

O discricionário, sob êsse tratamento, seria, assim, cada vez menos meramente político, deixando de ser obra do simples bom-senso do estadista, para se transformar em problema de técnicos. Onde a complexidade do assunto estivesse a exigir maior dose de conhecimentos do que a simples ponderação do administrador, o discricionário passaria a ser mais técnico, menos político.

E disso é que, sem dúvida, anda precisando o nosso direito disciplinar.

P A R E C E R E S

MANDATO DO GOVERNADOR ELEITO EM 1960. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA LEI N.º 3.752. DIREITO ADQUIRIDO AO EXERCÍCIO DE CARGO ELETIVO

I

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de 18-9-1946, dispõe:

“Art. 4.º — A Capital da União será transferida para o planalto central do país.

§ 3.º — Findos os trabalhos demarcatórios, o Congresso Nacional resolverá sobre a data da mudança da Capital.

§ 4.º — Efetuada a transferência, o atual Distrito Federal passará a constituir o Estado da Guanabara”.

A Lei n.º 3.273, de 1.º-10-1957, realizando o mandamento constitucional, no seu artigo 1.º, assim foi redigida:

“Art. 1.º — Em cumprimento ao artigo 4.º e seu § 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, será transferida, no dia 21 de abril de 1960, a Capital da União para o novo Distrito Federal, já delimitado no planalto central do País”.

Para organizar a nova unidade federativa, criada por força do preceito constitucional, a Lei n.º 3.752, de 14-4-1960 (Lei SAN TIAGO DANTAS), ditou normas à estruturação da autonomia estadual. São preceitos seus:

“Art. 1.º — Na data em que se efetivar a mudança da Capital Federal, prevista no art. 4.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o atual Distrito Federal passará, em cumprimento ao que dispõe o § 4.º do mesmo artigo, a constituir o Estado da Guanabara, com os mesmos limites geo-

gráficos, tendo por Capital e sede do Governo a Cidade do Rio de Janeiro.

Art. 4.º — No dia 3 de outubro de 1960, serão eleitos o Governador do Estado da Guanabara e os deputados à Assembléia Legislativa, a qual terá inicialmente função constituinte.

§ 1.º — *O mandato do governador terá a duração de cinco anos. O mandato dos deputados terminará a 31 de janeiro de 1963*”.

No dia 3-10-1960, na forma da lei mencionada, realizaram-se as eleições para Governador e Deputados à Assembléia Legislativa. Proclamados os eleitos pela Justiça Eleitoral, o Governador, escolhido pelo povo, *foi empossado a 6-12-1960*, começando daí a fluir o prazo de seu mandato, fixado em cinco anos.

A Constituição do Estado da Guanabara, *promulgada em 27-3-1961*, de outro modo disciplinou os mandatos, todavia, ao estatuir:

“Art. 28 — O mandato do governador coincidirá com o dos deputados”.

O preceito segue-se ao § 1.º do art. 4.º, que dá à legislatura duração idêntica à da Câmara dos Deputados (art. 57 da Constituição Federal). Consagrando a tese da simultaneidade dos mandatos, a Carta estadual rege:

“Art. 27 —

§ 2.º — A eleição do governador e vice-governador do Estado será feita por sufrágio direto e majoritário, *simultaneamente com a dos deputados*”.

Para acertar as datas, que, com tais dispositivos, se tornariam inconciliáveis, socorreram-se os deputados do expediente de alargar os próprios mandatos, em discordância com o § 1.º do art. 4.º da Lei SAN TIAGO DANTAS. Valeu-lhes, com efeito, o Ato Constitucional das Disposições Transitórias:

“Art. 4.º — A Assembléia eleita a 3 de outubro de 1960 exercerá suas atribuições até o fim da primeira legislatura, sem qualquer alteração de sua composição atual”.

“Art. 6.º — Os deputados eleitos a 3 de outubro de 1960 exercerão o mandato na primeira legislatura da Assembléia Legislativa, a partir da data da promulgação da Constituição do Estado da Guanabara”.

Não vingou, entretanto, a dilatação estatuída. O Supremo Tribunal Federal, ao receber embargos na Representação n.º 477, julgada em 18-5-1962 (*D. J.* de 29-11-1962 — Apenso n.º 218 — págs. 785 e segs.), reconheceu a constitucionalidade do § 1.º do art. 4.º da Lei n.º 3.752, de 14-4-1960, decretando, em consequência, a inconstitucionalidade dos arts. 4.º e 6.º do Ato Constitucional das Disposições Transitórias. Soçobrou a coincidência de mandatos, enfaticamente proclamada no texto constitucional. Mantida a disposição inconstitucional, o mandato dos deputados se prolongaria até 15 de março de 1965, quando iniciar-se-ia a segunda legislatura (art. 4.º, § 3.º). Igualmente, até lá alcançaria o mandato do Governador, face à coincidência e simultaneidade fixadas no art. 27, § 2.º e 28. Expurgado o texto constitucional de preceitos parasitários, ficou certo, na sua sistemática, que o mandato do Governador, como o dos futuros deputados, será de quatro anos, face ao art. 28 (combinado com o art. 4.º, § 1.º, e 57 da Constituição Federal).

Cumprindo indagar, delimitado o campo de pesquisa, se o Governador eleito a 3 de outubro de 1960, com o mandato de cinco anos que lhe reconhecera a Lei SAN TIAGO DANTAS, está sujeito à norma da Constituição Estadual, promulgada após sua posse. A solução do árduo problema reduz-se ao exame da constitucionalidade da Lei n.º 3.752, ou de sua convalidação, e da situação definitiva, que se firmou com a investidura do chefe do poder executivo estadual. Afastadas as teses paralelas, em que se esgalha a questão, obscurecendo sua essência, limita-se o estudo a essas fronteiras doutrinárias.

II

Na identificação do fundamento constitucional da Lei n.º 3.752, de 14-4-1960, divergiram profundamente os juristas. Três posições foram firmadas, irredutivelmente inconciliáveis:

1.ª — PONTES DE MIRANDA, responsável pela primeira corrente, que é a mais difundida, embora sem o aplauso do Supremo Tribunal Federal, escreveu:

“Em direito intertemporal, no que concerne a lei sobre competência legislativa, o corpo que legisla para o Território somente pode fazer leis para esse *enquanto* lhe cabe a competência, e somente *para o tempo* em que persista a competência. Assim, o Congresso Nacional, que tinha competência para legislar para o *então* Distrito Federal, quanto à lei orgânica, e o mesmo lhe incumbe, hoje, quanto a Brasília, *nenhuma competência tinha para fazer lei orgânica, nem Constituição estadual, para o Estado da Guanabara*. A lei orgânica só teve incidência até o momento em que se mudou a Capital: no momento em que se deu tal mudança, nenhuma lei que o Congresso Nacional fêz, para incidir depois da mudança, é válida. A inconstitucionalidade...

lidade de tal ato do Congresso Nacional é manifesta e em hipótese nenhuma poderia a Justiça tolerá-lo. Só a *emenda constitucional* poderia estabelecer regras jurídicas para incidência depois daquele momento” (*Comentários à Constituição de 1946*, Rio, 1960, tomo VII, págs. 14 e 15).

No entender do eminente constitucionalista, depois da mudança da capital da União, à Câmara dos Vereadores, transformada em Assembléia Legislativa, incumbia elaborar a Carta Política do novo Estado. Deriva essa convicção dos arts. 26, 2.^a parte e § 4.^o, e 18 da Constituição Federal.

Claro é seu parecer: a Lei n.º 3.752 seria inconstitucional, por calçada no art. 25 da Lei Maior, que confere à lei federal o poder de dotar o Distrito Federal de organização administrativa e judiciária. Desaparecido o Distrito Federal, com a mudança da capital da União, cessada estaria a competência de legislar, para estruturar o novo Estado. Somente a Assembléia Legislativa, que nasceria da Câmara dos Vereadores, teria tal competência. Nada mais lógico, fôsse realmente a Lei SAN TIAGO DANTAS mere complemento tardio da lei orgânica. *Data venia*, padece o argumento, espasado, aliás, pelos mais conspícuos juristas pátrios, de contradição com o próprio art. 26 da Lei Maior, onde pretende o Autor radicar a capacidade constituinte, da ex-Câmara dos Vereadores. Com efeito, embora aí se diga que o Distrito Federal “terá Câmara, eleita pelo povo, com funções legislativas”, estão estas limitadas pelo art. 25, que dá ao Congresso Nacional competência para organizar a administração e a justiça da entidade. Isso significa que a Câmara tem poderes restritos, que se não podem alargar, sem quebrar o obstáculo erigido no art. 25. Não poderia tal corpo sequer assumir, plenamente, competência legislativa, e muito menos, *a fortiori*, constitucional. Remanesceria, na transformação do Distrito Federal em Estado da Guanabara, um colégio de poderes limitados, apertado nas fronteiras que a própria Constituição lhe ergueu.

Todavia, não há negá-lo. Fôsse o suporte da Lei SAN TIAGO DANTAS o art. 25 da Constituição, seria ela inconstitucional, a toda evidência. Com a mudança da Capital da União, o Distrito Federal passou a constituir o Estado da Guanabara (ADCT, art. 4.^o, § 4.^o), cessando a competência do Congresso Nacional para editar a lei orgânica de um corpo que deixara de existir como unidade jurídica. Outra é, porém, a base constitucional da questionada lei, como se verá adiante.

Editada a norma ordenadora do Estado da Guanabara, sustenta ainda PONTES DE MIRANDA, embora inicialmente viciada, veio a convalescer, pelo exercício do voto, que sobre ela foi depositado nas urnas. São palavras suas:

“A situação criada pela lei inconstitucional, sem que houvesse qualquer ação judicial, por parte dos vereadores, ou de qualquer autoridade, locais ou federais, tornou-se legítima, devido ao exercício do voto. A situação de fato tornou-se situação de direito.

(...) Agora estavam diante de órgão constituído pelo povo, e os atos desse órgão somente poderão ser atacados naquilo em que infringirem regras jurídicas da Constituição de 1946” (*Jornal do Comércio*, 21-10-1960, cit. pelo relator do MS n.º 1.839, do TJEG, *Rev. de Dir. Adm.*, n.º 70, pág. 263).

Descreve-se o círculo: a lei inconstitucional tornou a ser constitucional, na forma do rigoroso raciocínio do constitucionalista emérito. O voto, como expressão do povo, de onde emana todo o poder, legítima e legaliza, reconstitui e revitaliza a norma legal, originalmente carecedora de vida constitucional.

2.^a — CARLOS MEDEIROS DA SILVA, ao tempo Procurador Geral da República, depois de assinalar que a idéia original, no Congresso, era organizar o Estado da Guanabara por meio de emenda constitucional, tem a Lei SAN TIAGO DANTAS como expressão legítima do Congresso Nacional. Busca-lhe a fonte no poder, que cabe à União, de intervir nos Estados, de vez que o antigo Distrito Federal, com a mudança da Capital, converteu-se, automaticamente, em Estado. Assim se expressa:

“É fácil compreender que os textos emanados do Congresso Nacional (como a Lei n.º 3.752 e as alterações que nela forem introduzidas) prevalecerão sobre os editados pelos demais órgãos legislativos. Estes, excluída a função constituinte propriamente dita, cuja pauta de limitações se encontra na Constituição Federal, deverão desempenhar as suas atribuições, observadas as normas editadas pela lei federal, até a promulgação da Constituição estadual.

Esta consideração mostra que o Estado da Guanabara está sob regime de intervenção federal, decretada, não pelo Presidente da República, mas pelo Congresso Nacional, mediante lei, como o permite o art. 11 da Constituição (pág. 6).

.....
Para prever a organização dos poderes inexistentes e instituí-los pela mesma forma por que o foram os demais Estados da federação, a intervenção era o único remédio capaz de evitar o vácuo jurídico e o caos administrativo

Não cabe, em tal emergência, uma interpretação gramatical e restritiva do art. 7.^o, n.º IV, da Constituição. Ela há de ser fecunda e construtiva, fiel ao princípio de que as Constituições não são repositórios de doutrinas, mas instrumentos de governo e de conservação nacional” (*Rev. de Dir. Adm.*, vol. 61, pág. 7).

Vislumbra-se, nas observações transcritas, o supersticioso respeito à autonomia estadual, como se a admissão de um novo Estado, no corpo

da União, fôsse problema a esta estranho, sem que pudesse ordenar a forma e o modo da incorporação. A Guanabara, sem Executivo e sem Legislativo derivados da manifestação popular, teria saído armada da cabeça dos deuses, como na mitologia. A União, pobre de outros recursos, limitar-se-ia ao remédio clássico da intervenção federal, alheia à tarefa de estruturar a nova unidade, para dar-lhe posição de igualdade aos outros Estados.

3.^a — Inspirando-se no exame sistemático dos dispositivos constitucionais, o então Procurador Regional do Tribunal Regional Eleitoral, CANDIDO DE OLIVEIRA NETO, logrou construir as regras gerais, previstas na Lei Maior, atinentes à criação de novos Estados. Observou que a entrada de nova unidade na União está prevista, na Constituição, de três modos: a) pela *aprovação* do Congresso Nacional à incorporação, subdivisão ou desmembramento de Estados para se anexarem a outros ou formarem novos Estados (art. 2.^o); b) pela elevação dos territórios mediante *lei especial* (art. 3.^o); c) pela transferência da Capital (art. 4.^o, § 4.^o do ADCT). Isto pôsto, aludindo ao antigo Distrito Federal, doutrina:

“Determinou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a sua transformação em Estado da Guanabara.

Mas não determinou o *modus procedendi* de tal transformação, não cogitou da operação da transformação.

Nem implícita, nem explicitamente.

.....
Parece a esta Procuradoria Geral que a chave, a solução do problema, está na aplicação analógica para a operação do atual Distrito Federal em Estado da Guanabara, do disposto no art. 3.^o da Constituição.

A única coisa que não está nas normas constitucionais é a operação de transformação.

Mas existe, no art. 3.^o, uma regra típica de operação da transformação dos territórios em Estado, e esta regra pode ser, analogicamente, aplicada para a operação de transformação do atual Distrito Federal em Estado” (*Revista de Direito da Procuradoria Geral*, n.^o 10, págs. 200 e 201).

O que o art. 3.^o da Constituição Federal esclarece é a competência do Congresso Nacional para a criação dos Estados, competência já reconhecida no art. 2.^o. Isso é muito importante, e inegável é o mérito de reiterá-la, no debate. *Data venia*, porém, o *modus operandi* da transformação não foi previsto em suas particularidades. Com efeito, criado o Estado, por meio de *lei especial* (art. 3.^o) ou de *aprovação* do Congresso (art. 2.^o), onde se diz como se procederá à eleição da Constituinte, às normas de elaboração constitucional, ou à eleição do Governador? O interregno entre a admissão do Estado e sua organização política e jurídica ficou a cargo do Congresso Nacional, mas a êste não foram traçadas normas para a estrutura-

ção dos poderes estaduais, de sua constituição, sem os quais não entra a nova unidade no *exercício* de suas funções. Anote-se, entretanto, a indicação, colhida por analogia, do art. 3.^o da competência do Congresso, mediante lei especial, isto é, de “lei para o caso” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, Rio, s/d, vol. I, pág. 255), para regular, no caso da Guanabara, a sua transformação em entidade territorial autônoma.

Certo, a doutrina do atual Procurador Geral tem maior entrosamento no texto constitucional do que a insegura e hesitante, esposada pelo autor da Lei n.^o 3.752, para quem esta não representaria “mais do que esquema proposto, do que uma sugestão, um programa do qual a Assembléia Constituinte poderia vir a afastar-se ao dispor sobre o Poder Legislativo na futura Constituição” (*Rev. de Dir. Adm.*, vol. 70, pág. 265).

III

Previu a Constituição Federal, nos arts. 2.^o e 3.^o, a admissão de novos Estados no corpo da União. Em ambos os casos, delibera o Congresso, discricionariamente. Apura, ou não, a incorporação dos Estados, seu desmembramento para se anexarem a outros, ou formarem novos; constitui, ou não, Estados de território. Há, além dessas, uma hipótese nova, *sui generis*, prevista no art. 4.^o, § 4.^o do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, *in verbis*:

“Art. 4.^o — A Capital da União será transferida para o planalto central do país.

§ 4.^o Efetuada a transferência, o atual Distrito Federal pasará a constituir o Estado da Guanabara”.

Significa o texto constitucional a recusa da discricção do Congresso de não constituir novo Estado do antigo Distrito Federal. Não pode, aí, escolher entre fazer e não fazer — essa decisão foi tomada na Carta Magna, obstando à incorporação a um Estado vizinho, ou negando-lhe a faculdade de criar um território do Distrito Federal, após a transferência. Substitui-se a Lei Maior, *in casu*, ao Congresso. Esgota-se, com isso, o sentido do artigo constitucional. Nada mais diz êle, nem poderia dizer. A razão dêsse entendimento decorre do fato de que o alargamento da União, com a admissão de novo Estado, é matéria de competência federal; único juiz é aquela para instituí-lo, ou não. Significativa é, no particular, a lição veneranda de BARBALHO:

“Essa incorporação de mais uma unidade política aos Estados já agregados sob o vínculo federativo, essa admissão de um novo Estado ao seio da União é em certo sentido um ato constituinte, um ato orgânico; depois dêle, e por êle, a nação fica constituída com mais êsse elemento e a federação com êsse

membro mais. Há uma alteração no organismo político com essa acessão” (*Constituição Federal Brasileira*, coment. ao art. 4.º).

É competente a União, por consequência, e só ela, para decidir se incorpora um novo Estado. É o Congresso Nacional que delibera. Nenhuma alteração constitucional se opera, dado que a Lei Maior não discrimina, nem arrola os Estados, senão que se constitui pelo número deles, em quantidade variável, como dispõe o § 1.º do art. 1.º:

“A União compreende, além dos Estados, o Distrito Federal e os Territórios”.

O preceito do § 4.º do art. 4.º do ADCT só foi necessário para o efeito de, com a mudança da capital, desafetar o Distrito Federal dessa posição (art. 1.º, § 2.º). Não fôra isso, ao Congresso caberia tomar a decisão acêrca do destino do Distrito Federal, em deliberação soberana. A lição é de WILLOUGHBY:

“It will thus be seen that nothing is said (na Constituição) as to the conditions that must be met by a given territory before it may claim, or Congress be obligated to grant, admission to the Union as a State. *The whole matter is left absolutely to the discretion of Congress*” (*Principles of the Constitutional Law of the United States*, N. York, 1919, página 117).

Pertinente é a invocação ao texto da Lei Maior norte-americana. Também ela confere ao Congresso o poder de admitir novos Estados de modo sumário, sem régular o processo de operação. Além disso ela é a fonte da brasileira, no particular, conforme observa CARLOS MAXIMILIANO, que lhe confere a dignidade de direito subsidiário, em palavras que merecem transcritas:

“Assemelha-se bastante o art. 2.º do Estatuto fundamental ao art. 13 do argentino e 4.º, seção 3.ª, n.º 1 do norte-americano; apenas o dispositivo destes dois últimos regula, de começo, a admissão de novos Estados por um ato do Congresso, o que se olvidou entre nós em 1891, preenchendo-se em 1946.

Desde que o art. 3.º não instituiu um processo especial para elevar a Estado um Território, segue-se a regra geral: o Congresso resolverá pelos meios ordinários, em lei especial, de acôrdo, aliás, com o direito subsidiário da República de Washington e da Argentina” (*Comentários à Constituição Brasileira*, 4.ª ed., Rio, 1948, pág. 175).

Tem a seguinte redação o art. IV, seção 3, n.º 1, da Constituição norte-americana:

“New States may be admitted by the Congress into the Union; but no new State shall be formed or erected within the jurisdiction of any other State; nor any State be formed by the junction of two or more States, or Parts of States without the consent of the Legislatures of the States concerned as well of the Congress”.

Na República de Washington, como aqui, não estabeleceu a Constituição o *modus operandi* da admissão de novos Estados. Nem aquêlê texto, nem os arts. 2.º, 3.º e § 4.º do art. 4.º do ADCT, disseram como se instituiria o Estado depois da decisão do Congresso e *antes* da promulgação da Constituição local. A União — e por consequência ao Congresso — cabe dar corpo à competência constitucional que explicitamente (arts. 2.º e 3.º) e *implicitamente* (art. 4.º, § 1.º, do ADCT) lhe incumbe. Se a Lei Maior confere ao Congresso o fim, dá-lhe, implicitamente, os meios e a escolha daqueles que pode, alternativamente, utilizar. E a essas determinações devem obedecer as Constituições estaduais, de vez que a reserva de seus poderes não opera contra os enumerados, que, implícita ou explicitamente, cabem à União (art. 18, § 1.º).

Com a sumária cláusula, que permite a admissão de novos Estados ao seio da União, cláusula, a rigor, desnecessária na Constituição brasileira, face ao disposto, genêricamente, no art. 1.º, § 1.º, o legislador norte-americano entendeu-se autorizado a, cumpridamente, ordenar o processo de operação. Regulou, de modo amplo, o período de transição, depois que o Estado já existe, mas não exerce sua autonomia, por falta de Constituição própria. Mesmo países independentes passaram a corporificar-se na União norte-americana (Vermont, Texas), por deliberação parlamentar. Não é impertinente referir o processo criado pelo Congresso norte-americano, para a incorporação de novas unidades políticas à Federação. Alude WILLOUGHBY à dissensão de opiniões, entre os ultrafederalistas e os federalistas, divergência que, no caso em exame, também existe entre nós:

“As has been seen, the Constitution does not attempt to fix the *modus operandi* in which new members are to be admitted into the Union. (...)

There has been some little constitutional speculation as to whether the creative act in the bringing into existence of a new State is the Resolution of Congress approving the Constitutions that has been drawn up and declaring the former Territory one of the States of the Union; or whether the vivifying force is derived from the constituent act of the people of the Territory in framing and adopting their State Constitution. *The latter is the view most acceptable to the States' Right School.* It would

seen to be sufficiently plain, however, that the former is the correct doctrine.

This doctrine has, indeed, received implied judicial sanction at the hands of the United States Supreme Court in the case *Scott v. Jones*" (*ob. cit.*, pág. 119).

Vitoriosa é a doutrina de que o Congresso constitui o Estado. É a de-
legislativa federal a pedra angular sôbre que assenta a nova unidade
ica; não é a constituição estadual que lhe determina o momento de
própria. Sustentar o contrário seria abonar a "States' Right School",
pereceu, como o ultrafederalismo, na Guerra de Secessão. Dentro dessa
tação, êle organiza, corporifica e insufla calor ao nôvo Estado, confe-
o-lhe os meios de, por si, equiparar-se aos demais. É o que ensina
LEY:

"The Constitution does not point out *what steps shall be taken for the admission of a State to the Union*, but, the power having been conferred upon Congress without limitation, it is left to the discretion of that body to determine the circumstances under which the admission shall be allowed, and the steps that shall be taken to obtain it. Nevertheless, certain requisites are necessarily implied. *There must be a State to admit; and a State must have a government and laws; and the government must be republican in form because States with such a government can alone be members of the Union.* But how the States shall come into existence; who shall be its electors and form its government and establish its laws; how many of the electors there shall be; what shall be the extent of territory incorporated within the limits of the State; and whether any constitution the people may have formed shall be received as satisfactory or shall be required to be emended — those and many other questions must be determined under the discretionary power conferred upon Congress.

States have been admitted (1) where the people of a Territory of suitable size have, either by spontaneous action or in accordance with some territorial statute or executive proclamation, formed a constitution and elected officers to administer it, and presented the constitution to Congress and applied for admission under it; (2) where Congress has first passed an enabling act, authorizing the people to form a constitution, prescribing rules of suffrage and other conditions, and providing for the admission of the State when the constitution shall be adopted and the conditions complied with; (3) when a constitution formed with or without previous congressional authority, has been presented to Congress, and that body has

accepted it conditionally, requiring the consent of the people, evidenced in some form indicated, to some condition precedent to the admission, such as the consent to yield some portion of the territory claimed, or some rule of suffrage established by the state constitution, etc." (*The General Principles of Constitution Law in the United States of America*, Boston, 1898, págs. 189, 190).

A prescrição de regras, a que se devem submeter os pretendentes ao ingresso na Federação, decorre da competência do Congresso para habilitar os Estados ao exercício de sua autonomia. Pouco importa, do ponto de vista constitucional, que se trate de territórios, recém-saídos de situação primitiva, ou de países plenamente desenvolvidos. A Constituição norte-americana, como a da Commonwealth da Austrália, não discriminam as hipóteses acima referidas — é o que observam BOWIE e FRIEDRICH (*Estudios sobre Federalismo*, Buenos Aires, s/d, págs. 838 e 840). Na Constituição de 1946 não se vislumbra, no que tange ao omisso processo de operação, um modo diverso para conduzir o nôvo Estado à União, tenha êle saído de desmembramento de outro, de Território, ou de Distrito Federal. Em tôdas as hipóteses, há um período, em que o Estado tem capacidade de direito, mas não de fato, em que a União deve velar para que não se tresmalhe, para que guarde os princípios federativos, e para que se organize em harmonia com a estruturação central. Nesse momento, legitimamente, constitucionalmente, legisla o Congresso Nacional, como o fez em relação ao Estado da Guanabara, editando a Lei n.º 3.752, de 14-4-1960. Permitiu-se o legislador, ao convocar a Assembléa Legislativa, dar-lhe o prazo de quatro meses para elaborar e promulgar a Constituição, prevalecendo a do Estado do Rio, em caso de não haver conclusão dos trabalhos, findo êsse período. Poderia o Congresso, até, outorgar, desde logo, uma Lei maior, sujeita à aprovação e emenda de uma Constituinte. Agiria legitimamente, constitucionalmente, — é de repetir, enfaticamente.

São comuns essas normas, no que se refere ao poder do Congresso de admitir novos Estados e regular o *modus operandi*, aos principais países federais. Na Austrália, como se observou, o Parlamento pode admitir novos Estados, prescrever-lhes condições e impor-lhes têrmos (art. 121). No Canadá, idênticos são os preceitos constitucionais (art. 146). A República de Bonn enumera, no art. 23 da Constituição, os Estados, acrescentando, todavia, que a Lei Fundamental entrará em vigência em outras partes da Alemanha, à medida que se incorporarem, conferindo, desta sorte, ao Parlamento a decisão de ampliar a esfera da União (cfr. ROBERT R. BOWIE e CARL J. FRIEDRICH, *ob. cit.*, págs. 837 a 874). Depois de proceder ao exame de seis constituições federais (Estados Unidos, Austrália, Canadá, Alemanha Ocidental, Suíça e Áustria), concluem BOWIE e FRIEDRICH:

"Nas seis constituições federais em estudo os novos Estados são admitidos por simples maioria de votos, isto é, por

uma lei aprovada no legislativo federal admitindo um novo Estado. (...)

A condição principal para a admissão radica-se na ordem constitucional do novo Estado. Em virtude da não existência de constituição, convoca-se a convenção constituinte e a aceitação daquela é, em geral, condição de admissão. Existem, em geral, quatro critérios para a admissão dos Estados constitucionais, que o legislativo examina durante as negociações: 1.º) o caráter da constituição estadual; 2.º) a representação no legislativo federal, se a Constituição federal não a prevê; 3.º) acordos financeiros, tais como a transferência de bens, dívidas e a regulamentação de tarifas; e 4.º) uma resolução do legislativo estadual aceitando a constituição federal e solicitando a admissão. Em muitos casos, é exigível um plebiscito favorável à admissão” (*ob. cit.*, pág. 851).

Os subsídios do direito comparado abonam a validade da Lei SAN TIAGO DANTAS, em todos os seus preceitos, inclusive naquele que determina a eleição do Governador e fixa-lhe o prazo do mandato.

A Lei n.º 3.752, diante dos precedentes de outros países federais, afigura-se tímida e cautelosa. Não cuidou de traçar limitações à competência do Estado, nem impôs condições para a validade da constituição estadual. Apenas, sobrepôs-se a esta, que não a pode alterar, salvo quando, expressamente, lhe permita outro procedimento, como, por exemplo, ao facultar à constituinte a integração dos vereadores à Assembléia Legislativa (art. 7.º, § 1.º). Não quis ela sofrer as dúvidas a que estiveram sujeitas as leis norte-americanas, ao estipular aos pretendentes a Estado limitações à autonomia, *in futurum*, as quais, contestadas sob o fundamento de serem iguais as unidades políticas, lograram aprovação na Suprema Corte, ao que informa obra recentemente reeditada (cfr. CHARLES A. BEARD, *American Government and Politics*, N. York, 1952, pág. 511).

Inevitável é a conclusão: se a Lei SAN TIAGO DANTAS foi editada em obediência aos estritos ditames da Constituição, por força da competência do Congresso Nacional, tem esfera de validade intangível aos agravos da Constituição estadual. Entre ela e esta não há, nem pode haver conflito, dado que uma e outra emanam de competências diversas. Quando o § 1.º do art. 4.º da Lei conferiu ao Governador o mandato com a duração de cinco anos, aludiu ao Governador eleito em 3 de outubro de 1960. O art. 28 da Constituição estadual, de seu lado, apenas se refere aos futuros Governadores, a serem eleitos segundo as suas normas e preceitos.

Porque não há e nem pode haver conflito entre uma e outra, e porque o Estado, promulgada sua Constituição, entra no exercício pleno de sua autonomia (art. 18 da Lei Maior: “Cada Estado se regerá” — note-se o tempo futuro do verbo), a Lei n.º 3.752 esgotou-se com aquêle ato solene.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal admitiu, de maneira explícita, a prevalência da Lei SAN TIAGO DANTAS sobre a Constituição Estadual, no julgamento da Representação n.º 477-GB., em que foram declarados inconstitucionais os arts. 4.º e 6.º desta, e constitucional o § 1.º do art. 4.º da Lei n.º 3.752 (*D. J.* de 29-10-1962, apenso n.º 218, págs. 785 e segs.). Verdade que a decisão não envolveu a matéria em exame, como esclareceram Embargos de Declaração (*D. J.* de 2-1-1963, apenso n.º 2), que não foi questionada. Todavia, uma só é a razão de decidir, a qual, nas suas conclusões, abrange as duas hipóteses do § 1.º do art. 4.º da lei em causa: o mandato dos deputados e do governador, como demonstram os votos dos eminentes ministros que formaram a maioria naquele julgamento memorável:

Ministro DJALMA DA CUNHA MELO:

“Cada Estado se regerá pela Constituição e pelas leis que adotar, observados os princípios da Constituição Maior, é o que se lê no art. 18 da última.

Isso não implica, entretanto, em permitir ao Constituinte estadual o uso de tais poderes para aumentar o próprio mandato, precipuamente se considerarmos que não existia Estado da Guanabara, que lei federal teve que dispor sobre eleição para a Constituinte de referência — e que essa lei fixou o mandato dos Constituintes. *Livres para deliberar sobre mandatos futuros, não eram livres para prorrogar os próprios. Tinham que guardar fidelidade à lei sob cuja égide foram eleitos*”.

Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA:

“Não se nega pudesse o Estado da Guanabara, pelos seus representantes constituintes, estabelecer mandato pelo prazo de quatro anos, na sua Constituição: *o que eles não podiam, a meu ver, é derogar essa norma, que os chamou para o exercício das suas funções legislativas e constituintes, porque eles estavam sendo chamados para um tempo determinado, não podendo, portanto, se rebelarem contra essa determinação, fazendo, em seu proveito, alteração no prazo, majorando-o.*

A Lei SAN TIAGO DANTAS, no que diz respeito a tal mandato, *não podia ser alterada*, neste ponto; pois chamou o povo para a eleição de seus representantes na Assembléia por tempo certo”.

Fundado nessa decisão, o Tribunal Regional Eleitoral da Guanabara, invocando as mesmas razões de decidir, reconheceu, em duas ocasiões, ser de cinco anos o mandato do Governador atual, nos termos do § 1.º do art. 4.º da Lei n.º 3.752. (TRE, Consulta 3-62, sessão de 6-7-1962, *D. J.* de

30-7-1962, págs. 10.446 e segs.; TRE — D. J. de 15-7-1962, págs. 8.014 e segs.).

A Procuradoria Geral sustentou, implicitamente, ao tempo da elaboração da Lei SAN TIAGO DANTAS, que a fixação dos mandatos, com termo certo, era irrevogável. Sugeriu, por isso, que o § 1.º do art. 4.º tivesse a seguinte redação:

“*Ad referendum* da Assembléa Legislativa, em sua função constituinte, os mandatos do Governador e dos Deputados terão a duração de 5 e 4 anos, respectivamente” (*Revista de Direito da Procuradoria Geral*, n.º 10, pág. 324).

Suprimida a cláusula de reserva no plenário da Câmara dos Deputados, o mandato do Governador não poderá ser reduzido pela Constituição Estadual, que não tinha o poder discricionário de alterá-lo.

IV

O Governador eleito a 3 de outubro de 1960, com base na Lei n.º 3.752, está em pleno exercício de um *direito*. Não está investido de uma posição jurídica, que a lei possa alterar, consultando apenas à conveniência da organização política, objetivamente considerada. Em obra secular PIMENTA BUENO caracterizava a natureza do *direito político*, em que se corporifica a função pública:

“Os direitos políticos são as prerrogativas, os atributos, faculdades ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou só indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos.

São o *jus civitatis*, os direitos cívicos, que se referem ao poder público, que autorizam o cidadão ativo a participar na formação ou exercício da autoridade nacional, a exercer o direito de votante ou eleitor, os direitos de deputado ou senador, a ocupar cargos políticos, e a manifestar suas opiniões sobre o Governo do Estado” (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio, 1958, pág. 458).

Do mesmo teor é a lição de RUI BARBOSA:

“THOULLIER frisa melhor a idéia, qualificando como objeto dessa faculdade, em que se diz consistirem os direitos políticos, a participação “no exercício e no estabelecimento do poder”, e apontando como expressão desses direitos, “no simples cidadão”, o “direito de sufrágio, que ele exerce nas assembléas eleitorais”, e a “capacidade, sem distinção do nascimento, de ser admitido

nos cargos e funções públicas” (*Le Droit Civil Français*, 6.ª ed., tomo 1, pág. 147, n.º 206).

Êstes dois são os traços comuns a tôdas as definições ou noções, que os tratados e manuais nos deparam: o direito *ativo* de concorrer para a formação do poder; o direito *passivo* de ser admitido aos cargos e funções” (*Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo, 1933, III vol., págs. 101 e 102).

Os direitos políticos, investidos nos indivíduos, por êstes possuídos e exercidos, caracterizam, em seu favor, uma pretensão. Tornam-se, assim particularizados, direitos públicos subjetivos, que obrigam os poderes públicos a respeitá-los. Passam a gozar de proteção jurídica, garantida pela ordem jurídica (cfr. OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, B. Aires, 1949, tomo I, págs. 152 e 153). Integram o *status* do sujeito de direitos, o *status activus*, conforme a consagrada expressão de JELLINEK (L. ADAMOVITCH, *Handbuch des Oesterreichischen Verwaltungsrechts*, Wien, 1954, tomo I, pág. 79 — direito subjetivo como “des Recht der Bekleidung öffentlicher ämter u. a.”). Por força de tal situação, os direitos públicos não são objetos desprotegidos das relações de soberania (E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, München, 1961, págs. 170 e 171, I vol.). É o que leciona SEABRA FAGUNDES:

“É preciso ressaltar um ponto a respeito dos direitos subjetivos políticos. Êles são, tanto quanto os direitos subjetivos individuais, suscetíveis de proteção jurisdicional. As questões a que dêem lugar não são *questões exclusivamente políticas*. Estas, como deixamos dito no n.º 74, são aquelas em que não se apresentam envolvidos direitos subjetivos do administrado” (*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3.ª ed., Rio, 1957, pág. 199).

Se há, portanto, um direito subjetivo político, é forçoso admitir que, se já o exerce seu titular, consubstancia-se em direito adquirido, nos próprios termos da definição legal (Dec.-lei n.º 4.657, com a redação da Lei n.º 3.238, de 1.º-8-1957) Tanto o conceito de *direito adquirido* como o de *direito subjetivo* não significam outra coisa, em última instância, do que posições jurídicas, que têm proteção legal, e que não podem ser atingidas sequer pela lei (cfr. E. FORSTHOFF, *ob. cit.*, pág. 146). As próprias Constituições estaduais submetem-se ao disposto no art. 141, § 3.º, da Constituição Federal, consoante lição que a CARLOS MAXIMILIANO não pareceu supérfluo repetir, merecendo ser acentuada:

“O poder constituinte é absoluto. Todavia, para destruir direito individual anteriormente granjeado pressupõe entre êste e a norma suprema indubitável incompatibilidade. *Em se tratando de Constituição de Estado, o seu alcance é condicio-*

nado pelos liberais postulados da Federal" (*Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*, 2.^a ed., Rio, 1955, págs. 325 e 326).

Verdade que certa corrente doutrinária repele a consagração dos direitos adquiridos, na esfera das relações do indivíduo com o Estado, visando fins e funções de interesse público (PORCHAT, EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, BASAVILBASO, ODILON C. ANDRADE, etc.). Magistral é, todavia, a refutação de PONTES DE MIRANDA, que, embora longa, vai transcrita:

"A grande prova da deficiência dos estudos em matéria de direito intertemporal tem-se no momento em que se vão aplicar às leis de direito público (exceto as pessoais, que de regra são objeto de preceitos especiais de direito intertemporal) as chamadas cláusulas de garantia, constitucionais (por exemplo, no Brasil, arts. 11, 3.^o da Const. de 1891; 111, 3 da Const. de 1934 e 141, § 3.^o, da de 1946), ou não constitucionais (*e. g.* Código Civil Francês, art. 2). Os juizes proclamam, alto e bom som, que o princípio da não retroatividade das leis é inaplicável às leis que determinam e regulam a capacidade política. (...)

A cada passo se diz que as normas de direito público — administrativo, processual e de organização judiciária, — são retroativas, ou contra elas não se podem invocar direitos adquiridos. Ora, o que acontece é que tais normas, nos casos examinados, não precisam retroagir, nem ofender direitos adquiridos, para que incidam desde logo. E o efeito que se lhes reconhece é normal, o efeito no presente, o efeito imediato, pronto, inconfundível com o efeito no passado, o efeito retroativo, o que é anormal. (...)

A regra de garantia é, todavia, comum ao direito privado e ao direito público. Quer se trate de direito político, quer se trate de direito privado, a lei nova não pode ter efeitos retroativos (critério objetivo) nem ferir direitos adquiridos (critério subjetivo), conforme seja o sistema adotado pelo legislador constituinte" (Comentários à Constituição de 1946, Rio, s/d, vol. III, págs. 37 e 38).

PAUL ROUBLIER, depois de acentuar o acôrdo dos juristas acêrca da natureza irrevogável do direito adquirido (ZACHARIAE: ein Recht unwiderrufflicher begründet...; mit anderem Worten Erworbene Rechte), desfaz as obscuridades em que o assunto é, ordinariamente, envolvido:

"Car la doctrine ordinairement reque a confondu certainement ici l'effet rétroactif et l'effet immédiat de la loi; ce qu'elle appelle "la rétroactivité des lois politiques" ne porte aucune atteinte à des faits accomplis. En d'autres termes, les lois nou-

velles, en droit public, ont action immédiate sur l'avenir, mais non point sur le passé, sauf disposition interprétative ou expressément rétroactive (...) Toutes ces lois disposent en termes impératifs et absolus, mais elles ne disposent jamais, comme toutes les autres lois, que pour l'avenir" (*Les Conflits des Lois dans le Temps*, Paris, 1933, tomo II, pág. 462).

Censura êsse autor, universalmente consagrado como o jurista clássico acêrca do problema dos conflitos de leis no tempo, decisão do Conselho de Estado, de 1881, determinando a perda de função pública de funcionário, cujo prazo de mandato lei nova reduzira. No caso, argumenta, não se trata mais "de la situation générale de fonctionnaire public", — não imune à lei, como situação regulamentar — "*mais d'une situation spéciale* qui a été crée à un moment antérieur, pour une durée définie" (*ob. cit.*, pág. 473).

Face ao exposto, irrecusável é também esta conclusão: mesmo que houvesse conflito de leis, entre a Lei SAN TIAGO DANTAS e a Constituição Estadual, prevaleceria a primeira, por ter gerado o direito adquirido do Governador a todo o tempo de duração de seu mandato de cinco anos.

É o parecer, s. m. j.

Rio de Janeiro, 29 de agosto de 1963.

RAYMUNDO FAORO
Procurador do Estado

LICENÇA DE CONSTRUÇÃO. HOTEL E CONDOMÍNIO HOTELEIRO. CONCEITUAÇÃO PARA OS FINS DO DECRETO N.º 1.509, DE 1963

Pelo officio n.º ASS-579, de 3 do corrente, solicita-se o pronunciamento desta Procuradoria relativamente ao projeto de construção do Rio Palace Hotel — cuja licença foi requerida por Turismo Rio S.A. — Empreendimentos e Participações.

Segundo informa essa Secretaria, no officio mencionado, verifica-se que:

I — O edificio projetado excede o número máximo de unidades independentes, — permitido pelo art. 1.^o, do Decreto 1.509, de 1-2-1963 — em função da área do terreno;

II — por êste motivo, o prédio somente poderia ser licenciado nos têrmos do parágrafo único do art. 1.^o daquele Decreto, o qual determina:

"Excetuam-se do disposto neste artigo os projetos para construção de hotéis, como tais conside-

raços os que obtenham a devida classificação pela Secretaria de Turismo, excluindo-se do previsto neste parágrafo o chamado condomínio hoteleiro.”

III — assim, o Sr. Governador — por despacho no Processo 7.516.158-62 (publicado no *D. O.* de 24-7-1963) autorizou, em princípio, o licenciamento da obra nos seguintes termos:

“Autorizo. A importância da obra para o Estado, turismo, etc., justifica relevar pormenores que, no caso, são irrelevantes”.

IV — o ofício de V. Exa. não esclarece quais sejam esses pormenores irrelevantes que foram justificados, mas deduz-se que não sejam relacionados com a questão do “condomínio hoteleiro”, pois, ao encaminhar o processo ao D.E.D., V. Exa. exarou em 8-8-1963 o seguinte despacho:

“Ao D.E.D.

Para prosseguimento, em face do despacho do Sr. Governador.

Para melhor garantia do Estado, no atendimento futuro do Decreto 1.509, deverá ser assinado termo de responsabilidade, no qual a única atividade no prédio em causa será aquela EXCLUSIVAMENTE HOTELEIRA, NUNCA O “CONDOMÍNIO HOTELEIRO”, SOB QUALQUER FORMA QUE SE APRESENTE (grifo nosso).

A inadimplência do que foi estabelecido no termo acarretará imediata cassação da licença e conseqüente embargo da obra”.

V — o projeto ainda não foi aprovado: existe, apenas, autorização do Sr. Governador para que o seja, com a justificação daqueles pormenores considerados irrelevantes. O próprio termo de responsabilidade anteriormente mencionado também ainda não foi assinado;

VI — a sociedade Turismo Rio S.A. publicou, contudo, nos jornais desta cidade, em 1-9-1963, grandes anúncios, nos quais se expõem as condições de participação de particulares no empreendimento;

VII — deseja V. Exa. saber se a participação prevista pela Turismo Rio S.A. constitui infringência ao Decreto 1.509 e às condições determinadas no seu despacho de ... 8-8-1963, acima transcrito.

2. Para responder à consulta torna-se necessário:

2.1 — conceituar o que seja HOTEL e CONDOMÍNIO HOTELEIRO, para os fins do Decreto 1.509-1963;

2.2 — examinar as condições estabelecidas pela Turismo Rio S.A. para o empreendimento, a fim de certificar o seu enquadramento numa destas definições.

É o que passaremos a fazer.

3. HOTEL E CONDOMÍNIO HOTELEIRO — CONCEITUAÇÃO PARA OS FINS DO DECRETO 1.509, DE 1963.

3.1 — As definições de Hotel — encontradas em dicionários ou textos legais — não satisfazem para os fins do Decreto 1.509, de 1963 — já que, de forma geral, não fornecem elementos para distinguir HOTEL e CONDOMÍNIO HOTELEIRO.

CALDAS AULETE define hotel como sendo “hospedaria, estabelecimento que aluga a hóspedes quartos ou apartamentos mobiliados, com ou sem refeições”. Este dicionarista define hospedaria como sendo o “estabelecimento onde se admitem hóspedes mediante certo preço”.

As mesmas definições encontram-se, com pequenas variações, em outros dicionários de valor (LAUDELINO FREIRE, *Pequeno Dicionário Brasileiro*, etc.).

Os dicionários jurídicos também não permitem a distinção desejada:

“HOSPEDARIA — casa onde temporariamente e mediante baixa contribuição, se admitem pessoas apenas para pernoitar” (PEDRO NUNES, *Dic. de Tecnologia Jurídica*).

“HOTEL — é a designação genérica que se dá a toda casa pública ou estabelecimento, de caráter comercial, em que se recebem hóspedes ou se fornecem hospedagens pagas. Hotel é tido no sentido de maior importância, desde que designa o estabelecimento de melhor organização para os fins a que se destina, sendo propriamente utilizado para hospedagem de viajantes ou forasteiros, na qual se incluem as dormidas e o sustento, que são pagos por diárias” (DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*).

“HOTEL — Grandes casas de pousada e hospedagem, onde se recebem viajantes, itinerantes e mais pessoas, de ordinário transitória e com preços tabelados” (SADI CARDOSO DE GUSMÃO, *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 25, pág. 167).

“L'hôtel est un établissement comportant des chambres que l'exploitant loue, au jour le jour, à la semaine ou au mois, aux personnes qui le demandent” (DALLOZ, *Petit Dictionnaire de Droit*).

Assim, na Revista *Hotéis do Brasil* — dezembro, 1957, págs. 11-14 — BERNARDO RIBEIRO DE MORAIS, Procurador da Prefeitura de São Paulo, no artigo *Bases para uma política hoteleira*, define HOTEL como o “estabelecimento que, mediante determinado preço, nos proporciona habitação, alimentação e demais serviços complementares”.

Dos textos legais — o que contém melhor definição é ainda o velho Código de Obras do Estado (Decreto n.º 6.000, de 1937), o qual, em seu art. 1.º, define Hotel como sendo “o edifício ou parte do edifício servindo de residência temporária a várias pessoas de famílias diversas”. Nos seus arts. 350 e 354 a 363, cuida também das exigências mínimas a que deverão obedecer essas construções.

A Resolução n.º 14, de 28-8-1956, do Prefeito do D. F. (*D. O.* de 29-8-1956, págs. 7.659-60), também define o que seja Hotel para os fins de concessão de assentimento sanitário (“estabelecimento que fornece hospedagem e refeições para consumo no próprio estabelecimento”).

Nenhuma destas definições, contudo, pode ser aplicada na interpretação do Decreto 1.509, já que qualquer delas abrangeria tanto o Hotel propriamente dito quanto o chamado “condomínio hoteleiro”.

3.2 — Devemos, portanto, procurar conceituar, especificamente, o que seja HOTEL e CONDOMÍNIO HOTELEIRO, tendo em vista as finalidades especiais do Decreto 1.509.

O Decreto 1.509 procurou, basicamente, evitar o indiscriminado crescimento demográfico dos bairros da Zona Sul da cidade do Rio de Janeiro, os quais, por suas condições urbanísticas, foram considerados como não suportando um acúmulo demográfico elevado. Com esta finalidade social, o decreto limitou o número máximo de unidades independentes, em cada prédio, levando em conta a área do terreno.

Desta limitação, contudo, nos termos do parágrafo único do art. 1.º, foram excetuados os HOTÉIS, tendo em vista, certamente, a grande necessidade que deles possui a cidade e as vantagens oriundas para o Estado com o incremento da indústria do turismo. E tanto isso é certo, que da limitação somente foram excluídos aqueles hotéis que recebessem a aprovação da Secretaria de Turismo.

Previu o mesmo dispositivo legal que o benefício não seria aplicado ao chamado “CONDOMÍNIO HOTELEIRO”.

O decreto, contudo, não se preocupou em definir precisamente o que seria HOTEL e CONDOMÍNIO HOTELEIRO.

3.3 — O “condomínio hoteleiro” é forma usual, moderna, de constituição ou exploração de hotéis, a qual se caracteriza, basicamente, por um ou alguns dos seguintes elementos:

I — o participante é condômino de um determinado apartamento ou quarto do hotel, tendo o direito ao seu uso exclusivo durante um certo período de tempo (mês, quinzena, semana); o participante pode, diretamente, ou por intermédio da sociedade exploradora do hotel, transferir a terceiros seu direito ao uso daquele apartamento ou quarto;

II — o cotista participa do empreendimento, não especificamente como condômino, mas tendo o direito ao uso de determinado apartamento ou quarto do Hotel, durante certo período de tempo (mês, quinzena, semana); da mesma forma, pode o cotista, diretamente ou por intermédio da sociedade exploradora do hotel, ceder a terceiros o seu direito ao uso daquele quarto ou apartamento.

3.4 — Assim, parece-me que a característica principal do chamado “condomínio hoteleiro” não está — para os fins do Decreto 1.509 — propriamente na existência jurídica de *condomínio*, mas, sim, na restrição ao recebimento de hóspedes e na prefixação do período de hospedagem.

O condomínio, em si, não desvirtua as finalidades turísticas do empreendimento hoteleiro. O hotel pode ser propriedade de uma só pessoa física ou jurídica, ou pode ser um condomínio, sem que isto impeça o exercício de suas finalidades essenciais de fornecer hospedagem, por períodos vários, não prefixados, e sem qualquer tipo de restrição a usuários ou de preferência de hóspedes.

São estas restrições que tornam este tipo de hotéis inadequados à indústria de turismo, pois:

I — as instalações hoteleiras poderão ficar inabitadas durante certos períodos de tempo, à disposição do condômino; ou

II — a admissão de hóspedes fica, exclusiva ou parcialmente, limitada aos condôminos ou cotistas do empreendimento, ou às pessoas por estes indicadas;

III — o período de estada de hóspedes comuns pode ficar sujeito a limitações decorrentes de preferências já determinadas para condôminos ou cotistas.

3.5 — Desta forma, enquanto o HOTEL se caracteriza como o estabelecimento que aluga quartos ou apartamentos a quaisquer pessoas que o *solicitem*, sem nenhuma discriminação ou preferência e sem limitação prefixada de tempo de hospedagem — o CONDOMÍNIO HOTELEIRO se distingue essencialmente pelo fato de que, neste tipo de exploração de hotéis, o número de hóspedes pode ser limitado, exclusiva ou parcialmente, aos condôminos ou cotistas do empreendimento. Basta que todos estes exerçam o seu direito ao uso do estabelecimento, e este não poderá receber outros hóspedes, senão eles mesmos ou as pessoas por eles indicadas. Além

disso, o período de hospedagem destes hóspedes é previamente determinado, em período certos de dias (mês, quinzena, semana).

Por outro lado, no “condomínio hoteleiro”, o valor das diárias não constitui propriamente a contraprestação da hospedagem. Esta é que se constitui na contraprestação ou retribuição pelos pagamentos já previamente realizados pelos condôminos ou participantes do empreendimento. A hospedagem, neste caso, é uma modalidade de rendimento do capital investido pelos condôminos participantes do empreendimento.

3.6 — O Poder Executivo do Estado, ao enviar à Assembléia Legislativa o Projeto de Lei 392, de 1962 (convertido posteriormente na Lei 277, de 1962), teve oportunidade de — no art. 11 do Projeto — definir praticamente o que seja “condomínio hoteleiro”. Dispunha o referido artigo:

“Art. 11 — Os benefícios desta lei não se estenderão aos hotéis em condomínio, no todo ou em parte, desde que tais hotéis concedam aos seus condôminos ou cotistas o direito de usar apartamentos do hotel durante certo período de cada ano, ou a hotéis que lancem mão de qualquer outro processo que não garanta o aumento de disponibilidade permanente do parque hoteleiro do Estado”.

Esclarecendo a finalidade do dispositivo, declarava o Governador CARLOS LACERDA, na Mensagem n.º 18, de 10-5-1962 (*Diário da Assembléia do Estado*, 16-5-1961 — pág. 762):

“7 — Claro é, todavia, que a proteção aos estabelecimentos hoteleiros só deverá ser instituída em benefício dos fins do turismo e intercâmbio...”

“10 — A proposição inclui, por outro lado, dispositivo que veda o uso de tais favores sem as finalidades que se pretende alcançar, que é a de um efetivo e constante aumento da disponibilidade dos meios de hospedagem no território do Estado”.

Verifica-se, portanto, que o chamado “condomínio hoteleiro” é caracterizado essencialmente pelo direito de uso concedido a condôminos ou cotistas, e é vedado por não se coadunar com a finalidade de incentivo ao turismo e do efetivo aumento de disponibilidade dos meios de hospedagem no Estado.

3.7 — Os próprios órgãos da classe hoteleira reconhecem as vantagens do “condomínio hoteleiro”. Assim, o modelo básico de Projeto de Lei para a concessão de favores a hotéis, aprovado pelo XI Congresso Nacional Hoteleiro, realizado no Rio de Janeiro, em outubro de 1959, dispunha em seu artigo 7.º:

“Os benefícios desta lei não se estenderão... aos hotéis que vierem a se construir sob o regime da Lei 5.481, de 25 de junho de 1928 e alterações, ou que, POR QUALQUER PROCESSO, ESTEJAM FUNCIONANDO OU VENHAM A FUNCIONAR SOB O REGIME DE CONDOMÍNIO” (grifo nosso).

(*In Revista “Hotéis do Brasil”* — fevereiro de 1960 — págs. 17-18).

3.8 — De acôrdo com o exposto, parece-nos, portanto, que, para os fins do Decreto 1.509, de 1963, dever-se-á conceituar:

HOTEL — Edifício — possuindo os requisitos mínimos previstos no art. 2.º da Lei 277, de 1962, e devidamente classificado como tal pela Secretaria de Turismo — onde se alugam quartos e apartamentos mobiliados, com ou sem refeições, para residência temporária de várias pessoas de famílias diversas, mediante o pagamento de diárias e sem que a admissão de hóspedes ou o uso dos alojamentos estejam sujeitos a qualquer preferência ou exclusividade por parte de quem quer que seja.

CONDOMÍNIO HOTELEIRO — Estabelecimento destinado à residência temporária de várias pessoas de famílias diversas, com ou sem o fornecimento de refeições e no qual: 1) a hospedagem é modalidade de rendimento do capital investido no empreendimento; 2) têm direito ou preferência, exclusiva ou parcialmente, à hospedagem, por períodos de dias predeterminados, os condôminos ou cotistas do empreendimento, ou as pessoas por eles determinadas; 3) por qualquer outro processo, não se garanta o aumento de disponibilidade permanente de alojamentos do parque hoteleiro do Estado.

4. O RIO PALACE HOTEL — CONCEITUAÇÃO DO EMPREENDIMENTO.

4.1 — Para analisar e definir o empreendimento relativo à construção do Rio Palace Hotel, não seriam bastantes os anúncios publicados nos jornais da cidade, em 1.º do corrente, dos quais se anexou o publicado no *Correio da Manhã*. Apesar de, neste anúncio, serem feitas referências às condições gerais do empreendimento, necessário se tornava o exame do instrumento de contrato que está sendo utilizado pela Turismo Rio S.A. — Empreendimentos e Participações. Desta forma obtivemos o modelo de “Contrato de Participação” que está sendo firmado por aquela empresa para a realização de suas finalidades, especialmente a construção do Rio Palace Hotel. É o exemplar que se encontra às fls. 6 do processo.

4.2 — Da leitura do “Contrato de Participação” verifica-se, desde logo, que a sua elaboração foi orientada no sentido de procurar evitar que o empreendimento se caracterizasse claramente como “condomínio hoteleiro”. Daí, a preocupação em não se referir a *condômino* ou *condomínio*, escolhendo-se a forma inusitada e extravagante de “*sociedade em conta de participação*”. Esta, no dizer do ilustre professor mineiro JOÃO EUNÁPIO BORGES, nem mesmo pode ser incluída

“no número das sociedades propriamente ditas. Embrião de sociedade, sociedade frustrada ou larvada, tentativa ou arremêdo de sociedade, será ela o que se quiser, menos uma verdadeira sociedade” (*Curso de Direito Comercial Terrestre*, vol. II, página 103).

Salienta o mesmo autor que se trata de autêntica “esdruxularia”:

“A “esdruxularia” reside na sua disciplina defeituosa e arcaica, e sobretudo em ser e não ser, ao mesmo tempo, uma sociedade” (pág. 116).

Sociedade que, no dizer de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, não é pessoa jurídica, não tem representação judicial (ativa ou passiva), não tem firma ou razão social, não tem sede ou domicílio especial, não tem capital e não pode ser declarada falida! (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro* vol. IV, pág. 231-2).

4.3 — A forma jurídica inusitada e as cautelas tomadas para não ser feita referência, no contrato, a qualquer espécie de condomínio, não evitam, contudo, que, dos termos do contrato, ressalte claramente a figura do “condomínio hoteleiro”, conforme definido no item 3 deste officio, principalmente pela outorga do direito de uso do hotel aos participantes do empreendimento, como forma de rendimento do capital aplicado, chegando-se mesmo à “preferência na reserva de apartamento, por tempo indeterminado e de forma permanente” (cláusula décima-segunda, letra *d*).

Assim, a cláusula nona do contrato garante ao participante, como rendimento mínimo, em cada exercício, o valor líquido correspondente a 7 diárias de um apartamento do hotel a ser construído (Rio Palace Hotel). De acordo com a cláusula décima-segunda, letra *a*, este rendimento mínimo poderá ser convertido, pelo participante, em “uso de um apartamento do hotel a ser construído”, podendo este direito ser cedido, parcial ou totalmente, a terceiros (letra *b*, da mesma cláusula).

E se hesitação ainda houvesse para conceituar o empreendimento como “condomínio hoteleiro”, a leitura dos termos da letra *i*, da cláusula décima-segunda, dissiparia qualquer dúvida. Declara-se, ali, que é concedida

“*i*) preferência na reserva de um apartamento, por tempo indeterminado e de forma permanente, ao PARTICIPANTE que tiver efetuado a subscrição integral mínima de 52 cotas”.

Ou seja — o participante que integralizar 52 cotas — atualmente no valor total de Cr\$ 15.600.000,00 — terá a preferência na reserva de um apartamento, por tempo indeterminado e de forma permanente. Mas não se trata somente da reserva: como cada cota lhe dará o direito de usar ou ceder o uso do apartamento durante 7 dias — as 52 cotas garantir-lhe-ão o uso permanente do apartamento durante todo o ano. Trata-se, sem dúvida, de uma venda dissimulada do apartamento, com a correspondente evasão de tributos — estaduais (impôsto de transmissão) e federais (impôsto de lucro imobiliário). Saliente-se, ainda, que, analisada a fundo a operação, esta não é vantajosa para o participante — o qual, com o dispêndio de elevada quantia, não se torna, juridicamente, proprietário do apartamento, tendo direito somente ao uso do mesmo ou à cessão deste uso, enquanto vivo fôr.

Por outro lado, não se limita o número de participantes. A Turismo Rio S.A. poderá lavrar quantos “contratos de participação” quiser — dando origem a número ilimitado de “sociedades em conta de participação”. Desta forma, a utilização do Hotel poderá ficar irremediavelmente comprometida, já que êle poderá ser permanentemente ocupado exclusivamente com os diversos participantes de cada uma destas sociedades em conta de participação. Poder-se-á chegar, inclusive, à impossibilidade de que o HOTEL funcione especificamente como entidade hoteleira: todos os seus apartamentos estariam ocupados, durante todo o ano, por participantes do empreendimento.

4.4 — Pelos motivos expostos, verifica-se que o empreendimento — apesar das cautelas dissimulatórias — classifica-se, para os fins do Decreto 1.509, de 1963, como um “condomínio hoteleiro”, conforme definido no item 3 deste officio.

O procedimento adotado constitui, portanto, infringência aos dispositivos daquele decreto e às condições determinadas no despacho de V. Exa., datado de 8-8-1963 e proferido no Processo 7.516.158-62.

5. OBSERVAÇÕES A MARGEM DA CONSULTA.

A consulta formulada refere-se, unicamente, à conceituação do empreendimento, face aos dispositivos do Decreto 1.509, de 1963 e ao despacho inicialmente mencionado — já tendo sido devidamente respondida.

Contudo, desejamos ressaltar, ainda, algumas observações sobre a matéria.

5.1 — *A sociedade em conta de participação* — Já salientamos nossa estranheza quanto à forma jurídica escolhida para o empreendimento. Além

de inusitada e extravagante, o fato de se constituírem milhares destas “sociedades em conta de participação” coloca cada participante em situação de completa desigualdade com referência ao sócio ostensivo (Turismo Rio S. A.). Conforme salienta VALDEMAR FERREIRA, no seu *Tratado de Direito Comercial*, vol. 3, pág. 534 —, por existir como sociedade, não para com terceiros, mas sim entre e para os sócios, *reduz-se a simples comunhão de ganhos e de perdas*. Mas estes ganhos — poderão reduzir-se, para o participante, a quase nada — ou seja, ao limite mínimo previsto de 7 diárias do Hotel. E isto porque, segundo a cláusula décima-quinta, 50% dos lucros líquidos serão atribuídos ao sócio-ostensivo. Quanto ao participante, a sua participação nos lucros está prevista na cláusula oitava, a qual determina que “apurados os lucros, serão rateados de acôrdo com as cotas de capital de cada um”. Mas como, se um dos característicos desta sociedade *sui generis* é justamente não ter capital?

Além disso, o contrato de participação (cláusula sétima) confere ao participante o privilégio e a garantia de todo o ativo do sócio ostensivo (Rio Turismo S. A.), bem como a prioridade no rateio do acervo social. Este privilégio e esta garantia estão em desacôrdo com o disposto no art. 78 da Lei de Sociedades por Ações, o qual determina que nem os estatutos sociais, nem a assembléia geral poderá privar qualquer acionista do direito de participar do acervo social, no caso de liquidação da sociedade.

Verifica-se, ainda, que a forma jurídica escolhida — por totalmente inusitada — pode levar os participantes a enganos quanto aos direitos que lhes cabem — inclusive porque os anúncios e o contrato, em seu cabeçalho, referem-se a cota ou contrato de participação na Turismo Rio S. A. quando a sociedade em conta de participação refere-se à participação em uma ou mais operações de comércio determinadas (Código Comercial, art. 325) e nunca como forma de participação em outra sociedade. Existem, aliás, doutrinadores que ensinam que o caráter distintivo da participação consiste em uma só operação ou, pelo menos, em uma ou mais operações especificadas, determinadas — não sendo possível, portanto, a indiscriminação de operações conforme constante na cláusula primeira do contrato de participação.

Se se trata de participação na Turismo Rio S. A., estes contratos seriam, de fato, ações de gozo ou fruição, disfarçadas e em desacôrdo com os preceitos do art. 18, § 3.º da Lei das Sociedades por Ações.

5.2 — *Indicações inexatas em anúncios* — Verifica-se, ainda, que dos anúncios publicados e do exemplar do Contrato de Participação consta, além da declaração de que se trata de participação na Turismo Rio S. A., a afirmativa de que o projeto do edifício do Rio Palace Hotel já se encontra aprovado pelo Estado da Guanabara — o que, segundo informa o ofício n.º 579, de 3-9-1963, dessa Secretaria, não é verdade. O despacho do Sr. Governador autorizou a aprovação do projeto — mas esta ainda não se efetivou, condicionada que está ao cumprimento, por parte da

requerente, de exigências formuladas por essa Secretaria, notadamente a relativa a impossibilidade de instalar-se no prédio um “condomínio hoteleiro”, conforme previsto pelo Decreto 1.509, de 1963.

6. CONCLUSÕES FINAIS.

Pelo exposto, concluímos, em resumo:

6.1 — Apesar das cautelas dissimulatórias, o empreendimento relativo à construção e exploração do Rio Palace Hotel configura-se, para os fins do Decreto 1.509, de 1963, como um “condomínio hoteleiro”, conforme definido no item 3 deste ofício.

6.2 — O procedimento adotado não pode gozar dos favores previstos no § 1.º do art. 1.º daquele decreto e o empreendimento infringe as condições determinadas no despacho de V. Exa., datado de 8-8-1963 e proferido no processo 7.516.158-62.

6.3 — Enquanto não se modificarem as condições básicas do empreendimento — isto é, o projeto de construção ou a forma jurídica de participação financeira do público — não deve ser deferida a licença para a construção do edifício Rio Palace Hotel, conforme requerida pelo processo 7.516.158-62.

6.4 — Para evitar a possibilidade de ocorrência de novos casos como este, é conveniente que o Poder Executivo — ouvidas as Secretarias de Obras Públicas e de Turismo — baixe decreto normativo no qual se defina, claramente, para os fins do Decreto 1.509, o que seja HOTEL e CONDOMÍNIO HOTELEIRO.

Este o nosso parecer, *sub censura*.

ROBERTO PARAISO ROCHA
Procurador do Estado

VILA. DESMEMBRAMENTO. CERTIDÃO PARA REGISTRO

— Nas certidões relativas a cada uma das casas da vila não deve constar a ressalva da inexistência de desmembramento.

Requereram os titulares do processo em epígrafe a aprovação da planta de conjunto das casas da vila acima especificada, construída em 1911, “com metragem de cada pedido”, ou seja, de cada unidade residencial, além da respectiva certidão, a fim de fazer prova no Registro Geral de Imóveis.

O requerimento foi deferido, como de direito, sendo a certidão concedida nos termos do item 31-A da ordem de serviço do DED, intitulada Boletim 45, que assim disciplina a matéria:

“31) Nos pedidos de certidão para prova no Registro Geral de Imóveis ou para outros fins, será observado o seguinte:

4 — Para as casas de vila, quando forem pedidas as dimensões de cada terreno correspondente a cada casa, deverá ser certificado: “Cada casa está construída em uma área que tem de frente para a rua particular comum da vila ... metros, com ... metros de largura na linha dos fundos, ... metros pelo lado esquerdo, ... metros pelo lado direito. Essas dimensões não constituem desmembramento. A rua que dá acesso à casa acima constitui servidão de todos os proprietários das casas da mesma vila, cujos proprietários em comum se obrigam à conservação do calçamento da mesma rua, iluminação, limpeza e outros quaisquer encargos decorrentes do uso em comum, sem ônus de qualquer espécie para a Prefeitura, devendo estas condições constar do Registro Geral de Imóveis, para averbação à margem da transcrição”.

O Registro Geral de Imóveis recusou-se porém a averbar a certidão, em virtude da restrição expressa nas palavras: “Essas dimensões não constituem desmembramento”, tendo em vista a lei federal que rege a matéria (Decreto n.º 4.857, de 9-11-1939).

Daí o recurso dos requerentes, insistindo junto à autoridade administrativa para que retire as expressões restritivas, alegando que a construção da vila em causa é anterior ao Código de Obras (Decreto n.º 6.000, de 1937), possuindo cada casa inscrição própria no DRI como “unidades imobiliárias autônomas”.

Na réplica, posteriormente apresentada, os requerentes provocam um estudo mais acurado do problema, sem dúvida controvertido, ao mesmo tempo que fundamentam denúncia da maior gravidade, que transcrevo a seguir:

“... em data de 31-8-1955, posterior, portanto, à publicação do Boletim n.º 45 de 27-7-1955, publicado no *D. O.*, 2.ª Seção, de 4-8-1955, foram fornecidas pelo Departamento de Edificações, da antiga PDF, hoje estado da Guanabara, certidões para fazer prova para um registro de uma vila sita à Rua Teresópolis, n.º 18, casas I, II e III, sem se ter obedecido o Boletim já citado e nem o Boletim n.º 151, de 1-11-1948, publicado à pag. 7.744 do *D.O.*, 2.ª seção, de 4-11-1948 (docs. 5 e 6)”.

Pelas fotocópias autenticadas, verifica-se, de fato, a omissão das expressões restritivas: “Essas dimensões não constituem desmembramento”, nas duas certidões fornecidas pelo DED, contrariando as instruções contidas na ordem de serviço denominada Boletim 45.

Juntam por fim os requerentes à réplica que apresentaram fotocópia de uma declaração do serventuário Adalcy Dutra Cavalcanti, do Registro Geral de Imóveis, do teor seguinte:

“Não pode ser feita a averbação das medidas do terreno de cada casa da vila à Rua Sampaio Viana, n.º 59, porque no final da certidão fornecida pelo Departamento de Edificações da Secretaria Geral de Viação e Obras da antiga Prefeitura do Distrito Federal, hoje Estado da Guanabara, se declara que as medidas dadas isoladamente às áreas das casas não constituem desmembramento” (documento n.º 7).

Assim resumido o conteúdo deste processo, há que separar, portanto, dois aspectos distintos: primeiro, a questão técnica do desmembramento, na teoria e na prática, em face do Código Civil e das normas administrativas até então seguidas, de acordo com o Código de Obras ou nos termos do Boletim 45; segundo, a questão de fato, devidamente comprovada, da desídia funcional, com o fornecimento de uma certidão em flagrante desrespeito a uma ordem de serviço.

Vejo-me, pois, impellido a solicitar, desde logo, providências imediatas para que se mande apurar a burla apontada na denúncia dos requerentes, com o máximo rigor e em toda a sua extensão, a qual se me afigura tanto mais grave se ficar comprovado o vício continuado de certidões favorecidas, uma vez que irregularidades deste jaez não se limitam quase sempre a um simples caso isolado.

Se o segundo aspecto não permite dúvidas, por se tratar de um caso concreto, o mesmo não direi quanto ao primeiro aspecto da questão, na sua essencialidade abstrato, que motivou o recurso e a réplica dos requerentes, muito embora o que se objetiva é examinar tão somente a procedência ou não das restrições impostas pela autoridade administrativa, em desarmonia com o Registro Geral de Imóveis e, até mesmo, em conflito manifesto com as decisões que, a respeito, têm sido emanadas do Poder Judiciário, através da Vara de Registros Públicos.

A questão técnica do desmembramento, em face do Código Civil e das leis e regulamentos municipais, já mereceu dois estudos de alto nível jurídico da autoria de ilustres colegas desta Procuradoria Geral: do Doutor GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO, publicado na *Revista de Direito Imobiliário* (vol. XIII, n.º 25, 1952, págs. 98-107), e do Doutor CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES, publicado na *Revista de Direito da Procuradoria Geral* (vol. 5, 1956, págs. 173-181).

Ambos os pareceres se aprofundam no debate da questão, examinando a numerosa e quase anárquica legislação municipal anterior e posterior ao Código Civil (1917), anterior e posterior ao Código de Obras (1937). Os dois ilustres colegas não chegam porém a um acordo, tal a diversidade de interpretações, tendo como ponto de partida o preceito da lei civil (art. 572 do Código Civil), que subordina o direito de construir

aos regulamentos administrativos, prestigiando dessa forma o direito edilício.

O Doutor GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO, na sua brilhante e erudita exegese, anotou um novo vocábulo para substituir a palavra “desmembramento”, em se tratando de casas de vila: o vocábulo “fracionamento”, a seu ver mais adequado.

“Dar-se-ia o “fracionamento” da maior porção, — doutrina Sua Senhoria — em termos de se ordenar que a cada unidade viesse a corresponder a área de terreno por ela ocupada com a edificação. Seria fracionamento “ideal” do terreno nos casos de propriedade horizontal (edifícios de apartamentos); seria “real” para aquêles de propriedade vertical (casas de vila)”.

A esta interpretação pragmática opôs-se o rigorismo técnico do Doutor CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES que não vê, *et pour cause...*, distinção vocabular entre fracionamento e desmembramento.

“Para o ilustre jurista” (o Doutor GUSTAVO PHILADELPHO), — retruca o não menos ilustre contraditor, repousando na mesma base a sua sólida argumentação, — “êsse fracionamento não pode ser evitado, uma vez que, sobrepondo-se a lei federal à lei local e sendo o terreno da vila coisa divisível, nos termos do art. 52 do Código Civil, não pode o poder municipal impedir a sua divisão. *Data venia*, o argumento prova demais, pois que, a adotar-se êsse critério, não poderia a Prefeitura estabelecer um limite mínimo para os lotes comuns, pois que, por menores que fôsem, sempre seriam divisíveis, como terrenos que são. Assim sendo, é evidente que, para que isso não aconteça em todos os casos, deve a lei poder impedir êsse fracionamento excessivo da propriedade, contra-indicado pelos princípios de higiene, de estética, de urbanismo, enfim. Por êsse motivo é que o n.º 5 do art. 53 do Código Civil classifica como indivisíveis os bens que, “embora naturalmente divisíveis, se considerem indivisíveis, por lei”.

Vai longe a controvérsia, sem que a questão se aclare suficientemente, talvez pela inexistência de uma lei federal normativa capaz de delimitar o poder edilício quanto à divisibilidade das casas de vila, tal como ocorre por exemplo com relação aos apartamentos, dentro, aliás, da interpretação dada aos vocábulos “fracionamento” ou “desmembramento” (a sutileza semântica pouco importa), como suponho ter sugerido o Doutor GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO.

Vejamos agora o que acontece na prática. Mesmo sem admitir o desmembramento, tal como demonstrou o Doutor CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES, citando um elenco de decretos e regulamentos locais, a partir do Decreto n.º 664, de 1907, o certo é que, conforme esclareceu o Doutor GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO, de modo irretorquível, antes e depois do Código de Obras (1937), efetivaram-se numerosos fracionamentos, bastando para isto que o proprietário da casa de vila apresentasse o talão de imposto predial, correspondente à inscrição no DRI.

A partir de 1939, entretanto, a lei federal que dispõe sobre registros públicos (Decreto n.º 4.857) obrigou a que a parte fizesse *prova da ocor-*

rência (art. 285), impossibilitando assim a averbação de certidões, no Registro Geral de Imóveis, nas quais se declarasse explicitamente a inexistência de desmembramento.

O chamado Boletim 45, estabelecendo um modelo de certidões para as casas de vila, construídas mesmo anteriormente à vigência do Código de Obras, tornou ainda mais confusa a situação. Não exagero classificando de esdrúxulo a tal modelo, transcrito na íntegra no início deste parecer, onde se faz, na verdade, a descrição de um desmembramento (ou fracionamento, como queiram), embora com a negativa, de permissão, de que a coisa assim descrita como desmembramento constitua desmembramento.

Foi esta a fórmula, creio eu, de coonestar uma exigência do Código de Obras (parágrafo único do art. 582), compreensível sem dúvida para as construções que, desde então, passou a regulamentar, mas evidentemente descabida, ou, pelo menos, discutível, para as construções anteriores ao seu advento.

Colocou-se assim um esparadrapo sobre a ferida, sem que a questão ficasse definitivamente resolvida.

Depois do Boletim 45, a situação passou a ser a seguinte: o Estado nega pela via administrativa; o mesmo Estado concede pela via judiciária, como mostrou exaustivamente o Doutor GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO, em seu parecer, bastando que o administrado se dirija à Vara de Registros Públicos e, “mediante vitória judicial, a qual faz seguir da apresentação dos talões de imposto predial, como prova de vida independente das casas, obtém um mandado judicial que resolve o impasse” (*op. cit., loc. cit.*).

Reconhecendo ou não a lei ou a doutrina administrativa o desmembramento, o fracionamento, ou qualquer outro vocábulo que identifique a coisa divisível, o fato é que a autoridade judiciária manda proceder à averbação da casa de vila, desde que provada a sua existência autônoma, isto é, divisível, fracionada, desmembrada do conjunto.

Os modelos de certidão para tais casos sugeridos, em plena vigência do Código de Obras, pelo Doutor GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO, como pelo Doutor JOSINO DE MEDEIROS, êste último eminente colega e antigo Procurador Geral, citados no recurso e na réplica dos requerentes, são idênticos, sem as expressões restritivas, não obstante adotadas, mais tarde, pela administração da ex-Prefeitura do Distrito Federal e do atual Estado da Guanabara.

Dêsse modo, obstinou-se a autoridade administrativa, ao longo dos últimos anos, notadamente depois do Boletim n.º 45, em fatigar o administrado, negando-lhe o que, de antemão, sabia lhe ia ser dado pela autoridade judiciária, hierarquicamente superior, na faculdade de interpretar e aplicar a lei e regulamentos, segundo a letra da Constituição.

Contrariando as boas regras de direito, persistiu contudo o DED na prática chancelada e teimosamente ratificada pelo Boletim n.º 45, dando uma interpretação à lei administrativa que o Poder Judiciário jamais acatou.

Por isso mesmo, sem a pretensão de reabrir o debate em torno da teoria do desmembramento, tão brilhantemente iniciado com os pareceres dos doutos colegas GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO e CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES, manifesto a minha convicção de que não se justifica a interpolação das expressões restritivas — “Essas dimensões não constituem desmembramento” — constantes do extravagante modelo estampado no Boletim n.º 45.

O recente Decreto n.º 619, de 12-10-1961, publicado no *Diário Oficial* de 14-10-1961, Parte I, págs. 22.795 e 22.796, veio reforçar, ao que parece, a corrente dos que assim encaravam o problema, mormente em se tratando de construções anteriores ao Código de Obras.

Se, antes do Decreto n.º 619, a interpretação do parágrafo único do art. 582 do Código de Obras dava margem a dúvidas, logo corrigidas pelo Poder Judiciário, já agora, depois do Decreto n.º 619, não cabe qualquer hesitação. É evidente que o Poder Executivo definiu de modo claro e preciso o que entende por “rua de vila”, “lote de vila”, e “unidade de habitação”, reconhecendo a divisibilidade não só da benfeitoria, como do terreno, sem sacrifício da integridade do conjunto.

Corrigiu, em suma, o que poderia ser invocado, *data venia*, como uma demasia do Código de Obras na controvertida questão, todavia, ainda em aberto.

O modelo da certidão do Boletim n.º 45, que o Poder Judiciário não acatou, não tem mais razão de ser, em face da nova legislação estadual, estabelecendo condições para abertura de ruas de vila e para a construção e transmissão de lotes internos de vila.

Resguardou o Decreto n.º 619 o interesse do Estado do ponto de vista urbanístico e fiscal, com referência às construções de vila, sem ferir os direitos individuais dos proprietários de unidades habitacionais em vilas — gente, em geral, de reduzido ou mesmo nenhum poder econômico — impedidos, de acordo com os azares das regulamentações, de vender a outrem o que lhes pertença.

Esse direito, o Estado não pode obstar, desde que haja concordância entre os condôminos.

São dignas de toda a atenção, para o caso em exame as definições de “lote interno de vila” e de “unidade de habitação”, consagradas no texto do Decreto n.º 619, como a norma fixada no parágrafo único do art. 13 do mesmo diploma, *verbis*:

“Parágrafo único. — Nas guias de transmissão relativas à venda de lotes internos em casas de vila deverá constar, além das dimensões do lote transmitido, a fração ideal que cabe ao comprador sobre as partes comuns (rua e entrada da vila)”.

Queira Deus que o Decreto n.º 619 ajude a dirimir toda as falhas da antiga legislação, não permitindo que se cometam injustiças, mas dando ao Estado um instrumento eficaz que possa prevenir a administração

contra os abusos que se acobertam à sombra dos regulamentos, quando mal aplicados.

E é aí que reside a dificuldade às vezes intransponível da questão, pois a hermenêutica e aplicação do direito, em face da dinâmica social e política, nada tem a ver com a providência divina e sim com a precária condição humana.

Nesta ordem de idéias, e de acordo com o recente Decreto n.º 619, contudo, sou de parecer que a certidão requerida deve ser concedida sem as expressões interpoladas: “Essas dimensões não constituem desmembramento”.

S. m. j.

Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 1961.

FRANCISCO DE ASSIS BARBOSA
Procurador do Estado

IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO “CAUSA MORTIS”. AVALIAÇÃO DOS BENS

— *Inteligência do art. 67 da Lei n.º 242, de 26 de dezembro de 1962. Prevalência de regra maior, contida no art. 482 do Código de Processo Civil. Competência federal e estadual, como na Constituição fixada. Função do avaliador.*

Gira a controvérsia sobre aplicação de dispositivo da Lei n.º 242, de 26-12-1962, art. 67, *in verbis*:

“Para efeito de cálculo do imposto de transmissão *causa mortis*, tomar-se-á por base:

I — nas transmissões de bens ou direitos, o valor do bem ou direito;

§ 1.º — Para efeito do cálculo do imposto, considerar-se-á, exclusivamente, como valor do bem:

I — quando se tratar de terreno não edificado, o valor que servir de base ao cálculo do imposto territorial;

II — quando se tratar de terreno com edificação concluída, o maior dos seguintes valores: 12 vezes o valor que servir de base ao cálculo do imposto predial ou o valor que serviria de base ao cálculo do imposto territorial;

III — quando se tratar de terreno com edificação não concluída, o valor que servir de base ao cálculo do imposto territorial mais o valor das obras realizadas;

IV — quando se tratar de construção feita em terreno de outrem que não o transmitente, o valor das obras realizadas;

§ 2.º — O valor do bem, base para o cálculo do imposto é o da data em que se operar a transmissão, extinção ou consolidação”.

Prescreveu, do modo acima, a nova lei fiscal, no tocante à cobrança do imposto devido por transmissão de propriedade *causa mortis*. Qual a extensão, porém, dêsse dispositivo legal, ou melhor, até onde poderão ir seus efeitos?

Tal a questão a merecer solução objetiva.

Para análise do problema cumpre, em primeiro lugar, verificar como se comporta o diploma processual, no tocante à apuração de valor para efeito de cálculo do imposto. Essa apuração se faz, como sabido, através avaliação.

A avaliação dos bens é uma fase importante do processo de inventário, afirma CÂNDIDO NAVES, em seus comentários ao Código de Processo Civil (fls. 168, ed. de 1941). Para dois fins principais procede-se à avaliação: como elemento indispensável e fundamental de uma boa partilha, e como fator necessário ao cálculo do imposto de herança (Os grifos são nossos).

O imposto de herança será função do valor dos bens transmitidos e da taxa legal, afirma, ainda, o emérito processualista. Quanto ao valor, será o apurado nas avaliações. Por certo que não se pode pretender determinar, através da avaliação, o valor exato dos bens, o que seria impossível. Mas nela encontraremos o valor aproximado do real, e nêle deveremos basear o cálculo do imposto. É mesmo possível que fatos posteriores venham demonstrar que as avaliações são inexatas, como, *verbi gratia*, uma venda, talvez mesmo judicial, na qual os bens avaliados alcancem preço superior ou inferior. Não importa: *sobre as avaliações é que se assentará o cálculo* (ob. cit., fls. 292).

Sem dúvida que, com base na avaliação, e tão somente nela, deverá proceder-se ao cálculo do imposto. É o que também afirma mestre CARVALHO SANTOS. Lavrado o termo de últimas declarações do inventariante e ouvidas as partes sobre essas declarações e avaliação dos bens, liquidados todos os incidentes levantados, o juiz ordenará a remessa dos autos ao contador, para que este proceda ao cálculo e liquidação do imposto de transmissão *causa mortis* (Código de Processo Civil Interpretado, vol. VI, 3.ª ed., fls. 163).

Em verdade, prescreve o Código de Processo Civil, no seu art. 482:

“O avaliador examinará os bens descritos, atribuindo a cada um o valor que lhe parecer razoável; e, em se tratando

de imóveis, tomará em consideração os lançamentos fiscais dos três (3) últimos anos e quaisquer outras circunstâncias que possam influir na sua estimação”.

O critério de avaliação é êsse e outro não poderá haver, nem ser levado em consideração, já que viria a colidir com termos tão expressos da lei processual.

PONTES DE MIRANDA, o sábio, ao comentar tal preceito, ensina:

“Os lançamentos fiscais são elementos que se tomam em consideração, sem que os tenha de respeitar o avaliador (Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Sergipe, 8 de outubro de 1947, *D.J.* de Sergipe, 13 de julho de 1948: “Os lançamentos fiscais dos últimos três anos, a que se refere o art. 482 do Código, são apenas objeto de consideração, a quem considera, examina, observa, reflete, significando isso que o avaliador dá ao bem avaliado o preço que lhe aprouver ao seu exame e reflexão, pouco se lhe dando a guia dos lançamentos fiscais, se eles não forem justos. Ditos lançamentos não são base obrigatória para a avaliação, por serem, as mais das vezes, injustos, pessoais e arbitrários, caindo ao simples confronto com outros da mesma natureza, na mesma circunscrição. Servem, apenas, de motivo de mera consulta, que o avaliador aceitará ou desprezará, conforme a sua equivalência. O avaliador não é um preposto do fisco, nem um árbitro das partes, mas um funcionário que “age pela comum e geral estimação, levando em consideração o tempo e o lugar em que as coisas existem, o estado em que se encontram no momento da avaliação, os ônus e as condições, a que estejam sujeitas, o proveito que delas se possa tirar, regulando-se pelo preço médio e não pelo mais elevado que possam alcançar no comércio” (cf. MANUEL DE ALMEIDA E SOUZA, *Tratado Prático das Avaliações*; J. R. RAMALHO, *Inst. Orfanológicas*, §§ 112 e 114). A estas regras juntará as que “forem ditadas pela sua experiência e pelos seus conhecimentos técnicos” com os quais apreciará os bens submetidos a sua avaliação” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo VII, ed. de 1959, fls. 89).

Verifica-se, assim, que o Código de Processo Civil, segundo a doutrina e o ensinamento dos nossos melhores autores, recomenda, mas não impõe ao avaliador a obrigação de dar aos imóveis justamente o valor atribuído no lançamento fiscal, nem mesmo a média dos três últimos anos.

Pelo fato de haver disparidade entre o valor pretendido pela Fazenda e o constante do laudo judicial e de não ter sido feita menção dos lançamentos fiscais dos três últimos anos, não se pode ter como justificado pedido de nova avaliação em inventário (Ac. da 3.ª Câmara do T. J. de São

Paulo, no Ag. n.º 86.471, rel. Des. PRADO FRAGA, in *Rev. dos Trib.*, vol. 278, pág. 376).

O valor dos bens para o efeito de sucessão *causa mortis* é sempre o valor médio (Ac. un. da 6.ª Câmara do T. J. de São Paulo, no Ag. n.º 91.456, rel. Des. DIMAS DE ALMEIDA, in *Rev. dos Trib.*, vol. 282, página 435).

No processo de inventário busca-se o valor médio dos bens e não o valor venal, devendo a avaliação judicial prevalecer sobre a fiscal, a menos que se prove ter naquela havido erro ou dolo do avaliador (Ac. un. da 2.ª Câmara do T. J. de São Paulo, no Ag. n.º 92.739, rel. Des. M. GUMARÃES, in *Rev. For.*, pág. 203).

A avaliação extrajudicial, procedida por funcionários administrativos, subordinados à Fazenda, não pode prevalecer contra a avaliação judicial (Ac. da 4.ª Câmara do T. J. de São Paulo, no Ag. n.º 60.600, rel. Des. O. P. DO AMARAL, in *Rev. dos Trib.*, vol. 206, pág. 359).

Tais lições emanam de copiosa jurisprudência dos nossos Tribunais e bem atestam a legítima interpretação a ser dada ao texto da lei.

Outros julgados, e muitos outros, poderão ser coligidos nas revistas de direito. O excelente repositório de ALEXANDRE DE PAULA está prenhe deles.

Não seria possível admitir-se prevalência de lei fiscal sobre lei processual. O contexto desta é de ordem pública. Pretender-se que lei fiscal possa ter força para derrogar preceito do Código de Processo Civil, seria estulta pretensão. Isso não entraria na cabeça de ninguém.

Não se venha, também, alegar que competência para tributar transmissão de propriedade *causa mortis* seja do Estado. Isso não se contesta, nem é esse o problema. Inegável a competência do Estado para tal finalidade.

A matéria acha-se expressa na Constituição.

Mas o que se dá ao Estado é competência para fixar a taxa de incidência do *causa mortis* e regular a forma de aplicação desse imposto, e tão somente isso. Nada além disso.

De fato, lê-se na Constituição:

“Compete aos Estados decretar impostos sobre:

.....
II — transmissão de propriedade *causa mortis*” (art. 19).

O imposto de transmissão *causa mortis* grava as sucessões, isto é, a transferência dos bens aos herdeiros ou sucessores testamentários, ensina TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, ao comentar o preceito constitucional acima transcrito.

A competência dos Estados, diz ainda aquêle mestre, acarreta necessariamente uma disparidade na política fiscal, cada qual adotando os critérios e as taxas que lhe parecem mais acertadas (*A Constituição Federal Comentada*, vol. I, ed. 1956, fls. 285-287).

Não se fala aqui em forma processual, mas simplesmente em “política fiscal”. Não passa daí a competência dos Estados no campo de tal atividade. Podem eles legislar quanto à taxação fiscal, propriamente dita, e, obviamente, quanto à forma de sua aplicação. Apenas isso.

A Constituição conferiu aos Estados competência para regular e perceber o imposto de transmissão de propriedade; mas, compreenda-se, respeitadas as situações jurídicas fundadas na lei processual.

A esfera da lei fiscal não é a mesma da lei processual, mas esta distinção não pode significar contrariedade da sistemática processual. O aparelho jurídico há de compor-se de elementos harmônicos. Senão, seria o caos. Ademais disso, e sobretudo, há que se obedecer à hierarquia das leis. A lei processual é de âmbito federal. Foi essa uma das mais brilhantes conquistas do moderno direito brasileiro. As regras do Código processual são impostas como princípios de ordem pública. É o que se fixou na Constituição (art. 5.º, inciso XV, letra a).

Reza esse preceito:

“Compete à União:

.....
XV — legislar sobre:

a) direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, aeronáutico e do trabalho”.

Volta, a este propósito, a ensinar o respeitável e ilustre PONTES DE MIRANDA:

“Foi, no terreno jurídico, a maior inovação da Constituição de 1934. As dúvidas nascidas da incerteza sobre as fronteiras entre o “direito material” e o “direito procesual” ou formal, que por vezes se resolviam na “materialização”, por parte da República, de regras jurídicas que caberiam aos Estados-membros, por serem, normalmente, de direito formal, desapareceram com o novo texto constitucional. Mas tal desaparecimento só se “efetivaria” quando o Poder Legislativo central exercesse a sua competência e estabelecesse, de fato, a “unidade” do direito processual. Enquanto isso não ocorresse, viver-se-ia a época de transição que mantinha, sob a competência única, a situação efetiva da pluralidade de legislações processuais locais. Ocorrendo, por exemplo, que — antes disso — se revogasse, ou se derrogasse a Constituição, o direito processual uno teria sido, apenas, esperança. Foi o que aconteceu à Constituição de 1934: caiu, sem que se lhe cumprisse o preceito. Os Estados-membros já não podiam revogar, ou derrogar, as leis processua's que vigoravam a 16 de julho de 1934

e que eram, salvo o efeito de leis federais novas (e houve-as), as que vigoravam a 10 de novembro de 1937” (*Comentários à Constituição de 1946*, vol. I, pág. 353).

E ainda mais:

“Quanto ao “direito processual civil”, cabe ao Poder Legislativo central legislar sobre: *a*) a citação, a revelia do autor e do réu, a instância e a renovação da instância; *b*) a petição inicial, seus requisitos materiais e formais, o valor da ação; *c*) as exceções; *d*) a defesa, a co-autoria, a assistência, a oposição e a reconvenção; *e*) o processo da produção de provas e os pressupostos dos meios, se não os fixou a lei de direito material, os exames, o processo de produção da prova dos usos e costumes; *f*) as alegações ou razões finais; *g*) a sentença e os seus requisitos materiais e formais; *h*) o direito processual relativo às custas e multas; *i*) as nulidades, a enumeração dos atos e termos essenciais do processo; *j*) o processo ordinário, o sumário, o sumaríssimo (e quaisquer outros que se entendam criar), o processo executivo e os processos especiais, preparatórios, preventivos e incidentes, como o seqüestro, a busca e apreensão, a caução, a exibição, os protestos e interpeleções judiciais, o protesto e apreensão de títulos, os atentados, a falsidade, as vendas e arrendamentos judiciais, a separação de corpos, a habilitação e curadoria dos nascituros, a habilitação incidente, as medidas provisionais, a consignação e depósito em pagamento (quem o recebe, di-lo a lei de divisão e organização judiciárias), os embargos de terceiros, as justificações (para os processos de administração pública, a fixação dos requisitos e o processo competem aos Estados-membros), o processo das ações possessórias, das ações de imissão de posse, de nunciação de obra nova, de uucapião, demolitória, etc., o preceito cominatório, o mandado de segurança, o processo de divisão e de demarcação, o de invalidação de atos dos poderes locais e municipais, o de prestação de contas, de desapropriação, reforma de autos perdidos, conflitos de jurisdição, juízo arbitral, processos ditos administrativos, *inventário*, *partilha*, administração, venda, ou locação, da coisa comum, despesas de conservação da coisa comum, abertura e execução dos testamentos (dos testamentos ológrafos ou particulares, dos testamentos públicos, dos cerrados e dos especiais), extinções de usufruto, fideicomisso e restrições de poder, arrecadação de bens de ausentes e vagos, nomeação e remoção de tutores e curadores, processos de tutela e curatela, de suplemento de idade e de emancipação, de suprimento de consentimento, de especialização das hipotecas legais, de subrogação, de venda, arrendamento e hipoteca de

bens de incapazes e dotais, de habilitação para casamento, dispensa de proclamas e oposição de impedimento, de constituição de bem de família, de desquite por mútuo consentimento, de dissolução e liquidação das sociedades, de aprovação dos estatutos, anulação dos atos dos administradores das fundações e extinção delas; *k*) o processo da execução; embargos do executado e concurso de credores; *l*) recursos e processos contra as sentenças passadas em julgado; *m*) processo de recurso extraordinário na Justiça local e no Supremo Tribunal Federal” (*ob. cit.*, vol. I, pág. 359).

Aqui se compreende todo o direito formal, adjetivo. Foi uma conquista da Constituição de 1934 a transferência da competência para legislar sobre processo à União, porquanto, sob o regime anterior, ficara esta atribuição para os Estados, assim se exprime o professor TEMÍSTOCLES CAVALCANTI (*A Constituição Federal Comentada*, vol. I, ed. 1956, pág. 112).

Cabe, dêste modo, à União legislar quanto a inventário e partilha. Competência, para tanto, não assiste aos Estados. Orientação contrária importaria em completa subversão da ordem processual. Inadmissível, de todo, concordar em que preceito de ordem fiscal, simples preceito de ordem fiscal, editado pelo Legislativo local, viesse a inovar a lei processual, diploma federal de hierarquia superior.

A Lei n.º 242, de 26-12-1962, dispondo sobre taxaçaõ e cobrança de impostos devidos à fazenda estadual prescreveu, literalmente, em seu art. 67 que “para efeito de cálculo do impôsto de transmissão *causa mortis*, tornar-se-á por base, nas transmissões de bens ou direitos, o valor do bem ou direito”. Prescreveu acertadamente. Tomar-se-á, nas transmissões de bens ou direitos, para efeito de cálculo do impôsto de transmissão *causa mortis*, por base, o valor do bem ou direito, diz a lei. Valor êsse, como vimos, à saciedade, a ser apurado em inventário, através avaliação, pois dêste modo impõe lei maior, processual.

Diz mais, a lei fiscal, “para efeito do cálculo do impôsto, considerar-se-á, exclusivamente, como valor do bem”... (e passa a especificar o critério que estabelece para tal finalidade). O que disse se infere? que, para efeito do cálculo do impôsto, deverão considerar-se, exclusivamente, como valores do bem aqueles na lei especificados, ou seja, os que constam dos itens I a IV, do § 1.º, como antes transcrito.

Ficam, portanto, os avaliadores adstritos a considerar, em seus critérios de avaliação, exclusivamente, como valores dos bens, os que a nova lei editou, pela forma nela fixada.

Declara, ainda, a lei fiscal que “o valor do bem, base para o cálculo do impôsto, é o da data em que se operar a transmissão, extinção ou consolidação”. Ficam, também a esta regra adstritos os avaliadores. Achase, aí, instituída a avaliação retrospectiva. Caberá, aos avaliadores, levar em consideração as condições de tempo e o estado em que se encontra-

vam os bens na data em que se operou a transmissão. Mas tudo na conformidade das regras que devem reger o processo de avaliação. E, isso, em atenção à sã doutrina e à jurisprudência.

No encerramento do inventário proceder-se-á à liquidação para pagamento do impôsto, tocando ao contador observar o que a respeito dispuser a legislação fiscal. Começa aí o "processo fiscal", que é lícito aos Estados regulamentar. Isso, sim, será de competência dêles. Para tal finalidade dispõe o Código de Processo Civil, no art. 499:

"Encerrado o inventário, proceder-se-á à liquidação para o pagamento do impôsto de transmissão *causa mortis*, observando o contador o que dispuser a respeito a legislação fiscal".

No cálculo, obedecerá, pois, o contador às tabelas fixadas na lei fiscal, e como nela estabelecido.

Essa, a meu ver, a sã interpretação do novel preceito fiscal. A única consentânea com a lei, a doutrina e a jurisprudência.

Esse, meu sincero convencimento. Tese contrária seria injurídica. Não se visa, com tal modo de proceder, locupletação do Estado. Não se visa locupletação de ninguém. Nunca se cogitou disso. Não há que se falar em locupletamento de quem quer que seja.

O que pertence à Fazenda é apenas a acertada aplicação da lei, em conformidade com doutrinadores e intérpretes, os mais autorizados.

Rio de Janeiro, 12 de setembro de 1963.

JÓLIO DE SALLES
Procurador do Estado

ACUMULAÇÃO DE CARGOS. IMPOSSIBILIDADE POR INEXISTÊNCIA DE CORRELAÇÃO DE MATÉRIAS

Nelson Levy Oddone, Dentista Auxiliar, solicitou permissão para acumular êsse cargo com o de Professor do Curso Primário Supletivo, padrão "J", para o qual foi nomeado por Decreto de 29-12-1955.

Após o parecer contrário do então Secretário-Geral de Administração, foi indeferida a pretensão, por despacho do Exmo. Sr. Prefeito, de 14-9-1956.

O requerente solicitou reconsideração do despacho, munindo-se de fartíssima documentação, inclusive atestados de Chefias de Serviço, com o objetivo de demonstrar que era possível acumular o cargo de Dentista com o de Professor de Curso Primário.

Encaminhado o processo à Consultoria Jurídica, o ilustrado Dr. XAVIER D'ARAÚJO pronunciou-se em sentido favorável à pretensão de acumular aquêles dois cargos, salientando no seu bem lançado parecer que:

"A matéria, regulada, com tôda clareza e minuciosamente, na Constituição da República, nela se exaure, pois é estritamente constitucional e regula um direito do servidor em relação ao Estado. Assim sendo, como assim é, não têm a menor significação outros diplomas invocados, como o Estatuto dos Funcionários da União e o decreto executivo federal, um e outro indistintamente abusivos do poder de legislar e de poder de regulamentar.

Tem sido sustentado que a disposição constitucional que permite a acumulação deve ser interpretada restritivamente, por se tratar de disposição de caráter excepcional. Não é essa a minha opinião.

A Constituição estabeleceu um conjunto de regras relativas aos funcionários públicos. A principal delas, pela sua importância como alicerce democrático, é a que estabelece serem os cargos públicos acessíveis a todos os brasileiros.

Não existisse a vedação da acumulação, os cargos públicos seriam *amplamente* acessíveis. A vedação tornou-os *limitadamente* acessíveis. A restrição é imediata e direta. O entendimento claro do conjunto destas e de outras disposições, é, pois, êste: todo brasileiro tem direito, independentemente de suas condições de nascimento, de raça, de religião ou de convicção política, a ser investido em cargo público, fazendo prova de sua capacidade mediante provas públicas; não poderá, entretanto, exercer mais de dois cargos, ou mesmo mais de um, conforme a hipótese".

Já estava em vigor, todavia, o Decreto n.º 13.823, de 1958, que criava a Comissão de Acumulação de Cargos, razão por que foi solicitado o Parecer da Comissão. Esta, após minucioso e casuístico estudo da matéria, concluiu pela inacumulabilidade solicitada, salientando que:

"o que resta é vincular o programa do Curso Primário Supletivo com as atribuições legais do cargo de Dentista Auxiliar e apurar até onde possa chegar a relação de matérias. Pelos programas mínimos baixados com a Ordem de Serviço n.º 2, de 17-1-1956 cabe ao Professor do C.P.S., no tocante às Ciências Naturais e Higiene, "em palestras simples, objetivas, em conselhos claros e simples", explicar os seguintes assuntos do Curso preliminar:

"c) Alimentos de origem animal e vegetal, higiene dos alimentos, higiene das mãos, boca e dentes".

No curso Básico, que abrange três séries, somente na terceira, relacionado com as atribuições de dentista, há, apenas, êste item:

"4 — Gostação — Cuidados higiênicos, higiene da boca".

Os demais assuntos, de higiene geral e, especialmente de higiene do trabalho, nada têm de comum com as atividades profissionais de dentista, as quais se encontram discriminadas no Decreto n.º 9.025, de 22 de novembro de 1947, que aprovou o Regulamento do Departamento de Saúde Escolar:

“Art. 59 — Ao dentista em exercício em gabinete dentário escolar competirá:

.....

E) exigir que as crianças em tratamento apresentem, pelo menos uma vez por semana, escôva própria de dentes, ensinando o modo de usá-la convenientemente e as vantagens da higiene bucal na conservação dos dentes e da saúde geral;

F) ensinar às crianças que freqüentam o gabinete dentário, as vantagens da mastigação perfeita dos alimentos, tendo em vista seu aproveitamento e utilidade”.

Pelo visto, a correlação pleiteada não se confirma porque, por um lado, falta a relação imediata e recíproca entre os conhecimentos específicos dos dois cargos, e, por outro, porque ensinar a criança ou o adolescente a usar a escôva de dentes e as vantagens da mastigação não constitui a atribuição principal do professor primário supletivo, na ministração de suas aulas, dado que o ensino, obedecendo ao critério da globalização de matérias, de acôrdo com o § 1.º do art. 16 do Decreto n.º 9.972, de 24-10-1949, abrange linguagem, matemática, conhecimentos gerais (geografia, história, educação moral e cívica, higiene e ciências naturais), desenho e trabalhos manuais”.

Em face dêsse parecer e do expediente da Secretaria Geral de Administração, também contrário à acumulação, foi indeferido o pedido de reconsideração, por despacho do Exmo. Sr. Prefeito, de 29-8-1958.

Eis que Nelson Levy Oddone volta a solicitar outra reconsideração de despacho, com reexame de sua pretensão de acumular.

Submetido o processo à nossa apreciação, devemos salientar, inicialmente, que o Estatuto dos Funcionários Estaduais, em seu art. 160, veda a renovação de pedidos de reconsideração à mesma autoridade. Indeferido o anterior de reconsideração, por despacho do Exmo. Sr. Prefeito, de 29-8-1958, não pode o requerente renovar o pedido.

Caracterizou-se, na hipótese, aquilo que, com impropriedade, é certo, poderíamos chamar de “coisa julgada administrativa”, dada a impossibilidade de sua revisão, na esfera administrativa.

Mas que se não diga que o requerente teve aniquilado um direito seu, em face de preceito estatutário genérico, não específico e meramente formal. Pelo contrário. *Data venia* do pronunciamento do ilustrado advo-

gado e jurista, Dr. XAVIER D'ARAUJO, favorável à pretensão de acumular, parece-nos, entretanto, que não tem ela apoio legal.

O Decreto n.º 13.823, de 1958, que regulamentou os dispositivos estatutários sobre a acumulação de cargos públicos, os quais, em suas linhas gerais, reproduzem o texto constitucional, estabelece em seu art. 8.º que:

“A correlação de matérias pressupõe a existência de relação imediata e recíproca entre os conhecimentos específicos, cujo ensino ou aplicação constitua atribuição principal dos cargos acumuláveis.

§ 1.º Tal relação não se haverá por presumida, mas terá de ficar provada mediante consulta a dados objetivos, tais como os programas de ensino, no caso de cargo de magistério, e as atribuições legais, regulamentares ou regimentais do cargo, no caso de cargo técnico ou científico”.

A luz dessa disposição, a COMAC (Comissão Municipal de Acumulação de Cargos) elaborou amplo e detalhado levantamento das atribuições cometidas ao Dentista e ao Professor de Curso Primário Supletivo, demonstrando, de maneira completa e irrefutável, que a acumulação daqueles dois cargos não se enquadrava no preceito regulamentar.

Certo é, entretanto, que a Consultoria Jurídica contornara essa demonstração da COMAC, com o negar validade ao Decreto n.º 13.823, de 1958, que teria estabelecido um princípio de interpretação “restritiva para o que não constitui exceção, mas parte harmônica do conjunto” — parecer da Consultoria.

Discordamos do ilustrado signatário dêsse parecer e entendemos que, se em face do art. 8.º do Decreto n.º 13.823, de 1958, a acumulação em causa é ilícita, outro caminho não resta à Administração que indeferir-la.

O Decreto n.º 13.823, de 1958, dando ao preceito estatutário sobre acumulação de cargos, naquilo em que se assenta literalmente na Constituição Federal, a interpretação restritiva, orientou-se no caminho certo.

É de ser interpretado restritivamente, com especificidade, sem ampliações ou acomodações, o preceito constitucional que permite a acumulação de cargos, pois tal preceito é uma exceção ao princípio constitucional da vedação de acumular.

Não cremos defensável a afirmação central do parecer da Consultoria de que a permissão de acumular cargos públicos não é de caráter excepcional, pois, inicialmente, é a própria Constituição Federal que preceitua em seu art. 185 que:

“Art. 185. É vedada a acumulação de quaisquer cargos, exceto a prevista no art. 96, n.º I, e a de dois cargos de ma-

gistério ou a de um destes com outro técnico ou científico, contanto que haja correlação de matérias e compatibilidade de horário”.

A permissão de acumular é a exceção. A regra é a vedação, a proibição.

TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, comentando o texto constitucional, acentua que

“Em matéria de acumulação de cargos, proventos e funções, há de se considerar sempre a natureza proibitiva do preceito que só admite exceções que decorram de sua letra” (*A Constituição Federal Comentada*, vol. IV, pág. 151).

E CARLOS MAXIMILIANO, em seus comentários à Constituição Federal, sublinha ser antiga a hostilidade dos publicistas e legisladores brasileiros e portugueses à acumulação de funções remuneradas, citando numerosos Avisos, Alvarás e Decretos, desde os tempos mais remotos.

Diz êle:

“É antiga, embora raras vêzes profficua e vitoriosa, a hostilidade dos publicistas e legisladores portuguezes e brasileiros contra a acumulação de funções públicas de qualquer modo remuneradas”.

.....
“O Aviso n.º 89, de 4-6-1847, concluiu: “A lei tem criado os emprêgos para o bem público, não para benefício de quem os ocupa; e é esta uma das razões por que antiqüíssimas e expressas disposições tem sancionado a doutrina de se não accumularem os officios em uma só pessoa.

Há dois séculos e meio, em 1655, pregando na Capela Real o Sermão da Terceira Dominga da Quaresma, o Padre ANTONIO VIEIRA, célebre orador sacro e clássico português, verberou o abuso das acumulações remuneradas. Por alguns trechos se fará idéia da veemência da linguagem e justeza dos conceitos:

“Há sujeitos, na nossa Côrte, que têm lugar em três e quatro tribunais: que tem quatro, que têm seis, que têm oito, que têm dez officios. Este Ministro universal não pergunto como vive, nem quando vive. Não pergunto como acode a suas obrigações nem quando acode a elas. Só pergunto como se confessa”. (*Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, vol. III, págs. 235-6).

O ilustrado CARLOS MEDEIROS SILVA, quando na Consultoria Geral da República, em reiterados pareceres, todos com aprovação da Presidência da República, afirmou a tese que defendemos:

“A regra constitucional, quanto às acumulações, é a da proibição; excepcionalmente, são elas permitidas. Assim, disse em parecer, quando no exercício do cargo de Consultor Jurídico do DASP:

“A interpretação do texto constitucional, em se tratando de permissão de acumulações remuneradas, deve ser restritiva. A regra vigorante é a da proibição e por isto mesmo deve abranger tôdas as situações não explicitamente excluidas”. (*Rev. Dir. Adm.*, vol. 24, pág. 264, e *D. O.* de 21-12-1950, págs. 18.264-5).

E, em magnífico parecer, insuperável em seu labor de pesquisa histórica, o Professor HAROLDO VALADÃO, na Consultoria Geral da República, afirma que a vedação de acumular cargos públicos é uma constante da evolução constitucional brasileira.

Diz êle:

“O princípio proibitivo da acumulação é uma constante do direito brasileiro, vinda, legislativamente, do Império, e ateadada à Carta Magna na República, através da Constituição de 1891, art. 73, da Constituição de 1934, art. 172, da Carta de 1937, art. 159, e da atual Constituição de 1946, art. 185.

A legislação imperial, após a Carta de 1824, sôbre a matéria, foi abundante, e procurou sempre impedir a acumulação de proventos recebidos dos cofres públicos, e isto para militares, religiosos, juizes, políticos e funcionários, qual se vê, respectivamente, da Lei de 25 de setembro de 1828, do Decreto de 18 de setembro de 1829, do Decreto de 20 de setembro de 1829, da Lei de 14 de junho de 1831, art. 22, dos Decretos 9.015 e 9.031 de 1883, e da Lei 3.396, de 1888, art. 33.

Destaque-se quanto aos cargos políticos o que dispôs o art. 22 da Lei de 14 de junho de 1831, *verbis*: “Os Membros da Regência, enquanto nela estiverem, não poderão exercer outro Emprêgo, nem mesmo as funções de Senador ou Deputado. Cada um dêles terá a continência militar, que compete aos Generais Comandantes em Chefe, tratamento de Excelência, e ordenado de doze contos de réis anualmente, sem poder acumular outro algum vencimento da Fazenda Pública”.

.....

IV. Na República a Constituição de 1891 fôra de uma clareza absoluta:

“Art. 73. Os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial, que a lei estatuir, sendo porém, *vedadas as acumulações remuneradas*.”

.....
CARLOS MAXIMILIANO, escrevendo após, veio dar nestes termos a exegese perfeita do texto: “O texto é radical e claro; não se presta a interpretações viciosas. Abrange todos os cargos, civis e militares; não admite acumulação de espécie nenhuma. Englobam-se apenas funções inerentes a um cargo só, o que acontece, por exemplo, com o oficial superior e comandante, professor e diretor de instituto de ensino, magistrado e presidente de tribunal, e assim por diante... Apesar da clareza diamantina do texto pulularam interpretações acomodatócias e pessoais; o próprio Judiciário só últimamente começou a trilhar a estrada larga da exegese correta, com haver abandonado os atalhos improvisados das exceções forçadas e incompatíveis com a letra do Estatuto supremo”.

.....
Tão torrencial e firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, em acórdão de 24 de agosto de 1928 (*Arq. Jud.*, vol. VIII, pág. 294) pôde escrever o seu eminente Relator, Ministro ARTUR RIBEIRO: “O Tribunal iterativamente e em diversos acórdãos tem entendido por princípio consagrado no art. 73, de caráter geral e absoluto, compreensivo de tôda e qualquer acumulação de remunerações, seja de cargos federais; ou de cargo federal e estadual, ou municipal, revista a remuneração a modalidade que revestir (acórdão de 24 de novembro de 1919, publicado na *Rev. do STF*, vol. XXXVI, pág. 87)”.

.....
V. Já a Carta de 1937 foi mais radical, voltou à tradição do art. 73 da Constituição de 1891, e por isto dispôs simplesmente: “Art. 159. É vedada a acumulação de cargos públicos remunerados da União, dos Estados e dos Municípios”.

.....
VI. Agora a vigente Constituição de 1946 assim disciplinou a matéria:

“Art. 185. É vedada a acumulação de quaisquer cargos, exceto a prevista no art. 96, I, e a de dois cargos de magistério ou a de um destes com outro técnico ou científico, ~~cont~~ tanto que haja correlação de matérias e compatibilidade de ho-

rário” (*Pareceres do Consultor Geral da República*, vol. I, capítulo XXVII, págs. 207, 208, 210 e 213).

A orientação jurisprudencial, por outro lado, corrobora a tese de que o princípio constitucional é o da vedação de acumular cargos públicos e que somente em caráter excepcional é lícita a acumulação.

Eis decisão do E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

“A correlação de matérias, que permite a acumulação, não é a remota, mas a estreita, percebível à primeira vista” (*Rev. de Dir. Adm.*, vol. 55, pág. 91).

E, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 37.069, o Egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu:

“PROFESSOR — ACUMULAÇÃO REMUNERADA — CORRELAÇÃO DE MATÉRIAS.

— A correlação de matérias deve ser essencial e não acidental” (*Rev. de Dir. Adm.*, vol. 57, pág. 208).

São essas lições da doutrina e da jurisprudência que nos alentam no sustento da tese contrária à da Consultoria Jurídica. A permissão de acumular cargos públicos é excepcional e as hipóteses devem ser restritamente enunciadas.

O art. 8.º do Decreto n.º 13.823, de 1958, se enquadra com rigor nessa orientação. Disciplina com especificidade e, sobretudo, com precisão e técnica lingüística, instituto que, não raro, se presta a imoralidades administrativas. Trata-se, pois, de preceito salutar e, saliente-se, idêntico ao preceito federal sobre a matéria, que nunca teve impugnação da Justiça.

A sua luz, a COMAC demonstrou a impossibilidade total de ser deferida a acumulação solicitada. E como nenhum fato novo existe, e cremos não poderá existir, para demonstrar correlação imediata e recíproca, interdependência direta das atribuições do dentista e do professor primário de Curso Supletivo, não pode ser deferida a pretensão de Nelson Levy Oddone.

O fato salientado pela Consultoria de que entre as atribuições do Dentista “se incluem certas atividades de caráter educativo que correspondem às que são objeto de seu magistério” absolutamente não gera direito ao requerente, pois, repetindo o que já exaustivamente vimos salientando, a correlação de matérias “deve ser essencial e não acidental”.

Opinamos pelo indeferimento da pretensão.

Rio de Janeiro, 15 de maio de 1961.

GUSTAVO AFFONSO CAPANEMA
Procurador do Estado