

ANISTIA A SERVIDORES DISCIPLINARMENTE PUNIDOS. ART. 13 DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. APLICAÇÃO AO PESSOAL TRANSFERIDO DA UNIÃO

A consulta encaminhada pelo Comandante do Corpo de Bombeiros, relativamente ao sentido dos preceitos expressos nos arts. 10 e 13 do Ato Constitucional das Disposições Transitórias da Carta Estadual, é a motivação única dêste processado, e para bem situar os termos da indagação é imperioso registrar-se, inicialmente, os textos dos dispositivos invocados, que estão assim redigidos, respectivamente:

“Art. 10 — O regime jurídico dos servidores transferidos ao Estado, mas cuja investidura é federal, é o da lei federal aplicável, estendendo-se-lhes a lei estadual no que fôr mais favorável”.

“Art. 13 — É concedida anistia aos servidores do Estado que tenham sofrido penas disciplinares”.

A dúvida levantada pelo Consulente se prende ao fato de que, achando-se em elaboração o quadro de acesso da Unidade, e dada a ponderável influência dos antecedentes de cada candidato às promoções, no cômputo das classificações finais, desde que as faltas disciplinares registradas na vida pregressa dos concorrentes não de ser consideradas em seus efeitos negativos, deseja conhecer a extensão exata da graça outorgada pelo Constituinte, isto é, se abrange ela apenas as faltas compreendidas no período que vai da institucionalidade do Estado até a promulgação do seu diploma constitucional, ou, se, contrariamente, atinge tôdas as punições anteriores.

Dos pronunciamentos encontrados no processo resultam conclusões antagônicas que, de certo modo, vêm justificar a audiência desta Procuradoria, a fim de que seja dispensado um ordenamento técnico à matéria tão tumultuadamente debatida.

Prima facie, é de se considerar que a controvérsia gerada pelas interpretações conflitantes não chega às raias da complexidade, podendo, facilmente, ser contornada nos pontos determinantes de sua origem, tais sejam o da inconstitucionalidade da norma instituidora da anistia e o da ilegitimação dos reflexos desta sobre as penas disciplinares.

Não há que se vacilar na escolha do raciocínio estimulador da eliminação desses caracteres incompatíveis com a legalidade e extensão do benefício, eis que a anistia decretada pelo Constituinte da Guanabara nada tem de comum e nem se confunde com a erigida na Carta Magna, cujo conteúdo é outro muito diverso, dirigindo-se, sobretudo, aos crimes políticos reprimidos pela legislação de âmbito nacional, destinando-se, precipuamente, a nulificar a punibilidade e o próprio delito.

Sendo da competência privativa da União, através do Congresso — n.º XIV do art. 5.º e n.º V do art. 65 da Constituição Federal — repre-

senta a *lex obliuionis*, a graça ou anistia, um ato de renúncia do poder público ao *jus puniendi* aderente às suas múltiplas prerrogativas, e tem como escopo riscar da memória de todos a lembrança de acontecimentos responsáveis pela perturbação da ordem social.

No caso concreto não se cuida dessa tipicidade jurídica, porque o Constituinte do novel Estado quis tão só relevar as penas disciplinares sofridas pelo funcionalismo, e o fêz sem atritar com a Lei Maior, que em nenhum capítulo sanciona semelhante proibição, ressaltando-se, pois, a legitimidade do ato de benemerência destinado à absorção das penas disciplinares infligidas aos servidores dessa mesma esfera administrativa, sem se identificar, em qualquer aspecto, com o instituto peculiar às atribuições do Congresso Nacional.

Mas, se inconstitucional o fôsse, para argumentar, isto não prejudicaria sua aplicação imediata, uma vez que somente ao Judiciário é lícito declarar essa contradição, cumprindo ao Executivo praticar a norma enquanto não se verificar o pronunciamento do órgão específico.

Examinadas de passagem as facetas afirmativas da boa índole técnica do art. 13, eis que resulta de uma faculdade permissível e devidamente utilizada pelo Constituinte local, resta, agora, atentar-se para a sua natureza restrita ou extensiva, vale dizer, determinar-se-á o limite de sua obrigatoriedade no respeitante às punições havidas até o início de sua vigência.

Ao intérprete mais desavisado pouco impressionaria o critério limitativo da regra constitucional, visto como o texto que a condensa revela por si só a certeza de que o legislador, ao exprimir-se como o fêz, salientou a intenção deliberada de estender a anistia a tôdas as punições antecedentes, impondo a retroação do favor a tantos quantos hajam, precedentemente, sofrido penalidades disciplinares, tornando-se difícil apartar-se desta compreensão, fruto de uma análise realística, irmanada aos princípios hermenêuticos, dos quais se destaca o que obsta a implantação de distinções e discriminações inconsideradas ou inexpressas na formulação legal.

Lex voluit, a lei quis ampliar a outorga da extinção das punibilidades ocorridas antes e até à data de sua incorporação à ordem jurídica, e, portanto, as conseqüências dela originárias não de ser também revestidas da mesma amplitude, concluindo-se, disso, que as punições de todo o funcionalismo estatal, efetivadas até o advento do preceito constitucional, passaram a inexistir e, concomitantemente, delas não se poderá recolher tal ou qual efeito.

Dir-se-ia, no entanto, que o entendimento estabelecido não se ajusta aos transferidos da União, especialmente aos incorporados ao Corpo de Bombeiros, ou quando muito se adaptaria exclusivamente ao período circunscrito à data da transferência dos mesmos ao Estado até a promulgação do Estatuto Constitucional, desde que as penas emanadas da autoridade federal estariam resguardadas da interferência da legislação estadual.

Parece-nos, contudo, que tal hipótese não é aceitável, pois a Lei SAN TIAGO DANTAS, institucionalizadora do Estado nascente, estipulou com meridiana clareza o caráter efetivo dessa transferência, desligando os ser-

vidores por ela atingidos de toda e qualquer vinculação federal, subordinando-os à competência e jurisdição da autoridade do novo organismo federado.

O art. 3.º e § 1.º da aludida lei mostram, clarivamente, a extinção total das relações dos transferidos com o Poder Central:

“Art. 3.º — Serão transferidos ao Estado da Guanabara, na data de sua constituição, sem qualquer indenização, os serviços públicos de natureza local prestados ou mantidos pela União, os servidores nêles lotados e todos os bens e direitos nêles aplicados e compreendidos.

§ 1.º — Os serviços ora transferidos e o pessoal nêles lotado, civil e militar, passam para a jurisdição do Estado da Guanabara, e ficam sujeitos à autoridade estadual tanto no que se refere à organização desses serviços, como no que respeita às leis que regulam as relações entre esse Estado e seus servidores. Incluem-se nesses serviços a Justiça, o Ministério Público, a Polícia Militar, o Corpo de Bombeiros, os estabelecimentos penais e os órgãos e serviços do Departamento Federal de Segurança Pública, encarregados do policiamento do atual Distrito Federal”.

Não fôra isso, a situação seria alarmante, pois ter-se-ia um quadro de servidores com vida funcional bipartida, jungidos a poderes diferentes, o que certamente violaria o dogma da separação e independência que preside a harmonia entre um e outro, criando o caos e a balbúrdia.

Entretentes, a lei foi sábia e bem definiu a posição do pessoal transferido, e por isso é pacífico o critério de fazer-se incidir a anistia construída no art. 13, inclusive sobre as penalidades que lhe foram aplicadas no serviço federal.

Indubitável, por conseguinte, o convencimento de que os servidores de investidura federal tem pertinência a concessão da graça deferida no dispositivo constitucional estudado, e o tem não só pelas razões já expostas, como também por força do disposto no art. 10 das Disposições Transitórias, cuja conceituação confere àqueles funcionários a faculdade de optarem pela lei estadual, desde que mais favorável. Eis, na íntegra, a sua redação:

“O regime jurídico dos servidores transferidos ao Estado, mas cuja investidura é federal, é o da lei federal aplicável, entendendo-se-lhes a lei estadual no que fôr mais favorável”.

A evidência é gritante e dispensa comentários mais alongados.

Todavia, outro senão se ergueria contra o favorecimento dos bombeiros, calcado na circunstância de constituírem êles uma categoria militar, regulados que são por um sistema não coincidente com a lei estatut-

ária, mas a arguição perder-se-ia no vácuo, pois militares são apenas aqueles incorporados às Forças Armadas, aos quais ainda assim se aplicam supletivamente as regras constitucionais reservadas aos funcionários públicos, consoante dispõe o § 6.º do art. 176 da Lei Maior.

Nem mesmo os que engrossam as fileiras das milícias estaduais teriam a qualidade de militares no rigor técnico, porém, condicionadamente; vêm discriminados no capítulo das Forças Armadas de que cogita a Constituição Federal e a êles se refere, outrossim, a do Estado, admitindo-se-lhes pois, aquela característica.

Já os bombeiros não ganharam o mesmo destaque e, conquanto adotem princípios peculiares às instituições militares, não passam de meros funcionários civis.

Mas ainda que militares na acepção da palavra, mesmo assim estariam enquadrados no favor da anistia que foi configurada em termos amplos, alcançando a todos os servidores do Estado, indistintamente, e desse modo seria especioso valer-se de uma estranha dicotomia para invalidar o sentido genérico do vocábulo empregado na linguagem do Legislador, que, límpida e concisa, atendeu à sábia observação do brocardo latino: *lex plus scripsit minus voluit*.

Conclui-se, finalmente, pela aplicabilidade irrestrita dos efeitos da anistia aos integrantes do Corpo de Bombeiros, salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1963.

RAUL SOARES DE SÁ
Procurador do Estado

Visto. De acordo. Releva salientar que não existe identidade de situações entre o Decreto Legislativo n.º 18 e a regra do art. 13 das Disposições Transitórias da Constituição Estadual. No primeiro caso, o Congresso Nacional era competente para expedir decreto de anistia apenas para crimes políticos, tendo excedido o limite de suas atribuições quando pretendeu cancelar faltas disciplinares (v. parecer do Consultor Geral da República, *in D. O.*, de 13-4-1962, fls. 4.270 e segs.). Daí a arguição de inconstitucionalidade do citado ato nessa última parte, uma vez que o Poder Legislativo somente poderia legislar a respeito com a participação do Poder Executivo, vale dizer através de lei no seu aspecto formal, sujeita, portanto, à iniciativa, veto ou sanção do Presidente da República.

Já no caso do art. 13 do ADTC, o legislador constituinte estadual, na plenitude de seus poderes, pois estava institucionalizando a novel unidade da Federação, poderia cancelar faltas disciplinares dos servidores do Estado independentemente da participação do Executivo, que nenhuma ingerência tinha ou tem na elaboração constituinte, tanto mais que êle próprio era objeto das diretrizes que se traçavam na lei maior.

Encaminhe-se à Secretaria de Segurança Pública.

EUGENIO DE VASCONCELLOS SIGAUD
Procurador-Geral

PROCESSO ADMINISTRATIVO ARQUIVADO. POSSIBILIDADE DE NÔVO EXAME DA MATÉRIA

No presente, a Secretaria de Administração encaminhou à Procuradoria-Geral consulta que importa em estrito exame de tema jurídico, sem considerações de outra ordem, alheias ao assunto pròpriamente de direito. Contudo, a fim de que a matéria legal seja posta em seus precisos têrmos, devemos fazer, inicialmente, de forma sucinta, o histórico dos fatos que a motivaram.

HISTÓRICO

De grave ocorrência verificada numa feira-livre dos subúrbios resultou acusa ao de sub orno contra o servidor Licurgo Ribeiro de Carvalho Júnior, auxiliar de escritório, em fun ao fiscalizadora, e por consequência foi o mesmo submetido a processo administrativo, mandado instaurar pelo então Prefeito, de acôrdo com o art. 210 e seguintes do atual Estatuto.

Ao término dos trabalhos, a respectiva Comissão, apesar de reconhecer como verdadeiro o ato ilícito que se imputou ao indiciado, sugeriu que apenas lhe fôsse imposta suspensão de 15 a 30 dias, em vista dos seus bons antecedentes funcionais.

Inconformada com tais conclusões, por julgar de brandura excessiva a pena proposta, a Secretaria de Administra ao, em fundamentado expediente, alvitrou ao Chefe do Executivo que nomeasse Comissão Revisora, como lhe faculta, em seu   1.é, o art. 218 da Lei n.é 880. Foi aceita a pondera ao e adotada a providência, convindo no entanto, notar-se de passagem que   autoridade seria igualmente lícito aplicar ao seu critério puni ao mais forte, sem promover reexame do assunto e sem se ater às conclusões da Comissão, meramente opinativas e não determinadoras.

Sucedeu, porém, que di ametricamente opostas às da primeira Comissão foram as conclusões da Comissão Revisora, cujo relatório se encerrou dêste modo: "Face ao que consta dos autos, não há como responsabilizar o acusado, motivo por que proclamamos a sua inocência, opinando, *data venia*, pelo arquivamento do presente processo".

Em vista da radical discordância nos pronunciamentos dessas duas comissões de inquérito, o então Secretário de Administra ao, no expediente encaminhado ao Prefeito, sugeriu que por medida de cautela, antes de qualquer decisão definitiva, fôsse consultada a Procuradoria-Geral.

Aprovando o parecer que sôbre o assunto lavrou o advogado WALTER SANTOS, e sintetizando-lhe o conteúdo jurídico, o Procurador-Geral manifestou-se nos têrmos abaixo:

"Visto. Esta Procuradoria-Geral, em rela ao   matéria, s o tem competência para apreciar se o processo administrativo observou tôdas as prescri oes legais, sendo-lhe defeso entrar

no exame dos depoimentos, das provas e das conclusões da Comissão incumbida de realizar o inquérito.

Como salienta o parecer, não há, na espécie, "matéria jurídica para indaga ao, exame e solu ao", desde que foram obedecidas tôdas as disposi oes reguladoras dos processos administrativos. S o resta, assim, aprovar-se o que foi realizado, e lamentar que assunto de tanta gravidade tenha sido conduzido a conclusões tão benevolentes, fora absolutamente da realidade".

Resultou da  nova remessa do processo   considera ao do Chefe do Executivo, já o então Governador-Provisório. No seu encaminhamento, o Secretário de Administra ao a essa época, depois de expor condensadamente tôda a matéria e após resumir o pronunciamento da Procuradoria-Geral, assim opinou:

"Isto p osto, e por me parecerem perfeitamente justas as conclusões da Comissão Revisora, ao submeter o presente   elevada delibera ao de Vossa Excelência, sugiro o arquivamento do processo".

Sobreveio o despacho do Governador Provisório, nos têrmos abaixo:

"Arquive-se, em face do parecer".

Contudo, em expediente de 4-1-1961, o atual Secretário de Administra ao fêz relato de todo o assunto ao Governador do Estado, e, depois de referir-se ao despacho acima transcrito, concluiu:

"Isto p osto, se Vossa Excelência houver por bem concordar com tal decisão, junto se encontra o respectivo ato, que encerrara o presente processo administrativo".

Foi o seguinte o despacho do Governador da Guanabara, em 9 de janeiro dêste ano:

"Reabra-se o inquérito, com nova comissão. O ato ficou bem claro, no primeiro inquérito, e s o um artificio administrativo permitiu a sua desfigura ao. Não posso isentar de culpa quem tão claramente foi inculpada".

Em consequência, por ato de 23-1-1961, foi designada nova Comissão Revisora, a funcionar nos têrmos do   1.  do art. 218 do Estatuto.

A CONSULTA À PROCURADORIA

Dos fatos que acabamos de historiar deriva o problema jurídico equacionado na consulta dirigida à Procuradoria-Geral. Formulou-a com nitidez essa própria segunda Comissão Revisora, que, após tomar conhecimento de todo o processado, mas antes de entrar no mérito, levantou, como “medida acauteladora de qualquer decisão futura”, uma *preliminar de ordem legal*.

Essa preliminar foi assim enunciada:

“O assunto — PROCESSO ADMINISTRATIVO E SUA REVISÃO — da alçada do Executivo, é regido pelo art. 218 e seu § 1.º, da Lei n.º 880, de 17-11-1956”.

Para o caso em aprêço, na sua fase atual, aplica-se o dispositivo seguinte:

“Art. 218 — Recebido o processo pelo Prefeito, êste decidirá, no prazo de 20 (vinte) dias, *homologando ou não as conclusões da Comissão*, que ficará dissolvida, e determinando as competentes providências” (grifamos).

Por onde se vê que, aceitas pelo Chefe do Executivo as conclusões das Comissões de Processo Administrativo, ficam as mesmas homologadas.

No caso presente, o Governador Provisório homologou as conclusões da Comissão Revisora, instituída pela Portaria n.º 855, em despacho datado de 20 de setembro de 1960, que foi publicado do *D.O.* de 21 daquele mesmo mês.

Face aos dispositivos invocados e à publicação referida, pergunta-se: pode o assunto ser novamente revisto?

Os aspectos jurídicos da matéria

Observa a Comissão que a consulta visa exclusivamente a parte legal processual a que estão sujeitos os processos administrativos, no cuidado de resguardar qualquer procedimento seu, que envolva a autoridade do Governo Estadual, de uma decisão judicial contrária, muito embora esteja a mesma Comissão de pleno acôrdo, quanto aos propósitos, com o despacho do Governador do Estado, “que evidencia mais uma vez o seu marcante interesse, que é nosso também, pela moralização do Serviço Público.”

De igual forma, é unicamente em relação ao Direito Administrativo que versamos a matéria em tela. Assim, quaisquer outras considerações, não só das mais relevantes como também das mais oportunas e pertinentes se entrássemos no mérito do processo, ficam à margem dêste parecer, circunscrito ao exame jurídico da preliminar levantada pela Comissão.

Para a boa ordem de tal exame, estudaremos inicialmente, e de um modo geral, duas teses importantes, reservando-nos para apreciá-las em face da espécie quando, em estudo posterior, focalizarmos a preliminar que motivou a consulta e os termos em que foi ela enunciada pela Comissão.

1 — *Não sendo, em princípio, irretratáveis os atos administrativos e não havendo, a rigor, nessa esfera a “res judicata” poderá ser revogada uma decisão, de caráter jurisdicional, que encerrou processo administrativo?*

A resposta à indagação reclama estudo da doutrina e da jurisprudência a respeito, de vez que envolve um dos mais interessantes e delicados temas do Direito Administrativo.

Quanto à afirmativa contida na parte inicial do item acima, qualquer explanação seria supérflua, de caráter meramente acadêmico, pois já é matéria assente, no conceito dos juristas de maior porte, que são *revogáveis, em princípio*, os atos administrativos.

Tal regra, porém, só se torna de aplicação incontestável em dois casos, a saber:

a) Quando o ato fôr evidentemente nulo, de acôrdo com o sintético e luminoso ensinamento de PEDRO LESSA:

“Não há disposição de Lei nem princípio de Direito que vede à Administração a reforma ou cassação dos seus atos ilegais, visto como de atos tais nenhum direito pode emanar para as pessoas em benefício das quais foi realizado o ato ilegal” (*Apud* A. GONÇALVES DE OLIVEIRA, *D.O.*, de 24-1-1946, página 23):

b) Quando o ato proveio do exercício legítimo e característico do poder discricionário da Administração e dêle não resultou uma situação individual, de modo que a sua revogação viesse ferir um direito subjetivo.

A respeito dessas restrições à revogabilidade dos atos administrativos, mesmo os de cunho discricionário, leciona TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI:

Tôda esta matéria está subordinada a limitação que impõe à autoridade administrativa uma disciplina legal ao seu relativo poder discricionário aos atos da sua competência.

Poder-se-ia trazer para aqui a teoria da coisa julgada na órbita administrativa, para mostrar que nesses casos, isto é, quando o ato já produziu os seus efeitos e criou para terceiros situações jurídicas subjetivas, *não pode a Administração, sem ferir direitos individuais, revogar ou modificar o seu ato, perfeito e acabado*” (*Curso de Direito Administrativo*, ed. Freitas Bastos, 1954, pág. 64/65).

Vem a propósito recordar que, versando exatamente sobre processo administrativo já concluído, fez idêntica ressalva a Assessoria Jurídica da DASP, ao assim opinar:

“Não há dúvida de que, em tese, o ato administrativo é revogável pela autoridade que o emitiu, *se do referido ato, porém, não resultou direito subjetivo para o interessado, direito individual*” (*Rev. de Dir. Adm.*, vol. 10, pág. 332).

Como veremos a seguir, a exceção à regra da revogabilidade positiva se apresenta, assumindo até a firmeza de um princípio assentado, quando o ato administrativo é de natureza jurisdicional — o que interessa primordialmente ao estudo da indagação que foi proposta à Procuradoria. Antes, porém, de abordarmos esse ângulo da questão, é oportuno observar — como já o fez BILAC PINTO em brilhante Parecer publicado pela *Rev. For.* (vol. 141, pág. 72/84) — que o eminente jurista FRANCISCO CAMPOS, talvez o que maior atenção já dedicou ao assunto, tem sustentado a irrevogabilidade não apenas dos atos materialmente jurisdicionais, mas também daqueles que, embora material ou objetivamente administrativos, criam situações individuais. Se, para evitar longas e desnecessárias citações, nos dispensamos de transcrever outros argumentos do ilustre mestre do Direito, julgamos útil, porém, reproduzir as suas ponderações quanto à conveniência para a Administração de evitar a instabilidade de suas decisões.

Diz FRANCISCO CAMPOS:

“Cabe, ainda, considerar que, do exercício pela administração da faculdade de rescindir os seus próprios atos, resultariam graves conseqüências, criando em torno da sua atividade uma atmosfera de incerteza ou hesitação, que acabaria por prejudicar a eficácia dos seus próprios atos, uma vez que se lhes não atribuiria o caráter de definitivos ou conclusivos, podendo reabrir-se, a qualquer momento, a questão da sua validade, o que acabaria por comprometer a própria autoridade da administração, sujeita, muitas vezes, a suspender a sua atividade própria para exercer atividade estranha à sua natureza, à sua competência, e para o exercício da qual não dispõe de órgãos qualificados ou de processos adequados” (*Direito Administrativo*, ed. *Revista Forense*, pág. 62).

Tais ponderações ainda ganham maior força quando aplicadas ao ato administrativo de caráter jurisdicional, pois a respeito dêste as opiniões doutrinárias e as decisões dos tribunais já estabeleceram que a irrevogabilidade é a regra, em vez de ser a exceção.

A tese encontra-se limpidamente condensada neste conceito de WALTER JELLINECK (citado por FRANCISCO CAMPOS, no seu *Direito Administrativo*, ed. Freitas Bastos, pág. 23):

“Se, porém, o ato administrativo contém uma decisão, deve ser considerado, por analogia com a decisão judicial, como irrevogável”.

É tão marcante a êsse respeito a concordância dos teoristas e explanadores do direito administrativo que, em erudito e proficiente trabalho sobre a matéria, BILAC PINTO afirmou:

“No plano doutrinário, o problema da irrevogabilidade dos atos administrativos materialmente jurisdicionais, depois de esgotados os recursos legais, constitui tese pacífica. O único debate que êsse aspecto ainda suscita, por vezes, diz respeito à sua conceituação como simples irrevogabilidade ou como coisa julgada” (*Rev. For.*, vol. 141, pág. 73).

É oportuno salientar que a afirmativa do reputado jurista foi enunciada para concluir, em Parecer, que “o Ministro da Educação não podia proferir nova decisão em processo administrativo definitivamente julgado pelo seu antecessor, nem podia restaurá-lo, para, com base nêle, propor ao Presidente da República a exoneração do consulente”.

São ainda do mesmo autor as seguintes observações, bem ajustadas à espécie ora em aprêço, em vista da similitude entre os dispositivos que regem os funcionários públicos da União e os da Guanabara nos respectivos Estatutos, seja nos vigentes ou nos anteriores:

“O julgamento dos processos administrativos, previsto nos arts. 246 e seguintes do Estatuto dos Funcionários Públicos, constitui ato administrativo materialmente jurisdicional, ou seja ato de administração indireta ou direta”. (ob. cit., *Rev. For.*, vol. 141, pág. 75).

E depois de acentuar que o procedimento administrativo, na espécie, obedece aos ritos tradicionais do procedimento judiciário, observa:

“Os dispositivos legais citados e outros que completam o processo administrativo revelam a natureza jurisdicional da decisão proferida como julgamento final”.

Coincide com êsse ponto de vista o pronunciamento que, já em 1954, a propósito do processo 1.008.282/50, formulou a Procuradoria-Geral, através de Parecer do Advogado NÉLSON GUIMARÃES BARRETO. Manifestando-se desfavoravelmente à reabertura de processo já concluído, ponderou êle, de maneira sintética, mas vigorosa:

“É necessário que ressaltemos a função judicante exercida pelo titular do Executivo municipal, no caso do processo adminis-

trativo. Se, em verdade, na maioria dos atos administrativos é sempre possível encontrar aspectos judicantes, sua intervenção no processo administrativo é essencialmente um *juízo*. De certo modo, é comparável à decisão do Juiz no processo judicial”.

Também CARVALHO E MELLO, em comentário a dois acórdãos a respeito do processo administrativo, assim se expressou:

“Em tese, portanto, é inadmissível possa a Administração, ela própria, rever seus atos, e, notadamente, por iniciativa sua, independentemente de reclamação, ou por via de recurso, do interessado.

E tal enunciado crescerá de vulto e de valor, tornando-se mesmo axiomático, se a decisão em apelo resulta de prévio processo que lhe serviu de fundamento.

De fato, decisão ou ato administrativo dessa natureza, que a julgamento equivale, encerra o respectivo processo” (Rev. de Dir. Adm., vol. 1, fasc. II, pág. 556).

Esse tem sido também — o que é de evidente relevância — o entendimento do Judiciário, como reconheceu o próprio DASP, através da sua Assessoria Jurídica, em manifestação que adiante comentaremos.

Na verdade, ao julgar a apelação cível n.º 16.293, o Tribunal de Apelação de São Paulo, confirmando a sentença de primeira instância, assim se pronunciou em seu Acórdão:

“As acusações contra o autor tinham sido estudadas e resolvidas em inquérito administrativo, por autoridade governamental competente. Conseqüentemente esse inquérito estava encerrado e nele, sem recurso regularmente processado, nova decisão não poderia ser proferida, sem grave ofensa ao princípio da estabilidade das decisões de qualquer caráter.

Certo é que as decisões em processos administrativos não têm os efeitos da coisa julgada, mas a assertiva autoriza apenas a instauração de novos processos e não a sucessão de novas decisões no mesmo processo, sem que se assegure ao acusado a mesma liberdade de defesa que é consectário indeclinável das garantias constitucionais mais solenes” (Rev. For., vol. 99, págs. 439/440).

Levado o caso, em recurso extraordinário, ao Supremo Tribunal Federal, aí foi confirmado o entendimento da Corte Paulista, em Acórdão relatado pelo eminente e saudoso Ministro LAUDO DE CAMARGO.

Pelos seus próprios termos, o pronunciamento do Judiciário, que acima transcrevemos, nos conduz ao último aspecto jurídico a se considerar neste Parecer, isto é:

2 — *Se não é admissível a reabertura de processo concluído, em que houve decisão final, pode o acusado ser submetido a novo processo administrativo sobre a mesma inculpação, caso surjam novos elementos e provas?*

Obviamente deve ser afirmativa a resposta. Comentando os Acórdãos já invocados, para deles extrair a essência jurídica, observou CARVALHO E MELLO:

“O processo administrativo tem rito próprio. Será mais ou menos complexo, mas, ainda assim, tem termos que a lei considera essenciais à sua validade. *Instaurado e concluído em forma legal, não é possível fazê-lo reviver. Se novas provas surgem, comprobatórias da responsabilidade do Funcionário, somente resta à Administração determinar que se proceda a novo inquérito...*” (Rev. de Dir. Adm., vol. 1, fasc. II, págs. 559/560).

Reportando-se também ao entendimento do Supremo Tribunal no Acórdão a que antes nos referimos, a Assessoria Jurídica do DASP assim se manifestou em resposta a uma consulta:

“Todavia, não quer isto dizer que, *se novas provas, ou elementos, surgirem*, bastantes para agravar, ou melhor, esclarecer, a responsabilidade do funcionário, ou servidor, fique impedida a ação, ou tolhidos os movimentos do Poder Público.

Jamais, visto que, em tal hipótese, se lhe reconhece a atribuição de promover a *instauração de novo inquérito* que, para os devidos fins, deverá seguir o rito previsto em lei, até seu encerramento normal.

O que não parece justo, nem convincente, é que se revista processo findo e, baseado nas mesmas provas e nos mesmos elementos e fatos já apreciados, se proceda à revisão do respectivo julgamento” (Rev. de Dir. Adm., vol. 10, pág. 333).

Poder-se-á argüir que a reabertura de um processo, instaurado e levado ao término com obediência às normas reguladoras de tais procedimentos, já concluídos e com decisão final, permitiria, por meio de outras inquirições e outras diligências, a busca e o possível encontro de provas e elementos novos para justificar um segundo julgamento mais acertado.

Tem-se, entendido, porém, que esses novos dados probatórios devem preexistir ao reexame da acusação, reexame esse que só se justifica para a

sua apreciação regular (de acôrdo com o rito processual assegurando-se a defesa), e não para que, sem novos elementos indicadores obtidos *a priori*, se tente encontrá-los, *a posteriori*, no decurso do processo renovado.

Essas restrições e ressalvas de ordem jurídica não se inspiram sòmente no respeito às situações individuais, evitando-se que, sem o advento posterior de motivações objetivas para a revivescência da acusação, o servidor, já isento de culpa num processo administrativo encerrado, fique sob o angustiante receio de ser novamente submetido à mesma ordália. Tais ressalvas e restrições condizem com os próprios interesses da Administração, muito embora em certos casos considere conveniente o Administrador, no seu empenho louvável de moralizar o Serviço Público, tornar à apreciação de matéria já julgada pelos seus antecessores.

É o que bem salienta FRANCISCO CAMPOS nestas considerações cristalinhas:

“Admitir que a Administração possa renovar indefinidamente o exame de situação individual, tomada anteriormente, desconhecendo-a depois de a haver reconhecido, é admitir que as decisões administrativas, *ainda quando resultam de um processo de natureza judicial*, são, no fundo, destituídas de qualquer seriedade e consistência, ou que, em substância, os direitos individuais estão sujeitos, na esfera administrativa, a um regime de tratamento que se caracteriza pela futilidade ou versatilidade da opinião, em contraste com o fim a que lei teve em mira ao conferir à autoridade administrativa o poder de decisão cujo fundamento está, precisamente, na necessidade ou na conveniência de criar um estado de certeza que permita à ação administrativa desenvolver-se com firmeza, continuidade e segurança” (FRANCISCO CAMPOS, *Direito Administrativo*, ed. Freitas Bastos, vol. 11, pág. 24/25).

Conclusões quanto à espécie

Na parte anterior dêste trabalho nos limitamos a estudar os temas jurídicos que o assunto comporta quando considerado de modo geral, sem se ter em conta os aspectos peculiares que apresenta o caso motivador da consulta. Mas, depois disso, já focalizados, em tese, os elementos orientadores da doutrina, da jurisprudência e do direito positivo brasileiro, passamos agora à apreciação da espécie. E, a respeito, o que importa averiguar é se *no processo administrativo em tela houve realmente decisão do Chefe do Executivo, e decisão finalizadora, encerradora do processo, com um julgamento da matéria e do indiciado.*

Se houve, tal decisão constituiria, irrecusavelmente, um ato administrativo de natureza jurisdicional, em inquérito que seguiu as prescrições legais, como reconhece a Procuradoria Geral, e também ato exarado por autoridade competente. Se assim fôsse, não teria bons e seguros fundamentos jurídicos a sua revogação, nem o reexame da matéria, sòmente

nos parecendo permissível a instauração de nôvo processo, êste motivado pelo advento de novas provas ou novos elementos indiciadores.

Analisando, porém, o despacho do Governador Provisório, tal como foi vasado, não entendemos que contenha uma decisão, cujo caráter definitivo e conclusivo esteja fora de dúvida.

Decisão dessa ordem é a que atende à matéria de fato, é a que decorre da apreciação dessa matéria e nela se fundamenta para punir ou isentar de culpa. Isso, evidentemente, com a nitidez que se torna indispensável a todo julgamento, a fim de que o mesmo tenha eficácia. Não deve ter forma dúbia e ambígua, pois dessa maneira não se caracteriza uma decisão.

Preceituando que o Chefe do Executivo “decidirá homologando ou não as conclusões da Comissão”, o Estatuto deixou bem claro que a decisão deve provir da matéria de fato examinada e, consequentemente, deve exprimir-se em têrmos que patenteiem a sua apreciação, seja em concordância ou seja em discordância com o que a Comissão ponderou e propôs.

Verdade é que na formulação da preliminar submetida à audiência da Procuradoria se diz que “o Governador Provisório homologou as conclusões da Comissão Revisora”. Isso, entretanto, não está expresso no despacho nem constitui a lógica inferência que se deva extrair das suas palavras: “Arquive-se em face do Parecer”.

É de ver-se que, segundo entendemos, a remissão contida no despacho diz respeito ao pronunciamento da Procuradoria Geral, o único em todo o processo a que corresponde, na significação estrita, o vocábulo — Parecer.

Ora, tal procedimento foi solicitado precisamente porque, ao em vez de acolher as conclusões da Comissão Revisora, o Governador Provisório levou em conta a sua chocante disparidade com as da primeira Comissão. Assim, caso viesse homologá-las depois, o curial, o lógico seria que, para não deixar dúvida, expressasse bem nitidamente, de maneira taxativa, a aceitação das mesmas.

Naturalmente, se houvesse o Parecer da Procuradoria entrado na apreciação da matéria de fato e reconhecido como razoáveis as conclusões da Comissão Revisora, estariam elas, por certo, implicitamente homologadas, embora fôsse mais recomendável que tal se fizesse expressamente.

Mas o Parecer não entrou no mérito do processo, limitando-se ao exame das formalidades, como frisou o seu autor, o Advogado WALTER SANTOS. No “Visto” do Procurador Geral ao mesmo Parecer o que se lê é o seguinte:

“Esta Procuradoria Geral, em relação à matéria, só tem competência para apreciar se o processo administrativo observou tôdas as prescrições legais, sendo-lhe defeso entrar no exame dos depoimentos, das provas e das conclusões da Comissão incumbida de realizar o inquérito.

Como salientou o Parecer, não há, na espécie “matéria jurídica para indagação, exame e solução”, desde que foram obedecidas tôdas as disposições reguladoras dos processos administrativos.

Só resta, assim, aprovar-se o que foi realizado, e lamentar que assunto de tanta gravidade tenha sido conduzido a conclusões tão benevolentes, fora absolutamente da realidade”.

Verificou-se, pois, que, limitando-se a examinar a adequação do processo às normas reguladoras de tais procedimentos, o Parecer apenas opinou pela aprovação da maneira processual por que foi realizado o inquérito. Em suma, achou que não havia desobediência às prescrições legais que pudesse invalidar o procedimento. Não opinou, porém, pela aceitação das conclusões da Comissão Revisora, de vez que expressamente a Procuradoria declarou que lhe era defeso entrar no exame delas. Ainda mais: embora ressaltando que não lhe cabia apreciar a matéria de fato, a Procuradoria lastimou, no “Visto”, que “assunto de tanta gravidade tenha sido conduzido a conclusões tão benevolentes fora absolutamente da realidade”. Seria ilógico portanto, inferir-se que a remissão ao Parecer, no despacho, signifique aceitação de conclusões que a mesma Procuradoria comentou de modo tão desfavorável.

Se, após o pronunciamento da Procuradoria, o então Secretário Geral de Administração considerou justas as conclusões da Comissão Revisora e sugeriu o arquivamento do processo, daí não decorre que a remissão — “em face do Parecer” — diz respeito ao mero expediente, de rotina burocrática, em que se manifestou o Secretário ao encaminhar ao Governador Provisório o pronunciamento solicitado à Procuradoria. Só êste pronunciamento, o da Procuradoria, é que, na espécie, se caracteriza como Parecer, termo incabível para o ofício de simples encaminhamento.

Por certo, assim entendeu a própria Secretaria de Administração. Pois de outra forma, se tivesse entendido que houvera julgamento, promoveria a lavratura do ato complementar que a longa praxe administrativa estabeleceu como decorrência de todo processo realmente concluído por uma decisão favorável ao indiciado, isto é, uma portaria isentando-o de culpa. E, na espécie, tal portaria não foi lavrada.

O que, se deve, portanto, depreender da remissão “em face do Parecer” é que, não encontrando na audiência à Procuradoria elementos que lhe facilitassem chegar a um juízo próprio e seguro ante as conclusões contraditórias da primeira e da segunda Comissão, o Governador Provisório se absteve de exarar uma decisão, como determina o Estatuto, e deixou o assunto em suspenso, limitando-se a ordenar o arquivamento do processo.

Ora, despacho de arquivamento não constitui por si só um ato de natureza jurisdicional. A propósito é oportuno invocar a lição de um eminente mestre, HAHNEMANN GUIMARÃES, o qual na qualidade de Consultor Geral da República, opinou que o puro e simples arquivamento de um processo administrativo não se pode considerar como uma decisão definitiva e conclusiva sobre o mesmo. Reconheceu o abalizado conhecedor do Direito que “não se pode, com efeito, admitir que o funcionário seja julgado mais de uma vez pelos mesmos fatos”, mas também ponderou: “*Enquanto não houver julgamento que aplique penalidades ou declare improcedente a acusação, o processo administrativo poderá ser repetido. Só o julgamento*

estabelece uma situação jurídica” (HAHNEMANN GUIMARÃES, *Pareceres do Consultor Geral da República*, vol. IV, pág. 155).

Ora, pela sua importância, como verdadeira muralha de direito subjetivo, diante da qual esbarram as considerações do interesse público, por mais vigorosas que elas sejam, uma situação jurídica só se estabelece como resultante de um julgamento claro, positivo. Julgamento não se presume. Tem de se evidenciar nos próprios termos do despacho que o profere.

Em conclusão, parece-nos que, sem contrariedade aos pontos de vista que procuramos firmar em tese, só pertinentes quando patenteada uma decisão de natureza jurisdicional, é admissível na espécie que se reabra o inquérito, de vez que a matéria de fato não foi julgada pelo Chefe do Executivo, de acordo com o Estatuto. As razões de interesse público que militam a favor de tal medida não encontram a detê-las uma situação jurídica já constituída por julgamento nítido e definitivo no processo.

Rio de Janeiro, 21 de junho de 1961.

GENOLINO AMADO
Procurador do Estado

Visto. De pleno acordo. Como salienta o magnífico e completo parecer, a autoridade a que cabia lavrar decisões não exarou despacho aceitando, ou não, a culpabilidade do acusado, pois limitou-se a determinar o arquivamento do processo. Conseqüentemente, nada impede que se reabra o inquérito para, afinal, julgar a matéria de fato nêle contida.

Rio de Janeiro, 21 de junho de 1961.

ROBERTO PINTO FERNANDES
Procurador Geral

PROCESSO DISCIPLINAR. ILÍCITO ADMINISTRATIVO E ILÍCITO PENAL. AUTONOMA DAS INSTANCIAS

O presente processo originou-se de sindicância feita na Superintendência de Transportes e pela qual se visou a esclarecer irregularidades praticadas por servidores daquela repartição. Do procedimento sumário então levado a efeito deu-se, em princípio, pela culpabilidade dos funcionários Marino Francisco Webler, Aldir Waltz e Walter Fernandes, cujas faltas são de molde até a justificar a sua demissão a bem do serviço público. Ao mesmo passo em que assim se procedia na órbita administrativa, instaurava-se, no 14.º Distrito Policial, inquérito também destinado a apurar aqueles fatos e mais o crime de receptação.

Diante da existência dos dois procedimentos (policial e administrativo), a Superintendência de Transportes entendeu que os fatos *devem primeiramente ser apurados e julgados pelo Poder Judiciário*, embora reconheça que nada impede a instauração do processo administrativo.

É evidente que ao Poder Executivo compete a abertura do processo administrativo, imediatamente e independentemente de qualquer procedimento em curso na esfera policial ou mesmo penal, tanto mais que dita providência constitui mesmo imposição à qual não se pode furtar a autoridade administrativa (Estatuto, art. 210).

Quanto mais não fôsse, é hoje princípio pacífico e até incorporado à própria legislação ordinária (Estatuto, art. 194, *in fine*), a independência das esferas penal e disciplinar. E o fundamento desse critério repousa na circunstância de a falta disciplinar possuir características próprias que a diferenciam da infração penal (BONNARD, *Droit Administratif*, 1935, pág. 396; SANTI ROMANO, *Corso di Diritto Amministrativo*, 1932, pág. 325; VITTA, *Diritto Amministrativo*, 1933, vol. I, pág. 401; ROGER GRÉGOIRE, *La Fonction Publique*, 1954, pág. 298/299).

Assim sendo, a apuração das irregularidades apontadas nestes autos não deve ser feita pelo Judiciário, apenas, nem pode a Administração, como sugerem as informações prestadas pela S. T. P., aguardar a apuração dos fatos na Justiça. A instauração imediata do procedimento administrativo é imposição da lei e não poderá de forma alguma, ser obstada ou suspensa pela ação simultânea da Justiça Criminal:

“A violação dos deveres que incumbem ao funcionário pode acarretar conseqüências legais de três sortes: penais, de direito privado e disciplinares. Tão indiscutível é a competência do Poder Judiciário para conhecer das duas primeiras quanto a da autoridade administrativa para tomar conhecimento das últimas. *Subordinar em tal caso a ação da autoridade administrativa à da autoridade judiciária, colocando-a na contingência de conservar, até que esta se pronuncie, um funcionário não vitalício, convencido de faltas que o incompatibilizem com o serviço público e exigem o seu afastamento imediato do cargo, seria desconhecer que as duas obedecem a critérios diversos, dirigem-se a fins diversos e guiam-se por normas diversas*”. (Acórdão do S.T.F., Rec. Ext. n.º 19.395, Ref. Ministro LUIZ GLETTI, D.J. de 15-2-1952, pág. 2.230).

Por final, cabe salientar que sequer a absolvição dos imputados no processo penal implicará em modificar-se o ato administrativo de demissão (se assim concluir o Executivo), ressalvadas apenas as hipóteses de o Judiciário vir a negar o fato ou a respectiva autoria; aí, o julgado criminal poderá carrear efeitos à órbita do Executivo. Nesse passo, permito-me transcrever as conclusões de famoso decisório do Conselho de Estado Francês no *Arret Chomet* (11 de maio de 1956), e onde se expõe, com absoluta concisão, em que situações — no exame da matéria de fato — a instância disciplinar se interliga à penal e fica dependente dessa:

“1.º) — *La constatation de l'existence matérielle du fait s'impose à l'administration qui peut donc retenir cette existence*

pour infliger une sanction et que ne peut pas, au contraire, contredire la chose jugée au pénal en niant l'existence matérielle du fait;

2.º) — *La constatation de l'inexistence matérielle des faits s'impose également aux instances disciplinaires. En présence de l'affirmation par le juge pénal de cette inexistence, les autorités administratives ne sauraient affirmer que les faits existent et prononcer ensuite une sanction;*

3.º) — *Mais le jugement d'acquiescement qui est fondé non sur le motif que le fait n'est pas établi ou qu'il y a doute sur son existence n'interdit pas à l'administration "de chercher si les mêmes faits sont suffisamment établis et, dans l'affirmative, s'ils justifient l'application d'une sanction disciplinaire";*

4.º) — *Enfin la constatation pénale des faits a seule autorité et non l'appréciation dont le respect ne s'impose pas aux instances disciplinaires*” (CLAUDE DURAND, *Les Rapports entre les Jurisdictions Administrative et Judiciaire*, Paris, 1956, *apud Juris Classeur*, fasc. 180, 1958, pág. I).

À vista de todo o exposto, concluo que deve a Administração, sem mais delongas, instaurar o competente processo administrativo, a fim de apurar a exata responsabilidade dos servidores acusados.

Rio de Janeiro, 13 de abril de 1961.

PETRÔNIO DE CASTRO SOUZA
Procurador do Estado

ENFITEUSE. DIVIDA DO FOREIRO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO

— *É legítima a cobrança, pelo senhorio direto, das prestações trintenárias estipuladas no contrato enfiteutico com corporação de mão-morta, em substituição ao laudêmio.*

— *São imprescritíveis as dívidas ativas da Fazenda Pública.*

Solicitou-se a audiência desta Procuradoria Geral no processo formulado pelo pedido, de autoria de Aarão de Souto Morais, no sentido de vir a ser concedida remição de fôro do imóvel sito à Rua Buenos Aires, n.º 289, antigo n.º 239, que se encontra dentro da área de enfiteuse concedida à Ordem Terceira de Nossa Senhora do Monte do Carmo pelo então Senado da Câmara da cidade do Rio de Janeiro em data de

22-12-1779, e por esta objeto de sub-enfiteuse para com terceiros. Ao ser examinada a matéria pelo Departamento do Patrimônio, entendeu-se que, caso viesse a ser favoravelmente despachado o requerimento do interessado, iria a manifestação de vontade da Administração refletir-se indiretamente no problema da concordância na transação proposta pela mencionada Ordem do Carmo para extinguir a dita enfiteuse, matéria sôbre a qual seria de ouvir-se esta Procuradoria Geral, face à sua relevância jurídica.

2. É inegável a procedência da argüição levantada pelo Departamento do Patrimônio, pois evidentemente a solução favorável ao postulado pela parte consistiria em alteração do ponto de vista já anteriormente expandido pela Administração sôbre o assunto, no sentido de não aceitar-se a oferta de autoria da Ordem do Carmo para pôr fim ao contrato de aforamento do antigo Campo de São Domingos; se, porventura, viesse a ser deferido o requerimento de Aarão de Souto Morais, ver-se-ia o Estado no dever de procurar a Ordem do Carmo para efetuar a transação por ela desejada, de modo a tornar os sub-enfiteutas constituídos pela Ordem em simples enfiteutas, colocados em relação direta de subordinação para com o Estado.

3. Compulsando os diversos processos nos quais foi estudada a matéria por parte desta Procuradoria Geral, verificamos já haverem sido elaborados valiosos pareceres sôbre a matéria por parte dos ilustres colegas Drs. MANUEL CARVALHO BARROSO e ROBERTO PINTO FERNANDES, os quais trouxeram valiosas contribuições para o definitivo solucionamento da questão, sendo de lamentar-se não haja sido o último dos pronunciamentos acima referidos objeto de efetiva concretização por parte da Administração, especialmente por haver sido por ela aprovado e, como tal, tido como apto para deslindar o problema de uma vez por todas.

A TRANSAÇÃO PROPOSTA PELA ORDEM DO CARMO

4. A Ordem do Carmo, convocada pelo Departamento do Patrimônio para “regularizar a situação da enfiteuse de que é beneficiária” (edital publicado no *Diário Oficial* de 4-11-1955, fls. 9.557), endereçou comunicação à então Prefeitura do Distrito Federal na qual declarou não ser mais de seu interesse continuar a usufruir da enfiteuse em tela, propondo o distrato do contrato de aforamento, desde que se lhe perdoasse o pagamento do laudêmio e foros em atraso. Ouvidas diversas repartições, inclusive esta Procuradoria Geral — quando se lançaram os pareceres acima referidos — e aberta vista à interessada para apresentar suas razões, foram por ela levantados diversos argumentos contrários aos pontos de vista defendidos pelos informantes, a saber: a) que o laudêmio cobrado de trinta em trinta anos por força do contrato de aforamento seria de cobrança ilegítima, tendo em vista determinar o art. 686 do Código Civil ser o mesmo devido unicamente quando o domínio útil é objeto

de transmissão para terceiros; b) que, ainda mesmo na hipótese de ser devido o pagamento do laudêmio de trinta em trinta anos, estaria prescrito o direito subjetivo de cobrá-lo, isto porque, efetuada no ano de 1899 a última das prestações trintenárias, a próxima deveria ser satisfeita em 1929, quando não o foi, iniciando-se a partir desta data a contagem do prazo prescricional de trinta anos, em conformidade com o disposto no art. 177 do Código Civil, segundo a nova redação dada pelo art. 1.º da Lei n.º 2.437, de 7-3-1955; c) que seria ilegítima, de qualquer maneira, a cobrança do laudêmio e foros atrasados, pois seria dever da antiga Prefeitura do Distrito Federal, antecessora do Estado da Guanabara no domínio direto na área emprazada à Ordem do Carmo, obrigar os titulares do domínio útil, quando fôssem efetuar o pagamento do impôsto de transmissão, a apresentar comprovação de haverem satisfeito o laudêmio devido à mencionada Ordem, obrigação essa jamais cumprida, e de que resultou encontrar-se a mesma na impossibilidade econômica de pagar o laudêmio trintenário.

5. Recebendo a matéria para ser decidida, houve por bem o Sr. Diretor do Patrimônio rejeitar as alegações apresentadas pela Ordem do Carmo, em conformidade com o ponto de vista expresso pelo Dr. ROBERTO PINTO FERNANDES, determinando, outrossim, se procedesse à cobrança do laudêmio; sua ordem, no entanto, ainda não recebeu execução, propiciando seja a matéria reapreciada pela nova Administração, de modo a ensejar definitiva solução para o problema. Note-se, porém, antes de passarmos ao estudo jurídico do caso, ser contraditória a argumentação da Ordem do Carmo, pois, ao mesmo tempo que afirma se encontrar prescrito o direito subjetivo do Estado à cobrança do laudêmio trintenário, reconhece claramente — pelo requerimento de fls. 1 do processo n.º 4.475.803-55 — a existência do dever de pagá-lo, se bem se escusasse a fazê-lo por falta de numerário.

A NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO TRINTENARIA

6. O primeiro ponto a ser deslindado consiste na refutação do argumento apresentado pela Ordem do Carmo, no sentido de ser ilícita a cobrança, de trinta em trinta anos, de importância correspondente a um laudêmio, calculado pelo valor do imóvel concedido em aforamento no momento da realização do pagamento, isto porque, sendo o laudêmio um prêmio pago pelo titular do domínio indireto ao titular do domínio direto pelo não exercício de seu *direito de opção* nos casos de venda do domínio indireto a terceiros, sômente quando tal venda fôsse realizada seria válidamente cobrável o dito laudêmio. Não há a menor dúvida de sômente configurar-se o dever de pagar o laudêmio, *nas enfiteuses normalmente contratadas*, quando se efetua a transmissão do domínio indireto; trata-se de banalíssima regra, das mais incontestáveis. Acontece, porém, não ser a enfiteuse em tela daquelas normalmente contratadas, pois a natureza jurídica da Ordem do Carmo — que é uma *corporação de mão-mor-*

ta — altera substancialmente o emprazamento efetuado com o antigo Senado da Câmara, tendo em vista a impossibilidade da cobrança de laudêmios face ao destino a ser dado ao imóvel, o qual consiste em sua utilização permanente por parte da dita Ordem, que, uma vez recebendo o imóvel, nunca o transmite a terceiros, jamais ensejando a cobrança do laudêmio normal.

7. Exatamente por êste motivo, impedia-se, no direito das Ordenações, tivessem tais entidades a faculdade de livre aquisição de bens imóveis, pôsto impedirem a indispensável circulação da riqueza, ensejando — através doações e legados para fins religiosos tão comuns naqueles tempos — acumulassem aquelas corporações substancial parte das áreas agricultáveis do reino, em manifesto detrimento da já então sentida necessidade de distribuição da propriedade. Veja-se, a propósito, a lição de COELHO RODRIGUES:

“Todos os estabelecimentos ou fundações permanentes, que têm um fim público ou religioso, de piedade, beneficência ou instrução, são também pessoas morais; e por conseguinte suscetíveis de direitos e obrigações, desde que foram legitimamente autorizados. Dêstes, uns são sociedades ou comunidades, como as Colegiadas, ou Cabidos, as Confrarias, as *Irmandades*; outras não, como as Igrejas, as Capelas. Todos são na nossa jurisprudência designados pelo nome de *corpos de mão-morta*, por estarem sujeitos às leis de amortização, as quais lhes proíbem adquirir ou possuir bens de raiz sem dispensa do Rei, hoje do Poder Legislativo” (*Instituições de Direito Civil Português, vol. I, Rio-Paris, s.d., § 75*).

Ora, sabendo-se, no momento da realização do contrato enfiteutico entre o Senado da Câmara e a Ordem do Carmo, que, caso fôsse outorgado o aforamento através os termos normais, nunca viriam o dito Senado ou seus sucessores a receber qualquer laudêmio, pois a Ordem dificilmente venderia o domínio útil a terceiros — como efetivamente não vendeu, apesar de decorridos quase dois séculos — sabendo-se tal fato, seria evidentemente péssimo negócio para o Senado conceder a enfiteuse. *Ofereceu então a própria Ordem*, para evitar objeções dêsse jaez, pagar uma importância de trinta em trinta anos, calculada sobre o valor do imóvel no momento em que se vencesse a obrigação, e que, na falta de melhor designação, foi chamada de laudêmio.

8. Na verdade, a escolha de tal palavra possui certa razão de ser, tendo em vista realizarem-se habitualmente as transferências de propriedades imóveis naquele período, correspondente ao de uma geração, e normalmente tido como o tempo no qual uma pessoa, adquirindo certo imóvel para nêle construir sua residência, utiliza-o antes de morrer, passando-o para seus herdeiros, ocasião na qual será devido o laudêmio nor-

mal pela sucessão no domínio. O Estado da Guanabara, aliás, em se tratando de imóveis adquiridos por pessoas jurídicas e pelas mesmas razões acima lembradas — longa permanência no patrimônio da pessoa jurídica sem transferência a terceiros — cobra-lhes, *de trinta e três em trinta e três anos*, um impôsto correspondente ao de transmissão, ainda mesmo quando essa transmissão inexista; trata-se do art. 2.º do Decreto-lei n.º 9.626, de 22-8-1946, *in verbis*:

“O impôsto (de transmissão de propriedade *inter vivos*) incide também sobre os imóveis de propriedade de pessoas jurídicas, quando permaneçam no patrimônio destas por período superior a trinta e três anos”.

Portanto, somente levando em consideração a oferta da Ordem do Carmo de pagar, de trinta em trinta anos, importância equivalente ao laudêmio, resolveu acordar o Senado da Câmara na realização do contrato de aforamento, após ouvir seu Procurador, em cujo parecer levantaram-se tais questões, resolvidas favoravelmente à pretensão da Ordem:

“Como os suplicantes oferecem pagar laudêmio de trinta em trinta anos, conforme o valor em que estiver a propriedade, ao tempo do vencimento dêles, em que há de ser avaliada, com esta fica cessando o *prejuízo que poderia ter êste Senado em ter recebido em cabeça morta...*”.

9. Face ao exposto, não temos dúvida em fazer nossas as afirmações do ilustre colega Dr. ROBERTO PINTO FERNANDES, quando, em um dos pareceres acima referidos, afirmou tratar-se de *crédito obrigacional* aquêle de que é titular o Estado, diverso do laudêmio propriamente dito, mas nem por isso menos válido ou dotado de força vinculativa menor, sendo *titular ativo* dêsse crédito o Estado da Guanabara, na qualidade de sucessor *ex-vi legis* do antigo Senado da Câmara, e *titular passiva* a Ordem do Carmo, que tem o dever de satisfazê-lo nas épocas para tanto contratualmente fixadas, sob pena de sofrer as penalidades previstas — legal e contratualmente — como sanção para essa infração à ordem jurídica. Divergimos daquele bem lançado parecer, no entanto, quando conceitua a referida obrigação como sendo de *direito público se bem de origem não fiscal*, isto porque, segundo entendemos, nem tôdas as relações jurídicas das quais participem pessoas jurídicas de direito público ou que tenham por objeto bens de propriedade dessas pessoas, necessariamente devem ser classificadas com de direito público. Realmente, relações jurídicas de direito público, conforme esclarece a melhor doutrina, são aquelas que se não podem válidamente constituir a não ser que delas faça parte uma pessoa jurídica de direito público, isto é, a relação de direito público só se configura quando a ordem jurídica vigente estabelece como condição de

sua existência e eficácia a presença de uma pessoa dessa natureza. É a recente lição de MIBLE:

“Essi (relações de direito público e relações de direito privado) se distinguono reciprocamente a seconda che, per il tenore dela loro disciplina obiettiva, implicino *necessariamente* la partecipazione dello Stato, ovvero tale partecipazione sia eventuale o del tutto esclusa” (*Principi di Diritto Amministrativo*, vol. 1.º, 2.ª edição, Pádua, 1960, pág. 114).

Outros autores, na verdade, preferem utilizar — talvez com menor exatidão — como elemento diferenciador das relações de direito público e de direito privado o fato de, nas primeiras, encontrar-se o Estado em posição de *superioridade* para com as demais partes da relação jurídica:

“Il y a gestion privée lorsqu'une administration accomplit une opération dans les mêmes conditions qu'un simple particulier, en se soumettant aux règles du droit privé et en faisant abstraction des droits et prérogatives spéciaux, exorbitants du droit commun, qu'elle tient de puissance publique. Cette faculté que possèdent les administrations d'utiliser les méthodes et les procédures du droit privé résulte directement de leur capacité juridique, qui comporte, autant que la possession des droits de puissance publique, la jouissance et l'exercice des droits privés” (HAURIOU, *Précis de Droit Administratif*, 12.ª edição, Paris, 1933, pág. 1.064).

10. De qualquer forma, acorda a doutrina em acolher a tese da possibilidade da realização da atividade do Estado seja através processos de direito público, seja através processos de direito privado, bem como encontrar-se o Estado, tôdas as vezes nas quais adota esta última fórmula, sujeito aos mesmos princípios de direito próprios dos particulares. Como reconhecer-se, em cada caso específico, se o Estado, se a Administração escolheu processo de direito público ou privado? A resposta é simples: foram escolhidos processos de direito privado sempre que a Administração negocia, de igual para igual, com o particular, ou quando efetua certos atos tipicamente de direito privado, como a outorga de hipoteca, o recebimento em usufruto, a *constituição de enfiteuse*, a locação de imóveis, etc., seja visando obter lucros, seja simplesmente porque necessita de certo bem, e, não desejando ou não sendo necessário desapropriá-lo, utiliza formas de direito privado para dêle dispor. Vejamos as observações de PRESUTTI:

“Viceversa molte pubbliche amministrazioni possiedono numerosi ed importanti beni patrimoniali, disponibili o reddi-

tizzi, dai quali debbono ritrarre un reddito. All'uopo provvedono concedendo detti beni in locazione. Anche questi contratti sono regolati dal Codice Civile...” (*Instituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, vol. 1.º, 3.ª edição, Messina, s.d., página 352).

11. Aplicando as considerações acima trazidas à colação ao caso em exame, é de ver encontrarmos-nos perante hipótese de contrato efetuado por pessoa jurídica de direito público, *mas regido pelo direito privado*, tendo em vista, além de não ser necessária para sua consecução e eficácia a presença, como sujeito da relação, de pessoa jurídica dessa espécie (o contrato de enfiteuse pode ser feito entre dois particulares), que o referido contrato não teve por fim contribuir para a execução de um serviço público, nem a Administração nêle se colocou em posição de superioridade relativamente à Ordem do Carmo, havendo sido, bem pelo contrário, caracteristicamente realizada negociação em tórno a seus termos, tornando-os mais favoráveis ao então Senado da Câmara, como acima se mostrou. O crédito que o Estado possui contra a Ordem do Carmo é, face ao exposto, *mera obrigação de direito privado*, se bem goze de todos os privilégios concedidos pelo direito positivo aos créditos da Fazenda, eis que a lei, conforme abaixo se verá, ao regular a situação dos bens da Fazenda — sejam móveis ou imóveis — não o faz levando em consideração o objeto dêsses mesmos bens, mas o simples fato de ser dêles titular ativa ou passiva a Fazenda, isto é, a disciplina jurídica dos bens da Fazenda, nos pontos em que possui situação diversa dos bens dos particulares, fundamenta-se em *critério de ordem simplesmente formal*. Demonstrado está, segundo nos parece, não possuir base jurídica o primeiro dos argumentos levantados pela Ordem do Carmo para ilidir o pagamento dos créditos que o Estado contra ela possui, consistente na ilegitimidade da cobrança de laudêmio face à ausência de transmissão de propriedade; conforme acima esclarecemos, a importância a ser paga de trinta em trinta anos ao Estado, na qualidade de sucessor do Senado da Câmara, não é propriamente um laudêmio, mas uma importância devida por não efetuarem as corporações de mão-morta transmissões de seus bens para com terceiros, de modo a ensejar a normal cobrança do laudêmio, como prêmio pelo não exercício do direito de opção do qual é titular o senhor do domínio direto.

O PROBLEMA DE DIREITO INTERTEMPORAL: A LEI REGULADORA DA PRESCRIÇÃO

12. Isto pôsto, examinemos a segunda das alegações apresentadas pela Ordem do Carmo para negar-se a satisfazer a pesada importância da qual é devedora: conforme acima se expôs, entende aquela entidade estar prescrita a dívida, face ao disposto no art. 1.º da Lei n.º 2.437, acima citada, dando nova redação ao art. 177 do Código Civil, de modo a diminuir a antiga prescrição trintenária em vintenária. Para solucionarmos o pro-

blema, verificaremos inicialmente qual a lei reguladora das pretensões surgidas com o contrato enfiteutico em tela, se a lei vigente no momento de sua realização, se aquela do momento do vencimento da dívida, ou se a lei do momento da cobrança, passando, em seguida, a investigar acerca da argüida prescrição do poder de exigir o pagamento da dívida, a qual é, conforme vimos acima, de ordem não tributária.

13. A prescrição — segundo define a teoria hoje de melhor aceitação — consiste numa exceção (de direito material, evidentemente) pela qual o titular passivo da obrigação repele a pretensão do titular ativo, face ao não exercício da pretensão durante certo tempo, fixado em lei; é de repelir-se, portanto, o conceito clássico de ser a prescrição uma forma de extinção de direitos face ao curso do tempo, isto porque a fluência do tempo, por si só, não extingue os créditos ou as pretensões dêles derivantes, conforme testemunha o art. 166 do Código Civil, expressamente proibindo ao juiz o exame de prescrição de pretensões que não hajam sido invocadas pelas partes do pleito. Segundo ensina CROME,

“L'eccezione è il diritto di paralizzare una azione e di arrestarne il corso senza attaccarne l'esistenza. Ciò si chiama diritto di eccezione, eccezione in senso materiale, exceptio nel significato romano dell'espressione, considerando la eccezione in riguardo all'eventualità della sua invocazione in giudizio contro una pretesa sollevata giudizialmente, nella stessa guida che l'analogia evventualità fa sì che la pretesa stessa si configuri come un'actio” (*Parte Generale del Diritto Privato Francese Moderno*, Milão, 1906, pág. 393).

Ora, se a prescrição é uma exceção de direito material, ela se inicia imediatamente após o momento no qual a ação da qual é contrapartida igualmente começa a possuir existência, pois, se ela visa proteger ao sujeito de direito que se encontre na posição de titular passivo da obrigação, sua proteção há necessariamente de iniciar-se a partir da ocasião na qual lícito é ao titular ativo da obrigação exercer a actio (também de direito material), única forma de fazer desenvolver de modo simultâneo ataque e defesa. Por êsse motivo, a lei reguladora da prescrição não pode ser a da realização da dívida (pois a actio somente começa quando a pretensão se torna exigível, no momento do pagamento), nem a do momento da cobrança (tendo em vista que a actio de há muito já existia e, em consequência, também a exceptio).

14. A consequência inelutável do exposto consiste em ser a lei reguladora da prescrição aquela do momento em que se inicia sua fluência. Aplicando-se tal critério, dá-se integral guarida ao fundamental princípio de direito transitório que é o respeito às situações contratuais em curso (a fluência do prazo prescricional já iniciado é uma situação contratual em curso tôdas as vezes nas quais tem por objeto ato consensual, multilate-

ral e oneroso, como é o contrato de instituição de enfiteuse), aplicando-se, outrossim, princípio de ordem equitativa dos mais relevantes, de modo a evitar, com a brusca diminuição do prazo prescricional, sofram os titulares ativos das obrigações terríveis prejuízos patrimoniais. O clássico moderno do direito intertemporal acolhe integralmente a doutrina acima exposta, como se vê de suas seguintes inequívocas palavras:

“Dans le cas où la loi nouvelle abrège le délai requis pour prescrire, la loi nouvelle ne pourrait s'appliquer au délai en cours, sans risquer d'être rétroactive; en effet, le délai nouveau pouvait déjà se trouver accompli sous la loi ancienne, et dès lors la prescription se trouverait achevée sous cette loi, ce qui serait contraire au principe de non-rétroactivité; un fait qui n'était pas considéré d'après la loi en vigueur comme susceptible d'entraîner la prescription, serait considéré après coup comme ayant eu ce pouvoir” (PAUL ROUBIER, *Le Droit Transitoire*, 2.^a edição, 1960, pág. 300).

Por sua vez, igualmente o ilustre GABBA, em sua notável *Teoria della Retroattività delle Leggi* (vol. 1.^o, 3.^a edição, Turim, 1891, pág. 370) sustenta, com ainda maior veemência, a linha doutrinária acima exposta:

“La diminuzione di durata, cioè l'abbreviazione della prescrizione non può dirsi in tesi generale avere per affetto che la prescrizione, cominciata e non finita sotto una legge che esige una durata più lunga, si debba giudicare compiuta col decorso del tempo previsto nella legge nuova. Di questa massima, universalmente ricevuta, tutti gli scrittori convengono nell'assegnare la medesima ragione. Tutti cioè riflettono che, adottando la massima contraria, si verrebbe necessariamente a violare l'ineccepibile principio che la retroattività non può mai consistere nell'attribuire a fatti anteriori, e nel tempo nel cui accadde, una efficacia giuridica non consentita dalle leggi di quel tempo”.

Finalmente, veja-se o pronunciamento do, como sempre, acatadíssimo FIORE:

“Se infatti si applicasse la legge nuova alle prescrizioni in corso, e si ritenesse sufficiente il possesso del periodo di tempo più breve per attuare la prescrizione, per la quale la legge antica esigeva un lasso di tempo maggiore, ne esequirebbe l'assurdo giuridico, che si dovrebbe ritenere compiuta la prescrizione, se nel momento dell'attuazione della legge nuova il periodo di tempo da essa richiesto fosse già trascorso. La proprietà sarebbe quindi consolidata a vantaggio del prescrivente

e con pregiudizio dell'altro, che poteva anientare gli effetti della prescrizione per tutto il tempo maggiore fissato dalla legge sotto di cui il fatto del possesso incominciò ad attuarsi" (*Delle Disposizioni Generali Sulla Pubblicazione, Applicazione ed Interpretazione delle leggi*, vol. 1.º, 2.ª edição, Nápoles, 1908, pág. 360, na coleção de FIORE-BRUGI, *Il Diritto Civile Italiano*).

15. Dúvidas por certo não podem mais existir, face ao exposto, ser a lei reguladora da prescrição aquela do momento do vencimento da dívida, por nêle iniciar-se a vigência da *actio* do sujeito ativo da obrigação. Ultrapassado êsse problema, outro surge, de não menor relevância, qual seja, o da lei reguladora da prescrição das dívidas ativas da Fazenda, de origem não tributária, no momento em que iniciou-se a prescrição; para melhor esclarecimento da matéria, faremos breve histórico da legislação respeitante ao assunto.

A PRESCRIÇÃO DAS DÍVIDAS ATIVAS DA FAZENDA ANTERIORMENTE A REPÚBLICA

16. O problema da prescrição das dívidas ativas da Fazenda ainda se encontra um tanto ou quanto envolvido em trevas, existindo sôbre o assunto pouquíssimas contribuições por parte dos autores modernos. Vejamos a situação legislativa da matéria anteriormente à proclamação da Independência, pois é sabido encontrar-se a legislação fazendária ainda fortemente impregnada pelas tradições reinóis. Regia a matéria, nesse momento, a regra do Capítulo 210 do Regimento da Fazenda de 17-10-1756, denominado "Do tempo em que se possam demandar as dívidas d'El-Rei", com o seguinte preceito:

"Mandamos que por nossas dívidas se não faça penhora, nem execução, nem outro algum constrangimento depois de serem passados quarenta anos, salvo se por nossa parte, e em nosso nome fôr alegado; e provado que foi feita interrupção, que foram essas dívidas pedidas, ou os devedores penhorados e houverem de Nós espaço, ou por outra semelhante maneira; e do tempo da interrupção não forem ainda passados os quarenta anos" (JOSÉ ROBERTO MONTEIRO DE CAMPOS, *Systema ou Collecção dos Regimentos Reais*, Lisboa, 1782, pág. 126).

Determinava, portanto, o Regimento da Fazenda fôsse de quarenta anos o prazo das dívidas ativas da Fazenda, sem, *note-se bem*, estabelecer quaisquer distinções entre a natureza dos atos geradores das mesmas, isto é, o legislador ordenava ser quarentenário o prazo prescricional das dívidas ativas da Fazenda, sejam as propriamente fiscais (tributos em geral), sejam as de origem contratual, igualando-as por completo.

17. Ao fixar o mencionado prazo de quarenta anos, limitou-se o Rei de Portugal a reproduzir preceito genérico nesse sentido vigente no *direito comum*, isto é, naquele conjunto de regras disciplinares da vida social que era habitualmente seguido em tôda a Europa civilizada, proveniente em parte do direito romano, em parte do direito canônico e em parte do direito costumeiro dos povos germânicos. Se bem alguns autores entendam inexistir norma genérica em direito romano fixando o referido prazo prescricional, eis que o comando da L. 14. C. *de fundis patrimonialis* se referiria apenas à reivindicação de imóveis (entre os quais SAVIGNY, *Sistema del Diritto Romano Attuale*, vol. 5.º, Turim, 1893, págs. 406-409), todos, sem exceção (inclusive o próprio SAVIGNY: *loc. cit.*, pág. 409), proclamam a existência de norma no direito comum fixando em quarenta anos o prazo prescricional das dívidas ativas da Fazenda. O eminente WINDSCHEID assim o declara (*Diritto delle Pandette*, vol. 1.º, Turim, 1925, pág. 380), seguido por DERNBURG (*Pandette*, vol. 1.º, Turim, 1906, pág. 455), ambos ratificando o pensamento anteriormente manifestado por ARNDTS-SERABINI (*Trattato delle Pandette*, vol. 1.º, Bolonha, 1877, pág. 211). A matéria, portanto, se bem fôsse objeto de controvérsia entre os romanistas, não era duvidosa no que tange ao direito positivo, concordando os doutôres ser quarentenário, no direito comum, o prazo prescricional em tela.

18. Com a proclamação da Independência, dívidas começaram a surgir no que tange à aplicação do Regimento da Fazenda às atividades da Administração Pública no novel país, desligado da soberania portuguesa, entendendo alguns haver ficado o mesmo revogado, enquanto outros proclamavam ponto de vista contrário. Para terminar com tais dúvidas, o art. 20 da Lei n.º 243, de 30-11-1841, veio definitivamente extirpar as contradições existentes, revigorando expressamente o disposto no acima transcrito Capítulo 210 do Regimento da Fazenda; vejamos seu teor:

"De 1-1-1843 em diante não terá mais lugar inscrição alguma de dívida passiva flutuante, mandada findar pela Lei de 15-11-1827, à exceção daquelas que nessa época se acharem em liquidação, ou penderem de processo judicial, ficando inteiramente prescritas, e perdido para os credores o direito de requererem a liquidação e pagamento delas. *Da mesma data em diante ficam em vigor os Capítulos 209 e 210 do Regimento da Fazenda, assim pelo que respeita à dívida passiva posterior ao ano de 1826, existente até hoje, e à dívida futura, como pelo que respeita a tôda dívida ativa da Nação. O Governo dará tôda publicidade à disposição dêste Artigo e dos referidos Capítulos*".

De forma extremamente sucinta, o Poder Executivo referiu-se à matéria em tela no art. 80 do Decreto n.º 736, de 20-11-1850, da seguinte forma:

“A prescrição das dívidas ativas e passivas da Nação continuará a ser regulada pelas disposições dos capítulos 209 e 210 do Regimento da Fazenda, igualmente anexos ao presente Decreto”.

sem estabelecer o indispensável disciplinamento sistemático da matéria, o qual somente veio a entrar em vigor através o Decreto n.º 857, de 12 de novembro de 1851, cujo art. 9.º refere-se à prescrição das dívidas ativas da Fazenda, *in verbis*:

“A prescrição de 40 anos posta em vigor pelo citado art. 20 da Lei de 30-11-1841, com referência ao Capítulo 210 do Regimento da Fazenda, a respeito da dívida ativa da Nação, opera a completa desoneração dos devedores da Fazenda Nacional do pagamento das dívidas, que incorrem na mesma prescrição, de maneira que, passados os 40 anos, não pode haver contra êles penhora, execução ou outro qualquer constrangimento”.

Como se vê, ainda ao regulamentar a matéria, o Poder Executivo (que possuía, frente à Constituição Imperial, extensas faculdades de criação de normas suplementares à lei) não efetuou qualquer distinção entre as dívidas fiscais provenientes de impostos e aquelas originárias de atos contratuais, empregando, para mencionar os sujeitos passivos da obrigação, a mais genérica expressão possível: “*devedores da Fazenda Nacional*”, nela englobando, em via de consequência, toda e qualquer espécie de dívida.

19. Ainda vigente a Constituição do Império, nova alteração foi introduzida no disciplinamento das dívidas ativas da Fazenda, através a Lei n.º 3.396, de 24-11-1888, cujo art. 19 diminuiu o prazo prescricional das dívidas ativas inferiores a Cr\$ 500,00 (quinhentos cruzeiros) para dez anos; o preceito em tela possui a seguinte redação:

“Fica reduzida a 10 anos a prescrição das dívidas fiscais não excedentes a 500\$000”.

A PRESCRIÇÃO DAS DÍVIDAS ATIVAS DA FAZENDA VIGENTE NA REPÚBLICA

20. Proclamado o Governo Republicano, surgiu a conhecida *Nova Consolidação das Leis Civis*, de CARLOS DE CARVALHO, na qual foram sistematicamente recopiladas as disposições legislativas então vigorantes, e cujo art. 998 exprimiu, em síntese, o direito positivo da época:

“A prescrição de 40 anos a respeito da dívida ativa da União, quando superior a 500\$000, e a de dez anos, quando não exceder dessa importância, operam a completa exoneração dos devedores”.

Note-se, a propósito, dois pontos de grande interesse: o preceito referiu-se, exclusivamente, às *dívidas ativas da União*, silenciando no que tange àquelas das quais fossem titulares os Estados; igualmente não foi feita a menor distinção relativamente à natureza fiscal ou não fiscal da dívida, igualando-se todas no preceito, fossem tributárias ou contratuais.

21. Com a promulgação do Código Civil, se bem não houvesse sido efetuada referência direta às dívidas ativas da Fazenda — somente as passivas foram objeto de disciplinamento específico: art. 178, § 10, inciso VI — a matéria recebeu substancial alteração, pois, combinando-se os preceitos contidos nos arts. 66, inciso III, e 67, chega-se à conclusão de encontrarem-se as referidas dívidas na *situação de imprescritibilidade*, modificando-se por completo a posição na qual até então se encontravam. Senão vejamos. O art. 66, ao discriminar os bens públicos, incluiu, entre aqueles de natureza dominical, os que sejam objeto de *direito pessoal*, *in verbis*:

“Os bens públicos são:

.....
III — Os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, *como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades*”.

O que são direitos pessoais? Na terminologia do século XIX (o nosso Código Civil é, no seu espírito, uma lei dessa época), entendia-se por direitos pessoais aqueles que tinham por objeto uma prestação — dever de fazer ou não fazer — de outro sujeito de direito, distinguindo-se dos *reais* por possuírem estes uma relação direta com certa e determinada coisa. Veja-se, por exemplo, o ensinamento do clássico COELHO DA ROCHA:

“Nesta relação os direitos umas vezes competem sobre certa coisa, abstraindo das pessoas, os quais por conseguinte podem exercer-se contra qualquer possuidor; outras somente competem contra as pessoas, que se obrigam a dá-las; daqui nasce a divisão em direitos reais (*ius in re*) e de direitos pes-

soais (*jus ad rem*) (*Instituições de Direito Civil Português*, vol. I, Rio, Paris, s.d., § 47),

bem como o do eminente JOÃO MENDES:

“O direito de propriedade é atribuído ao indivíduo, ou para dispor de uma coisa direta e imediatamente sob todos ou sob certos respeitos e segui-la em poder de quem quer que a detenha (domínio e *jus in re*, direitos reais), — ou para exigir de determinada pessoa o cumprimento de obrigação de dar, fazer ou prestar alguma coisa (*jus ad rem*, *direitos pessoais*) (*Direito Judiciário Brasileiro*, Rio, 1918, pág. 8).

Direitos pessoais, portanto, na sistemática empregada pelo Código Civil, são os hodiernos *direitos de crédito ou direitos de obrigação*.

22. Isto pôsto, note-se serem as dívidas ativas da Fazenda, como quaisquer outras, *bens móveis para efeitos legais*, conforme regra expressa do art. 48, inciso II, do Código Civil:

“Consideram-se *móveis* para efeitos legais:

.....
II — Os *direitos de obrigação* e as ações respectivas”.

Conseqüentemente, os direitos pessoais, de crédito ou de obrigação encontram-se dentro da especial posição de inalienabilidade outorgada pelo art. 67 do Código Civil:

“Os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a *inalienabilidade que lhes é peculiar*, nos casos e forma que a lei estabelecer”.

e *inalienabilidade*, em tal hipótese, significa *imprescritibilidade*, pois, face ao art. 69 do mesmo Código, os bens inalienáveis estão *fora do comércio*:

“são coisas fora do comércio as insuscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis”.

23. Note-se ser indispensável, para que um direito subjetivo (técnicamente, uma pretensão) não mais possa vir a ser exercido pelo seu titular, face à sua não efetivação durante certo tempo previsto em lei, que o mesmo direito subjetivo se refira a um *bem da vida existente in commercio*, pois, se o mesmo não é objeto de livre disposição entre os homens por força da lei, segue-se ser a ausência de manifestação de vontade por parte de seu titular ativo incapaz de alterar de qualquer ma-

neira a relação jurídica existente, tendo em vista ser a própria declaração de vontade positiva incapaz para tanto. Veja-se, a propósito, a lição de TISSIER:

“I diritti estranci alle convenzioni dei privati *non possono estinguersi per effetto della prescrizione*; non si può disporne; essi non sono in commercio e non possono scomparire per un certo tempo” (*Della Prescrizione*, no *Trattato Teorico-Pratico de Diritto Civile* de BAUDRY-LACANTINERIE, trad. ital., Milão, s.d., pág. 130).

Assim, tôdas as vêzes nas quais o legislador especifica estarem certos e determinados bens fora do comércio, o sujeito ativo dos mesmos não possui o poder de livremente dispô-los, de aliená-los a terceiros, inclusive de forma onerosa, a não ser nos casos restritos estabelecidos pela própria lei, sendo êsse princípio decorrência da estrita necessidade da *conservação permanente* de tais bens nas mãos de seus titulares ativos, tendo em vista o interesse do Estado na outorga de especial proteção aos mesmos (bens públicos, bens de menores, bens de incapazes, bens dotais). Iguualmente como decorrência do mesmo princípio geral de conservação de certos bens nas mãos de sujeitos de direito dotados de especial posição na ordem jurídica, ficam terceiros impedidos de, a qualquer pretexto, apropriar-se dos referidos bens, inclusive por usucapião, eis que, sem tal medida de proteção, o princípio geral ficaria totalmente incapaz de atingir seus fins.

A DOCTRINA E SUA POSIÇÃO PERANTE A PRESCRIÇÃO DAS DÍVIDAS ATIVAS DA FAZENDA

24. Apesar da clareza dos textos acima expostos, a doutrina nacional, ao tratar da prescrição das dívidas ativas da Fazenda, não se manifesta unânimemente no sentido acima defendido, o único, segundo nos parece, que possa vir a ser adotado perante os termos tão claros e explícitos nos quais foi lançado o preceito de direito positivo. PONTES DE MIRANDA, por exemplo, em seu *Tratado de Direito Privado* (vol. 6.º, Rio, 1955, pág. 324), repele tal entendimento, taxando-o até mesmo de “absurdo”; é de notar-se, porém, ser manifestamente falha a argumentação do ilustre Mestre, eis que se limita apenas ao exame dos preceitos existentes no Código Civil na rubrica relativa à prescrição, deixando de lado os comandos apontados atrás e cujo objeto específico, tal como foi visto, consiste no disciplinamento da situação própria das dívidas ativas da Fazenda. O ponto de vista do ilustre juriconsulto, em via de consequência, parte da posição doutrinária de quem entenda deverem ser prescritíveis todos os direitos, como medida necessária à segurança social, esquecido de nem sempre encontrar-se a *legislação, o direito positivo*, em consonância

com os pontos de vista teóricos do intérprete; a êste, por mais errôneo que lhe pareça o *sentido da regra legal*, não lhe cabe alterar seu comando, mas aplicá-lo fiel e estritamente.

25. Adotando situação dogmática idêntica, PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, em ensaio sobre *Prescrição de Créditos Fiscais* (*Revista Forense*, vol. 89, pág. 696), também parte para estabelecer seu raciocínio do mesmo ponto de vista falho de que acima se deu notícia, argumentando ser impossível colocar-se o intérprete na posição de defensor da imprescritibilidade dos créditos fiscais, “pois importaria arrogar-se a Fazenda privilégio odioso”, por igual esquecido de não competir ao simples intérprete raciocinar *de lege ferenda*, e sim *de lege constituta*. Invalidam tais pontos de vista, segundo entendemos, por mais respeitáveis que sejam seus adeptos, a falsíssima posição na qual preliminarmente se colocaram, partindo de uma suposição meramente gratuita — qual seja, a de que os créditos fiscais devam ser sempre prescritíveis — ao invés de procederem ao *exame da lei do texto concreto de direito positivo*, única forma de verificar-se lealmente a norma reguladora de qualquer situação concreta.

26. Contrariando os adeptos dêsse errôneo entendimento, encontra-se o emérito CLÓVIS BEVILAQUA, que, em seus elegantes comentários ao Código Civil, pronunciou-se clara e inequivocamente em favor da imprescritibilidade, se bem por igual adotasse, do ponto de vista doutrinário, o mesmo entendimento dos autores trazidos à colação; vejamos suas palavras:

“Manteve o Código Civil o privilégio do Estado, quanto à prescrição quinquenária de suas dívidas passivas, e concedeu-as, também, aos Estados e aos Municípios, que não gozavam dêsse benefício. A razão não justifica esse privilégio, e, muito menos, a imprescritibilidade das dívidas ativas, *que resulta dos termos claros do art. 66, III, combinado com o do art. 67*. É certo que o art. 163 declara que as pessoas jurídicas estão sujeitas ao efeito da prescrição, mas essa regra não se estende às pessoas jurídicas de direito público interno”.

Tal pronunciamento reveste-se de incontestável valor, partido como foi de fiel sustentador da corrente em prol da prescritibilidade das dívidas fiscais ativas, mas cujo fiel respeito às normas de direito positivo não lhe permitiram forçar a letra e o espírito da lei para chegar à solução que mais lhe agradasse. Não temos dúvida, portanto, em igualmente acolher a tese defendida no parecer de autoria do Dr. ROBERTO PINTO FERNANDES quanto à imprescritibilidade das dívidas fiscais ativas.

27. Resta-nos, apenas, ressaltar um único ponto, qual seja, a inexistência de tratamento legislativo diverso entre as dívidas fiscais ativas de origem tributária e aquelas de origem contratual. Algumas autoridades, com efeito (entre as quais PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, pág. 326), sus-

tentam regerem-se pelos prazos prescricionais fixados na lei civil os direitos, ações e pretensões da Fazenda que se refiram às obrigações ativas de origem contratual; essa tese é manifestamente despida de fundamento, pôsto inexistir a menor diferenciação, conforme se verifica imediatamente à simples leitura, nos textos legislativos transcritos no § 22 do presente, no que tange às dívidas ativas da Fazenda de natureza não contratual, sendo idênticamente estabelecida sua condição de *bens fora do comércio*, qualquer que seja a causa geradora da obrigação. Tal argumento, como se vê, igualmente peca pela base.

A ORIENTAÇÃO A SER TOMADA PELA ADMINISTRAÇÃO

28. Ora, sendo imprescritíveis as dívidas ativas da Fazenda, é claro não ser lícito à Ordem do Carmo furtar-se ao seu pagamento, devendo ser postulada ação executiva fiscal contra ela, visando cobrar as importâncias relativas ao laudêmio e foros atrasados, desprezando-se o desejado distrato, cujos prejuízos para o erário serão notórios. Entretanto, tendo em vista a posição dos diversos sub-enfiteutas de que os vários processos anexos dão notícia, certamente na posição de terceiros de boa-fé, será de justiça se lhes conceda a realização de contrato enfiteutico com o Estado, caso concordem em assumir a responsabilidade pela dívida da Ordem do Carmo, realizando-se o distrato sem quaisquer prejuízos de ordem financeira para o Estado, cuja situação patrimonial é de ser resguardada acima de tudo. Enquanto não se chegar a uma solução definitiva sobre a matéria, torna-se manifesto não ser possível receber o Estado as importâncias que os sub-enfiteutas desejam lhe pagar diretamente, ultrapassando a Ordem do Carmo, eis que a tanto não se encontra autorizado, devendo ser arquivados os diversos processos nos quais se fez tal postulação.

Rio de Janeiro, 25 de maio de 1961.

ROCHA LAGOA
Procurador do Estado

Visto. Com a ressalva, apenas, do ponto de vista anteriormente expandido, de que as obrigações decorrentes do domínio enfiteutico do Estado são de direito público, estou de pleno acôrdo com as conclusões do brilhante parecer, que verdadeiramente esgotou o assunto.

Rio de Janeiro, 8 de junho de 1961.

ROBERTO PINTO FERNANDES
Procurador Geral