

plícita vedação constitucional. Defesa ao Estado a doação, o assunto não poderia, sequer, ser considerado, por falta de pressuposto básico: afetação de um patrimônio inicial.

É fato que esta Procuradoria, em inúmeros pronunciamentos, tem defendido a tese de que a proibição constitucional não alcança as doações condicionais ou com encargos. Seguindo esta linha de raciocínio, fácil seria a imposição do encargo, tendo em conta o fim humanitário da Fundação. Mas na hipótese, a procedência da tese seria duvidosa. O encargo se confundiria com a própria finalidade da fundação. A reversão do bem então se operaria não pelo descumprimento do ônus, mas em virtude da extinção da pessoa jurídica, desde que tal se consignasse em seus estatutos. De toda sorte, o expediente de nada serviria, porquanto, representando a dotação uma destinação patrimonial, é de rigor que os bens dotados sejam bens livres.

Contudo, o negócio jurídico transferencial, na opinião dos doutores que versaram o problema, por constituir ato unilateral, não perfaz doação, que, por essência, é um contrato bilateral.

PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, vol. I, pág. 460), ao tratar do patrimônio das fundações, leciona:

“A atribuição ou dotação que o fundador faz à fundação é gratuita, ainda que oneroso o negócio jurídico em que foi inserto o negócio jurídico fundacional; não é porém doação, porque não é contrato. Aos argumentos contrários basta opor-se: falta-lhe a bilateralidade do negócio jurídico, sem a qual não há doação; a criação da fundação é que caracteriza o negócio jurídico, e a gratuidade serve a isso”.

MARCELO CAETANO (*Das fundações*, pág. 36), na mesma trilha de FERRARA, cuja opinião transcreve, termina por dizer que “a instituição não é, pois, herança, legado, doação, mas um ato autônomo”. Em reforço da tese, o acatado monografista traz à colação o ensinamento de GUILHERME MOREIRA (*Instituições de Direito Civil Português*, vol. 2.º, *Das Obrigações*), *verbis*:

“A constituição destas pessoas coletivas, quer para este fim se associem várias pessoas, quer se dê por iniciativa de uma só, representa sempre um negócio jurídico unilateral (...); não pode dizer-se que as obrigações em que se constituem os fundadores do hospital (...) tenham a sua causa num contrato, visto que, ao tempo em que a obrigação se constitui pela aprovação dos estatutos ou pela escritura, ainda não tem existência jurídica a pessoa com quem o contrato se poderia efetuar. A constituição dessa pessoa representa um produto da vontade unilateral, e como produto da vontade unilateral deverão também considerar-se as obrigações que

para a constituição da pessoa coletiva assumem os seus fundadores”.

Se não constitui doação, representa uma forma atípica de alienação, vez que, como se faz evidente, não será uma venda. Não sendo venda, refoge à restrição contida no § 5.º do art. 44 da Constituição Estadual (lei especial e hasta pública).

Todavia, o que de qualquer maneira subsiste é que a dotação implicará em um ato definitivo de disposição. A Procuradoria tem ponto de vista firmado de que, nas hipóteses de cessão onerosa de uso, é dispensável lei especial autorizativa. Mas cessão temporária de uso não é alienação; logo, as hipóteses se distanciam e comportam tratamento diverso. Significando a alienação um desfalque permanente do patrimônio estadual, só a lei a pode autorizar. A lei, aliás, se imporia em razão das alterações tributárias sugeridas e de sua específica destinação.

Concluo, portanto, que caso a administração superior considere conveniente a solução proposta, deverá encaminhar à Assembléia a competente mensagem.

Salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 21 de outubro de 1964.

HÉLIO CAMPISTA GOMES  
Procurador do Estado

**PERMUTA CONDICIONAL DE IMÓVEL DO ESTADO. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL SUPERVENIENTE. PROVIDÊNCIAS CABÍVEIS**

1. *Relatório*

Na qualidade de proprietária do terreno situado no Largo da Carioca, números 1 a 5, a Venerável Ordem Terceira de São Francisco da Penitência requereu licença à Municipalidade para, nêle, construir um edifício. Não se dispôs, entretanto, a autoridade a simplesmente deferir, desde que se cumprissem as exigências estabelecidas nas normas e posturas municipais, o requerimento formulado, porquanto a área em que se pretendia edificar fôra atingida pelo plano geral de *remodelação da cidade*, denominado Plano Agache, à época, início da década de 30, vigente. Sendo iminente a aquisição do terreno, cuidou a Prefeitura de preservar o interesse público subordinando a concessão da licença a um contrato preliminar, avençado, por termo, em 1932, no qual se estabeleceu:

“c) — que, achando-se o terreno citado, compreendido no plano de remodelação da cidade, denominado Plano Agache,

aprovado pelo Dec. Municipal n. 2.830, de 26-6-1928, quando assim o exija a execução desse plano, na parte em que se acha localizado o terreno em questão, obriga-se a Ordem Terceira a ceder à Prefeitura do Distrito Federal, mediante prévia notificação desta, o terreno aludido com a construção ora licenciada;

d) — que, como compensação pela cessão do terreno (solo), receberá a Ordem Terceira da Municipalidade, em permuta, uma área de terreno de valor venal equivalente ao terreno de sua propriedade; e como indenização do preço da construção, preço de que a Prefeitura terá prévio conhecimento pelo contrato de obras e que será verificado por uma comissão de três engenheiros, antes do habite-se, receberá a Ordem Terceira, em dinheiro ou em títulos, pelo valor da cotação, uma importância igual ao preço da supracitada construção;

e) — que, assim indenizada do justo valor de sua propriedade, desiste a Ordem Terceira, como desistido tem, de qualquer outra indenização, mesmo decorrente da valorização da propriedade em questão”.

Fêz-se o edifício, e o “habite-se total” foi concedido a 16-11-1933, sem que, antes, a Ordem Terceira comunicasse à Prefeitura o preço da construção.

Em 1946, uma comissão de engenheiros, nomeada pela Portaria n.º 94, de 31 de maio, considerando a média dos preços vigentes entre 1932 e 1934, época da construção, arbitrou o valor da benfeitoria em Cr\$ 3.730.000.

A partir de 1947, a Prefeitura passou a exigir da Ordem Terceira a apresentação do contrato de construção. Expediu-lhe dois ou três officios, e notificou-a judicialmente, assinando-lhe, para apresentar o aludido contrato, o prazo de 30 dias, e cientificando-a: (a) do arbitramento administrativo; e (b) de que tomaria, “no tempo oportuno, as medidas cabíveis à salvaguarda de seus direitos e legítimos interesses”.

A Ordem Terceira reagiu à notificação da Prefeitura, notificando-a, por seu turno, de que: (a) “não dispunha de meios para provar o valor da construção”; e (b) “não aceitaria o arbitramento efetuado sem a sua participação, pelos engenheiros da Prefeitura”.

Enfim, sempre visando ao arbitramento do valor da construção, propôs a Prefeitura a ação declaratória de que dá notícia o processo número 200.443/56, da qual foi julgada carecedora.

## 2. Parecer

2.1 — Pelo contrato ajustado em 1932, obrigou-se a Ordem Terceira a ceder à Prefeitura o terreno situado no Largo da Carioca, números 1 a 5, e a benfeitoria que nêle se construiu. Como pagamento (“compensação”) receberia, por permuta, um terreno de igual valor ao daquele que prometia ceder e, em dinheiro ou títulos da dívida pública, o equi-

valente da quantia que despendesse com a construção do edifício; do preço a Prefeitura deveria ter prévio conhecimento, através do contrato de obras, para submetê-lo, antes do “habite-se”, ao juízo de uma comissão técnica. Por outro lado, a execução do contrato ficou condicionada ao interesse público na destinação do bem à finalidade definida pelo Plano Agache (“quando assim o exija a execução desse Plano”). Por isso, incumbia à Prefeitura, nos termos do contrato, desde que se tornasse oportuna a aquisição do imóvel, convocar a Ordem Terceira, por meio de notificação, para o negócio definitivo.

2.2. — A primeira cogitação a ser feita, em face dos elementos contidos nos processos sob estudo, relaciona-se com o preço da construção. Diz o contrato: “preço de que a Prefeitura terá prévio conhecimento pelo contrato de obras...”. “Prévio conhecimento pelo contrato de obras”, parece-nos, quer significar conhecimento antes da construção, e comunicado por quem, sendo parte no contrato, se dispunha a construir: a Ordem Terceira. A Prefeitura, entendemos, poderia ter obstado o início da construção até que a outra contratante exhibisse o contrato de obras. Ao admiti-la, sem o prévio exame do aludido contrato, ou liberou a Ordem Terceira do dever de exhibi-lo, ou consentiu, implicitamente, na prorrogação, por tempo indeterminado, do prazo a ela deferido para apresentá-lo. A primeira hipótese parece-nos mais aceitável, pôsto o arbitramento do valor da construção, quando se fizesse oportuno executar o contrato, poderia ser alcançado através da medida preparatória adequada, ou seja, uma vistoria. Não estaria a Prefeitura, conseqüentemente, adstrita à vontade da Ordem Terceira.

2.3 — Os efeitos do contrato foram subordinados ao interesse da Prefeitura na execução do Plano Agache, ou de outro qualquer, embora o contrato nada estabeleça sobre o ponto, que o modificasse, ou substituísse. Parece-nos um caso típico de condição simplesmente potestativa. À Municipalidade, nos limites de sua competência e exercendo, *discrecionariamente*, os poderes adequados, competia dar provimento ao interesse público. Legítima, portanto, a reserva que se fêz de realizar o evento condicionante da eficácia do ato. Distinguindo as condições *simplesmente potestativas* das chamadas *puramente potestativas*, que a lei proíbe (Código Civil, art. 115), assim se expressa VICENTE RAO (*Ato Jurídico*, pág. 325):

“Se alguém declarar que se obriga sob a condição de cumprir a sua obrigação “se quiser” (ou usando expressão equivalente), ou sob a condição de se verificar certo ato que só de seu mero arbítrio dependa, nulo será o ato jurídico por faltar, a quem contrai, a vontade atual de se obrigar e, conseqüentemente, por ausência de vínculo de direito.

Outro tanto, porém, não sucede quando a verificação ou não — verificação do evento é deixada à vontade de uma das partes em circunstâncias tais que permitam pressupor venha

sua deliberação futura a ser determinada por motivos sérios dentro da ordem normal das coisas e não por mero arbítrio”.

Pode aditar-se, ainda, considerando a essência das atividades exercidas pela administração, que o *poder de declarar a utilidade pública* não se confunde com a *economia do contrato*. Assim, parece-nos, extrema-se, definitivamente, a espécie de condição disposta no ajuste (simplesmente potestativa) daquela por lei considerada defesa (puramente potestativa).

Estará realizada a condição quando a Prefeitura, notificando a Ordem Terceira de que se tornara oportuna a aquisição do imóvel, reclamar a execução do contrato. Este o evento *futuro e incerto* (em qualquer época, modificado o P.A., o bem poderia ser liberado), que não chegou a ocorrer. É certo que algumas providências foram adotadas pela Municipalidade, mas visando, sempre, ao arbitramento do preço da construção. Assim, por exemplo, a notificação promovida pela douta Procuradoria, na qual se ressaltou:

“Aproximando-se, com o notório adiantamento das obras do desmonte do morro, a ocasião em que a Suplicante virá exigir da Suplicada a entrega, na forma do pactuado, do terreno e da benfeitoria em questão...”

E, também, quando propôs a ação declaratória referida no relatório:

“Sendo necessário que fique definitivamente estabelecido o valor dessa parcela da futura indenização...”

.....

“notificou-a judicialmente... (*omissis*)..., não ainda — é bom fique bem claro — para a entrega do imóvel”.

2.4 — Até o advento da Constituição Estadual, as leis municipais sempre permitiram ao Poder Público, preenchidos determinados requisitos, permutar bens imóveis do seu patrimônio por outros, cujo domínio lhe interessasse adquirir. A Constituição do Estado, entretanto, excluiu a permuta do elenco dos negócios patrimoniais autorizados à Administração (art. 44, § 5.º). Em relação ao contrato avençado em 1932, tal proibição equivalera a uma impossibilidade jurídica, que o tornou, sem culpa da parte contratante, inexecutável e, conseqüentemente, resolvido. A inexecução involuntária, convém dizer, resolve o contrato de pleno direito. Os seus efeitos, por isso, não carecem, para produzirem-se, de provimento (sentença declaratória) judicial, e operam *ex-tunc*, isto é, retroativamente, alcançando o negócio no momento de sua formação. Em face da indivisibilidade do negócio jurídico, expressa na obrigação assumida pela Ordem Terceira de *ceder* o terreno e a benfeitoria, e conseqüente, em essência, do princípio da gravitação jurídica (a benfeitoria acede ao solo), não pode duvidar-se de que a impossibilidade de permutar, uma

das obrigações exigíveis da Prefeitura, e parte da contraprestação devida pela cessão, produziu o efeito de resolver o contrato em sua integralidade.

2.5 — Retomando a matéria versada no capítulo 2.2., convém examinar se a inexecução voluntária, por parte da Ordem Terceira, do dever de apresentar, até o início da construção (préviamente), o contrato de obras, não a fez responsável por perdas e danos. Uma de duas: *a*) ou a Ordem Terceira, com a aquiescência da Prefeitura na construção sem a prévia exibição do contrato, ficou liberada do dever de apresentá-lo; ou *b*) o prazo para exibi-lo prorrogou-se por tempo indeterminado. Aceita a primeira hipótese (letra *a*), não há de que cogitar-se. Adotada a segunda (letra *b*), impõe-se algumas ponderações. As perdas e danos somente seriam exigíveis se a devedora houvesse sido constituída em mora. Aí, em face da *perpetuatio obligationis*, a impossibilidade superveniente não na eximiria do dever de indenizar os prejuízos porventura decorrentes da inexecução. Mesmo admitindo que a notificação promovida pela douta Procuradoria tenha produzido o efeito de constituir a mora — e a nós parece que não no produziu —, deve ter-se em conta que a indenização só seria devida na medida em que a inadimplência causasse danos à parte credora. E, a rigor, pôsto a condição suspensiva do negócio não chegou a realizar-se, a Prefeitura não sofreu prejuízo algum.

2.6 — Outro ponto mereceria atenção, fôssem outras as conclusões propostas: a natureza da dívida significada na obrigação de pagar pela benfeitoria o preço da construção. Formulamos a questão apenas como advertência, para a hipótese de não aprovar-se este parecer.

2.7 — A Superintendência de Urbanização e Saneamento foi criada para o fim de descentralizar parte dos serviços públicos estaduais. A ela atribuiu-se a administração do Fundo Especial de Obras Públicas, instituído pelo art. 1.º da Lei 899, de 28-11-1957, e delegaram-se poderes necessários à execução do Plano de Realizações, que a aludida lei estabeleceu. Delegada de atribuições originariamente inerentes ao Estado e a êle reversíveis, quando e se esta autarquia extinguir-se, ela (a SURSAN) as (as atribuições) exerce em seu próprio nome mas no interesse do Estado. Assim, quando adquire um imóvel e o destina, através de uma obra pública, ao bem comum, adquire o imóvel e executa a obra no interesse do Estado. Este fenômeno, de direito administrativo, representa-se, no campo processual da legitimação para agir, como modalidade excepcional, ou extraordinária, que “se enquadra no conceito de substituição processual”. É a lição do Prof. Lúís MACHADO GUIMARÃES, ilustre Consultor Jurídico desta Superintendência:

“A delegação de atribuições ou de funções, que se configura, no direito administrativo, como modalidade extraordinária e excepcional da legitimação (ou competência) para o exercício de funções, projeta-se, necessariamente, no campo do direito processual civil, onde se enquadra no conceito da *substituição processual*, que é, por sua vez, modalidade extraordi-

nária e excepcional da *legitimação para agir (legitimatío ad causam)*”.

A *legitimatío ad causam* da SURSAN para propor as ações necessárias à execução do Plano de Realizações decorre dos poderes e atribuições que lhe foram delegados por força de lei. Não são êles, entretanto, genéricos e indeterminados, a ponto de confundir-se ela com o próprio Estado, mas ao contrário, condicionam-se pelos fins a que se destinam. A observação tem grande importância, em face da consulta formulada. Assim, admitindo a aprovação dêste parecer, competirá à SURSAN, quando se tornar oportuna a aquisição do imóvel, propor a ação (expropriatória) conseqüente do *processus* expropriativo do bem. Entretanto, se as conclusões dêste parecer não lograrem aprovação, convindo ao Poder Público propor qualquer ação decorrente do contrato, o Estado, sucessor da antiga Prefeitura, é que terá legitimação para exercê-la.

248 — Com fundamento nos motivos aduzidos, concluímos:

- a) em conseqüência da proibição de permutar bens imóveis (Constituição Estadual, art. 44, § 5.º), impossibilidade jurídica superveniente, resolveu-se o contrato de pleno direito;
- b) admitindo a anterior inexecução culposa, imputável à Ordem Terceira, ainda assim as perdas e danos não são simplesmente potestativa a que se subordinou o contrato; por isso, se o fato (apresentação do contrato de obras) fôra prestado, nenhum proveito efetivo teria propiciado ao Estado;
- c) a ação adequada ao *processus* expropriativo (expropriatória) deverá ser proposta pela SURSAN;
- d) somente o Estado poderá propor uma possível, mas a nosso ver inviável, ação de perdas e danos.

*Sub censura.*

Rio de Janeiro, 27 de janeiro de 1964.

MIGUEL LANZELLOTTI BALDEZ  
Procurador do Estado

**CONCESSÃO A SOCIÉTÉ ANONYME DU GAZ. MULTAS CONTRATUAIS. ATUALIZAÇÃO DOS VALORES**

O processo tem como origem dois expedientes do Sr. Diretor da Divisão de Fiscalização da CEE, acompanhados de parecer e minuta de decreto da lavra do Dr. VIRGÍLIO BRÍGIDO FILHO, digno advogado da CTC,

mas à disposição da CEE, que buscam dotar os órgãos estaduais de instrumentos mais eficazes para a fiscalização de uma das empresas concessionárias. Para tanto, recomendam a incidência da correção monetária nos valores das multas aplicáveis à Société Anonyme du Gaz.

Justificando juridicamente a medida, o parecer mencionado concluiu pela viabilidade de aplicação, desde que precedida de decreto estadual, com fulcro na Lei Federal n.º 4.357, de 16-7-1964. Isso depois de fundamentar a providência nos artigos 78 e 121 do Código Civil.

Antes de passar ao que me parece sobre o tema, não posso deixar sem um reparo as expressões utilizadas pelo Sr. Diretor da Divisão de Fiscalização dos Serviços Concedidos. Diz S. S.ª:

“O Estado não tem dado continuidade às suas ações. *Enquanto as concessionárias possuem um corpo jurídico coeso e coerente*, nós nos limitamos a investidas isoladas, desprovidas de ação continuada”.

Isso para depois, no período seguinte, afirmar:

“A dificuldade é saber *qual a política* que será adotada pelo Governo junto às concessionárias”.

As palavras que tomei a liberdade de grifar deixam entrever que o seu signatário parece ter a Procuradoria Geral como um corpo jurídico não coeso, dispersivo talvez, e incoerente, que não dá continuidade às suas investidas ... É lamentável tal opinião, que por certo haveria de ser reconsiderada se S. S.ª houvesse tido, ou passasse a ter, um maior contato com êste corpo jurídico.

Sobre o assunto lembro que a PRG é órgão destinado à defesa do Estado em Juízo e à elaboração de pareceres e trabalhos jurídicos que lhe forem solicitados. Não cabe à PRG dizer *da política* a adotar o Governo junto às concessionárias. Não é órgão executivo, que deva fiscalizá-las e contra elas “investir continuamente”. Tal tarefa parece ser mesmo da alçada do órgão dirigido por S. S.ª. Os Procuradores do Estado agem apenas quando provocados a fazê-lo, pois sequer podem *sponte propria* ajuizar ações, providência que depende de autorização superior, autorização que só por delegação de atribuições passou a ser da competência do Exmo. Sr. Procurador Geral. Como órgão consultivo que é, fora de Juízo, a PRG não pode cuidar de investidas ou políticas se não solicitada a fazê-lo pelos órgãos executivos. E não consta que qualquer solicitação dêste teor tenha sido desatendida, interrompida ou *não continuada*; muito menos as ações judiciais propostas ou contestadas pela PRG, que parece não terem sofrido qualquer interrupção, salvo as que a administração superior julgou conveniente e oportuno terminar por acôrdo.

Por tudo isso já se vê como as mencionadas palavras, sobre serem descabidas, gratuitas e impertinentes ao objetivo do memorandum, são