

Aí está a fundamentação de um modo de julgar. A êle, até agora, só se tem oposto a injúria e a calúnia. Mas, pensando bem, essa é mais um sinal do seu acêrto. Com efeito, para que insultar e difamar, se houvesse argumento?

OS DIREITOS, DEVERES E PODERES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

HELY LOPES MEIRELLES
Juiz de Direito em São Carlos (SP)

1. A *Administração Pública* — 2. *Os direitos e deveres do administrador público*: a) *Direito ao exercício da autoridade*; b) *Direito-dever de agir*; c) *Dever de prestar contas* — 3. *Os poderes do administrador públicos*: a) *Poder vinculado*; b) *Poder discricionário*; c) *Poder hierárquico*; d) *Poder disciplinar*; e) *Poder regulamentar*; f) *Poder de polícia* — 4. *O uso e o abuso do poder*.

1. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — Em sentido lato, administrar é gerir interêsse, segundo a lei, a moral e a finalidade dos bens entregues à guarda e conservação alheias. Se os bens e interêses geridos são individuais, temos a administração particular; se da coletividade, temos a administração pública. *Administração pública, portanto, é a gestão de bens e interêses da comunidade, segundo os preceitos do direito e da moral, com o fim de realizar o bem-comum.*

Para a consecução dos fins administrativos o administrador público dispõe de *direitos*, é incumbido de *deveres* e é investido de *poderes* consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são cometidos. Vejamos, em síntese, quais são êsses direitos, deveres e poderes, apreciando-lhes a natureza, fundamentos, destinação e limites.

2. OS DIREITOS E DEVERES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO — Os direitos e deveres do administrador público são os ex-

N. da R. — O Dr. HELY LOPES MEIRELLES, Magistrado no Estado de São Paulo e já renomado municipalista, vem de publicar seu *Direito Municipal*, em dois volumes, onde aborda com mestria todos os problemas ligados à unidade menor do regime federativo brasileiro.

pressos em lei, os impostos pela moral administrativa e os exigidos pelo interesses social. Fora dessa generalidade não se poderá indicar o que é direito e o que é dever do agente administrativo, porque estando sujeito ao ordenamento jurídico em geral e às leis administrativas em especial, só essas normas poderão catalogar, para cada órgão, cargo, função, serviço ou atividade executiva os direitos e deveres de quem os exerce.

A investidura no cargo público, confere ao titular, de par com o direito ao seu exercício e às suas vantagens, os deveres decorrentes da função que lhe é atribuída. Assim, os exercentes de função executiva, e tais são todos aqueles que desempenham serviços administrativos, recebem, com o cargo, a parcela de autoridade necessária ao bom desempenho de suas atribuições. Direito é, pois, de cada agente executivo usar normalmente da autoridade de que está investido e defendê-la sempre, para com ela realizar desembaraçadamente as funções que lhe competem. Mas, convém se acentue, a autoridade é prerrogativa da função, não da pessoa que a exerce. Por isso, despido da função pública ou contingentemente afastado dela, o agente do poder não pode utilizar-se da autoridade, nem invocá-la ao talante de seu capricho, para sobrepor-se aos demais cidadãos. Os Estados democráticos, como o nosso, não reconhecem privilégios sociais; só admitem prerrogativas funcionais. Daí o nivelador princípio do art. 141, § 1.º da Constituição Federal, que estabelece a igualdade de todos perante a lei. Ora, se o agente do poder não está no exercício de suas funções, deixa de ser autoridade, despe-se das prerrogativas, igualando-se aos demais cidadãos.

DIREITO AO EXERCÍCIO DA AUTORIDADE — *O exercício da autoridade* é uma exigência do interesse social. Sòmente com autoridade se pode remover os interesses individuais opostos ao interesse público.

Os atos de administração exigem pronta execução. Se a êles se opõe o particular, hão de ser executados com autoridade, com coerção, com força pública do Estado, se necessário. Se no direito privado o poder de agir é uma faculdade, no direito público o poder de agir é uma imposição, é um dever para o agente que o detém. Assim, o exercício da autoridade se converte num direito-dever de agir.

DIREITO-DEVER DE AGIR — *O direito dever de agir* do administrador público é hoje reconhecido pacificamente pela jurisprudência e pela doutrina. O poder tem para o administrador público o sig-

nificado de dever para com a comunidade, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo em benefício da coletividade administrada. Nem se compreenderia que uma autoridade pública — um Governador, por exemplo — abrisse mão de seus poderes administrativos em favor de interesses de particulares, deixando de praticar atos de seu dever funcional. O *poder* do administrador público, revestindo ao mesmo tempo o caráter de *dever* para com a comunidade, é insuscetível de renúncia pelo seu titular. Tal atitude importaria em fazer liberalidades com o direito alheio, e o Poder Público não é, nem pode ser, instrumento de cortesias administrativas.

Se para o particular o *poder de agir* é uma faculdade, para o administrador público é uma *obrigação de atuar*, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade. E' que o Direito Público ajunta ao poder de administrador, o dever de administrar.

A propósito, já proclamou o colendo Tribunal Federal de Recursos que “o vocábulo *poder* significa *dever* quando se trata de atribuições de autoridades administrativas” (1). Idêntica é a doutrina exposta por CARLOS MAXIMILIANO ao sustentar que “para a autoridade, que tem a prerrogativa de ajuizar, por alvedrio próprio, da oportunidade e dos meios adequados para exercer as suas atribuições, o *poder* se resolve em *dever*” (2).

Pouca, ou nenhuma liberdade, portanto, sobra ao administrador público para deixar de praticar atos de sua competência legal.

DEVER DE PRESTAR CONTAS — *O dever de prestar contas* é decorrência natural da administração, como atividade exercida em relação a bens e interesses alheios. Se o administrar corresponde ao desempenho de um mandato de zelo e conservação de bens e interesses do outrem, manifesto é que quem o exerce deverá contas ao proprietário. No caso do administrador público, êsse dever ainda mais se alteia, porque a gestão se refere aos bens e interesses da coletividade, e assume o caráter de um *munus público*, isto é, de um encargo para com a comunidade.

A prestação de contas não se refere sòmente aos dinheiros públicos, à gestão financeira, mas a todos os atos administrativos de um govêrno. Não será necessário muito garimpar nos domínios do

(1) TFR RDA.

(2) CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 1925, pg. 288.

nosso direito positivo, para depararmos dispositivos legais que nos conduzem a essa afirmativa.

Quanto à gestão financeira a Constituição Federal (art. 22), o Código e o Regulamento da Contabilidade Pública impõem essa obrigação.

Em outros setores, não são menores as imposições legais para que a Administração mantenha os administrados a par das atividades públicas. A própria Constituição Federal, ao garantir: “a ciência aos interessados dos despachos e das informações a que eles se referam” (art. 141, § 36, II), “a expedição de certidões requeridas para defesa de direito” (art. 141, § 36, III) ou “para esclarecimentos de negócios administrativos, salvo se o interesse público impuser sigilo” (art. 141, § 36, IV), bem como ao assegurar “a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos poderes públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas” (art. 141, § 37), ao permitir a qualquer cidadão a propositura de ação popular para obter a anulação dos atos administrativos “lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista” (art. 141, § 34), está, evidentemente, condicionado a atividade do administrador público aos princípios da legalidade, da moralidade e da finalidade administrativas, que já apreciamos, e, ao mesmo tempo, obrigando-o a dar contas de seus atos ao particular interessado e à própria coletividade administrada.

No mesmo sentido atuam as leis que estabelecem a obrigação de publicidade dos atos administrativos nos órgãos oficiais e nas portarias das repartições; as que exigem concorrências públicas; e as que determinam aos agentes categorizados do poder (Ministros de Estado, Secretários de Estado, Prefeitos), que compareçam ao plenário das corporações legislativas para prestar esclarecimentos administrativos.

A prestação de contas é, portanto, dever indeclinável de todo administrador público, isto é, de todo aquêle que gere interesses da coletividade. E esse dever decorre, como já temos sustentado em outras oportunidades, do direito subjetivo do cidadão ao governo honesto, que é o fulcro da ação popular (Const. Fed., art. 141, § 38).

3. OS PODERES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO — Para bem realizar a Administração Pública, ou seja a satisfação dos interesses sociais, o administrador é investido pela entidade estatal a

que serve — União, Estado-membro, Município — de poderes consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são cometidos.

Esses poderes, conquanto originários da mesma fonte — a Soberania Nacional — se apresentam sob aspectos diversos conforme o ângulo pelo qual são apreciados, tais como o da sua extensão e liberdade de utilização (poder vinculado — poder discricionário), o de seu fundamento imediato (poder hierárquico), o de seu objeto próprio (poder disciplinar), o de sua finalidade próxima (poder regulamentar), o da limitação de direitos individuais (poder de polícia).

Nesta oportunidade iremos examinar os poderes administrativos em si mesmos, assinalando-lhes os caracteres diferenciadores, o seu fundamento, modo, forma e condições de sua utilização pelos agente da Administração pública.

PODER VINCULADO OU REGRADO — O poder vinculado ou regrado é aquele que o direito positivo — a lei — confere à Administração Pública para a prática de ato administrativo, determinando o conteúdo, o modo e forma de seu cometimento. Nesses atos a lei vincula inteiramente a sua realização aos dados constantes de seu texto. Daí o dizer-se que tais atos são vinculados ou regrados, o que significa que, na sua prática, o administrador público fica inteiramente prêso ao enunciado da lei, em tôdas as suas especificações. Nessa categoria de atos administrativos a liberdade de ação do administrador é mínima, pois terá que se ater à enumeração minuciosa do direito positivo sôbre como realizá-los eficazmente. Deixando de atender a qualquer dado expresso na lei o ato é nulo, por desvinculado de seu padrão.

O princípio da legalidade impõe que o administrador público observe fielmente todos os requisitos expressos na lei como da essência do ato vinculado. O seu poder administrativo se restringe, em tais casos, ao de praticar o ato, mas de o praticar com tôdas as minúcias especificadas na lei. Omitindo-as ou diversificando-as na sua substância, nos motivos, na finalidade, no tempo, na forma ou no modo indicados na lei, o ato é inválido, e assim pode ser reconhecido pelo própria Administração ou pelo Judiciário, se o requerer o interessado.

Nesse sentido é firme e remansada a jurisprudência de nossos Tribunais, pautada pelos princípios expressos neste julgado do Supremo: “A legalidade do ato administrativo, cujo contrôle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requi-

sitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo” (3).

Diversamente do poder vinculado, dispõe também a Administração Pública de poder discricionário, no uso do qual lhe é facultado agir com liberdade de escolha dos motivos de conveniência e oportunidade na prática de certos atos. E’ o que veremos a seguir.

PODER DISCRICIONARIO — *Poder discricionário* é o que o direito concede à Administração de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. À luz desse conceito veremos que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbitrariedade são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbitrariedade é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre e sempre ilegítimo e inválido. De há muito já advertia JÈZE: “Il ne faut pas confondre pouvoir *discrétionnaire* et pouvoir *arbitraire*” (4). Mais uma vez insistimos nessa distinção, para que o administrador público, nem sempre familiarizado com os conceitos jurídicos, não converta a discricionariedade em arbítrio, como também não se arreceie de usar plenamente de seu poder discricionário quando estiver autorizado e o interesse público o exigir.

A competência discricionária distingue-se da vinculada pela maior liberdade de ação que é conferida ao administrador. Se para a prática de um ato vinculado a autoridade pública está adstrita à lei em todos os seus elementos formadores — competência, forma, objeto, motivo e finalidade —, para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe concede essa faculdade, quanto à escolha dos motivos e do objeto (oportunidade, conveniência e conteúdo do ato).

Por aí se vê que a discricionariedade é sempre relativa e parcial, porque quanto à *competência*, à *forma* e à *finalidade* do ato, a autoridade está subordinada ao que a lei dispõe, como para qualquer ato vinculado. Com efeito, o administrador, mesmo para a prática

(3) STF RDA 42-227.

(4) GASTON JÈZE, *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, 1914, pg. 371.

de um ato discricionário, deverá ter competência legal para praticá-lo; deverá obedecer à forma legal para a sua realização; e deverá atender à finalidade legal de todo ato administrativo, que é o interesse público. O ato discricionário praticado por autoridade incompetente, ou realizado por forma diversa da prescrita em lei, ou informado de uma finalidade estranha ao interesse coletivo, é ilegítimo e inoperante. Em tal circunstância deixaria de ser ato discricionário para ser ato arbitrário — ilegal, portanto.

“Até a possibilidade de agir sem competência — adverte SEABRA FAGUNDES em luminoso Acórdão —, de negar o interesse público ou de violar as formas pretraçadas, não vai a faixa de oscilação deixada pelo legislador, sob o império das necessidades múltiplas e urgentes da vida administrativa, ao Poder Executivo”, e logo junta o mesmo jurista: “A competência discricionária não se exerce acima ou além da lei, senão como tóda e qualquer atividade executória, com sujeição a ela” (5).

A atividade discricionária encontra plena justificativa na impossibilidade de o legislador catalogar na lei todos os atos que a prática administrativa apresenta. O ideal seria que a lei regulasse minuciosamente a ação administrativa, modelando cada um dos atos a serem praticados pelo administrador, mas, como isto não é possível, dada a multiplicidade e diversidade dos fatos que pedem pronta solução ao Poder Público, o legislador somente regula a prática de alguns atos administrativos que reputa de maior relevância, deixando o cometimento dos demais ao prudente critério da Administração (6).

Mas, embora não cuidando de todos os aspectos dos atos relegados à competência discricionária, o legislador subordina-os a um mínimo legal, consistente na estrita observância, por parte de quem os vai praticar, da *competência*, da *forma* e da *finalidade*, deixando o mais à livre escolha do agente administrativo.

Essa liberdade funda-se na consideração de que só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de

(5) Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, relatado pelo então Desembargador SEABRA FAGUNDES, in RDA 14/52 — Este acórdão, juntamente com o comentário que mereceu de VITOR NUNES LEAL, em rodapé, constituem substanciais estudos sobre a natureza e limites do poder discricionário, bem como sobre a possibilidade do controle judiciário relativamente a tais atos.

(6) L. LOPES RODÓ, *O Poder Discricionário da Administração — Evolução Doutrinária e Jurisprudencial*, in RDA 35/40.

certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica geral e abstrata — lei — prover com justiça e acerto. Já o disse FLEINER que “O poder discricionário tem, nem mais nem menos, o escopo de tornar possível à Administração adaptar a sua atividade às exigências das circunstâncias individuais, de sorte que essa resulte sempre a mais eficaz e mais útil ao fim público de que se trata” (7). Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo. Em tal hipótese executa a lei vinculadamente quanto aos elementos que ela discrimina — *competência, forma e finalidade* — e discricionariamente, quanto aos aspectos em que ela admite opção, ou seja, quanto à oportunidade conveniência e conteúdo do ato administrativo.

Mesmo quanto aos elementos discricionários do ato há limitações, impostas pelos princípios gerais do Direito e pelas regras da boa administração, que, em última análise, são preceitos de moralidade administrativa.

Daí o dizer-se, com inteira propriedade, que a atividade discricionária permanece sempre sujeita a um duplo condicionamento: externo e interno. Externamente pelo ordenamento jurídico a que fica subordinada toda atividade administrativa, como já demonstramos em tópicos anteriores. Internamente, pelas exigências do bem comum e da moralidade da instituição administrativa, a que também já aludimos.

O bem comum, também chamado interesse social ou interesse coletivo, impõe que toda atividade administrativa lhe seja endereçada. Fixa, assim, o rumo que o ato administrativo deve procurar. Se o administrador se desviar desse roteiro, praticando ato que, embora discricionário, busque outro objetivo, incidirá em ilegalidade, por desvio de poder.

PODER HIERÁRQUICO — O poder hierárquico é o de que dispõe o Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos e serviços, estabelecendo relação de subordinação entre os servidores de seu quadro administrativo.

Poder hierárquico e poder disciplinar não se confundem, mas via de regra andam juntos por serem os sustentáculos de toda instituição

administrativa. Dêses dois poderes inerentes à Administração Pública é que deflui a hierarquia e a disciplina internas do organismo estatal.

A hierarquia é, na justa e simples definição do Professor MÁRIO MASAGÃO, “a relação de subordinação existente entre os vários órgãos do Executivo, com a gradação da autoridade de cada um” (8). Dêse conceito se percebe que não há hierarquia no Judiciário e no Legislativo. A hierarquia é privativa da função executiva, como meio típico da organização e controle internos dos serviços administrativos.

Não se pode compreender as atividades administrativas sem a existência de hierarquia entre os órgãos e pessoas que as exercem. Daí a observação de DUGUIT de que “o princípio do poder hierárquico domina todo o direito administrativo e deveria ser aplicado, quando mesmo nenhum texto legal o consagrasse” (9).

Podemos dizer que o poder hierárquico tem por objetivos *ordenar, coordenar, controlar e corrigir* as atividades administrativas, no âmbito interno da Administração Pública. *Ordena* as atividades internas da Administração repartindo e escalonando as funções entre os funcionários e agentes do poder, de modo que cada um possa exercer eficientemente o seu encargo; *coordena*, entrosando todas as funções no sentido de obter o funcionamento harmônico dos serviços afetos ao mesmo órgão; *controla*, fiscalizando o cumprimento da lei e das instruções, bem como os atos e o rendimento de cada servidor; *corrige* os erros administrativos pela ação revisora dos superiores sobre os atos dos inferiores. Dêse modo a hierarquia atua como instrumento de organização e aperfeiçoamento do serviço, e age como meio de responsabilização dos agentes administrativos.

Pela hierarquia se impõe ao subalterno a estrita obediência das ordens e instruções superiores, e se define a responsabilidade de cada um. As determinações superiores devem ser cumpridas fielmente, sem aplicação ou restrição, a menos que sejam manifestamente ilegais. Sobre essa questão a doutrina não é uniforme, mas o nosso sistema constitucional, com o declarar que “ninguém pode ser obriga-

(7) FRITZ FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, 1.^a ed., pg. 119.

(8) MÁRIO MASAGÃO, *Apontamentos de Direito Administrativo*, organizados por IETE RIBEIRO DE SOUSA, 1939, pg. 52. Idêntico é o conceito dado por HAURIU, *Précis Élémentaire de Droit Administratif*, 1926, pg. 26, e por BIELSA, *Compendio de Derecho Publico*, 1952, II/107.

(9) LÉON DUGUIT, *Traité du Droit Constitutionnel*, 1923, III/250.

do a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei” (art. 141, § 2.º), torna claro que o subordinado não pode ser compelido, pelo superior, a praticar ato evidentemente ilegal. O respeito hierárquico não vai ao ponto de suprimir, no subalterno, o senso do legal e do ilegal, do lícito e do ilícito, do bem e do mal. Não o transforma em autônomo executor de ordens superiores; permite-lhe raciocinar e usar de iniciativa no desempenho de suas atribuições, e nos restritos limites de sua competência. Daí não lhe ser lícito discutir ou descumprir ordens senão quando se apresentem *manifestamente* ilegais. Sòmente as que se evidenciarem, ao senso comum, contrárias ou sem base na lei, é que permitem ao subalterno recurso o cumprimento. A apreciação da conveniência e da oportunidade das determinações superiores, refoge das atribuições meramente administrativas, e por isso escapam da órbita de ação dos servidores subalternos. Descumprindo-as ou retardando o seu cumprimento poderá o subordinado relapso incorrer não só em falta disciplinar, como também em crime de ação pública (10).

A submissão hierárquica retira do inferior a atuação política, isto é, despe o subordinado da ação de comando, permitindo-lhe, tão sòmente, agir com iniciativa no estrito âmbito de suas atribuições específicas. O superior autônomo, ou seja, aquêle que se encontra no ápice da pirâmide hierárquica é que detém o comando político-administrativo da atividade executiva. Ao chefe do órgão executivo é que incumbe tomar as resoluções políticas, no sentido da escolha do objeto, dos meios e da oportunidade mais conveniente à consecução dos fins governamentais, que devem tender sempre para o bem comum.

Do poder hierárquico decorrem faculdades implícitas para o superior, tais como a de *dar ordens*, a de *fiscalizar* o seu cumprimento, a de *delegar* e *avocar* atribuições, e a de *rever* os atos dos inferiores.

PODER DISCIPLINAR — O *poder disciplinar* é o que confere ao administrador público a faculdade discricionária de reprimir as infrações funcionais de seus subordinados, no âmbito administrativo.

O poder disciplinar é correlato com o poder hierárquico, mas com êle não se confunde. No uso do poder hierárquico a Administra-

(10) Código Penal, art. 319.

ção Pública distribui e escalona as suas funções; no uso do poder disciplinar ela controla o serviço e responsabiliza os seus servidores faltosos. Daí a afirmativa de MARCELO CAETANO de que “o poder disciplinar tem sua origem e razão de ser no interêsse e na necessidade de aperfeiçoamento progressivo do serviço público” (11). Com efeito, o titular do poder disciplinar é o único juiz da oportunidade e da conveniência de punir determinada falta administrativa, dentro dos limites que lhe impõe a própria natureza do serviço público. Dentro desses limites o uso desse poder é discricionário.

Não se deve confundir, também, o poder disciplinar da Administração com o poder punitivo da Justiça Penal. O poder disciplinar é exercido como faculdade normativa interna da Administração, e só abrange as faltas relacionadas com o serviço e decorrentes dos deveres funcionais dos servidores públicos. A punição criminal, pela Justiça comum, abrange os crimes e contravenções previamente definidos nas leis penais e é aplicada com a tríplice finalidade retributiva, intimidativa e de defesa social. Modernamente já ninguém confunde o poder disciplinar com o *jus puniendi*, pois que aquêle visa especificamente o funcionário a êste, genêricamente, o indivíduo no seio da comunidade. A punição disciplinar e a penal se fundam em motivos diversos, e diversa é a natureza das penas. A diferença não é de grau; é de substância (12). Dessa substancial diversidade entre a infração administrativa e a infração criminal resultam conseqüências bem diferenciadas entre as duas punições, que podem se justapor, sem que ocorra *bis in idem*, vedado no Direito Penal, mas tolerado no Direito Administrativo. Por outras palavras, um procedimento pode ao mesmo tempo constituir falta administrativa e infração penal, sujeitando o seu agente às duas punições, sem que a isto se oponha o princípio criminal do *non bis in idem*.

Outra característica do poder disciplinar é o seu discricionarismo, no sentido de que não está vinculado à prévia definição da lei

(11) MARCELO CAETANO, *Do Poder Disciplinar*, 1932, pg. 25.

(12) GUIDO ZANOBINI, *Le Sanzione Amministrative*, pg. 111; LÚCIO BITTENCOURT, *Direito Disciplinar, Princípio da Legalidade*, in RDA 2/794; A. GONÇALVES DE OLIVEIRA, Parecer in RDA 46/478; MANZINI, *Trattato di Diritto Penale*, 1920, I/80; GASTON JÈZE, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, 1949, III/92; PAUL DUEZ et GUY DEBEYRE, *Traité de Droit Administratif*, 1952, pg. 677, n.º 927; ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 1953, pág. 705, n.º 1.362.

sobre a infração funcional e a respectiva sanção (13). Não se aplica ao poder disciplinar o princípio da antecedência legal que domina inteiramente o direito criminal comum, ao afirmar a inexistência da infração penal sem prévia lei que a defina e apene: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Esse princípio não vigora em matéria disciplinar. O administrador, no seu prudente critério, tendo em vista os deveres do funcionário, em relação ao serviço, e verificando a falta, aplicará a sanção que julgar cabível, oportuna e conveniente, dentre as que estiverem enumeradas em lei ou regulamento para a generalidade das infrações administrativas. A aplicação da pena disciplinar tem para o superior hierárquico o caráter de um *poder-dever*, uma vez que a condescendência na punição é considerada crime contra a Administração Pública. Todo chefe tem o poder e o dever de punir o subordinado quando este der ensejo, ou, se lhe faltar competência para a aplicação da pena devida, fica na obrigação de levar o fato ao conhecimento da autoridade competente. E' o que determina a lei penal vigente (Código Penal, art. 320).

As *penas disciplinares*, em o nosso direito administrativo federal (14) são de seis espécies, enumerando-se nesta ordem crescente de gravidade: I) repreensão; II) multa; III) suspensão; IV) destituição de função; V) demissão; VI) cassação de aposentadoria ou disponibilidade (Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União. — Lei federal n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952). A enumeração das penas em ordem crescente de gravidade não quer dizer que o superior tenha que começar sempre pela mais branda para atingir a mais rigorosa. Conforme a gravidade do fato a ser punido, escolherá, dentre as penas legais, a que consulte ao interesse do serviço e a que mais bem reprima a falta cometida. Neste campo é que entra o discricionarismo disciplinar. Isto não significa, entretanto, que o superior hierárquico possa punir, arbitrariamente, ou sem se ater a critérios jurídicos. Não é este o significado da discricionariedade disciplinar. O que se quer dizer é que a Administração pode e deve, atendendo-se aos princípios gerais do direito e às normas administrativas específicas do serviço, conceituar a falta cometida, escolher e gra-

(13) CAIO TÁCITO, *Poder Disciplinar e Direito de Defesa*, in RDA 37/345. No mesmo sentido: ROGER BONNARD, *Droit Administratif*, 13.^a ed., pág. 77 — SANTI ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Scritti Minori*, II/91.

(14) Essas penas não são exaustivas e nem de aplicação obrigatória. ao funcionalismo estadual e municipal, que pode ter estatuto próprio.

duar a pena disciplinar em face dos dados concretos apurados pelos meios regulares — inquérito ou processo administrativo, sindicância e meios sumários, conforme a maior ou menor gravidade da falta, ou a natureza da pena a ser aplicada (15).

O essencial é que antes da aplicação da pena disciplinar se apure efetivamente a falta, dando-se oportunidade de defesa ao acusado. Sem o atendimento desses dois requisitos a punição assumirá o aspecto de arbitrariedade (e não discricionariedade) e será inválida por via judicial (16).

A *motivação da punição disciplinar* se nos afigura imprescindível para a validade da pena. Não se pode admitir como legal, punição desacompanhada de justificativa da autoridade que a impõe. Até aí não vai a discricionariedade do poder disciplinar. O discricionarismo disciplinar se circunscreve na escolha da penalidade, dentre as várias possíveis, na graduação da pena, na oportunidade e conveniência de sua imposição. Mas, quanto à existência da falta e os motivos em que a Administração embasa a punição, não podem ser omitidos ou olvidados no ato punitivo. Tal motivação, é bem de ver, pode ser resumida, mas não pode ser dispensada totalmente. O que não se exige são as formalidades de um processo judiciário, se bem que boa parte do seu rito possa ser útilmente adotado pela Administração, para resguardo da legalidade de seu ato. A autoridade administrativa não está adstrita, como a judiciária, às fórmulas processuais. Pode usar de meios mais simples e consentâneos com a finalidade disciplinar, para apurar a falta e impor a pena adequada. O que não nos parece admissível é que deixe de indicar claramente o motivo e os meios regulares de que usou para a verificação da falta objeto da punição disciplinar.

A motivação se destina a evidenciar a conformação da pena com a falta, e a permitir que se confira a todo tempo a *realidade* e a *legitimidade* dos atos ou fatos ensejadores da punição administrativa. Segundo a moderna doutrina francesa, hoje aceita pelos nossos publicistas e pela nossa jurisprudência, todo ato administrativo é inoperante quando o motivo invocado é falso ou inidôneo, vale dizer, quando ocorre *inexistência material* ou *inexistência jurídica* dos motivos. Esses motivos, na expressão de JÈZE, devem ser “materialmente

(15) STF RDA; TJSP RDA 23/117.

(16) STF RDA 37/345 — TJSP.

exatos e juridicamente fundados” (17). Tal teoria tem inteira aplicação ao ato disciplinar, que é espécie do gênero ato administrativo.

Ao motivar a imposição da pena, o administrador não se está despojando da discricionariedade que lhe é conferida em matéria disciplinar. Está, apenas, *legalizando* essa discricionariedade visto que a *valoração* dos motivos é matéria reservada privativamente à sua consideração, sem que outro Poder possa rever o mérito de tais motivos invocados, sem lhe adentrar a substância administrativa (18).

PODER REGULAMENTAR — O *poder regulamentar* é inerente e exclusivo da função executiva (Const. Fed., art. 87, n. I). Os estados de direito, como o nosso, repartem as atividades governamentais entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Esses Poderes, por sua vez, se desdobram em órgãos, com atribuições específicas e bem diferenciadas, segundo a missão a realizar. Ao Legislativo incumbe elaborar a lei; ao Executivo toca executar a lei, convertendo-a em atos concretos de administração; ao Judiciário compete impor coercitivamente a observância da lei. Pode-se dizer, assim, que a Administração, o Governo em sentido amplo, é a resultante dessas três atividades operando coordenadamente para a consecução do bem-comum.

No poder de administrar está implícito o de regulamentar. As lacunas da lei, a imprevisibilidade de certos fatos e circunstâncias, que surgem a todo momento a reclamar providências imediatas da Administração, impõem se reconheça ao Executivo o poder de regulamentar as normas legislativas incompletas, ou de prover situações não previstas pelo legislador, mas ocorrentes na prática administrativa. Era de se desejar que a nossa Constituição ampliasse o poder regulamentar de modo a permitir ao Executivo maior liberdade no tratamento dos negócios públicos de sua competência. Ao revés, os nossos constituintes de 1946, reagindo ao fortalecimento do Executivo no regime anterior, enfraqueceram demasiadamente esse Poder, negando-lhe

(17) GASTON JÈZE, in *Revue du Droit Public et de La Science Politique*, 1937, 54/324. No mesmo sentido veja-se, entre nós: CAIO TÁCITO, *A inexistência dos motivos nos atos administrativos*, in RDA 36/78 e *Contrôle dos motivos nos atos discricionários*, in RDA 38/350; BILAC PINTO, *Estudos de Direito Público* 1953, pg. 312; FRANCISCO CAMPOS, *Direito Administrativo*, 1943, pg. 122.

(18) Jurisprudência pátria: STF-RDA 38/350 — TFR-RDA 46/189 — 25/92 — 24/143 — TJSP-RT 217/130 — 199/278 — 191/691 — TASP-RT 211/449.

quaisquer delegações de outros Poderes (19), e restringindo ao mínimo a faculdade regulamentar (20).

Os *regulamentos* são atos administrativos gerais expedidos privativamente pelos chefes do Executivo federal, estadual e municipal — Presidente da República, Governadores e Prefeitos —, em decretos, com o fim de explicar o modo e forma da execução da lei (*regulamento de execução*), ou prover situações não previstas em lei (regulamento autônomo ou independente).

O regulamento não é lei, embora a ela se assemelhe no conteúdo e poder normativo (21). Nem toda lei depende de regulamento para ser executada, mas toda e qualquer lei pode ser regulamentada se o Executivo julgar conveniente fazê-lo. Sendo o regulamento, na hierarquia das normas, ato inferior à lei, não a pode contrariar nem restringir ou ampliar suas disposições. Só lhe cabe explicitar a lei, dentro dos limites por ela traçados. Na omissão da lei o regulamento su-

(19) Referindo-se ao art. 36, § 2.º, da Constituição Federal, que proíbe as delegações de poderes, o Deputado AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO apontou precisamente a sua origem: “Este artigo não é senão a explosão de um recalque antiditorialista da Assembléia Constituinte, não é senão o gesto de revide desta Casa, fechada traiçoeiramente a 10 de novembro pelo Ditador. Este artigo não é senão a manifestação de uma condenação política, êle não é senão o protesto da consciência legislativa nacional em face das ameaças da espada ou da Ditadura” (*Diário do Congresso Nacional*, de 24 de fevereiro de 1949, pg. 1.296).

(20) CARLOS MEDEIROS SILVA, *O poder regulamentar e sua extensão*, in RDA 20/1 — *O poder regulamentar no direito comparado*, in RDA 30/28; CAIO TÁCITO, *As delegações legislativas e o poder regulamentar*, in RDA 34/471; VÍTOR NUNES LEAL, *Lei e regulamento*, in RDA 1/371.

(21) O *poder normativo*, embora caiba predominantemente ao Legislativo não se exaure. Outros órgãos da Administração também o exercitam, notadamente os do Executivo, quando expedem regulamentos e determinações de caráter geral e externo. A propósito merecem transcritas as considerações do Professor CAIO TÁCITO, em lúcido comentário à decisão do Tribunal Federal de Recursos, que sufragou a tese ora sustentada: “A capacidade ordenatória do Estado se manifesta por meio de círculos concêntricos que vão, sucessivamente, da Constituição à lei material e formal, isto é, àquela elaborada pelos órgãos legislativos; desta aos regulamentos por meio dos quais o Presidente da República complementa e particulariza as leis; e, finalmente, aos atos administrativos gerais, originários das várias escalas, de competência administrativa. São constantes as *normas*, de força obrigatória equivalente às leis e regulamentos, desde que a elas ajustadas, contidas em portarias, ordens de serviço, circulares, instruções ou em meros despachos. E, em suma, a substância, e não a forma, que exprime a distinção entre o *ato administrativo especial* (decisão específica) e o *ato administrativo geral* (ato normativo). Aquêles, tal como as decisões judiciais, aplica o direito ao caso, resolvendo uma postulação concreta. Este, representa a formulação de uma ordem nova, complementar ao direito existente, que esclarece e desenvolve, tendo obviamente, conteúdo inovador, embora mínimo” (*O mandado de segurança e o poder normativo da Administração*, in RDA 46/246).

pre a lacuna, até que a legislador complete os claros da legislação. Enquanto não o fizer, vige o regulamento, desde que não invada matéria reservada à lei (22).

PODER DE POLÍCIA — O conceito de poder de polícia se vem alargando dia a dia, de modo a abranger, cada vez mais, as atividades particulares que interessem direta e imediatamente à coletividade.

Para nós, *poder de polícia é a faculdade discricionária que se reconhece à Administração Pública, de restringir e condicionar o uso e gozo dos direitos individuais, especialmente os de propriedade, em benefício do bem-estar geral* (23).

Em linguagem mais livre se pode dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem empregado pela Administração Pública para deter o uso anti-social dos direitos individuais. Por esse mecanismo, próprio do Direito Administrativo, o Poder Público contém a ação particular contrária, nociva ou inconveniente à coletividade. Como meio de frenagem inerente a toda Administração Pública — federal, estadual, municipal —, éle habilita os agentes administrativos a velar eficientemente o bem comum, fazendo cessar toda atividade individual que lese ou ameace lesar os interesses gerais da comunidade.

Na conceituação de CAIO TÁCITO, “o poder de polícia é, em suma o conjunto de atribuições concedidas à Administração Pública para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais” (24).

Na lição de COOLEY, “o poder de polícia (*police power*), em sentido amplo, compreende um sistema total de regulamentação interna, pelo qual o Estado busca não só preservar a ordem pública, senão também estabelecer para a vida de relações dos cidadãos aquelas regras de boas maneiras e de boa vizinhança que se supõem necessárias para evitar conflito de direitos e para garantir a cada um o gozo ininterrupto de seu próprio direito, até onde fôr razoavelmente compatível com o direito dos demais” (25).

Na síntese de FLEINER “o poder de polícia é a faculdade de ditar normas com força obrigatória para submeter as atividades da liber-

(22) CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, *Fontes do Direito Administrativo — Limites do poder regulamentar*, in RDA 28/1.

(23) Veja-se o nosso *O poder de polícia do Município*, in *Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Prefeitura do Distrito Federal*, IV/55.

(24) CAIO TÁCITO, *O poder de polícia e seus limites*, in RDA 27/1.

(25) COOLEY (T. M.), *Constitutional Limitation*, 1903, pg. 829.

dade pessoal e a propriedade aos limites que o bem público exija” (26).

O que a doutrina põe em relêvo, pela unanimidade dos autores, é a faculdade que tem toda Administração Pública de editar e executar medidas restritivas do direito individual, em benefício da coletividade. Esse poder se difunde por todas as entidades estatais, cabendo ao Município boa parte de sua utilização no policiamento das atividades locais. A esse propósito merece invocada a autoridade de BONNARD: “A competência em matéria de polícia não deve ser reservada exclusivamente nem ao poder central, nem às autoridades administrativas locais. Ela deve ser repartida entre as diferentes autoridades com uma parte preponderante para a administração local. A polícia deve ser, em sua maior parte, polícia municipal” (27). E sobejam razões para esse maior aquinhoamento do poder de polícia às Municipalidades, porque suas administrações é que mantêm contato direto e freqüente com as realidades sociais, com a vida dos munícipes, e por isso mesmo estão em condições mais propícias para resguardar o interesse coletivo, contra o uso anti-social dos direitos individuais, através de medidas prontas e adequadas à proteção da coletividade local.

A extensão do poder de polícia é hoje muito ampla, e por isso mesmo se reparte entre a *polícia judiciária* e a *polícia administrativa*, que é a que nos interessa neste estudo.

Polícia judiciária é a que tem por missão assegurar a ordem pública em terra, prevenir e reprimir infrações penais — crimes e contravenções — e apresentar os infratores à Justiça para a conveniente punição. Em decorrência de sua missão, ela atua por meio de corporações armadas e serviços especializados em repressões, prevenções e investigações criminais. É empregada na vigilância e defesa das pessoas e de seus bens, incumbindo-lhe efetuar prisões em flagrante e em cumprimento de mandados judiciais, assim como garantir a execução de ordens administrativas quando resistidas pelos particulares. Na polícia judiciária é que reside, propriamente, a *força pública* do Estado.

Polícia administrativa é a que se destina a assegurar o bem-estar geral, impedindo, através de ordens e proibições das autoridades com-

(26) FRITZ FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, 1933, pág. 311.

(27) ROGER BONNARD, *Précis de Droit Administratif*, 1935, pg. 323.

petentes, o uso anti-social dos direitos individuais e da propriedade particular. A polícia administrativa se exterioriza no conjunto de órgãos e serviços públicos incumbidos de fiscalizar, controlar e deter as atividades individuais (não os indivíduos) que se revelem contrárias, inconvenientes ou nocivas à coletividade, no tocante à segurança, à higiene, à saúde, à moralidade, ao sossêgo, ao conforto público, bem assim à estética da cidade.

Daí a justa observação de HAURIU de que: “Todo poder administrativo gira em tórno da idéia de polícia preventiva destinada a procurar u’a melhor paz social. E não é difícil demonstrar que as organizações de serviços públicos, por mais técnicos que sejam, não passam de meios de polícia e de garantias preventivas da paz social” (28).

No uso normal do *poder de polícia administrativa* a Administração expede regulamentos e demais determinações para o exercício dos direitos e atividades particulares que interessem à coletividade. A essas normas ficam sujeitos todos os que venham a praticar a atividade policiada administrativamente, dependendo o seu exercício de licença prévia da autoridade competente, licença que, na técnica administrativa, se denomina *alvará*. O *alvará* como tóda licença administrativa é sempre expedido a título precário, podendo ser cassado, a qualquer tempo, se resultar de êrro, ou se o seu beneficiário desatender as prescrições legais ou regulamentares no exercício da atividade licenciada, ou, ainda, se o interêsse público vier a exigir a cessação da atividade ou da obra até então autorizada. O *alvará*, como licença precária, sempre dependente da conveniência social, não leva o particular a adquirir direito absoluto ao exercício da atividade ou à realização da obra autorizada, pela razão constitucional de que o exercício dos direitos individuais não pode se superpor ao interêsse público (art. 141), e o uso da propriedade será sempre condicionado ao bem-estar social (art. 147). Pode, pois, a Administração pública, a todo tempo, fazer cessar as atividades ou obras particulares que, por motivos supervenientes, se tornarem prejudiciais ou inconvenientes à comunidade, desde que indenize os danos suportados pelo particular com a retirada da licença ou com a interdição e demolição da obra, até então permitidas.

Os fundamentos do *poder de polícia administrativa* se embasam no interêsse público e defluem da Constituição e das leis ordinárias

que, a cada passo, deferem à autoridade pública missão de fiscalização e contrôle da atividade privada, em benefício da coletividade. Tais autorizações, nem sempre vêm expressas em texto legal, mas decorrem, na maioria dos casos, de permissão virtual, como poderes implícitos necessários à consecução dos fins administrativos, almejados pelo legislador. Sem muito respigar, se nos deparam na Constituição Federal claras restrições à liberdade individual (art. 141, §§ 5.º e 11 a 15), ao direito de propriedade (arts. 141, § 16 e 147), à liberdade de comércio (arts. 145, 168, 148, 149), ao exercício das profissões (art. 141, § 14) e outras mais. Por igual, o Código Civil restringe o exercício dos direitos individuais ao seu uso *normal*, cominando-lhe sanções quando abusivo (art. 160), e expressamente subordina o direito de construir a normas gerais intransponíveis (arts. 572 a 587), e a exigências especiais das leis e regulamentos edilícios (art. 572). Leis outras, como o Código de Águas, o Código do Ar, o Código Florestal, consignam restrições diversas, visando sempre o bem-estar geral.

A cada restrição de direito, autorizada em lei, corresponde equivalente poder de polícia à Administração Pública para fazê-la obedida. Conclui-se, assim, que êsse poder está sempre em exata correspondência com as limitações da atividade individual, legalmente estabelecidas.

Os limites do *poder de polícia administrativa* são demarcados pelo interêsse social em conciliação com os direitos individuais constitucionalmente assegurados. O sistema de liberdade pública não é regime de *licença*, e por isso mesmo, de par com as garantias individuais, admite a regulamentação do exercício dos direitos e das atividades fundamentais do homem, em prol da comunidade. Do absolutismo liberal evoluímos para o relativismo social. Os Estados modernos, como o nosso, inspiram-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana. Daí o equilíbrio entre a fruição dos direitos individuais e as exigências do bem comum. Através de imposições do Estado, o indivíduo cede parcelas mínimas de seus direitos à comunidade, e esta lhe retribui o benefício em segurança, ordem, moralidade e salubridade públicas, propiciadoras do bem-estar geral. Para a dosagem dessas concessões individuais em favor da comunidade, o Estado utiliza-se dêsse poder discricionário, que é o poder de polícia administrativa. Tal poder, entretanto, não é arbitrário, absoluto, ilimitado. Ao revés, é condicionado pelos princípios

(28) MAURICE HAURIU, *Droit Administratif*, 1926, pg. 8.

constitucionais que definem os direitos e garantias individuais, como mínimos legais a serem respeitados pelo próprio Estado.

A liberdade da Administração Pública, em matéria de polícia, é a de movimentar-se livremente dentro do campo que a lei demarca. Em se tratando de faculdade discricionária, a norma legal não minudeia o modo, forma, tempo e condições da prática do ato de polícia, como não indica os motivos que o ensejam, nem particulariza o seu objeto. Esses aspectos são confiados ao prudente critério do administrador público, e dentro desses limites o ato de polícia é inatacável. Mas, se a Administração, exorbitando a esfera discricionária que lhe é reconhecida, dela se afastar, transpondo os línides legais ou desviando-se da finalidade pública, o ato de polícia ficará sujeito à invalidação, como qualquer outro ato administrativo, cometido com abuso ou excesso de poder (29).

O objeto do poder de polícia administrativa é todo bem, direito ou atividade suscetível de regulamentação e restrição pela Administração Pública, em proveito da segurança, salubridade e bem-estar da coletividade. Com esse objetivo o Poder Público polícia geralmente a ação particular em tudo que respeite a incolumidade, à higiene, à saúde, à moralidade pública e a estética da cidade. Não obstante sejam essas as matérias de eleição do poder de polícia, as exigências da civilização concitam o Poder Público a estender o âmbito da polícia administrativa a outros setores da atividade humana, tais como ao do domínio econômico, das profissões liberais, da indústria, do comércio, da propriedade particular, da entrada e permanência de estrangeiros no país, e outros mais.

Neste vasto campo das atividades do indivíduo em sociedade é que o Poder Público atua como mecanismo de frenagem dos impulsos anti-sociais dos particulares. Ele atua por meio de atos concretos de administração, de caráter *preventivo*, *repressivo* e *restritivo* das liberdades individuais, atos estes que se manifestam por *ordens* e *proibições* tendentes a obter de cada indivíduo o comportamento conveniente à sociedade. Por isso mesmo o ato de polícia é sempre coercitivo, e se faz acompanhar de sanções a serem impostas pela força, aos que descumprirem as determinações administrativas.

As sanções do poder de polícia, como meio de intimidação e coerção, principiam, geralmente, com multa administrativa e se esca-

donam em cominações mais graves, como a interdição de atividades, o fechamento de estabelecimentos, o embargo de obras, a destruição de objetos e gêneros alimentícios, a demolição de prédios, a vedação de comércio, a proibição da instalação de indústrias, a vedação do exercício de atividades políticas, sociais, religiosas, recreativas, científicas, literárias, ou artísticas reputadas inconvenientes ou inoportunas em determinadas épocas, locais ou circunstâncias, além da apreensão de insanos, ébrios ou doentes sujeitos a internamento compulsório, e outras mais que as autoridades administrativas estejam legalmente autorizadas a utilizar.

A imposição dessas sanções ou penalidades cabe, privativamente, à Administração Pública, por seu órgão competente para conceder licenças, e conseqüentemente, com poder bastante para fiscalizar e cassar a autorização concedida, ou impedir o exercício da atividade particular prejudicial ao interesse da comunidade. Da natureza *executória* do ato de polícia, decorre para a Administração a faculdade de impor e executar *diretamente* as sanções administrativas; de sua natureza *discricionária* deflui a faculdade de escolha da sanção a aplicar e do momento e limites de sua aplicação, sem que outro poder possa interferir ou restringir essa liberdade administrativa do Executivo.

As condições de validade do ato de polícia se resumem nestes quatro elementos: competência da autoridade que o pratica; correspondência com o fim expresso ou implícito na norma que a autoriza; proporcionalidade entre a restrição imposta ao direito individual e os benefícios que dela decorrem para a comunidade; legalidade dos meios empregados.

As duas primeiras condições — *competência* e *finalidade* — são requisitos genéricos de todo ato administrativo, uma vez que não se pode considerar válido ato praticado por autoridade incompetente, ou ato desviado da finalidade pública consignada em lei.

A terceira condição — *proporcionalidade* — é atributo específico do ato de polícia administrativa, visto que não se compreende o sacrifício de um direito, de uma liberdade, ou de uma atividade lícita do particular, sem vantagem apreciável para a coletividade, ou em maiores proporções que as exigidas pelo interesse público. O direito não tutela atos sem finalidade, nem autoriza restrições caprichosas. O ato de polícia só é lícito, quando dêle resultar uma utilidade sensível para a comunidade, e fôr praticado segundo as necessidades do

(29) STF-RDA 30/257 — TJSP-RDA 39/258 — TJDF-RDA 35/295, 38/336, 40/344.

bem comum. O sacrifício do direito do cidadão deve ser compensado pelo benefício de ordem geral, resultante da restrição imposta à atividade policiada. Fora daí, tudo descamba para o arbítrio e se macula de ilegalidade.

O último requisito — *legalidade dos meios* — se relaciona com as garantias individuais com que a Constituição resguarda os direitos e atividades fundamentais do homem. Com o ser o ato de polícia de natureza discricionária, não está o Poder Público autorizado a empregar meios ilegais para a sua prática, embora lícito e legal o fim, competente a autoridade para ordená-lo, e de interesse público a restrição imposta ao particular. Em matéria de polícia, adverte BONNARD, “la fin ne justifie pas tous les moyens” (30). Com efeito, os meios devem ser os autorizados em lei, os permitidos pela moral, os reconhecidos pelo direito, embora coercitivos e traduzidos em força física. Tais meios não de ser compatíveis com a necessidade e urgência da medida, e com a dignidade humana. A interdição de atividades, a destruição de bens, a demolição de obras, o emprêgo da força física, a detenção pessoal, só se justificam como providências extremas do Poder Público. Enquanto houver possibilidade de concretizar a medida policial por meio de ordens administrativas, não se legitima a violência. Só a renitência ou resistência do particular às determinações legais é que autorizam o emprêgo da força física como último argumento do Poder Público contra o capricho do indivíduo.

A *discricionariedade e a executoriedade do ato de polícia administrativa* são hoje reconhecidas uniformemente pela doutrina e pela jurisprudência (31).

A *discricionariedade* se traduz na livre apreciação, pelo administrador público, da oportunidade e conveniência de sua ação, bem como dos meios a empregar, dentre os admitidos pelo direito, para atingir o fim administrativo visado (32). Desde que o ato se contenha na área de liberdade reconhecida à Administração, ela escolherá *como, quando, e em que condições* deve praticá-lo. Nenhum outro poder, nem mesmo o Judiciário, dispõe de competência para modificar ou

(30) ROGER BONNARD, *Précis de Droit Administratif*, 1935, pg. 321.

(31) BORSI, *L'executorietà degli atti amministrativi*, 1.^a ed., pg. 51; RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella Pubblica Amministrazione*, 1.^a ed., pg. 135; GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 3.^a ed., I/69; MACHADO GUIMARÃES, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1.^a ed., IV/221. Na jurisprudência veja-se: STF-RDA 30/257 — TJSP RT 183/823 — 186/325 — 194/225 — 210/161 — RDA 35/293 — 38/336 — 40/344.

invalidar o ato de polícia administrativa, por considerações de injustiça, inoportunidade ou inconveniência de sua prática. A apreciação judiciária se restringirá, como na de todo ato administrativo, ao aspecto da *legalidade*, isto é, da adequação formal, substancial ou ideológica do ato com a lei.

A *executoriedade* do ato de polícia é, também, característica inerente à sua natureza. Isto significa que o ato de polícia traz em si a possibilidade de execução direta e imediata pela Administração, sem recorrer a qualquer outro órgão ou Poder, estranho ao Executivo. Para a prática do ato de polícia administrativa não há necessidade de prévia apreciação e decisão judiciária. A própria Administração fá-lo executar com seus próprios meios, garantida pela força pública, se preciso fôr, ainda que o ato importe em apreensões de coisas, embargos ou demolição de obras, impedimento de ingresso de pessoas em determinados lugares, inutilização de gêneros impróprios para o consumo, fechamento de estabelecimentos e o que mais se contiver na competência de quem o determine.

Claro está que se o particular se julgar ferido em seus bens ou direitos, pela execução do ato de polícia, poderá pleitear perante o Judiciário, em procedimento adequado, sua suspensão, anulação ou reparação do dano injustamente suportado. O que pretendemos assinalar é que a Administração Pública não fica sujeita à prévia obtenção de mandado judicial para a efetivação das medidas de polícia administrativa, sejam elas de que natureza forem. A propósito já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em sessão plenária, que em tema de ato de polícia nenhuma procedência tem a objeção de que a ação sumária da Administração Pública pode lesar o indivíduo, na sua liberdade ou no seu patrimônio. “Exigir-se prévia autorização do Poder Judiciário — conclui o julgado — equivale a negar-se o próprio poder de polícia administrativa, cujo ato tem de ser sumário, direto e imediato, sem as delongas e complicações de um processo judiciário prévio” (33).

O USO E O ABUSO DO PODER — O poder concedido à autoridade pública tem limites certos e forma legal de utilização. Não é

(32) Não se deve confundir *discricionariedade* com *arbitrariedade*. *Discricionariedade* é a liberdade de agir dentro dos limites pre-traçados pelo direito; *arbitrariedade* é ação excedente ou contrária à lei, cometida com abuso ou desvio de poder. O ato discricionário, quando permitido à Administração Pública, é legítimo e válido; o ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.

(33) TJSP RT 183/823 — No mesmo sentido: RT 186/325 — 210/161 — 227/136.

carta branca para arbítrios, caprichos, prepotências, improbidades ou favoritismos administrativos. Todo ato do Poder Público, para ser irrepreensível, há de conformar-se com a lei, com a moral e com a finalidade social. Legalidade, moralidade e finalidade são pressupostos indissociáveis de todo ato administrativo que almeje ser legítimo. A utilização do poder administrativo há de ser orientada pelo interesse público, nunca pelo interesse pessoal do administrador ou de seus correligionários e mentores. O interesse público, e não a vontade da autoridade, é que impera nos domínios da Administração.

O poder é pôsto à disposição da autoridade pública para ser usado em benefício da coletividade, mas usado nos justos limites que o interesse coletivo exigir. Isto significa que o poder administrativo, como o direito individual, não de ser usados com normalidade, e não com abuso. O uso do poder é lícito; o abuso, ilícito.

O uso do poder há de ser normal e legal. Usar normalmente do poder é utilizá-lo dentro dos limites traçados pela lei, segundo os preceitos da moral administrativa e em defesa dos interesses sociais. Abusar do poder é empregá-lo contra ou sem autorização da lei, em desconformidade com a moral da instituição e do cargo, ou para fins outros que não os reclamados pelo interesse geral da comunidade administrada.

O abuso do poder, como toda fraude, reveste as formas mais diversas. Ora se apresenta ostensivo como a truculência, às vezes dissimulado como o estelionato, e não raro encoberto na forma irrepreensível dos atos legais. Em qualquer dessas modalidades — flagrante ou disfarçado — o abuso do poder é sempre uma ilegalidade invalidadora do ato praticado. Foi com base nesse raciocínio que o Conselho de Estado da França passou a anular os atos abusivos das autoridades administrativas, dando ensejo à teoria do *desvio do poder*, alicerçada no “excès de pouvoir”, ou do “détournement de pouvoir”, hoje plenamente integrada na nossa prática administrativa e judiciária.

O *desvio do poder*, a que os franceses chamam “détournement de pouvoir”, nada mais é que a violação dissimulada da lei pelo agente administrativo, que, embora nos limites de suas atribuições, usa de seu poder para fins ou por motivos diversos daqueles em virtude dos quais o poder lhe foi conferido. O desvio do poder é, em última análise, a violação ideológica da lei, ou por outras palavras, a violação moral da lei, visando o administrador público fins não queridos pelo

legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo legal. Embora fundado na lei, o administrador comete, em tal caso, um abuso de poder, pela imoralidade do fim visado encobertamente, ou pela imoralidade dos meios e dos motivos invocados para o cometimento do ato.

Daí a justa explicação de RIPERT de que “A teoria do abuso do direito foi inteiramente inspirada na moral e a sua penetração no domínio jurídico obedeceu a propósito determinado. Trata-se, com efeito, de desarmar o pretense titular de um direito subjetivo e, por conseguinte, de encarar de modo diverso direitos objetivamente iguais, pronunciando uma espécie de juízo de caducidade contra o direito que tiver sido *imoralmente* exercido. O problema não é, pois, de responsabilidade civil, mas de *moralidade* no exercício dos direitos” (34).

Transplantando-se êsses conceitos para o direito administrativo temos que, se o poder foi conferido ao administrador para realizar determinado fim, por determinados motivos e por determinados meios, toda ação que se apartar dessa conduta, contrariando ou la-deando o desejo da lei, padece do vício de *desvio de poder*, e, como todo ato abusivo, arbitrário ou imoral, é nulo.

O ato administrativo — vinculado ou discricionário — deve ser praticado sempre com observância formal e ideológica da lei. Exato na forma e inexato no sentido, nos motivos ou nos fins, haverá sempre ilegalidade, por violação da lei ou por desvio do poder. O poder discricionário da Administração não vai ao ponto de encobrir arbitrariedade, capricho, má-fé, ou imoralidade administrativa, por ação ou omissão do agente do Poder.

Dentre os atos eivados de desvio de poder cita HAURIOU os que são praticados por interesse pessoal, por *favoritismo*, por *proteção partidária* e os que se realizam com *má-fé* administrativa, e ajunta o renomado publicista: “A Administração deve agir sempre de boa-fé, porque isto faz parte de sua moralidade” (35).

O controle da legalidade e da moralidade administrativas deve começar dentro da própria Administração, pela fiscalização do cumprimento da lei da observância dos preceitos da moral interna, cabendo ao Poder Público revogar e anular os seus próprios atos que se

(34) GEORGES RIPERT, *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, 1.^a ed., pg. 163.

(35) MAURICE HAURIOU, *Droit Administratif*, 1926, pag. 197.

apresentarem eivados de vícios de mérito ou de ilegitimidade formal ou substancial.

Mesmo as atividades chamadas discricionárias da Administração só o são dentro dos limites pretraçados pelo Direito, pela Moral e pela finalidade do ato a ser praticado. O que há nos atos discricionários é apenas maior liberdade administrativa na escolha das várias condutas possíveis, postas pela lei à disposição do administrador. Mas, quer nos atos vinculados, quer nos atos discricionários, a lei é a medida-padrão com que se aferirá a sua validade.

Para tanto, a Administração Pública dispõe de poderes bastantes, não só para bem ordenar e coordenar a atividade administrativa, como, e principalmente, para controlar e punir a ação ilegal ou abusiva de seus agentes. Se o não fizer, poderá ser solicitado, pelas vias próprias, o controle do Judiciário sobre os atos administrativos ilegais ou ilegítimos, provenham eles de qualquer Poder, órgão ou autoridade, e se apresentem com violação flagrante ou dissimulada da lei, por ausência, abuso ou desvio de poder.

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DA FILOSOFIA MUNICIPALISTA

YVES DE OLIVEIRA

Presidente da Associação Brasileira de Municípios. Diretor da "Revista de Direito Municipal"

1. CONCEITO DE MUNICIPALISMO

1. A doutrina municipalista impregna na sua filosofia, um conteúdo eminentemente valorizador do homem, sem distinções regionais e econômicas, financeiras, raciais, climatéricas, sociológicas ou psicológicas, éticas ou morais. Procura corrigir as desigualdades humanas, fruto da inoperância e da falta de consciência racional na distribuição da riqueza da terra e das condições geográficas. Essa é a nossa meta filosófica. Esse o nosso rumo científico, dando ao homem, onde quer que ele esteja, um mínimo de condições de civilização moderna, através da solução dos problemas de base, principalmente os de transportes, energia elétrica e educação.

Outorgando ao homem tais condições de civilização moderna, em termos não só individuais, mas comunitários, também, através de soluções coletivas, possibilitaremos vida melhor para cada indivíduo e cada agrupamento social. Não separamos, nem isolamos as soluções individuais das soluções coletivas, das Comunidades propriamente ditas, nem permitiremos que predomine o atual e chocante contraste entre as regiões geograficamente consideradas, que apresentam como hoje em dia num mesmo momento da história da humanidade, paisagens diferenciadas no campo do progresso e da técnica.

Que haja diferenças regionais; nunca, entretanto, tão intensas e tão absurdas como as que assistimos, com os nossos olhos perplexos

e estarecidos, testemunhando o modo contrastante por que estão vivendo homens e povos, em estágios muitas vezes diversos de civilização, numa mesma hora e num mesmo instante...

Se tivermos contribuído, com nossa parcela de esforços, para corrigir essa desigualdade, que não é só individual, mas profundamente coletiva, não há dúvida de que estaremos tranqüilos com a nossa consciência e recompensados com as incompreensões. Não lutaremos por posições político-partidárias, dentro da rigidez desses conceitos; outrossim, pelo homem universalmente falando, pela humanidade geograficamente considerada e pelo nosso País, contra as desigualdades, existentes entre as suas comunidades, aberrantes desigualdades essas, comprobatórias de erros e de equívocos doutrinários e filosóficos.

Eis aí um dos objetivos da doutrina municipalista, que amanhã substituirá, num futuro determinado, as obsoletas teorias ainda existentes e que deveriam já estar mumificadas no arquivo da história ou num museu de antiguidades por outras mais consentâneas com o grau de civilização que já atingimos. Não podemos admitir que se fale mais ao homem com promessas de um frio lirismo político, consubstanciadas na chamada e hipotética igualdade de todos perante a lei. A igualdade de todos perante a lei só se pode dar com a possibilidade de se dar também a cada indivíduo, idêntica oportunidade de usar e obter os instrumentos da civilização moderna. Essa igualdade teórica já se pode constituir num tema ultrapassado para os dias em que vivemos.

O homem tem que conciliar os elementos espirituais com os meios materiais, frutos da técnica e do industrialismo modernos. Sem essa conciliação, num mundo demograficamente denso, profundamente concorrente, saturado de privilégios e de injustiças, não será possível mais ao homem viver sem uma melhor distribuição da riqueza da terra e sem o seu racional aproveitamento em nome de uma concepção de vida filosoficamente mais igualitária e tecnicamente mais racionalizada, que não esqueça os direitos do indivíduo nem negue o bem-estar coletivo de todas as comunidades ao mesmo tempo.

Não basta dar ao homem, em determinado lugar, o privilégio de poder usar dos instrumentos da técnica moderna; é preciso mais do que isto: — dar a todos um mínimo de condições de vida que não incorra numa desigualdade injustificável, revoltante à toda prova.

Esse ideal municipalista marcha acompanhando tanto o desenvolvimento técnico e industrial do mundo hodierno, quando também o clima de desigualdades e de injustiças entre os homens e entre as comunidades ou agrupamentos sociais. Corrigir essas diferenças, lutar pelo aplainamento adequado desses contrastes humanos e sociais, constitui a meta fundamental e o sentido teleológico da doutrina municipalista.

2 CONCEITO DE SUPERMUNICIPALISMO

2. Dar-se a cada Homem e a cada Comunidade um *mínimo* de condições de civilização moderna é o objetivo fundamental da doutrina municipalista, proporcionar a cada indivíduo e a cada comunidade o *máximo* de condições de civilização moderna, configura-se o que nós chamamos de Supermunicipalismo.

Teria alguém definido o que seja Supermunicipalismo e firmado o seu conceito em termos científicos? Ou estamos criando ou definindo algo que não passaria de uma tentativa frustrada, desde os primeiros instantes? Ou será que a nossa convicção científica poderá algum dia realmente representar uma conceituação exata dessa expressão no mundo da ciência?

O que receamos é a falta de conceituação doutrinária dessa expressão. Não tememos o sorriso dos irônicos, nem aceitamos tranqüilos os aplausos dos amigos. Desejamos, antes e acima de tudo, neste século da energia e do movimento, e também do realismo e da positividade, não perder tempo ou ficar envolvido pelos preconceitos filosóficos e doutrinários revelados até o momento.

Para chegarmos ao *Supermunicipalismo*, temos de partir do conceito de Municipalismo. Não se pode compreender uma expressão sem conceituar a outra. O Municipalismo visa, no sentido filosófico, dar a cada Homem e cada Comunidade um mínimo de condições de civilização moderna, no mesmo instante na história da humanidade. Acabar-se com essa desigualdade de tratamento social e humano, no seu conjunto filosófico, eis o fim mais profundo dessa doutrina. Como conseguir esse objetivo? Tirando-se de estágios primitivos, atrasados, em condições mais precárias de civilização muitos agrupamentos sociais e dando-se a esse todo condições mínimas de progresso e desenvolvimento. Assim teríamos alcançado o objetivo inicial, que seria proporcionar a cada Homem e a cada Comunidade um mínimo de condições de civilização moderna!

E o máximo? E as áreas sociais que tivessem alcançado o grau máximo de civilização? E o Homem que tivesse podido superar o seu semelhante com uma concepção pragmática da vida a mais perfeita, na sua profundidade humana, psicológica, estética, social e ética? Como poderíamos situar o Homem e tais Comunidades que chegassem ao grau mais alto e mais progressista da convivência social? Um índice de civilização que permitisse, por exemplo, a utilização, pelo Homem, de consumo de energia elétrica por habitante de 1.000 kwts., outro que permitisse o consumo individual de 10.000 kwts? Nesse último caso, o Homem talvez tenha alcançado o grau máximo da civilização moderna, usando os fatores de progresso e desenvolvimento material, intelectual e moral em condições as mais perfeitas e adequadas. Encontramos aí o fundamento do conceito de Supermunicipalismo.

A civilização supermunicipalista será a civilização da era atômica! Será a civilização na qual o Homem e as Comunidades se elevarão ao grau máximo de perfeição humana, no progresso técnico, no desenvolvimento industrial, na estética, na ética e na adequação moral. Será que a inteligência do Homem permitirá uma era de igualdade consciente, de igualdade nascida da espontaneidade, de igualdade sonhadora, a mais bela e risonha imaginada pelo amor ao próximo como a si mesmo? Essa igualdade fundada numa distribuição perfeita da energia atômica, equivalente a três milhões de vezes à do carvão mineral e a dois milhões à do petróleo, promanadas do urânio e do tório, é a inspiradora, em nossa fraca inteligência, da concepção do Supermunicipalismo: ideal supremo e sublime da grandeza humana e da perfeição social.

Se a humanidade não puder chegar a essa etapa superior de civilização, pelo menos sonhamos, num dia de lucidez, de esperanças e de desejos, com tão sublime desiderato.

3. O MÉTODO MUNICIPALISTA DE PESQUISA — O ESTATÍSTICO

3. Os conceitos, ora emitidos, assinalam talvez uma linha de separação entre a fase pioneira, propriamente dita, do Movimento Municipalista e a fase atual em que estamos vivendo, de uma doutrina consolidada pelo seu sentido filosófico e pelo seu método de pesquisa, que é o estatístico. Não estamos encarando a vitória desse movimen-

to pelas manifestações exteriores de aplausos convencionais, fruto das possibilidades materiais de propaganda, incentivo ou difusão. Não! Esse aspecto, embora muito importante, para nós, é, nesse instante, secundário, ante a reflexão profunda dos fundamentos científicos da doutrina municipalista. O que ela vale pelo seu conteúdo doutrinário e o que encerra pelo seu colorido filosófico são os aspectos mais transcendentais e mais importantes dos dias da atualidade, em razão do tempo, do espaço, dos homens e das coisas, da teoria e dos seus resultados práticos. Aí é que está a razão suprema de nossas lutas e dos nossos sofrimentos, de nossas vitórias e de nossas incompreensões! Aí é que está o fundamento perene dessa jornada de sonhos maravilhosos e dessa caminhada que parecia utópica! Aí é que está o prisma consagrador da longa peregrinação pelas fantasias do espírito e pelas indagações sociológicas.

Não temos a veleidade de fazer afirmações dogmáticas sobre a matéria tratada. Procuramos, sim, situá-las com espírito científico e clareza de objetivos pragmáticos, em benefício do Homem e das Comunidades. Visamos, por outro lado, a solução de fundamentais problemas humanos e coletivos que têm desafiado a inteligência e as condições mais indicadas de adaptação do homem ao ambiente social em que vive.

O Municipalismo talvez seja o melhor caminho, o caminho mais indicado, pelo seu conteúdo filosófico e pelo seu método de pesquisa. Sem a ajuda de homens de boa-vontade e de estudiosos mais indicados, não poderão ser analisadas e completadas as idéias aqui consideradas, dentro do espírito mais modesto de cultura, como é a do autor destas reflexões.

4. DUAS ETAPAS IMPORTANTES PARA O MUNICIPALISMO

4. O Movimento Municipalista marcha dentro dos planos estabelecidos pelos líderes. Há sempre em todos os movimentos os idealizadores, os seus pioneiros e os seus consolidadores. Por isso o passo fundamental para qualquer jornada doutrinária é dar-lhe sentido filosófico e objetividade científica. Naturalmente isto é o mais difícil, contudo, o mais permanente e o mais profundo. Um movimento doutrinário sem filosofia acaba no personalismo de seus líderes, desaparecendo com o tempo, ao invés de alcançar um proselitismo substancial ou um conteúdo ideológico adequado.

Achamos que êsse sentido filosófico do Movimento Municipalista poderá alcançar uma consistência mais profunda, mais sólida e mais generalizada nos próximos Congressos de Municípios do Panamá, em agôsto vindouro, e no IV Congresso Nacional, no Rio de Janeiro. Essas duas oportunidades dos municipalistas em reverem o caminho percorrido e planejarem as etapas futuras são muito precisas, em decorrência da linha de evolução do nosso movimento.

A história dos acontecimentos políticos e doutrinários do mundo está a nos ensinar que o caminho de uma boa liderança é sempre o mais difícil, o que mais requer individualidades à altura dêsses altos e elevados propósitos científicos e sociais. O Movimento Municipalista não ficará no papel, nas Cartas de Municípios oriundas dos Congressos realizados nem na cabeça idealista de muitos de seus chefes. Ele tem que se projetar objetivamente, de evoluir dentro de certas normas preestabelecidas, examinando-se, de vez em quando, as metas alcançadas, as suas vitórias e os seus erros, os seus pensamentos doutrinários e a realidade social objetivamente considerada.

Êsse exame de consciência na evolução do Movimento Municipalista talvez tenha chegado ao seu ponto culminante nos dias atuais em que o mesmo vive, naturalmente dentro dessa primeira etapa de consideração filosófica e doutrinária. Por isso a nossa preocupação é grande: não por causa de influências pessimistas, mas pela evolução mesma da doutrina municipalista, que alcançou um grau considerável, em tão pouco tempo. Desejamos, por isso mesmo, não deixar que a sua evolução prossiga sem os exames e reexames, as consultas constantes com os companheiros e as trocas de informações permanentes. Temos metas difíceis em nossa frente, metas perigosas e merecedoras de especial estudo. Com o Movimento Municipalista, não visamos alcançar um pôsto ou uma função pública à custa do engôdo ou da mentira, da falsa doutrinação ou do sofisma da inteligência. Não. Mais altos são os nossos propósitos, os valorizadores do Homem e das Comunidades, onde quer que êle ou elas estejam, dando-lhes as melhores condições de civilização moderna.

5. CONCLUSÕES

- 1) Dar ao Municipalismo um conteúdo filosófico.
- 2) Que êsse conteúdo filosófico encerre um sentido universal de vida, isto é, dando-se a cada

Homem e a cada Comunidade um mínimo de condições necessárias para que possam usufruir tôdas as vantagens e benefícios da civilização moderna.

- 3) Que se criem condições associativas, que dilatem ao máximo, as possibilidades de internacionalização da doutrina municipalista.

LOTEAMENTOS. — DIREITOS DOS COMPROMISSÁRIOS E O PAPEL DAS PREFEITURAS

AUGUSTO GALVÃO VAZ CERQUINHO
Juiz de Direito em São Paulo

Os planos de loteamento de terrenos devem ser objeto de percu- rios e maduras observações de ordem estética, sanitária, social, econômica e financeira, antes de serem submetidos às autoridades militares, às de Saúde Pública e às dos governos municipais, para que se evitem, como consequência de precipitação ou imprevidência, modificações que possam atingir e prejudicar a fisionomia geográfica de todo ou sequer de uma das suas mínimas partes.

O compromissário-comprador adquire direitos que são protegidos não só pela lei civil comum como também, e até casuisticamente, por dois decretos específicos, ambos com amplo caráter de leis de ordem pública.

O papel das Prefeituras é, ou deve ser, num requintado teor urbanístico, decisivo na preservação da beleza e do bem-estar das cidades.

Assim, o novo plano de um loteamento já inscrito demanda tantos percalços, para que bem acautelados fiquem os interesses legítimos do povo e, por via de consequência, os das entidades de Direito Público interno, que nunca será demais insistir em que predomine sempre, antes das ofertas públicas, de que cogita a lei, aquêlê espírito de previsão e prudência de que fizemos menção, forjado em competência técnica e na antevisão de um Brasil sadio, progressista e feliz.

Futuras modificações de arruamentos devem ser evitadas. Por vezes, não serão mais possíveis, à vista dos direitos adquiridos.

Ruas que privatisticamente se alargam ou se estreitam, prejudicando frentes, deslocando-as; servidões de trânsito que se supri-

mem ou que se abrem, em desacôrdo com o plano originário, diante do qual se firmaram os contratos de compromisso, são fatos novos que os engenheiros dos loteadores devem intransigentemente evitar, porque a simples abertura de uma nova travessa poderá acarretar indenizações de vulto.

O princípio predominante deve ser êste: esta planta é definitiva; não será modificada; garante-se a segurança dos contratos.

Em qualquer hipótese, a nova planta de um loteamento terá de ser aprovada pela Prefeitura Municipal.

Numerosos serão os casos em que novas inscrições dos loteamentos terão de ser feitas no Registro de Imóveis da circunscrição competente, não bastando simples averbações.

Lotes compromissados e lotes já vendidos poderão estar molestados ou não pelo novo projeto. Êsse novo projeto os compromissários desconheciam quando ocorreu o acôrdo de vontade entre êles e os loteadores. As exigências legais que haviam sido satisfeitas o foram para a inscrição de um loteamento hoje desfigurado, mudada agora, pela vontade unilateral do loteador, a fisionomia do projetado “Jardim”, da sonhada “Vila”, da ambicionada “Cidade”.

Destarte, além da interferência dos Poderes Públicos nomeados nas leis específicas (os Decretos ns. 58 e 3.079) será mister, nos casos de modificação de loteamentos, que sejam ouvidos, e anuam inequivocamente com as mudanças ou alterações, todos os compromissários. Porque — convém chamar a atenção — o que a Prefeitura aprovou foi uma planta que, a seu entender, embora nova, não afetava condições urbanísticas preestabelecidas, atendendo-se, provavelmente, aos requisitos das normas sanitárias em vigor; mas os compromissários estão alheios a modificações posteriores, que podem, ou não, atingir os seus pre-contratos.

Direitos individuais são também os direitos dos aglomerados sociais; tais direitos não podem ser relegados a um plano insignificante, secundário ou inferior. Note-se que o § 4.º do art. 1.º do Decreto-lei n.º 58 quer que a modificação do plano original se faça sem que se “prejudique os lotes comprometidos ou definitivamente adquiridos” e mesmo assim “se a Prefeitura Municipal aprovar a modificação”.

As provas que a lei admite sejam dispensadas a critério do Juiz (§ 5.º, art. 1.º, Dec. n.º 3.079) serão provas *atuais*, porque o magistrado pode, e quase sempre deve, contentar-se com as que “já tenham sido produzidas no registro inicial”.

AS FONTES DE RECEITA DA PREFEITURA DO DISTRITO FEDERAL

(Impôsto de licença para localização e o impôsto de indústria e profissões)

OTTO GIL

cabia o Impôsto de Licença, houve pronunciamentos judiciários no Vice-Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros e antigo Consultor Jurídico da Associação Comercial do Rio de Janeiro e da Federação das Associações Comerciais do Brasil

Não há bitributação. Esta só é possível entre tributos de competência concorrente. Os impostos de licença e de indústrias e profissões competem, ambos, ao Município. O "bis in idem" em matéria tributária poderá constituir excesso anti-econômico, a ser evitado, mas não inconstitucional.

Recentes declarações do eminente Secretário-Geral de Finanças da Prefeitura do Distrito Federal, Dr. Néilson Mufarrej, no sentido de que a Prefeitura do Distrito Federal, para aumentar a sua receita, terá que cobrar, novamente, o impôsto de Indústrias e Profissões (parcialmente abolido, desde a vigência da Lei Municipal n.º 820, de 22 de julho de 1955), provocaram, por parte dos municípios, indagação sôbre se — a cobrança dêsse tributo, juntamente com o de Localização — constitui bitributação, vedada pelos dispositivos constitucionais vigentes.

Os nossos antigos estudos sôbre a matéria nos conduzem à conclusão de que *inexiste bitributação* na cobrança simultânea pelo Município (o Distrito Federal, para efeitos da receita tributária, e Município e Estado) dos impostos de Localização e de Indústrias e Profissões, eis que, ambos êsses tributos são, *ex-lege* (Constituição Federal de 1946) de sua competência tributária.

Poderá haver, quando muito, um *bis in idem*, anti-econômico, que deverá ser evitado, se e quando as finanças municipais o permitirem. Mas não há inconstitucionalidade alguma na cobrança simultânea, pelo Município, dos impostos acima referidos.

Na verdade, o Impôsto de Licença e o Impôsto de Indústrias e Profissões pertencem, ambos, às fontes de receita do Município, *ex-vi* da discriminação de rendas da Constituição Federal de 1946, artigo 29, ns. II e III.

Essa circunstância torna evidente, a nosso ver, a inexistência de bitributação, eis que — *a bitributação só é possível entre tributos de competência concorrente*, como salienta, ao propósito, o Prof. RUBENS DE SOUSA, a cujo magistério nenhuma refutação de mérito se poderia opor (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 21, pgs. 351-356 — notadamente o que se lê no n.º 2).

Nesse parecer, o ilustre Professor da Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativas da Universidade de São Paulo e da Escola de Sociologia e Política de São Paulo, recorda que a expressão *bitributação*, como conceito jurídico, surgiu na Constituição de 1934 (artigo 11) e foi repetida pela Carta de 1937 (artigo 21) que — embora não tenha empregado o termo, conservou a mesma solução para o problema, adotada pelas Constituições anteriores.

Aliás, o eminente SEABRA FAGUNDES, depois de referir que a palavra *bitributação*, perdidos os foros de cidade que recebera do direito positivo, está restituída à livre conceituação doutrinária, podendo ser empregada em função do seu sentido gramatical, ou, como tendem a fazê-lo os nossos constitucionalistas, *no sentido específico com que teve ingresso na nomenclatura do direito público*.

E cita: PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, vol. I, pag. 459-463; TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *A Constituição Federal Comentada*, vol. I, pag. 309-317; CARLOS MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. I, pags. 330-333.

A jurisprudência, relembra ainda RUBENS DE SOUSA, por sua vez, definiu como requisitos do conceito jurídico de bitributação a identidade do tributo: a incidência sôbre o mesmo contribuinte e a pluralidade de entidades tributantes (Acórdão do Supremo Tribunal Federal na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 8, pag. 159).

Ainda, de acôrdo com a orientação do Supremo Tribunal Federal (Acórdão na *Revista Forense*, vol. 101, pag. 309) — “a coexis-

tência de dois ou mais tributos idênticos, incidindo sobre o mesmo contribuinte, porém instituídos pela mesma entidade tributante, não configura a bitributação: equipara-se a simples majoração do tributo e não é proibida”.

E conclui o prof. RUBENS DE SOUSA as suas observações a respeito da bitributação:

“Uma decorrência fundamental do conceito de bitributação, assim definido, é a de que o fenômeno só pode ocorrer entre tributos de competência concorrente, isto é, entre tributos que não sejam privativos de uma das entidades tributantes em presença. Com efeito: se uma entidade tributante criar tributo privativo de outra, a inconstitucionalidade decorrerá do fato de se tratar de invasão de competência privativa, não se tratando, porém, de bitributação.

O princípio de que a bitributação só é possível entre tributos de competência concorrente, apontado primeiramente por CASTRO NUNES (*Revista Forense*, vol. 91, pg. 5) é hoje pacífico em doutrina (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição Federal de 1946*, vol. I, pag. 459) e na jurisprudência (Acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, in *Rev. Dir. Admin.*, vol. 2, pg. 706; Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *Rev. Forense*, vol. 97, pag. 137; Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, *O Direito*, vol. 22, pag. 411”).

O Supremo Tribunal Federal, chamado a se pronunciar, em 1949, sobre questão versando bitributação oriunda da cobrança pela Prefeitura de Buriti, do “impôsto agro-industrial”, que o contribuinte alegava ser o mesmo impôsto que o Estado cobrava sobre a denominação de “impôsto territorial”, teve oportunidade de aceitar o conceito de bitributação, fixado pelo Senado Federal no seu Parecer interpretativo n.º 55, de 1935, segundo o qual, para que se verifique a figura de bitributação fulminada pelos princípios constitucionais, necessário se tornava a existência dos três seguintes requisitos:

- a) pluralidade de agentes;
- b) identidade de tributação;
- c) incidência no mesmo contribuinte;

apoiando-se na lição de TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, *Direito Administrativo Brasileiro*, vol. I, pag. 646; PONTES DE MIRANDA, *Constituição de 1934*, vol. I., pag. 340; ARAÚJO CASTRO, *Constituição Brasileira de 1937*, pag. 105; ESTELITA LINS, *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937* pag. 216; ROMÃO CÔRTEZ DE LACERDA, *Parecer in Revista Forense*, vol. 87, pag. 83; e Acórdão do Tribunal de Apelação do Estado do Rio, in *Arquivo Judiciário*, vol. 52, pag. 47.

E, naquele caso, o Supremo Tribunal Federal, decidiu pela bitributação porque existia pluralidade de agentes (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 29, pag. 255).

Aliás, precedentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 6.234, de Alagoas, em Acórdão proferido em 9 de maio de 1945, vale dizer, ao tempo da vigência da Carta de 1937 (segundo a qual era ao Estado que competia decretar o impôsto de indústrias e profissões) em questão na qual se procurava, como se lê no citado Acórdão:

“extremar o impôsto de licença do de indústrias e profissões, em face de ser o primeiro da competência do Município e o segundo, da competência do Estado”.

decidiu que havia bitributação por não se tratar de competência concorrente, colhendo-se do voto do Ministro OROZIMBO NONATO, Relator do feito, a seguinte lição, que bem esclarece a orientação do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria:

“Nenhuma dúvida remanesce quanto à competência do Município para decretar impôsto de licença, que lhe pertence, nos claros termos do art. 28, n.º 1 da Carta Constitucional, como já ocorria na Constituição de 1934.

Não basta, entretanto, êsse dado à solução do problema pois não é permitido à entidade de direito público descharacterizar o impôsto, alterando-lhe o conteúdo e a natureza, embora mantido o rótulo, a designação, o nome *iuris*. Seria êsse um expediente inábil a iludir o intérprete e a dilargar as raias da competência tributária do Município, vulnerando a discriminação constitucional das rendas. O fato de se batizar discricionariamente, escreveu AFONSO PENA JÚNIOR, determinado impôsto com o nome de outro,

ou com uma denominação fantástica, não lhe tira o caráter inerente e próprio que o enquadra devidamente na classificação científica dos tributos; e é esse caráter que se deve investigar, toda vez que se argüia a inconstitucionalidade da taxaço ou a incompetência fiscal” (*Banco do Brasil, Pareceres* — pag. 172).

E o que a parte argüiu é, exatamente, haver o Município descaracterizado o impôsto de licença que, no caso, se confunde com o de indústria e profissão decretável pelo Estado, impôsto recolhido, em parte, pelo Município, infringe, ainda o princípio do art. 34 da Carta Constitucional.

Ainda que desmereça acolhida êste último argumento, impõe-se a consideração do primeiro argumento, cuja procedência — a sua relevância é manifesta — importaria reconhecer o íntegro direito do recorrente.

Ora, o impôsto de licença não ostenta contornos nítidos, não apresenta traços que, ao fácil, lhe dê ciências características.

O conceito de PONTES DE MIRANDA, invocado pelo recorrente, encontra-se a pgs. 394 do tomo I de seus *Comentários à Constituição de 1934*.

Discursa, ao propósito, o douto jurista: “O impôsto de licença municipal é o que se aplica a atos de construção e alteração de edifícios, cercados, muros e outras obras, e aquêles fatos, transitórios ou permanentes, que digam com a segurança e a salubridade pública (cães, gatos, porcos e outros animais; olaria, fábrica de munições e depósito de fogos de artifício, armazéns de secos e molhados, açougues, comércio a retalho e em grosso, etc.), ou com a melhora das condições mesológicas no sentido de favorecer o desenvolvimento, a normalidade, a tranqüilidade e felicidade da população inclusive sossêgo público.

As mais das vezes os impostos de licença, os *license fees*, *Gebrükren*, *tasse de licenza*, são, a rigor, taxas e não impostos. Servem a sentenças dos serviços de fiscalização à inspeção prévia ou periódica, ou de localização nas ruas nos arrabaldes, ou noutras dependências de uso comum ou de uso da administração, cedida a título precário. Exem-

plos: mercancia ambulante, veículos, aferição de pesos e medidas, gêneros alimentícios, bares, restaurantes, matadouros, hotéis e hospedarias, casas de cômodos, jogos, afiação de cartazes, anúncios luminosos, crematórios, selas de estrumeira, diversos, animais domésticos, etc.

A expressão licença liga-se a um dos seus traços mais constantes, o de constituirem tais impostos, ou taxas, condições ao exercício das atividades indicadas na lei fiscal.

Trata-se de impôsto pessoal, ligado ao Município em que se executa o serviço ou se possui a coisa”. Não obstante o exemplo do “Comércio em grosso e a retalho”, o que se vê é que PONTES DE MIRANDA, quando o impôsto de licença não significa, na certa verdade, taxa remuneratória, de serviço ou de uso da coisa pública, apenas, o admite como pagamento de concessão de licença necessária ao exercício de certa atividade, o que não seria o caso dos autos, que é o de atividade nitidamente agrícola: plantio e exploração de coqueiros e de arroz e criação de gado. Neste caso, não seria possível extremar o impôsto de licença do de indústria e profissão, cuja decretação descabe ao Município, para incidir na competência do Estado.

Observa AMARO CAVALCANTI que, no Brasil, o impôsto de licença confunde-se, por vezes com o de indústrias e profissões (*Elementos de Finanças*, pág. 315).

Essa confusão não apresentaria grande momento, se coubesse a mesma entidade de direito público decretar um e outro, hipótese em que a cobrança do impôsto de licença significaria majoração do impôsto, de indústria e profissões, sem o vício da tributação e sem a invasão de competência.

Uma vez, porém, que, pela Constituição, é ao Estado que compete a decretação do impôsto de indústrias e profissões (art. 23) e ao Município o de licença (art. 23, I), torna-se imprescindível rastrear as diferenças, que os extremem, o que oferece dificuldades não despiciendas.

Enquanto as competências se encontram claramente estabelecidas, observa SÁ FILHO, a natureza dos tributos, é, por vezes, difícil de discriminar (*liv. cit.*, pg. 470).

Procura SÁ FILHO investigar a origem do impôsto de licença, distingui-lo do de indústrias e profissões, e aponta êste traço: “o primeiro, forma primitiva da tributação, visa apenas, as manifestações exteriores das atividades lucrativas; — a atividade é atingida por se criar e desenvolver sob o padroado do poder público”.

Já o impôsto de industriais e profissões, até certo ponto, a natureza da atividade, sôbre o que vai incidir, distinguindo-as, discriminando-as. É modalidade mais aperfeiçoada de tributação. Enquanto a fortuna territorial e predial é taxada, não seria justo deixasse de o ser a riqueza industrial, comercial e profissional, que goza das mesmas garantias do Estado.

O *discrimine* suscitado por SÁ FILHO atende a critério histórico: o impôsto de licença aparece, na maioria dos exemplos possíveis de figurar, como o germe, a larva, a forma infantil do impôsto de Indústrias e Profissões.

Mas, a sua permanência de par com êste último impede a aceitação, sem reservas, de critério histórico, e então força será compreendê-lo como taxa, às vêzes como pagamento de atividade lucrativa ou como retribuição de licenças especialmente exigidas no exercício de certa profissão. Aproximamo-nos, destarte, do critério suscitado em PONTES DE MIRANDA”.

Aliás, ainda ao tempo em que à União Federal competia, no Distrito Federal, o impôsto de indústrias e profissões, e ao Município cabia o impôsto de licença, houve pronunciamento judiciários no sentido de que não se tratava do mesmo tributo:

“INDÚSTRIAS E PROFISSÕES E LICENÇA DE LOCALIZAÇÃO — DIFERENÇA ENTRE TAIS IMPOSTOS. O impôsto de Indústrias e Profissões não se confunde com o de “licença”. Embora a natureza da tributação seja a mesma, entretanto, é bem diversa, a realidade do seu objetivo. A “licença” — representa uma contribuição especial, mas generalizada, devida pela “abertura do estabelecimento” em certo momento e por determinado prazo, ou pela renovação de tal permissão nos períodos sub-

seqüentes; enquanto o outro — o impôsto de Indústrias e Profissões — é devido pela “exploração do comércio ou da indústria, arte ou profissão” naquele lapso de tempo”. (Acórdão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n.º 2.191, in *Diário da Justiça* de 13 de junho de 1931).

Em face do que ficou precedentemente exposto quanto ao conceito de bitributação, quer pela doutrina (ALIOMAR BALEEIRO, *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vb. “bis-in-idem” e SEABRA FAGUNDES, *loc. citado*, vb. “bitributação”, (1), quer pelos julgados

(1) A palavra bitributação significa, genêricamente, tôda e qualquer tributação duplicada sôbre uma mesma matéria tributável, quer por parte de um só poder tributante, quer por parte de poderes tributantes diferentes. É, em sentido genérico, a mesma coisa que dupla tributação. *Bis-in-idem*, ou pluri-tributação, expressões que designam indiferentemente o fenômeno econômico ou jurídico da repetição de tributos, incidentes sôbre a mesma pessoa ou coisa, em razão de um mesmo fato. O direito e a ciência econômica e financeira de tôdas as nações conhecem o fenômeno, quer no plano interno, quer no plano internacional, sob as designações essencialmente sinônimas de *double imposition* em espanhol, *doppia imposizione* em italiano, *doppel besteuering* em alemão.

No direito tributário brasileiro, a palavra adquiriu significado específico com a Constituição federal de 1934, que a referiu no art. 11 para proibir a ocorrência do fenômeno por ela designado. Só então é que se tornou necessário precisar-lhe o sentido para delimitar o alcance da norma constitucional, distinguindo as hipóteses juridicamente proibidas daquelas que poderiam de fato subsistir; êsse trabalho foi feito por ALCANTARA MACHADO, que mostrou que a bitributação constitucionalmente proibida era apenas a verificada entre poderes diferentes.

Desde então, o termo entrou para o vocabulário jurídico brasileiro com êsse sentido expresso de duplicação tributária entre poderes diferentes, ou, mais precisamente, entre União e Estado; adotando-se a fórmula *bis-in-idem* para as demais hipóteses de duplicação tributária indiferentes à Constituição, como a internacional, a interna a um mesmo poder, a interestadual e a intermunicipal. A Carta política de 1937, reproduzindo e aperfeiçoando, no art. 24, o disposto no art. 11 da Constituição de 1934, manteve inalterada a terminologia. Mas a Constituição de 1946, embora conservando, no art. 21, a mesma solução para os conflitos tributários entre a União e os Estados, não mais reproduziu o termo “bitributação”: referiu-se apenas ao fenômeno, sem lhe atribuir denominação específica. A consequência dessa nova orientação terminológica da Constituição é indicada com clareza por SEABRA FAGUNDES, quando escreve: “A palavra (bitributação), perdidos de fóros de cidade, que recebera do direito positivo, está restituída à livre conceituação da doutrina, podendo ser empregada em função do seu sentido gramatical, para exprimir genêricamente tôda e qualquer dupla imposição tributária.”

Nada poderia confirmar melhor a conclusão de SEABRA FAGUNDES, de que a justificativa da supressão da referência expressa à bitributação no texto constitucional vigente: analisando os trabalhos da Assembléia Constituinte, verifica-se com efeito que a palavra foi eliminada do texto por inútil. ALIOMAR BALEEIRO demonstrou que, na sistemática constitucional da discriminação

do Supremo Tribunal (*Revista de Direito Administrativo*, vol. pág. 191), o que se pode concluir é que, na cobrança simultânea, pelo mesmo Município, dos impostos de localização e do de indústrias e profissões, não há bitributação.

Aliás, todo o esforço do Supremo Tribunal Federal, no sentido de extremar os dois impostos — o de Indústrias e Profissões do de Localização — foi despendido ao tempo em que êsses tributos não pertenciam à mesma entidade estatal. Hoje, a nosso ver, o discrimine não teria alcance prático algum, pois o que se verifica, é, apenas, um *bis in idem* porém, não mais bitributação (ALIOMAR BALEEIRO, *loc. citado*, págs. 25-26).

O próprio Supremo Tribunal Federal, por outro lado, já decidiu que

“A competência do Município para cobrar o impôsto de Licença não sofreu restrições constitucionais *quanto às atividades tributáveis*” (Acórdão no Recurso Extraordinário n.º 6.598, Rel. Ministro RIBEIRO DA COSTA, em *Revista de Direito Administrativo*, vol. 14, págs. 250-257), tese que, ainda recentemente, e ao propósito da vigente Lei municipal n.º 746, de 26 de novembro de 1952, foi retomada pelo Juiz AGUIAR DIAS, da Segunda Vara da Fazenda Pública, em sentença publicada na “*Revista de Direito Administrativo*”, vol. 33, págs. 290 a 292, sentença na qual aquêle Magistrado, ora em exercício no Tribunal Federal de Recursos, decidiu que:

de rendas, é prática e juridicamente impossível haver bitributação no sentido específico de criação simultânea de impostos idênticos por parte de poderes diferentes. Os impostos ou são privativos ou são concorrentes: se privativos, a sua criação simultânea traduz inconstitucionalidade por invasão de competência; se concorrentes, o art. 21 da Constituição já regula expressamente o assunto, mandando prevalecer o federal sobre o estadual. Por conseguinte, a frase “é vedada a bitributação”, que constava do art. 11 da Constituição de 1934 e do art. 24 da Carta de 1937, não devia permanecer no texto, porque proibia uma situação insuscetível de se verificar.

Em resumo, a bitributação, no sentido específico de dupla imposição por poderes diferentes, não é proibida mas apenas regulada pela Constituição federal (art. 21). Nessas condições, a frase “É vedada a bitributação” de fato não poderia permanecer no texto, a menos que a Constituição quisesse proibir a bitributação em sentido genérico, isto é, a dupla imposição pelo mesmo poder. Como a Constituição federal não quis instituir essa proibição, a frase devia ser excluída do texto: mas essa mesma exclusão demonstra que o termo bitributação deixou de ter o seu antigo sentido específico para voltar ao sentido genérico primitivo.

“Não basta salientar que a lei adotou critério injusto ou contrário à técnica, para invalidá-la, nem frisar que determinado critério não se coaduna com o espírito da Constituição para que a lei que o encerra seja havida como constitucional.

A Câmara dos Vereadores do Distrito Federal, quando legisla sobre tributos, o faz no uso de todos os poderes que a Lei Orgânica lhe outorgou, sem distinção quanto à competência municipal ou estadual”.

Os contribuintes do Distrito Federal, face à recente exposição feita pelo Secretário-Geral de Finanças, Dr. NELSON MUFARREJ, na Associação Comercial, estão na alternativa de sofrer um aumento do impôsto de Vendas e Consignações ou de ver reincorporado — na receita municipal — o Impôsto de Indústrias e Profissões, tal como existia antes da Lei n.º 820, de 1955.

O Impôsto de Vendas e Consignações, como impôsto tipicamente *indireto*, vai recair sobre o preço dos produtos — sem nenhuma distinção, — acarretando imediato encarecimento da vida, enquanto que o Impôsto de Indústrias e Profissões, como impôsto direto, não repercute, de imediato, nem diretamente, sobre o custo das mercadorias, eis que pode ser diluído nas despesas gerais do negócio, sem afetar os preços vigentes.

Antes de cogitar do aumento da alíquota do Impôsto de Vendas e Consignações, não será preferível melhorar o aparelho arrecadador, e dilargar as incidências tributárias, reformando a lei municipal vigente, nos moldes, *v. gr.*, da recente lei votada pela Assembléia Legislativa de S. Paulo, sobre anteprojeto de autoria do autorizado financista CARVALHO PINTO. E porque não procede a Prefeitura a cobrança, imediata, dos milhões de cruzeiros que lhe estão a dever os exportadores de café?

E porque não fiscalizar e intensificar a cobrança do impôsto de Vendas e Consignações sobre *as vendas de conhecimentos de embarque*, que é o *maior negócio* sobre gêneros alimentícios nas Bôlsas e nos cafés da rua do Acre? E porque não pôr cômbo às isenções concedidas às entidades autárquicas, com a Cofap e outras?

No setor — arrecadação — há tanto que fazer na Prefeitura do Distrito Federal antes de aumentar a alíquota do impôsto que, a nos-

so ver, devia ser tentada a melhoria dos métodos de fiscalização, antes de se propor novo sacrifício tributário ao povo da Capital Federal.

Só depois dessa iniciativa, que deverá carrear milhões para o Erário Municipal, é que, a nosso ver, se devia pensar em aumento da alíquota do imposto de Vendas e Consignações.

O PATRIMÔNIO TERRITORIAL DA MUNICIPALIDADE DO RIO DE JANEIRO E O DIREITO ENFITÊUTICO

(Memória apresentada, em 4 de maio de 1893, ao Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros)

CARLOS DE CARVALHO

Quais os direitos da municipalidade do Distrito Federal, Cidade do Rio de Janeiro, resultantes de suas concessões territoriais e do contrato enfiteutico? (1)

CAPÍTULO I

A CRIAÇÃO DA CIDADE

“A cidade não se formava com o andar dos tempos, pelo lento crescimento do número dos habitantes e das construções. Fundava-se a cidade de um só golpe, inteira em um só dia”.

Assim se exprime FUSTEL DE COULANGES (2), que OLIVEIRA MARTINS (3) eloqüentemente amplificou. “A vida criara-se e crescera por agregação das ramificações das famílias. Era uma formação inconsciente e espontânea. A cidade, ao contrário, fundase, aparece numa hora, num instante, ereta na sua totalidade moral. É uma pura invenção humana. Alargar-se-ão os muros, reconstruir-se-ão praças e templos; crescerá todos os dias o número dos

(1) Esta questão foi apresentada ao Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, na sessão de 6 de abril de 1893, pelo Dr. VILELA DOS SANTOS, tendo sido o autor desta Memória designado para dar parecer.

(2) *La cité antique*, 13.^a ed., 1890.

(3) Quadro das Instituições primitivas. L. 4, Cap. I, Ed. de 1883.

cidadãos; mas êsse desenvolvimento em quantidade não importa modificação na idéia. A invenção da cidade não procedera como a da família, obscura e espontaneamente de uma necessidade natural, era uma criação consciente”.

A êsse processo histórico obedeceu por motivos de ordem política internacional e econômica a fundação da cidade de S. Sebastião do Rio de Janeiro.

Nem faltaram as cerimônias religiosas nem a consagração a S. Sebastião, eleito padroeiro (4).

Tomadas e destruídas em março de 1560 as fortificações francesas na baía do Rio de Janeiro, nunca mais deixou Mem de Sá Barreto, o Terceiro Governador-geral, animado por seu diretor espiritual o padre Manuel da Nóbrega, de insistir na idéia de se fundar aí uma outra cidade — *salvadora dessas paragens* (5).

A instâncias suas mandou a Côrte nova frota para colonizar o Rio de Janeiro, confiando a missão de fundar a cidade ideada por Mem de Sá, a seu sobrinho Estácio de Sá, nomeado Capitão-Mor (6), que chegou à Bahia em fevereiro de 1564.

(4) Carta do Padre Anchieta de 9 de julho de 1565. SILVA LISBOA, *Anais do Rio de Janeiro*. Tom. 6, pág. 180.

(5) Os franceses já ocupavam o Rio de Janeiro havia mais de 4 anos e Mem de Sá “não podia perdoar a injúria que recebia a nação portuguesa na dissimulação de uma ofensa que já tocava mais na honra que no interesse da monarquia”. TACQUES, na *Revista do Instituto Hist.* — T. IX, pág. 320 — Carta de MEM DE SÁ, de 16 de junho de 1560. PIZARRO, *Mem hist. do Rio de Janeiro*. Tom. 1, pág. 12; SILVA LISBOA, *loc. cit.* T. 1, pág. 117; GABRIEL SOARES, *Notícia do Brasil no Tom. 3 das Notícias das Nações Ultramarinas*, pág. 74.

SILVA LISBOA, *loc. cit.* Tom. 6, pág. 138.

Carta do padre Anchieta ao padre-general de S. Vicente, de 1 de junho de 1560. Já em princípios de 1553 TOMÉ DE SOUSA, em carta ao Rei, indicava a necessidade de fundar-se uma povoação honrada e boa. VARNHAGEN, *Hist. Geral*. T. 1, págs. 254 e 291, 2.^a ed.

(6) VARNHAGEN, *loc. cit.* T. 2, pág. 847, 2.^a ed., observa: “Capitão-mor, ao colonizar-se o Brasil, não queria dizer mais que chefe superior, quer fôsse de uma frota ou esquadriha, quer de um ou mais estabelecimentos em terra, quer, finalmente, daquela e destes, como aconteceu com Martim Afonso de Sousa. Os poderes do Capitão-mor eram consignados em seus regimentos. Seguiu-se a divisão da terra pelos donatários e a cada um deles e aos outros a quem a Coroa depois conferiu novas doações de terras permitiu que se intitulassem Capitães-mores das suas terras, que daí se ficaram chamando *Capitanias*. Quando a Coroa colonizou por sua conta (o Rio de Janeiro, por exemplo) para algumas das novas Capitánias nomeou desde princípio ou pouco depois Capitães-mores trienais igualmente sujeitos aos Governadores e *destes recebiam regimentos parciais*, quando os não traziam do Reino. Houve, porém, a tal respeito descuidos, até que em 1663 os procurou remediar o Vice-Rei Conde de ÓBIDOS, promulgando um regimento (1 de outubro de 1663) rubri-

Um ano depois, em 1 de março de 1565, Estácio de Sá mal pisara terras do Rio de Janeiro, fizera logo surgir *em sua totalidade moral e política* a cidade de S. Sebastião do Rio de Janeiro. Desde a Bahia a cidade vinha criada; a alma estava formada; só lhe faltava o corpo — *o mundus* — dentro do qual se elevassem o Capitólio, que protegesse e unificasse a população, os muros e as portas (7).

Era definitiva a invenção. Estendeu Estácio de Sá a vista pela majestosa baía; as altas cordilheiras que a cingem não lhe embargaram o poder da vontade nem diminuíram a confiança no valoroso coração. De seis léguas para cada parte seria o termo (*terminus*) da cidade, de légua e meia o patrimônio da Câmara. Em 16 de julho de 1565 fez a doação à cidade; em 24 do mesmo mês imitiu-a na posse pública, solene, na pessoa de seu Procurador João Proze, e junto ao *Carioca* afirmou a personalidade jurídica do Rio de Janeiro, cuja integridade dois anos mais tarde tinha de argamassar com seu próprio sangue (8).

Quando Mem de Sá, com o bispo D. Pedro Leitão, veio à cidade de S. Sebastião em janeiro de 1567 concluir a obra encetada em 1560 e prestar auxílio e socorro a Estácio de Sá, que a muito custo mantinha-se na terra ocupada, já a cidade estava murada e fechada, a vargem povoada, as justiças ordinárias funcionando (9), tendo em 13 de setembro de 1566, tomado posse solene o Alcaide-mor Francisco Dias Pinto (10) e estando nomeados os Officiais da fazenda e o Escrivão das sesmarias (11).

Ao ataque e tomada das tranqueiras de Uruçu-mirim, junto à foz do rio Carioca (12) e da ilha Parapecu (do Governador), se-

tado por Bernardo Vieira Ravasco, constante de 13 artigos”.

Este Regimento encontra-se transcrito em SILVA LISBOA, *Anais do Rio de Janeiro*. T. 3, págs. 135 e seguintes

(7) FUSTEL DE COULANGES, *loc. cit.*; OLIVEIRA MARTINS, *loc. cit.*

(8) A doação à Câmara foi feita em virtude dos poderes que trazia e não do Alv. de 30 de novembro de 1530. VARNHAGEN, *loc. cit.*, T. 1, pág. 303, nota 3.

Quanto à imissão na posse da doação, vide TACQUES, *loc. cit.*, pág. 322; PIZARRO, *loc. cit.*, T. 7, pág. 154 e nota 4.

(9) Era Juiz ordinário Pero Martins Namorado e, como tal, Presidente da Câmara. SILVA LISBOA, *An. do Rio de Janeiro*, T. 1, pág. 103.

(10) Auto de posse — SILVA LISBOA, *An. do Rio de Janeiro*, T. 1, pág. 105; VARNHAGEN, *loc. cit.*, Tom. 1, pág. 305.

(11) SILVA LISBOA, *loc. cit.*, T. 1, pág. 106.

(12) Qual seja o rio *Carioca*, vide VARNHAGEN, *Hist. Geral*, 1.^a ed., nota à pág. 439, T. 1 e 2.^a ed., T. 1, pág. 119, mas não combina com a informação de Mem de Sá na carta de 1 de junho de 1558 a D. Sebastião, trans-

guiu-se a expulsão definitiva dos franceses e com êsse fato a possibilidade de alargar a cidade e assentá-la em lugar mais conveniente.

Remove-a Mem de Sá para dentro da enseada (13), toma para seu ponto culminante — a dominar a baía — o morro, que denomina S. Sebastião, hoje do Castelo, confirma a doação feita por Estácio de Sá para patrimônio da Câmara, atribuindo, porém, à linha do sertão

crita no T. 1, pág. 463 da 1.^a ed.

Consulte-se PIZARRO, *Mem. Hist.*, T. 7, pág. 51; FAUSTO DE SOUSA, *A baía do Rio de Janeiro*, págs. 93 a 95.

E' sabido que os franceses, logo depois da ocupação do Rio de Janeiro, abandonaram a lagoa (SILVA LISBOA, *loc. cit.*, T. 1, pág. 49) para fortificar-se na ilha de Seri-gipe, ora Villegaignon (FAUSTO, *loc. cit.*, pág. 117), que não tinha água. Deviam, pois, procurá-la em terra firme. A pouca distância, a um tiro de berço, segundo a informação de Mem de Sá, havia uma aguada. Aí, em 1556, existia uma casa de pedra com artilheria e que diziam ser fortaleza.

Essa fortificação, atribuída a Bois le Comte, aproveitou sem dúvida a edificação feita em 1531 por Martim Afonso de Sousa, quando, demorando-se 3 meses no Rio de Janeiro, explorou a enseada e a terra firme. Era natural que aí se tivesse fixado Martim Afonso, pois que Pero Lopes, falando das águas, diz: "As melhores águas há neste rio que podem ser". Ninguém ignora a reputação de que gozavam as águas do *Carioca* e, portanto, a essas, principalmente, referiu-se Pero Lopes.

O *Carioca* é o rio do Catete (FAUSTO, *loc. cit.*, pág. 140), que desagua na Praia que se denomina do Flamengo desde 1648, outrora do Sapateiro Sebastião Gonçalves. Aí estêve assentada a aldeia de Uruçú-mirim e depois a primeira tranqueira, tomada em 22 de janeiro de 1567, com sacrifício da vida de Estácio de Sá, ponto avançado dos franceses, de onde dominavam a barra, conservavam em distância as forças de Estácio de Sá e, defendendo a aguada, de que também tinha falta a segunda tranqueira da Ilha Paranapecú, do Maracaiá ou do Gato, depois do Governador, mantinham livres de surpresa as ocupações e trato mercantil.

(13) VARNHAGEN, *História Geral*, T. 1, pág. 302, 2.^a ed., ensina: — Estácio de Sá, tendo que fundar uma povoação entre esta Babilônia de águas e de ilhas, e que mais Babilônia ainda faziam as turbas de gentios e de franceses, que de tudo estavam de posse, assentou que não devia expor a primeira colônia pelo seio adentro. Fundeou logo à entrada e à sombra do cabucho do Pão-de-Açúcar e na península que se forma do lado dêle entre o mar largo e o primeiro saco ou concha da baía, desembarcou, com projetos de lançar os fundamentos da futura cidade... Começou-se logo a roçar o mato e a fazer, antes de tudo, uma tranqueira, que servisse à defesa contra qualquer surpresa". Pretende VARNHAGEN que o local escolhido foi a Praia Vermelha e não o Morro de S. João.

A 10 de março de 1565, como informa Anchieta na carta de 9 de julho de 1565, avistou-se uma nau francesa, que estava légua e meia da povoação dentro do rio e, ao outro dia, foi o Capitão-mor sôbre ela com 4 navios; da Praia Vermelha, abrange a vista o interior da baía. E' razoável supor que aí e não no morro de S. João foi fundada a cidade?. A população ainda era de 150 vizinhos portugueses em 1587 (*Informação da Província do Brasil*, por Anchieta; REBELO DA SILVA, *Hist. de Port.*, T. 5, pág. 122; VARNHAGEN, *loc. cit.*, T. 1, pág. 299). E' certo que a península e o Morro de S. João prestavam-se melhor à defesa. Vide GABRIEL SOARES, *loc. cit.*, pág. 70; SILVA LISBOA, *loc. cit.*, T. 1, pág. 90.

a extensão de duas léguas, mantém a determinação do têrmo da cidade (14), dentro dela concede terras de sesmaria a diversos (15), nomeia em 9 de março de 1567 o Ouvidor, o Juiz de órfãos, o Feitor da Fazenda real, designa (4 de março de 1568), consultado o povo, Capitão-mor a Salvador Correia de Sá, a êste transmite o poder de dar terras de sesmaria (16) e retira-se para a Bahia.

Usando dos poderes transmitidos por Mem de Sá, continua Salvador de Sá, o povoamento e, fazendo concessões de terras, nomeia Medidor delas a Peres Gonçalves, em 14 de junho de 1568 (17).

A cidade, criação de direito, convertia-se em fato; a máquina governamental podia funcionar sem interrupções; a força expansiva dos povoadores havia de acentuar-se em tôdas as manifestações da vida. A conquista do solo gerava ambições; proclamada a constituição da propriedade territorial, não podia subtrair-se à influência do

(14) TACQUES, *loc. cit.*, pág. 322, escrevendo em 1772 (pág. 476), diz que em 16 de agosto de 1567, Mem de Sá, estando ainda no Rio de Janeiro, confirmou a doação à Câmara de 16 de julho de 1565. Mas, em 16 de agosto de 1567, ainda estava Mem de Sá no Rio de Janeiro? VARNHAGEN, na 1.^a ed. da *História Geral*, T. 1, pág. 256, ensina que Mem de Sá demorara-se dois meses; na 2.^a ed., pág. 310, eliminou essa circunstância. A partida de Mem de Sá realizou-se em 1568. E' certo que Mem de Sá, em 4 de março de 1568, chamou a conselho os principais da Cidade, aos quais, testemunha SILVA LISBOA, *loc. cit.*, pág. 3, T. 1, participou a sua partida para a Bahia, e nomeou Governador da Cidade a Salvador Correia de Sá e Benevides, concedendo-lhe todos os poderes de que usava; é certo que, em 9 de março do mesmo ano, fêz diversas nomeações — de Ouvidor, Juiz de Órfãos, Feitor da Real Fazenda, etc.; informa TACQUES que, partindo do Rio foi Mem de Sá a S. Vicente, e que daí recolheu-o à Bahia com o bispo e o visitador geral o padre Inácio de Azevedo. Vide DUARTE NUNES, *Memórias Rev. do Inst. Hist.*, T. 1, pág. 134. *Catálogo dos Capitães-mores*, T. 1 da mesma *Rev.*, pág. 306; JOAQUIM NORBERTO, citada *Rev.*, T. 17, págs. 164, 301, 305, cit. *Rev.*, T. 21, pág. 19. Em geral a data de 1568 está trocada pela de 1567, o que tem gerado muitas dúvidas.

Vide PIZARRO, *Mem. do Rio de Janeiro*, T. 7, pág. 154. Diz: "a doação de terras concedidas pelo Capitão-mor Estácio de Sá, em 16 de julho de 1565, para Rocio do Conselho, a posse delas, tomada a 24 do mesmo mês e ano e a confirmação da data pelo Governador Mem de Sá, em 16 de agosto de 1567, cujos documentos, inseridos pelo Escrivão das sesmarias Pedro da Costa, no instrumento lavrado a 12 de outubro dêsse ano, se incorporaram na Carta régia de 8 de janeiro de 1794, que confirmou as referidas doações. Registr. no livro novo e f. sobredita (189 v.).

(15 e 16) SILVA LISBOA, *loc. cit.*, T. 1, pág. 114.. Salvador Correia, Cristóvão de Barros e Martim de Sá deram muitas terras de sesmaria. Afirma VARNHAGEN (*História Geral*, T. 1, pág. 312, 2.^a ed.), ter visto os registros de 1578 em diante no cartório do Tabelião Silveira da Mota (deve ser Silveira Lôbo), T. 1 a 4. Em tôdas as sesmarias lê-se, diz êle, exarada a própria assinatura do Governador.

(17) SILVA LISBOA, *loc. cit.*, T. 1, págs. 294 e 304.

deserto, das riquezas latentes a atrair o fato pessoal, a ação individual, que o regime legal pretendia encaminhar, metodizar e corrigir.

O regime da propriedade não podia ser simplesmente legal. Seria contradizer tôda a sua história e pretender que as mesmas causas não produzem os mesmos efeitos.

Os modos primitivos da ocupação deviam predominar.

CAPÍTULO II

A DISTRIBUIÇÃO DAS TERRAS

A cidade de S. Sebastião do Rio de Janeiro foi criada e fundada em terras da Capitania de S. Vicente, de que era donatário Martim Afonso de Sousa (18); não o foi em nome do donatário, mas no de El-Rei (19). Dela desmembrou-se o termo da cidade, que era de seis léguas para cada parte, cessando todo o poder e jurisdição do donatário nessa zona.

Pelos poderes que lhes foram conferidos, o donatário, seu *Locotenente* e sucessores concederam terras de sesmaria no Rio de Janeiro, quer na Bahia e antes da invasão de Villegaignon, desde 1554 pelo menos (20), quer depois dela e da fundação da cidade (21).

Doação de juro-herdade (22), confirmada pela nona vez em 29 de março de 1720 (23) na pessoa de Antônio Carneiro de Sousa, passou afinal por cessão à Coroa (24), tendo já o nome de Capitania de S. Paulo desde 22 de março de 1681 e constituindo govêrno indepen-

(18) Nomeado em 20 de novembro de 1530, para correr a costa do Brasil, recebeu carta d'El-Rei, datada de 28 de setembro de 1532, comunicando ter-lhe feito doação de 100 léguas de costa, o que foi confirmado pelo Foral de 6 de outubro de 1534, sendo de 20 de janeiro de 1535 a carta de doação.

TACQUES, *Loc. cit.*, transcreve à pág. 143 a carta de nomeação à pág. 405 a de doação das 100 léguas, à pág. 467 o Foral.

VARNHAGEN, *Reflexões críticas sobre o escrito de Gabriel Soares — Notícias das Nações Ultram.*, T. 5, pág. 86.

(19) TACQUES, *loc. cit.*, pág. 316. *Informação da Província do Brasil*, do padre Anchieta, pub. pelo ilustrado Prof. CAPISTRANO DE ABREU, pág. 41: *Rev. de Inst. Hist.*, T. 6, pág. 413.

VARNHAGEN, *Hist. Geral*, T. 1, pág. 310, 2.^a ed.

(20) VARNHAGEN, *Hist. Geral*, 1.^a ed., pág. 488.

(21) TACQUES, *loc. cit.*, pág. 319.

(22) Título que passa aos herdeiros sem dependência de nova mercê, mas só de confirmação.

(23) TACQUES, *loc. cit.*, págs. 305 e 456.

(24) TACQUES, *loc. cit.*, págs. 475 e 476; VARNHAGEN, 2.^a ed., T. 2, pág. 748.

dente do Rio de Janeiro, por efeito da Carta Régia de 23 de novembro de 1709 (25).

Organizando o govêrno-geral do Brasil, o Conde da Castanheira deu em 17 de dezembro de 1549 Regimento ao Governador-Geral em 47 artigos e 7 suplementares (26) e outro aos Provedores e Officiais das capitanias. Ao Governador-Geral eram concedidos poderes para dar terras de sesmaria; aos Provedores o encargo de conservar o Tombo delas e o de julgarem as questões sôbre as anteriores datas (27).

A Mem de Sá e a Estácio de Sá foram conferidos poderes para conceder terras de sesmarias, e tais poderes que Mem de Sá transferiu a Salvador Correia de Sá (28), a Coroa diretamente outorgou ao sucessor dêste, Cristóvão de Barros, como se vê do Alvará de 31 de outubro de 1571 (29), e a Martim de Sá (30).

Os Capitães-Mores, embora tivessem sômente os poderes consignados em seus Regimentos ou os delegados pelos Governadores-Gerais, quando não os traziam do Reino, arrogaram-se a faculdade de dar de sesmaria as terras, o que provocou o Regimento de 1 de outubro de 1663, em que o Vice-Rei Conde de Óbidos, no art. 12, dispunha: “Sendo a Capitania de El-Rei Meu Senhor, e havendo algumas terras vagas ou se descubram de novo, as não dará de sesmaria o Capitão-Mor, por não ter jurisdição para isso; mas que o Governador e Capitão-General ou Vice-Rei, a cujo cargo estiver o Estado, ao qual sômente tem El-Rei Meu Senhor dado em seu Regimento a forma com que as há de distribuir e recorrerão as partes que as pedirem por si ou por seus procuradores a êste govêrno onde se lhes deferirá com a notícia que der o Capitão-Mor, o parecer do Provedor da Fazenda Real da dita Capitania e Informação do Provedor-Mor do Estado; e dando o Capitão-Mor algumas terras, o que não creio, será nulo e de nenhum vigor tudo o que contra êste capítulo obrar” (31).

O poder necessário, direto ou delegado do Capitão-Mor para dar de sesmaria as terras vagas, limitava-se nas capitanias de El-Rei, isto

(25) VARNHAGEN, *loc. cit.*, pág. 217.

(26) VARNHAGEN, *loc. cit.*, pág. 231.

(27) VARNHAGEN, *loc. cit.*, pág. 234.

(28) SILVA LISBOA, *loc. cit.*, T. 1, pág. 114.

(29) SILVA LISBOA, *loc. cit.*, T. 1, pág. 304.

(30) SILVA LISBOA, *loc. cit.*, T. 1, pág. 358.

(31) SILVA LISBOA, *loc. cit.*, T. 3, pág. 142.

é, nas colonizadas pela Coroa e consideradas exclusivamente dela, como a do Rio de Janeiro (32), ao território desmembrado das doações (33).

El disso dá testemunho o Capitão-Mor Martim de Sá, que, fazendo concessão de terras aos jesuítas para os índios de Cabo Frio, em 1 de agosto de 1630 (34), não só invoca os poderes, conforme a Provisão que tinha de S. M., como o Foral da cidade, em que se lê: 'As terras que estiverem dentro do termo e limites da cidade de São Sebastião, que são seis léguas para cada parte, que não forem dadas a pessoas que as aproveitem; ou pôsto que o fôsem dadas as não aproveitassem no tempo que são obrigados e por esta via ou outra qualquer estiverem vagas, vós as podereis dar de sesmaria a quem vo-las pedir... as quais terras assim dareis livremente sem outro algum fôro ou tributo, sòmente o dízimo à Ordem do Mestrado de N. S. J. C., com as condições e obrigações do Foral dado às ditas terras e da minha Ord. do L. 4 das Sesmarias... e isto se entenderá não sendo as ditas terras dadas a outras pessoas primeiro ,etc.'".

Foi o Rio de Janeiro governado por Capitães-Mores até 1697, em que Artur de Sá e Menezes sucedeu com o título de Primeiro Capitão-General *ad honorem*, sendo o primeiro Capitão-General legítimo Gomes Freire de Andrade, de 1733 em diante e até abril de 1762, data de sua elevação a Vice-Rei, quando já a doação de Martim Afonso tinha revertido à Coroa (35).

Determinou a Carta Régia de 23 de fevereiro de 1713 ao Governador da capitania do Rio de Janeiro se abstinésse de dar sesmarias dentro da cidade, por pertencer sòmente à Câmara, competindo ao mesmo governador dar as dos sertões (36), o que não impediu que o Governador Francisco Xavier de Távora (7 de janeiro de 1713 a 1717) concedesse de sesmaria terras para a Igreja da Santa Cruz dos Militares em 12 de fevereiro de 1716, concessão confirmada em 3 de outubro de 1720 e cumprida (9 de setembro de 1723), sendo registrada (37).

(32) ANCHIETA, *Informação*, pág. 41; VARNHAGEN, *loc. cit.*, pág. 310.

(33) Salvo o das capitánias, que por compra ou renúncia reverteram à Coroa.

(34) SILVA LISBOA, *loc. cit.*, T. 1, págs. 358 e seguintes.

(35) V. nota 24.

(36) PIZARRO, *Mem.*, T. 2, pág. 236, not. X. O Senado da Câmara exerceu, em 1683, os poderes de Governador e concedeu, nessa qualidade, cartas de sesmaria — *Rev. Inst. Hist.*, T. 2, pág. 70. T. 21, págs. 55 e 57.

(37) PIZARRO, *loc. cit.*, T. 2, pág. 214, nota 6 e pág. 237, nota 6.

Parece que essa Carta Régia veio reconhecer na Câmara atribuição mais ampla do que a resultante de doação de Estácio de Sá; mas, cumpre refletir que a êsse tempo já estava ela autorizada a dispor de uma parte da marinha para o fim da defesa da cidade (38) e vivo andava o conflito com o Provedor da Real Fazenda (39). Em todo o caso essa Carta Régia sòmente reconhecia na Câmara o poder de dar de sesmaria as terras compreendidas no termo da cidade, com exclusão das que constituíam seu patrimônio. A Câmara foram atribuídas as funções do sesmeiro, isto é, distribuidor das terras livres de tributo ou fôro e sòmente sujeitas ao dízimo (39-A).

Com a proscricção dos jesuítas (40) pela Lei de 3 de setembro de 1759, foram todos os bens temporais declarados vacantes em 25 de fevereiro de 1761 e incorporados ao Fisco, vindo assim um novo elemento — o domínio patrimonial ou privado do Estado — a constituir-se objeto de outras relações de direito provenientes da propriedade territorial. E assim as terras de sesmaria lhes haviam sido concedidas pelo donatário, por Estácio de Sá, por Martim de Sá, pelos Governadores-Gerais, reverteram ao domínio do Estado, perdendo sua primitiva estrutura jurídica (41).

Com a reforma constitucional de 12 de agosto de 1834 (Ato Adicional) ficou a cidade do Rio de Janeiro com seu Termo desligada da província, ora Estado do Rio de Janeiro, constituindo a Côrte ou Município Neutro, ora Distrito Federal e futuro Estado, tendo-lhe sido anexado por Decreto de 30 de dezembro de 1838 o Curato de Santa Cruz (42). E assim confina ao norte com o município de Maxambom-

(38) A construção da Fortaleza da Lage. Bando de 26 de novembro de 1646 — HADDOCK-LÓBO, *Tombo*, pág. 139.

(39) Ordem Régia de 21 de outubro de 1710.

(39-A) *Rev. do Inst.*, T. 2, pág. 69.

(40) Tinham vindo para o Brasil, em 1549, com o Primeiro Governador-Geral Tomé de Sousa.

Informação — *Rev. de Inst.*, T. 6, pág. 424; CAPISTRANO DE ABREU, *loc. cit.*

(41) *Informação* — *Rev. Inst.*, T. 6, págs. 429, 435 e 437; CAPISTRANO DE ABREU, *loc. cit.*, pág. 42.

SILVA LISBOA, *An.*, T. 1, pág. 36.

Cartas Régias de 15 de outubro de 1567 e 11 de novembro de 1567.

Av. de 16 de março de 1776, em virtude da qual ficou pertencendo ao Conselho da Fazenda a administração dos bens e terras dos jesuítas, proscritos.

Res. de 11 de julho de 1820. Assim, a Fazenda de Santa Cruz — *Rev. do Inst.*, T. 5, pág. 149.

(42) Lei de 6 de junho de 1831, art. 16, Decreto de 6 de agosto de 1831 — Decreto de 3 de agosto de 1831 — Decreto de 8 de janeiro de 1833 — Decreto de 30 de dezembro de 1833 — Decreto de 16 de fevereiro de 1835,

ba pelos rios Guandu-mirim e Meriti, ao sul com o Oceano Atlântico, a leste com o mesmo oceano na baía de Niterói, ao oeste com o município de Itaguaí pelo rio Guandu. sendo de 1.892 quilômetros quadrados sua superfície (43), que compreende:

- a) terras dadas de sesmaria a particulares pelos donatários, por si, por seus locotenentes e procuradores;
- b) terras dadas de sesmaria a particulares pelos Capitães-Mores e Governadores, compreendido entre estes o senado de Câmara (43-A).
- c) terras dadas de sesmaria aos jesuítas pelos donatários, Capitães-Mores e governadores;
- d) terras dadas à Câmara para patrimônio do Conselho e para logradouro ou uso comum dos moradores;
- e) terrenos de marinhas e de mangues;
- f) terrenos acrescidos aos de marinhas ou de aluvião;
- g) terrenos devolutos encravados na povoação;
- h) terras devolutas;
- i) os próprios nacionais, entre outros a Fazenda de Santa Cruz (43-B).

CAPÍTULO III

GÊNESE DOS TÍTULOS

§ 1.º

Terras dadas de Sesmaria a particulares pelos donatários da Capitania de S. Vicente

Pela carta de nomeação do Conselheiro Martim Afonso de Sousa, de 20 de novembro de 1530 (44), foi-lhe dado poder nestes termos: “para que êle dito Martim Afonso de Sousa possa dar às pessoas que consigo levar e às que na dita terra do Brasil quiserem viver e povoar aquela parte das ditas terras que bem lhe parecer e segundo lho merecer por seus serviços e qualidades, e das terras que assim der às ditas pessoas lhes passará suas cartas e que dentro de dois anos da data cada um aproveite a sua, e que se no seu dito tempo assim

art. 1, alínea 2.ª da Lei de 12 de agosto de 1834; arts. 2.º e 3.º da Constituição da República de 24 de fevereiro de 1891.

(43) MOREIRA PINTO, *Corografia do Brasil*, pág. 145.

(43-A) *Rev. Inst.*, T. 2, pág. 69.

(43-B) Confiscada aos jesuítas.

(44) TACQUES, *Rev. do Inst.*, T. 9, pág. 142.

não fizer, as poderá dar a outras pessoas para que as aproveitem com a dita condição; e nas ditas cartas...”

Na carta de doação de 100 léguas de costa ao mesmo Martim Afonso de Sousa, passada em 20 de janeiro de 1535 (45), se lê:

“Item o dito Capitão-Governador, nem os que após êle vierem, não poderá tomar terra alguma de sesmaria na dita capitania para si nem para sua mulher, nem para filho herdeiro dele, antes darão e poderão dar e repartir tôdas as ditas terras de sesmaria a quaisquer pessoas de qualquer qualidade e condição que sejam e lhes parecer livremente, *sem fóro nem direito algum*, sòmente o dizimo a Deus... e tôdas as ditas terras que assim der de sesmaria a uns e outros será conforme a ordenação das sesmarias e com obrigação delas, as quais terras o dito Capitão-Governador nem seus sucessores não poderão em tempo algum tomar para si, nem para sua mulher, nem filho herdeiro, como dito é, nem pô-los em outro para depois virem a êles por modo algum que seja; sòmente as poderão haver por títulos de compra verdadeira das pessoas que lhas quiserem vender passados oito anos depois das tais terras serem aproveitadas e em outra maneira não”.

O Foral de 6 de outubro de 1534, datado de Évora (46), consigna os mesmos preceitos, empregando, porém, as expressões — “as quais sesmarias darão da forma e maneira que se contém em minhas ordens” — em vez de — “será conforme a ordenação das sesmarias—”.

Estas devem prevalecer àquelas, que são de data anterior.

Que Martim Afonso concedeu sesmarias no atual território da cidade do Rio de Janeiro é inquestionável (47) e que as concedeu conforme a ordenação, também está evidenciado (48).

Vigoravam a êsse tempo as Ordenações Manuelinas e o título das sesmarias era o 67 do livro 4.º que, com pouca diferença passando a ser o 43 do L. 4 das Ordenações Filipinas, apenas conserva das Afonsinas — (L. 4.º Tít. 81) os traços característicos.

Os donatários quanto às terras exerciam sòmente as funções de sesmeiro, isto é, de distribuidor delas, promotor e fiscal de seu aproveitamento (49).

(45) TACQUES, *loc. cit.*, págs. 466 a 467.

(46) TACQUES, *loc. cit.*, págs. 467 a 473.

(47) TACQUES, *loc. cit.*, pág. 319; VARNHAGEN, *Hist. Ger.*, 1.ª ed., pág. 488, T. 1.

(48) TACQUES, *loc. cit.*, págs. 147 e 148.

(49) ALEX. HERCULANO, *Hist. de Portugal*, T. 4.º, págs. 241 e 244. VITERBO, *Elucidário*, vb. — *sesmaria*, vb. *covreleiro*.

A concessão de terras de sesmaria era título de constituição de domínio pleno sob condição suspensiva, revogável e durante certo tempo intransferível. O aproveitamento pela cultura, a residência *obrigada*, mas não *forçada*, espécie de adscrição voluntária, vestígio da lei de Afonso II pela qual se considerava um dever para o colono a habitação no prédio (50) e que afinal, como regra absoluta de direito, devia desaparecer ante a Ordenação Filipina do L. 4, T. 42, eram as condições das quais dependia o exercício pleno dos direitos de proprietário, ficando as terras alodiais. Podiam — “tendo feito nas terras, roças, criações de gado e mais benfeitorias, vender, dar e doar, trocar, escambar e fazer de tudo o que bem lhes vier e prover, como coisa sua própria e isenta que é (51)”. Os concessionários ficavam apenas sujeitos ao pagamento do dízimo.

Qualquer que seja a origem da palavra *sesmaria* (52), constitui um dos modos de transmissão do domínio privado do Estado, ficando a propriedade territorial livre ou alodial, quando se trata de terras nas condições da ordenação das sesmarias § 9.º, como eram tôdas as do Brasil, matos maninhos ou bravios, que nunca foram lavrados e aproveitados e passaram pelos Forais aos povoadores das terras ou que nunca foram coutados nem reservados pelos Reis.

Filia-se ao *ager occupatorius*, respeitado até o *ager compascuus*, às *possessiones* do direito público romano, que a Ordenação, repetindo a locução empregada desde os primeiros tempos da monarquia, chama de *possessão* (52).

(50) ALEX. HERCULANO, *loc. cit.*, T. 3, pág. 347.

(51) Carta de sesmaria, 1630; SILVA LISBOA, *An.*, T. 1, pág. 360.

(52) Referindo-se a sesmeiro, diz ALEX. HERCULANO: “A origem da denominação, que, aliás, se acha empregada em outras partes da Espanha, é obscura; SALVÁ, *Dicc. de la lengua Castellana*; VITERBO, vb. *sesmaria*; MACEDO SOARES, *Livro das Terras*, Apend. II. Inclino-me à opinião de ALMEIDA E SOUSA, *Notas a Melo*, Tom. 1, pág. 188. Tom. 3, pág. 53 — “Coesina, cxilla incisione supperfiiei incultae, quae inciditur vomere vel marra”.

MIBLO FREIRE define — sesmarias agros eos dicimus, qui alicui, ut iisdem curam adhibeat, publica autoritate traduntur; eos vero, qui agris proeficiuntur, illorumve curam habent, peroequatores seu *sesmeiros* adpellamus”. L. 1, Tít. 7, § IV.

CABEDO — Dec. CXII da Parte Seg. de *Agris desertis*.

Repertório das Ords., T. 4, vb. *sesmaria*, not. d., pág. 342 da ed. de 1859. Ord. Man. L. 4, T. 67, § 9.º, *in fine*. Vid. GARSONNET, *Hist. des Loc. perpet.*, págs. 114 e 120, com referência a LABOULAYE, 124 e 125.

VAUGEOIS, *Dist. des biens*, n.º 91.

PUCHTA, *Storia del Dir. presso il popolo romano*. Trad. de POLI, § 235.

§ 2.º

Terras dadas de sesmaria a particulares pelos Capitães-Mores e Governadores

Enquanto prevaleceu a doação de Martim Afonso de Sousa não podiam ser dadas de sesmaria senão as terras compreendidas no termo da cidade, que era de seis léguas para cada parte. Nessas concessões guardavam-se, em regra, as mesmas condições estabelecidas nas que eram feitas pelo donatário em seu nome. A legislação está inchada de providências a êsse respeito, quer quanto à extensão das datas de terras, quer quanto ao preenchimento das condições de cultura e aproveitamento, quer quanto ao modo de concedê-las e à autoridade a quem competia fazê-lo. Só pela Resolução de 17 de julho de 1822 “foram suspensas tôdas as concessões futuras”, até a convocação da Assembléia-Geral Constituinte, o que a Provisão de 22 de outubro de 1823 ratificou, deixando, porém, de ser compreendida na proibição a confirmação das sesmarias já concedidas (53).

O merecimento de tais concessões, bem como das que foram feitas em nome do donatário, afere-se hoje pela Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850 e conseqüentes atos governamentais e administrativos.

§ 3.º

Terras dadas aos jesuítas

Havendo sido declarados vacantes e incorporados ao Fisco, arrematados uns e inscritos como próprios nacionais outros, os bens possuídos no Brasil e no Rio de Janeiro pelos jesuítas, já provenientes das doações de 1 de julho de 1565 feita por Estácio de Sá e de 1 de agosto de 1630 feita por Martim de Sá, de doações *inter-vivos* e de legados, o direito de propriedade não pode sugerir dúvidas, devendo decidir-se as que aparecerem pelos títulos de aquisição, em virtude dos quais entraram como próprios ou alodiais no domínio particular.

(53) Sobre as sesmarias no Brasil. Vide — PEREIRA E SOUSA, *Esboço de um Dic. Jur.* vb. *Sesmaria*; PIZARRO, *Mem. do Rio de Janeiro*, T. 7, pág. 90, nota 15; RIBAS, *Curso de Dir. Civ. Br.*, T. 2, pág. 275, nota 59; FURTADO, *Rep.* vb. *Sesmaria*. Fora do termo da Cidade os governadores darão terras de sesmaria. V. *Rev. Inst. Hist.*, T. 2, págs. 50 e seguintes.

§ 4.º

Terras dadas à Câmara para patrimônio do Conselho e logradouro ou uso comum dos povoadores

O esforço empregado pela Municipalidade do Rio de Janeiro para historicamente reivindicar seu patrimônio territorial, defini-lo e expurgá-lo das dúvidas e resistências que o impediam de frutificar não conseguiu senão provocar vigorosa oposição, que ainda agora anula a legítima tentativa de acentuar as relações jurídicas d'êles defluentes.

HADDOCK LÔBO com o *Tombo das Terras Municipais* (54) e MELO MORAIS com o *Patrimônio Territorial da Câmara Municipal da cidade do Rio de Janeiro* (55), extremados ambos na defesa e no ataque do patrimônio municipal, criaram situação difícil de modificar pelos meios regulares.

Um pretende estender o domínio da Municipalidade sobre quase todo o território do Distrito Federal, o outro, contestando a autenticidade dos títulos e confutando-os com energia, redu-los a proporções insignificantes.

Para o patrimônio da Municipalidade HADDOCK LÔBO reclama, quanto às terras que de sesmaria podiam ser dadas:

- 1.º a doação feita por Estácio de Sá em 16 de julho de 1565;
- 2.º uma sesmaria de seis léguas em quadra anexa à 1.ª, doada em 16 de agosto de 1567 por Mem de Sá.
- 3.º a antiga marinha da cidade,
- 4.º a chamada sesmaria dos sobejos,
- 5.º os terrenos realengos do Irajá,
- 6.º a sesmaria do Realengo do Campo Grande.

A) *A Doação de 1565*

MELO MORAIS a argüi de falsa e procura pôr em evidência a ignorância de seu autor (56), negando-lhe, quando verdadeira, os efeitos jurídicos que a Municipalidade se arroga.

(54) Publicação oficial por deliberação da Câmara Municipal, de 30 de junho de 1860.

(55) Publicação de 1881.

(56) *Loc. cit.*, págs. 7 e 49.

A doação foi feita, e Estácio de Sá não podia deixar de concedê-la, ainda quando não tivesse sido provocado pelos povoadores.

Nada mais faria do que seguir o processo histórico da fundação das cidades e reconhecer a índole, a constituição e os fins dos "Conselhos" municipais.

Com a fundação da cidade em março de 1565 teve princípio o corpo da Câmara (57) e antes da chegada de Mem de Sá em 18 de janeiro de 1567 a cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro, já exercia jurisdição o Juiz ordinário Pedro Martins Namorado, a quem em 9 de setembro de 1566 Estácio de Sá dirigira provisão suspendendo o curso das causas que perante êle corriam por jogos de cartas e bolas (58).

Era o Juiz ordinário o Presidente da Câmara, na forma da Ord. Afonsina, L. 1, Tít. 26, § 29 e da Ord. Manuelina, L. 1, Tít. 44 a êsse tempo em vigor (59).

Escrevendo em 1772, TACQUES, que procedeu às mais interessadas investigações sobre a Capitania de S. Vicente, dentro da qual tinha sido fundada a cidade de S. Sebastião do Rio de Janeiro (60), refere a imissão pública e solene da Câmara na posse dessa doação, verificada no lugar denominado *Carioca*, que era o termo da cidade (61).

As terras dadas à Câmara por Estácio de Sá não podiam quanto ao seu aproveitamento obedecer aos preceitos do direito agrário consolidado na Ordenação Afonsina do L. 4, T. 81 e na Manuelina do L. 4, T. 67, mas às regras impostas no Tít. 46 do L. 1 desta, mais tarde reproduzidas na Ordenação Filipina do L. 1, T. 66 §§ 11 e seguintes.

(57) PIZARRO, *Mem.*, T. 7, pág. 153. *Rev. Hist. Inst.*, T. 20, pág. 107.

(58) SILVA LISBOA, *An.*, T. 1, pág. 103. — Diz a Provisão — "porque, sendo a cidade recentemente fundada de muitos giros e trabalhos que atualmente sentiam pelo grande número de gentios e Luteranos Franceses que os mais dos dias vinham combater, andando os moradores e soldados aluidos e enfadados sem haver tempo ao descanso, deviam também ocupar alguma parte dos sentidos... daí em diante os que praticassem ações proibidas por seus pregões e mandados pagariam cem mil réis de condenação para a confraria de S. Sebastião" (criada por Estácio de Sá).

(59) Ord. Filipp. L. 1, T. 63, § 2.º.

(60) *História da Capitania de S. Vicente, desde a sua fundação por Martin Afonso de Sousa em 1531*, escrita por PEDRO TACQUES DE ALMEIDA PAES LEME em 1772, na *Revista do Instit. Hist.*, T. 9, 1947.

(61) 24 de julho de 1565 e nisso estão de acôrdo todos os historiadores e cronistas.

A influência do Direito Romano, já preponderante a esse tempo em Portugal (62), não podia subtrair-se quando não fôsse o resultado de necessidade social, a constituição do patrimônio da cidade.

A criação de uma cidade determinava a constituição de um patrimônio territorial, que compreendia muitas vezes, além do território da própria cidade, outros distantes (63); eram os *agri coloniarum, municipiorum, civitatum* (64), recebendo esse domínio o nome de *agri fructuarii, agri vectigales, proedia municipium, pascua publica* (65).

Domínio municipal, assumiam esses bens dois aspectos, conforme a aplicação e o destino que lhes fôsse atribuído.

Ou constituíam os próprios de seu patrimônio, fonte de renda, ou eram entregues ao uso comum dos habitantes.

As terras em bom estado de cultura eram arrendadas; as incultas, análogas aos *agri occupatorii*, formavam o *ager vectigalis* (66) que no *Digesto* (L. 6, Tít. 3) é equivalente de *ager emphyteuticarius*, pensando MOLITOR (67) que o emprêgo afi das duas expressões *ager vectigalis id est emphyteuticarius* não é uma redundância, antes indica referir-se ao *ager vectigalis* de que se faz concessão a título de enfiteuse a particulares. Reflete o mesmo romanista (68) que os bens que as cidades e igrejas concediam aos particulares denominavam-se *fundi emphyteutici* ou *emphyteuticarii*, porque as concessões ti-

(62) MELO FREIRE, *Hist. Jur. Civ. Lus.*, § 62 e nota — *Prefação* das Ords. do Senhor Rei D. Afonso V. Coimbra, Imprensa da Universidade, 1792. MIDOSI, *Origens e fontes da legislação portuguesa*. Bulletin de la soc. de leg. comp., T. 4, pág. 162.

(63) TH. MOMMSEN e J. MARQUARDT, *Man. des antiquit. rom.* T. X, pág. 123; GARSONNET, *loc. cit.*, pág. 172.

(64) TH. MOMMSEN, *loc. cit.*, T. X — *Organis. Financ.*, pág. 197.

MADVIG, *L'État Rom.*, T. 1, pág. 99; T. 4, págs. 21 e seguintes.

WILEMS, *Dr. Pub. Rom.*, pág. 349.

VAUGEOIS, *Dist. des biens*, pág. 72.

PUCHTA, *loc. cit.*, L. 3, pág. 428.

(65) TH. MOMMSEN, *loc. cit.*, pág. 124 e nota 8. WILEMS, *loc. cit.*, pág. 544.

(66) VAUGEOIS, *loc. cit.*, pág. 82.

SAVIGNY, *Dr. Pub. et Adm. des Rom.*, T. 2, n.º 700.

PUCHTA, *loc. cit.*, pág. 501.

(67) *Les Oblig. en Dr. Rom.*, n.º 622.

IHERING *Du Rôle de la volonté dans la Possession*, pág. 314; nota 169 atribui à intercalação dos compiladores as expressões — *id est emphyteuticarius*, proveniente da assemelhação das duas formas por Justiniano.

(68) *La Possession, la revendication*, etc., en *Dr. Rom.*, n.º 20, *in fine*.

nam por fim principal a cultura desses bens (69). O *ius emphyteuticum* deriva-se do *ager vectigalis* (70).

O direito pátrio aceitou esses antecedentes e ainda o Alvará de 5 de outubro de 1795 (71), no § 29 dispunha que se dessem terras para patrimônio das câmaras, e que por aforamento servissem às suas rendas. E assim distinguindo-se os bens municipais, cuja administração e conservação pertencem às câmaras, em bens *próprios* do seu patrimônio e bens do *uso comum* (72), a municipalidade, respeitadas os *logradouros públicos*, podia dar de aforamento as terras objeto da doação feita por Estácio de Sá.

A ordenação do Reino impunha esse modo de aproveitamento dos bens dos Conselhos, sendo encargos dos provedores fiscalizá-lo e impedir seu desbarato (73), tornando-se dignos de estudo os dois Alvarás de 15 de julho de 1744 e de 26 de outubro de 1745, que fixou a inteligência do primeiro, e as providências do Alvará de 23 de julho de 1766.

Deste modo o Alvará de 10 de abril de 1821, justamente condenando o Acórdão de 20 de junho de 1812, restaurou a figura jurídica da doação feita por Estácio de Sá, degradada pelo sofisma, e, longe de criar direito novo, restituiu à enfiteuse as suas características, ratificando os contratos irregulares e fixando as regras a seguir no futuro.

Não foi o Alvará de 10 de abril de 1821 uma violência mas uma reivindicação.

Por esse Alvará, ou antes pelos princípios puros do direito enfiteutico, devem ser apuradas as pretensões da municipalidade e as resistências dos que estão na posse de terrenos dentro da doação de *légua e meia de terra, começando da casa de pedra ao longo da baía até onde se acabar e para o sertão* (74) *duas léguas*.

Uma circunstância, porém, de grande alcance e que não pode ser de modo algum menosprezada no estudo e solução das pretensões da

(69) *Virtute-colendi*, como diz SICULUS-FLACCUS.

(70) Cod. Theodos (L. 10, Tít. 3). De locatione fundorum juris emphyteuticarii et Reipublicae et templorum, isto é — opina MOLITOR — bens que as municipalidades e as igrejas tinham dado em enfiteuse. — Vide GARSONNET, *loc. cit.*, pág. 175.

(71) Suspenso pelo Decreto de 10 de dezembro de 1796.

(72) T. DE FREITAS, *Consolid.*, art. 61 e nota 38.

(73) Ord. Fil. L. 1, T. 62, §§ 67 e 68.

(74) Pela doação de Estácio de Sá a linha do sertão era também da légua e meia; Mem de Sá, porém, a elevou a duas léguas.

Municipalidade consiste em que somente em 25 de maio de 1667 se deu começo à medição das terras doadas por Estácio e Mem de Sá, medição suspensa pouco depois de iniciada e quase um século depois de novo começada e afinal ultimada em 2 de setembro de 1754 (75).

A oposição dos “jesuítas, donatários de grandes datas de terras dentro do Têrmo”, à primeira tentativa de medição, os embaraços opostos por pessoas a quem haviam sido concedidas em sesmarias terras, que a segunda medição pretendia abranger (76), são fatos inequívocos.

Subordinado a êles ficara, portanto, o exercício do direito, senão cumprimento de dever, que a Ord. L. 1, Tít. 66, § 11 atribuiu às municipalidades, de reivindicar os bens municipais usurpados por particulares, indicado por José Clemente Pereira no Aviso n. 83, de 2 de julho de 1828, sem prejuízo da manutenção na posse em que se achassem os ocupantes até serem convencidos judicialmente (77).

Está, pois, a Municipalidade do Rio de Janeiro diante das seguintes interrogações:

- 1.ª) Tem ação *ad exhibendum* contra os possuidores de chãos compreendidos na área medida e demarcada em 1754?
- 2.ª) Pode intentar ação de reivindicação contra os usurpadores?
- 3.ª) Pode ser oposta a prescrição aquisitiva?
- 4.ª) Pode ser oposta a prescrição extintiva da enfiteuse?
- 5.ª) De que modo se poderá operar o comisso enfiteutico?
- 6.ª) Pode ser oposta a prescrição do comisso?
- 7.ª) Pode ser excluída a mora?
- 8.ª) Verificado o comisso, é devida a indenização das benfeitorias?
- 9.ª) Convirá à Municipalidade intentar a ação de comisso?
- 10.ª) Pode a Municipalidade transigir com os foreiros e usurpadores?
- 11.ª) Pode o Conselho Municipal autorizar o resgate do aforamento?

B) Concessão de 1567.

Só por equívoco pode-se atribuir à Municipalidade o domínio sobre a área que constituía o Têrmo da Cidade. Deliberada a fundação

(75) HADDOCK LÔBO, *loc. cit.*, págs. 13 a 23.

(76) HADDOCK LÔBO, *loc. cit.*, pág. 17.

(77) Arg. ex Av. 3 de 10 de janeiro de 1821. — Prov. 14 de março de 1822. Port. 17 de julho de 1822. Res. 26 de março de 1828.

de uma cidade na baía do Rio de Janeiro, a bem de conservação da colônia e da defesa dos direitos da Coroa de Portugal, e devendo ser desmembrado da Capitania de S. Vicente o território necessário ao povoamento, Estácio de Sá, incumbido dessa missão, não podia deixar de observar as regras gerais adotadas para o povoamento do Brasil. Um dos preceitos rigorosos era limitar e assinalar logo o têrmo das povoações, e isso se vê na doação a Martim Afonso de Sousa, não podendo por “dentro da terra firme pelo sertão haver entre elas menos de 6 léguas de espaço uma à outra para que o têrmo fôsse, pelo menos, de 3 léguas de terra para cada uma” (78).

Têrmo de cidade ou vila, isto é, limites jurisdicionais e patrimônio da Câmara não podem por forma alguma confundir-se.

Com a fundação da cidade devia ficar perfeitamente definida a ação do Capitão-Mor governador, da Câmara e do donatário quanto ao aproveitamento das terras. Se os poderes do donatário não sofreram quebra senão quanto aos que diziam respeito à Cidade de S. Sebastião e aos Capitães-Mores, ou por fôrça de seus regimentos ou por delegação do Governador-Geral, não foi permitido dar de sesmaria senão terras dentro do têrmo e limites da cidade (79), é de rigor concluir que tais poderes eram exclusivos de um direito de propriedade particular da Câmara.

A Carta Régia de 23 de fevereiro de 1713, determinando que o Governador do Rio de Janeiro não desse sesmarias dentro da cidade, *por pertencer somente à Câmara*, competindo ao Governador dar as dos sertões, não autoriza conferir à Municipalidade o direito de propriedade.

Explica-se por motivos de ocasião, sem dúvida referentes ao procedimento da Câmara durante a invasão francesa, pela necessidade de atender à comodidade dos moradores e às suas reclamações, pela conveniência de manter os logradouros públicos, que não podiam ser dados de sesmaria, como é expressa a Ord. do L. 4, Tít. 43, § 12. Cabia à Câmara administrá-los e conservá-los, evitado assim o favoritismo ofensivo dos direitos ao uso comum *para pastos, criações e logradouros*.

Essa Carta Régia, empregando as expressões — por pertencer somente à Câmara — nada mais fêz do que restabelecer o estatuído

(78) TACQUES, *loc. cit.*, pág. 459.

(79) SILVA LISBOA, *Ann.*, T. 1, pág. 355, nota 1.

na citada ordenação, que enuncia o mesmo preceito, sancionando-o positivamente —: “*E se foram dados (de sesmaria) a algumas pessoas, em dano dos moradores dos lugares, podê-los-ão demandar se entenderem que têm direito para isso*”.

E êsse sentimento estava tão arraigado na legislação, que o Alvará de 11 de abril de 1815 no § 4.º, referindo-se aos bens próprios dos conselhos, só autoriza o aforamento dos baldios (Res. de 16 de outubro de 1820), quando por exames judiciais, com assistência das Câmaras, se mostrarem desnecessários para logradouros dos povos — *a quem pertencerem* —, observando-se sempre nos aforamentos as disposições do Alvará de 23 de julho de 1766, cujo intuito foi desterrar a massa enorme de abusos que acabrunhava a administração dos bens municipais.

CABEDO (80) pronuncia-se —: Cum autem hoc non essent Regis sed civitatum et oppidorum ad publicum usum vicinorum *in donatione non includebantur* — e, tratando das terras do Brasil, acrescenta:

“*Immó nec per decuriones oppidorum aut civitatum, in cujus terminis sunt proedicti agri deserti possunt emphyteuticari, cum non sint bona propria praedictarum civitatum nec oppidorum sed publica ad communem civium et vicinorum usum et solum possunt dari de sesmaria ut dictum est juxta Or. L. 4, Tit. 43*”.

“Direito de co-propriedade, ensina TEIXEIRA DE FREITAS (81), cujos titulares são os moradores dos municípios de cada povoação, que antigamente chamavam-se *vizinhos*, a quem competia direito de vizinhança”.

A Carta Régia de 23 de fevereiro de 1713 não pode ser interpretada senão como medida administrativa tendente a coarctar os abusos do Governador e se outra extensão tivesse, não podia ir além de reconhecer na Câmara a atribuição de dar *de sesmaria*, conforme a lição de CABEDO, as terras que não mais se prestassem a logradouros (82) e não de aforamento, por não pertencerem ao seu patrimônio.

As concessões de sesmaria não podiam ser feitas com outro encargo senão o dízimo; convertê-las em tributárias seria fazer violência ao título de aquisição.

(80) *Loc. cit.*, n.º 2.

(81) Consolidação, nota ao art. 61. — Vide ALMEIDA e SOUSA, *Direitos dominicais*, §§ 30 e seguintes, principalmente o § 45.

(82) Rep. das Ord. Vb. Sesmeiros — nota a b — *in fine*, pág. 342.

HADDOCK LÔBO foi o primeiro a reconhecer (83) que só um ato legislativo poderia evitar as imensas lides que necessariamente se haviam de agitar, se a Municipalidade pretendesse fazer valer como título de doação patrimonial a determinação do termo da cidade por Mem de Sá em 1567.

Não é possível conciliar a concessão de uma légua e meia para patrimônio da Câmara, a concessão anteriormente feita aos jesuítas por Estácio de Sá, em 1 de julho de 1565, as distribuídas por Mem de Sá e pelos Capitães-Mores dentro do termo da cidade e a pretensão da Municipalidade a uma sesmaria de seis léguas em quadro concedida, em 16 de agosto de 1567, quando todo o termo da cidade, e além dele não ia o poder nem do Governador-Geral nem dos Capitães-Mores na distribuição de terras do Rio de Janeiro, não tinha mais de seis léguas para cada parte.

E' sabido que “pela Carta Régia de 11 de novembro de 1567 foi ordenado ao Governador-Geral que confirmasse tôdas as datas e doações das terras feitas aos jesuítas, não consentindo que lhes fôsem tiradas e que se lhes desse cartas de confirmação, ainda que não tivessem feito benfeitorias nelas, sem embargo de quaisquer Ordens Régias que determinassem o contrário, havendo mesmo defeitos de fato e de direito, que para ter efeito os havia por supridos” (83, *bis*).

O Alvará de 10 de abril de 1821, se a Câmara aforou terrenos dentro do termo da cidade mas fora da doação de 1565, não pode ter outro efeito senão o de legitimar a invasão *efetiva*, porque para tanto o próprio Alvará invocou — “*o domínio eminente que ao soberano competia para regular o dos vassallos, firmando-o e segurando-o em bases firmes e estáveis*”.

Com relação, portanto, a êsses aforamentos, originariamente nulos e exorbitantes do direito da Câmara, podem suscitar-se as mesmas questões que afetam os contratos enfiteuticos sobre terrenos desmembrados da doação de 1565.

C) A antiga marinha da Cidade

Antes de regulada, como fêz a legislação moderna, essa parte do domínio do Estado, conhecida pelo nome de *marinhas* (84), prestou-

(83) *Loc. cit.*, pág. 25.

(83 bis) SILVA LISBOA, *loc. cit.*, T. 1, pág. 36.

(84) As marinhas compreendidas entre os direitos reais conforme a Ord. L. 2, Tit. 26, § 15, como bem observa T. DE FREITAS, *Cons.*, nota ao

se a tôda a sorte de invasões, que, toleradas e depois legalizadas, converteram-se em domínio particular, pleno ou menos pleno.

As praias dos mares, que a *Instituta* no L. 2, Tít. 1, § 3.º, define “Este autem, quatenús hibernus fluctus maximus excurrit” e no § 1, inclui entre as coisas comuns a todos por direito natural, reconhecendo aliás a possibilidade de uma ocupação exclusiva do uso comum, estavam por Direito Romano quanto ao modo de utilização sujeitas ao regime da propriedade nacional, dizendo CELSO (*Dig. L. 43, Tít. 8 p.3*): “Littora in quoe populus romanus imperium habet, populi romani esse arbitror”.

Para defendê-las foi estabelecido o interdito proibitório — *ne quid in loco publico* —, fixado o conceito de serem tais lugares destinados aos usos dos particulares — “jure scilicet civitatis non quasi propria cujusque; et tantum juris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet (85).

Em 1646, como expôs o Governador do Rio de Janeiro Duarte Correia Vasqueanes aos oficiais da Câmara (86), estava autorizada pelo Governo de Sua Majestade a venda dos chãos da praia para seu produto ser aplicado às obras da defesa da barra e da cidade, devendo essa alienação verificar-se precedendo pregão, com ou sem reserva de fôro, isto é, o preço poderia constar de uma prestação única ou de uma série de prestações módicas anuais além do que se poderia considerar uma jóia. E por esta forma para o adquirente ficaria a propriedade alodial e isenta ou foreira.

Este segundo modo filia-se aos bens do fisco romano — *empti privato jure salvo canone*, vendidos pelo fisco com a particularidade de, no interêsse do príncipe e para impedir que seus agentes dissipassem as somas provenientes dessas espécies de alienação, reflete GARSONNET, (87) consistir sempre uma parte do preço em uma renda, ficando assim os bens alienados representados no patrimônio do príncipe por um equivalente periódico e perpétuo.

Esse modo de alienação confundiu-se afinal com a enfiteuse (88).

art. 52, § 2.º, não são a parte das praias e margens de rios que mereceram particular cuidado da Administração pública do Brasil desde o começo deste século.

(85) *Dig. L. 43, T. 8, fr. 2, § 2.º.*

(86) HADDOCK LOBO, *loc. cit.*, pág. 135.

(87) *Loc. cit.*, pág. 149 — LARICHE e BONJEAN, *Explication meth. des Inst. de Just.*, T. 1, pág. 568.

(88) GARSONNET, *loc. cit.*, pág. 181; BONJEAN, *loc. cit.*

A *proposta* (89) do Governador foi aceita e importava em uma doação com encargos, ampliado o da Ord. L. 1, Tít. 62, § 67, que mandava tomar a terça parte das rendas dos conselhos para “reparo de muros e castellos e para outras cousas necessárias à defesa dos logares”, o que devia merecer sempre especial cuidado dos provedores.

Feita a alienação sem a condição — *salvo canone* — nem a Câmara nem a Coroa conservava mais parcela alguma de domínio sobre êsses chãos entrados no domínio particular; estabelecido, porém, o aforamento, a Câmara teria direito à percepção do fôro e ao laudêmio, constituída usufrutuária.

O título de seu direito não lhe atribui domínio algum; adjudica-lhe somente a percepção de renda para fim determinado.

O que começou por uma delegação de poderes, explicada perfeitamente pela necessidade de habilitar a Câmara a desempenhar-se da obrigação de prover à defesa da cidade e limitava-se “à praia que mediava entre os morros do Castelo e de S. Bento” (90), foi estímulo para a invasão do litoral, provocando a intervenção enérgica do Provedor da Fazenda Real da Capitania do Rio de Janeiro, que em Carta de 20 de maio de 1710 pediu providências à Metrópole.

A Câmara, pretendendo que a doação de 1565 compreendia as marinhas, atribuiu-se a competência para fazer concessões a particulares; o Provedor da Fazenda, sustentando que as praias não podiam considerar-se compreendidas em terras de sesmarias, notificou as pessoas que estavam construindo casas na marinha da cidade para as “deitarem abaixo”.

Dêsse conflito entre a Fazenda e a Câmara durante quase um século, e de que dão notícia as Ordens Régias de 21 de outubro de 1710, 7 de maio de 1725, 10 de dezembro de 1726, 26 de janeiro de 1728, 10 de janeiro de 1732, (91) resultou afinal a ordem terminante do Conde de Resende, de 3 de novembro de 1790, em que se lê: “como não têm sido suficientes as respeitáveis ordens de S. M. para a Câmara se conter nos justos limites de sua jurisdição, arrogando a si a regalia de ocupar e aforar os terrenos das praias até êste ano de 1790, lhe suspendo esta jurisdição, declarando, em confirmação das mesmas reais ordens, serem da Inspeção do Provedor da Fazenda as marinhas”.

(89) Assim a denomina o auto que se lavrou em 26 de novembro de 1646; HADDOCK LOBO, *loc. cit.*, pág. 132.

(90) HADDOCK LOBO, *loc. cit.*, pág. 25.

(91) COSTA LIMA, *Terrenos de Marinhas*. Introdução e pág. 9 a 14.

Quando, por força da Lei de 15 de novembro de 1831 (Tít. 4, § 14), foram expedidas as Instruções de 14 de novembro de 1832 e começou-se a demarcação dos terrenos de marinhas, suscitaram-se dúvidas se os dessa procedência, embora não estivessem mais sob a influência do art. 4.º das mesmas Instruções, poderiam continuar a ser considerados tais.

A Ordem de 28 de junho de 1834 declarou “que os terrenos, para se considerarem ou não marinhas, deveriam ser tomados — no estado em que atualmente se achassem; deixando de haver-se como tais aquêles que a êsse tempo estivessem fora dos limites marcados, em consequência de qualquer acréscimo natural ou industrial que tivesse feito recuar o mar” (92).

Para o art. 1.º, § 1, alínea 2.ª do Dec. n.º 4.105 de 22 de fevereiro de 1868 passou essa decisão, e por ela deve ser apurado o direito da Municipalidade.

Tendo sido a Câmara em 1646 autorizada a vender livre de fôro ou com êle a antiga marinha, não pode pretender exercer senhorio sobre tôda essa parte da cidade. O seu direito precisa ser provado a respeito de cada uma das parcelas e seu título é o contrato de aforamento.

O Alvará de 20 de abril de 1821 não canonizou a situação jurídica da Câmara senão com relação às terras de sua doação de 1565 confirmada em 1567. Poder-se-ia duvidar da validade dos aforamentos referentes a outras praias que não a compreendida entre os morros do Castelo e de S. Bento, e que representam invasão do domínio do Estado, a quem pertencem as marinhas.

Se êsses aforamentos versam sobre terrenos que atualmente ainda podem ser considerados de *marinhas*, a dúvida não tem razão de ser e os efeitos jurídicos do contrato regular-se-ão pelas leis que adjudicaram à Câmara o fôro e o laudêmio das marinhas; se, porém, deixaram de ser marinhas, segundo a Ordem de 28 de junho de 1834 e aos terrenos doados e nesse caso o Alvará de 10 de abril de 1821 aproveita à Municipalidade, validados os aforamentos.

As questões que se suscitarem quanto ao aforamento efetivo e não potencial da antiga marinha devem resolver-se pelas regras do

(92) O que era a antiga marinha, pode-se com aproximação saber consultando SILVA LISBOA, T. 1, págs. 51 e 172; PIZARRO, T. 1, págs. 29, 108, 172, T. 7, págs. 22 25 43. Padre LUÍS GONÇALVES DOS SANTOS *Memórias para servir à História do Reino do Br.* Introdução págs. VIII e seguintes.

direito enfiteutico sem esquecer: 1.º, a determinação fundamental e rigorosa — se ainda são terrenos de marinhas ou já não eram em 1832, em consequência de qualquer acréscimo natural ou industrial que tiveses feito recuar o mar; 2.º, que dêsses terrenos, marinhas ainda ou não, alguns são alodiais, ou por efeito de compra sem a cláusula — *salvo cânone* — ou de concessões gratuitas (93).

Em falta de título, a questão reduz-se a uma só:

Prevalece a prescrição aquisitiva?

No princípio dêste século e nos primeiros tempos do Império o Govêrno, reconhecendo nos ocupantes o direito de ser mantidos na posse, proclamou a competência do Poder Judiciário para resolver os pleitos e denúncias, o que foi mantido pelo Decreto n. 4.105 de 22 de fevereiro de 1868, que no art. 19 dispôs: “As questões sobre propriedade, servidão e posse, ainda que resultantes da natureza do local, são da exclusiva competência dos tribunais” (94).

D) A sesmaria dos sobejos.

A própria denominação desta concessão, confirmada pela Carta Régia de 8 de janeiro de 1794 mais de um século depois de haver sido feita (95), exprime que não se trata de uma área contínua.

Confessou a Câmara que os terrenos pedidos não se achavam compreendidos na anterior doação e assim reconheceu a existência de ocupação por particulares ou por efeito de concessões feitas pelo Capitão-Mor Governador ou por posse sem primitivo título hábil.

Não poderá, portanto, ser atendida a Municipalidade, se alegar que sobre tôda a área compreendida entre o rumo da doação de 1565 e o mar tem senhorio, e tal que resista à opposição dos que não querem reconhecer-se enfiteutas.

As concessões a particulares não podiam ser feitas pelos Capitães-Mores senão isentas de fôro e sòmente sujeitas ao dízimo. Esta era a natureza especial das sesmarias nas terras de conquista ou antes não ocupadas em tempo algum.

Simplifica-se dêste modo, e sem objeção que proceda, o trabalho de investigação jurídica, e os pontos controvertidos não são diversos dos que se indicam em relação as terras doadas em 1565. Apenas mais

(93) Vide o Decreto de 21 de janeiro de 1809 — Edital de 2 de dezembro de 1820 — em COSTA LIMA, *loc. cit.*, pág. 19.

(95) 26 de maio de 1667.

favorável é a posição dos que não reconhecem o senhorio da Municipalidade, por isso que militam a seu lado duas presunções — a de serem alodiais os chãos, como terras desmembradas das de sesmaria, e os próximos ao mar serem marinhas alienadas livres de fôro por efeito da proposta do Governador Vasqueanes.

Protegidos também pelo Alvará de 10 de abril de 1821 os aforamentos, que a Municipalidade fêz até essa data, ficam adstritos à aplicação das regras gerais que caracterizam o direito enfitêutico e são comuns aos demais contratos e a solução que a alguma das questões sugeridas pela análise e estudo da primeira doação de 1565 abrangerá as que defluírem desta, aliás nunca medida nem demarcada, o que para o próprio autor do “*Tombo das Terras Municipais*” (96) privou a Municipalidade de uma base segura para o processo de reivindicação.

E) Terrenos realengos de Irajá

Das preocupações que afligiam o legislador português, quando tratava das leis agrárias, não era a menor a conciliação do desenvolvimento e consolidação da cultura e a comodidade dos povoadores, que gozavam dos direitos de vizinhos.

Já a Ordenação Manuelina (L. 4, T. 67), que se converteu na Filipina do L. 4, T. 43, havia determinado nos §§ 12 e 15 que se não dessem de sesmaria nos têrmos das vilas e lugares os matos, matas e outros maninhos por deverem ser coutados e defendidos em proveito do pastos, criações e logramentos que aos moradores pertencem.

Estando os terrenos de Irajá compreendidos no Têrmo da cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro, que era de seis léguas para cada parte, e não podendo os Capitães e Governadores dar de sesmaria as terras que fôsseem necessárias à pastagem do gado empregado na lavoura ou destinado à alimentação pública, não precisava a Municipalidade de título especial para administrar e conservar pelo modo que achasse mais favorável ao interêsse dos munícipes essa parte do domínio público.

O aforamento dos baldios (97) dos conselhos devia efetuar-se segundo as prescrições do Alvará de 23 de julho de 1766 — informando os provedores e corregedores das comarcas, ouvindo as Câmaras e os

(96) *Loc. cit.*, pág. 85.

(97) Definidos pela Res. de 16 de outubro de 1820, que declarou o § 4.º do Alv. de 11 de abril de 1815.

povos respectivos, o que o Alvará de 27 de novembro de 1804 manteve, sendo ainda invocado pelo de 10 de abril de 1821 e servindo de fundamento à grande série de decisões tomadas antes e depois da fundação do Império.

Tinham as Câmaras sòmente a administração dos baldios compreendidos no têrmo e a alienação por aforamento escapava à sua jurisdição.

Desde a primeira formação do *ager publicus* foram excluídas da distribuição das terras as matas e as pastagens, para que fôsseem comuns a todos e cada cidadão pudesse aproveitá-las, já para apascentar o gado, já para prover-se de lenha (98).

Os pastos podiam ser arrendados a tanto por cabeça de gado e a renda denominada *scriptura* era em regra arrecadada por adjudicação aos *publicani*, constituída assim a *locatio censoria* (99).

Esta era a índole dos matos maninhos, baldios, domínio do Estado sob a administração das Câmaras e que só podiam ser tirados dos moradores dos lugares onde estivessem “para se darem das sesmaria para lavoura, quando fôsse conhecido que era mais proveito que estarem em matos maninhos”.

Estas disposições da Ord. L. 4, Tít. 43, § 15 não autorizavam o aforamento pela Câmara; só os excessos de regalia que se arrogavam podiam explicá-lo.

Nas investigações a que procedeu, HADDOCK LÔBO não encontrou título que o autorizasse e o mais que se pode concluir é que a Câmara, da mesma forma que a administração romana, quanto aos *pascua*, cobrava uma certa renda, que não podia ter a natureza jurídica de cânon ou pensão.

Mas a tendência invasora da Câmara e a incerteza do direito determinaram uma situação tal, que o Alv. de 10 de abril de 1821, sem discriminar aliás a origem e o fundamento do que a Câmara defendia como seu patrimônio, unificou tôdas as relações de direito, todos os modos de utilização das terras, todos os contratos e os reduziu ao tipo de aforamento perpétuo ou fateosim.

E', portanto, segundo as regras do direito enfitêutico que devem ser apreciadas as pretensões da Municipalidade, sem perder de vista que na zona de Irajá, fora da doação de 1565 mas dentro do têrmo da

(98) GARSONNET, *loc. cit.*, pág. 81.

(99) GARSONNET, *loc. cit.*, pág. 82; SERRIGNY, *loc. cit.*, n.º 667. MADVIG, *loc. cit.*, T. 1, pág. 25; WILLEMS, *loc. cit.*, págs. 201 e notas.

cidade, podiam ter sido concedidos, como foram pelos Capitães-Mores terras de sesmaria; e essa circunstância, excluindo solução geral, obriga ao estudo e análise dos casos particulares.

F) *Sesmaria do Realengo do Campo Grande.*

Dos títulos de que HADDOCK LÔBO tira o direito da Municipalidade evidencia-se que essas terras, fora do primitivo do termo da cidade, não eram mais do que “*ager compascuus*” aplicado ao refazimento e descanso do gado destinado ao consumo da cidade. Estando ampliado o termo da cidade e revogada a concessão da sesmaria que tinha sido feita a Ildefonso de Oliveira Caldeira, a Carta Régia de 7 de julho de 1814 concedeu essas terras à Câmara, como *realengos*, para depósito, descanso e pastagem dos gados, considerados *inalienáveis e não podendo ser aforadas nem arrendadas* (100).

A ocupação do campo pelos particulares não era senão a título *precário*, no sentido rigoroso do contrato.

De 1815 em diante os precaristas começaram a ensaiar a transformação de seu título e a Câmara em 1825 impôs o pagamento da pensão anual de 200 réis por braça de testada para benefício (101) do mesmo campo.

Errou a Câmara denominando de pensão essa taxa de 200 réis, cuja índole era a da renda que se arrecadava pelo uso dos *pascua* no regime financeiro de Roma sob o nome de *scriptura*, origem da *locatio censoria*, e êsse erro originou os atos subsequentes às resoluções de 11 de agosto de 1832, que converteram o precário em *emphyteu-se* (102).

De simples administradora, que era Câmara, converteu-se em proprietária dêsses campos e matas, sem que título algum, além de sua exclusiva vontade, firmasse seu direito.

O Edital de 30 de dezembro de 1856, invocando a Carta Régia de 27 de junho de 1814 como título de seus direitos patrimoniais, esqueceu que por essa Carta Régia não podia aforar tais terrenos e que a Portaria de 5 de outubro de 1825 recordava os termos do Aviso de 29 de dezembro de 1815, e somente autorizava a concessão a título precário. Autorizou apenas o *uso*, denominando aliás os usuários de usufrutários.

(100) HADDOCK LÔBO, *loc. cit.*, pág. 191.

(101) Em HADDOCK LÔBO, *loc. cit.*, auto de vistoria a que se procedeu em 26 de agosto de 1825.

(102) Em HADDOCK LÔBO, *loc. cit.*, pág. 198.

As deliberações da Câmara, provavelmente sancionadas pelo Governo nos termos da lei de outubro de 1828, criaram novas relações de direito dos ex-precaristas para com ela e dando à detenção o caráter de aforamento perpétuo ou enfiteuse indicaram o modo de resolver as questões que ora se possam suscitar.

A Lei n.º 3.348 de 20 de outubro de 1887 no art. 8.º, n.º 3 alínea 3.º, ampliando a autorização contida no § 3.º da Lei n. 2.672 de 20 de outubro de 1875, veio ratificar o ato da Câmara, fixando em seu patrimônio os terrenos do Realengo e autorizando o aproveitamento pelas constituição da enfiteuse.

§ 5.º

Terrenos de marinhas e mangues

No estado atual da legislação, as marinhas da cidade e os mangues da Cidade Nova (103) ainda são do domínio da República. Ela é o senhorio.

A Municipalidade, por fôrça do art. 37, § 2.º da Lei de 3 de outubro de 1834 e em consequência de ter sido constituído o Município Neutro ou a Côrte inteiramente desligado da ação financeiro da Província do Rio de Janeiro, foi conferido o direito de cobrar os foros, direito que pelo art. 9.º, n. 27 da Lei n. 60 de 20 de outubro de 1838 compreendia o de percepção do laudêmio, aliás sem caráter permanente, o que só alcançou em 1867 (104).

Nas Instruções que o Ministério da Fazenda, logo após o advento da República, publicou para execução da Lei n.º 3.348 de 20 de outubro de 1887, no art. 8.º, n.º 3 (105), acentuaram-se as relações de direito, mantidas e confirmadas as servidões do Decreto de 1868.

Simple usufrutuária, a quem cabe o direito de uso para logradouro público e do fruto, fôro e laudêmio (106), suas pretensões não podem ir além da sua condição jurídica e assim a respeito dêsses terrenos, quer de marinhas quer de mangues (107), cujo

(103) Vide PIZARRO, T. 7, pág. 18.

(104) Art. 14, n.º 34 da Lei n.º 1.507, de 26 de setembro de 1867. Nas leis do orçamento da receita e despesa n.º 884, de 1 de outubro de 1856 e n.º 939, de 26 de setembro de 1887, entre outras, também figurou.

(105) Instruções de 28 de dezembro de 1889, confirmando a doutrina dos Avisos n.º 118, de 12 de dezembro, e n.º 120, de 14 do mesmo mês de 1887.

(106) ALMEIDA E SOUSA, *Dir. Enf.*, § 1.027. LAFAYETTE, *Dir. das coisas*, § 97; PACIFICI MAZZONI, *Cód. Civ. It. Com.*, T. 1, n.º 391; C. DA ROCHA, § 612.

(107) Ordem Régia de 4 de dezembro de 1678 — sobre mangues.

domínio nunca foi sèriamente contestado ao Estado, sòmente interessa à *Municipalidade* a solução das seguintes questões:

- 1.º) Goza do *jus protimeseos*?
- 2.º) Compete-lhe a ação de comisso?
- 3.º) Pode consentir que o foreiro purgue a mora?
- 4.º) Pode transigir com o foreiro em mora?

Ainda ocorre que nem todos os terrenos de marinhas e de mangues são foreiros.

Para animar e favorecer a construção de armazéns e trapiches nas praias da Gamboa e do Saco do Alferes a Resolução de 13 de setembro de 1820, publicada por Edital de 2 de dezembro do mesmo ano, mandou fazer concessões gratuitas de terrenos de marinhas, modificado assim o Decreto de 21 de janeiro de 1809, que o de 13 de julho de 1820 suspendera (108).

Quanto aos mangues há diversas concessões do Govêrno considerando-os alodiais.

Subordinada portanto ao fato deve ficar a solução jurídica das questões.

§ 6.º

Terrenos de aluvião ou acrescidos aos de marinhas

Ao Decreto n.º 447 de 19 de maio de 1846, que no art. 13, proibia fazer aterros ou obras no litoral do pôrto ou rios navegaveis, salvo licença da Câmara, ouvida a capitania do pôrto e sem prejuízo das servidões públicas ou legais, seguiu-se o art. 11 da Lei n.º 1.114 de 27 de setembro de 1860, autorizando o Govêrno a aforar os terrenos de aluvião onde existissem marinhas.

Declarou-se de propriedade nacional tais aluviões e o Decreto n.º 4.105, de 22 de fevereiro de 1868 regulou sua concessão por aforamento.

A Lei n.º 3.348, de 20 de outubro de 1887, no art. 3.º, n.º 3, autorizou o Govêrno a transferir à Ilma. Câmara Municipal do Rio de Janeiro o direito de aforar os terrenos acrescidos aos de marinhas, o que verificou-se em dezembro do mesmo ano, começando em 1 de janeiro de 1888 a operar seus efeitos essa adjudicação.

(108) O Edital encontra-se em COSTA LIMA, *loc. cit.*, págs. 19 e 20. Assim o trapiche Cleto — Ordem de 21 de julho de 1846.

Declarou, para remover dúvidas, o Aviso-circular n. 120, de 14 de dezembro de 1887, confirmado pelas Instruções de 28 de dezembro de 1889, que à Câmara passara o direito de aforar e de fruir o fôro, pertencendo, porém, o laudêmio ao Estado, hoje à República, como senhorio.

Revogada em parte a disposição da Lei de 1887 pela Lei n. 25, de 30 de dezembro de 1891, expediu o Ministério da Fazenda o Aviso de 4 de agosto de 1892 e a Portaria de 19 do mesmo mês, que provocou reclamação da Intendência em 19 de outubro (109), a que o Govêrno respondeu com a notável Portaria de 8 de novembro (110).

Tendo apenas um direito de usufruto limitado, por isso que administra com as restrições legais e percebe os foros, estando o senhorio na República, muito restrita é a ação da Municipalidade, não podendo interessar-lhe senão as questões de direito que afetam essa verba de sua receita e são as mesmas formuladas com relação aos terrenos de marinhas e de mangues, de que aliás tem o laudêmio.

§ 7.º

Ao Govêrno foi dada autorização pela Lei n.º 1.114, de 27 de setembro de 1860, art. 11, § 7.º, para aforar os terrenos desta espécie. Ao domínio, porém, das municipalidades e para fazer parte de seu patrimônio passaram os terrenos em que estiverem fundadas ou possam ser fundadas vilas e os que forem necessários para logradouros públicos, e isso por fôrça do art. 8.º n. 3, alínea 3.ª da Lei n.º 3.348, de 20 de outubro de 1887, quer tais terrenos tenham ou não pertencido às extintas aldeias de índios e que foram objeto de disposto no § 3.º, do art. 1.º do Decreto n.º 2.662, de 20 de outubro de 1875.

Não é passível, portanto, de dúvida, que ao patrimônio da Municipalidade pertencem êsses terrenos, quando por título anterior a essa lei não estejam sob seu domínio. Ao Govêrno Federal não compete mais o *direito* de aforar os encravados.

(109) *Diário Oficial* de 27 de outubro de 1892.

(110) *Diário Oficial* de 13 de novembro de 1892, V. Av. 7 de dezembro de 1855. Cons. do Conselho de Estado, conforme Decisão do T. N. 42, de 3 de fevereiro de 1852.

§ 8.º

Terras devolutas

Até 1887 figurava entre as diversas fontes de receita do Império a venda de terras públicas, isto é, o produto da venda das terras devolutas, consequência dos princípios proclamados e reivindicados pela Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850 (111).

A Lei do orçamento para o exercício de 1889, porém, suprimiu essa verba da receita e no art. 4.º (112) cedeu às províncias todo o produto da venda das terras públicas, para por elas ser aplicado ao desenvolvimento e serviço de colonização. Paralelamente a Lei n.º 3397, de 24 de novembro de 1888, que fixou a despesa geral do Império para o mesmo exercício, adjudicou a cada uma das províncias em plena propriedade, 360.000 hectares de terras devolutas.

Com a direção dada em 1890 ao Ministério da Agricultura, foram vivamente atacados os direitos originários dessas duas leis, de forma que somente a caducidade das concessões poderá reintegrar o patrimônio das ex-províncias.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, exagerando na partilha do patrimônio nacional o quinhão dos Estados, atribuiu-lhes também o domínio das terras devolutas (113), e reduziu assim os recursos da União, obrigada a usar e abusar dos impostos indiretos.

O Distrito Federal, efetuada a mudança da Capital, passará, nos termos do parágrafo único do art. 3.º da Constituição, a constituir um Estado, prerrogativa de que está gozando desde já no que se refere à Justiça Federal (114), e assim deve-se inquirir se a êle pertencem as terras devolutas que forem reconhecidas em seu território.

O disposto no parágrafo único do art. 3.º da Constituição não é uma condição suspensiva mas um termo, não é um fato incerto e futuro mas simplesmente futuro.

A condição afeta a existência do ato jurídico; o termo somente afeta sua execução (115) — Não é mera expectativa e sim direito adquirido do Distrito Federal o domínio das terras devolutas. O fato de que depende sua transformação em Estado não pode, por sua na-

- (111) Assim, a Lei n.º 3.348, de 20 de outubro de 1887, art. 1.º, n.º 27.
 (112) Lei n.º 3.396, de 24 de novembro de 1888.
 (113) Art. 64.
 (114) Art. 365 do Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890.
 (115) Entre outros DEMOLOMBE. Contr. T. 2 (25 do Curso) n.º 568 e seguintes.

tureza, deixar de realizar-se — é *immancabile*, na expressão de GABBA (116) e portanto seu direito já está adquirido, faz parte de seu patrimônio. E quando diferida a entrega, êsse patrimônio não pode ser desfalcado pela União, devendo as terras devolutas que forem encontradas no território do Distrito Federal assumir o caráter de inalienáveis, ficando fora do comércio.

CAPÍTULO IV

O INCÊNDIO DE 1790 E O ALVARÁ DE 10 DE ABRIL DE 1821

Era indispensável êste processo de análise. A luta bastante séria entre a Municipalidade os proprietários de prédios, grandíssimas perturbações já têm produzido e qualquer esforço para restabelecer o direito não será exagerado.

E' histórica e secular a contenda. Talvez a ela se pudesse referir o incêndio que na madrugada de 20 de julho de 1790 reduziu a um montão de ruínas o edificio onde funcionava o Senado da Câmara, "ficando nelas sepultadas as preciosidades que se encerravam no Arquivo" (117).

A sociedade é a *imitação* (118).

No capítulo *Anarquia espontânea* descreve TAINÉ as terríveis explosões de violência que sobrevieram em França depois de 1789, e que se designam sob a forma coletiva — *incêndios dos castelos*.

Vê-se claramente hoje, depois de ter-se somente suscitado durante muito tempo, que os incendiários propunham-se a um fim especial, observa SUMMER MAINE (119).

Incendiando os castelos, os camponeses pretendiam, antes de tudo, *queimar os arquivos* e, queimando-os, destruir os títulos e pergaminhos do senhor feudal. A nobreza francesa estava empenhada em intermináveis processos com os camponeses (120).

(116) *Teoria della Retroatt. delle legge*. T. 1, pág. 222.

(117) HADDOCK LÔBO, *loc. cit.*, pág. 40. PIZARRO, *Memórias do Rio de Janeiro*, T. 7, pág. 153 e notas.

(118) TARDE, *Les lois de l'imitation*, pág. 82.

(119) *Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive*, tradução de 1884, págs. 397 e seguintes.

(120) Consulte-se igualmente GARSONNET, *Hist. des locat. perpet.*, Parte 4, Cap. 1, e LAFERRIÈRE, *Essai sur l'hist. du Dr. franc.*, por êle citado.