre o enfiteuta e o subenfitteuta, que não atinge, em coisa alguma, à que preexiste, entre o primeiro e o senhorio” (Com. ao art. 694 do Código Civil).

De acôrdo se põe CARVALHO SANTOS, quando ensina, ao comentar o mesmo artigo:

“O senhorio direto não figura nas relações criadas pela subenfitteuse, mesmo porque esta não altera nem modifica os direitos decorrentes da enfiteuse”.

Os direitos, portanto, que a Venerável Ordem possa fazer valer contra os seus subenfitteutas estão a seu cargo exclusivo. Competem a ela, unicamente a ela, e não à Prefeitura. Esta só tem direito oponível à sua enfiteuta, e por isso o quer exercer agora, fazendo cumprir o contrato.

3. Razão não assistente ainda à recorrente quando alega que a atual legislação do país, posterior à vigência do Código Civil, tendo regulado mais rigidamente o instituto da enfiteuse, tenha anulado as condições e os próprios termos de sua obrigação para com a Prefeitura.

Não há dúvida que de 1917 para cá as enfiteuses que se constituíram ou vierem a constituir deverão obedecer ao figurino do Código. Mas as situações já estabelecidas não devem ser afetadas.

Esse respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito é sabidamente mantido — e disso dá constante exemplo, no próprio tema da enfiteuse, a Prefeitura, ao reconhecer e admitir o usucapião quarentenário do domínio pleno dos imóveis situados nas áreas de suas Sesmarias, com o que os libera do ônus enfiteutico, e isso apesar de o Código Civil (art. 67) declarar imprescritíveis os bens do domínio público. Há, porém, que respeitar as prescrições já consumadas em 1.º de janeiro de 1917, e isso a Prefeitura o faz, administrativamente, desde que seja boa a prova apresentada.

Com maiores razões, então, pode e deve insistir pelo respeito às regras de uma convenção livremente estabelecida, ao tempo em que poderia ser assim estabelecida.

Distrito Federal, 11 de setembro de 1957.

ROBERTO PINTO FERNANDES
Advogado do Estado

IMÓVEL DO ESTADO. CESSÃO ONEROSA E TEMPORÁRIA DE USO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA

Através o presente processo, é solicitado o pronunciamento desta Procuradoria Geral acêrca do convênio — assim é designada a operação — a ser celebrado entre o Estado da Guanabara e o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial — SENAC, por força do qual o primeiro, mediante negócio jurídico adequado, proporcionaria ao segundo a utilização temporária de área de sua propriedade, na Ilha de Paquetá, para que dito Serviço ali edificasse e instalasse — à sua exclusiva custa — uma Escola Nacional de Hotelaria.

Segundo os termos da minuta anexada, a operação se efetivaria com a cessão temporária do próprio estadual, ficando certo que “tôdas as benfeitorias edificadas e realizadas considerar-se-ão incorporadas ao patrimônio do Estado, ao qual reverterão, em pleno uso, após decorridos 30 anos a partir desta data” (cláusula 6.ª).

Assim, especificamente, é esta Procuradoria convocada a dar o devido enquadramento jurídico à pretendida operação, bem como, por via de consequência, esclarecer e indicar as demais providências de ordem legal indispensáveis à sua formulação definitiva.

Do exposto, resulta que, para o satisfatório esclarecimento do assunto, três são os pontos que necessitam ser elucidados: a) a forma e possibilidade jurídicas do negócio; b) a necessidade ou não de autorização legislativa; e c) a interferência do Tribunal de Contas. Nesta ordem, passaremos a focalizar a questão.

A primeira vista, o negócio conforme delineado na cláusula 6.^a da minuta, contemplando a prestação temporária, pelo Estado, de imóvel de sua propriedade, para que terceiro dêle venha a usar e gozar, mediante uma compensação, afinal, pareceria levar à certeza de que se revestiria da forma de simples locação, como definida no art. 1.118 do Código Civil.

Todavia, a observação mais atenta das particularidades da operação deixa, desde logo, manifesto que, se em alguns característicos, ela se ajusta ao molde daquele contrato — cessão onerosa por tempo determinado do uso e gozo de coisa não fungível — a êle não se conforma no que diz respeito à retribuição. É certo que a locação é um contrato oneroso e que, também, o será o de que se cogita. Contudo, o preço na locação, se bem que não necessariamente em dinheiro, há de ser certo, determinado e pago em prestações periódicas. Isto não ocorre na hipótese. A compensação do Estado se dará no termo do contrato e será representada pelas benfeitorias a serem construídas em seu terreno. “O preço é sempre o correspectivo do uso, que é o fim da locação. O uso gratuito é o comodato; a obra gratuita é o mandato. *Se o preço é deferido para depois do uso ou do serviço, o contrato é inominado*” (O destaque é nosso) (M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Contratos no Direito Civil Brasileiro*, tomo II, pág. 423).

A transcrição desta passagem vem muito a propósito, pois, de pronto, deixa claro que o negócio entabulado não se amolda a qualquer dos contratos-tipo, definidos no Código Civil, que com êle, em um ponto ou outro, parecem entreter alguma afinidade. Se não é locação, também, como se faz evidente, não é comodato. “O comodato tem na gratuidade seu pressuposto necessário, conceptual” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Predial*, vol. 4.^o, pág. 289). Ora, *in casu* o empréstimo do imóvel será, sem sombra de dúvida, oneroso. De mandato, não há que cuidar.

A busca do diagnóstico jurídico da operação não é, na hipótese, mero devaneio acadêmico e despropositado. Tratando-se de bens públicos, sua exata determinação é indispensável. Configurasse ela comodato e estaria riscada pela própria Constituição Estadual, que, no § 5.^o do art. 44, prescreve: “os imóveis pertencentes ao Estado da Guanabara não poderão ser objeto de doação, permuta ou cessão a título gratuito...” Cessão a título gratuito só pode significar empréstimo gratuito, que é igual a comodato. Qualquer outra forma de disposição não onerosa implicaria “doação”, também de proibição explícita.

Afastando-se a hipótese do elenco dos contratos nominados do Código Civil, integra, dentro da técnica jurídica mais restrita, o rol dos inominados, traduzindo-se na cessão onerosa, por tempo determinado, do exercício do direito de uso e gozo de bem público dominical.

É certo que em consonância com as prescrições de uma *toilette* dogmática mais apurada, o termo “cessão” tem significado próprio, porquanto o Código Civil somente prevê a cessão de créditos, aplicando-se suas regras à cessão de outros direitos quando para êstes não haja modo especial de transferência.

CARVALHO SANTOS (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XIV,

pág. 398), desmembrando o art. 1.078, assim comenta sua primeira parte, a expressão “as disposições dêste título aplicam-se à cessão de outros direitos”.

“Que direitos são êsses? Todos os direitos relativos a coisas, que se acham dentro do comércio, respeitadas as proibições implícitas ou expressas da lei, podem ser cedidos. O Código prescreve formalidades para a cessão de créditos como norma para a transmissão de tôdas as outras espécies de cessões, menos a de que fala a parte final dêste artigo”.

A parte final do artigo determina que tal aplicação só será admissível desde que para êsses “outros direitos não haja modo especial de transferência”. Os modos especiais de transferência, esclarece o mesmo autor, transcrevendo LACERDA DE ALMEIDA, dizem respeito aos títulos transferíveis por endosso, etc.

Objetar-se-á que a cessão onerosa do uso é locação (CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil Comentado*, 4.^o volume, pág. 356). Mas já se viu que o caso em tela, por suas peculiaridades, dela se distingue. Se não é locação, é um negócio jurídico inominado, que se pode chamar de cessão onerosa, temporária, do uso, pois cessão nada mais é do que “o ato inter-vivos pelo qual alguém se priva de um direito seu em favor de outrem, ou mediante o qual se transfere o crédito a um nôvo credor” (WINDSCHEID, *apud* CARVALHO SANTOS, *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 8.^o, pág. 103).

Na espécie, o Estado da Guanabara fará ao SENAC a cessão temporária, onerosa, do exercício do direito de uso. Não estará cedendo a própria coisa, nem tampouco qualquer direito real ou imobiliário sobre ela, o que equivaleria a uma alienação, “por isso que a transmissão dos direitos reais, sendo por título oneroso, constituirá sempre uma compra e venda” (CARVALHO SANTOS, *op. cit.*, pág. 106). Estará, apenas, repita-se, abrindo mão, temporariamente e de forma onerosa, de uma das prerrogativas do domínio, qual seja o exercício do direito de usar. Não sendo locação, é, apenamente, cessão onerosa de uso.

Aliás, o vocábulo *cessão* é empregado em diversos diplomas legais numa acepção mais livre da que poderia ensejar o figurino adotado pelo Código, cumprindo, entre outros exemplos, e para não citar a própria Constituição estadual, que usa a expressão “cessão gratuita” como sinônimo de comodato, mencionar o Decreto-lei n.^o 9.760, de 5-9-1946, que dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências sobre terras de marinha e devolutas, e que no Capítulo V — “Da Cessão” — art. 125, reza: “por ato do Governô, e a seu critério, poderão ser cedidos gratuitamente ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos neste Decreto-lei, os imóveis da União, etc. etc.”.

Sintetizando, somos de opinião inexistir qualquer entrave de ordem constitucional ou legal na formalização do negócio, que deverá ser definido como cessão onerosa, temporária, do exercício do direito de uso.

Necessidade de autorização legislativa. Lei especial. Inaplicabilidade, in casu, do item VI do art. 30 da Constituição Estadual

A cessão e a locação de imóveis pertencentes ao patrimônio do Estado não foram objeto de tratamento específico e inequívoco por parte da Constituição estadual. Ao invés do ocorrido com a venda ou aforamento, para os quais exigiu, expressamente, lei especial e hasta pública (§ 5.º, art. 44), delas apenas cuidou, de forma ambígua, na letra *b*, do item V, do art. 6.º, quando firmou competência da Assembléia Legislativa, com a sanção do Governador, para “estabelecer as condições segundo as quais o Poder Executivo poderá: *b*) alienar, *ceder*, arrendar, adquirir ou desapropriar imóveis”.

A interpretação sistemática dos dois dispositivos constitucionais, o § 5.º do art. 44 e a letra *b*, do item V, do art. 6.º, pareceria, de relance, conduzir à certeza de que a cessão onerosa prescindiria de autorização legislativa especial, vez que esta, quando exigida, o foi expressamente nos mencionados casos de alienação e aforamento (§ 5.º, art. 44). Repetindo “alienação” na letra *b*, item V, art. 6.º — teria demonstrado o legislador constituinte querer conferir a cada um daqueles permissivos alcances diversos: ao primeiro, exigindo, para os dois casos ali registrados, o que está explicitamente consignado: lei especial e hasta pública; ao segundo, já agora com o auxílio da interpretação literal, apenasmente, deferir à Assembléia competência para *estabelecer condições* normativas, gerais, a que se deveria cingir o Executivo na realização dos negócios tratados.

Argumentam os ilustrados abonadores deste entendimento, forrados em que a alienação foi cuidada em ambos os dispositivos, que se assim não fôsse estaria se admitindo uma superfetação da Constituição, encorpando duas normas em uma só finalidade, conclusão esta inaceitável.

O argumento impressiona, mas, *data venia*, não convence. É sabido que a posição da ciência jurídica moderna é a de que não há nenhuma regra para a hermenêutica, não há nenhum princípio ao qual se deva considerar vinculado o intérprete. O único princípio é o de descobrir a vontade da lei.

Teria sido o legislador constituinte menos cioso na preservação do patrimônio estadual? Teria tido a Constituição, segundo se pode depreender de seus tópicos específicos, a finalidade de afrouxar as exigências, até então prevalentes, para a disposição, a qualquer título, dos próprios estaduais? Nada indica. Ao invés, é muito mais estrita, bastando, em aval desta afirmativa, lembrar que, pela primeira vez, a permuta foi vedada. Antes nenhum diploma a coibira. A Lei n.º 217, de 15-1-1948, Lei Orgânica do antigo Distrito Federal, no item IX do seu art. 25, expressamente reconhecia competência ao Prefeito para “providenciar sobre a conservação e a administração dos bens do Distrito Federal, promover a sua alienação ou permuta, observadas as formalidades legais”.

A cessão, para sua validade, sempre foi cercada das maiores cautelas. Mister é ressaltar que pelo Decreto n.º 9.413, de 16-11-1948, era indispen-

sável lei especial e concorrência pública para o aluguel, o arrendamento, o aforamento e a *cessão* dos imóveis não necessários ao serviço público. Estas restrições prevaleceram com o advento do Código de Contabilidade Pública do Estado. A única exceção a esta regra foi aberta em favor da União, e, assim mesmo, por força da Lei Federal n.º 1.735, de 18-11-1952, que acrescentou o § 4.º do citado art. 45 da Lei Orgânica, excepcionando, para exigir, quando se tratasse de *cessões* a favor da União Federal, apenas lei especial.

Resulta, por conseguinte, da pesquisa ao elemento histórico que a interpretação correta, a mais consentânea com o espírito e a vontade do legislador constituinte, é a de dar ao art. 6.º, item V, letra *b*, o sentido, na conformidade de todos os diplomas legais que o antecederam, de amarração à livre disponibilidade do patrimônio do Estado em qualquer de suas formas, exigindo, sempre, autorização legislativa.

Poder-se-ia argumentar a pertinência ao caso do estatuído no item VI do art. 30 da Constituição Estadual, que alinha, entre as atribuições privativas do Governador do Estado, as de “celebrar acordos e convênios com os órgãos da União, de outros Estados e Municípios, *ad referendum* da Assembléia Legislativa”. Tal não nos parece.

O SENAC — Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial, não obstante ter tido sua criação remetida à Confederação Nacional do Comércio, através o Decreto-Lei n.º 2.621, de 10-1-1946, exercendo, assim, por sua natureza, funções e origem, atividades de inegável interesse público, não pode ser catalogado como órgão da União, a ensejar o exercício da faculdade expressa no artigo.

Constitui, como outros do mesmo gênero, na definição de TEMÍSTOCLES CAVALCANTI (*Curso de Direito Administrativo*, pág. 219-20) empresa privada, inominada, de fins assistenciais e educativos. São entidades privadas, mantidas por contribuições compulsórias, dentro do regime da chamada parafiscalidade, aduz, de remate, o consagrado autor.

Concluindo, somos de opinião ser imprescindível prévia autorização legislativa para a assinatura do contrato.

Audiência e aprovação do Tribunal de Contas. Desnecessidade.

Para cabal demonstração da desnecessidade da audiência do Tribunal de Contas como elemento indispensável ao aperfeiçoamento do contrato em tela, seria o bastante transcrever, *ipsis verbis*, o magnífico parecer que, sobre hipóteses assenhaladas, elaborou o Dr. GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO, então Procurador-Geral da antiga PDF (*Revista de Direito da Procuradoria Geral*, vol. 7, pág. 553), dirimindo controvérsia acerca da argüida competência da Corte de Contas para examinar, registrar ou repelir contrato de doação com encargos firmado entre o hoje Estado da Guanabara e o Museu de Arte Moderna. O parecer é de 1955, antes, portanto, da criação do Estado e da promulgação de sua Constituição. Nada obstante,

é atual. A legislação não mudou de conteúdo. A Constituição, no particular, repete, em sua essência, a antiga Lei Orgânica. Nestas condições, nada tendo a reparar ao exposto pelo seu ilustrado autor sobre o assunto, que, na nossa modesta opinião, afastou, de forma definitiva, quaisquer dúvidas quanto à absoluta incompetência do Tribunal de Contas para apreciar contratos que não interessem à receita e à despesa, pedimos vênua para transcrever a súmula do seu artigo, *verbis*:

“1. O Tribunal de Contas da Prefeitura é órgão auxiliar e de cooperação do Governo do Distrito Federal (Executivo e Legislativo);

2. A recusa de registro pela Corte de Contas é suprida pela reapreciação do Legislativo, de quem é primeira instância. Praticamente, é um delegado desse Poder, para efeito da fiscalização financeira;

3. Todavia, a fiscalização só se opera nos casos de receita ou despesa, especialmente naqueles em que se não haja feito ouvir o Legislativo (há exemplos de expressa exceção no campo federal — Lei n.º 293);

4. *In casu*, o ato é conjunto do Legislativo e do Executivo. Aquêle, atendendo a uma finalidade estatal, expressamente autorizou o Executivo que, lançando mão do *placet*, praticou simples ato de gestão;

5. Ambos os Podêres funcionaram, pois, no atendimento de um objetivo prescrito na Lei Orgânica, institucional;

6. Impossível, por via de consequência, fazer com que a validade de ato — *não proibido* — praticado pela vontade conjunta de dois poderes competentes, dependa do pronunciamento de órgão auxiliar, subordinado precisamente a um daqueles Podêres, de quem é instância inferior;

7. Destarte, o subordinado estaria tentando invalidar — ou pelo menos obstar — a ação da instância superior. *Mutatis mutandis*, seria o absurdo de se permitir a um Juiz decidir contrariamente a prejulgado do Tribunal de Justiça”.
(*Revista de Direito da PRG*, vol. 7, pág. 549).

Consigne-se que a Constituição estadual, art. 20, confirmou o Colendo Tribunal de Contas do Estado na posição de órgão auxiliar do Poder Legislativo na fiscalização da execução orçamentária e da administração financeira, reiterando, quanto aos contratos, o disposto nas legislações anteriores, ou seja, que “os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa, só se reputarão perfeitos depois de registrados no Tribunal de Contas”.

Na hipótese o contrato será de cessão onerosa, temporária, de uso. Não haverá despesa, em qualquer acepção que se lhe dê, nem desfalque patrimonial para o Estado, ao contrário do que se poderia alegar quanto à

doação com encargos. O imóvel permanecerá de propriedade do Estado. Não haverá ato de disposição.

E a retribuição? Poderiam as benfeitorias que, a final, vão reverter ao Estado, serem arroladas como receita? Não nos parece.

“A técnica da contabilidade pública faz a separação, assim também como apartados se apresentam os Departamentos próprios à receita, à despesa e ao patrimônio. O balanço patrimonial, de resto puramente estimativo, não se confunde com o financeiro.

Forçoso considerar, por outro lado, que em matéria de técnica contábil, cada vocábulo tem sua significação precisa, não admitindo conceituações dilatadas. A administração financeira não se confunde com o balanço patrimonial, representado por uma conta de ativo e passivo.

Aquela é precisa, fundando-se na realidade aritmética das contas. Recolhe-se x e despende-se x . Não se poderia proceder de igual modo em relação ao tombamento dos próprios, pela simples evidência de uma realidade: inexistência de cadastro.

Encerradas as contas de cada exercício financeiro, a Administração submete ao órgão fiscal tôdas as peças demonstrativas da gestão, facultando tôda documentação para o exame suficiente dos atos e fatos administrativos. As peças fundamentais da prestação de contas constituem o balanço de receita e despesa. Após a revisão do Tribunal, a prestação de contas é apreciada pelo Legislativo, que as aprovará ou rejeitará.

Já em relação ao balanço patrimonial, procede-se a uma simples declaração, amparada por indicações estimativas, sem o rigor contábil” (GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO, Parecer citado, *Revista de Direito da PRG*, vol. 7, pág. 546 *in fine*, 547).

Em conclusão

A operação poderá ser celebrada, devendo, previamente, ser enviada Mensagem à Assembléia Legislativa, solicitando uma lei especial autorizativa da cessão onerosa, temporária, de uso e gozo do terreno sito no local denominado “Pedra da Moreninha”, ao Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial — SENAC, dado o interesse público que da mesma resulta.

b) Na nossa opinião é desnecessária a audiência do Tribunal de Contas do Estado.

c) Sugerimos a adoção da minuta em anexo.

Salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 28 de maio de 1963.

HÉLIO CAMPISTA GOMES
Procurador do Estado

IMÓVEL ESTADUAL. CESSÃO DE USO, COM ENCARGOS

Tenho a honra de devolver, com o pronunciamento solicitado, o Processo n.º GP 1.298/60, em que o NEPEC — Núcleo de Estudos e Pesquisas Científicas da Faculdade Nacional de Filosofia — pede autorização para utilizar parte de um próprio estadual, a área existente nos fundos da Escola Industrial Ferreira Viana, à Rua General Canabarro, 291.

A opinião dêste órgão jurídico, é claro, deve se ater aos aspectos legais da questão, nem de longe devendo estender-se aos de conveniência ou oportunidade, maiores ou menores, da pretendida cessão — mesmo porque a Secretaria Geral de Educação já os versou, e favoravelmente.

A Lei Orgânica, ainda em vigor, dispõe no seu art. 45 que:

“Os imóveis pertencentes ao Distrito Federal não poderão ser objeto de doação ou cessão a título gratuito, nem serão vendidos ou aforados senão em virtude de lei especial e em hasta pública...”

De duas maneiras poderia ser interpretado êsse artigo: ou exigindo lei especial e hasta pública para a venda, o aforamento, a doação e a cessão a título gratuito; ou apenas para a venda e o aforamento — mas nesse caso proibindo a doação e a cessão a título gratuito.

Essa segunda interpretação é a que tenho por válida — por ser impossível conciliar aquela exigência de hasta pública com a gratuidade da cessão. Hasta pública, com efeito, significa o cotejo das vantagens oferecidas pelos candidatos, e, em não havendo pagamento, que vantagens poderiam ser essas? Deslocar-se-ia o confronto para as utilidades ou benemerências de um sobre outro pretendente? Poria o Estado um imóvel em leilão para ser cedido a quem melhor demonstrasse merecê-lo, a quem melhores serviços se dispusesse a prestar? Mas os graus de benemerência são qualidades heterogêneas, que se não podem medir — e a exigência resulta, assim, na impossibilidade que a torna absurda e faz o intérprete pender para a outra solução, a que chegará sem dificuldade quem dividir, simplesmente, o art. 45 em dois mandamentos distintos: 1.º — os imóveis do Estado não poderão ser doados ou cedidos gratuitamente; 2.º — só poderão ser vendidos ou aforados mediante lei especial e hasta pública.

A cessão que fica aí proibida parece ser, no entanto, aquela que se assemelha à doação, com a conseqüente transferência de *domínio*. A relativa ao *uso*, aproximada à locação — essa não é cogitada na Lei Orgânica que, no § 2.º daquele mesmo art. 45, sujeita também a hasta pública (e não a lei especial) a locação ou arrendamento dos bens da antiga Prefeitura.

Maior socorro não encontrará quem examinar o Decreto n.º 9.413, de 16-11-1948, que regula a administração dos bens do patrimônio hoje estadual. Dêste, o art. 5.º exige lei especial e concorrência pública para o aluguel, o arrendamento, o aforamento e a cessão dos imóveis não neces-

sários ao serviço público. Não se refere, pois, ao comodato, e que outra coisa não é a cessão gratuita de uso de imóvel.

Em resumo, o que se encontra na lei é a proibição de ceder gratuitamente (doar) e nenhuma referência expressa à cessão gratuita por tempo limitado — mas daí não se há de inferir que o comodato dos bens públicos seja permissível, pois a orientação das leis supra mencionadas é, sem dúvida, restritiva a essas liberalidades com a coisa pública.

“A forma do comodato para entrega a terceiros de imóveis da Prefeitura é modo de burlar o dispositivo categórico que é o do art. 45 da Lei Orgânica do Distrito Federal, pois comodato é contrato eminentemente gratuito... Foi essa gratuidade inseparável do comodato que a Lei Orgânica, em seu art. 45, procurou vedar inapelavelmente... Incluída a proibição nas disposições gerais, é ela de tal ordem que se reflete em todos os poderes locais, cujos limites são fixados pela aludida Lei Orgânica” — é a opinião do Dr. ALDO DE MOURA, em parecer transcrito no vol. 7.º da *Revista da Procuradoria Geral*, págs. 527-529.

Portanto, nem mediante lei especial da Câmara local, um imóvel do patrimônio do Estado poderá ser cedido gratuitamente.

Entenda-se, porém: não poderá ser cedido *gratuitamente*, sem compensação alguma para o Estado cedente. Cessões *com encargos*, essas são possíveis, e nesse sentido se vem orientando a Procuradoria Geral, nos vários pareceres já emitidos em casos análogos.

Naquele já citado parecer, continua ALDO DE MOURA:

“A proibição do art. 45 visou impedir o ato de mera liberalidade, ou seja, a doação pura e simples, isto é, sem ônus — determinada pelo altruísmo de quem dá e outorgada em benefício de quem a recebe. As doações condicionais e aquelas com encargos, ou onerosas, não me parecem atingidas pela vedação supra aludida, até porque os encargos ou os ônus implicam, muita vez, em prestação de certos serviços que deveriam estar a cargo do Estado doador, ou são de seu interesse” (pág. 529).

Vale citar o pronunciamento também de GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO, encontrado no mesmo vol. 7.º daquela revista, pág. 527:

“A exagerada cautela com que o legislador federal pretendeu tolher o arbítrio do Governo local no tangente à livre disposição do patrimônio — fruto talvez das excessivas liberalidades com que, em outras épocas, se obrou em favor de instituições mais ou menos beneficentes — resultou em intolerável *diminutio* que os sucessivos Prefeitos repeliram com mais ou menos energia, de resto firmemente apoiados pela Procuradoria Geral, que sempre procurou ensejar o exercício normal da administração, mediante a distinção das doações puras e simples — que importariam em atos de mera liberalidade, desprovidos de qualquer interesse público — daquelas que trouxessem a contraprestação de um encargo, ônus que a rigor deveria caber

à responsabilidade estatal, mas infortunadamente dela eximida pela impossibilidade material de tempo ou de meios”.

Manifestando-se de acôrdo com êsse entendimento, o saudoso professor CUMPLIDO DE SANT'ANNA cita ASCOLI, para o qual “se o encargo é de natureza material, perde o negócio o caráter de doação, para tornar-se, em certo sentido, um misto de doação e de negócio a título oneroso”; e PLANIOL ET RIPERT: “Certo número de decisões não tem considerado como liberalidade as doações feitas a pessoas morais para edificar um monumento, criar um serviço, organizar uma obra da qual o doador será o primeiro ou principal beneficiário, ainda que outros dela se aproveitem igualmente. Essas decisões têm declarado válidas as convenções que operam transferências de bens, pôsto não realizadas na forma de doações. Elas têm declarado tais negócios de atos a título oneroso” (*Revista cit.*, vol. 7.º, pág. 530).

Essa seria, portanto, uma das soluções legais para a ocupação, pela requerente, do imóvel do Estado: oferecer-lhe, em troca, a prestação de um serviço cultural dos de sua especialidade, seja ministrando cursos aos professôres públicos, seja cedendo seus laboratórios ou centros de pesquisas, pondo-os à disposição daqueles, ou dos próprios alunos.

Nessa ordem de idéias, acho que a instituição requerente deve especificar quais dêsses serviços poderá oferecer. E depois, em havendo interêsse real em aceitá-los:

- a) deverá solicitar-se autorização legislativa especial;
- b) obtida, deverá firmar-se com a requerente um termo de obrigações do qual constem, especificadas, aquelas contraprestações; a precariedade da cessão; a reversão das benfeitorias, finda aquela ou descumpridas as obrigações; e a obrigatoriedade do registro no Colendo Tribunal de Contas.

Outra solução, porém, há — mais fácil e rápida:

Se a postulação vier referendada pelo Govêrno da União, isto é, se as vinculações do postulante com a Faculdade de Filosofia e, em consequência, com o Ministério de Educação forem suficientes para isso — em outras palavras: se a União Federal, pelo Exmo. Senhor Presidente da República, solicitar ao Estado a ocupação pretendida, ela poderá ser concedida com apoio no § 4.º que a Lei n.º 1.735, de 18-11-1952, mandou acrescentar ao art. 45 da Lei Orgânica, segundo o qual o que êste dispõe não se aplica às doações, cessões, vendas ou aforamentos em favor da União — caso em que apenas se exige lei especial.

Obtida esta, proceder-se-ia como determinam o art. 9.º e seus parágrafos do citado Decreto n.º 9.413: simples entrega, mediante termo, pelo Departamento do Patrimônio.

De uma ou de outra forma — a cessão poder-se-á fazer. De outra qualquer — não seria legal.

Rio de Janeiro, 22 de junho de 1960.

ROBERTO PINTO FERNANDES
Advogado do Estado

IMÓVEIS DO ESTADO. NEGÓCIOS JURÍDICOS PERMITIDOS E PROIBIDOS

Por Projeto de Lei aprovado pela Câmara de Vereadores, foi autorizado ao então Prefeito, hoje Governador, efetuar diversos atos relativamente a imóveis de propriedade do Estado da Guanabara, incluindo a realização de permutas, a doação, o comodato e a simples cessão de uso, atos êsses cuja validade é de examinar-se detidamente, face à existência de severos preceitos reguladores da situação dos imóveis pertencentes à antiga Prefeitura do Distrito Federal, tanto no que se refere à sua alienação para terceiros como relativamente ao uso que dêles poderiam fazer estranhos.

Saliente-se continuarem em vigor os preceitos estabelecidos pela Lei n.º 217, de 15-1-1948 (Lei Orgânica do Distrito Federal), impedindo a livre disposição daqueles imóveis, tendo em vista haver o art. 9.º da Lei n.º 3.752, de 14-4-1960, ao disciplinar a situação transitória entre a extinção do antigo Distrito Federal e a instituição do diploma fundamental do nôvel Estado da Guanabara, determinado continuassem em vigor, “até que os poderes competentes os revoguem ou modifiquem, as leis, regulamentos, decretos, portarias e quaisquer normas que se acharem em vigor no atual Distrito Federal no momento em que êste passar a constituir aquela unidade federada”. Em consequência, os comandos existentes na antiga Lei Orgânica continuam possuindo eficácia vinculativa até quando sejam explícita ou implicitamente revogados ou modificados por quem detenha poderes para tanto, isto é, seja pelo legislador constituinte, seja pelo legislador ordinário do Estado, únicos capazes, perante a ordem jurídica decorrente da atual Constituição, de dispor a respeito dos bens e serviços públicos de cada membro da Federação (art. 18 da Lei Maior).

Saliente-se, ao examinar-se o problema do uso dos imóveis do Estado da Guanabara, haver o legislador previsto, ao disciplinar o assunto no artigo 45 da mencionada Lei n.º 217, três hipóteses fundamentais de negócios jurídicos relativamente aos imóveis em tela: *alienação*, a título gratuito ou oneroso; a simples *utilização* ou *cessão a título gratuito* (comodato) e a *locação*. Quanto à primeira dessas hipóteses, proibiu terminantemente a alienação a título gratuito ou *doação* (*caput* do art. 45), permitindo a alienação a título oneroso quando feita através de hasta pública (*idem*); no que se refere à segunda, por igual a proibição foi total (*idem*); relativamente à terceira, igualmente admitiu-a desde que também outorgada mediante hasta pública (art. 45, § 2.º).

Não são estas, porém, como é evidente, as únicas operações sobre imóveis admitidas em direito civil e administrativo, pelo que se impõe indagar-se acêrca da possibilidade da realização de outras, reguladas ou não em lei federal (hipótese dos contratos inominados) e cuja figura tenha sido omissa no diploma em exame. Para tanto, suficiente será notar-se constituir o dispositivo em tela da Lei Orgânica simples limitação à atividade do legislativo local no relacionado à prática dos atos ali expressamente previstos, ficando o dito legislativo totalmente livre para efetuar atos relacio-

nados a seus imóveis que se não enquadrem nas limitações originadas por comando legislativo dotado de posição hierárquicamente superior. Trata-se de simples utilização do poder de legislar em complementação aos preceitos constitucionais e à legislação federal, de que foi dotado o legislador local pelo art. 2.º, inciso IV, da própria Lei Orgânica.

Inexistindo regras inibidoras da atividade da Administração sobre o assunto, lícito lhe é efetuar sobre os imóveis da antiga Prefeitura do Distrito Federal todos os atos em direito admitidos, como, por exemplo, a *permuta*, a *doação com encargos*, a *cessão de uso com encargos*, isto é, *contratos civis nominados* (por expressamente mencionados na lei federal reguladora de relações sobre a propriedade) ou, até mesmo, *inominados* (não mencionados na referida legislação federal), eis que nada impede ao legislador local ser parte em relações jurídicas resultantes de situações cuja existência, se bem não prevista em lei, em nada venha a ferir as regras da ordem jurídica em vigor, inserindo-se entre elas, ao contrário, como forma nova da atividade humana. Os contratos *inominados*, com efeito, resultam de modificações na estrutura da sociedade, geradores de necessidades até então ainda não sentidas e cuja existência não pode deixar de vir a ser reconhecida pelo direito, sob pena de chocar-se frontalmente com a vida, alienando-se exatamente do campo de ação que é seu objeto específico. O contrato *inominado* possui existência tão real como aquele expressamente previsto na lei e, se seus efeitos ainda não possuem esfera de aplicação nitidamente delimitada, nem por isso é de se rejeitar a nova forma jurídica de estabelecer relações entre os homens. Note-se, a propósito, ainda não haverem sido objeto de regulamentação legislativa a maior parte dos contratos comerciais modernos (desconto, mediação, abertura de crédito em conta-corrente e tantos outros), os quais, não obstante, são praticados diariamente nas praças dêste e de todos os países que ainda não lhes deram disciplina fixa através a lei.

Assim sendo, se por certo nada se poderá opor aos contratos nominados sobre imóveis mencionados no projeto de lei (*permuta*, *doação com encargos*), eis que previstos na lei federal (arts. 1.164 e 1.167 do Código Civil, respectivamente), igualmente não é de levantar-se dúvidas quanto à validade da *cessão de uso com encargos*, simplesmente por não se encontrar ainda regulada pelo legislador federal. Tal figura jurídica existe, por corresponder a uma necessidade da vida e, como tal, é de ser respeitada e utilizada para satisfzer essa necessidade.

Aplicando os princípios gerais acima mencionados às diversas hipóteses de negócios jurídicos sobre imóveis autorizados pela Resolução em exame, é de ver serem inobjetáveis aquêles previstos nos seguintes artigos: 1.º (*permuta*); 3.º (*doação com encargos*); 4.º (*permuta*); 5.º (*cessão de uso com encargos*); 6.º (*cessão de uso com encargos*); 7.º (*idem*); 8.º (*idem*); 14.º (*permuta*); 7.º (*doação com encargos*); 18.º (*idem*); 19.º (*idem*); 21.º (*idem*) e 25.º (*idem*). São, entretanto, totalmente inaceitáveis os seguintes: 11 (*doação*) e 15 (*idem*). Note-se, ademais, mencionarem diversos dos artigos da Resolução em exame a possibilidade da

realização de comodato ou cessão com encargos sobre o imóvel nêles mencionados, deixando-se ao Poder Executivo a faculdade de exercer a escolha entre os dois métodos autorizados; tal faculdade é, porém, inoperante, pois o comodato, na qualidade de cessão de uso gratuita, constitui operação expressamente proibida pela Lei Orgânica (*caput* do art. 45).

Por fim, é de ressaltar, outrossim, outorgarem os arts. 12, 15 e 16 ao Prefeito a faculdade de efetuar em relação a determinados imóveis, que especificam, a desapropriação dos mesmos para outorga a terceiros; trata-se de ato que, se fôr praticado, ficará *nulo de pleno direito*, conforme reiterada jurisprudência dos Tribunais, eis que ao Poder Público lícito não é concretizar seu poder de desapropriar em benefício de terceiros, por envolver sua manifestação de vontade nesse sentido *desvio de poder*, isto é, utilização de faculdade cujo exercício é limitado à satisfação do interesse público em benefício do interesse particular.

É nosso parecer, s. m. j.

Rio de Janeiro, 9 de maio de 1960.

ROCHA LAGOA
Advogado do Estado

IMÓVEIS DO ESTADO. FAZENDA BRASÍLIA. ALIENAÇÃO OU ARRENDAMENTO A POSSEIROS

Possibilidade jurídica e forma prática de sua realização. Exigência de lei especial autorizativa, em ambos os casos, e de hasta pública para a alienação. Necessidade de reforma constitucional.

Tenho a honra de restituir o Proc. PG 892/61, relativo à Fazenda Brasília, de propriedade do Estado e situada em Santa Cruz-GB.

O processo foi enviado a esta Procuradoria para exame do relatório da Comissão encarregada, na então Secretaria de Agricultura, de estudar o aproveitamento daquele imóvel, atualmente ocupado, em sua quase totalidade, por posseiros.

Resumo.

1. O Fato
2. Análise das hipóteses de solução do problema.
 - 2.1 — Doação ou cessão
 - 2.2 — Alienação ou aforamento
 - 2.3 — Arrendamento
 - 2.4 — Desapropriação

3. A Constituição Estadual e a proteção ao posseiros
4. Necessidade de reforma da Constituição Estadual
5. Conclusões finais.

1. O Fato

1.1 — O Processo PG 892/61 iniciou-se com o Parecer 10-P-61, do Consultor Jurídico do Gabinete do Governador, relativo à minuta de decreto regulamentar do art. 13, da Lei n.º 953, de 1953, que criou o Instituto de Educação do Excepcional.

Posteriormente — sem esclarecimentos se o decreto foi efetivamente lavrado, passou a tratar da transferência da Fazenda Brasília para a administração da então Secretaria Geral de Saúde e Assistência.

Verificou-se, então, que esta fazenda encontra-se, quase totalmente, ocupada por posseiros, cuja situação o Governo Estadual pretende regularizar.

1.2 — A Fazenda Brasília — situada na antiga Fazenda Paciência, em Santa Cruz-GB — foi adquirida, em 1951, pela Prefeitura do Distrito Federal — mediante utilização de crédito aberto pelo Decreto n.º 11.040, de 1951 — para, de acordo com a Lei n.º 642, de 10-10-1951, ali instalar um Hospital-Colônia de Leprosos.

Segundo informações, o instrumento de compra, lavrado, em 27-12-61, em notas do 18.º Ofício desta cidade, foi devidamente transcrito no Registro de Imóveis.

Contudo, não tendo sido instalado o Leprosário, o imóvel, pelo Processo GP-13/53 e com base na Lei n.º 689, de 1952, passou para a responsabilidade da Secretaria de Agricultura, com o fim de ali serem instaladas granjas. Esta Procuradoria, pelo Ofício 82/53, concordou com a transferência, condicionada à aquisição de outro imóvel para nêle ser construído o Hospital.

Pelo Ofício n.º 436/53, a Secretaria de Agricultura comunicou, ao Departamento do Patrimônio, ter tomado posse do imóvel.

Entretanto, conforme informação constante deste processo, a Fazenda Brasília — por despacho do Prefeito Dulcídio Cardoso, de 19-6-1954, no mesmo Processo GP 13/53, teria voltado à responsabilidade da Secretaria de Saúde e Assistência.

Em 1959, a Lei n.º 953, em seu art. 20, autorizou o Prefeito a transferir a Fazenda para a Secretaria de Educação. Esta, em 1960 (Processo n.º 3.000.721/60), iniciou providências para ser lavrado decreto efetivando a medida. Novamente ouvida, esta Procuradoria — pelo Ofício n.º 35/RPF, de 26-8-1960, do Dr. ROBERTO PINTO FERNANDES — concordou com a efetivação da transferência. Esta, porém, não chegou a ser concretizada naquele processo.

1.3 — Em 26-6-1961, a Secretaria de Educação volta à carga — juntando, neste processo, minuta de decreto, sendo o processo encaminhado às Secretarias de Agricultura e de Saúde e Assistência.

O Dr. José Cândido Moreira de Souza — então Secretário de Agricultura, ressaltou, em 11-9-1961, que

“a área daquela Fazenda está inteiramente ocupada por lavradores, que contribuem, com o seu trabalho, para o abastecimento de produtos horti-granjeiros.

Por isso, considerando que as terras agricultáveis na Guanabara são escassas, penso que o Estado não deve dar um mau exemplo, desalojando lavradores. Cumpre-lhe, ao contrário, estimular os que se dedicam à produção agro-pecuária, através de planos de colonização”.

Tendo o Secretário de Saúde concordado com a transferência — a Secretaria de Educação encaminhou o processo ao Sr. Governador do Estado, para a assinatura do decreto transferindo a Fazenda para nela se instalar o Instituto de Educação dos Excepcionais.

O Sr. Governador discordou de tal transferência, despachando:

“Não. Ao Sec. Danilo Nunes, para promover o aproveitamento dessa terra, ressaltando parte para o Estado e o restante para regularizar a situação dos posseiros, granjas, etc.”.

1.4 — Para êste fim, foi designada Comissão, que apresentou seu relatório, em 15-3-1962, constante deste processo.

Segundo êste relatório, a Comissão chegou às seguintes conclusões principais:

- da área total da Fazenda Brasília (2.575.000 m²) — cerca de 2.440.00 m² encontram-se ocupados por 53 posseiros;
- êstes posseiros têm áreas que variam de 2.800 a 300.000 m²; além de uma senhora que ocupa pequeno lote de 300 m², dos demais, 14 ocupam áreas inferiores a 20.000 m², 30 exploram lotes de 20 a 60.000 m² e 8 trabalham áreas superiores a 60.000 m².
- que, tendo em vista o disposto no art. 44, § 5.º, da Constituição estadual, a única solução viável para o problema seria a criação, na Fazenda, de um núcleo colonial, mediante o arrendamento das terras aos atuais posseiros, dividindo-se a Fazenda em lotes de 4 a 50.000 m²;
- somente assim, — mediante a definição de sua situação jurídica pelo arrendamento e fornecimento de assistência técnica e financeira — seria possível convencer os posseiros que já dispõem de mais de 40.000 m² a reduzir suas terras a êstes limites;
- que, entretanto, pelos termos do art. 114 do atual Código de Contabilidade Pública (Lei n.º 899, de 1957) êste arrendamento somente poderia ser feito mediante concorrência pública — salvo determinação

permissiva, específica, da Assembléa Legislativa, no sentido de dispensa da concorrência pública;

1.5 — Vindo o Processo a esta Procuradoria, o ilustre Procurador Dr. PAULO ROCHA LAGOA, pelo Ofício 50/RL de 20-11-1962, concluiu ser difícil regularizar a situação dos posseiros, pois,

- tratando-se de bem público dominical (art. 66, inciso III, do Código Civil) o imóvel seria em princípio insuscetível de apropriação (arts. 67 e 69 do mesmo diploma), mesmo por usucapião;
- o preceito do art. 44, § 5.º, da Constituição Estadual impediria o arrendamento, ou a venda de imóvel da Fazenda do Estado, a não ser mediante prévia autorização legislativa e através hasta pública;
- na hasta pública não se poderia impedir a participação de qualquer do povo, concorrendo em igualdade de condições com os atuais ocupantes do imóvel;

Assim, concluiu:

“não vemos como encontrar solução específica para o caso da Fazenda Brasília, tudo aconselhando seja a matéria decidida mediante prévio estudo que permita soluções genéricas, capazes de atingir a totalidade dos ocupantes de imóveis do Estado — e não são poucos — na situação irregular de que dá notícia o presente processo.”

1.6 — Solicitou, porém, o douto Dr. Procurador Geral que o problema fôsse reexaminado à luz do disposto no art. 71, por interesse social. Tendo o processo me sido distribuído, para o reexame da questão — é o que passo a fazer.

2. *Análise das hipóteses de solução do problema.*

Examinemos, uma por uma, as diversas modalidades pelas quais poderia ser resolvida a situação dos posseiros da Fazenda Brasília.

2.1 — *Doação ou cessão.* A doação ou cessão gratuita dos imóveis aos posseiros não poderia ser feita, devido à proibição constante do art. 44, § 5.º, da Constituição Estadual.

Este impedimento constitucional não seria removível, como é óbvio, nem mesmo por lei ordinária que autorizasse a medida. A inconstitucionalidade do diploma legal impediria a sua efetivação pela administração estadual.

As cessões ou doações, *com encargos*, foram admitidas como possíveis, durante a vigência das Leis Orgânicas do Distrito Federal, ns. 196, de 1936 (art. 55) e 217, de 1948 (art. 45), cujos termos eram semelhantes aos do art. 44, § 5.º, da Constituição Estadual.

Creemos, contudo, que mesmo admitindo-se a possibilidade jurídica da doação ou cessão com encargos, esta não seria a solução viável para o caso. O interesse social porventura existente no problema não justificaria a munificência com o patrimônio público — já que os encargos não teriam, certamente, equivalência com o valor dos imóveis doados ou cedidos.

2.2 — *Alienação ou aforamento.* Nos termos do mesmo art. 44, § 5.º, da Constituição Estadual, a alienação ou aforamento dos imóveis seria possível, desde que condicionadas às duas exigências constitucionais de

- lei autorizativa especial
- realização de hasta pública.

Salienta, em seu parecer, o Dr. ROCHA LAGOA que a exigência de hasta pública não pode ser evitada pela administração e que, desta forma, o problema não poderia ser resolvido, pois a qualquer pessoa seria lícito participar da hasta em igualdade de condições com os posseiros.

Concordamos com a impossibilidade de afastar o requisito da licitação pública, no caso em exame. Parece-nos, entretanto, que, dentro das exigências constitucionais, poder-se-ia resolver a questão, desde que a lei autorizativa vinculasse à venda certos requisitos especiais. Estes requisitos — justificáveis plenamente pelo aspecto social do problema a resolver — seriam tais que — realizando-se a hasta pública, conforme exige a Constituição — nenhum particular teria interesse em adquirir o imóvel. Poderia, então, adquirir-lo qualquer sociedade de economia mista, autarquia ou fundação estadual que comparecesse ao ato. E a adquirente, mais tarde, venderia o imóvel, em lotes, aos posseiros, outorgando-lhes ainda outras vantagens, especialmente financiamento a longo prazo e assistência técnica.

Para este fim, da lei autorizativa da alienação deveriam constar, em princípio, os seguintes requisitos mínimos:

- I — A alienação vincular-se-ia, expressamente, à exigência de que o adquirente estará obrigado a utilizar o imóvel exclusivamente para nêle criar uma colônia agrícola, em lotes mínimos de 40.000 metros quadrados;
- II — o adquirente deverá, ainda, indenizar aos posseiros, pelo valor de suas benfeitorias existentes na data da lei;
- III — na venda dos lotes agrícolas, o preço do m² não poderá ser superior em 10% ao preço pago na licitação;
- IV — cada um dos atuais posseiros terá preferência absoluta para aquisição de um lote agrícola.

Vinculada, desta forma, a posterior utilização do imóvel, creemos que nenhum particular terá interesse em adquirir-lo. Isto permitiria que uma das sociedades de economia mista (talvez o próprio Banco do Estado da Guanabara) ou uma das autarquias ou fundações estaduais (SURSAN — ARE

— Fundação Leão XIII) comparecesse à hasta pública e adquirisse o imóvel para aplicá-lo à finalidade prevista.

É lamentável que o Estado veja-se obrigado ao uso de meios indiretos para realizar uma de suas finalidades primordiais — de amparo à agricultura e ao pequeno lavrador.

Mas é que a Constituição Estadual, ao mesmo tempo que determina ao Estado proteger, de modo especial, os pequenos posseiros de imóveis rurais (art. 71, § 3.º), impede-o de realizar efetivamente esta proteção, quando a posse se verifica em imóveis do domínio público (art. 44, § 5.º).

Contudo, atento ao profundo interesse social existente na questão, cabe ao administrador procurar os meios indiretos que — sem ofensa ao mandamento constitucional — permitam ao Estado realizar a proteção a estes pequenos posseiros rurais, conciliando os dois preceitos constitucionais contraditórios.

2.3 — *Arrendamento. Data venia* do parecer do ilustre Dr. ROCHA LAGO, somos de opinião de que o arrendamento dos imóveis poderá ser feito sem exigência de hasta pública — desde que, para isso, exista lei ordinária permissiva.

De fato, o arrendamento de próprios estaduais não está enquadrado nos dispositivos do art. 44, § 5.º, da Constituição Estadual.

A exigência de concorrência pública é, portanto, meramente de lei ordinária (Decreto n.º 9.413, de 16-11-1948, arts. 5.º, 14.º, 15.º; Lei n.º 899, de 1957 — art. 114 do Código de Contabilidade Pública).

Assim, a exigência de concorrência pública para o arrendamento poderá ser dispensada por lei especial autorizativa. Esta lei — atenta ao interesse social prevalente — autorizaria o arrendamento dos lotes agrícolas, aos atuais posseiros, sem o requisito da concorrência pública.

É admissível, portanto, em tese, a solução do problema, conforme proposto pelo Relatório da Comissão, mediante o arrendamento das terras aos posseiros.

A medida, contudo, dependeria de autorização legislativa (Const. Est., art. 6.º, V, b) para:

- arrendamento por prazo superior a 10 anos (Decreto n.º 9.413, de 1948 — art. 15, parágrafo único);
- arrendamento sem concorrência pública e mediante simples arbitramento do valor do aluguel pela autoridade administrativa estadual.

2.4 — *Desapropriação.* Não é possível a desapropriação do imóvel, pois a medida somente se pode verificar com referência à propriedade particular — ou quando o desapropriante é a União, sobre imóveis estaduais e municipais — e o Estado, sobre imóveis municipais (Dec.-Lei federal 3.365, de 1941, art. 2.º, § 2.º)

No caso do Estado da Guanabara — de inexistência de patrimônio municipal e de unicidade do patrimônio público no Estado — não seria pos-

sível a desapropriação do imóvel em foco, mesmo por interesse social, nos termos da recente lei federal n.º 4.132, de 10-9-1962.

3. *A Constituição estadual e a proteção aos posseiros em zona rural*

3.1 — Conforme acentuamos anteriormente, a Constituição Estadual possui dois princípios contraditórios sobre a proteção ao posseiro rural.

O art. 71, § 3.º, determina como uma das obrigações do Estado, na ordem econômica e social, a proteção “de modo especial” aos “posseiros que, em zona rural, trabalhem pessoalmente área de terra não superior a 5 hectares.” Contudo, a proibição genérica de doação, permuta ou cessão gratuita dos imóveis estaduais — bem como a de alienação ou aforamento sem lei autorizativa e hasta pública (art. 44, § 5.º) — impedem praticamente que o Estado realize esta função, quando a posse se verifica em próprio estadual.

Fica, portanto, a administração pública, para realizar este fim, obrigada a utilizar meios indiretos, conforme mencionado no item 2.2 deste parecer.

3.2 — Por outro lado, não nos parece que o preceito do art. 71, § 3.º, da Constituição Estadual configure exceção à proibição constante do artigo 44, § 5.º, do mesmo diploma legal. O rigor dos termos desta proibição não é elidido pela recomendação genérica constante do art. 71, § 3.º. Este se reveste de caráter de norma geral a ser obedecida pela administração pública e pelo próprio Legislativo, no exercício de suas atividades específicas — mas sempre dentro dos limites determinados pelos outros preceitos constitucionais ou, no caso da administração estadual, determinados por lei ordinária.

Assim, a alienação de próprios estaduais a posseiros rurais deve obedecer aos preceitos do art. 44, § 5.º, da Constituição Estadual.

4. *Necessidade de reforma da Constituição estadual*

Torna-se oportuno, neste momento, salientar a necessidade de reforma da Constituição estadual, na parte relativa à alienação de bens imóveis do Estado.

Esta circunstância já foi excelentemente exposta pelo ilustre Procurador Dr. ROBERTO PINTO FERNANDES, em seu Ofício 16/RPF, de 28 de junho de 1962 (Processo n.º 7.705.707/49).

A este parecer reporto-me, para renovar a sugestão, alterando, contudo, o texto proposto para o art. 44, § 5.º — o qual passaria a ter a seguinte redação:

Art. 44 — § 5.º — Os imóveis pertencentes ao Estado da Guanabara só poderão ser objeto de doação, permuta, cessão a título gratuito, venda ou aforamento mediante lei especial.

A venda e o aforamento processar-se-ão em hasta pública, previamente anunciada por editais publicados, ao menos três vê-

zes, no órgão oficial do Estado, com antecedência mínima de 30 dias.

Nos casos que justificariam a desapropriação, a lei poderá autorizar a venda ou aforamento, com dispensa de hasta pública.

5. Conclusões finais.

Pelo exposto, concluímos, em resumo:

5.1 — Torna-se necessária uma reforma dos textos constitucionais estaduais, relativos à alienação de bens imóveis do Estado. A redação dos dispositivos atuais impede a administração, muitas vezes, de realizar as finalidades sociais recomendadas por outros dispositivos da mesma Constituição.

5.2 — Enquanto não realizada esta reforma, ainda assim a situação dos posseiros da Fazenda Brasília poderá ser resolvida, juridicamente, por uma das seguintes formas:

— Arrendamento de lotes aos atuais posseiros, organizando-se núcleo colonial, conforme sugerido pela Comissão incumbida de estudar o problema, e que me parece a solução mais viável;

— Venda ou aforamento de lotes aos atuais posseiros, mediante as providências sugeridas no item 2.2 deste parecer.

5.3 — Em ambas as hipóteses acima mencionadas, será necessária prévia autorização legislativa, a ser solicitada mediante mensagem do Poder Executivo.

5.4 — Decidida pelo Sr. Governador do Estado a utilização de uma das formas acima, deverá ser elaborada minuta do projeto de lei pela Secretaria de Economia ou por comissão a ser designada por S. Exa.

5.5 — Determinada a criação do Núcleo Agrícola na Fazenda Brasília, deverão ser estudadas novas soluções para a localização do Hospital Colônia de Leprosos — pela Secretaria de Saúde — e do Instituto de Educação do Excepcional — pela Secretaria de Educação.

5.6 — A Secretaria de Economia (à qual continua subordinada a Fazenda Brasília) deve tomar providências imediatas para evitar que se altere a situação naquele próprio estadual — principalmente pela ocupação, por novos posseiros, da área restante ainda livre.

É o meu parecer.

Rio de Janeiro, 10 de maio de 1963.

ROBERTO PARAISO ROCHA
Procurador do Estado

PRAIAS. INSTALAÇÃO DE PISCINAS DESMONTÁVEIS. CONDIÇÕES

Victorio Bonnard requereu licença para instalação de uma piscina desmontável nas praias do Distrito Federal. A iniciativa mereceu os aplausos do Serviço de Salvamento e aprovação do Departamento de Higiene. O Departamento de Fiscalização, ouvido, manifestou-se nos seguintes termos:

“Ainda que houvesse interesse público, este Departamento considera que só por concorrência pública poderia o assunto ser considerado pela Administração Superior, uma vez que se trata de ocupação de área pública por tempo indeterminado e cobrando dos interessados o uso da piscina.”

As praias, bens públicos de uso comum.

O art. 66 do Código Civil estabelece que os bens públicos são os de uso comum do povo, os de uso especial e os dominicais. Entre os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças, incluem os comentaristas, também, as praias.

CLOVIS BEVILAQUA (*Código Civil Comentado*, vol. I, pág. 315) define os bens públicos como os que pertencem a todos. Esclarece ainda: “O proprietário desses bens é a coletividade, o povo. À administração pública está confiada a sua guarda e gestão. Podem utilizar-se deles todas as pessoas, respeitadas as leis e os regulamentos.”

Ao apontar os bens públicos comuns administrados pela União, o comentarista citada coloca as praias em segundo lugar, classificando-as como “as terras adjacentes ao mar, e que, alternadamente, o fluxo cobre e o refluxo descobre.”

CARVALHO SANTOS, igualmente, considera as praias bens públicos de uso comum e pertencentes à União (vide *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. II, pág. 108).

Uso retribuído — Esclarece o art. 68 do Código Civil:

“O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme as leis da União, dos Estados ou dos Municípios, a cuja administração pertencerem.”

CLOVIS BEVILAQUA (ob. cit., pág. 320) esclarece que a regra é o uso gratuito, “como o das ruas, praças, estradas; o das águas dos rios públicos para as primeiras necessidades da vida; o dos mares territoriais, para a navegação e a pesca; o das praias do mar.” O uso retribuído é justifi-

cável como compensação ao capital empregado em obras de melhoramento. Exemplos: pedágio, taxas de ancoragem.

Da mesma opinião participa CARVALHO SANTOS. Considera justo concorram os cidadãos para as despesas e manutenção da coisa pública na medida das utilidades especiais que “da coisa pública ou da obra pública lhes advêm”. Em regra as despesas de manutenção e melhoramento das coisas públicas, quando de uso comum, cabem à administração, no caso de uso normal e ordinário do domínio público. Ocorre que, muitas vèzes, “estas coisas e as obras de que elas necessitam, proporcionando vantagens gerais e universalidades, importam, também, em utilidades particulares, a determinados cidadãos” (cf. J. M. DE CARVALHO SANTOS, ob. cit., pág. 160, vol. II).

Construção sôbre as praias — Sendo as praias bens públicos de uso comum, ninguém pode construir sôbre elas sem autorização da autoridade competente. Esta autorização, segundo CARVALHO SANTOS, pode ser expressa ou tácita. Basta uma mera tolerância, para se configurar a autorização. Ainda, fora de dúvida é que a construção será a título precário, podendo o Govêrno, a qualquer tempo, exigir a remoção da mesma (Vide CARVALHO SANTOS, ob. cit., pág. 277).

As praias do Distrito Federal — A Prefeitura zela pelas praias do Distrito Federal, mantendo serviços de limpeza pública e de salvamento, em caráter permanente. Executa, também, quando necessário, obras de defesa contra as marés e outros serviços de engenharia. Assim procede, ou por tolerância da União ou por determinação legal. Esta pode ser encontrada na Lei Orgânica:

“Art. 3.º — Compete ao Distrito Federal, concorrentemente com a União:
I —
II — Cuidar da saúde e assistência pública;
III — Proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico;
.....”

O parecer do DFS

O Departamento de Fiscalização, em seu parecer, considera que só por concorrência pública a instalação de piscina desmontável poderia ser permitida, em vista de se tratar:

- a) de ocupação de área pública por tempo indeterminado;
- b) da cobrança aos interessados pelo uso da piscina.

Ocupação de área pública — Já tivemos oportunidade de verificar que qualquer construção sôbre as praias só poderá ser permitida a título precário. A todo momento, a autoridade competente exigirá a remoção da obra.

No caso em lide, a própria expressão “desmontável” e as plantas e especificações revelam a precariedade da instalação. As piscinas não ocuparão área pública por tempo indeterminado, uma vez que serão instaladas e retiradas constantemente, talvez diariamente, não se incorporando nem modificando sequer a paisagem das praias.

Cobrança — Segundo a opinião dos comentaristas, acima exposta, é permissível a cobrança como retribuição pelo uso particular de certas obras ou serviços, nas praias.

Melhor seria que as piscinas desmontáveis constitúissem um serviço executado pela Municipalidade, através do Serviço de Salvamento, e gratuito. Mas não há impedimento para a cobrança de uma taxa, que deverá ser fixada pela Prefeitura, para aquêles que quiserem fazer uso das piscinas. Se o Distrito não deseja realizar o serviço, êle ficará a cargo de particulares, que só poderão fazê-lo mediante justa remuneração do capital empregado.

Concorrência pública — A concorrência pública, no caso presente, pode ser dispensada. Os argumentos relativos à ocupação de área pública e cobrança são insubsistentes. O Prefeito, *ex-vi* do § 5.º do art. 60 do Código de Contabilidade Pública (Lei n.º 899), poderá dispensar a concorrência para realização de trabalhos, que só puderem ser efetuados pelo produtor, ou profissionais especialistas. Hipótese aplicável, uma vez que o requerente projetou a piscina desmontável e é um especialista credenciado pelos departamentos técnicos da Secretaria de Saúde.

Conclusão.

Do exposto conclui-se:

- 1 — As praias são bens públicos de uso comum pertencentes à União;
- 2 — as praias do Distrito Federal estão sob a guarda e fiscalização da Municipalidade, por autorização tácita ou expressa da União;
- 3 — qualquer construção sôbre as praias depende de autorização do poder competente e será feita a título precário;
- 4 — a lei permite a cobrança de taxas como retribuição pelo uso particular de determinados serviços ou obras executados sôbre as praias;
- 5 — Não procede a alegação do DFS sôbre ocupação de área pública, pois as informações esclarecem que a piscina é *desmontável*;
- 6 — O Prefeito, em face do disposto no § 5.º do art. 60 do Código de Contabilidade Pública (Lei n.º 899), poderá dispensar a concorrência pública para autorizar a instalação de pis-

cinas desmontáveis nas praias do Distrito Federal, se assim julgar conveniente.

Este é o nosso parecer, salvo melhor juízo.

Distrito Federal, 18 de maio de 1959.

PAULO GERMANO DE MAGALHÃES
Advogado da PDF

RESGATE DE AFORAMENTO. DESNECESSIDADE DE PROCEDIMENTO JUDICIAL

Virgílio Barbosa Lima, com fundamento no artigo 693 do Código Civil, requereu resgate de aforamento do terreno à rua República do Peru n.º 326.

Tendo corrido o processo todos os trâmites administrativos, o Chefe do 1 PM levantou uma dúvida, com assento em doutrina de J. M. DE CARVALHO SANTOS, em seu *Código Civil Brasileiro Interpretado* (vol. IX, pág. 104), quando escreve:

“O resgate deverá ser pedido por meio da ação competente, de acôrdo com a legislação”.

Sem autoridade para contraditar o saudoso Mestre da processualística, parece-me, entretanto, que sua doutrina não merece acolhida.

Voz isolada entre os tratadistas de direito civil, nesse ponto, não tem sua doutrina, para seu valimento, nem *ação competente*, na nossa lei processual, nem nenhum princípio informativo da enfiteuse.

Rebusque-se o Código do Processo Civil à cata da ação a que se refere, e dela nada se deparará. Encontrar-se-á, sim, uma ação de remição de imóvel hipotecado (artigos 393 a 404) que, naturalmente, se instalou na retentiva do eminente autor e lhe gerou a confusão que, por sua vez, sentou praça na volumosa obra do ínclito civilista.

O que a doutrina ensina é que a enfiteuse é um “contrato *bilateral e comutativo*, de que ambos os contraentes tiram recíprocas vantagens”. (M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Português*, 7.ª edição, 1907, tomo II, § 533). E tanto assim é que o próprio artigo 693, tratando do resgate, inscreve as palavras: “salvo acôrdo entre as partes”, o que caracteriza o contrato da enfiteuse.

Dessarte, desde que os contraentes estejam de acôrdo, preenchidas as condições de resgate, não há mister ação judicial. Só em caso de negativa do senhorio, é que o posseiro poderá valer-se da justiça, mas, a meu ver, por meio de ação ordinária.

Na espécie, há, ainda, a considerar que o requerente já vendeu várias frações do imóvel, tendo sido traspassado o aforamento de algumas para terceiros, mediante assinatura das respectivas cartas.

Partidário que sou dos que admitem o resgate parcial, aliás de acôrdo com a lição do mesmo J. M. DE CARVALHO SANTOS, parece-me que ainda aí não tem razão o estudioso e brilhante Chefe do 1 PM.

Desde que completado o prazo do resgate, em face do dispositivo da lei civil (artigo 693) não há como negá-lo, seja total ou parcial.

Este é o meu parecer, salvo melhor juízo.

D.F., 27 de agosto de 1956.

IVENS BASTOS DE ARAUJO
3.º Procurador da PDF

SUB-ENFITEUSE TAVARES DA SILVA. SUA INEXISTÊNCIA

— *Invalidade da Carta de Aforamento de 1912, atingindo imóveis de terceiros.*

— *É o enfiteuta quem pode estabelecer sub-enfiteuse, não o senhorio direto.*

Tenho a honra de devolver, com a opinião solicitada, o Processo número 4.420.121/60, em que o Banco do Brasil S.A. requer carta de aforamento do imóvel à Praça da República n.º 25.

Essa pretensão lhe tendo sido negada, sob a alegação de estar situado o imóvel na área da *sub-enfiteuse Tavares da Silva*, apresentou o requerente fundamentada réplica, a que não se pode negar razão.

O instituto da sub-enfiteuse tem contornos bem pouco precisos em nosso direito escrito. Reserva-lhe o Código Civil apenas um artigo, o 694, já de si lacônico ao preceituar que “a sub-enfiteuse está sujeita às mesmas disposições da enfiteuse”.

Não há dúvida, entretanto, que a sub-enfiteuse é uma transferência do *domínio útil*. É o enfiteuta, e não o senhorio, quem a cria e estabelece.

CLOVIS BEVILAQUA, comentando aquêle artigo, ensina que

“Deve entender-se a sub-enfiteuse como uma relação de direito em que, mantidos os direitos do senhorio direto e as obrigações do enfiteuta para com êle, o enfiteuta se investe, em relação ao sub-enfiteuta, em direitos semelhantes ao do senhorio. Assim, o senhorio continua a receber a pensão, como dantes; mantém o direito ao laudêmio nas alienações onerosas; conserva a sua ação de comisso, tal como se não houvera a sub-enfiteuse. Por seu lado, o enfiteuta exerce iguais direitos, como se fôra senhorio direto.”

É o seguinte o comentário de CARVALHO SANTOS:

“Como o senhorio direto pode dar em enfiteuse, pode igualmente o senhorio útil sub-enfiteutar; a sub-enfiteuse é uma enfiteuse em segundo grau... A sub-enfiteuse estabelece apenas relações jurídicas entre o enfiteuta e o sub-enfiteuta...”

... O senhorio direto não figura nas relações criadas pela sub-enfiteuse, mesmo porque esta não altera nem modifica os direitos decorrentes da enfiteuse.”

Já LAFAYETTE (*Direito das Coisas*, pág. 359) capitulava entre os direitos do enfiteuta o de “subenfiteutar o prazo” e ensinava (pág. 379) que

“É permitido ao enfiteuta sub-emprazar a enfiteuse. O sub-emprazamento produz as seguintes relações de direito:

1 — O domínio útil se transfere inteiro ao sub-enfiteuta, o qual fica destarte subrogado em todos os direitos do enfiteuta, com a obrigação, porém, de pagar-lhe anualmente um certo fôro (o direito que o enfiteuta se reserva de haver do sub-enfiteuta um fôro é elemento substancial da sub-enfiteuse. Sem o dito direito não há sub-enfiteuse, senão uma mera alienação da enfiteuse).

2 — O enfiteuta perde, em consequência, o domínio útil, mas reserva para si um fôro, de ordinário maior que a pensão que pagava e continua a pagar ao senhorio.

3 — O senhorio mantém todos os seus direitos, a saber: para com o enfiteuta, o direito de haver a pensão; para com o sub-enfiteuta, todos os direitos que lhe competiam contra o enfiteuta acêrca da coisa aforada.”

Também COELHO DA ROCHA, citado por ESPÍNOLA (*Os Direitos Reais Limitados ou Direitos sobre a Coisa Alheia*, pág. 41):

“O enfiteuta tem o direito de sub-emprazar, isto é, alienar para um terceiro o seu domínio útil, reservando uma parte com as cláusulas que lhe parecer”.

Outro não é o conceito no direito português atual, como se vê de CUNHA GONÇALVES (*Da Propriedade e da Posse*, ed. 1952, pág. 144):

“Diz-se sub-enfiteuse ou sub-emprazamento o contrato pelo qual o enfiteuta ou forzeiro transfere a terceiro o seu domínio útil, no todo ou em parte, por um nôvo emprazamento, dependente do anterior”.

Essas são as lições dos civilistas, aplicáveis também às enfiteuses do Estado, dado que apenas para as de terrenos de marinha há legislação

especial, que o mesmo art. 694 do Código Civil ressalva. As outras obedecem à regra geral, embora tenham características algo diversas, o que faz com que TEMÍSTOCLES CAVALCANTI (*Tratado de Direito Administrativo*, vol. V, ed. 1943, pág. 157/8) pondere não estar longe de afirmar

“que o regime do arrendamento, por prazo indefinido, das terras públicas poderia ser capitulado não como enfiteuse, mas como concessão de terras públicas. E isso porque, cada vez mais, a legislação referente a este assunto mais se afasta das regras da enfiteuse para constituir um regime peculiar, em que as normas gerais do contrato, além de emanarem do poder concedente, ainda se acham subordinadas às exigências da política de colonização, aos interesses da defesa nacional, à nacionalização dos centros agrícolas, enfim, a circunstâncias especiais, de todo em todo incompatíveis com as formas rígidas do contrato enfiteutico”.

Se é, como visto acima, assente em doutrina que a sub-enfiteuse só pode ser constituída pelo enfiteuta — como se explica que, em 1912, a então Prefeitura, tendo, como senhoria direta, enfiteuticado aos Srs. Alvaro e Olímpio Caminha Tavares da Silva os vários imóveis discriminados na carta, venha, hoje, a ter êsses imóveis como sub-enfiteuticos?

Se, como se diz na carta, os Srs. Tavares da Silva eram donos dos imóveis (de todos?!), não terá sido constituída sub-enfiteuse alguma, e sim, apenas, formalizada uma situação enfiteutica pré-existente. O imóvel do requerente foi, depois, incluído na Carta de Aforamento, por apostila nêle exarada. Pelo processo em apenso, de n.º 511-A-1912, aquêles senhores se declaravam donos dêsse imóvel. O requerente, agora, pretende provar linha sucessória remontando a 1904. Em que ficamos?

Admitindo-se, embora, que o atraso na transcrição imobiliária — somente em 1920 foi registrada a transferência operada em 1904 — pudesse ensejar uma certa dúvida sobre o real proprietário do imóvel em 1912, o que o comum sobrenome *Tavares* corroborará, tal dúvida não invalidaria a tese acima exposta. De qualquer modo, em 1912, o imóvel n.º 25, antigo 17, da Praça da República tinha um titular do domínio útil e outro, a Prefeitura, do domínio direto. A carta de aforamento que devesse ser então lavrada só poderia servir a regularizar a situação enfiteutica daquele primeiro, nunca a estabelecer uma sub-enfiteuse. E os próprios têrmos da carta não referem essa expressão, não falam em sub-enfiteuse alguma.

Se hoje, porém, como é certo, o proprietário do imóvel é o requerente dêste processo, não importa o saber-se se o é em sucessão daqueles Srs. Tavares da Silva (a não ser que por constituição, aí sim, de uma sub-enfiteuse, o que o requerente nega e não é mesmo provável tenha ocorrido) ou independentemente dêles. É o titular do domínio útil — e o senhorio é o Estado da Guanabara. O doc. de fls. 22 não pode, aliás, deixar dúvidas quanto a isso: o imóvel está transcrito em nome do Banco do Brasil S.A., com titulação que o 2.º Ofício do Registro de Imóveis aceitou pro-

vada até 1904 (pois não registraria, em 1920, o formal daquela data se tal registro viesse a colidir com outro em nome de terceiro).

Se não foi assinada carta em nome de qualquer dos antecessores do requerente, como se afirma, não se pode inferir daí que enfiteuse não exista. Existe, sim, porque o domínio direto do imóvel é do Estado, por contido estar na área de uma das suas sesmarias. E o domínio útil do particular não se discute, dês que êle o exerce de fato e tem o imóvel transcrito em seu nome.

Caso seria, então, de sanar-se essa irregularidade, firmando-se, agora, tal carta.

É o que o requerente pretende neste processo, no que tem inteira razão.

Respondida pròpriamente a consulta, resta ainda ponderar que o Departamento do Patrimônio se deve traçar uma norma: não mais considerar como existente a *sub-enfiteuse Tavares da Silva*. O título que se pretende a tenha constituído, além de não ser criação de sub-enfiteuse alguma, não é válido tampouco como instituidor ou regularizador de enfiteuse, a não ser para os imóveis de que os Srs. Tavares da Silva fôssem donos do domínio útil.

Se êsses senhores são vivos ainda, ou se têm herdeiros conhecidos, deve o Estado notificá-los, administrativamente, de que tem por insubsistente a pretendida sub-enfiteuse, e por válida apenas a enfiteuse relativa aos imóveis de que venham a provar domínio, o que evidentemente não fizeram em 1912.

Rio de Janeiro, 1.º de dezembro de 1960.

ROBERTO PINTO FERNANDES
Advogado do Estado

TERRENO PARCIALMENTE FOREIRO. DESMEMBRAMENTO NA PARTE ALODIAL

Tenho a honra de devolver o Processo n.º 7.501.977/55, em nome de José Garcia Pacheco de Aragão e relativo ao pretendido desmembramento do terreno à Rua Dom Joaquim Mamede, 125.

Esse terreno é em parte alodial e em parte foreiro à Prefeitura. O lote que se quer desmembrar fica, todo êle, na parte alodial. À exigência de remição do fôro vem o interessado reiteradamente replicando com o aludir a essa última circunstância apontada.

Sou por que se lhe reconheça razão.

A questão é interessante, e, como bem pareceu ao Sr. Diretor do DPM, não prevista na lei.

Esta, no que diz com a remição compulsória do fôro de terreno sitos em áreas de Sesmarias, é o art. 35 do Decreto n.º 9.413, de 16-11-1948, ao qual o Decreto n.º 12.882, de 25-6-1955, veio acrescentar dois pará-

grafos que não têm aplicação ao caso, uma vez que tratam do reloteamento de terrenos, e não do desmembramento de um terreno.

O texto do art. 35, *caput*, impõe que, ao se desmembrar terreno foreiro, proceda-se à remição do fôro.

A hipótese é, porém, de um terreno em parte foreiro e em parte alodial, e a divisão se fará nesta última.

As duas interpretações pretendidas e defendidas neste processo terão cabimento ao se fazer do art. 35 uma análise puramente gramatical.

Quando diz que deve haver remição "quando terrenos aforados forem objeto de divisões e desmembramentos" — tanto pode ser entendido como dispondo que sempre que fôr feito desmembramento de terreno foreiro (mesmo que apenas em parte o seja), o fôro dêsse terreno (da parte foreira) terá que ser remido; como pode ser interpretado como impondo a remição somente quando a divisão se fizer na parte que seja foreira, dispensando-a quando tiver por objeto a parte alodial.

A primeira será uma interpretação mais lata; o segundo um entendimento mais estrito. Mas ambos podem ser aceitos, num exame literal ou gramatical do texto da lei.

Se há, porém, que escolher entre um e outro, fico com o segundo.

O primeiro toma por base a existência de um só terreno, uno, submetido a um só regime. Ora, isso pode valer para efeitos fiscais, para a inscrição, para a coleta de impostos, para a numeração, etc. Não para fôro.

O segundo, sem com isso pretender que haja dois terrenos, separados ou independentes um do outro, o foreiro e o alodial, parte do princípio de que há uma diversidade de regime, no que diz com a situação enfitêutica.

E não há? Acaso o fôro não terá sido calculado sôbre a área incluída na da Sesmaria, apenas?

A parte alodial, penso, deve estar imune a quaisquer exigências ou conseqüências que à outra possa trazer a sua condição de foreira. Do contrário, seria *esticar* a linha demarcatória da Sesmaria o submeter ao regime enfitêutico quaisquer porções de terra nela não contidas.

Enfim: remição de fôro pressupõe fôro. E não deve ser exigida em área não foreira.

É o que me parece, s. m. j.

Distrito Federal, 16 de abril de 1957.

ROBERTO PINTO FERNANDES
Advogado do Estado

ASSENTIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS PARA RELEVAÇÃO DE MULTAS. QUANDO É NECESSARIO

Este processo cogita da competência do Tribunal de Contas do Estado, no que se refere à relevação de multas impostas por autoridades adminis-

trativas. Há controvérsias sobre a necessidade, ou não, e em que casos, de ouvir-se o Tribunal naquelas oportunidades.

Entende aquêlé Colegiado, com base em erudito voto do ilustre Ministro LYRA FILHO, que "nenhum ato de relevação de multas, resultante de lei ou contrato, poderá ser praticado sem prévio assentimento do Tribunal de Contas"; ou, ainda, que o "Tribunal deve ser ouvido previamente, como manda a lei, em qualquer hipótese relativa a relevação de multas aplicadas em virtude de lei ou de contrato" (grifos nossos).

Tendo surgido um processo (o de n.º 6.015.107/60 — 127.775/62 TCT), onde tal não fôra observado, houve por bem o Tribunal baixá-lo em diligência, para fazer esclarecer o Diretor do Departamento de Edificações quanto à necessidade do assentimento prévio, pretendendo comunicá-la aos Secretários de Estado, para que a façam observar como norma geral, sob as penas do art. 159 do Código de Contabilidade.

Dá notícia o ilustrado voto de um parecer exarado pelo Procurador CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES sobre a matéria. Discorda êle, com sua notória cultura jurídica, do entendimento adotado pelo Tribunal, afirmando que o art. 147 do Código de Contabilidade — que fundamenta o voto vencedor — não se teria referido a tôdas as espécies de multas, mas somente às reguladas pelo mesmo Código, no que é contraditado pelo Tribunal.

O motivo de a autoridade administrativa, na espécie, não ter solicitado o assentimento tido como necessário foi o Decreto n.º 410, de 7-4-1961, que dispõe:

"Art. 1.º — São competentes para cancelar ou reduzir créditos da Fazenda Estadual, ainda que ajuizados, seja de tributos, seja de multas por infração de leis e regulamentos, os Diretores dos Departamentos, em cuja atribuição se incluam os lançamentos dos referidos tributos ou a imposição das citadas multas, desde que regularmente apurado ser o tributo, ou a multa, no todo, ou em parte, indevido".

"Art. 2.º — Às decisões que cancelarem ou reduzirem os créditos fiscais, bem como às que cancelarem autos de infração, de flagrante, ou de multa, ou desclassificarem a infração constatada pelos mesmos, em virtude de estarem os citados autos em desacôrdo com as normas legais, será interposto, de ofício, recurso para o Conselho de Recursos Fiscais, nos seguintes casos:

.....
"Art. 3.º — Podem os Diretores de Departamento reduzir ou relevar multas, com base no princípio de equidade, fundamentando o seu despacho com as razões de decidir, caso elas não constem já dos pareceres que tenham apreciado a questão" (os grifos são nossos).

Porém, entende o ilustrado Tribunal que as autorizações dêste Decreto n.º 410 não teriam afastado o mandamento do art. 147 do Código

de Contabilidade, ficando à autoridade administrativa o dever de, em qualquer hipótese, submeter a decisão reformatória ao prévio assentimento do Tribunal de Contas.

São essas as palavras do mencionado art. 147 (Lei 899, de 1957):

"A relevação de multas, aplicadas em virtude de lei ou de contratos celebrados com o Distrito Federal, depende de assentimento prévio do Tribunal de Contas".

Não é demais apontar outra norma, que reitera os termos da última transcrita. Trata-se de um decreto, o de n.º 15.155, de 15-2-1960, que aprovou o Caderno de Obrigações. Ali se vê:

"Art. 133

Parágrafo único. A relevação da multa prevista neste artigo e também das que, especificamente, forem estipuladas nos contratos, depende de assentimento prévio do Tribunal de Contas, órgão ou delegação de contrôle, nos termos do art. 147 do Código de Contabilidade Pública do Distrito Federal".

Nas conclusões de seu voto, afirma o douto Min. LYRA FILHO que "não há incompatibilidade entre o que diz o art. 1.º do Decreto n.º 410 e o que dispõe o art. 147 do Código de Contabilidade"; mas repete, no mesmo período, que "em hipótese nenhuma pode a autoridade administrativa relevar multa aplicada em virtude de lei ou de contrato, sem prévio assentimento do Tribunal de Contas".

A primeira assertiva temos por verdadeira. Já quanto à segunda, pensamos necessários alguns reparos, pois a expressão "em hipótese nenhuma" pode acarretar interpretações errôneas e abrangentes de circunstâncias onde cremos perfeitamente incabível, e mesmo absurdo, o assentimento do Tribunal. Da forma como está redigido, o voto, que usa amplas previsões ("qualquer hipótese", "hipótese nenhuma" e "nenhum ato de relevação de multa"), poderia sugerir a necessidade de ouvir-se previamente o Tribunal em casos como o de, por exemplo, cancelamento de multa constante de autuação feita por servidor incompetente, com invasão de funções. Seria um "ato de relevação de multa". Só que a imposição teria sido nula, e, por isso mesmo, não exigível do contribuinte.

Assim, não é demais colocar as coisas nos seus devidos lugares, esclarecendo que o assentimento prévio do Tribunal só poderá ser exigido quando a relevação tiver de ocorrer depois de findas tôdas as fases normais do processo administrativo. Antes não, porque, a rigor, no curso do processamento, a relevação de multas constituirá simples provimento de recurso, a cujo julgamento será estranho o Tribunal, que não é órgão da Administração ativa. Enquanto couber a revisão do ato que impôs a mul-

ta, de ofício ou em decorrência de recurso voluntário, a matéria estará sendo, ainda, objeto de exame pelas autoridades administrativas.

De passagem, antes de fundamentarmos nosso ponto de vista, devemos ponderar que não parece exato, *data venia* da opinião do eminente Procurador CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES, que o Código de Contabilidade (Lei n.º 899) permita distinguir as multas sobre as quais deve incidir a determinação do seu art. 147, ora em exame. Ao contrário, no seu Título II, Capítulo IV, “*Da contabilidade*”, sugere precisamente o oposto, ou seja, a aplicação de suas regras a toda e qualquer espécie de entradas, sobretudo às ditas derivadas, compulsórias. *Verbis*:

Art. 119 — “A fiscalização e o registro sistemático dos fatos administrativos da *gestão financeira, patrimonial e industrial* do Distrito Federal, obedecerão às disposições desta lei, às do seu Regulamento e às instruções do Secretário Geral de Finanças e do Diretor do Departamento de Contabilidade” (grifos nossos).

Mas as receitas derivadas — das quais as multas constituem uma pequena parcela — são apuradas por procedimentos administrativos de rito próprio, e só ao final dêste será inscrito o título definitivo do crédito fiscal, com que pode o Estado postular em Juízo. Passa o processo por duas fases, a oficiosa e a contenciosa, ainda no âmbito administrativo, nascendo a segunda se há defesa do contribuinte. Durante ambas as fases, em qualquer momento delas, pode o resultado ser alterado e mesmo cancelado o lançamento oficioso, ou, na espécie, a imposição da multa. *A reapreciação é tarefa exclusiva do Poder Executivo*, por seus agentes. Quer atividade vinculada, quer discricionária, é da competência única da Administração:

“A imposição de multa fiscal é ato administrativo sujeito à revisão das autoridades, segundo a sua hierarquia” (STF, Ac. 1.ª Turma, em 7-4-1952, rel. Min. MÁRIO GUIMARÃES, no Agravo 15.256 — *Rev. For.*, vol. 158, pág. 152).

Sendo a imposição de multas um ato administrativo, há que ser revogável e a revogação exige ato do *mesmo Poder*, no caso, o Administrativo. Isso porque:

“Os atos administrativos são, em princípio, revogáveis, salvo quando deles resultam direitos subjetivos de terceiros. As formas de revisão administrativa importam assim, na maioria das vezes, a reapreciação do ato tanto no mérito, como na legalidade.

Mesmo, no entanto, se já se exauriu a faculdade discricionária e não mais se possibilita o exame do mérito, poderá, ainda, a autoridade administrativa, advertida da ilegalidade, anular os atos cometidos com abuso de poder e, portanto, contrários à ordem

jurídica” (CAIO TÁCITO, *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil*, 1959, DASP, pág. 35).

Ora, não sendo o Tribunal de Contas órgão da Administração, mas “*auxiliar do Poder Legislativo na fiscalização da execução orçamentária e da administração financeira*” (Constituição Estadual, art. 20), é óbvio que lhe *falecerá competência* para participar dos atos da Administração. Suas atribuições são meios ditos *sucessivos de controle* da Administração, e que, por isso mesmo, só poderão incidir sobre atos *já definitivamente formados na esfera administrativa*. Durante a fase dinâmica do ato, enquanto o processo administrativo se desenvolve, é de repelir-se a sujeição das decisões — reformatórias ou confirmatórias — ao assentimento do Tribunal, que *não pode controlar ou fiscalizar atos ainda não terminados*.

E o processo administrativo de imposição de multas só termina ou pelo respectivo cancelamento ou pela extração do *título definitivo do crédito fiscal*, para o início da ação executiva própria, com a inscrição. Antes não haverá exigibilidade da multa e o procedimento administrativo não estará completo, em condições de ser submetido à fiscalização pelo órgão auxiliar do Poder Legislativo.

Por isso, entendemos que o controle previsto no artigo 147 do Código de Contabilidade — assentimento prévio do Tribunal de Contas — só é de exigir-se se se tratar de relevação de multa já inscrita para a execução de que trata o Decreto-lei n.º 960, de 1938.

Antes dessa inscrição, *até tornar-se exigível a multa, pode ela ser relevada pela competente autoridade administrativa, sem a audiência do Tribunal de Contas*. Ainda porque ao Tribunal só cabe fiscalizar a “*execução orçamentária e a administração financeira*”, e a multa, antes de exigível, *não figura* na receita compulsória; até que se possa usar de constrangimento legal para arrecadá-la, permanecerá, tão só, simples expectativa de arrecadação, estranha à contabilidade, e, em conseqüência, alheia ao órgão que a fiscaliza.

Antes de tornar-se exigível, a multa não interessará à receita e descaberá o pronunciamento do Tribunal sobre a sua não exigibilidade. Se ela fôr relevada antes de findo o processo que, examinando o seu cabimento, poderia terminar por mandar inscrevê-la, não caberá o pedido de permissão ao Tribunal de Contas, simplesmente porque não se terá completado a seqüência dos procedimentos necessários a torná-la obrigatória e a contabilizá-la.

É chegado o momento de invocar-se a tão debatida noção de coisa julgada administrativa. Sua idéia, apesar das reservas que se lhe fazem, não é inconciliável com a atuação flexível do administrador. E surge, por certo, nos processos fiscais e disciplinares, embora com relativo valor; isso porque, também quanto ao decidido de modo irrecorrível na órbita da Administração,

“A autoridade administrativa pode modificar ou anular decisões anteriores, quando eivadas de nulidade, para salvaguarda do

interêsse público e observância da lei” (TFR, *in Rev. Dir. Adm.*, vol. 15, págs. 98 e 107).

Em casos tais, de entender a Administração ser legítima a relevação de multa, cujo processo de imposição já terminara com a inscrição do crédito fiscal, terá ela de submeter a revisão ao que determina o art. 147 mencionado. Não obstante essa relevação constituir também um ato administrativo, imune a interferências de outros Podêres, sua eficácia dependerá do pronunciamento do órgão específico de contrôle, porque, já interessando à receita, lançada e exigível, será ato de execução orçamentária e de administração financeira, sujeito, por norma constitucional expressa, ao exame do Egrégio Tribunal de Contas.

Então, o assentimento prévio do Colegiado é de rigor, quer como constitutivo do ato de relevação (como entende o ilustre PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, Tomo III, pág. 49), quer como necessário à perfeição do ato (que seria complexo, dependente da integração do Tribunal de Contas na manifestação da vontade — o que ensina SEABRA FAGUNDES), quer, ainda, como condição suspensiva da sua eficácia (no entender de ZANOBINI, citado por CAIO TÁCITO, no trabalho antes apontado).

Desnecessário é dizer que o exame pelo Tribunal ficará restrito aos aspectos da legalidade da relevação, porque será ela uma anulação de ato administrativo anterior, onde o mérito não é apreciado. Seja anulação, seja declaração de nulidade, decorrerá a relevação de uma ilegalidade constatada e nunca de uma mudança de posição quanto ao mérito, cujo exame já se esgotara com a inscrição do crédito fiscal.

Aí está a única interpretação que nos parece correta do preceito contido no art. 147 do Código de Contabilidade. Permitir ao Egrégio Tribunal de Contas que interfira na formação de um ato administrativo típico de sanção, repressiva ou preventiva, antes que êle possa interessar ao orçamento ou à administração financeira, será atribuir ao dispositivo a eiva da inconstitucionalidade. O entendimento que se vislumbra no voto do insigne Ministro LYRA FILHO, com a devida vênia, fere a sistemática constitucional brasileira, pois *compromete a independência dos Podêres*, tolhendo a liberdade de exercício das funções do Executivo.

Porém, não seria lícito omitir que a manifestação consubstanciada no seu julgado versou um caso concreto, onde, na forma dêste nosso parecer, impunha-se a consulta ao Tribunal. Tratava-se de cancelamento de multa já contabilizada e que chegara a ser recolhida. Todavia, a conclusão de ordem genérica, como está redigida no voto, é que nos moveu a tecer as ponderações acima.

Por tudo isso, concluímos reafirmando que as expressões constantes do pronunciamento do Colendo Tribunal de Contas (“nenhum ato de relevação de multa”, “em qualquer hipótese relativa a relevação de multas” e “em hipótese nenhuma”) sugerem uma amplitude inaceitável. O Tribunal só deverá ser consultado se a Administração pretender *anular* uma inscrição de crédito fiscal resultante de imposição de multa, ou restituí-la, depois de contabilizada na rubrica própria. Daí a perfeita compatibilidade do ar-

tigo 147 do Código com o Decreto n.º 410, de 7-4-1961, que regula uma simples delegação de competência, sem extravasar a órbita administrativa.

É o nosso parecer, s. m. j.

Rio de Janeiro, 30 de abril de 1963.

LUIZ ORLANDO RODRIGUES CARDOSO
Procurador do Estado

CONCORRÊNCIA PÚBLICA. ANULAÇÃO. JUSTA CAUSA

1. A Comissão de Aquisição de Material da Secretaria Geral de Saúde e Assistência realizou em 17 de junho p. passado uma concorrência administrativa permanente para a obtenção de preços de especialidades farmacêuticas, com validade de 17 a 31-12-1960 (concorrência n.º 83).

Dentre essas especialidades figurava no respectivo edital de concorrência, sob o item 454, a Vacina contra a Paralisia Infantil, Trivalente, em ampôlas.

2. Em Ofício n.º 150, de 22-6-1960, o presidente dessa Comissão informou ao Sr. Secretário Geral de Saúde e Assistência que somente duas emprêsas haviam oferecido preços para o fornecimento da referida vacina: Haemo Derivados S.A. — Produtos Farmacêuticos e Produtos Farmacêuticos Usafarma S.A.

A proposta da primeira dessas emprêsas, esclarece o officio, acha-se rigorosamente dentro dos termos do edital, eis que ofereceu o produto em ampôlas de 1 cc, ao preço de Cr\$ 65,00 (sessenta e cinco cruzeiros) a unidade, com o prazo de validade de 12 (doze) meses.

A segunda emprêsa apresentou proposta para o fornecimento de frascos-ampôlas de 9 cc, ao preço de Cr\$ 39,11 (trinta e nove cruzeiros e onze centavos) por cm3, prazo de validade de 5 meses e 15 dias, afastando-se dos termos do edital no tocante à unidade ou embalagem.

Em face da manifesta diferença de preços, favorável à segunda licitante, a C.A.M. solicitou, no aludido officio, que sôbre a conveniência técnica do produto ser administrado em ampôla ou frasco-ampôla, fôsse solicitado o pronunciamento da Comissão de Estudos e Aplicação da Vacina Salk. Com essa sugestão concordou o Sr. Secretário Geral que, em 23-6-1960, através Ofício n.º 448, pediu o parecer daquela Comissão técnica, cuja exata denominação é Comissão de Orientação e Contrôle de Vacinação anti-Poliomielítica no Estado da Guanabara.

3. Constituída pelos Drs. Alvaro Aguiar, Marcelo Garcia e Wenthert Leite Ribeiro, reportou-se a Comissão, inicialmente, em seu parecer, às “Normas Técnicas a Serem Obedecidas para a Aquisição da Vacina Salk”, emitidas em Relatório de 10 de junho de 1959.

Relembrou que existem dois tipos de vacina “Salk”: o tipo fabricado de acôrdo com a técnica original do Dr. Jonas Salk, com os 3 vírus inativados pelo formol e vinculados com mertiolato (vacinas americanas, ca-

nadenses, dinamarquesas, etc.), e o tipo austríaco fabricado de acôrdo com a técnica do Prof. Awers Wald, de Viena (vacina austríaca Haemoderivate), com precipitação pelo fosfato de alumínio.

Ambas são consideradas inócuas e eficientes, sendo que as vacinas americanas, etc., têm prazo de validade de 6 (seis) meses e a austríaca de 12 (doze) meses.

Quanto às normas a serem adotadas nas concorrências para a aquisição das vacinas, adiantava aquêle relatório que êsse medicamento deveria:

- a) conter os 3 vírus poliomiélfíticos conhecidos;
- b) ser preparada de acôrdo com as normas recomendadas pelo Serviço de Saúde Pública;
- c) ter um prazo de validade de, pelo menos, cinco (5) meses a contar do ato de entrega ao atual Estado.

Recomendava ainda o Relatório que, para facilitar a aquisição e evitar perda da vacina em decorrência de vencimento daquele prazo mínimo, achava conveniente que as concorrências fôssem abertas de 5 (cinco) em 5 (cinco) meses, de acôrdo com as previsões de consumo para cada período.

Finalmente, em resposta direta à consulta da C. A. M., concluiu a Comissão que “nos trabalhos de vacinação em massa com os executados pela S. G. S., está rigorosamente dentro da boa técnica de Saúde Pública a utilização da vacina em ampôlas ou frascos-ampôlas” (o grifo é nosso).

4. Tomando conhecimento do parecer supra, o Sr. Presidente da Comissão de Aquisição de Material propôs ao Sr. Secretário Geral a anulação da concorrência e uma nova licitação de preços, tendo em vista que a ofertante de menor preço não obedecera ao formato em embalagem mencionado no edital e que o preço oferecido pela outra não consultava os interesses econômico-financeiros do Estado.

No edital da nova concorrência deveriam ser obedecidas as normas recomendadas pela aludida Comissão técnica.

O Sr. Secretário Geral de Saúde e Assistência, à vista desta sugestão, pediu o parecer desta Procuradoria Geral.

5. Como o processo de consulta não contivesse uma cópia do edital ou das especificações, procurei elucidar-me a respeito.

O edital, publicado no *Diário Municipal* de 2 de junho p. passado, como de hábito em concorrências administrativas permanentes, convidou apenas os licitantes a examinarem as especificações.

Estas, consoante informação recebida de um funcionário da C.A.M. daquela Secretaria Geral, mencionaram simplesmente a forma de embalagem — ampôla — e exigiam que o licitante indicasse o prazo da vacina. As especificações não mencionaram antecipadamente quaisquer “razões de preferência”, como o faculta o art. 66 do vigente Código de Contabilidade.

6. É princípio conhecido de direito administrativo que nas concorrências o Estado sempre se reserva o direito de anular a licitação, desde que o faça por despacho motivado, e havendo justa causa.

O Regulamento Federal do Código de Contabilidade Pública consa-

grou-o no art. 740, e o vigente Código de Contabilidade Pública do antigo Distrito Federal, aprovado pela Lei n.º 899, de 1957, também o adotou no art. 70, nos seguintes termos:

“Haja ou não declaração no edital, ou no convite, presume-se sempre que o Distrito Federal se reserva o direito de anular qualquer concorrência, por despacho motivado, se houver justa causa”.

7. A natureza jurídica dêsse direito de anulação encontra a sua fonte no próprio direito civil.

GUIMARÃES MENEGALE, em sua conhecida obra *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, vol. II, págs. 188-189, assim aprecia a matéria, e a sua conclusão muito bem se ajusta às concorrências permanentes (os grifos são nossos):

“Antes de estudarmos o ato da adjudicação, interessa-nos examinar se têm os concorrentes direito a reclamar indenização, no caso de suspender ou anular o Estado a concorrência, antes de se consumir o julgamento. Em geral, os editais de concorrência reservam à administração o direito de suspender ou anular a concorrência, sem possibilidade de indenização para os candidatos. Ainda que o não ressalvassem, a regra se imporia, por sua juridicidade. De fato, preceitua o Código Civil:

Art. 1.080 — A proposta de contrato obriga o proponente se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

A manutenção da proposta importa à seriedade e segurança dos negócios; daí a regra, estipulada no direito civil: a emissão da vontade produz, em princípio, seus efeitos, desde o momento mesmo em que é emitida. A obrigação, pois, afirma-se desde a fase pré-contratual. Sem embargo, impõe-se distinguir entre proposta e convite ou pedido de propostas. Como expõe CARVALHO SANTOS, “na oferta, a proposta contém todos os elementos do contrato, de forma que a pessoa que deseja aderir nada mais precisa fazer do que manifestar seu consentimento, sua aquiescência”. Ao passo que no convite, “o interessado é convocado a vir ajustar com quem formula as bases da convenção a fazer, o que mostra que não há ainda nada fixado, não podendo haver, por conseguinte, nenhum contrato proposto a quem quer que seja”.

É a hipótese da concorrência, cujo edital “não contém todos os elementos do contrato”, mas tão somente “formula as bases da convenção a fazer”. A administração, pois, pela concorrência, não se obriga e, anulando-a, não dá aos concorrentes direito a ressarcimento de perdas e danos”.

O mesmo e renomado autor, em outro estudo publicado no *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 10, pág. 283 — verbete “*Concorrência pública*” — ao apreciar o art. 740 do Reg. do Cód. de Cont. Pub., desta forma equipara a “conveniência do serviço público” à “justa causa” (os grifos são nossos):

“A medida radical incide sobre todos os candidatos; não envolve, por consequência, detrimento a qualquer deles. Providência de ordem geral, fica, todavia, sujeita ao controle jurisdicional dos atos administrativos, e por isso exige a lei que só se adote por justa causa, com a enunciação dos motivos. Com a maior clareza, a regra do art. 740 não se coaduna com a exclusão de um ou mais candidatos, nem consente na opção entre duas classificações. É de todo em todo incabível à hipótese o argumento *a major ad minus*, de vez que não são análogos os casos, nem as condições são idênticos. *Enquanto a lei reserva ao Governo o direito de repudiar, por insatisfatórias, todas as propostas com a aplicação de seu critério de conveniência do serviço público, exposto, em todo o caso, a revisão judicial, a faculdade, outorgada, só e só, à comissão de concorrência, de vedar a inscrição dos candidatos que não preencherem as condições do edital quanto à idoneidade pessoal e financeira, efetiva-se com a consideração de motivos ad-hominem*”.

8. O conceito de “justa causa” afina com o de “legalidade” do ato administrativo.

“Justa causa” não tem o significado material de “causa justa”, e sim de exata aplicação da lei. Esta a interpretação da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais, como se pode verificar do Acórdão prolatado em 25-4-1950 pelo E. Tribunal Federal de Recursos ao julgar a Apelação Cível n.º 449, no qual se reformou sentença que decretara a anulação de ato administrativo, que por sua vez anulara uma concorrência. Foi relator o Min. ELMANO CRUZ (*Rev. de Dir. Adm.*, vol. 25, págs. 203-211), sob a seguinte ementa:

“A concorrência pública pode ser anulada por despacho motivado, havendo justa causa. Interpretação do art. 740 do Regulamento baixado para execução do Código de Contabilidade da União”.

Do voto do ilustre relator é de se mencionar este trecho:

“Cabe, indiscutivelmente, examinar o ato sob o aspecto da sua conformidade com a lei e dentro dos fins ou motivos que o determinaram, para se chegar à conclusão se houve *justa causa*”

ou *exata aplicação da lei*, pois, ninguém melhor do que o eminente MIGUEL SEABRA FAGUNDES situou e definiu a espécie...”.

O Acórdão transcreve em seguida a lição do mestre SEABRA FAGUNDES ao citar RANELLETTI, constante de nota à pág. 118 de sua conhecida obra *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 2.ª edição, 1941, e repetida à pág. 180 da 3.ª edição, de 1957.

Essa nota veio a propósito do seguinte princípio pelo mesmo exposto à pág. 167 da 3.ª edição de sua obra:

“Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o *mérito* dos atos administrativos.

Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da *legalidade*. Este é o limite do controle, quanto à extensão”.

continuando à pág. 168:

“A análise da legalidade (legitimidade, dos autores italianos) tem um sentido puramente jurídico. Cinge-se a verificar se os atos da Administração obedeceram às prescrições legais, expressamente determinados, quanto à competência e manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, à *finalidade* e à forma”.

A nota que se seguiu a esse texto (pág. 180 da 3.ª edição), transcrita no referido Acórdão, é a seguinte (os grifos são nossos e do autor):

“A *finalidade* do ato é examinada como aspecto da *legalidade*, tendo-se em vista verificar se a Administração Pública agiu ou não com o fim previsto em lei. Indaga-se da *finalidade* para apurar se o ato administrativo foi praticado para alcançar o fim desejado pelo texto legal.

A desvirtuação da finalidade (*détournement de pouvoir* do direito francês) pode tornar o ato ilegal. Aqui o exame da legalidade quase chega ao mérito.

Há, porém, um *sutil limite* que se não deve esquecer. O julgamento examina se *o ato se conteve dentro do poder do administrador*, isto é, se foi praticado segundo os fins, em virtude dos quais o poder de agir lhe foi outorgado pela lei, *mas não se o uso que fez do poder foi o MELHOR*.

Enquanto se discute se o fim do ato foi o querido pela lei, há uma simples questão de *legitimidade*.

Só haveria exame do *mérito* se se quisesse discutir o acerto do ato pelo bom uso da competência em face das necessidades colativas (RANELLETTI, ob. cit., pág. 338, n.º 239)".

9. Muitos outros autores e Acórdãos podiam ser trazidos à colação para demonstrar o conceito de "justa causa" em direito administrativo e notadamente em face dos preceitos legais que facultam ao Estado a anulação de concorrências.

No caso concreto, a justa causa está mais que justificada pelo interesse público, que se materializa na diferença de preços para o mesmo produto, apresentado em ampólas ou em frascos-ampólas.

Desde que o Serviço de Saúde Pública os considera equivalentes, não há que hesitar, a concorrência deve ser anulada, porque o interesse público do menor preço legitima a anulação, e o uso do poder que a Administração faz no caso é, ademais, e indiscrepantemente, o *melhor*.

Existe *justa causa*, e novas concorrências devem ser abertas, de 5 em 5 meses, fixadas nos editais ou nas especificações as normas recomendadas pela Comissão técnica.

Este o meu parecer, salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 20 de julho de 1960.

OSWALDO DE MIRANDA FERRAZ
2.º Procurador Substituto

ILUMINAÇÃO DE LOGRADOURO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA

Convenho em que já não disponho de muita paciência para apreciar atrevimentos como este, em que empresa vinculada a *holding* notoriamente inadimplente nas suas obrigações contratuais, acostumada a uma falta total de policiamento, tenta contra o Poder Público a prática de uma política que de há muito emprega em relação aos indefesos particulares — ou paga (pelo que é da responsabilidade dela, concessionária), ou não goza do serviço. *Quousque tandem?*

Muito comum neste Rio de Janeiro tomar-se conhecimento de imposições como esta, em que o industrial ou o responsável por algum empreendimento de maior importância se vê forçado a dispendar vultosas somas na aquisição de transformadores, na montagem de redes de transmissão, em posteamentos, incorporados de pronto ao patrimônio da concessionária inadimplente, para que seja satisfeito no seu direito de ter energia, paga a preços incontrolados.

Mas é pela primeira vez que se me depara uma investida desse gênero contra a autoridade do próprio Poder Concedente. Sim, Poder Concedente,

pois que, em decorrência da transformação do antigo Município Federal em Estado-Membro, deu-se subrogação no contrato, que passou para a órbita estadual (Lei Institucional n.º 3.752, art. 3.º).

A solução para esses abusos do grupo concessionário já foi apontada por esta Procuradoria Geral na reconvenção formulada em contra-partida à ação ajuizada pelo *holding*-Light, que objetiva a rescisão dos contratos de bonde: — a de aparelhar-se para o exercício da fiscalização geral da produção de energia elétrica, constitucionalmente assegurada no art. 153, § 3.º.

Vejamus a hipótese. A SURSAN, nos termos do contrato vigente, de 1909, requisitou da concessionária (cláusula I), via do Departamento Nacional de Iluminação e Gás, já hoje estadual, o fornecimento e a instalação de 58 postes fabricação "Manesmann" no elevado da Avenida Perimetral, prestes a inaugurar-se.

A resposta — que de pronto provoca a estranheza do Departamento fiscal, — tem pontos a destacar:

- a) que o custo da instalação atingirá à soma de Cr\$ 5.803.843,00;
- b) que a concessionária tem dificuldades em proceder a investimentos;
- c) que o não pagamento eximirá a concessionária de concluir a instalação, considerada de "natureza especial" e, por isso mesmo, de ser inteiramente custeada pelo concedente.

De início, os pontos nos iii. A circunstância das alegadas dificuldades em investir (aceitas, para argumentar) desprocedem. Ao concedente isto pouco importa. Se o concessionário não está em condições de cumprir suas obrigações, que renuncie ao contrato.

Impossível, por outro lado, considerar de "natureza especial" a iluminação pretendida, pela simples circunstância de ter sido solicitado o emprêgo de poste de natureza diversa do modelo habitualmente utilizado (aliás, sobre esse ponto, valeria pôr em relêvo duas circunstâncias: 1.ª — a de que o poste "Mannesmann" é de custo inferior ao do tipo usual; 2.ª — a de que a concessionária acresceu consideravelmente o preço de venda fixado pelo produtor).

Vejamus os textos aplicáveis — Contrato de 1909, cláusula XVI:

"A iluminação pública compreenderá as *ruas*, praças, passagens, jardins, cais, *pontes* e acessórios exteriores de todos os edifícios públicos de qualquer natureza, e bem assim a iluminação festiva que o Governo autorizar, a qual ficará subordinada a um horário especial organizado pela Inspetoria da Iluminação, correndo as despesas de instalação por conta da repartição que requisitar o serviço".

Está aí visto, pois, que há obrigatoriedade para a *Société* em instalar nos logradouros públicos, e às suas expensas, a iluminação requisitada

pelo Estado (cláusula I), que somente ocorrerá com os gastos daquela considerada festiva.

Há mais. O item VIII do art. 1.º do Decreto-lei n.º 5.664, de 1 de julho de 1943, dispõe:

“A Societé fica obrigada a executar as iluminações de caráter especial determinadas pelo Governo, sendo as despesas respectivas pagas pelas repartições que as requisitarem.

.....
a) considera-se iluminação de caráter especial as chamadas iluminações festivas, as de emergência em edifícios ou logradouros, para atender a necessidades do Governo, e todas aquelas que se não enquadrarem nos diferentes tipos técnicos aprovados para os serviços normais de iluminação pública”.

Está evidente que o serviço requisitado pela SURSAN é do tipo “normal de iluminação pública”, pois que o elevado da Avenida Perimetral poderia, no máximo, enquadrar-se como *ponte*, previsto contratualmente. O que há, apenas, é a pretensão de um novo tipo de poste, aliás de custo inferior ao padrão até hoje em uso. Mas isto é matéria de posturas, cabendo ao Estado indicar o modelo de seu gosto, circunstância de resto prevista na cláusula XIX do contrato:

“Os postes e refletores ou globos serão dos tipos que o Governo escolher”.

A iluminação especial será, por exemplo, aquela empregada pela época do Natal na Avenida Rio Branco, ou a novíssima da Avenida Vieira Souto, com realce para o ajardinamento tropical disposto na entre-via. Nunca, porém, a normalíssima de um logradouro, para o qual apenas se indica a utilização de um modelo novo de poste.

Cabe agora indagação: — e na intransigência da Societé em obrar sem que previamente se recolha a importância estimada?

1.ª solução — prevista no art. 3.º do Decreto-lei n.º 5.664, que autoriza o Concedente a dar por findo o prazo de concessão, na recusa da concessionária em prosseguir na execução do serviço. Nessa hipótese, de invocar a cláusula XLIII, que prevê a reversão total dos bens da concessionária.

2.ª solução — a do Juízo arbitral, previsto na cláusula XXXIX do contrato, mas desaconselhável pela demora das conclusões. Importa, por outro lado, na criação de precedente perigoso.

3.ª solução — a da encampação do contrato, com o atendimento das indenizações previstas na cláusula XLVII, que mereceria talvez um estudo profundo, pelas vantagens que pode trazer para o interesse da população, tão mal servida.

4.ª solução — a da aplicação de multas, estipuladas na cláusula XXXVII, ridículas no seu valor (Cr\$ 2.000,00 para a reincidência).

5.ª solução — a do Estado executar o serviço por conta própria, para ulterior ressarcimento via de ação ordinária. De todas, a menos aconselhável, pois que, além de importar em precedente perigosíssimo, viria em abono e reforço da política da Societé, qual a de transferir aos interessados os ônus das instalações.

6.ª solução — a de se paralisar a obra, com ingresso em Juízo da ação cabível, que visará não só transferir à concessionária inadimplente a responsabilidade pelos prejuízos ao interesse público, mas ainda a aplicação de pesadas cominações. Se acaso fôr o caminho escolhido, é de ser desde logo autorizada esta Procuradoria Geral.

Rio de Janeiro, 11 de novembro de 1960.

GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO
5.º Procurador

MULTA CONTRATUAL. COBRANÇA EXECUTIVA. DESNECESSIDADE DE INSCRIÇÃO

Neste processo, em que foi aplicada multa contratual a uma concessionária, levantando-se dúvidas quanto à possibilidade de sua cobrança pelo rito previsto para o executivo fiscal, e quanto à Procuradoria competente para a cobrança judicial, nosso parecer é no sentido de que:

1. a multa contratual pode ser cobrada pelo processo estatuído no Dec.-lei n.º 960, de 17-11-1938, desde que prevista a cobrança pela via executiva;
2. não há necessidade de sua prévia inscrição;
3. há necessidade de observância da pertinente cláusula contratual, subsumindo-se, na espécie, ao seguinte:
 - 3.1 desconto, na caução, da quantia equivalente à multa imposta;
 - 3.2 comunicação do desconto à concessionária, para que ela integralize a caução no prazo de 30 dias;
 - 3.3 multar a concessionária em mais 25% sobre o valor da primeira multa, caso em tal prazo não integralizada a caução, intimando-se a integralizá-la dentro em novo prazo de 30 dias;
 - 3.4 optar o Estado entre cobrar-se diretamente nas rendas arrecadadas pela concessionária, ou então ajuizar ação executiva.

4. havendo fundadas dúvidas quanto à Procuradoria competente para a cobrança, incumbe privativamente ao Procurador Geral resolver a respeito.

I

O art. 1.º do Decreto-lei n.º 960, de 17-12-1938, a fim de legitimar a cobrança na forma do que êle dispõe, considera *dívida ativa* também as —

— “multas de *qualquer* natureza” —.

O parágrafo único do mesmo diploma estabeleceu a possibilidade de cobrança, consoante o processo que êle prevê, da *dívida proveniente de contrato*, mas desde que —

— “assim fôr convencionado” —.

À primeira vista, tem-se, então, que a multa de *qualquer* natureza pode ser cobrada na conformidade do Dec.-lei n.º 960 —e, pois, tanto as legais com as contratuais.

Ainda de primeiro, resulta que a dívida proveniente de contrato somente pode ser cobrada ao abrigo daquele Decreto-lei, quando assim convencionado. As multas contratuais são dívidas provenientes de contrato.

Então:

- A) a expressão “multas de qualquer natureza” admite que as multas contratuais possam ser cobradas em *qualquer* circunstância, mesmo se não convencionada a via executiva, e, assim, A.1 a obrigação principal, de pagar, não poderia ser cobrada executivamente;

— ao passo que —

- A.2 a multa decorrente da inobservância dessa obrigação poderia ser cobrada executivamente;
ou

- B) a expressão “multas de qualquer natureza”:

B.1 possibilitaria a cobrança executiva das multas contratuais das obrigações de pagar, quando assim convencionado;

B.2 permitiria a cobrança executiva das multas das obrigações contratuais de pagar, quando assim não convencionado;

B.3 facultaria a cobrança executiva das multas decorrentes do inadimplemento de obrigações outras, que não de pagar, quando assim convencionado.

Ante a exigência legal de prévia convenção da cobrança executiva, prevalece a hipótese A.1. E seria incongruente pudesse prosperar a hipótese A.2, que deve ser rejeitada, eis que a multa é obrigação *acessória*, que segue a sorte da principal; não podendo esta ser cobrada executivamente, também não poderia sê-lo a multa.

Devido à origem contratual, e ao requisito legal, igualmente deve ser desprezada a hipótese B.2.

Restam as hipóteses B.1 e B.3, ambas admissíveis, em princípio.

Para admiti-las, ou não, em definitivo, há que primeiro se saber se a multa contratual pode ser cobrada executivamente, pelo Estado.

O Dec.-lei n.º 960, citado, enseja a cobrança executiva de alugueres, foros e laudêmio (art. 1.º, 2.ª parte); assim também o Código do Processo Civil (art. 298, IX). São comumente dívidas líquidas e certas.

Possibilita, ainda, o Dec.-lei n.º 960 a cobrança executiva de alcance de dívida proveniente de contrato (art. 2.º, § 2.º); e, mais, a de reposições, e multas de qualquer natureza (art. 1.º, 2.ª parte).

Reposições, multas, alcances, no direito comum não se revelam líquidos e certos de molde a ensejar a execução. Em tema do que concerne à Administração, entretanto, reposições e multas (estas, desde que não contratuais) possibilitam o executivo, porque seu caráter de liquidez e de certeza decorrerá da inscrição (Dec.-lei n.º 960, art. 2.º).

De pronto, pois, vê-se que há conceitos do direito comum aos quais se faz exceção nesse campo.

Os alcances, também êsses — e expressamente — podem ser cobrados executivamente (Dec.-lei cit., art. 2.º, § 2.º), e eis outra exceção, pois sequer precisam de prévia inscrição (id.).

As dívidas oriundas de contrato podem não ser líquidas e certas. Mas, sem que a lei faça restrição, a Administração também pode cobrar pela via executiva a dívida proveniente de contrato (Dec.-lei cit., art. 2.º, § 2.º) — outra exceção —; sequer há necessidade de inscrição (id.).

Multa contratual é dívida proveniente de contrato, logo, também ela pode ser cobrada ao abrigo do Dec.-lei n.º 960.

É compreensível que seja assim, mormente quando tantas exceções (e estas, *especificamente*) faz a lei aos princípios de direito comum. É que a Administração precisa de armas eficazes para a cobrança de seus créditos, ela que goza da presunção da veracidade de suas afirmações, ela a quem é facultada a executoriedade do ato administrativo — o que não existe no direito comum.

Assim sendo, devem ser admitidas, em definitivo, as hipóteses B.1 e B.3, e nossa *primeira* —

— Conclusão —

é a de que, sob a égide do Dec.-lei n.º 960, podem ser cobradas as multas decorrentes de inadimplemento de obrigação que não de pagar, quando assim fôr convencionado.

II

Sendo a multa obrigação acessória, seguindo a sorte da principal, e se a dívida contratual principal não precisa ser inscrita para ser cobrada executivamente, nossa *segunda* —

— Conclusão —

é a de que a multa contratual prescinde de inscrição para ser cobrada pelo rito previsto para o executivo fiscal.

III

A cláusula XXXIX do contrato de 1907, com a concessionária, dispõe *in fine*:

“A importância da multa ou multas impostas por qualquer infração deste Contrato que não fôr paga no prazo de cinco dias, contados da data do recebimento da comunicação oficial, será descontada da caução”.

A cláusula XLI estatui:

“Sempre que a caução a que se refere a cláusula XXXVIII sofrer qualquer desconto, em consequência de multas impostas e não pagas ou por qualquer outra causa de responsabilidade da Companhia ou Empresa, será integralizada no prazo de 30 dias, contados da data da comunicação oficial do desconto.

Se a caução não fôr integralizada no aludido prazo, a Prefeitura fará nova intimação com o mesmo prazo de 30 dias, multando as Companhias ou Empresas em mais 25% de dívida.

Se, entretanto, as Companhias ou Empresas não integralizarem ainda a caução, a Prefeitura terá o direito de, pelos funcionários seus, fiscalizar e arrecadar a renda das Companhias ou Empresas, até o quantum necessário à integralização da caução e pagamento de dívida, ou proceder executivamente”.

Está, pois, convencionado o procedimento executivo.

O contrato, entretanto, estabelece a oportunidade para tal após desconto e intimações, de sorte que nossa *terceira*

— Conclusão —

é a de que deve ser observada a cláusula XLI, para, antes de ajuizar a ação executiva, como já determinado pelo Ilmo. Sr. Procurador Geral, proceder na conformidade do seguinte, por intermédio da repartição competente:

- 3.1 desconto, na caução, da quantia equivalente à multa imposta;
- 3.2 comunicação do desconto à concessionária, para que ela integralize a caução no prazo de 30 dias;
- 3.3 multar a concessionária em mais 25% sobre o valor da primeira multa, caso em tal prazo não integralizada a caução, intimando-se-a a integralizá-la dentro em novo prazo de 30 dias.

IV

A Lei n.º 134, de 27-12-1961, em seu art. 39, § 1.º, fez com que a Procuradoria Fiscal assumisse a competência do Contencioso Fiscal; no art. 38, estabeleceu como competência da

“1. Procuradoria Fiscal — Cobrança da dívida ativa e tudo que se relacionar com a matéria tributária, exceto o que competir à Procuradoria de Sucessões.

.....
5. Procuradoria de Serviços Públicos — Ações e pareceres conexos com autorizações, permissões e concessões de serviços públicos.

6. Procuradoria Judicial — *Todo* e qualquer procedimento judicial *que se não enquadre* na competência das demais Procuradorias.”

Jurídicos argumentos há que autorizam a conclusão de que qualquer dessas três Procuradorias pode ser competente quanto à dívida oriunda de contratos, e, assim:

I — Quanto à Procuradoria Fiscal. —

— Porque a lei cometeu-lhe a cobrança da *dívida ativa*, sem restrições outras que as decorrentes da competência da Procuradoria de Sucessões.

A respeito é conveniente salientar que dívida ou débito é o dever de pagar; dívida ativa é crédito, pode ser constituída de impostos, taxas, contribuições e multas de qualquer natureza, foros, laudêmios, alugueres, alcanços dos responsáveis e reposições; compreende *também os créditos por contratos* (cfr. JOSÉ DA SILVA PACHECO, *Tratado das Execuções*, vol. 4 — *Execução Fiscal*, págs. 50 e 57).

É certo que o Decreto n.º 967, de 13-4-1962, ao aprovar o Regimento da Procuradoria Geral, chancelou seu art. 22, que limitou a competência da Procuradoria Fiscal aos casos relacionados com matéria tributária. Não é menos evidente, entretanto, não poder prosperar a *restrição do Decreto* ante a *amplitude da Lei*.

2. Porque a Procuradoria Fiscal conta com um Serviço de Cobrança Amigável (que se impõe na espécie) ao qual incumbe agenciar a cobrança da dívida ativa (Dec. n.º 967, cit., art. 25-I), não dispondo de tal serviço as demais Procuradorias, e tampouco do Serviço de Cobrança Judicial, ao qual competem também as providências constantes do art. 24, III, IV e V do mencionado Decreto n.º 967.

II — Quanto à Procuradoria de Serviços Públicos,

— Porque a lei atribuiu-lhe as ações (e, pois, as ações de cobrança) conexas com autorizações, permissões e concessões de serviços públicos.

O contrato de concessão que engendra a aplicação de multa, autoriza o exercício da ação para sua cobrança, que, pois, é conexa com o tema.

A propósito, deve ser ressaltado que, em nosso sistema processual civil, a lei deixou amplo o conceito de conexão, permitindo ao juiz liberdade para o reconhecimento de sua existência; o Cód. de Proc. Civil, em seu art. 133, IV, previu a competência pela conexão, sem esclarecer quando tal ocorreria, ao contrário do processo italiano.

Assim, é autorizada a conclusão de que conexão é relação intrínseca entre duas coisas,nexo, relação.

III — Quanto à Procuradoria Judicial,

— Porque a lei previu sua competência para o que não se enquadra nas atribuições das demais Procuradorias; afastada, na espécie, a competência da Fiscal e da de Serviços Públicos, seria de seu encargo o procedimento judicial.

Há, assim, fundamentadas razões de dúvida quanto à competência privativa para o caso, que pode ser reconhecida a qualquer das três Procuradorias, sendo, pois, nossa —

— Conclusão —

ser da incumbência do Procurador Geral resolver qualquer dúvida quanto à competência das Procuradorias (Dec. n.º 967, cit., art. 12, VII).

É tudo o que nos parece, pois, devendo o parecer, com o processo, ser encaminhado para decisão do Ilmo. Sr. Dr. Procurador Geral.

Salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 21 de junho de 1963.

AMILCAR PARANHOS DA SILVA VELLOSO
Procurador do Estado

PÔRTO DO RIO DE JANEIRO. NATUREZA FEDERAL DOS SERVIÇOS PORTUÁRIOS. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA CONCEDER OU ARRENDAR OS PORTOS

O Dr. Procurador do Estado, PAULO GERMANO MAGALHÃES, no estudo publicado na *Revista de Direito da PRG*, n.º 10, págs. 273 e segs., sustenta o ponto de vista de haver a Lei n.º 3.752, de 14-4-1960, estabelecido autorização legislativa para que a União transfira ao Estado o Pôrto do Rio de Janeiro, mediante decreto federal que lhe outorgue a concessão. Fundamenta o parecer no art. 3.º da mencionada lei, que a União incumbe de transferir ao Estado os serviços de *natureza local*, apoiando suas observações com a invocação do art. 18, § 3.º, da Constituição Federal. De outro lado, o Dr. 6.º Procurador, no Ofício n.º 35-62, partindo do pressuposto da natureza local do pôrto, entende que a transferência ao Estado da Guanabara — por força do mesmo art. 3.º da Lei 3.752 — se operou automaticamente, com a criação da nova unidade federativa, bastando, para autenticá-la, a lavratura do termo previsto no § 6.º do art. 3.º da chamada Lei San Tiago Dantas.

2. Os doutos pareceres divergentes partem de uma base comum: ambos consideram de *natureza local* o serviço portuário. A controvérsia limita-se ao modo de operar a transferência, se por meio de concessão federal ou de simples termo.

Cumpra, preliminarmente, examinar o significado e o alcance da cláusula “serviços públicos de natureza local”, referida no art. 3.º da Lei n.º 3.752, *in verbis*:

“Serão transferidos ao Estado da Guanabara, na data da sua constituição, sem qualquer indenização, os serviços públicos de natureza local prestados ou mantidos pela União, os servidores nêles lotados e todos os bens e direitos nêles aplicados e compreendidos.

.....
§ 6.º — A transferência dos serviços e dos bens e direitos nêles aplicados e compreendidos far-se-á mediante termo assinado nos Ministérios competentes.”

Na linguagem comum dos juristas o significado do vocábulo *local* se refere a municipal ou estadual, em oposição a federal. Local não quer dizer situado num lugar, mas que cai sob a jurisdição do Estado ou do Município. O mesmo conteúdo tem a expressão na Constituição Federal: no art. 28, II, *b*, os *serviços públicos de natureza local* se integram na área da autonomia municipal; no art. 101, II, *a*, os tribunais *locais* são contratados a *federais*; igual entendimento se depara nos arts. 101, II, *b*, 101 III, *e* e 104, II, *b*. A primeira Constituição republicana, que irradiou a locução às posteriores, usou, com idêntico sentido, a expressão local e estadual, como se observa nos parágrafos 1.º *b*, e 2.º do art. 59. A lei consagra

essa inteligência ao aludir que os serviços públicos de natureza local transferidos são aquêles *mantidos* ou *prestados* pela União. Não se refere, portanto, a atividades sediadas ou localizadas no Estado, mas a êste pertinentes, a êle intimamente vinculadas, que, face à existência do Distrito Federal, a União mantinha ou prestava, enquanto durasse essa situação. VITOR NUNES LEAL, no seu estudo acêrca da Lei n.º 3.752, esclarece compreenderem os serviços de natureza local os estaduais e municipais, “que vinham sendo executados pela União” (pág. 51). Isso depois de sustentar que tais serviços “terão de continuar a cargo da União, se forem de natureza federal, e não local” (pág. 46) (*Arquivos MJNI*, n.º 76). O Estado da Guanabara, ao transformar-se em Estado, não obteve nenhum favor ou privilégio da União; simplesmente passou a exercer os poderes que a ordem federativa confere às demais unidades federadas. Diante dessa ordem de idéias, não seria coerente com os termos da lei ou da Constituição Federal sustentar-se que passaram à jurisdição do Estado o Instituto Oswaldo Cruz ou a Casa da Moeda, por estarem aqui sediados.

É de ver, portanto, que a Lei n.º 3.752 só terá pertinência ao caso em exame, se estadual ou municipal o serviço portuário. Se federal, a competência para explorá-lo, o mencionado diploma legal deverá ceder lugar à legislação específica, da órbita do Congresso Nacional, que lhe regula a organização.

3. Note-se, inicialmente, que o pôrto é um bem e um serviço. O domínio público não é apenas o objeto da polícia administrativa, senão que se destina a executar um serviço de interesse geral ou público, com êle fundindo-se. O Conselho de Estado da França, em notável aresto de 1944 (*Compagnie Maritime de l'Afrique Orientale*, Rec. 129), que é apontado como o ponto culminante da evolução do direito universal, no que tange a bens públicos, sustentou serem êstes “l'assiette d'un nombre toujours croissant de services d'interêt général” (*Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, Sirey, 1958, M. LONG, P. WEILLE, G. BROILANT, págs. 251 e 252). A disciplina jurídica dos portos é, assim a mesma das operações portuárias, como aliás, já se encontra esboçado na Lei n.º 1.746, de 13-10-1869.

Os portos são bens de uso comum, conforme a tradição do nosso direito, que entronca no L. 2.º, T. 26, § 9, das Ordenações (V. RIBAS, *Curso de Direito Civil*, 3.ª ed., pág. 380; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, art. 52, § 1.º; LAFAYETTE, *Dir. Intern.*, vol. I, § 83; MARIO MASAGÃO, *Curso de Direito Administrativo*, 1959, Tomo I, pág. 139).

No regime imperial, tais bens pertenciam ao domínio nacional, como atesta o art. 52, § 1.º, da Consolidação das Leis Civis, de TEIXEIRA DE FREITAS, opondo-se aos bens provinciais, enumerados no art. 60. Ao Governo Imperial, por autorização da Lei n.º 1.746, de 13-10-1869, competia “contratar a construção, nos diferentes portos do Império, de docas e armazéns para carga, descarga, guarda e conservação de mercadorias de importação e exportação.” A ementa transcrita demonstra não se dissociar, na lei reguladora das atividades portuárias que teve vigência até 1934, o bem da finalidade do serviço público.

Com a República, os portos não passaram à competência dos Estados. O Supremo Tribunal Federal, no começo do século, teve oportunidade de reafirmar êsse entendimento, invocando, todavia, ociosamente, o n.º 5 do art. 34 da Constituição de 1891. Assim está redigida a ementa do acórdão que decidiu, em grau de embargos, a Apelação Cível n.º 2.234:

“É da competência da União o serviços dos portos. Estabelecida por disposição da Constituição, não pode tal competência ser restringida, de qualquer modo, pela lei ordinária.” (*Rev. do STF*, vol. XII, pág. 207).

A sentença recorrida e confirmada pelo STF, do Juiz Federal da 1.ª Vara da Fazenda do Distrito Federal, versa exatamente acêrca do pôrto do Rio de Janeiro, que a municipalidade pretendia regular. Na sua motivação, entre outros tópicos, merece destaque o seguinte:

“Considerando, além disso, que o serviço do novo cais do pôrto do Rio de Janeiro não está absolutamente compreendido na jurisdição da municipalidade, é de propriedade e administração da União Federal, que o arrendou...” (Sentença de 27-12-1911, *Rev. do STF*, vol. XII, pág. 210).

Não era necessário buscar, para fundamento da competência da União, o apoio constitucional. A reserva de poderes dos Estados não prevalece, em matéria de bens públicos, dado que há enumeração dêles no texto constitucional e em vista da sua disciplina na lei ordinária. Criticou PONTES DE MIRANDA, por essa razão, as disposições das Constituições de 1934 (artigo 36, a), que constitucionalizaram as leis referentes a bens públicos (*Coment. à Const. de 1946*, Rio, s/d, pág. 518), êrro técnico que a atual não cometeu. Reportando-se apenas à lei ordinária, o insigne jurista assim esclareceu a competência para explorar os portos:

“Compete à União (hoje ao Ministério da Viação e Obras Públicas, por intermédio do Departamento Nacional de Portos e Navegação), a exploração dos portos nacionais, quer a cargo de concessionários ou arrendatários, sob a sua fiscalização (Decreto n.º 24.508, de 29 de junho de 1934, art. 1.º). Outrossim, tocam à União as obras de melhoramentos de portos, aparelhamento dêles e exploração comercial, bem como o julgamento da conveniência de concessões de terrenos de marinha e acrescidos, levando em conta exigências presentes ou futuras das obras e aparelhamento (Decreto n.º 24.447, de 23 de julho de 1934, art. 4.º)” (*Coment. à Const. da Rep. dos Est. Unidos do Brasil de 1934*, tomo I, pág. 242).

Impõe-se a conclusão de serem os portos bens da União (Decreto-lei n.º 33.760, de 5-9-1946, art. 1.º), que os concede e arrenda, ou explora diretamente, de acôrdo com sua conveniência (Decretos ns. 2.447, de 22-1-1934 e 24.599, de 6-7-1934), tudo na forma da legislação ditada pela sua competência constitucional. A recente Lei n.º 3.421, de 10-7-1958, que criou o Fundo Portuário Nacional, estipulou tarifas e firmou normas para a revisão dos contratos de concessão, operando a União como o único e soberano poder concedente. Federal, é, portanto, o serviço portuário, não cabendo aos Estados e Municípios regular-lhe a organização e exploração. Se assim é, como demonstrado, a Lei n.º 3.752 nada dispôs, nem poderia dispor, acêrca do assunto. Não se trata de serviço local que se enquadre na órbita de jurisdição estadual ou municipal.

4 — Dois corolários decorrem, pertinentes à espécie, do fato de ser o pôrto serviço público federal:

1.º — Cabe à União explorá-lo, diretamente, por meio da Administração centralizada, de autarquia, ou por concessão ou arrendamento.

2.º — Para concedê-lo ou arrendá-lo deve alterar o regime ora existente, em que a exploração é executada pela União, por intermédio da autarquia para tal fim criada, a “Administração do Pôrto do Rio de Janeiro”. Ora, como a atual organização se deu em virtude da lei federal, por outras leis modificada (Lei n.º 190, de 16-1-1936; Decretos-leis ns. 3.198, de 14-4-1941, 4.079, de 2-2-1942; 6.016, de 22-11-1943; 7.337, de 5-3-1945; 7.652, de 18-6-1945, etc., etc.), sòmente por nova decisão legislativa pode ser ela revogada. “A lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”, estatui o art. 2.º da Lei de Introdução, firmando princípio a cuja obediência não é possível fugir.

O Decreto federal n.º 24.599, de 6-7-1934, art. 1.º, assegura — caso a lei federal delibere alterar o atual regime — a faculdade da União de conceder a exploração dos serviços portuários aos Estados. A Constituição de 1934, art. 5.º, § 2.º, dava-lhes a preferência para a concessão, em disposição cuja vigência pode ser sustentada, com a fôrça de lei ordinária. Contra êsse ponto de vista, não cabe invocar o disposto no art. 18, § 3.º da Constituição, que alude a *acordos* entre a União e os Estados, os quais, dada a sua natureza de contratos, não se podem opor à lei. Não basta, *data venia*, decreto federal para decidir a concessão ao Estado, inócua, também, por melhores razões, para alcançar êsse objetivo, a lavratura de um têrmo.

5 — O Decreto federal n.º 24.447, de 22-6-1934, art. 2.º, parágrafo único) alude a concessão e arrendamento dos “portos organizados”. Tratando-se de serviço em pleno funcionamento, sem que se contratem obras públicas, o caso seria de *arrendamento*, na forma da lição de MARCEL WALINE (*Manuel Elémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1946, página 332).

Face ao exposto, caso a alta Administração do Estado entenda conveniente o arrendamento do pôrto do Rio de Janeiro, cumpre-lhe entrar

em entendimento com o Congresso Nacional, para providenciar a lei que autorize o Govêrno Federal a efetivá-lo.

Êste o nosso parecer. S.M.J.

Rio de Janeiro, 10 de abril de 1963.

RAYMUNDO FAORO
Procurador do Estado

**SERVIÇO DE LOTERIA DO ESTADO DA GUANABARA.
CONTRATO PARA DISTRIBUIÇÃO E VENDA DE BILHETES.
REGISTRO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO**

I — A ESPÉCIE

A Lei n.º 710, de 14-7-1952, dispôs no seu artigo 1.º:

“Art. 1.º Fica criado o Serviço da Loteria do Distrito Federal”.

E, no artigo 2.º, determinou:

“Art. 2.º A Loteria do Distrito Federal será explorada diretamente pela Prefeitura ou por particulares, mediante concorrência pública”.

Não tendo sido dada execução ao comando legal pelo Poder Executivo do antigo Distrito Federal, outro diploma, bem mais recente — a Lei n.º 14, de 24-10-1960 — assim ordenou:

“Art. 119. O Poder Executivo organizará, imediatamente, o Serviço Lotérico previsto na Lei n.º 710, de 14 de julho de 1952, sob a denominação de Loteria do Estado da Guanabara”.

Em cumprimento da reiterada determinação legal, e no exercício do *poder regulamentar* que lhe confere o art. 30, I, *fine*, da Constituição Estadual, o Governador do Estado, mediante o Decreto n.º 827, de 18-1-1962, aprovou o Regulamento do Serviço de Loteria do Estado da Guanabara, designado pela sigla SELE. Nesse Regulamento (art. 1.º, parágrafo único) dispôs-se que o SELE ficaria “subordinado administrativamente à Secretaria Geral de Finanças” e seria “explorado diretamente pelo Govêrno do Estado”. Noutros dispositivos cuidou-se da estruturação administrativa do nôvo órgão e discriminaram-se as atribuições dos seus dirigentes. Assim, lê-se nos arts. 5.º e 6.º:

“Art. 5.º A Administração da Loteria do Estado da Guanabara compor-se-á de três diretores, sendo um Diretor Superintendente, um Diretor Tesoureiro e um Diretor Secretário, de livre escolha do Governador do Estado, mediante indicação do Secretário de Estado das Finanças.

Art. 6.º Incumbe ao Diretor Superintendente exercer todos os atos necessários à execução do serviço, especialmente:

d) contratar agentes para a venda de bilhetes, determinando-lhes as condições, fianças e comissões”.

O Regulamento do SELE sofreu pequenas alterações, por meio dos Decretos ns. 883, de 28-2-1962, e 1.565, de 14-3-1963, nenhuma das quais, entretanto, incidiu sobre qualquer dos dispositivos acima transcritos.

De outro lado, sempre no uso da faculdade conferida pelo art. 30, I, *fine*, da Constituição do Estado, o Governador, através do Decreto n.º 1.132, de 13-8-1962, posteriormente complementado e parcialmente alterado pelos de ns. 1.156, de 31-8-1962, e 2.650, de 29-4-1963, disciplinou a forma de aplicação dos recursos da Loteria Estadual, dentro das diretrizes genéricas traçadas pelo art. 3.º da Lei n.º 710, de 14-7-1952.

Valendo-se da autorização contida no art. 6.º, *b*, do Regulamento, o SELE, mediante concorrência pública, contratou os serviços do Sr. Citimo Cataldo para distribuição e venda de bilhetes da Loteria do Estado. O contrato, lavrado a 31-7-1962, em notas do 21.º Ofício desta cidade, livro n.º 603, fls. 13 verso, foi assinado, em nome da Administração, pelo Sr. Secretário de Finanças e pelos três Diretores, os Srs. Celso Furtado de Mendonça (Diretor Superintendente), Paulo Vidal Leite Ribeiro (Diretor Secretário) e Antônio Carlos Cordeiro de Faria (Diretor Tesoureiro), respectivamente nomeados pelo Governador do Estado mediante os Decretos de ns. 841, 842 e 843, todos de 31-1-1962.

Remetido o contrato ao Colendo Tribunal de Contas do Estado, para o competente registro, *ex-vi* do art. 23 da Constituição estadual, deliberou aquêlê órgão, nos termos do voto do eminente Relator, Ministro ALVARO DIAS, e de acôrdo com o Parecer da Procuradoria do Tribunal, emitido pelo ilustre Procurador Dr. EDGAR COIMBRA SAMPAIO, converter o julgamento em diligência. No Parecer e no voto, levantam-se dúvidas de natureza vária sobre a regularidade do procedimento da Administração, tendo-se julgado necessário dar a esta, “se o desejar”, a oportunidade de “prestar outros informes pertinentes” aos pontos focalizados nas objeções, como se expressa o douto Ministro Relator.

II — EXAME DAS QUESTÕES SUSCITADAS

O louvável zêlo do Colendo Tribunal de Contas, que não quis pronunciar-se em definitivo sobre a matéria sem ter à vista os esclarecimentos da Administração, abre a esta Procuradoria Geral o ensejo de exa-

minar as questões suscitadas, buscando aclarar-lhes os mais relevantes aspectos jurídicos e verificar se há ou não razões fundadas para a subsistência das dúvidas que se manifestaram acêrca da regularidade do contrato submetido a registro. Vejamos, ponto por ponto, o que se argúi a respeito no Voto do Exmo. Ministro Relator:

1. “A escritura faz certo que o contrato foi celebrado entre a Secretaria de Finanças e o Sr. Citimo Cataldo. Mas a Secretaria é um órgão integrante da Administração do Estado; não é uma pessoa jurídica. O contrato deveria ter sido subscrito, em nome do Estado, por um representante autorizado: poderia ser o Secretário de Finanças, o Procurador Geral ou outra autoridade investida de podêres expressos”.

A Secretaria de Finanças, com efeito, não é — à evidência — uma pessoa jurídica. Ao próprio SELE, nenhum diploma legal conferiu explicitamente tal personalidade. Seria temerário reconhecer-lhe a natureza de autarquia. Mas o que deflui, com tôda a clareza, do texto da Lei n.º 710, de 14-7-1952, é o caráter de *órgão autônomo* que se quis dar, no esquema geral da administração, ao Serviço da Loteria. A técnica da descentralização administrativa, a que hoje tão freqüentemente se recorre, para atender às necessidades crescentes e cada vez mais complexas do serviço público, admite *gradação* muito ampla, desdobrável em extensa gama de soluções, que destacam êste ou aquêlê órgão, com maior ou menor nitidez, do aparelho central da Administração.

Como bem nota TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, cumpre admitir, nessa perspectiva, a existência de “diversos tipos de emprêsas ou de estabelecimentos”, que o autor assim classifica:

- “1) os que se integram no sistema administrativo do Estado;
- 2) os que gozam de maior autonomia pela natureza do serviço;
- 3) os que se constituem com a participação do capital privado;
- 4) os serviços delegados;
- 5) os serviços de simples cooperação” (*Tratado de Direito Administrativo*, 4.ª ed., vol. II, pág. 44).

E discorrendo, noutro passo, sobre os órgãos a que se refere o n.º 2 acima, e que entre nós, no plano federal, são geralmente designados pela denominação de Departamentos, assinala o renomado publicista:

“O departamento autônomo se caracteriza pela *especialização funcional*, em determinado ramo da atividade pública (...).

Êstes departamentos, que se destacam pela sua organização do conjunto das repartições, *gozam de relativa autonomia* e a sua subordinação a determinado Ministério é sempre menor do que as diretorias, inspetorias, etc.” (ob. cit., pág. 77-78).

É, *mutatis mutandis*, o caso do SELE, que, apesar de sujeito à supervisão administrativa da Secretaria de Finanças (Regulamento baixado pelo Dec. n.º 827, de 18-1-1962, art. 1.º, parágrafo único), não se insere totalmente no aparelho central da Administração do Estado, quer por sua estrutura, quer pela relativa liberdade de atuação que lhe caracteriza o regime.

Basta ver que a Lei n.º 710, de 14-7-1952, criadora do Serviço, previa para este (no art. 2.º, § 2.º) a formação de um *quadro de pessoal* separado do quadro geral da então Prefeitura do Distrito Federal. É verdade que o recrutamento do pessoal deveria ser “obrigatoriamente feito dentre os servidores da Prefeitura”; mas não é menos certo que se dispunha sobre a criação de *novos cargos*, específicos do Serviço da Loteria, e se disciplinava a respectiva forma de provimento, com funcionários ocupantes de outros cargos no quadro municipal, *verbis*:

“... para as funções de escriturário, motorista, contínuo e servente, serão aproveitados os do cargo de Trabalhador, que tenham mais de cinco anos de serviço e estejam exercendo essas funções nos quadros da Municipalidade” (art. 2.º, § 2.º, *in fine*).

Foi sem dúvida em atenção a esse caráter de *órgão relativamente autônomo*, imprimido ao Serviço da Loteria pela lei, que o Governador do Estado lhe estruturou a administração superior nos termos do art. 5.º do Regulamento baixado com o Dec. n.º 827, de 10-1-1962, acima transcrito, e, no art. 6.º, conferiu ao Diretor Superintendente, entre outras atribuições, a de “contratar agentes para a venda de bilhetes, determinando-lhes as condições, fianças e comissões” (alínea *d*). É justamente o caso do contrato submetido a registro. O Diretor Superintendente do SELE, Sr. Celso Furtado de Mendonça, teria *por si só* qualidade para subscrevê-lo pela Administração, mercê da expressa autorização constante daquele dispositivo — a qual, sendo *genérica*, obviamente dispensa a outorga, pelo Governador, de poderes específicos à referida autoridade, *cada vez* que precisasse ela praticar atos da natureza dos ali previstos.

O contrato foi assinado pelo Diretor Superintendente e — *ex abundantia* — pelos dois outros Diretores e pelo Sr. Secretário de Finanças. Bastaria, *data venia*, que o fôsse pelo Diretor Superintendente — no caso, e por força de disposição expressa do Regimento do SELE, *representante autorizado* da Administração.

2. Haveria conflito entre as estipulações constantes das cláusulas 14.^a e 17.^a do contrato, parecendo ao Exmo. Sr. Ministro Relator que “só a cláusula 17.^a deveria regular o assunto, não só por força do art. 23 da Constituição Estadual, como em consequência da observância do art. 74 do Código de Contabilidade (alínea *j*, item I)”, e mais que “o Tribunal não poderá ordenar o registro do contrato sem a supressão da cláusula 14.^a”.

Eis o teor das cláusulas em questão:

“14.^a) O presente contrato terá a duração de cinco anos, contados da data da sua assinatura pelos contratantes, mas res-

cindir-se-á, de pleno direito, independentemente de aviso, notificação ou interpelação judicial ou extra-judicial, se o Distribuidor infringir qualquer das cláusulas e condições estabelecidas. Nessa hipótese, além da rescisão, o Distribuidor indenizará o SELE de todos os prejuízos causados, além da multa de 20% sobre esses prejuízos, não podendo a multa ser inferior a Cr\$ 2.000.000,00 (dois milhões de cruzeiros), que será paga a título de multa contratual”.

“17.^a) A vigência deste contrato, fixada na cláusula décima quarta, fica condicionada ao seu registro pelo Tribunal de Contas, não cabendo ao Distribuidor nenhuma indenização na hipótese de ser o registro denegado por aquêle Tribunal”.

Salvo melhor juízo, não nos parece haver contradição insolúvel entre o disposto nesta última cláusula e o que estatui a 1.^a parte da 14.^a — já que a 2.^a parte se refere, manifestamente, a matéria diversa. Talvez a redação não seja ali tecnicamente perfeita, mas “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem” (Código Civil, art. 85). Cumpre ao intérprete afastar os equívocos que este porventura enseje, procurando a melhor forma de conciliar as disposições aparentemente contraditórias, em ordem a revelar, naquilo que a imperfeição da letra possa encobrir, o *espírito orgânico* que presumivelmente anima o acôrdo de vontades. Já o velho POTIER, na 6.^a das suas famosas regras de interpretação das convenções, dizia que “uma cláusula deve interpretar-se pelas outras do mesmo instrumento, quer a precedam, quer se lhe sigam”. É o princípio consagrado no art. 131, n.º 2, do nosso Código Comercial, segundo o qual

“As cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que não o forem, e que as partes houverem admitido: e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas”.

É que, conforme frisa DARCI BESSONE, “o contrato é um todo orgânico, cujo conteúdo pôsto que integrado por várias peças, configura-se como uma unidade”, de sorte que “o isolamento de disposições frequentemente deturpa ou obscurece o pensamento dos contratantes” (*Do Contrato*, pág. 234). *In casu*, é o que pode ocorrer se nos fixarmos na expressão literal da cláusula 14.^a, sem lhe conjugarmos a estipulação com a da cláusula 17.^a, que a completa e aclara.

Mas não há necessidade de suprimir a cláusula 14.^a para determinar o conteúdo da convenção no que diz respeito ao prazo. Bastará entendê-la no sentido que *razoavelmente* lhe terão dado as partes. O de que nela se trata, com tóda a evidência, é *apenas* de fixar o *térmo final* do contrato, adotando-se embora, como ponto de partida para a contagem do prazo, a data da celebração. O contrato vigorará *até cinco anos depois desta* — o

que não significa, necessariamente, que o seu cumprimento seja exigível desde a própria celebração. A cláusula 17.^a precisa este último ponto, fixando como *condição suspensiva* o registro pelo Tribunal de Contas. Tudo perfeitamente de acôrdo com o que dispõe o art. 74, § 4.^o, do Código de Contabilidade do Estado:

“Art. 74. —

§ 4.^o — A fixação da data do início da vigência do contrato poderá ficar ao prudente arbítrio da administração pública, mas a exigibilidade dêle decorrente só se dará após a ordenação do registro pelo Tribunal de Contas”.

Nem se enxergue ilegalidade no fato de ter-se iniciado, antecipadamente, a execução dos serviços contratados, pois o mesmo diploma legal, no § 5.^o do citado artigo, prevê *expressis verbis* a hipótese:

“Art. 74. —

§ 5.^o — Se, em definitivo, denegar registro a contrato já executado, ou em execução, o Tribunal de Contas registrará a respectiva despesa, quando capacitado de haver agido a autoridade administrativa com boa fé; caso depreenda do contrato a que tenha recusado registro a existência de dolo ou culpa, o Tribunal de Contas só poderá registrar a respectiva despesa sob reserva, e desde que não tenha sido efetuada com violação de lei de maior hierarquia, comunicando à Câmara de Veradores os fundamentos da sua ressalva”.

Por outro lado, convém notar que, no caso em pauta, transcorrido o prazo de 45 dias, a partir da remessa do contrato ao Tribunal de Contas, ou melhor, da entrada do processo no protocolo do Tribunal, sem pronunciamento definitivo dêste sobre o registro, tem-se a convenção como registrada, para todos os efeitos, *ex vi* do art. 73, § 4.^o, do Código de Contabilidade:

“Art. 73. —

§ 4.^o — Os contratos que, remetidos ao Tribunal de Contas para registro, não forem apreciados, em caráter definitivo, dentro do prazo de 45 dias, contados da entrada do protocolo do Tribunal, serão considerados, para todos os efeitos, como registrados, sendo que o ato do Tribunal, baixando o processo em diligência, interrompe o prazo”.

Seriam, pois, ruinosas as conseqüências para o Estado, se, já tendo incidido, pelo decurso do prazo, o dispositivo acima transcrito, resolvesse o Colendo Tribunal de Contas recusar o registro. É fácil prever como se

pronunciaria a Justiça numa ação eventualmente proposta pelo Sr. Citimo Cataldo.

3. “O cumprimento do contrato é garantido por uma caução constituída por hipoteca de imóveis. Mas o processo não esclarece como se formalizou o reconhecimento do direito real; não indica se foi observado o disposto no art. 770, § 1.^o, do Regulamento Geral do Código de Contabilidade Pública da União, aplicável supletivamente. A audiência prevista deveria ser do Consultor Jurídico do Estado”.

Aqui também se afigura infundada a dúvida. A garantia hipotecária oferecida pelo Sr. Citimo Cataldo foi aceita pelo SELE, nos termos da cláusula 16.^a do contrato, à vista da documentação apresentada pelo candidato (título de propriedade, certidões negativas do Registro de Imóveis, quitações fiscais, etc.). A inscrição da hipoteca, segundo informa a Administração, foi efetuada. O Estado acha-se plenamente garantido.

Quanto à providência referida na parte final da objeção, seja-nos lícito afirmar a sua inexigibilidade. Não cabe, *in casu*, aplicar supletivamente a norma do art. 770, § 1.^o, do Regulamento do Código Federal, pois isso significaria ampliar a competência do Consultor Jurídico do Estado a hipótese não prevista na legislação pertinente. Os dois regimes são diversos: um — o federal — impõe a audiência do Consultor Geral da República sobre a situação jurídica do imóvel oferecido em garantia e sobre a validade desta; outro — o estadual — não exige o pronunciamento do Consultor Jurídico do Estado. Porque se terá de pensar que houve omissão involuntária do legislador local, a reclamar integração por via analógica? O que houve foi mera divergência na maneira de disciplinar o assunto — nada mais.

Para legitimar o recurso à analogia — que é processo de *integração* da norma jurídica —, é mister que nos encontremos diante de uma *lacuna* do ordenamento, ou seja, diante de uma questão *impossível* de resolver com os subsídios do texto legislado. É o que diz o art. 7.^o da Lei de Introdução ao Código Civil:

“Art. 7.^o — Aplicam-se, nos casos omissos, as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais de direito”.

A aplicação analógica de outro dispositivo só tem lugar, pois, “se o trabalho mental do intérprete não consegue arrancar da letra nem do *espírito da lei* a norma jurídica aplicável ao caso”, como excelentemente ensina o mestre CLOVIS BEVILAQUA (*Código Civil Comentado*, 11.^a ed., vol. I, página 88). Não é, em absoluto, o que se dá nesta hipótese.

Além do mais, por ocasião da assinatura do contrato, foi ouvida pelo SELE esta Procuradoria Geral, que, como é sabido, exerce, no plano estadual, funções consultivas perfeitamente análogas às da Consultoria Geral da República na órbita federal, *ex vi* do disposto no art. 1.^o, II, do Regimento baixado com o Dec. n.^o 967, de 13-4-1962:

“Art. 1.º — A Procuradoria Geral do Estado da Guanabara (PRG), dirigida por um Procurador Geral em comissão, tem por finalidade:

I —

II — Opinar em consultas jurídicas que lhe formularem os órgãos da Administração”.

4. No tocante ao processo da concorrência, o Exmo. Sr. Ministro Relator, em face do que reza a 2.ª condição, letra *j*, do respectivo Edital, levanta dúvida pertinente à existência de distribuição de processo-crime contra o Sr. Citimo Cataldo.

Ora, como é óbvio, a finalidade daquela cláusula — e de tôdas as cláusulas semelhantes, em quaisquer Editais de concorrência — é a de permitir à Administração o conhecimento de antecedentes criminais que porventura excluam a idoneidade de algum candidato. Mas essa exclusão não decorre *automaticamente* do simples fato de haver sido distribuída contra êle uma ação penal. Esse fato apenas funciona como *indício* a ser investigado pelo órgão administrativo. O que realmente interessa é o *resultado* do processo: se o candidato sofreu *condenação*, então, sim, impõe-se excluí-lo da concorrência; se foi, porém, *absolvido*, não há razão para que se faça pesar em seu desfavor, *ad infinitum*, uma acusação que o Poder Judiciário — único competente para apreciá-la — já julgou improcedente.

Na hipótese, o Sr. Citimo Cataldo provou que o processo-crime contra êle instaurado não teve prosseguimento, sendo o réu absolvido por falta de provas. Sua situação jurídica, depois disso, é a mesma que existiria *se nunca tivesse sido processado*. Não se lhe pode restringir qualquer direito com base na mera existência da *distribuição*, se a ação já se encerrou, e com resultado favorável a êle. Nesse sentido, aliás, o incisivo Parecer proferido pelo eminente Prof. SOBRAL PINTO, em resposta a consulta da Diretoria do SELE.

Em todo caso, se se quisesse entender ao pé da letra, contra o seu objetivo precípua e contra as indicações do bom senso, o teor da 2.ª condição, letra *j*, do Edital, ainda assim não caberia a eliminação do concorrente Citimo Cataldo, pois ali somente se cuida de distribuições feitas “nos últimos dez anos”. Ora, a distribuição a que se refere a certidão de fls. 38, passada pelo Cartório do 3.º Ofício, é anterior ao termo fixado pelo Edital. Assim, nem mesmo a interpretação *literal* da cláusula — admitida aqui *ad argumentandum tantum* — seria bastante para legitimar qualquer dúvida sobre o tema.

5. Estende-se ainda o Voto do Exmo. Sr. Ministro Relator em considerações acêrca dos Decretos baixados pelo Governador do Estado, no exercício do seu poder regulamentar (Constituição Estadual, art. 30, I, *fine*), para permitir a execução da Lei n.º 710, de 14-7-1952, e do art. 199 da Lei n.º 14, de 24-10-1960. A S. Excia. parece-lhe que tais Decretos contém dispositivos irregulares, incompatíveis com as disposições legais em vigor, sobretudo no que concerne à forma de recolhimento da receita da Loteria, à aplicação de tais recursos e ao processo da fiscalização.

Seria fácil mostrar a improcedência dos temores manifestados pelo ilustre Ministro ALVARO DIAS. Mas, ao nosso ver, não é êste o momento oportuno para discutir a matéria. Ousamos divergir de S. Excia. quando entende que “se o contrato fôr aceito como formulado e subscrito, o Tribunal estará implicitamente reconhecendo como válida” a legislação regulamentar, à qual “se condiciona o cumprimento” da convenção. E assim fazemos porque, entre os pontos que se indicam no Voto como de duvidosa regularidade, não há *nenhum*, a rigor, que precise ser, desde logo, implicitamente reconhecido como válido pelo Colendo Tribunal de Contas ao registrar o contrato, ou do qual dependa o cumprimento dêste.

A bem dizer, o único dispositivo regulamentar cuja validade constitui *pressuposto* da validade do contrato é o art. 6.º, *d*, do Regulamento aprovado pelo Dec. n.º 827, de 18-1-1962, que atribui competência ao Diretor Superintendente do SELE para celebrar ajustes da natureza do submetido ao registro. Mas êsse dispositivo não figura entre os criticados no Voto — e, de fato, nada se acha nêle que possa alimentar a mais leve suspeita de ilegalidade. Os outros, a que se refere o douto Ministro Relator, são, *data venia*, impertinentes à questão do registro.

Com efeito: qual a relação direta entre um contrato de distribuição e venda de bilhetes da Loteria Estadual e a maneira como eventualmente serão recolhidas e aplicadas as rendas do órgão ou fiscalizada essa aplicação? Afirma-se no Voto que “seria necessária a inclusão de cláusula, no contrato, impondo o recolhimento da renda ao Tesouro e sua incorporação à receita pública, para somente ser desembolsada em pagamentos de despesas legalmente processadas, empenhadas e liquidadas”. Sem entrarmos no mérito da questão, atrevemo-nos a observar que o Exmo. Sr. Ministro Relator certamente não pesou bem a *oportunidade* de sua sugestão. Seria, em nosso entender, totalmente despropositado inserir no contrato entre o SELE e o Sr. Citimo Cataldo estipulação do teor sugerido. Que tem o Sr. Cataldo com a forma por que vai a Administração dispor da renda da Loteria? Num contrato, como é intuitivo, o que se regula são apenas os direitos e deveres recíprocos das partes, as pretensões e obrigações que cada qual assume em face da outra, os efeitos que, *entre elas*, vão decorrer do pactuado. Nunca, matéria que só interessa, *unilateralmente*, a êste ou aquêle contratante.

A validade do contrato é tema independente do da regularidade geral dos Decretos expedidos pelo Governador a respeito da Loteria do Estado. Só o primeiro está, agora, em causa. O Colendo Tribunal, *data venia*, não tem que pronunciar-se, neste ensejo, sobre a legalidade ou a ilegalidade dos dispositivos regulamentares concernentes à renda do Serviço e à sua destinação. Nem esta última questão é *prejudicial*, em relação à primeira. Trata-se de problema *diverso e autônomo*, cuja discussão encontrará sede própria *noutro* processo. Eis porque nos dispensamos de examinar aqui as diversas objeções opostas no Voto do Exmo. Sr. Ministro Relator a normas dos Decretos ns. 827, 1.132 e 1.156. Seria alongar demais — e, repita-se, com matéria inoportuna, impertinente — êste parecer.

Do exposto, concluímos pela improcedência das dúvidas manifestadas acêrca da regularidade do contrato celebrado entre o SELE e o Sr. Cítimo Cataldo, para distribuição e venda de bilhetes da Loteria do Estado, e expressamos a nossa convicção de que os ilustres Ministros do Colendo Tribunal de Contas, mais esclarecidos sôbre a matéria, não verão motivo para recusar registro àquele ato; antes, pelo contrário, guiados pelo alto espírito público que sempre anima a Egrégia Côrte de Contas dêste Estado, hão de evitar as nocivas consequências que para êle adviriam da eventual denegação do registro.

É o que nos parece.

Rio de Janeiro, 12 de julho de 1963.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA
Procurador do Estado

SERVIÇOS FÚNEBRES. CORRETAGEM. LICENCIAMENTO DE ESCRITÓRIOS

A Lei n.º 716, de 4 de agosto de 1952, e os contratos com a Santa Casa não vedam o licenciamento de escritórios, para o exercício da corretagem de serviços fúnebres; o que proíbem é a instalação de novas casas, para o comércio de artigos funerários.

No processo n.º 5 511 656/57, Fernando Ribeiro requer licença para estabelecer uma agência funerária, para corretagem de serviços funerários. Informando o processo, diz o Diretor do Departamento de Fiscalização:

“Em face do disposto no art. 10 parágrafo único da Lei n.º 716, de 4 de agosto de 1952, e nos termos dos contratos celebrados entre a Prefeitura e a Santa Casa de Misericórdia, em 27-7-1953 e 17-2-1954, êste último publicado no *D. O.* de dia 16-2-1954, às fls. 7 046, submeto à decisão de V. Exa. sugerindo a audiência da Douta Procuradoria”.

O contrato celebrado em 27 de julho de 1953 estabelecia, na cláusula 9, o seguinte:

“A partir da vigência dêste contrato, obriga-se a Prefeitura a não conceder novas licenças para casas de artigos funerários, podendo, entretanto, aquelas que ora se acham devidamente licenciadas continuar no exercício de suas atividades em funerais e enterramentos nos onze cemitérios públicos municipais

a que se refere a cláusula segunda, respeitando a mesma Tabela de Preços fixada para a Santa Casa”.

O termo aditivo de re-ratificação do contrato celebrado em 12-2-1954 revogava essa cláusula, quando dizia:

“Ficam mantidas tôdas as cláusulas do contrato celebrado em 27-7-1953, com exceção daquela a que se refere a cláusula seguinte”.

A cláusula seguinte dizia:

“Fica anulada e sem nenhum efeito a cláusula 9 do Termo do contrato acima mencionado”.

A cláusula 9 era a que transcrevemos acima: O contrato aditivo proibia, assim, a concessão de *novas* licenças para casas de artigos funerários, admitindo a continuação das que já se encontrassem em funcionamento. Essa revogação, aliás, vinha corresponder ao texto da Lei n.º 716, de 4-8-1952, na qual se estipulava:

“Art. 10, Parágrafo único — “As atuais casas de artigos funerários, devidamente licenciadas, poderão continuar no exercício de suas atividades em funerais e enterramentos, nos cemitérios a que se refere êste artigo, respeitadas as tabelas e preços estabelecidos em função desta lei”.

Como se vê, a lei assegurava a continuação das casas já licenciadas, o que valia pela proibição do licenciamento de novos estabelecimentos dêste tipo. A Santa Casa, na questão, está protegida por um regime de privilégio, excluindo outras concorrências, que não as que já existissem no momento da lei e do contrato aludidos.

No caso presente, não se trata de licenciamento de casa de artigos funerários, mas de um escritório “para corretagem de serviços fúnebres”. A corretagem não invade o comércio, em que existe o privilégio da Santa Casa. Pode até facilitar êsse comércio, auxiliá-lo, aproveitando-se dêle para a informação e esclarecimento dos interessados.

Não vemos, pois, razões para o indeferimento do requerido, desde que feita a licença com as restrições que traduzam os preceitos legais citados. Licença para corretagem de serviços fúnebres e não para o comércio de artigos funerários.

Rio de Janeiro, 3 de junho de 1958.

BARBOSA LIMA SOBRINHO
2.º Procurador da PDF

SERVIÇOS DE TRANSPORTE COLETIVO. COMPETÊNCIA PARA A AUTORIZAÇÃO

Tenho a honra de restituir os autos do processo administrativo número 7 000 087/56, em que se contém consulta do Senhor Diretor do Departamento de Concessões, que se pede respondida por esta Procuradoria Geral.

Não resta a menor dúvida em que a autorização dos serviços de transporte coletivo de passageiros por meio de auto-ônibus, micro-ônibus e auto-lotações deverá ser expedida pelo Diretor do Departamento de Concessões, pois é este o órgão competente da Prefeitura do Distrito Federal.

Determina-o o artigo 1.º da Lei n.º 775, de 27 de agosto de 1953.

E tanto é assim que, como reza o artigo 2.º da mesma lei, as autorizações serão concedidas tendo em vista as necessidades de transporte das diversas regiões do Distrito Federal e a conveniência, a juízo da Prefeitura, do estabelecimento de linhas de acôrdo com o plano elaborado pelo Serviço de Planejamento, em que o artigo 14 da lei citada transformou o Serviço de Censo de Tráfego, subordinado ao Departamento de Concessões.

Essa competência do órgão especializado da Prefeitura deve ser defendida, para que a Municipalidade não seja despojada de atribuição sua, em serviço que lhe é peculiar.

No sistema federativo, as competências se estabelecem de acôrdo com a peculiaridade — nacional, estadual ou municipal — dos negócios públicos.

Essa é a lição dos mestres abalizados do nosso direito constitucional.

E, entre os assuntos de estrita peculiaridade municipal, nenhuma dúvida pode sobejar em que o de transporte coletivo de passageiros nas diversas regiões que o compõem é de interesse primacialmente comunal.

Aliás, o Código de Trânsito, Decreto-lei n.º 3 651, de 25-9-1941, já havia, dentro dêsse critério discriminativo de competências, estabelecido as fronteiras respectivas, quando, no artigo 67 e suas letras, fixa a competência da autoridade que expede a concessão, e, no artigo 68, a das autoridades de trânsito, que se limita a pontos ou paradas de embarque e desembarque dos veículos de transporte coletivo, com a respectiva sinalização.

É verdade que, no citado artigo 67, quanto a itinerários, determina que seja *ouvida* pela autoridade que concede a repartição de trânsito e, no artigo 69, estabelece que a essa repartição e a concedente se *entendam* sobre as *mudanças* de itinerário e, em havendo divergência, neste caso, haja recurso para o Conselho de Trânsito.

E, se êsses textos não bastassem a firmar a competência municipal, lá estaria o artigo 70 do mesmo Código de Trânsito, do qual defluiu, inequivocamente, que é a autoridade local a que concede autorização para a exploração de tais serviços, tanto que ali se dilata essa competência a outras exigências em relação às empresas concessionárias, quando as cidades tiverem mais de 500 000 habitantes.

Fôrça é, pois, concluir:

a) a competência é da Prefeitura e, nesta, do seu órgão especializado, o Departamento de Concessões;

b) os itinerários serão por ela fixados, *ouvida* a repartição de trânsito, que, por certo, a título de colaboração em matéria de tráfego, pois que é a sua especialidade, oferecerá suas sugestões. A lei só admite a *audiência*, e nunca o poder de se sobrepor à autoridade municipal competente, em matéria de peculiar interesse do Município, pois seria isso a subversão de toda a doutrina federativa;

c) *apenas* no caso em que se devam *mudar* os itinerários, estabelecidos na concessão, *pois que só pode ser mudado o que antes existe*, é que as duas autoridades, a concedente e a de trânsito, se devem entender, com recurso, em caso de divergência, para o Conselho Nacional de Trânsito.

Os autos da consulta deixam entrever que a repartição de trânsito está exorbitando da sua competência, arrogando-se competência que a lei lhe não atribui.

Minha resposta à consulta em foco, muito bem suscitada, na salvaguarda de competência municipal, pelo Sr. Diretor do Departamento de Concessões, assenta na lição dos mestres do direito público e constitucional brasileiro, na conceituação do sistema federativo.

"F. LIEBER, *La Libertà Civile e l'Autogoverno*, cap. 3, trad. de Pietro Fedà, define por esta forma o que seja *autonomia*: "significa *autogovêrno*", ou seja, a execução das leis por funcionários locais.

Desde a lei de 1-10-1928, em seu artigo 66, ficou estabelecido que estava a cargo das Municipalidades tudo que diz respeito à polícia e economia das povoações e seus termos.

Nunca foi isso discutido nem no Brasil, nem nos países que adotam o nosso regime: tudo quanto é de peculiar interesse do município é da sua alçada.

Já a Constituição de 1891 assegurou a autonomia municipal em tudo quanto fôsse de seu peculiar interesse (art. 68), respeitando assim a tradição e a doutrina do nosso direito, herdados do direito português.

A Constituição Federal de 1946, ora vigente, é de uma clareza solar quando mantém o mesmo princípio: em seu artigo 28 declara que *será assegurada a autonomia dos Municípios*, pela administração própria, *no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente, à organização dos serviços públicos locais*.

Nisto não faz essa Carta mais do que repetir o que, já antes, haviam ordenado as Constituições de 1934 e a de 1937.

JOÃO BARBALHO, em seus *Comentários*, 1902, págs. 282-283, assim se expressa sobre a autonomia municipal: "o pleno exercício da liberdade municipal é não só um direito, mas uma condição *sine qua non* de uma organização constitucional sobre a base do *self-government*".

O Distrito Federal foi organizado administrativamente pela Lei Federal n.º 217, de 15-1-1948. No seu artigo 2.º se estatuiu que compete ao Distrito Federal exercer, em geral, todo e qualquer poder ou direito que

lhe não seja negado, explícita ou implicitamente, por cláusula expressa da Constituição ou de lei federal.

“O Distrito Federal”, como ensina EDUARDO ESPÍNOLA, em sua *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 1.º volume, 1952, pág. 222, “tem, atualmente, na Federação Brasileira, um caráter próprio que lhe faz participar de atribuições que competem aos Estados e outras que pertencem aos Municípios, sem se confundir com aquêles ou com êstes.

Pelo fato de ser a Capital da República, alguns de seus serviços, e dos mais importantes, são exercidos ou custeados pelo Governo Federal.

Estão neste caso, além da Justiça, — a Biblioteca Pública, a Higiene, o Corpo de Bombeiros, a Penitenciária e o Presídio.

O adjetivo — municipal — é muitas vezes empregado de referência aos seus órgãos e serviços.

Assim — Prefeitura Municipal, Câmara ou Assembléia Municipal, Ensino Público Municipal. Não, porém, de referência à Justiça local do Distrito Federal”.

Como predica o eminente CARLOS MAXIMILIANO, “a autonomia municipal é a célula da democracia”.

E, ainda, “na Constituinte de 1946 predominou *zêlo ardoroso pelos interesses dos Municípios*, em cujo prol timbraram os parlamentares em despojar a União e os Estados”.

E, para servir ao nosso caso, preleciona: “Certos serviços, isolados ou pelo menos subdivididos, saem mais caros e de pior qualidade. Por isso, ou a edibilidade os explora, ou concede, mediante fiscalização, a um indivíduo ou companhia. Assim sucede com o abastecimento de água potável, gás de iluminação e luz elétrica, linhas de *tramsways* (bondes) ou de *ônibus dentro da cidade*, viadutos onde se cobre a passagem, estrada de ferro subterrânea, telefônios, matadouro, mercado e esgotos”.

E, mais adiante: “regulam (as autoridades municipais) o comércio ambulante e o de bebidas tóxicas, os *transportes urbanos de pessoas e mercadorias...*”

Se assim é, se o Distrito Federal, pela lei que o organizou administrativamente, exerce, em geral, todo e qualquer poder ou direito que não lhe seja negado, explícita ou implicitamente, por cláusula expressa da Constituição ou de lei federal; se essa organização é mista de Estado e Município, com a autonomia dêstes; se nenhuma lei há que lhe retire a autonomia no tocante à organização das linhas de transporte coletivo ou de mercadorias, antes, ao revés a lei do trânsito lha reconhece, como acima frisamos, outra conclusão não se pode extrair senão a de que é da sua competência essa organização, que figura entre as atribuições precípua dos Municípios.

Vale, aqui, o ensinamento do grande RUI BARBOSA, no V volume de seus *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por HOMERO PIRES, 1934, págs. 139 e segs.: “Folhamos com ela o precioso rabeco, e vimos que efetivamente o *Município do Distrito Federal*, sôbre ter a mesma autonomia afiançada aos Estados, de Estado possui ainda, em grande parte, os foros. Com uma categoria muito superior à

das outras Municipalidades, não pode estar abaixo na independência que a Carta do novo regime lhes prometeu”.

O argumento é irrefutável, tanto em face da Constituição de 1891, como das demais que lhe sucederam, inclusive a atual.

E que a matéria é de competência municipal, ainda que não tivesse valor a doutrina acima exposta, lá está na Lei n.º 217 (Lei Orgânica do Distrito Federal), em seu artigo 2.º, a competência expressa da Municipalidade: “Compete ao Distrito Federal exercer, em geral, todo e qualquer poder ou direito que lhe não seja negado, explícita ou implicitamente, por cláusula expressa da Constituição, ou de lei federal, e especialmente: IX — *Fazer concessões de serviços públicos não reservados à União*”.

Dessarte, não tenho nenhuma hesitação em chegar às conclusões que acima enunciei e que aqui repito:

a) competência da Prefeitura, e, dentro de sua organização administrativa, do seu órgão especializado, o *Departamento de Concessões*, para autorizar a exploração de linhas de transporte coletivo ou de mercadoria;

b) todos os itinerários serão por êsse órgão estabelecidos, com *audiência*, sôbre matéria de trânsito, da repartição competente, que apenas se pronunciará sôbre essa matéria, oferecendo suas sugestões e alvites a respeito, e nunca pretendendo despojar a Municipalidade de sua expressa competência. A Prefeitura, se julgar convenientes e acertadas, aceitará essas sugestões e alvites;

c) só no caso de mudança de itinerários já existentes, pois que só se muda o que já existe, é que o Departamento de Concessões e o Serviço de Trânsito devem entender-se, com recurso, na hipótese de divergência, para o Conselho de Trânsito.

Êste é o meu parecer, salvo melhor juízo.

D.F., 6 de fevereiro de 1956.

IVENS BASTOS DE ARAUJO
3.º Procurador da PDF

TRANSPORTE COLETIVO. EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO PARA FINS TURÍSTICOS. REGIME JURÍDICO DA PERMISSÃO

Solicita-se o Parecer da Procuradoria Geral sôbre o expediente incluso, referente a instruções para a execução do Decreto n.º 11.588, de 28-8-1952, que dispôs sôbre a exploração de serviço especial de transporte coletivo de passageiros com fins turísticos.

Tais instruções, elaboradas pelo Departamento de Turismo e Certames da Secretaria Geral do Interior e Eegurança, resultaram, pelo que se depreende dos pronunciamentos emitidos nos vários processos em exame (GP 922/58, GP 7.190/57; SGI 5.100.054/57; SGI 5.100.056/57; SGI 5.100.057/57; SGI 5.100.006/58; SGVO 7.301.100/58; GP 1.058/59; SGI 5.100.76/59 e PRG 200.438/59), de sugestão anteriormente aprovada pelo Prefeito, tendente a disciplinar o transporte especial de turismo no Dis-

trito Federal, assunto que, no momento, está a exigir providências efetivas de modo a que não se reproduzam as cenas desagradáveis, que ultimamente vêm ocorrendo, resultantes de choques de interesses de grupos: de um lado, os condutores de veículos rodoviários do Rio de Janeiro, representados pelo respectivo Sindicato; e de outro, as empresas que obtiveram permissão para explorar, a título precário, serviço especial de transporte de turismo no Distrito Federal.

II

A propósito das permissões já outorgadas, verifica-se que o Sindicato dos Condutores de Veículos Rodoviários do Rio de Janeiro ofereceu reiteradas denúncias, apontando fatos que considera irregulares, bem como realçando a violação, pelas empresas, das leis e regulamentos em vigor, relativos à exploração de transportes coletivos na capital do país.

Os fatos denunciados dizem respeito, a um só tempo, ora à infringência da legislação peculiar aos transportes coletivos, em vários de seus dispositivos; ora ao desrespeito do próprio termo de responsabilidade, a que se submete cada empresa, ao obter a permissão.

Assim é que, no referente à Empresa Saturin, o Processo 5.100.055/59 contém resultado, aliás positivo, de diligência, efetuada a 6 de julho último, para o fim de apurar se aquela Empresa, conforme chegara ao conhecimento do Sindicato, fazia *transporte especial sem qualquer finalidade turística*, contrariando a permissão.

Não obstante, o Departamento de Turismo, ouvida a empresa, não acolheu a denúncia. Mas o Sindicato, já agora em petição dirigida ao Prefeito e juntando cópia do termo de responsabilidade firmado entre a Prefeitura e a Saturin, exigiu fôsse reprimido o abuso, pois a empresa, como evidenciado em flagrante, violara os compromissos assumidos sem que lhe fôsse aplicada qualquer sanção (Processo GP 4.134/59).

O Sindicato, todavia, não desiste de seus intuitos.

Pelo Processo 200.485/59 denuncia ao Prefeito a permissão outorgada a Antônio Maria Rodrigues Fernandes Martins (GP 3.585/59), por ferir frontalmente os arts. 2.º e 7.º, § 1.º, da Lei n.º 775; denuncia, pelo Processo 5.001.464/59, ao Secretário Geral do Interior e Segurança, que “determinada empresa de ônibus”, *com veículos não licenciados no Distrito Federal*, aqui vinha fazendo *frete turístico remunerado*, com infringência do Capítulo VII, no Decreto n.º 3.651, de 1941; nova representação do mesmo Sindicato (Processo 7.000.885/59) feita, em a qual se condena o *transporte especial*, por companhias de turismo, *mediante o pagamento de frete indevido*, aludindo-se, ainda, uma vez, ao GP 3.585/59 (permissão a Antônio Maria Rodrigues Fernandes Martins). Após reafirmar que as empresas de transporte de turismo vinham violando as leis e regulamentos em vigor, cita o denunciante a Companhia Breda, cuja permissão contraria vários dispositivos legais (Processo GP 6.624/59).

Tais denúncias contra a Breda são ratificadas em representação, em a qual se acusa aquela empresa de concorrência desleal e de esquivar-se à observância das imposições legais pertinentes (Processo 200.487/59). São confirmadas, afinal, tôdas as acusações contra as companhias que exploram transporte de turismo, através do Processo 200.488/59, em que o Sindicato e outras entidades da classe assim resumiram o seu entendimento sobre o assunto:

“Chegou a Comissão infra assinada, salvo melhor juízo, à conclusão que as companhias Breda, Saturin e USE infringem os dispositivos legais enumerados e, ainda mais, desrespeitam e descumprem os contratos que as mesmas têm assinado com o Departamento de Turismo e Certames da Prefeitura, sendo portanto passíveis de cassamento da permissão que têm para exploração de transporte de passageiros “exclusivamente para fins turísticos” (sic), caso não venha de imediato, por parte de V. Excia., uma medida saneadora que ponha cõbro aos abusos diariamente cometidos pelas companhias acima enumeradas, visto que tais abusos vêm criando um clima de mal-estar e gritante choque entre os motoristas profissionais e as mesmas.

Consoante o que preconiza o art. 513 da Consolidação das Leis do Trabalho, quando dá como prerrogativa dos Sindicatos a defesa dos interesses das coletividades obreiras e, ainda mais, acredita a organização sindical como órgãos auxiliares do Governo e asseguradores da paz social, vimos apontar de público e de imediato, as irregularidades abaixo enumeradas:

1.º As companhias de transportes de turismo não podem fazer linhas regulares de transporte de passageiros de ponto ou pontos determinados para hotéis ou residências particulares;

2.º As citadas companhias não podem fazer concorrência desleal aos demais meios de transportes — nem em linhas regulares — nem com contratos particulares de transporte de funcionários de empresas comerciais, colégios ou outros;

3.º As citadas companhias não podem fazer contratos particulares para transporte de passageiros com companhias aeroviárias, ferroviárias ou rodoviárias;

4.º As citadas companhias não podem colocar balcões ou outros quaisquer meios de vendas de bilhete de passagens individuais nos terminais marítimos, aéreos ou rodoviários;

5.º Não é permitida a venda de passagens nos hotéis, para transporte de passageiros, para os terminais marítimos, aéreos ou rodoviários; e

6.º Não é permitido, às empresas citadas, o transporte de passageiros individuais dos hotéis e residências para os terminais marítimos, aéreos ou rodoviários.”

Em resumo, eis as denúncias, que estão a exigir o devido exame por parte do poder permitente, no caso, a Prefeitura do Distrito Federal.

III

A matéria em apreciação já não constitui novidade para a Administração. Antes, fôra suscitada, também em decorrência de pedido do Sindicato dos Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários do Rio de Janeiro (GP 7.190 de 18-9-1957), para que fôsse cancelada a concessão, a título precário, outorgada à Empresa de Transportes Taxitour Limitada, para explorar serviço de transporte coletivo com finalidades turísticas. O Sindicato, já naquela oportunidade, salientava que, em memorial anteriormente dirigido ao Prefeito, fizera apêlo idêntico, no que fôra acompanhado pela Federação Nacional dos Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários, pela União Beneficente dos Choferes do Rio de Janeiro e pelo Centro Beneficente de Motoristas do Rio de Janeiro. Mas êsse apêlo não produzira qualquer efeito, pois a empresa continuara a funcionar.

Mais tarde, o mesmo Sindicato denunciou que a Taxitour jamais cumprira as obrigações pactuadas, razão porque vinha fazendo concorrência desleal, com indiscutível privilégios, notadamente com os motoristas que estacionavam seus veículos no Aeroporto do Galeão.

Salientou-se, ainda, que a Taxitour havia iniciado a exploração do serviço sem contar com o número mínimo de carros fixados no contrato; os seus motoristas não trabalhavam uniformizados; não fizera seguros contra riscos de acidentes, fogo e roubo, em benefício dos passageiros; os motoristas, também contrariando o contrato, cobravam diretamente o transporte ao passageiro e sempre por preço superior ao da tabela, tabela essa jamais fixada no interior dos carros; o estado dos veículos era deplorável, todos necessitando de reparos urgentes. E concluía o Sindicato:

“Por aí se vê que a Taxitour está, no Aeroporto do Galeão, provocando, com sua concorrência desleal, a revolta dos motoristas de taxis que lutam para ganhar honestamente a sua vida. Tais fatos que podem ser apurados através de investigação rigorosa, precisam ser, Exmo. Sr. Prefeito, punidos. Impõe-se, sem dúvida, a cassação da concessão outorgada à Taxitour Ltda. É o ato que esperam de V. Excia. os motoristas de taxis do Distrito Federal e a organização sindical destes...”

Esta denúncia mereceu o devido exame pelo Departamento de Turismo, que oficiou à empresa acusada, pedindo esclarecimentos (PG 7.190/57), obtendo resposta, acompanhada de documentos, que aquêlê órgão não considerou “suficientemente clara e precisa, principalmente em relação à obrigatoriedade de seguros”.

Novas investigações foram feitas, a propósito da denúncia, concluindo o Departamento de Turismo que seria o caso, já que o contrato da Taxitour expiraria a 23 de janeiro de 1958, da abertura de concorrência pú-

blica para o estabelecimento de novas linhas de transporte especial de turismo. O Departamento de Turismo sugeriu, então, condições a serem incluídas no novo termo, o que foi aprovado pelo Prefeito, tendo sido, afinal, minutado edital de concorrência pelo Departamento de Concessões, tudo conforme despacho do Chefe do Executivo.

Diga-se que a Taxitour trouxe vários documentos em abono de sua conduta, como permissionária de serviços públicos (Processo 5.100.054/57; 5.100.056/57; 5.100.057/57). E em petição dirigida ao Prefeito pediu autorização para o seu funcionamento, após expirado o prazo da permissão, até que fôsse aberta a concorrência.

O Departamento de Turismo, a propósito, pronunciou-se pela autorização (a permissão pouco tempo duraria), de vez que as sugestões para o edital de concorrência já estavam feitas. Consignou, todavia, que a autorização para êsse funcionamento eventual e transitório não importaria em prorrogação da anterior concessão dada a Empresa. O Prefeito concordou com a prorrogação “com as limitações e condições do parecer”.

Expirado o prazo, foi cassada a licença da Taxitour, à vista das denúncias oferecidas.

Anote-se que o contrato assinado pela Taxitour teve o seu registro negado pelo E. Tribunal de Contas, o que não impediu continuasse a empresa a explorar os serviços permitidos, até o fim do prazo previsto.

IV

Pela própria natureza das várias denúncias em apreciação, a providência que inicialmente se impunha, seria o exame do processamento das permissões que se argüem contrárias à lei.

Com êsse objetivo foram requisitados os processos referentes às empresas permitidas, chegando a exame dêste órgão aquêles referentes à Empresa de Transporte Saturin Ltda. (Processos ns. 5.100.053/50, 5.100.555/54, 5.100.648/55, 5.100.010/58; 5.100.003/58, 5.100.053/58, GP 123/58, 5.180.029/59, 5.100.030/59, 5.100.041/59, 5.100.049/59, ... 5.100.081/59); à Breda Transportes e Turismo S.A. (Processos 5.100.883/59, 5.100.087/59, 5.100.088/59, 5.100.089/59 e GP 3.585/59), bem assim à USE S.A. United Service, Serviços Unidos de Turismo (Processo 7.152.775/59).

Tais empresas, expressamente apontadas pelo Sindicato denunciante, estariam incorrendo em graves irregularidades, já decorrentes da desobediência dos princípios gerais que disciplinam o transporte coletivo no Distrito Federal, já porque violando os próprios compromissos assumidos para com a municipalidade em termo próprio, resultante de estudos procedidos em cada caso.

Impunha-se, de conseqüente, exame detalhado de todos os processos.

V

A Empresa de Transportes Saturin Ltda. obteve permissão para explorar serviço de transporte de passageiros, com fins exclusivamente tu-

vísticos, de conformidade com o despacho exarado pelo Prefeito no Processo n.º 5.100.397/50, aos 29 de setembro de 1950.

O termo inicial de obrigações foi firmado aos 22 de novembro de 1950, ficando estabelecido que o permissionário manteria, sem privilégio, um serviço de transporte de passageiros para fins exclusivamente turísticos, com cinco ônibus confortáveis e modernos, inicialmente, com capacidade para quarenta pessoas sentadas, no mínimo, todos equipados com aparelhos de ar condicionado, microfone, alto-falante interno e teto conversível (cláusula primeira); seriam mantidos no interior dos ônibus, quando em excursão, guias e intérpretes. O itinerário foi inicialmente estabelecido, estabelecendo-se que a realização de outros dependeria de autorização do Departamento de Turismo e Certames, ouvido o Departamento de Concessões. O permissionário obrigava-se a dar cumprimento integral às leis, decretos, regulamentos, portarias, ordens e avisos emanados de autoridades competentes, quer os já em vigor, quer os que viessem a ser baixados na vigência deste termo.

Em linhas gerais, estas as principais condições impostas à Saturin, que foi autorizada, como se viu, *para fins exclusivamente turísticos*.

Após vários anos de atividades (termo inicial omisso quanto a prazo de duração), a Empresa Saturin solicitou à municipalidade aprovação de novos passeios e itinerários adicionais, o que foi aprovado (Processo 5.100.053/58). Solicitou, ainda, permissão para transportar passageiros dos Aeroportos do Galeão e Santos Dumont ao Forte de Copacabana e vice-versa. Também pleiteou e obteve a ampliação de seus serviços, tornando regular a condução dos aeroportos cariocas, quer para embarque, quer para chegada, o que considerava "faceta destacada do transporte auxiliar de turismo". Ao ser aprovada essa ampliação de atividades da Saturin, deixou-se claro que a empresa não poderia angariar passageiros durante o trajeto e que caberia ao Serviço de Trânsito, no Departamento Federal de Segurança Pública, fixar os pontos terminais das novas linhas.

Esta recomendação, não obstante, foi contrariada, conforme se depreende dos Processos 5.100.081/59 e 5.100.055/59 em que o Sindicato dos Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários do Rio de Janeiro denuncia à Prefeitura que, em diligência efetuada, verificou que ônibus da Saturin estavam transportando exclusivamente funcionários da General Electric. A própria Saturin confessou que vinha fazendo tal serviço, como atividade compreendida no serviço coletivo contratado e o Departamento de Turismo, por seu Diretor, justificou a perfeita compatibilidade entre o termo inicial assinado com a Saturin e a modalidade do transporte coletivo, objeto da denúncia.

VI

Já no que se refere à USE S.A. — United Services — Serviços de Turismo, vê-se que o termo inicial de obrigação foi firmado a 5 de junho de 1959, na conformidade do despacho assinado pelo Prefeito a 3 de junho, no Processo 7.152.755/59. A Empresa comprometeu-se a explorar um

serviço especializado de transporte turístico sem caráter de privilégio; os seus veículos teriam cor padronizada, motoristas uniformizados e intérpretes em inglês e espanhol; itinerário para os serviços de *sight seeing* e respectivos preços; tabelas de preços para os serviços de transportes turísticos nos aeroportos. A permissionária se obrigava a acatar as leis, decretos, portarias e avisos, sob pena de cassação da permissão. Omitiu-se no termo o prazo de duração da permissão, a exemplo do que ocorrera com a Saturin.

Observe-se que o petítório da USE S.A. foi deferido a título precário, na forma dos pareceres, o que, não obstante, não constou no respectivo termo.

VII

Quanto à Empresa Breda Transportes e Turismo S.A., evidenciam os processos pertinentes o seguinte: Antônio Maria Rodrigues Fernandes Martins inicialmente requereu permissão para um serviço de transporte de Turismo, a ser feito em camionetas modernas de 8 ou 10 lugares, de fabricação nacional, marca Volkswagen, obrigando-se a fazer os seguintes roteiros:

- A) estações terminais aéreas, marítimas, ferroviárias e rodoviárias;
- B) percursos turísticos;
- C) Exposição Internacional de Indústria e Comércio, no Campo de São Cristóvão.

Invocou o requerente a licença concedida a USE S.A., a título precário, através do Processo n.º 7.152.775/59, de vez que estava ainda pendente a regulamentação adequada, que se comprometeria a obedecer, uma vez decretada.

Chamado a juntar documentos, declarou o requerente (GP 3.585/59, fls. 7) que faria o transporte pretendido com ônibus e limosines, consoante as características das linhas requeridas; quanto ao fato de haver requerido a permissão individualmente, esclarecia que a nova firma estava em organização, dependendo apenas, o registro, do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

O Secretário Geral do Interior e Segurança, opinando, deixou consignado que "não se trata de uma empresa de transportes coletivos de natureza comum, normal, de tráfego constante e necessário à locomoção do povo em geral e sim com fins especiais, determinados e com solução de continuidade." Sugeriu, ainda, a audiência da Secretaria Geral de Viação e Obras. Esta pronunciou-se, por seu Departamento de Concessões, *contrariamente à pretensão*, invocando o Decreto n.º 13.965, de 4-8-1958, arts. 1.º, 2.º e 3.º para concluir que a pretensão se poderia enquadrar no tipo de transporte a que se refere o art. 2.º do Decreto mencionado — "*Serviços Especiais*" — mas não transporte coletivo de turismo, como requerido (GP 3.585/58).

O Secretário Geral de Viação e Obras, não obstante, manifestou-se favoravelmente ao pedido, com o que concordou o Prefeito, — que, a título precário, autorizou a permissão, determinando que essa precariedade deveria ficar expressa em termo a ser assinado no Departamento de Turismo e Certames.

Depois de deferida a pretensão, o requerente esclareceu à Prefeitura que estava organizando a Breda Transporte e Turismo S.A., firma que há oito anos fazia o transporte especial de turismo no Estado de São Paulo.

Foi, então, assinado o termo, publicado no *D. M.* de 26-10-1959, página 10.911, nele se fixando que a permissão seria a título precário e que o permissionário se obrigaria a dar fiel cumprimento às leis, decretos, portarias, avisos aplicáveis ao transporte, sob pena de cassação da licença. O permissionário (cláusula 8.^a) se obrigava a ultimar a organização da empresa Breda Transportes e Turismo S.A., mediante registro no Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, no prazo de 90 dias, e a satisfazer a regulamentação do Decreto n.º 11.588, de 20-8-1952, uma vez publicada.

Juntou-se ao processo *escritura de constituição da Breda Transportes e Turismo S.A.*, lavrada aos 29 de setembro de 1959, no 11.º Ofício de Notas desta Capital, livro 1.106, fls. 87. Os serviços da permissionária foram iniciados (Proc. 5.100.089/59), consoante informação da Breda, de que inauguraria, a 12 de outubro de 1959, "*o serviço regular do transporte público coletivo para e do Aeroporto Internacional do Galeão*".

VIII

As permissões, tais como autorizadas, infringem não apenas os dispositivos legais apontados pelo denunciante. Atingem o regulamento em si, na sua essência, e nos seus verdadeiros objetivos.

Pouco adiantaria, por isso, estabelecer confrontos, para obter conclusões acerca de cada dispositivo violado, tão manifesta é a desobediência à lei, pelo que se observa em cada permissão.

A Lei n.º 775 estabelece pressupostos indeclináveis para a outorga da permissão: é preciso que o interessado efetive prévia caução, na base de Cr\$ 1.000,00 por veículo, não podendo ser inferior a Cr\$ 20.000,00 para as empresas ou responsáveis por mais de um veículo. O seguro mínimo, em favor de terceiros, deverá ser provado, no valor de Cr\$ 100.000,00 por danos corporais por pessoa atingida, transportada ou não, e de Cr\$ 500.000,00 por todas as pessoas atingidas num mesmo acidente, além de Cr\$ 20.000,00 por danos materiais para cada sinistro (art. 3.º, *a* e *b*).

Torna-se mister a exibição de prova do registro individual como comerciante ou de constituição de sociedade devidamente registrada, mediante documento hábil expedido pelo D.N.I.C. Necessário ainda a assinatura de termo de obrigação, estipulando as condições impostas, bem assim *que o seu prazo de duração não poderá ser superior a 5 anos*.

A Lei estabelece ainda critérios referentes à tarifa, ao número de passageiros em cada veículo, à venda de passagens, à cassação da permissão,

a critério da Prefeitura, em caso de desatendimento das obrigações assumidas.

O regulamento baixado com o Decreto n.º 13.965, de 4-8-1958, a seu turno, é minudente, em definições, natureza do transporte coletivo e sua classificação, condições para exploração de tais serviços (arts. 15 a 25), tarifas, fiscalização, vistoria, transferências de veículos, cassação de permissões.

Os processos em exame deixam bem claro que as condições legais mínimas não foram obedecidas em cada caso, assim como evidenciam que as permissões outorgadas o foram sem o devido exame por parte do órgão competente.

Assinale-se, além do mais, que o próprio despacho do Prefeito, deferindo tais permissões a título precário, deveria ser cumprido em termos — o que não ocorreu — com o atendimento dos pressupostos legais, antes do início das operações.

Avulta, assim, a irregularidade existente no processamento das mencionadas permissões.

IX

Reapreciados, em resumo, aspectos preliminares que interessam à controvérsia, sobretudo no respeitante aos fatos denunciados, passa êste órgão a encarar a matéria em exame, à vista da legislação em vigor, peculiar aos transportes coletivos no Distrito Federal.

O Decreto n.º 10.197, de 28-2-1950, aprovou o regulamento dos serviços de transportes coletivos de passageiros por meio de veículos automóveis. Inspirou-se a Administração, para expedir-lo, em exigências do interesse público e na conveniência de um regulamento único com disposições comuns a serviços de auto-ônibus e autolotações.

Daí a providência baixada destinar-se, consoante o previsto no seu art. 1.º, a *disciplinar, atualizar e uniformizar os serviços de transportes coletivos de passageiros por meio de veículos automóveis, no Distrito Federal*.

Posteriormente, através do Decreto n.º 11.588, de 22-8-1952, a Administração dispôs sobre licenciamento de veículos destinados a transportes de natureza turística, considerando a sua natureza especializada, mas sem deixar de prescrever que deveria o mesmo transporte obedecer às normas gerais que regulam as concessões do governo, no caso, os preceitos contidos no regulamento geral do transporte coletivo antes mencionado.

Mais tarde, a Lei n.º 775, de 27-8-1953, implantou regime de exploração do serviço de transporte coletivo, por meio de auto-ônibus, micro-ônibus e autolotações, a qual só seria permitida mediante autorização do órgão competente da Prefeitura e nas condições previstas na lei e na conformidade da regulamentação que fôsse expedida pelo Poder Executivo.

Para o fiel cumprimento da Lei, a Administração baixou o Decreto n.º 13.975, de 4-8-1958, que aprovou seu Regulamento, revogando expressamente as providências executivas anteriores, com igual objetivo.

O Regulamento em vigor define o que seja transporte coletivo regular (art. 1.º), e o que considera serviço especial de transporte coletivo, no qual se inclui "o transporte de pessoas para passeios, ou excursões esportivas ou turísticas, mediante pagamento individual de passagem ou a frete" (artigo 2.º, b).

Foram excluídos da incidência dos preceitos regulamentares os auto-ônibus, micro-ônibus e autolotações para fins particulares, bem como os de hotéis e colégios (art. 3.º, § 3.º).

Tem-se, aí, a legislação que no momento disciplina os transportes coletivos de um modo geral, inclusive aquêle que se destina a fins turísticos.

X

Lembre-se que o Decreto n.º 11.588, de 28-8-1952, baixado ao tempo do Prefeito João Carlos Vital, é a única medida executiva expedida especificamente com o fito de disciplinar licenciamento de veículos destinados a transporte de natureza turística.

Depreende-se dos seus têrmos, todavia, que a Administração, àquela altura, ao possibilitar, como especializado, o serviço de transporte turístico, nem por isso — e fê-lo de modo expresso — deixara de estabelecer que a "natureza especializada" do serviço não o eximiria de obediência aos princípios gerais firmados e que, então, comandavam os serviços de transporte coletivo da cidade.

O licenciamento de veículos para fins especiais de turismo, essa a verdade, não deveria ser processado em desacôrdo com as normas gerais — eis o que transparece do claro texto regulamentar aprovado pelo Decreto n.º 11.588. Entre as razões que o ditaram, aliás, consta essa, no seu preâmbulo:

"Considerando que, não obstante a sua natureza especializada, deve o referido transporte obedecer às normas gerais que regulam as concessões do govêrno."

E no próprio texto do decreto prescreveu-se que o Departamento de Turismo e Certames opinaria sôbre a conveniência da autorização solicitada, *estabelecendo as condições especiais a serem obedecidas na concessão* (art. 2.º). O mesmo Departamento ficou com a incumbência de exigir, em cada pedido de licença "os elementos que julgar oportunos" (art. 1.º). Mas ao ensejo do estudo do pedido, o Departamento de Concessões, competente para êsse mister, o faria "face à legislação para as concessões do serviço de transporte, no que fôr aplicável ao caso" (art. 3.º).

Vê-se, dêste modo, que o Executivo, já naquela oportunidade, não abria mão das condições gerais, prescritas em regulamento; ao revés, a par delas, autorizou condições novas, especiais, dada a natureza do transporte coletivo de turismo, e visando melhor discipliná-lo.

As condições especiais impostas — é o que se infere do texto regulamentar — deveriam subsistir lado a lado com as condições gerais, pois

o serviço de transporte de turismo *deveria obedecer às normas gerais que regulam as concessões do govêrno.*

Foi assim entendendo que o Departamento de Concessões (Processo n.º 7.301.100/58, anexo), por inobservância de princípios gerais do Regulamento de transporte coletivo, em divergência com a orientação do Departamento de Turismo, a propósito do serviço especial de transporte de turismo, consignou expressamente, em defesa dos princípios gerais impostos pelo regulamento então em vigor (art. 18 do Decreto n.º 10.197 de 28 de fevereiro de 1950), que o Serviço de Planejamento não se sentiria à vontade para abdicar da doutrina longamente aceita e vigente não só nos meios técnicos nacionais, como universais!!!

Óbvio que aquêle Departamento especializado se batia pelo respeito ao regulamento geral dos transportes coletivos da cidade, e ao próprio decreto que dispôs sôbre transporte especial de turismo, o qual, como já exposto, expressamente estabelecera que as normas gerais que regulam as concessões do govêrno deveriam ser obedecidas.

XI

A Lei n.º 775, regulamentada em 1958, impôs um mínimo de condições a serem observadas no regime de exploração dos transportes coletivos. Quanto ao mais, competiria à Administração estabelecer, através de regulamentação delegada. Há, portanto, condições que não poderão ser desprezadas, ao ensejo de cada concessão, de vez que resultam de disposições legais, em pleno vigor, que a Administração tem o dever de acatar. Além do mais, os preceitos regulamentares expedidos para o bom e fiel cumprimento da lei também deverão merecer o acatamento da Administração que os expediu, com caráter genérico, para melhor disciplinar a exploração dos transportes coletivos.

Sob a incidência da lei e do regulamento em vigor, é óbvio que deverá processar-se o licenciamento dos serviços de transporte especial de turismo, que a Administração acaso julgue conveniente. Se outro entendimento prevalecesse, estaria a Administração violando a lei e burlando os preceitos regulamentares de caráter geral por ela próprios editados, e em pleno vigor, os quais, expressamente, abrangem o transporte de natureza especial, inclusive o de turismo.

Observe-se que a Administração, quando pela primeira vez dispôs sôbre o licenciamento de veículos para tal fim, expressamente deixou consignado que, não obstante a sua natureza especializada, deveria aquêle transporte obedecer às normas gerais que regulam as concessões do govêrno. Saliente-se que, quando o Decreto n.º 11.588 assim dispunha, o regulamento então em vigor nenhum preceito estabelecia sôbre o transporte especial de turismo. Já o atual regulamento, considerando a natureza especial do transporte de turismo, não o excluiu das normas gerais a serem obedecidas em tôda e qualquer permissão de transporte coletivo.

Não obstante, pelo que evidenciam os processos em exame, as empresas que se propõem à exploração do transporte de turismo têm obtido per-

missão, sem observância dos preceitos legais e regulamentares de caráter geral, impressionando, ainda, no exame de cada caso concreto, a facilidade com que se alteram as obrigações assumidas, sem anuência da Administração, ou com a sua própria concordância.

A Lei n.º 775, essa a verdade, não exclui do seu âmbito qualquer transporte especial; do mesmo modo, o seu regulamento, em termos gerais, disciplinou o transporte coletivo inclusive aquele de natureza especial. Não há justificativa, em decorrência, para que sejam concedidas permissões com inobservância das normas legais e regulamentares que deveriam presidi-las. Fôra outro o sentido da lei e do regulamento, e certamente o transporte especial de turismo teria sido excetuado dos critérios gerais estabelecidos, e condicionado a regime próprio.

Dispensável se torna, por isso mesmo, a expedição de normas regulamentares, que no caso seriam admissíveis como normas aditivas ao regulamento em vigor, a exemplo do que se pretende com o expediente já minutado. Os princípios gerais em vigor, acrescidos de condições que poderão constar, em cada caso, de termo de obrigações, bastarão para o regular funcionamento das empresas de turismo. Se, não obstante, à Administração parecer necessária a expedição de normas específicas, que melhor disciplinem a matéria, o caminho indicado será o envio de mensagem à Câmara do Distrito Federal contendo as novas condições reclamadas pelo interesse do turismo e da cidade.

XII

Dentro dessa ordem de idéias torna-se fácil formar juízo acêrca das denúncias manifestadas pelo Sindicato e apreciá-las, face às normas legais e regulamentares que disciplinam o transporte coletivo do Rio de Janeiro.

Na realidade as permissões outorgadas infringem os preceitos legais e regulamentares apontados nas denúncias. Basta se examine atentamente os termos de responsabilidade assinados, os quais, por omissão ou expressamente, desatendem por completo às condições legais mínimas, ou não obrigam os permissionários, no referente até mesmo àqueles requisitos mínimos que a lei impõe para a exploração de transporte coletivo. Os termos de responsabilidade, com efeito, pouco obrigam, e, tais como redigidos, se prestam a interpretações que a Administração poderia remover desde o início, se é que, para atender a reclamos da coletividade, se visse realmente compelida a outorgar permissões tais. É verdade que, em cada termo, o permissionário, expressamente, assume a obrigação de respeitar as leis e os regulamentos em vigor e que acaso venham a ser expedidos relativamente ao transporte coletivo; mas o certo é que cada empresa autorizada, pelo que foi dado observar através dos vários processos anexos, começa a operar sem o atendimento dos requisitos mínimos essenciais que a Lei n.º 755 e o Regulamento em vigor impõem a toda e qualquer empresa destinada à exploração de transporte coletivo. Nem sequer a documentação própria instrui o processo de permissão, o que é inadmissível.

Observe-se que, a não ser o termo de obrigações inicialmente assinado pela empresa Saturin, os demais nem sequer obrigam as permissionárias à prestação de serviços exclusivamente turísticos. Isso por si só bastaria para os desentendimentos que estão ocorrendo, pois a verdade é que, uma vez obtida a permissão, mesmo a título precário, a empresa interessada tira proveito das deficiências e das omissões do termo, procurando ampliar a seu modo a natureza e o sentido da permissão outorgada. Irrecusável, assim, a procedência das denúncias do Sindicato, de vez que, realmente, as permissões em exame *ferem a lei e o regulamento*.

A exploração de transporte coletivo no Distrito Federal, insista-se em dizer, está condicionada ao atendimento de imposições legais mínimas. A Administração, com base na lei, a valendo-se do seu poder regulamentar, impôs aos permissionários requisitos julgados convenientes, fruto da experiência e de trabalho de seus órgãos, obtido no correr dos anos. Injustificável, por isso mesmo, se posterguem princípios legais em pleno vigor, aos quais se acha vinculada a própria Administração, que tem o dever de zelar por sua observância.

XIII

Tendo em vista as considerações expostas, e atento aos princípios legais e regulamentares em vigor no Distrito Federal, disciplinando a exploração de transportes coletivos por meio de veículos automóveis, este órgão assim conclui:

I — A partir da vigência da Lei n.º 755, de 27-8-1953, toda e qualquer exploração de transportes coletivos por meio de ônibus, micro-ônibus e lotação, no Distrito Federal, está condicionada à satisfação de comandos legais expressos, cabendo à Administração, no exame de cada permissão solicitada, impô-los ao interessado, pena de cassação da licença, sempre concedida a título precário e condicionada a sua vigência ao interesse coletivo;

II — As empresas destinadas a fins *exclusivamente turísticos*, bem assim aquelas permitidas para *transporte especial*, deverão ter o seu licenciamento condicionado à observância dos princípios legais e regulamentares em vigor, para os transportes coletivos em geral. O Regulamento da Lei n.º 755, baixado com o Decreto n.º 13.965, de 9-8-1958, assim o determina, ao admitir a existência de tais serviços especiais, mas sujeitos às condições gerais impostas;

III — Não tem cabimento, a esta altura, a expedição de normas especiais para a execução do Decreto n.º 11.588, de 28-8-1952, que dispôs sobre transporte especial de turismo. Aquela época, ao expedi-lo, inexistia lei disciplinando a exploração de transportes coletivos no Distrito Federal. A Administração, valendo-se do seu poder regulamentar, fez expedir semelhante providência por interesse público manifesto, condicionando, não obstante, o trans-

porte especial de turismo às normas gerais então em vigor para o transporte coletivo, e que se achavam condensadas no antigo regulamento baixado com o Decreto n.º 10.197, de 28-2-1950;

IV — A situação, hoje, é inteiramente diversa. A Lei n.º 775 disciplina a matéria de um modo geral, salvo as exceções que admite; do mesmo modo, o Regulamento aprovado pelo Decreto n.º 13.965, de 9-8-1958, admite serviços especiais de transporte coletivo, mas sem prejuízo das condições gerais impostas, existindo lei, é óbvio que o poder regulamentar há de cingir-se às lindes por ela prefixadas; os atos que a Administração venha a expedir sobre o assunto são atos de administração vinculada, e deverão, em consequência, guardar conformidade com os princípios legais em vigor, disciplinadores do assunto.

V — Quaisquer providências de caráter regulamentar deverão ser expedidas com observância da Lei n.º 775; se esse diploma legal dificulta ou já não atende ao interesse público, no referente a transporte especial de turismo, o que compete à Administração é o envio de Mensagem à Câmara do Distrito Federal, condensando as novas condições reclamadas pela coletividade.

VII — É óbvio que as permissões, já concedidas, deverão ser imediatamente reexaminadas pelos órgãos competentes, de modo a que se observe o seu perfeito enquadramento nas condições legais em vigor; o termo de responsabilidade, em cada caso assinado pelo que foi dado observar, além de ferir a lei, em nada resguarda o interesse coletivo, no concernente à prestação de serviço especial de transporte de turismo. Se, para esse enquadramento, julgar o Departamento de Concessões necessária a suspensão ou mesmo a cassação dos serviços permitidos, que assim o determine, isso para que possa proceder, em cada caso, ao reexame que se impõe, e para que a Administração, afinal, venha a convalescer, na hipótese de atendimento dos pressupostos legais, ou a cassá-los — em caso contrário.

É como opina este órgão, salvo melhor juízo.
Distrito Federal, 30 de novembro de 1959.

JOSÉ EMYGDIO DE OLIVEIRA
Procurador-Geral

TRIBUNAL DE CONTAS. REGISTRO SOB RESERVA. CONSTITUCIONALIDADE DE SUBVENÇÃO PARA RECONSTRUÇÃO DE MONUMENTO HISTÓRICO

Através da Lei n.º 97, de 20-12-1961 (publicada no D.O. — Parte I, de 22-12-1961), foi o Sr. Governador da Guanabara autorizado a abrir

à Secretaria de Finanças o crédito especial de Cr\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros), para auxiliar as obras de reconstrução da Igreja Matriz de São Francisco Xavier, do Engenho Velho, o que fez mediante Decreto n.º 943, de 2-4-1962 (publicado no D. O., Parte I, de 3-4-1962).

Remetido o crédito ao Tribunal de Contas, foi recusado o seu registro, sob duplo fundamento: a) por considerar o Tribunal que a autorização constante da Lei n.º 97 infringia a vedação contida no item II do art. 31 da Constituição Federal, qual seja: “estabelecer ou subvencionar cultos religiosos ou embarçar-lhes o exercício”; b) por considerar o Tribunal que o imóvel da Matriz de São Francisco Xavier, não sendo tombado, não integrava o conjunto de bens existentes no País cuja conservação é de interesse público.

Ciente da recusa, o Sr. Governador pediu o reexame da decisão, tendo o Tribunal de Contas mantido o veto, por unanimidade, e pelos mesmos fundamentos.

Essa a hipótese sob exame. Cumpre-nos estudar, aqui, as diversas questões de direito que dela decorrem.

I — O registro sob protesto e a Constituição Estadual da Guanabara.

A figura jurídica do registro sob protesto está intimamente ligada à própria instituição do Tribunal de Contas. De sua significação e alcance, ensina FRANCISCO CAMPOS, “dependem, com efeito, a um só tempo, assim a natureza das funções do Tribunal de Contas, no mecanismo de um governo, como a eficácia do controle de que se acha investido, constitucional e legalmente, sobre os atos da administração” (*Direito Constitucional, Parecer n.º IV, vol. II, pág. 131, ed. 1956*).

Para compreendê-lo, em toda sua extensão, mister se faz que nos aprofundemos nas origens históricas das Côrtes de Contas no Direito Brasileiro, desde os seus primórdios.

Foi o Decreto n.º 966-A, de 7-11-1890, do Governo Provisório, que, sob a inspiração de RUI BARBOSA, instituiu, pela primeira vez no Brasil, um Tribunal de Contas. Conheciam-se, à época, três tipos clássicos de fiscalização: a) o de *exame prévio*, com *veto absoluto*, de cada ato ordinatório de despesa; b) o de *exame prévio*, com *veto limitado*; c) e o de *exame a posteriori*, conhecendo o Tribunal do ato de pagamento somente quando ele já estivesse realizado.

Contra o primeiro desses sistemas argüia-se que ele de tal modo cerceava o poder do Executivo, que podia acarretar grandes inconvenientes, e quiçá grave perigo em conjunturas difíceis para o País, tolhendo ao governo as expedições de medidas indispensáveis e urgentes, o que não se coadunava com a responsabilidade do Chefe de Estado. O terceiro era considerado o pior — tardio, de eficácia quase nula, apenas moral, destituída de efeito prático, equiparado a simples crítica. O segundo, que era aceito pela maioria das nações em que existia a instituição, foi adotado entre nós, pelo citado Decreto do governo Provisório (n.º 166-A, de 7 de

nóvembro de 1890) (cfr. JOÃO BARBALHO, *Comentários à Constituição de 1891*, art. 89, pág. 361, ed. 1902).

Desde os primeiros dias, obedeceu, portanto, o Tribunal de Contas ao sistema do veto limitado, acolhendo o instituto do registro sob protesto, inspirado na tradição dos direitos italiano e belga.

A respeito pontifica RUI BARBOSA:

“Dois tipos capitais discriminam essa instituição (do Tribunal de Contas) nos países que a têm adotado: o francês e o italiano. O primeiro abrange, além da França, os dois grandes Estados Centrais da Europa, a Suécia, a Espanha, a Grécia, a Sérvia, a România e a Turquia. O segundo, além da Itália, domina a Holanda, a Bélgica, Portugal há quatro anos, o Chile há dois e, de recentes dias, o Japão. No primeiro sistema a fiscalização se limita a impedir que as despesas sejam ordenadas, ou pagas, além das faculdades do orçamento. No outro a ação dessa magistratura vai muito mais longe: antecipa-se ao abuso, atalhando, em suas origens, os atos do poder executivo, susceptíveis de gerar despesa ilegal.

Dos dois sistemas, o último (sistema italiano) é o que satisfaz cabalmente os fins da instituição, o que dá toda a elasticidade necessária ao seu pensamento criador (Relatório do Ministro da Fazenda, 1891, págs. 449-64, Tribunal de Contas, Justificativa de sua criação, in Comentários à Constituição Brasileira, coligidos e ordenados por Homero Pires, vol. VI, págs. 425 e seg., ed. 1934).

Sobre o funcionamento em si do registro sob reserva, esclarece, ainda, o introdutor do Tribunal de Contas em nosso País (*op. cit.*, pág. 429):

“O modelo italiano é o mais perfeito.

Quando o Tribunal de Contas, na Itália, como na Bélgica, reconhece contrário às leis ou aos regulamentos, um dos atos ou decretos que se lhe apresentam, recusa o seu visto, em deliberação motivada que o Presidente transmite ao Ministro interessado. *Se este persiste em sua resolução, cumpre-lhe apelar para o Ministério em Conselho. Se a deliberação deste se conforma com a do Ministro, o Tribunal procede a novo exame do assunto, reunidas todas as seções; e então ou aceita a deliberação ministerial, reconhecendo-lhe a procedência, ou, quando não se conforma, ordena o registro, pondo ao ato o seu visto sob reserva (Il visto con riserva), e comunica seu procedimento aos Presidentes do Senado e da Câmara dos Deputados.*”

E acrescenta, com exatidão, o mesmo RUI:

“Todos estes dados são elementos de valor inestimável e impreterível necessidade no mecanismo das instituições que temos em mira.”

Foi com tais características, bem nítidas e delineadas, que o Tribunal de Contas obteve consagração no Texto Constitucional de 1891 e com elas se manteve até os dias atuais. Nunca nos afastamos do sistema italiano, permanecendo sempre íntegro e inalterado o princípio fundamental do registro sob reserva.

É verdade que houve tentativas de suprimi-lo, as quais, todavia, jamais obtiveram êxito, por atentarem contra a própria natureza da instituição, por contrariarem o sistema jurídico existente, por não serem compatíveis com o regime, por se evidenciarem, em uma palavra, inconstitucionais.

A primeira dessas tentativas veio expressa no regulamento que o Governo Provisório baixou para a execução da Lei n.º 23, de 30-10-1891. Sobre ela diz-nos JOÃO BARBALHO (*op. cit.*, pág. 361):

“O regulamento... quanto ao que se referia às repartições da Fazenda apartou-se do sistema estabelecido e adotou o veto absoluto (art. 29, 30 e 58). Parece-nos contestável a legitimidade dêsse ato na parte em que fez tão profunda alteração.”

Com efeito, pouco tempo depois voltou-se ao sistema anterior, com o restabelecimento do registro sob protesto (v. Relatório de 1899, do Dr. DRIMÓ A. DA VEIGA).

Da segunda tentativa dá-nos notícia CARLOS MAXIMILIANO (*Comentários à Constituição de 1946*, 5.ª ed., vol. I, pág. 340) nos seguintes termos:

“O sistema brasileiro é uma combinação do italiano com o belga; propende ultimamente para o primeiro. Tinha o registro de contratos e decretos e também o de ordens de pagamento, como sucede na Itália; porém não adotava o veto absoluto: podia o Ministro que autorizava a despesa, não vendo atendidas as razões de sua réplica, obter, por ordem do Chefe do Estado, o registro sob protesto.

Tentaram fechar essa válvula durante as sessões do Congresso que sempre duravam 8 meses: a emenda ao orçamento, naquele sentido apresentada em 1913 e destacada para constituir projeto especial, foi aprovada no ano seguinte: estando abertas as Câmaras, só a elas caberia ordenar o registro sob protesto. Em boa hora voltou o Legislativo ao sistema consentâneo com o espírito do regime — ao registro sob protesto por ordem e sob a responsabilidade do executivo em qualquer mês do ano”.

Afora essas duas investidas contra o instituto, ambas abortadas em tempo, nunca nos desvinculamos do sistema tradicional, o único *consentâneo com o espírito do regime* (sic).

Em 1934, veio a dispor o art. 101, § 2.º, da Constituição:

“Em todos os casos a recusa do registro, por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio, tem caráter proibitivo. Quando a recusa tiver outro fundamento, a despesa poderá efetuar-se após despacho do Presidente da República, registro sob reserva do Tribunal de Contas e recurso *ex-officio* para a Câmara dos Deputados.”

Em 1937 a Carta Magna cometeu ao legislador ordinário a regulamentação do Instituto, que permaneceu inalterado. Em 1946 voltou ele a ser consagrado como *princípio constitucional*, nos mesmos termos em que vinha regulado em 1934.

Por sua vez, as Constituições Estaduais acolheram, uníssona e unanimemente, o mesmo princípio, que vem inculcado, sem exceção, em tôdas aquelas que instituem Tribunais de Contas. Nos Estados em que não existe a Corte de Contas, o instituto subsiste, em sua expressão mais ampla, por isso que cabe às Assembléias Legislativas a fiscalização plena das despesas públicas.

O sistema do registro sob reserva vem expresso nos seguintes diplomas constitucionais dos Estados: *Bahia*, art. 89, VI, § 30; *Ceará*, art. 83, V, § 3.º; *Goiás*, art. 32, XII, § 3.º; *Mato Grosso*, art. 25, II, § 30; *Minas Gerais*, art. 40, § 2.º; *Pará*, art. 35, III, § 3.º; *Paraná*, art. 40, V, § 3.º; *Piauí*, art. 51, 8, § 3.º; *Rio Grande do Sul*, art. 125, II, § 3.º e *São Paulo*, art. 70, § 3.º.

Também as Leis Orgânicas do antigo Distrito Federal sempre o regularam. Assim a Lei n.º 196, de 18-1-1936, revigorada pela Lei n.º 30, de 27-2-1947, em seu art. 30, § 4.º, e a Lei n.º 217, de 15-1-1948, no art. 20, § 1.º, dispõem expressamente sobre a possibilidade do registro ser efetuado sob protesto com recurso para a Câmara Municipal.

De igual modo estatui o Decreto n.º 5.994, de 28-6-1937, que regula o funcionamento do Tribunal de Contas da Guanabara, fazendo-o em termos absolutamente idênticos aos da Constituição Federal e das Leis Orgânicas supracitadas.

Na órbita federal, a Lei n.º 830, de 23-9-1949, que reorganiza o Tribunal de Contas da União, reconhece igualmente a possibilidade do registro sob reserva, no seu art. 37.

O instituto está arraigado na tradição de nosso direito administrativo e constitucional. Não há discrepâncias nos textos, inexistem divergências na doutrina. Na União Federal, e em todos os Estados que possuem Tribunais de Contas, é obedecido o sistema característico do direito brasileiro, por nós herdado da Itália e da Bélgica, que autoriza a despesa por ato do executivo, e visto sob reserva ou sob protesto da Corte de Contas.

Sobre as vantagens desse sistema estão de acordo todos os que até hoje cuidaram do assunto:

“Uma das grandes autoridades constitucionais de nosso tempo” — diz RUI BARBOSA (*op. cit.*, pág. 456) — “expondo, no direito italiano, o sistema, sob a forma do qual dali foi trazido, em grande parte, para entre nós, o organismo do Tribunal de Contas, discorrendo acerca das vantagens do registro sob protesto, diz:

“Com isso se negou a esse Tribunal um direito de veto absoluto sobre as medidas de finanças, direito que teria tornado o governo *impotente e irresponsável*; mas estabeleceu-se que os registros sejam comunicados ao Parlamento que sobre ele se pronuncia de maneira definitiva” (ARTILIO BRUNIALTI, *Il Diritto Amministrativo Italiano e Comparato*, vol. I, págs. 612-613).”

FRANCISCO CAMPOS transcreve parte da exposição de motivos de ANTONIO CARLOS que precedeu o importante Decreto de 1918 (*op. cit.*, página 143), onde está, mais uma vez, a consagração do instituto:

“O veto limitado, fórmula conciliadora entre os dois extremos — do impeditivo absoluto e de intervenção *a posteriori* — é o regime que tem sido reputado mais adequado pelos homens experimentados, em a nossa administração pública. Ele satisfaz de um lado, às exigências de uma fiscalização oportuna e, de outro, às necessidades da ação governamental.”

CARLOS MAXIMILIANO, citando BESSON, comenta (*op. cit.*, pág. 346), exatamente dentro da mesma linha de idéias:

“BESSON conclui que a restrição consistente em só fazer sob protesto o registro recusado e levar o fato ao conhecimento das câmaras, *“salvaguarda, em medida suficiente, a liberdade de ação e a responsabilidade do Executivo, sem enfraquecer, aliás, a eficácia do Contrôlo do Tribunal.”*

Na doutrina italiana, à qual também devemos recorrer, por nos termos nela inspirado, são conclusivos os pronunciamentos dos autores quanto às vantagens desse registro:

“Però la legge ha *savviamente* provveduto che il controllo della corte dei conti non inceppi l'azione amministrativa, che deve correre libera sotto la responsabilità ministeriale” (VINCENZO TANGO, 1899, *Digesto Italiano*, vol. VIII, parte 4.ª, pág. 94, n.º 42).

Mais recentemente a magnífica lição de MOLLA:

“A) — *La registrazione con riserva* — Ricusato il “visto” da parte del Consigliere delegato o della Sezione di controllo, ove il ministro interessato ritenga vice-versa, per qualsiasi motivo d’ordine amministrativo o político, che l’atto presentato alla Corte debba necessariamente aver corso, non può esimersi dal sottoporlo all’esame del Consiglio dei ministri e provocare apposita autorizzazione a richiederne la registrazione con riserva. Tale richiesta é domandata alla cognizione delle Sezioni riunite, le quali procedono al riesame dell’atto, ed ove il loro avviso sia diverso da quello precedentemente espresso in sede ordinaria di controllo, ne ordinano la registrazione, pura e semplice, altrimenti questa é eseguita mediante l’apposizione del “visto” con riserva.

La ragion d’essere del particolare istituto é evidente: essa si concreta nella equa valutazione del danno, che l’amministrazione dello Stato potrebbe risentire da una rígida ed incondizionata applicacão del principio, que gli atti del potere executivo non possano, in nessun caso, essere eseguiti, se non quando siano dalla Corte riconosciuti conforme alle leggi ed ai regolamenti” (GRU-SEPPE MOLLA, *Proc. Gen. alla Corte dei Conti, in Nuovo Digesto Italiano*, vol. IV, ed. 1938, pág. 331).

E, por último, o ensinamento de GINOPOLI:

“L’istituto della registrazione con riserva tende appunto a conciliare le esigenze di legittimità derivanti dall’ordinamento giurídico e i supremi interesses della vita dello Stato, que possono rendere necessaria l’adozão de um provvedimento, ancorché contro legge” (*Novissimo Digesto Italiano*, vol. IV, pág. 941 — MÁRIO GINOPOLI, *sost. Proc. Generale presso la Corte dei Conti*).

Em sentido idêntico, finalmente, a opinião de todos os nossos constitucionalistas: JOÃO BARBALHO, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, ed. 1920, art. 89, págs. 361-362; PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, tomo III, ed. 1960, págs. 62 e 63, ns. 7 e 9; TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, *A Constituição Federal Comentada*, vol. II, edição 1948, págs. 184 e seg..

Como se verifica, éste é um dos raros assuntos em Direito onde os doutos se põem integralmente de acôrdo. O registro sob reserva é adotado no Brasil por todos os diplomas, e suas vantagens são proclamadas, a uma voz, por todos os autores.

* * *

Defrontamo-nos agora com a primeira Constituição do Estado da Guanabara. Como terá ela encarado a questão? Que princípios acolheu? Como se situa, atualmente, frente a ela, o problema do registro sob protesto?

Dispõe o art. 22, parágrafo único, da Lei Máxima do Estado:

“A recusa do registro por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio, terá caráter proibitivo. Nos demais casos serão os atos correspondentes revogados ou revistos pelo Executivo, para nova apreciação do Tribunal.”

Constata-se, desde logo, a redação defeituosa do dispositivo. Várias perguntas, imediatamente, nos assaltam. Quais os demais casos? *Quid inde* quando se tratar de ato, não do executivo, mas do Legislativo (como é a hipótese presente)? Como se apreciarão atos revogados? Quantas vezes poderão os atos ser revistos, e em que condições?

São tôdas inquirições de difícil resposta. Mas a principal delas, que será objeto de nosso exame, é a seguinte: terá sido abolido, pela Constituição Estadual da Guanabara, o princípio da Constituição Federal do registro sob reserva?

Êste é o ponto: subsistirá, ainda, face ao texto constitucional de 27 de março de 1961, o instituto do registro sob protesto?

Respondemos *afirmativamente*, por várias razões:

a) Em primeiro lugar convém deixar muito claro que o Legislador Constituinte do Estado não teria competência para derogar princípio constitucional expresso na Lei Maior Federal.

O art. 77, inciso III, § 3.º, da Constituição Federal, estabelece:

“Em qualquer caso, a recusa do registro por falta de saldo no crédito, ou por imputação a crédito impróprio, terá caráter proibitivo. Quando a recusa tiver outro fundamento, a despesa poderá efetuar-se após despacho do Presidente da República, registro sob reserva do Tribunal de Contas e recurso *ex-officio* para o Congresso Nacional.”

Está consagrado, constitucionalmente, o sistema que há de informar a elaboração legislativa de qualquer Estado que institua, na sua organização, o Tribunal de Contas. Êsse sistema tem seus contornos bem definidos, suas características bem assentadas. Foi o acolhido pelo Direito Constitucional Brasileiro desde o primeiro dia, e é irrestritamente adotado. Falar-se em Tribunal de Contas, é falar-se em uma Instituição com caracteres próprios, rigorosamente delineados. Não se pode criar, ao bel prazer, um tipo de Tribunal de Contas, que não esteja harmonizado e integrado na sistemática constitucional. Um órgão dessa natureza seria um corpo estra-

nho no quadro das instituições nacionais, sem qualquer possibilidade de sobrevivência.

Para manter a uniformidade política e institucional na Federação, o art. 18 da Constituição Federal impõe que os Estados, ao elaborarem as suas constituições, obedeçam aos princípios estabelecidos na Lei Máxima. Esses princípios são a consolidação supraestrutural da realidade subjacente, com existência no plano institucional, e deles não se pode afastar o constituinte estadual.

O sistema constitucional brasileiro não admite outra modalidade de Tribunal de Contas que não seja o instituído no art. 77.

Os Estados, se o desejarem, podem dispensar a Côrte de Contas, atribuindo às Comissões Legislativas, ou às próprias Assembléias, o poder de fiscalizar as atividades financeiras da administração. Mas, desde que as adotem, têm que o fazer, necessariamente, dentro dos princípios que as informam e caracterizam em nosso Direito, não podendo retirar, em hipótese alguma, das mesmas Assembléias, a sua função precípua de examinar, em última instância, os atos de gestão financeira.

Não é por outra razão que, como se verificou acima, *tôdas* as Constituições Estaduais, que adotaram um Tribunal de Contas, o fizeram como órgão do Legislativo, e reservaram a êste a última palavra e o julgamento derradeiro.

O Tribunal de Contas é criatura do Legislativo, e sôbre isso não há dúvidas em qualquer espírito. A própria Constituição Estadual, em seu artigo 20, define-o, categoricamente, como “órgão auxiliar do Poder Legislativo”. A criatura não pode pretender sobrepujar o criador.

É óbvio, pois, que a interpretação tendente a considerar derogado o registro sob protesto, pelo art. 22, esbarraria, preliminarmente, na inconstitucionalidade flagrante do citado dispositivo e, em consequência, na sua inexistência jurídica.

b) Em segundo lugar, o parágrafo único do art. 22 da Constituição não proibiu, expressa ou implicitamente, o registro sob reserva. Limitou-se, com efeito, a consignar uma modalidade de revisão de atos, perfeitamente compatível com o visto sob reserva. Não há qualquer incongruência entre a revisão do ato pela administração, e a realização da despesa, com o visto sob reserva, pelo Tribunal. Com efeito, se o executivo não revogar, ou não revir o seu ato, poderá, sob sua responsabilidade, efetuar a despesa, comunicando o fato ao Tribunal que dêle recorrerá, *de ofício*, para sua instância *ad-quem*, que é a Assembléia. O que não é possível, é ser o executivo obrigado a proceder contra sua vontade, revogando ou revendo ato que não pretenda rever ou revogar. A disposição do art. 22, destarte, não é obrigatória, não é imperativa. Os atos serão revistos, se o executivo os desejar ou puder rever, para nova apreciação; *ou*, sob sua inteira responsabilidade, a despesa se realizará, cabendo à Assembléia decidir, definitivamente, sôbre sua legitimidade.

Consigne-se, ademais que, de acôrdo com o art. 7.º do Ato Constitucional das Disposições Transitórias, continuam em vigor as leis do antigo

Distrito Federal, quando não colidirem com a Constituição, e enquanto não fôr votada legislação especial pela Assembléia.

Têm plena aplicabilidade à hipótese, portanto, não só o art. 20, § 1.º, da Lei n.º 217, de 15-1-1948 — *lei ordinária que é*; como o Decreto n.º 5.994, de 28-6-1937, que *não colidem*, e sim *complementam* o disposto no malsinado parágrafo único do art. 22 da Constituição Estadual.

Ainda que não houvesse texto expresso de Lei, e o há, era de ser aplicada, supletivamente, a Lei Federal n.º 830, porque assim o determina o sistema jurídico que rege as relações do Executivo e Legislativo entre si, diretamente ou por intermédio do Tribunal de Contas.

c) Em terceiro lugar, a Constituição, de modo muito imperfeito, só previu a hipótese de revisão do ato pelo Executivo. Não usou a fórmula precisa do Texto Federal. Emaranhou-se numa linguagem pouco técnica, e por isso, nada clara.

No caso certente, como visto, o ato do Executivo foi rigorosamente vinculado a uma Lei, e só ao Legislativo caberia a sua reapreciação, que seria, justamente, propiciada pelo recurso de ofício do Tribunal à Assembléia.

Por essas, e por tantas outras razões relevantes, fica evidenciado que a modalidade do registro sob protesto subsiste em sua plenitude, permanece íntegro e mantém as mesmas características com que foi acolhido, desde o início, no Direito Constitucional e Administrativo Brasileiro.

Em resumo, pois, temos o seguinte:

1) O registro sob reserva é um instituto que participa, indissolúvelmente, da própria natureza da Instituição do Tribunal de Contas.

2) O sistema constitucional brasileiro adotou-o, desde os seus primórdios, e dêle nunca se afastou, consagrando-o como princípio constitucional expresso.

3) É da essência do regime político sob o qual vivemos o princípio do registro sob reserva. Da sua significação e alcance dependem, a um só tempo, a natureza do Tribunal de Contas, no mecanismo de nosso governo, como a eficácia do contrôle de que se acha investido.

4) As Constituições Federais, de 1891 a 1946, bem como tôdas as Constituições Estaduais, adotaram o princípio, assim também as Leis e decretos federais e estaduais que regularam o assunto.

5) A Constituição da Guanabara não aboliu ou revogou, expressa ou implicitamente, o instituto (nem o poderia fazer), limitando-se a criar uma modalidade de revisão do ato (art. 22, parágrafo único) perfeitamente compatível com o princípio do registro sob reserva. Permanecem, ademais, em vigor, as leis e decretos que regulavam o assunto, e que se aplicam à espécie por força do art. 7.º do A.C.D.T.

6) Nestas condições, quando a recusa do registro pelo Tribunal, como se dá no caso sob exame, não tiver por fundamento a falta de saldo no crédito ou imputação a crédito impróprio, a despesa pode efetuar-se após despacho do Governador, registro sob reserva do Tribunal de Contas, e recurso dêste *ex-officio* para a Assembléia, a quem caberá a última palavra sôbre a questão.

II — *Constitucionalidade da Lei 97, que autorizou a subvenção para a reconstrução de monumento histórico.*

Foram dois os fundamentos da recusa ao registro do crédito especial aberto pelo Decreto n.º 943, em obediência ao disposto na Lei n.º 97, pelo Tribunal de Contas, ou sejam:

a) Iníringência do art. 31, II, da Constituição Federal, que diz:

“A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios é vedado... estabelecer ou subvencionar cultos religiosos ou embarçar-lhes o exercício”.

b) Não estar a Matriz de São Francisco Xavier relacionada entre os bens tombados pela Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Deixou claro, na oportunidade, o nobre relator, Ministro CAFÉ FILHO, que se estivesse a Matriz incluída entre as que encerram valor histórico, o registro *seria concedido*, por não colidir, nessa hipótese, com o dispositivo que proíbe o auxílio ou subvenção a cultos religiosos.

Há evidentes mal-entendidos nessas afirmações.

A principiar pela competência, que se atribui o Tribunal de Contas, para julgar da constitucionalidade das Leis da Assembléa, *da qual é órgão auxiliar* para a fiscalização da *aplicação* (e não da legalidade) dos créditos.

Agiu o Tribunal de Contas, a nosso ver, no caso, com abuso de poder, invadindo funções e competências que lhe são estranhas.

No caso não se cogita de exame de legalidade de contratos, ou de atos discricionários da administração. Trata-se de apreciação em tese de lei da própria Assembléa, da qual, em última análise, a Corte de Contas examinou o *mérito*, embora seja “princípio pacífico o de não poderem os Tribunais de Contas apreciar a utilidade, conveniência e oportunidade dos atos que lhe são submetidos” (como ensina a autoridade do eminente Ministro IVAN LINS, às fls. 128 do vol. 8 da *Revista de Direito da Procuradoria Geral*).

O Tribunal examinou o conteúdo da Lei, que, de modo algum era *claramente* inconstitucional (v. a respeito citação de CARLOS MAXIMILIANO, no parecer do Procurador do T.C.).

Não podia fazê-lo, repetimos, pois carecia de autoridade para tanto. O Tribunal é órgão *auxiliar* do Poder Legislativo, com atribuição específica de fiscalizar *aplicação* de verbas (v. SEABRA FAGUNDES, *O Contrôlo dos Atos Administrativos*, pág. 164, 2.ª ed.; CARLOS MAXIMILIANO, *op. cit.*, pág. 339, nota 3; PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, pág. 18, n.º 2). O órgão competente para apreciar a constitucionalidade dos projetos de lei (e, conseqüentemente, das leis) é *outro*, ou seja, a *Comissão de Constitui-*

ção, Justiça e Administração do mesmo poder legislativo, a qual, aliás na espécie dera parecer, nos seguintes termos:

“*Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Administração.*

Nada há a opor quanto à constitucionalidade e legalidade do presente projeto. Trata-se de um acontecimento que abalou a opinião pública, por suas conseqüências, de tal modo que, sem nenhuma vinculação religiosa (sic) todo o povo se aprestou na reconstrução da histórica (sic) matriz do Engenho Velho. O Estado, pois, não podia ficar indiferente. Sou pela aprovação do projeto acolhendo a mensagem tal como nela se contém” (HUGO RAMOS FILHO, TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, NALDIR LARANJEIRA, WALDEMAR VIANNA).

O órgão competente já se manifestara pela constitucionalidade; o órgão incompetente não poderia invadir as funções daquele, dando pela inconstitucionalidade.

Note-se que a Assembléa não procurou, por qualquer de seus organismos, invadir a seara própria do Tribunal de Contas. Este é que saiu de seus lindes, para reapreciar o que já estava apreciado, para revogar o que não podia nem ao menos conhecer.

Caso característico de invasão de função, que aumenta em gravidade por referir-se a declaração de inconstitucionalidade. A prevalecer o entendimento do Tribunal de Contas, estaria abolida a Comissão de Constituição da Assembléa, auxiliar, como ele, do Legislativo, e todos os projetos teriam que passar pelo crivo prévio do plenário da Corte de Contas.

Por outro lado, a competência para a decretação, ou o reconhecimento, da inconstitucionalidade das leis, e as regras a que deve ela obedecer, não são tão simples como possam parecer ao E. Tribunal de Contas. Devem tais atos revestir-se de grande cautela, sob pena de importarem na subversão da ordem jurídica.

Esclarece, a respeito, PONTES DE MIRANDA (*op. cit.*, vol. V, 1953, pág. 298, n.º 7):

“*A cognição da resolução administrativa, que afirma a inconstitucionalidade ou ilegalidade, só a pode ter a autoridade para que se recorre.*”

Pergunta-se: o Tribunal de Contas é instância de recurso da Assembléa, ou é o contrário que se dá? Qual dos dois é autoridade superior? Obviamente que a Assembléa.

Continua PONTES DE MIRANDA:

“*Quando o ato é de autoridade superior, nenhuma decisão constitutiva negativa pode ser dada pela autoridade inferior: o*

juiz não pode decretar a nulidade do acórdão do Tribunal, nem os funcionários públicos podem decretar a inconstitucionalidade de leis, decretos, ou portarias e avisos”.

Não nos iremos alongar todavia na discussão dêsse ponto, pois temos o fato como consumado. O Tribunal de Contas, irregularmente embora, nesse caso, entendeu de ser juiz superior da constitucionalidade das Leis. O que nos importa é demonstrar a constitucionalidade, e indicar os rumos para que o poder executivo possa realizar o ato a que está obrigado por força de lei.

Verificamos os dois fundamentos da recusa do registro: violação do art. 31, II, da Carta Magna, e inexistência de tombamento. Essas alegações se destroem reciprocamente, e, de per si, nenhuma tem cabimento.

O Estado, ao conceder um crédito de Cr\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros) para uma Igreja fazer obras de reconstrução, não está agindo inconstitucionalmente. Não está fazendo qualquer discriminação, não está propiciando ou propagando qualquer culto. Note-se: a subvenção não se destina ao culto; visa, somente, a obra de reconstrução de um prédio, que é de uma Igreja Católica, como poderia ser de qualquer outra religião.

Com muita propriedade a afirmação do Sr. Governador, em seu pé-dido de reexame, quando se refere ao Carnaval, altamente financiado pelo Governo através da Secretaria de Turismo. Haverá, nesse caso, subvenção ao culto pagão? A resposta só pode ser negativa.

Haveria proteção ao culto, *verbi gratia*, se a administração contribuisse para a realização das missas, pagasse aos pastôres, assumisse a propaganda das religiões à custa dos cofres públicos, e isso mesmo, a nosso ver, se o fizesse discriminatôriamente, dando a uns e não a outros. Auxiliando as religiões igualmente, o Estado estaria cumprindo um mandamento constitucional, pois as seitas são expressões sociológicas autênticas da cultura popular.

Em tese, a subvenção a templos, desde que não imponha diferenciações entre êles, beneficiando alguns em prejuízo de outros, nem os vinculem ao Estado, parece-nos legítima.

Na hipótese, não há a menor sombra de dúvida. A constitucionalidade da Lei n.º 97 e do decreto que a mandou cumprir, é flagrante.

A subvenção destina-se à reconstrução da cúpula da secular Matriz de São Francisco Xavier, do Engenho Velho, prédio histórico e tradicional, monumento cuja conservação é do maior interesse público.

A Matriz, convém recordar, tem *mais de duzentos anos* de existência, é uma das mais imponentes e conhecidas do Rio de Janeiro. Foi Matriz da Côrte Imperial. Vultos históricos da maior importância na vida nacional têm seu nome ligado a ela.

Basta lembrar-se o Duque de Caxias, patrono do Exército, em razão de quem o Templo é hoje conhecido como a Igreja de Caxias. Nela batizou-se a esposa do Duque, para ela dirigiu-se êle, imediatamente após seu retôrno triunfante da guerra do Paraguai.

É uma capela histórica, é um monumento que constitui patrimônio precioso de nossa cultura e civilização.

O art. 175 da Constituição Federal *impõe* aos governantes a proteção a essas obras, que constituem uma reliquia a ser preservada com todo empenho, que representam o poder artístico de criação de um povo.

O art. 75 da Constituição Estadual, por sua vez, é mais incisivo e categórico:

“O Estado protegerá de modo especial, em colaboração com os órgãos federais competentes, os bens naturais, assim como as obras e os monumentos de valor histórico, artístico e cultural, situados no seu território.”

Há um imperativo constitucional, a que o legislador ou o governante não podem fugir. A Carta Maior da Guanabara, a exemplo da Federal, viu, exatamente, proteger e preservar os monumentos contra a eventual fúria de alguns que, levados por preconceitos impertinentes, procurassem abandoná-los à destruição.

Comentando o art. 175 da Constituição Federal, diz PONTES DE MIRANDA (*op. cit.*, vol. VI, pág. 225), que “não foram meditados, nem sequer louvados, como mereciam, os textos de 1934, 1937 e 1946”, e que “para louvá-los é de mister conhecer-lhes o conteúdo, com tóda a exatidão. saber-lhes a intensidade”.

E acrescenta com entusiasmo:

“O art. 175 é regra digna de reprodução em Constituições posteriores, que venha a ter o Brasil, e da atenção acurada dos legisladores ordinários”.

Entendeu, todavia, o Tribunal, que, pelo fato de não estar *tombada*, a Matriz de São Francisco não é suscetível de proteção; dizendo mais, após citar inúmeros outros templos registrados no Departamento do Patrimônio:

“Estivesse a Igreja Matriz de São Francisco Xavier incluída pelo órgão competente entre as que encerram valor histórico e artístico, e o Relator lhe concederia o registro de crédito”.

O nobre relator condiciona a historicidade de um monumento, ou a existência de seu valor artístico e cultural, ao ato do tombamento — como se uma obra se tornasse histórica, artística ou cultural por estar registrada em um livro.

É evidente que não é a inscrição no Tombo que atribui ao monumento seu valor histórico, cultural ou artístico; como não é o registro de uma criança na circunscrição do Ofício Civil que lhe dá nascimento.

O monumento é histórico, porque está ligado a fato relevante da vida nacional, porque tem significação profunda para a coletividade. A

construção é artística porque possui características notáveis, que a tornam objeto de admiração. A obra é de valor cultural porque exprime a força criadora do espírito humano.

Em outras palavras, o tombamento não fez mais do que declarar uma situação de fato preexistente. E é evidente que há inúmeras centenas e milhares de obras e monumentos que ainda não estão tombados, e que poderão vir a sê-lo.

Por ser o tombamento uma formalidade secundária, não criadora do valor da coisa, é que as constituições a êle não se referem.

Não se diz, com efeito, no art. 75, que “serão protegidos os bens tombados”, e sim, de modo amplo, os “bens de valor histórico, artístico ou cultural” tombados, ou não tombados.

O nobre relator não negou o significado cultural, artístico ou histórico, da secular Matriz de São Francisco: ignorou-o, tão-somente, por inexistência de sua inscrição no Departamento do Patrimônio.

Afinal, em que consiste o tombamento tão decantado pelo Colendo Tribunal?

Numa *limitação urbanística da propriedade*. Uma restrição ao exercício da propriedade. Uma quase desapropriação. Como se vê, é ostensiva a contradição em que incorreu o ilustre relator.

Apoiou-se no art. 31, II, da Constituição Federal, que veda a subvenção ao culto ou o *embaraço* a seu exercício.

O tombamento, destarte, seria, de acôrdo com o pensamento de S. Excia., também inconstitucional, porque embaraçaria o exercício do culto, limitando e restringindo a propriedade. Portanto, se tombado o bem, o zêlo da Egrégia Côte de Contas também se teria que manifestar, pois o invocado art. 31, dentro da mesma linha de raciocínio, teria exata aplicação.

Está clara, pois, e inequivocamente demonstrada, a constitucionalidade da Lei n.º 97. De seu mérito o Tribunal de Contas pretendeu discordar, mas essa discordância não é motivo jurídico suficiente para a recusa do registro.

O Legislativo editou a norma: o Executivo deseja cumpri-la. Não há qualquer restrição constitucional a que isso se faça, sendo a subvenção, pelo contrário, uma imposição indeclinável dos arts. 175 e 75 das Cartas Federal e Estadual, respectivamente.

EM CONCLUSÃO

A — Não são inconstitucionais a Lei n.º 97 e o Decreto n.º 943, que concederam subvenção de Cr\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros) para reconstrução da Matriz de São Francisco Xavier no Engenho Velho. Tais atos, ao contrário, são de interesse público, e foram elaborados em obediência a preceito expresso dos arts. 175 e 75, respectivamente, das Constituições Federal e Estadual;

B — A circunstância de o bem não estar *tombado* não lhe retira o intrínseco valor histórico, artístico e cultural, o qual é unanimemente pro-

clamado, e não foi contestado pelo E. Tribunal de Contas. Dito valor depende de condições de fato, plenamente reconhecidas na hipótese, sendo o tombamento mera formalidade declaratória, que importa, não em vantagens, mas em ônus para o dono do prédio registrado;

C — Estando o poder executivo obrigado, por força da Lei n.º 97 e da Constituição, a efetivar a concessão do crédito, deve ser solicitado do Egrégio Tribunal de Contas o registro do mesmo, sob reserva, manifestando-se, afinal, sobre a legalidade e conveniência do ato, em última instância, a Assembléia Legislativa. O Registro sob reserva é da essência da instituição do Tribunal de Contas, no sistema constitucional e administrativo brasileiro, não tendo sido afastada a sua possibilidade pelo art. 22, parágrafo único, da Constituição Estadual, com o qual está em perfeita consonância.

Salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 21 de junho de 1963.

LETÁCIO JANSEN JUNIOR
Procurador do Estado

CERTIDÃO. DESPACHOS PUBLICADOS E PARECERES

— *A Administração não está obrigada a atender a pedidos de certidão que versem sobre despachos publicados no órgão oficial ou a pareceres constantes de processo administrativo.*

Devolvo o Processo n.º 4.315.281/58, em que a firma Hotéis Othon Sociedade Anônima requer certidão, para fazer prova em juízo, do inteiro teor do despacho proferido pelo Prefeito do Distrito Federal, a 8-12-1951, no Processo n.º 4.312.789/51, bem como dos pareceres sobre os quais se fundou o mencionado despacho.

Somos contrários à expedição da certidão requerida. Os atos de que se pede certidão não são certificáveis, pois se referem a despacho convenientemente publicado no órgão oficial e a pareceres, que não são, de acôrdo com a doutrina e a jurisprudência, suscetíveis de certidão.

Pareceres e mais informações são atos de instrução processual e se relacionam, via de regra, especificamente, com a matéria examinada. Caso a caso, variam os informes, bem como se diversificam os pronunciamentos. Não se argumente com a similitude ou igualdade das situações acaso versadas, em justificativa do pedido.

De um modo ou de outro, se o pedido de certidão não se prende a fatos objetivamente figurados, mas se dirigem à generalidade das informações prestadas ou pareceres emitidos, não há o que seja certificável.

A simples alegação de que a certidão é para fazer prova em juízo também não acarreta a obrigação ao atendimento do pedido de certidão relativo a pareceres proferidos em processos do interesse de terceiros.

De mais a mais, a singeleza com que o pedido foi formulado aconselha a não-expedição do documento pedido, que bem poderá vir a ser utilizado contra os próprios interesses do Estado. A requerente devia, por conseguinte, ser explícita em seu pedido, objetivando-o, tornando-o claro e preciso em seus fins, o que, evidentemente, não se pode vislumbrar mediante a fórmula concisa de que a certidão se destina a fazer prova em juízo.

É o que nos parece, salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 28 de junho de 1960.

WALTER AQUINO
Advogado do Estado

**CERTIDÃO PARA DEFESA DE DIREITO. ART. 141, § 36, III,
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

— Quando requerida para defesa de direito, a certidão não pode ser negada sob a alegação de sigilo imposto pelo interesse público.

Tenho a honra de, com a opinião solicitada, devolver o Processo n.º 7.000.370/59, em que João Baker pede certidão sobre obras de acréscimo que teriam sido licenciadas para várias unidades do edifício de apartamentos à Rua do Russell, n.º 724.

O direito de requerer e obter certidão do que se contenha em processos administrativos é, como se sabe, preceito constitucional (art. 141, § 36, III), insusceptível de atenuações ou interpretações que importem em sua denegação.

Trata-se de norma auto-aplicável, independente de regulamentação para que se a tenha por válida (vide ALCINO PINTO FALCÃO, *Constituição Anotada*, vol. II, ed. 1957, pág. 238). E trata-se também de verdadeiro pressuposto do regime democrático, que considera a administração pública instrumento da coletividade e não uma organização fechada, insensível aos cidadãos (vide TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, *Comentários*, vol. III, edição 1948, pág. 263).

O texto constitucional é claro e os comentadores são uniformes em considerar que o sigilo imposto pelo interesse público só pode ser alegado como negativa de certidões “requeridas para esclarecimento de negócios administrativos”, segundo o n.º IV daquele inciso, e nunca nos casos de certidões requeridas “para defesa de direito” individual, nos termos do n.º III.

O receio manifestado pelo digno Engenheiro-Chefe do DED é, sem dúvida, procedente. Mas não há como fugir ao risco, porque não se pode apenas cumprir as leis quando haja interesse em fazê-lo ou nada contra-indique o fazê-lo. Como, porém, nessa mesma informação está dito que não

foram ainda solucionados todos esses casos de obras suplementares — aquêlê risco diminuirá de muito se o forem sob o estrito respeito às normas legais vigentes. E se houve alguma ilegalidade no licenciamento de tais obras, que tome o Estado a deliberação de desfazê-la, cassando as licenças mal obtidas.

De qualquer forma, a atuação do queixoso far-se-á contra seus condôminos apontados — e êle mesmo assim o entende e disse.

Opino, pois, pela expedição da certidão requerida.

Rio de Janeiro, 13 de setembro de 1960.

ROBERTO PINTO FERNANDES
Advogado do Estado

**CERTIDÃO PARA FAZER PROVA EM JUÍZO.
FATO CONCRETO**

Tenho a honra de devolver o Processo n.º 7.571.768/60, em que é requerente o advogado Dr. José Valladão, que solicita certidão sobre se foi requerida licença para construção de prédio no imóvel situado na Rua Frei Fabiano, 335, no período de 1959 a 1960.

O processo se acha convenientemente instruído, nêle informando-se que não consta, no período mencionado, pedido de licença para construção.

Fêz-se, no processo, uma exigência no sentido de que o requerente esclarecesse o pedido, declinando o tipo de ação, autor, réu, vara, etc. atendendo possivelmente ao fato de que o requerente solicitara a certidão para prova em Juízo.

O requerente, procurando satisfazer a exigência, esclareceu que a certidão pedida se destinava a fazer prova em Juízo, em ação a ser proposta no Fôro do Estado da Guanabara.

O atual Diretor do Departamento de Edificações declara que não teria dúvida em mandar expedir a certidão, não fôsse a exigência de início feita ao requerido.

Daí, a vinda do processo a esta Procuradoria Geral, para emitir parecer, *ex-vi* do disposto no § 36 do art. 141 da Constituição Federal.

Sobre a matéria, é o seguinte o meu parecer:

A Constituição Federal, no capítulo referente aos direitos e garantias individuais, assegura, amplamente, a expedição das certidões requeridas para defesa de direito, restringindo essa expedição quando se trata de certidões requeridas para esclarecimento de negócios administrativos, pois que o interesse público, não raras vêzes, poderá impor sigilo.

Na espécie, o pedido é perfeitamente objetivo e claro: trata-se de certidão solicitada, para fazer prova em Juízo, de fato concreto, qual o de existir ou não licenciamento de obras de construção de prédio em determinado local. Não vemos como se possam exigir do requerente as especificações formuladas neste processo. São elas impertinentes e, a vingarem,

constituiriam verdadeiro cerceamento do direito assegurado constitucionalmente a todos os cidadãos.

Por várias vezes, já tive oportunidade de me manifestar sobre a concessão de certidões, opinando sempre sejam elas expedidas em cumprimento ao preceito constitucional, mas também sem oívido dos interesses do Estado como litigante ou provável parte em demandas judiciais. Tenho considerado também, aliás de acôrdo com a jurisprudência e a própria doutrina, que o direito a certidão sofre limitações inteiramente justificadas, quando se intenta a obtenção de certidões de fatos não caracterizados, frequentes vezes de fatos que se situam no campo puramente opinativo.

A hipótese veiculada, porém, é diferente, e a certidão solicitada deve ser expedida, nos precisos termos do requerimento e das informações prestadas.

Rio de Janeiro, 15 de julho de 1960.

WALTER AQUINO
Advogado do Estado

CHEQUE SEM FUNDOS. PAGAMENTO IMEDIATO, SEM LESÃO PATRIMONIAL. BOA-FÉ DO EMITENTE

A matéria de que trata o ofício do Diretor do Departamento do Tesouro, constando do Processo Administrativo n.º 4.802.335/57, envolve duplo aspecto, que sugere uma digressão nos seus dois ângulos — o municipal, regulado pelo Decreto n.º 13.567, e o penal, contido no capítulo do Código que cuida do estelionato e outras fraudes.

2. Vamos começar pelo Decreto n.º 13.567, de 16 de julho do ano corrente, que dispõe sobre o recebimento de tributo, contribuições ou depósitos, por meio de cheques, na Prefeitura do Distrito Federal.

Dois cheques foram emitidos em favor da Prefeitura, contra o seu Banco, sendo recusados por insuficiência de fundos.

O próprio ofício também esclarece que o responsável pela emissão pagou, em moeda corrente, o impôsto sobre vendas e consignações, correspondente aos dois cheques citados, e mais a multa de Cr\$ 57.449,30.

Apesar dessa situação, o zeloso Diretor do Tesouro encaminhou o expediente para o pronunciamento desta Procuradoria-Geral, na forma do art. 52, § 2.º, do referido Decreto, assim redigido:

“§ 2.º — Quando se tratar de cheques emitidos com falsidade ou insuficiência de fundos, cumprirá ao respectivo órgão arrecadador promover desde logo o comparecimento do contribuinte e providenciar o resgate em dinheiro da guia antes paga com o cheque impugnado, fazendo nessa guia mencionar tais ocorrências e remetendo o cheque devidamente invalidado, com tôdas

as informações, ao Diretor do Departamento do Tesouro para encaminhamento à Procuradoria Geral”.

2. O § 3.º prevê o pagamento da multa, e o § 4.º assinala a hipótese da falsidade ou insuficiência de fundos, sem o resgate do contribuinte.

Assim, o atual e recente diploma municipal que dita as normas para os recebimentos através de cheques, nos casos que enumera, conclui sempre remetendo o assunto ao conhecimento do seu órgão jurídico.

Daí, o indispensável exame de cada caso, no seu detalhe, na sua peculiaridade, para as providências que venham a ser tomadas além da fronteira administrativa.

O caso em tela ficou totalmente resolvido, ao que tudo indica, pelas datas e pelos prazos, logo que o emitente do cheque tomou ciência da situação, pagando em moeda corrente a importância devida, acrescida dos juros que lhe foram impostos a título de multa.

Nenhum prejuízo sofreu a Prefeitura, e a situação de contribuinte recuperou a sua tranqüila normalidade.

3. Agora, resta o capítulo extramunicipal, que também merece e necessita de uma apreciação.

Frisamos, ao começo, que a matéria está contida no Código Penal, sob a rubrica “Fraude no pagamento por meio de cheque”, — e quem o emite, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, está sujeito a uma pena de reclusão que oscila entre um e cinco anos.

À primeira vista, pareceria existir, no caso, o crime do art. 171, § 2.º, n.º VI, do Código Penal.

Mas o delito é eminentemente doloso e não se exaure com a simples emissão, sendo necessário que o agente proceda com intenção de fraudar o beneficiário do cheque.

Desde o Código Criminal de 1830, já se nomeava de *estelionato* o crime patrimonial praticado por meio de *artifício fraudulento*, que tem na *fraude* a sua tônica, a sua constante tipificadora.

Não se consumou a lesão ao patrimônio, e muito menos verificou-se a prática do artifício, do ardil ou outro meio fraudulento que induzisse ou mantivesse em erro, para a obtenção da vantagem ilícita.

Poderíamos dizer, com o mestre NELSON HUNGRIA, que

“não só os argumentos de ordem prática ou de política criminal, senão de rigorosa lógica jurídica, justificam, na espécie, a indiferença do direito penal”.

Oportuna, também, a citação do Ministro BENTO DE FARIA, em comentário ao artigo do Código:

“Cumpro distinguir: — ou o emitente (agente) assim procedeu, intencionalmente, para impedir o pagamento, tornando-se, portanto, criminalmente responsável, ou o fez por inadvertência,

engano, ou erro não proposital e não deverá incidir na sanção penal se der outro cheque em substituição, ou retificar o erro no que tiver emitido, por forma a permitir o seu cumprimento" (*Código Penal Brasileiro*, vol. IV, pág. 199).

A lição do comentador dispensa outras indicações, e revela uma situação perfeitamente ajustada ao caso concreto.

Tudo indica que os cheques foram emitidos equivocadamente, tanto que o contribuinte *honrou o compromisso*, logo que soube da falta de pagamento, por insuficiência de provisão de fundos. Compareceu à repartição e liquidou a dívida, submetendo-se, ainda, à multa aplicada. Já houve, pois, a aplicação da pena fiscal, estando resguardado o patrimônio municipal.

Se está afastado o *dolus criminalis*, se comprovada a ausência da fraude intencional e desejada, tem de ser proclamada a "indiferença do direito penal".

4. Assim, pensamos ter atendido ao duplo aspecto que a matéria sugeriu, e, numa síntese apertada, podemos concluir que o assunto pode ser encerrado na esfera administrativa, sem outra repercussão de alcance criminal.

É o nosso entendimento, aceitando que o contribuinte não agiu de má-fé, ressaltando a possibilidade de aparecimento de novos elementos que venham demonstrar a sua culpabilidade.

Distrito Federal, 12 de setembro de 1957.

RAUL LINS E SILVA FILHO
Advogado da PDF

CONTRÔLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS. POSSIBILIDADE DA INICIATIVA DO PODER EXECUTIVO

Após ter-se pronunciado de forma precisa e jurídica o ilustre Advogado desta PRG, o Dr. PAULO GERMANO DE MAGALHÃES, a respeito da questão da constitucionalidade do art. 216 da Lei n.º 899, determinou V. Exa. que considerássemos esse pronunciamento, pois a nós está entregue a defesa de questões judiciais relacionadas com as teses ali adotadas.

Sobre tal matéria, é verdade, já existem vários pareceres da Administração, objetivando exata interpretação do dispositivo legal referido, e, em Juízo, já suscitamos a questão da sua inconstitucionalidade, calcando-nos em os mesmos princípios adotados pelo Dr. PAULO GERMANO DE MAGALHÃES.

Não existe, todavia, nenhuma decisão do Judiciário a respeito e pensamos reforçar a tese daquele ilustre Advogado citando o art. 79 da Lei n.º 899 que, com muita exatidão, situa a questão dentro dos princípios constitucionais desenvolvidos no parecer.

"Art. 79 — Ressalvado o disposto no artigo anterior, a designação para as funções gratificadas criadas por esta lei será feita pelo Prefeito, que para esse fim escolherá livremente entre os servidores efetivos ... (vetado) da Prefeitura ... (vetado)."

Além dessa questão, a inconstitucionalidade do art. 216 da Lei n.º 899, a propósito de que manifestamos inteira concordância com o pronunciamento do Dr. PAULO GERMANO MAGALHÃES, outra com ela relacionada, e agora suscitada, existe, passível de controvérsias e de indagações jurídicas. É saber-se se ao Executivo é lícito negar aplicação a uma lei sob a alegação de ser inconstitucional.

Princípios jurídicos deverão orientar a formulação e a solução do problema.

Dentro do nosso sistema político, e tradicionalmente, é o Judiciário quem pode, pela forma rigorosa do art. 200 da atual Constituição Federal, declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público.

É a incorporação ao direito positivo da doutrina que MARSHALL firmou no direito constitucional norte-americano no célebre caso "Marbury vs. Madison", colocando a Suprema Corte como intérprete da Constituição e árbitro da validade constitucional das leis.

Tal doutrina não é exclusiva ou única, pois poderemos encontrar em outros sistemas políticos formas diversas de controle da constitucionalidade das leis, como através de organismos políticos. Assim foi o "Tribunal das Garantias Constitucionais" da Constituição da República Espanhola de 9-12-1931.

A razão por que diversificam tais sistemas de controle é exposta de forma precisa pelo consagrado publicista LAFERRIÈRE:

"Sans doute, le contrôle de la constitutionnalité des lois et, de façon générale, le contrôle de la régularité, par rapport à la constitution, des actes accomplis par les différents pouvoirs publics, soulève un problème juridique. Il s'agit de vérifier si un acte a été valablement fait par une autorité publique; si celle-ci s'est maintenue dans les limites de sa compétence; si un texte inférieur, la loi, est ou non compatible avec un texte supérieur, la constitution. Mais, si on envisage les effets de ce contrôle, c'est une question de grande importance politique. Il s'agit, en effet, de renfermer le Parlement et, éventuellement, le Gouvernement, dans le domaine que la constitution leur a assigné. Charger un organe de cette mission, lui conférer ce pouvoir, c'est l'appeler à jouer dans l'Etat un rôle d'une importance politique essentielle. L'autorité qui est appelée à dire aux autres pouvoirs publics et notamment au Parlement: voilà où votre action s'arrête et, passé ce point, je déclare vos actes inefficaces, ne va-t-elle pas par là même posséder dans l'Etat une situation de prééminence?" (*Manuel de Droit Constitutionnel*, pág. 310).

Talvez em vista dessa ordem de idéias, a Constituição Federal de 1946, e mesmo a vigente lei orgânica para o Estado da Guanabara, estabelecem, aquela no art. 70, § 1.º, que:

“Se o Presidente da República julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais, vetá-lo-á, total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, contados daquele em que o receber, e comunicará no mesmo prazo, ao Presidente do Senado Federal, os motivos do veto. Se a sanção for negada quando estiver finda a sessão legislativa, o Presidente da República publicará o veto”.

A obediência absoluta à Constituição Federal é decorrência do princípio da legalidade, que repousa sua formulação e autoridade no princípio da hierarquia das leis. A Constituição Federal é a lei suprema, é o ápice da pirâmide de leis, e, por isso, tem que ser respeitada.

A esses princípios vigentes em nosso direito constitucional, outro, imediatamente relacionado com a controvérsia que analisamos, deve ser acrescentado. O Judiciário não declara a inconstitucionalidade de lei ou ato do governo em tese, mas em caso concreto. E a lição que se encontra bem desenvolvida em FRANCISCO CAMPOS e da qual salientamos o seguinte:

“Os tribunais só podem entrar no exame da constitucionalidade de uma lei, no momento de aplicá-la a uma espécie determinada e devidamente levada ao seu conhecimento, pelo único trâmite possível, a saber, uma contestação entre partes, que verse sobre um direito precisamente individuado” (*Direito Constitucional*, pág. 66).

Por essa razão, a Constituição Federal, em seu art. 64, diz ser da incumbência do Senado Federal suspender a execução de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Porque a declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais não anula a lei, mas apenas traz como consequência o não ser ela aplicada ao caso ocorrente, é necessária aquela intervenção do Senado Federal.

Ora, se apenas o Judiciário pode declarar a inconstitucionalidade de lei, e apenas quando provocado poderá fazê-lo, resta àquele que se considere prejudicado o direito de obter um pronunciamento do Judiciário, a respeito. Poderá obtê-lo através da ação declaratória, de aspecto positivo, ou através de outra qualquer ação que resultará da sua negativa de cumprir a lei que tem como inconstitucional.

Essa maneira simplista de apresentar o mecanismo do controle da constitucionalidade das leis assume peculiaridades e até controvérsias quando o interessado é o próprio Poder Público. Isto porque ao Executivo compete cumprir fielmente as leis e zelar pela sua execução, não nos parecendo,

em princípio, que lhe seja lícito negar aplicação a uma lei com a alegação de que é inconstitucional. Especialmente se não exercitou a faculdade de controlar-lhe a constitucionalidade no momento em que lhe foi dado vetá-la.

Em situações como esta, cremos que restaria ao Executivo a faculdade de pedir ao Legislativo que revogue a lei. Mas a revogação, saliente-se, não tem eficácia retroativa e não impedirá que a lei revogada produza efeitos.

Essa tese, não há dúvida, é perigosa e apesar de robustamente defendida por tratadistas de várias nações, consagra verdadeira ditadura do Legislativo em relação ao Executivo, que, não devendo deixar de cumprir a lei, não tem, assim, oportunidade de obter a declaração judicial da sua inconstitucionalidade. Fica o Executivo em posição de inferioridade diante do Legislativo e até em relação ao particular que se nega a cumprir uma lei por tê-la como inconstitucional.

É necessário, então, construir-se um raciocínio que permita até superar a controvérsia que resulta de dever o Executivo obediência à Constituição e ao mesmo tempo dever cumprir a lei que a contrarie.

CARLOS MAXIMILIANO, em seus *Comentários à Constituição Brasileira*, citando STORY, afirma a propósito da controvérsia:

“Qualquer aplicador da norma positiva, judiciário ou administrativo, toda e qualquer autoridade, tem o dever precípua de a descumprir, desde que a determinação ordinária esteja em flagrante dissídio com a fundamental. Todo funcionário, *executivo, legislativo ou judiciário*, está obrigado a abster-se de realizar qualquer ato incompatível com as determinações do estatuto supremo; portanto, o juiz singular não atende ao pedido de aplicação de norma claramente inconstitucional”.

Se aquela tese é perigosa, esta última é arrojada e não deve ser levada às últimas consequências. Parece-nos, entretanto, que é permissível ao Executivo movimentar a máquina do Judiciário, submetendo-lhe a questão da inconstitucionalidade de lei, quando esta lhe parecer evidente.

Não há lei que lho proíba e é da essência do regime a amplitude desse controle. Não será obstáculo o não ter vetado a lei ou o ter sido rejeitado o veto, pois o controle da constitucionalidade da lei em cada caso é permanente e não pode ser restringido. O Judiciário deve fazê-lo sempre, nada lhe importando o ter havido ou não o veto. Este, que é uma forma de controle político, não exclui nem pode excluir o específico do sistema, o judicial, que é exercitado permanentemente, não devendo haver legítimas restrições aos interessados para suscitá-lo.

Apenas que em relação ao Poder Executivo é indispensável cautela e segurança a respeito, porque deve conciliar sua atitude negativa em relação ao cumprimento de lei com o dever de zelar pela sua fiel execução e, acima disso, de prestar obediência à Constituição Federal.

Pensamos, assim, que é lícito ao Executivo examinar a constitucionalidade de uma lei, e parecendo-lhe evidente sua inconstitucionalidade, obter do Judiciário pronunciamento definitivo a respeito, seja através de ação positiva, a declaratória, seja pelo procedimento negativo, através do que chamaríamos, embora sem tecnicidade ou exatidão, de exceção de inconstitucionalidade a ser oposta em fase administrativa ou judicial.

Rio de Janeiro, 18 de junho de 1960.

GUSTAVO AFFONSO CAPANEMA
Advogado do Estado

ENSINO PRIMÁRIO. CANCELAMENTO DE FOLGA ESCOLAR. EXTENSÃO DO PRECEITO AOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES

Restituo o Processo n.º 3.005.750/57, no qual se solicita a audiência desta Procuradoria sobre a legalidade da extensão aos estabelecimentos de ensino primário particulares da norma constante da Lei n.º 784, de 30 de outubro de 1953, a qual, no parágrafo único de seu art. 1.º, reza:

“Quando ocorrer feriado ou ponto facultativo na semana, fica cancelada a folga escolar da quinta-feira nas escolas primárias e a do sábado nas escolas noturnas da Prefeitura (P.D.F.)”.

Suscitando a dúvida que é objeto da consulta, a Diretora do DEP alinha dispositivos da Lei Orgânica do Ensino Primário (arts. 23 e 24) e de normas regulamentares (Instruções ns. 7-SGE, de 24-2-1952 — artigo 83 e parágrafo único), à base dos quais lhe parece, em princípio, extensível aos estabelecimentos particulares de ensino do Distrito Federal, a regra já referida, da Lei n.º 784, de 30-10-1953.

Com efeito, a matriz dos fundamentos jurídicos que regulam a matéria é, sem dúvida, a norma da Lei Orgânica do Ensino Primário que considera no desempenho de função pública as pessoas naturais e jurídicas de direito privado que mantenham estabelecimentos de ensino primário, cabendo-lhes, em matéria educativa, os deveres e responsabilidades inerentes ao serviço público (art. 23).

Por outro lado, no seu art. 24, a Lei Orgânica do Ensino Primário consagra o princípio da unidade de organização e de direção, dispondo que os estabelecimentos de ensino primário públicos e particulares formarão, em cada Estado, um só sistema escolar.

Em consequência, cumpre esclarecer se a regulamentação da matéria, concernente à disciplina do tempo semanal que deve ser dedicado às aulas, nos estabelecimentos de ensino primário particular, constitui aspecto da organização e direção do sistema escolar, de vez que, na hipótese afirmativa, a regra da Lei Orgânica é a da unidade.

Se a regulamentação da matéria interessa à organização e à direção do sistema escolar, é fora de dúvida que ao poder público cabe zelar para que estabelecimentos públicos ou privados observem normas que assegurem a eficiência e o rendimento do regime escolar.

Ora, o tempo mínimo a ser dedicado ao ensino, isto é, o número de aulas semanais, constitui, por certo, base essencial de todo o sistema de aprendizado escolar, dentro das normas que regem a administração do ensino no país.

Assim o entendeu, por certo, a Secretaria Geral de Educação, quando, nas Instruções n.º 7, de 4-2-1953, considerou de sua competência regular o funcionamento das aulas nos estabelecimentos de ensino primário particular dispondo

“Art. 83 — As aulas funcionarão em cinco dias da semana, com a duração de quatro horas e meia, em um turno ou em dois.

Parágrafo único. — O dia de folga semanal será determinado pelo Diretor do estabelecimento.”

Ora, se a Secretaria entendeu de sua alçada transferir ao diretor do estabelecimento a fixação do dia de folga semanal, é fora de dúvida que poderá igualmente estender o critério fixado na Lei n.º 784, de 30-10-1953, aos estabelecimentos de ensino primário particular.

Transfere-se, assim, a decisão da matéria para o terreno da conveniência do ensino, até onde não chega a especialização do jurista, chamado apenas a dizer sobre os aspectos relacionados com a exegese e a aplicação da lei.

Distrito Federal, 27 de fevereiro de 1958.

GILSON AMADO
Advogado da PDF

ESTABELECIMENTO DE ENSINO PARTICULAR. REGISTRO NO DEP

Não é exigível autorização do proprietário do imóvel, se já a contém o contrato de locação.

No presente processo, a professora Izaura Góes de Araújo pede o competente registro, no Departamento de Educação Primária, do “Educandário Castro Alves”, de sua propriedade. Entre as exigências que foram feitas à requerente, figura a que manda “anexar autorização do proprietário do prédio, para que ali funcione um estabelecimento de ensino”. Tal exigência não pôde ser satisfeita. A requerente pede ao DEP que “considere satisfatória, para os devidos fins, a apresentação do contrato de locação do prédio em que funciona o educandário”, considerando que o con-

trato de locação, em sua cláusula V, permite à locatária a instalação, no prédio, de “negócio”, o que, a seu ver, não exclui a finalidade a que foi o mesmo destinado, isto é, a instalação de uma escola.

O Senhor Diretor do DEP entendeu que era o caso de ouvir esta PRG “sobre se, na expressão “negócio”, referida na cláusula V do contrato anexo, pode ser considerada como tal a instalação de um estabelecimento particular de ensino”.

O contrato anexo, com efeito, reza, textualmente, em sua cláusula V:

“O locatário não poderá fazer obras, modificações nas instalações de águas ou elétricas no imóvel ora locado, sem prévio consentimento por escrito do locador, bem como não poderá o locatário exigir do mesmo locador indenização alguma pelas benfeitorias que fizer, quando permitidas, ficando excluídas as instalações necessárias ao negócio nêle estabelecido, as quais o locatário obriga-se a retirar, finda a locação.”

Por essa cláusula V do contrato de locação, pode-se inferir, claramente, que o locador admitiu que o locatário fizesse, no imóvel locado, as instalações necessárias ao negócio que ali seria estabelecido pela locatária. Era, pois, do perfeito conhecimento do locador que o prédio de sua propriedade, ao ser alugado, não se destinava à residência da locatária. Seria o caso de indagar se o locador ignorava que, no seu imóvel, a locatária, que é professora, iria instalar um estabelecimento de ensino. É possível, senão provável, que não ignorasse. O simples bom senso assim o faz supor. Quanto ao gênero ou tipo de negócio, não cuidou o locador de restringi-lo, fazendo em tempo constar do contrato as possíveis restrições que quisesse impor.

Pergunta-se então se na palavra “negócio” pode compreender-se um estabelecimento de ensino. Repugna-nos, desde logo, admitir que o ensino seja um negócio, se com tal afirmativa se quiser omitir ou escamotear as sabidas implicações morais a que se obriga a atividade pedagógica. Neste sentido, claro, ensino não é negócio e só pejorativamente se poderia afirmar o contrário. No caso em pauta, porém, o caso é mais simples e não há razão para ampliar até lá o debate, ou a dúvida. Trata-se apenas de saber se o locador admitiu ou não, ao alugar o seu prédio, a instalação de uma escola primária. Respondemos que sim, porque o contrato, pelo seu contexto, afastou a hipótese de ser o imóvel destinado a residência familiar. É possível e é justo que a requerente, ao fundar o seu “Educandário Castro Alves”, tenha logicamente pensado na remuneração de sua atividade profissional. Estabeleceu, pois, um negócio, entendida esta palavra sem qualquer eiva pejorativa. O colégio é, assim, um negócio, porque é uma fonte de renda. Não será preciso definir o que seja negócio para assim o entendermos. O sentido da palavra é, de resto, muito amplo. Juridicamente, também não há o que discutir, ou por que duvidar.

Feitas as considerações acima, não temos motivo para concordar com outra interpretação senão esta: o locador admitiu a instalação de um co-

légio no imóvel que alugou à professora Izaura Góis Araújo. Não só admitiu, como não lhe opôs qualquer restrição, a não ser as que expressamente constam do contrato, e que dizem respeito, no caso, apenas à manutenção do prédio locado.

Não figura no presente processo a razão pela qual a requerente não juntou, como lhe foi exigida, “a autorização do proprietário do prédio para que ali funcione um estabelecimento de ensino.” É lícito supor que o proprietário se tenha negado a dar-lhe tal autorização, sabe-se lá por que motivos. Pouco importa, porém. A nosso ver, a ausência de tal autorização não significa a restrição do locador, no momento de assinar o contrato, no sentido de impedir que no imóvel fôsse instalada uma escola. Não vemos, pois, razão para que, por aí, se impeça o prosseguimento do pedido de registro que consta da inicial.

Este é o nosso parecer, salvo melhor juízo.

Em 17 de agosto de 1960.

OTTO LARA RESENDE
Advogado do Estado

INSTITUTO DE EDUCAÇÃO NACIONALIDADE BRASILEIRA COMO CONDIÇÃO DE INGRESSO

Restituo o processo n.º 3.002.411-58, em que se solicitam esclarecimentos sobre a situação da menor Yona Saadia que, nascida em Beyrouth, de pais libaneses, requereu matrícula no curso normal do Instituto de Educação.

É clara e precisa a orientação de nosso sistema legal em relação ao assunto.

Preliminarmente, é exigência básica (Dec.-lei n.º 8.530, de 2-1-1946, art. 20) a condição de brasileira para matrícula em cursos normais, o que facilmente se compreende, tendo em vista as responsabilidades cívicas que incumbem àqueles que exercem o magistério primário.

A alegação, feita pela interessada, de que os seus pais estão se naturalizando brasileiros e ela própria, com permissão paterna, não altera a situação em que a mesma se encontra, pois o art. 8.º da Lei n.º 818, de 18-9-1949, enumera, entre as condições para a naturalização, em primeiro lugar: a capacidade civil, segundo a lei brasileira.

Ora, a capacidade civil, de acordo com o art. 9.º do Código Civil, é obtida aos 21 anos completos, ou antes se o menor estiver legalmente emancipado por uma das causas do § 1.º desse artigo: I — concessão do pai ou, se fôr morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezoito anos cumpridos; II — pelo casamento; III — pelo exercício de cargo ou emprego público efetivo (esta causa não prevalece na hipótese, de vez que estrangeiros não podem, no Brasil, exercer cargos

públicos efetivos); IV — pelo estabelecimento civil ou comercial com economia própria.

Também não concorre para modificar a situação da menor em causa o fato dos pais estarem se naturalizando, de vez que, mesmo se já tivesse sido concluído o processo respectivo, ainda assim não aproveitaria à candidata, uma vez que, de acôrdo com o art. 20 da Lei n.º 818, de 18-9-1949,

“a naturalização não importa a aquisição da nacionalidade brasileira pelo cônjuge ou pelos filhos”.

Quanto aos efeitos da naturalização, ainda em face do que dispõe a aludida Lei, no art. 19, “a naturalização só produzirá efeito após a entrega do decreto, na forma dos arts. 15 e 16, e confere ao naturalizando o gôzo de todos os direitos civis e políticos, excetuados os que a Constituição atribui exclusivamente a brasileiros natos”.

No que se refere à opção, a norma que vigora, para os efeitos do art. 129, n.º II, da Constituição, é a de que o filho do estrangeiro que se naturaliza brasileiro, também pode usar do direito da opção, desde que o nascimento tenha ocorrido depois da naturalização do pai.

Assim, se o nascimento é anterior à naturalização, os filhos nascidos no estrangeiro, ainda que venham residir no Brasil, não podem optar, pois a naturalização só produz efeitos depois da entrega do decreto.

Da enunciação dos preceitos legais acima resumidos, conclui-se que a menor Yona Saadia, nascida em Beyrouth, no ano de 1942, filha de pais libaneses, não poderá, sob qualquer aspecto por que se aprecie a sua situação, usufruir direitos só reservados a brasileiros, tal como o de obter matrícula em estabelecimento de ensino normal. Não é brasileira, nem possui capacidade civil para requerer naturalização, segundo a lei brasileira.

Distrito Federal, 14 de maio de 1958.

GILSON AMADO
Advogado da PDF

SUBVENÇÃO A AUTARQUIA FEDERAL. INAPLICABILIDADE DA LEI N.º 804-54 E DE SEU REGULAMENTO

1. No Orçamento para o corrente exercício foi contemplado o Conselho Federal de Medicina com uma subvenção de Cr\$ 500.000,00 (quinhentos mil cruzeiros), como se verifica do *Diário Municipal* (Suplemento) de 29-1-1958, pág. 20.

2. Habilitou-se essa autarquia federal, criada pela Lei n.º 3.268, de 30-9-1957, ao recebimento da subvenção, mas a informação do Departamento de Assistência Social, manifesta dúvida sobre a aplicação, a essa autarquia, da legislação específica sobre o pagamento de auxílios e subven-

ções, ou seja, a Lei n.º 804, de 22-11-1959, e o Decreto que a regulamentou, de n.º 12.760, datado de 26-1-1955.

3. Há, realmente, ensejo a dúvida, por isso que a Lei n.º 804 faz exigências que a entidade em aprêço não poderá cumprir, por serem a sua estrutura e constituição inteiramente diversos das pessoas jurídicas a que se destinou aquêlo diploma legal.

4. A leitura da Lei n.º 804 e do seu regulamento revelam, desde logo, uma marcante faceta da *ratio legis*: o intuito do legislador de regular o pagamento das subvenções e auxílios às entidades de direito privado, civis, excluídas, assim, as pessoas jurídicas de direito público, ou seja, a União, os Estados, os Municípios e respectivas autarquias, e, ainda, de qualquer benefício, as entidades de direito privado comercial (art. 2.º da Lei n.º 804).

A exigência, em particular, da apresentação de estatuto devidamente registrado no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, êste privativo das fundações e sociedades civis de fins não econômicos (Dec.-lei n.º 9.085, de 25-3-1946), mais comprova aquela intenção do legislador, pois nenhuma entidade de direito público estaria em condições de cumpri-la, por não ser o estatuto o seu único ato institucional, e sim uma lei, que poderá ou não aprovar um estatuto para a autarquia.

A Lei n.º 804, portanto, não se aplica às entidades de direito público.

5. O princípio, em tese, que ora sustento, não constitui novidade. Também, ao apreciar a mesma Lei n.º 804 e seu regulamento, o ilustre Ministro EDGARD DE ARRUDA, quando Procurador junto ao Tribunal de Contas da Prefeitura, sustentou a mesma opinião, a propósito do pagamento de uma subvenção inscrita na Lei Orçamentária de 1954 em favor do “Mausoléu do Bombeiro Falecido em Serviço” (Vide *Revista da Procuradoria Geral* — vol. II, págs. 435, processo n.º 4.014.590-54).

No aludido parecer, o seu ilustre prolator opinou pelo pagamento ao Corpo de Bombeiros, e assim se manifestou em certo trecho:

“Todavia, sabidamente não procedem as interpretações culminantes no absurdo, e absurdo seria exigir-se, na hipótese, que o Corpo de Bombeiros apresentasse “os seus estatutos, devidamente registrados”.

A lei e regulamento citados, evidentemente, não podem abrangê-lo, eis que êle não constitui, nem poderia constituir, uma entidade ou uma instituição com personalidade jurídica derivada de estatutos regularmente organizados e registrados.

Poderia — é verdade — transformar-se em serviço descentralizado da União, sob forma autárquica.

Mas não o é, constituindo, por ora, simplesmente um serviço de administração direta federal.

O que pensamos é que a lei em questão (n.º 804, de 22-11-1954) regulariza o pagamento de subvenções e auxílios

no tocante a pessoas jurídicas de direito privado indicadas em seu art. 1.º. Não abrange as pessoas "naturais", que também podem ser contempladas com subvenções ou auxílios para fins previstos na lei orçamentária, *nem compreende, por igual, as entidades de "direito público interno", como a União e seus serviços ou repartições, às quais não é impossível a outorga daqueles benefícios*" (os grifos são nossos).

6. No plano federal o problema não existiria, pois a lei que regula o pagamento desses auxílios — Lei n.º 1.493, de 13-12-1951 — incluiu expressamente as "instituições públicas, autárquicas, semi-estatais ou privadas" (art. 1.º).

7. Na espécie trata-se de uma autarquia federal, a quem lei especial concedeu personalidade jurídica e autonomia administrativa e financeira.

A lei instituidora não fixou a quem cabe a representação ativa e passiva da entidade. Pelo art. 7.º, um regimento interno é que determinaria as atribuições da diretoria, composta de presidente, vice, secretário geral, 1.º e 2.º secretários e tesoureiro.

Provavelmente as quitações são passadas pelo presidente e tesoureiro, detalhe esse a ser provado pela autarquia, sem embargo do pedido estar assinado apenas pelo presidente.

8. Isto pôsto, meu parecer é no sentido de ser paga a subvenção à entidade requerente, não se lhe aplicando o disposto na Lei n.º 804, que rege apenas as pessoas jurídicas de direito privado.

Urge que o Poder Legislativo do Distrito Federal regule o pagamento de subvenções e auxílios em geral, à semelhança do que ocorre no plano federal.

No Distrito Federal a legislação citada é quase casuística, deixando de parte as subvenções a autarquias federais — que a meu ver deveriam ser proibidas — e inúmeros outros casos, como o das Comissões para a ereção de monumentos, hermas e bustos a figuras ilustres da capital ou do país.

Distrito Federal, 13 de novembro de 1958.

OSWALDO DE MIRANDA FERRAZ
9.º Procurador-Substituto

SUBVENÇÃO A INSTITUIÇÃO RELIGIOSA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 31, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

1. A Juventude Operária Católica Feminina foi contemplada, no Orçamento vigente, com a subvenção de Cr\$ 80.000,00 (*Diário Municipal* — Suplemento — de 29-1-1958, pág. 23).

Na forma da lei específica, essa entidade requereu o pagamento, juntando a documentação legal.

Ao apreciar os estatutos da peticionária, o Sr. Chefe do D. E., respondendo pelo expediente do Departamento de Assistência Social, assim se manifestou:

"Exmo. Sr. Secretário Geral.

Rogo a V. Excia. solicitar o pronunciamento da ilustre Consultoria Jurídica, para que se digne esse órgão decidir se os estatutos anexos da entidade não a caracterizam como instituição religiosa, a que a Constituição impeça subvencionar.

Rio, 25-10-1958. — (a.) *Alvaro Palmeira*, Chefe do D. E. Mat. 31.674, resp. pelo Exped. do DAS".

Solicitou-se o parecer desta Procuradoria Geral sobre a dúvida suscitada.

2. Dispõe a Constituição Federal, no art. 31, n.º II (os grifos são nossos):

"Art. 31. A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:

- I —
- II — estabelecer ou subvencionar *cultos religiosos*, ou embaraçar-lhes o exercício;
- III — ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto ou igreja, *sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo*;
- IV —
- V —

3. O que a Lei Magna proíbe, como se verifica do texto supra transcrito, não é a subvenção a instituições religiosas, e sim que o auxílio se destine ao culto de qualquer religião.

A se entender de outro modo, talvez cêrca de metade das subvenções do Orçamento vigente teriam que ser impugnadas, por vedação constitucional, dada a natureza jurídica das entidades beneficiárias: igrejas (que são consideradas pessoas jurídicas de direito internacional público como delegadas da Santa Sé), e instituições religiosas, estas pessoas jurídicas de direito privado civil.

A propósito, interessantes são as considerações de PONTES DE MIRANDA em sua obra *Comentários à Constituição de 1946*, vol. IV, página 175.

4. As subvenções a igrejas (vide o supracitado *Diário Municipal*, à pág. 22) não se destinam ao culto e sim a *obras sociais*. Nesse particular,

o Orçamento vigente é falho, pois nem tôdas as subvenções a igrejas têm a indicação da sua aplicação (letra I), melhor se identificando aquelas que se encontram na letra "O" sob a denominação de "Obras Sociais da Paróquia" ou "Obras Sociais da Igreja".

De qualquer sorte, a prova da destinação e aplicação do auxílio, feita *a posteriori*, como o determina o art. 4.º do Dec. municipal n.º 12.760, de 26-1-1955, é que baliza o reconhecimento ou não do direito a nova subvenção, no exercício subsequente.

5. No caso concreto, as finalidades da entidade são de instrução e de assistência social (art. 2.º de seus estatutos), pelo que se enquadram nas exigências do art. 1.º da Lei n.º 804, de 22-11-1954.

Distrito Federal, 20 de novembro de 1958.

OSWALDO DE MIRANDA FERRAZ
9.º Procurador-Substituto

RAZÕES FORENSES

CONVOCAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DA ASSEMBLÉIA

INCONSTITUCIONALIDADE DO ATO DE CONVOCAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA SEM INICIATIVA DO GOVERNADOR. NULIDADE DE TODOS OS ATOS DECORRENTES DA CONVOCAÇÃO POSSIBILIDADE DE SUA DECRETAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO.

Memorial do Estado, pelos Procuradores
JOSÉ EMYGDIO DE OLIVEIRA e
JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

A ESPÉCIE

Por edital publicado no "Diário da Assembléia Legislativa", em 15 de janeiro do corrente ano, o Exmo. Sr. Deputado Frota Aguiar, então Presidente em exercício daquela Casa, convocou-a extraordinariamente para reunir-se no período de 15 a 31 de janeiro. A convocação foi feita em decorrência de requerimento, assinado por 10 dos então Deputados, que a solicitavam a fim de que a Assembléia apreciasse vetos opostos pelo Sr. Governador do Estado a diversos projetos aprovados e enviados à sua sanção em fins de 1962.

Pelo teor das declarações formuladas, à época, por vários dos Deputados signatários do Requerimento de convocação, e amplamente divulgadas pelos órgãos da imprensa carioca, patenteou-se o verdadeiro sentido da providência, que outra coisa não significou senão uma tentativa de desforra ou represália contra o Poder Executivo, o qual, no cumprimento do seu estrito dever e na defesa dos interesses do Estado, deixara de atender, com a negativa da sanção, às conveniências pessoais da clientela eleitoral de alguns dos Deputados.

Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara (Tribunal Pleno) — Mandado de Segurança n.º 2.149 — Impetrante: Governador do Estado da Guanabara — Impetrado: Presidente da Assembléia Legislativa — Relator: Desembargador FRANCISCO BALDESSARINI.