

ESTÁDIO DO MARACANÁ. TÍTULOS ADQUIRIDOS EM SUBSCRIÇÃO PÚBLICA. DIREITO AO USO DE CADEIRAS

— A aquisição de títulos, mesmo perpétuos, não atribui aos subscritores o domínio de quotas ideais do Estádio, mas apenas o direito ao uso permanente das cadeiras.

O ilustre Presidente da ADEG solicita o parecer dêste órgão sobre a minuta de regulamento dos títulos de cadeiras do Estádio do Maracanã, “inclusive os dizeres que dêles deverão constar, tudo de conformidade com a legislação vigente”.

Em pronunciamentos anteriores, esta Procuradoria Geral fixara critérios para a disciplina do direito ao uso de cadeiras naquele Estádio, à vista da legislação específica que, ainda agora, suscita aspectos duvidosos.

A minuta em exame resultou da comunicação contida no processo n.º 2.469-61, anexo. Através daquele expediente esclareceu-se que Elísio da Silva Tavares, dizendo-se proprietário de cadeiras perpétuas, já integralizadas, compareceu à Superintendência da Administração dos Estádios Municipais, onde declarou que, apesar de pagas as cadeiras que adquirira, não recebera os títulos regulares e oficiais de “proprietário”.

Pedi à ADEM, afinal, aquêlê subscritor, que lhe fossem fornecidos os “títulos” a que fazia jus.

O chefe do Setor de Cadeiras Cativas, ao apreciar a comunicação, esclareceu que, até aquela data (12-9-1951), nenhum subscritor de cadeira perpétua recebera o título correspondente, conforme prescrito no art. 1.º, letra a, da Lei n.º 335, de 6-9-1949.

Na opinião daquele Chefe deveria a ADEM providenciar a confecção dos títulos, observado o disposto no art. 3.º do Decreto n.º 9.046, de 28-11-1947. Apenas uma dúvida lhe ocorrera: “Em se tratando de títulos perpétuos, ignoro se é suficiente o registro dos mesmos no Cartório de Títulos e Documentos ou se é também necessária a lavratura de escritura em Cartório”.

Foi autorizado, então (isso, em 1953), estudo da confecção do modelo do título, em casas especializadas. Mas só recentemente, por determinação do atual Presidente da ADEG, o processo retomou o seu curso, sendo encaminhado, para exame, ao serviço jurídico da autarquia, que elaborou *minutas* de título, bem como de projeto de regulamento disciplinar do uso de cadeiras naquele Estádio.

A matéria em apreciação parece-me tranqüila, dispensando, a esta altura, exame aprofundado. As indagações que realmente suscitavam conflitos de interpretação já foram devidamente elucidadas por êste órgão, em pareceres aprovados pela Alta Administração.

Naqueles pronunciamentos, foram fixados critérios, que, em muito, resguardaram os interesses da Administração e dos subscritores de títulos,

acêrca do direito ao uso de cadeiras, em caráter temporário; sobre a conversão dêsse uso temporário em permanente (ou perpétuo, como quer a lei); sobre a renovação do direito ao uso temporário; sobre a conveniência ou não de serem postos à venda os restantes títulos não subscritos.

Tôdas as indagações, em suma, ligadas à aplicação das leis específicas sobre a matéria, foram devidamente respondidas por êste órgão, possibilitando à Administração, diante da imprecisão legislativa, firmar normas de execução daqueles diplomas.

Como ressaltado naqueles pronunciamentos, os subscritores de títulos não adquiriram, em absoluto, qualquer cota ideal de bem público, ou seja, do imóvel onde se ergue, hoje, o Estádio do Maracanã.

Os títulos subscritos — ajuda popular à construção do Estádio, — outorgavam aos adquirentes, simplesmente, direito a uso temporário de cadeiras, mais tarde, através de lei, passível de conversão em uso permanente. Os diplomas legais específicos — não obstante a imprecisão terminológica —, nunca deixaram dúvidas quanto à verdadeira compensação a ser reconhecida aos subscritores de títulos.

O Poder Público, àquela altura, dada a carência de meios para as obras do Estádio, fêz negócio *não com o domínio*, mas simplesmente *com o uso* de cadeiras.

Não há, pois, que cogitar-se, a esta altura, de regulamentação de *domínio*, posse e propriedade de cotas ideais de bem do domínio público. A Administração do Estádio tem o dever, sim, de zelar pelos compromissos pactuados, reconhecendo o direito ao uso de cadeiras, naquele Estádio, por parte dos subscritores dos chamados títulos perpétuos.

Seria inconcebível que, depois de integralizados os títulos, viesse a Administração negar a existência de direitos, que, em época pretérita, levaram os subscritores à sua aquisição; mas fôrça é convir que a venda de tais títulos não poderia implicar, em absoluto, na alienação de parcelas do patrimônio imobiliário do Estado que, na forma da Lei Orgânica, então em vigor, somente se daria *depois de devidamente autorizada por lei específica e através de hasta pública*.

III

Note-se que a legislação específica, em nenhum momento, aludiu à alienação, a particulares, de cadeiras do Estádio. A Lei n.º 57, de 14 de novembro 1947, ao dispor, inicialmente, sobre a matéria, autorizou a antiga Prefeitura a “emitir 30.000 títulos do valor nominal de Cr\$ 5.000,00 cada um, não reembolsáveis, vendíveis em subscrição pública”, cujo produto deveria constituir fundo especial destinado às despesas com a construção do Estádio (art. 3.º, 2.º). Cada título referido no art. 3.º, n.º 2, asseguraria ao seu portador “o direito a uma cadeira numerada pelo prazo de cinco anos” a partir da primeira competição no Estádio entre entidades subordinadas ao Conselho Nacional de Desportos” (arts. 3.º, 2.º, letra b).

Como se vê, a lei, de início, assegurava ao portador do título simplesmente direito ao *uso temporário* de uma cadeira numerada. Nada mais que isto. Posteriormente, com a Lei n.º 335, de 6-9-1949, providências várias se adotaram a respeito dos títulos, cuja emissão fôra autorizada nos moldes da Lei n.º 57.

Estabeleceu-se, então, que cinco mil títulos *seriam vendíveis em caráter perpétuo* (art. 1.º, *a*); e em *caráter provisório*, aquêles títulos que já estivessem colocados, na data da lei (art. 1.º, *b*); A Lei n.º 335 assegurou os direitos dos possuidores de títulos adquiridos na conformidade da Lei anterior (Lei n.º 57, art. 3.º, *b*), e mais: poderiam transformar os seus *títulos temporários em títulos perpétuos*, mediante pagamento da quantia necessária para completar Cr\$ 20.000,00 (art. 2.º). Assegurou-se, ainda, direito à renovação dos *títulos provisórios*.

Não obstante a imprecisão da lei, e mesmo o conflito entre seus dispositivos, em nenhum momento ficou assegurado aos portadores de títulos *direito de propriedade* sobre parte ideal do Estádio. A Lei n.º 57, simplesmente, dispôs sobre emissão de títulos que assegurariam direito a *uso temporário de cadeiras*; a Lei n.º 335, a seu turno, apenas discriminou, em categorias, os títulos inicialmente emitidos, os quais poderiam dar direito àquele uso em caráter provisório, ou em *caráter permanente* (perpétuo, diz a lei).

Jamais se falou em *transferência de domínio*; em *venda de cota ideal* do terreno que abriga o grande estádio, construído em área expropriada a terceiros; em *alienação de bem público*. A Lei — esta a verdade — estabeleceu, como compensação aos subscritores de títulos simplesmente direito ao uso de cadeiras, temporariamente (cinco anos, com direito à renovação de igual prazo) ou em *caráter perpétuo*. Simplesmente o *uso*; nunca a *propriedade*.

Lendo-se, aliás, o Projeto de Lei n.º 15, de 1949, do qual resultou, sem alteração, a Lei n.º 355, chegar-se-á facilmente ao entendimento ora sustentado. A lei foi baixada com o intuito de disciplinar a *posse* (uso temporário) e a *posse* (uso) perpétua (?) de cadeiras, no Estádio do Maracanã. Jamais se cogitou de alienar bem público dominical ou comum do povo, o que, de resto, seria nulo de pleno direito.

IV

Quando adveio a Lei n.º 57, de 14-11-1947, dispoño sobre medidas necessárias à construção do Estádio do Maracanã, achava-se em pleno vigor a Lei n.º 196, de 18-1-1936 — antiga Lei Orgânica do Distrito Federal.

No seu art. 55, aquela lei assim dispunha sobre a alienação dos imóveis do antigo Distrito Federal:

“Art. 55 — Os bens imóveis do Distrito Federal não poderão ser objeto de doação ou cessão a título gratuito, *nem poderão ser vendidos nem aforados senão em virtude de lei*

especial e sempre em hasta pública, previamente anunciada por editais, afixados em lugar própria do Edifício da Prefeitura do Distrito Federal e publicados, no mínimo por três vezes, no jornal incumbido de publicar os atos oficiais da Municipalidade, com antecedência de 30 dias pelo menos.

.....
§ 2.º — Fica também sujeita às formalidades da hasta pública, nos termos acima indicados, a locação ou arrendamento dos bens municipais, salvo quando o arrendamento não exceder o prazo improrrogável de seis meses ou quando se tratar de habitações populares ou de casas construídas para moradia de operários ou empregados municipais, em que se observarão os regulamentos ou instruções gerais previamente expedidos”.

Se a Lei Orgânica da época — *lex intermediária* — assim dispunha, tornava-se evidente que leis ordinárias, de hierarquia inferior, não poderiam sobrepujá-la, sendo desprovido de eficácia todo e qualquer preceito que com ela se conflitasse.

A partir da Lei Orgânica n.º 196, a venda de *bens imóveis* pertencentes ao antigo Distrito Federal só poderia ser efetivada desde que atendidas duas condições: *a*) existência de lei especial autorizativa da venda; e *b*) hasta pública para a alienação. Ao ensejo da venda de títulos que corresponderiam a direito ao uso de cadeiras no Estádio Municipal não houve observância dos requisitos impostos pelo texto orgânico, pelo que não têm o menor sentido entendimentos tardios, distorsivos da verdadeira finalidade da lei.

A venda dos títulos que dariam direito ao uso, temporário ou não, de cadeiras do Estádio do Maracanã, jamais conferiu aos subscritores direito de propriedade. E se conferisse, constituiria ato nulo de pleno direito, de vez que entraria em conflito com o disposto no art. 55 da Lei Orgânica então vigente, dado o caráter de imóveis que têm aquêles bens.

Como ensina PONTES DE MIRANDA, na história do bem, o terreno é que é o *præius*: a êle acede o edifício, a êle acede a árvore ou outro qualquer bem de vida, que se subordine ao *superficies solo cedit*.

Portanto, se as cadeiras do Estádio do Maracanã não eram bens autônomos de superfície, é claro que a expressão “vendíveis em caráter perpétuo”, usada no art. 1.º da letra *b*, da Lei n.º 335, de 6-10-1949, não constituía apenas uma impropriedade terminológica da lei, mas um daqueles “impossíveis jurídicos”, de vez que tais vendas constituiriam atos nulos de pleno direito, dada a inobservância de requisito essencial à alienação: a hasta pública.

Prescreve o art. 145, item IV, do Código Civil, que é nulo o ato jurídico quando fôr preterida alguma solenidade que a lei considere essencial à sua validade.

O não atendimento da hasta pública seria bastante para descaracterizar a alienação, ou qualquer presunção de venda de cotas ideais do Estádio. Aliás, para aquêles que entendem ter havido translação de do-

mínio, convém lembrar que nem a boa-fé os ampararia, sabido, como é, que as nulidades de pleno direito constituem matéria de ordem pública, sendo por isso mesmo insanáveis.

Não seria demasiado acentuar-se que o Estádio do Maracanã é um bem de uso especial, portanto insuscetível de perder o seu caráter inalienável, não ser nos casos e pela forma que a lei estabelecer, consoante determina o art. 67 do Código Civil. Lembre-se mais que essa proibição não abrange unicamente a faculdade de alienar, como observa CARVALHO SANTOS, mas compreende, igualmente, todo e qualquer ato que tenha por objeto a concessão de direitos fracionários da mesma propriedade.

V

Apoiada nas considerações ora desenvolvidas, submeto à V. Ex.^a, em anexo, minutas das seguintes peças:

- a) do título a ser expedido a cada subscritor;
- b) do regulamento a ser baixado mediante Decreto.

Tais minutas, em harmonia com os termos dêste parecer, oferecem alterações substanciais aos expedientes apresentados pela ADEG, salvaguardando, até que lei disponha de outra forma, o patrimônio imobiliário do Estado.

É como opino, salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 17 de dezembro de 1962.

JOSÉ EMYGDIO DE OLIVEIRA
Procurador do Estado

FAVELAS. PLANO DE RECUPERAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE LOTES A FAVELADOS

— *Áreas do domínio estadual. Incorporação ao capital de sociedade de economia mista. Desnecessidade de registro no Tribunal de Contas.*

— *Áreas de propriedade privada. Desapropriação pela COHAB.*

— *Cláusula de escala móvel na alienação dos lotes. Validade.*

— *Áreas foreiras ao Estado. Desapropriação do domínio útil.*

— *Terrenos de marinha e acrescidos. Possibilidade de cessão à COHAB, pela União, para posterior transferência a favelados.*

O presente processo encaminha a esta Procuradoria Geral consulta do Departamento de Recuperação de Favelas, acêrca de várias dúvidas de

natureza jurídica com que se vem defrontando aquêlê órgão na execução de seus planos administrativos. Desdobra-se a consulta em sete itens, que passo a examinar, discriminadamente, na mesma ordem da sua formulação.

I

1. Versa o primeiro sôbre as “condições para a transferência aos moradores de favelas dos lotes a serem demarcados, inclusive quanto à figura de contrato”.

É sabido que a Administração tem em mira, como ponto importante de seu plano de recuperação das favelas cariocas, o aproveitamento de algumas, pelo menos, das próprias áreas por elas ocupadas, ou de outras ainda livres, através do seu loteamento ou reloteamento, para posterior transferência dos lotes aos moradores das atuais habitações anti-higiênicas, a fim de que nêles construam casas de melhor padrão. Dentro do espírito do plano, e pelo que sugere todo o contexto da consulta, é de crer que, em regra, essa transferência haja de atribuir aos favelados, mediante o pagamento de certo preço, a *propriedade* dos lotes que lhes sejam destinados. Assim, não pode haver dúvida quanto à figura contratual adequada: será, intuitivamente, a *compra e venda*. Devendo o preço ser pago em várias parcelas, o contrato definitivo virá naturalmente precedido do *compromisso preliminar* (promessa de compra e venda), por força do qual já se imitará o adquirente do lote na posse dêste. É o regime do Dec.-lei n.º 58, de 10-12-1937, que disciplina o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações.

2. A última parte do item está, com isso, respondida. Mas a resposta, por sua vez, suscita de imediato alguns problemas. Para maior clareza, convém examinar em separado duas hipóteses distintas: a) a área que se deseja utilizar pertence ao Estado; b) a área é de propriedade privada.

a) No primeiro caso, a venda dos lotes diretamente a particulares só pode ser efetuada “em virtude de lei especial e em hasta pública previamente anunciada por editais, publicados, ao menos três vêzes, no órgão oficial do Estado, com antecedência mínima de 30 dias” (Constituição Estadual, art. 44, § 5.º). A restrição constitucional é inafastável; mas a observância do procedimento a que ela obriga teria, na hipótese, óbvios inconvenientes do ponto de vista prático, a tornar quase inexequível (e o “quase”, aí, é excesso de cautela no dizer...) o plano da Administração.

Mas há maneiras de contornar a dificuldade, pelo menos em parte. Não é mister que os lotes sejam vendidos diretamente pelo próprio Estado. A Lei n.º 263, de 24-12-1962, que reestruturou a Administração estadual, previu no Capítulo XII do Título V a criação de uma sociedade de economia mista, a Companhia de Habitação Popular — COHAB, destinada a exercer as atividades indicadas no art. 66 da Constituição do Estado, ou seja, “estudar os problemas da habitação popular, principalmente do tipo “favela”, bem como planejar e executar, em coordenação com os diferentes órgãos, estaduais ou não, suas soluções”. É inegável

que a venda de lotes aos atuais favelados, para a construção de melhores casas, enquadra-se perfeitamente no campo de atribuições específicas da COHAB. E esta, como pessoa jurídica de direito privado, submetida ao regime das sociedades anônimas, pode livremente dispor dos imóveis que lhe pertençam, desde que os negócios da alienação obedeçam às prescrições legais e estatutárias. Não a alcança a restrição constitucional do art. 44, parágrafo 5.º.

Resta saber como se hão de transferir, previamente, terrenos pertencentes ao Estado para a propriedade da COHAB. À primeira vista, parece que o problema se deslocou apenas, sem resolver-se; mas não é assim. Cabem aqui duas sugestões.

Uma delas, que talvez satisfaça em alguns casos, é análoga à formulada pelo ilustre colega Dr. ROBERTO PARAISO ROCHA, em seu Parecer n.º 8/63, aprovado pela Procuradoria Geral e referente à Fazenda Brasília, também do domínio estadual, e a cujo respeito se perguntava justamente se era possível dividi-la em lotes e transferi-los aos posseiros. A idéia consiste em atender às exigências do art. 44, § 5.º, da Constituição do Estado, mas vinculando, pela própria lei autorizativa, a hasta pública a certos requisitos especiais atinentes à destinação das áreas vendidas. Por exemplo: a lei determinaria que em tais áreas só seriam aprovados futuros projetos de loteamento com estas ou aquelas características, e que só se licenciariam construções de determinado tipo. Em outras palavras: os terrenos oferecidos à licitação não poderiam ser aproveitados noutros fins senão aqueles mesmos que o Estado tem em vista. Essa limitação decerto afastaria os especuladores — que, aliás, já não haviam de sentir, de qualquer modo, grande entusiasmo pela compra no caso de áreas ocupadas por favelas. É fácil seria à COHAB, comparecendo à hasta pública, adquirir os terrenos, para depois — cumprindo exatamente, e a um só tempo, as condições legais da licitação e o seu próprio programa — revendê-los, loteados ou reloteados, aos moradores de habitações anti-higiênicas.

Advirta-se que a venda mediante hasta pública teria de ser submetida ao registro do Tribunal de Contas, pois é claro que o preço recebido há de ser contabilizado como receita estadual, incidindo, assim, o art. 23 da Constituição do Estado.

Impõe-se outra observação. Pode suceder que, em áreas faveladas, estejam incluídos bens imóveis estaduais de uso comum — não é raro, por exemplo, que a construção desordenada e incontrolável de barracos invada um logradouro público e o cubra total ou parcialmente. Neste caso, se se quiser aproveitar também, no loteamento ou reloteamento, a faixa construída pelo logradouro, deverá previamente a Administração, por meio de Decreto, desqualificá-lo, desafetá-lo, pois os bens públicos de uso comum, a que alude o Código Civil no art. 66, I, são, como tais, absolutamente inalienáveis, não podendo ser vendidos, *nem mesmo com observância do disposto no art. 44, § 5.º, da Constituição Estadual,*

menos que se proceda, antes, à sua “desdestinação”, conforme ensina PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, t. II, págs. 141 e 143).

A segunda sugestão diz respeito à possibilidade que tem o Estado, ao formar-se o capital da COHAB, bem como em todos os seus eventuais aumentos, de integralizar as ações que lhe couberem pela incorporação de terrenos do patrimônio estadual. Aqui, o processo é mais simples, não incidindo as restrições do art. 44, § 5.º, da Lei Maior do Estado, como se explicará melhor na resposta ao item II, que trata especificamente da matéria. Transferidas as áreas para a COHAB, pelo meio sugerido, esta poderá vendê-las em lotes aos favelados.

b) Suponhamos agora que se trate de imóvel de propriedade privada. Nesta hipótese, o mais aconselhável é que a COHAB aja, desde logo, por si mesma — ou comprando a área, ou promovendo a sua desapropriação por utilidade pública, no uso da faculdade que expressamente lhe confere o art. 158 da Lei n.º 263, de 24-12-1962. O legislador estadual, com efeito, valeu-se, oportunamente, da permissão contida no artigo 3.º, do Decreto-lei n.º 3.365, de 21-6-1941, *verbis*:

“Art. 3.º — Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público *ou que exerçam funções delegadas de poder público* poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, *constante de lei ou contrato*”.

No caso, a COHAB evidentemente exerce função delegada do poder público estadual, e há autorização, constante de lei, para que promova desapropriações. Note-se que, de qualquer maneira, terá de ser previamente declarada a utilidade pública do imóvel por Decreto do Governador (Decreto-lei n.º 3.365, art. 6.º). Em todo caso, suprime-se um elo da cadeia de operações: se a desapropriação tivesse de ser promovida pelo próprio Estado, recair-se-ia no problema da transferência da área do patrimônio estadual para o da COHAB. Esse problema, aqui, fica eliminado.

II

3. No segundo item da consulta, indaga-se das “condições para o Estado integralizar suas quotas na COHAB como bens do seu patrimônio, particularmente terras”.

Assinale-se desde logo a não incidência, *in casu*, das restrições consagradas no art. 44, § 5.º, da Constituição Estadual. O dispositivo, ao exigir lei especial e hasta pública, só se refere à *venda* e ao *aforamento* de imóveis do Estado; não abrange quaisquer negócios jurídicos de alienação. Nem toda transmissão de propriedade *inter vivos* decorre de venda ou de doação. As alienações decorrentes de venda ou de doação constituem *espécies* de um gênero, do qual a versão de bens em capital de sociedade é *outra espécie*, perfeitamente distinta. Que não se trata de doação, é mais que óbvio. Que não se trata de venda, unânime e

afirma a doutrina mais autorizada, com base na circunstância de inexistir preço — elemento essencial, como se sabe, do contrato definido no artigo 1.122 do Código Civil:

“A entrada em bens, para a formação do todo ou parte do capital de uma companhia, opera, na conformidade dos preceitos reguladores do ato, a transferência de tais bens do patrimônio do subscritor para o da companhia. Quando feita a título de propriedade, importa, evidentemente, a transmissão definitiva dos bens do subscritor para a pessoa jurídica — a sociedade anônima.

Ato positivo de alienação, mas de natureza especial, pois não toma, nem a figura da compra e venda, nem a da permuta, nem tampouco se traduz na constituição de uma comunhão ou de um condomínio.

.....
Não é compra e venda, porque falta o requisito essencial do preço, sempre expresso em dinheiro” (TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedades por ações*, 2.^a ed., vol. I, páginas 108/9 — grifos nossos).

“A conferência de bens dos subscritores para a formação do capital da companhia não constitui venda. Nem cessão. Nem toda transação do domínio de bens, imóveis ou móveis, se realiza por venda, nem compra.

Trata-se, no caso, de contrato de natureza específica” (VALDEMAR FERREIRA, *Tratado de Direito Comercial*, 4.^o vol., pág. 113 — grifos nossos).

Essa, também, a lição de CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 3.^a ed., vol. III, pág. 348; SERPA LOPES, *Tratado dos Registros Públicos*, 2.^a ed., vol. III, pág. 409; e muitos outros.

4. Se houvesse, na Lei Orgânica do antigo Distrito Federal (Lei n.º 217, de 15-1-1948), preceito restritivo que abrangesse o *apport en nature*, poder-se-ia sustentar a subsistência da restrição, mesmo após o advento da Constituição Estadual, por força do disposto no art. 7.^o do Ato Constitucional das Disposições Transitórias. Mas não havia: o art. 45 daquele diploma, onde se disciplinava o regime jurídico dos imóveis do então Distrito Federal, em termos muito semelhantes aos do art. 44, § 5.^o, da vigente Carta Política da Guanabara, também não se referia à incorporação de bens ao capital de sociedade. Proibia a doação e a cessão a título gratuito, e impunha, quanto à venda e ao aforamento, as mesmas exigências atuais: lei especial e hasta pública. Já vimos, porém, que em nenhuma dessas figuras se pode ter por incluída a versão de bens prevista no art. 7.^o do Dec.-lei n.º 2.627, de 26-9-1940 (Lei das Sociedades por Ações).

Igualmente no Código de Contabilidade Estadual, aprovado pela Lei n.º 899, de 28-11-1957, nada se dispôs acerca do *apport en nature*. O art.

113 reproduz, *ipsis verbis*, o art. 45 da Lei n.º 217, e o único dispositivo que usa expressão genérica, apta a compreender *tôdas* as modalidades de alienação — e não apenas as alienações decorrentes de venda ou doação —, é o art. 115, que no entanto diz respeito unicamente aos bens *móveis e semoventes* do patrimônio estadual:

“Art. 115 — Os bens móveis e semoventes do Distrito Federal só poderão ser *alienados* mediante concorrência pública”.

5. No que tange, portanto, à incorporação de bens imóveis do Estado ao capital de sociedades por ações, a única restrição vigente é a que consta do art. 6.^o, V, b, da Constituição do Estado, *verbis*:

“Art. 6.^o — Compete à Assembléa Legislativa, com a sanção do Governador:

.....
V — estabelecer as condições segundo as quais o Poder Executivo poderá:

- a)
- b) *alienar*, ceder, arrendar, adquirir ou desapropriar imóveis”.

Usou-se a a expressão genérica (“alienar”), de modo que, sem dúvida alguma, o *apport en nature* — em que não há venda, mas há transmissão de propriedade, *alienação* — está contido no campo de incidência da norma. É mister, contudo, fixar bem o entendimento desta. O art. 6.^o, V, está redigido em termos gerais. Não determina que *tôda* alienação, singularmente considerada, haja de ser precedida de lei especial autorizativa. A êsse regime subordinam-se as *vendas* de imóveis estaduais, *et vi* do art. 44, § 5.^o; não, porém, as *outras* espécies de alienações, entre as quais se inclui a versão de bens em capital de sociedade. Quanto a estas, o que compete à Assembléa é *apenas* “estabelecer as condições” para que as pratique o Poder Executivo. Ora, *in casu*, a Assembléa já editou norma que permite ao Executivo incorporar bens do patrimônio estadual ao capital da COHAB; é o art. 157, parágrafo único, da Lei n.º 263, de 24-12-1962, que dispõe:

“Art. 157 —

Parágrafo único — Para a integralização das ações subscritas pelo Estado da Guanabara serão destinados, entre outros, as dotações orçamentárias previstas no § 1.^o do art. 66 da Constituição do Estado; *os bens, títulos e valores que forem incorporados ou cedidos ou transferidos de outros órgãos ou entidades*; o valor das dotações já aplicadas nas realizações

compreendidas nas incumbências previstas no art. 66 da Constituição do Estado, deduzidas, na contabilidade da COHAB, as despesas feitas por outros órgãos ou entidades naquelas realizações”.

Por conseguinte, a Assembléa já estabeleceu, pelo menos, *uma condição* para que o Executivo possa válidamente alienar — através da especial modalidade de alienação que se traduz no *apport en nature* — bens do patrimônio estadual, inclusive (pois a lei não distingue) bens *imóveis*: é que tais alienações se façam “para a integralização das ações subscritas pelo Estado da Guanabara” no capital da COHAB. *No capital inicial ou em qualquer de seus eventuais aumentos*, é claro. Respeitada essa condição, atendido está o comando do art. 6.º, V, b, da Constituição Estadual. Não é preciso que, em cada hipótese concreta, se vote lei especial autorizativa da incorporação. Enquanto vigor o art. 157, parágrafo único, da Lei n.º 263, tôdas as incorporações de bens estaduais ao capital da COHAB estarão cobertas pela permissão *genérica* do dispositivo acima transcrito.

6. Note-se, a propósito, que tal autorização conservaria o seu pleno valor ainda que existissem disposições restritivas, na antiga Lei Orgânica ou no Código de Contabilidade estadual, com relação ao *apport en nature*. Na hierarquia das normas, os dispositivos da Lei n.º 263 estão no mesmo plano em que se situam os dispositivos do Código de Contabilidade, e hoje também aqueles, porventura ainda vigentes, da Lei n.º 217, de 15 de janeiro de 1948. Assim, em caso de incompatibilidade, prevaleceria a norma permissiva das incorporações, já que, no sistema jurídico brasileiro, a lei posterior revoga a anterior quando seja com ela incompatível (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2.º, § 2.º). Ter-se-ia de entender que a Lei n.º 263 abriu uma exceção à regra absoluta ou relativamente proibitiva acaso consagrada por algum dos precedentes diplomas. O problema, todavia, não chega a pôr-se, uma vez que, conforme se frisou, jamais existiu qualquer restrição legal aplicável à versão de bens imóveis estaduais no capital de sociedade. A única norma que incide sobre esse tipo de alienação é a do art. 6.º, V, b, da Constituição do Estado — e esta, como também já se acentuou, não constitui óbice aos atos de incorporação praticados nos limites da permissão que a Lei n.º 263, art. 157, parágrafo único, outorgou ao Poder Executivo.

Para que o Estado da Guanabara incorpore, portanto, imóveis do seu patrimônio ao capital da COHAB, quer inicialmente, quer nos eventuais aumentos, integralizando assim as ações que lhe couberem, as condições são apenas as previstas no art. 5.º e seus parágrafos do Dec-lei n.º 2.627, visto que a COHAB se subordina ao regime jurídico das sociedades anônimas (Lei n.º 263, art. 156). Quer dizer: os imóveis a serem incorporados terão de sofrer prévia avaliação, por três peritos nomeados em assembléa geral dos subscritores do capital da COHAB, e o laudo será submetido à aprovação da assembléa, fixando-se assim o va-

lor pelo qual se incorporarão os bens ao patrimônio da sociedade, e que em hipótese alguma poderá exceder aquêle atribuído pelo próprio subscritor (no caso, o Estado).

O *apport en nature*, ademais, dispensa a intervenção do Tribunal de Contas do Estado. Não há *preço* a ser contabilizado como receita, de modo que a hipótese escapa à incidência do art. 23 da Carta política estadual. Nem será êste invocável pelo fato de haver *alienação* de bem do Estado, pois a competência do Tribunal abrange sòmente os contratos que interessarem à receita ou à *despesa*; e os atos *de disposição*, na técnica da contabilidade pública, não se incluem entre os atos de *despesa* (cf., a respeito, o magnífico parecer do ex-Procurador Geral GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO, sôbre a doação de imóvel, com encargos, feita pela antiga Prefeitura do Distrito Federal ao Museu de Arte Moderna, *in Rev. de Dir. da Proc. Geral*, vol. 7, pág. 525 e segs., esp. 546/7). O registro é necessário nas *vendas* não porque tendam à transmissão de propriedade de bens estaduais, senão exclusivamente porque, como se disse, *interessam à receita*. Já nas incorporações de imóveis do Estado ao capital de sociedades, embora ocorra *alienação*, não há *preço* que se incorpore à receita, nem despesa que se efetue. Logo, dispensável o registro.

III

7. No terceiro item, o Ilmo. Sr. Diretor do DRF pergunta se “nos contratos que visem transferência de domínio será possível estabelecer-se uma forma de pagamento (no caso: pagamento durante certo prazo de certa percentagem do salário mínimo) sem indicação prévia do preço total”.

Entende-se o alcance da indagação. O órgão incumbido de executar o plano de venda de lotes aos atuais favelados (a COHAB, na hipótese) quer precaver-se contra os efeitos que a conjuntura inflacionária costuma produzir na economia dos chamados “contratos de duração”, rompendo, por força da progressiva desvalorização da moeda, o equilíbrio substancial das prestações recíprocas. É bem conhecido o problema, e não têm faltado tentativas de resolvê-lo neste momento histórico em que, aqui e alhures, tão agudo se apresenta o fenômeno da instabilidade monetária. Nem é outra a razão por que o nosso século vem assistindo, em vários departamentos do comércio jurídico, a um pujante reflorescimento da velha cláusula *rebus sic stantibus*, sob as roupagens atualizadas da “teoria da imprevisão”.

Deixando de lado as generalidades, e focalizando desde logo o caso concreto, assinala-se que a pergunta formulada envolve, essencialmente, dois problemas de ordem jurídica. O primeiro consiste em apurar se, num contrato de compra e venda a prestações, ou no compromisso preliminar que deve precedê-lo, é lícito às partes, em vez de estipular um preço fixo, perfeitamente determinado em sua expressão numérica — *tantas* unidades monetárias —, proceder apenas à fixação de um *critério* pelo qual se

há de ir determinando, ao longo do prazo ajustado para o pagamento, o *quantum* de cada uma das parcelas a serem pagas. O segundo diz respeito à possibilidade jurídica, no sistema brasileiro, dessa variação progressiva, ou, em outras palavras, à validade, entre nós, da chamada “cláusula de escala móvel”.

8. A primeira dúvida é de fácil elucidação. De acôrdo com o disposto no art. 1.122 do Código Civil,

“Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”.

O preço, pago em dinheiro, é pois em nosso direito, que nisso se limita a seguir vetusta tradição, *elemento essencial* do contrato. Mas daí não se infere que as partes tenham necessariamente de fixá-lo, desde logo, em quantia certa e determinada. O que se requer, para que haja compra e venda, é que a prestação do comprador seja representada por uma soma de dinheiro; não poderia ser, por exemplo, outra coisa, sob pena de ter-se o contrato desnaturado em *permuta*. Ora, quem se obriga a pagar, mensalmente, esta ou aquela percentagem do salário mínimo vigente à data, está-se obrigando, é óbvio, a retribuir *com dinheiro* a prestação do outro contratante.

Que o preço não precisa ser numéricamente fixado *ab initio*, num *quantum* de antemão conhecido, di-lo a própria lei civil, quando permite que tal fixação seja deixada a arbitrio de terceiro, designado pelas partes (art. 1.123), ou à taxa do mercado ou da bolsa em determinado dia e lugar (art. 1.124). Essas hipóteses, expressamente reguladas, não esgotam o rol dos casos em que se omite a prévia determinação de quantia certa. Tal omissão é lícita, de modo geral, sempre que as partes façam inserir no próprio contrato a previsão do modo por que ela se haja de suprir. Ou seja: desde que, não fixando o preço, fixem todavia o *critério* aplicável para que, a qualquer momento, se possa saber quanto deve uma das partes pagar e a outra receber.

Esse o entendimento pacífico da melhor doutrina civilística, como se pode ver pelos seguintes exemplos:

“O Código emprega a expressão — pagar-lhe certo preço —. Esse preço será certo, não somente quando seja o seu valor *determinado*; é possível também que, em lugar de fixar-lhe o valor, o contrato forneça elementos para a sua *determinação* posterior” (EDUARDO ESPÍNOLA, *Dos contratos nominados no Direito Civil Brasileiro*, pág. 42, nota 71).

“O preço ou é determinado, à conclusão do contrato, ou, à conclusão do contrato, é determinável. *Preço determinado* é aquêlê para o qual não se necessita de qualquer critério para

posterior determinação. (...), *Preço determinável* é aquêlê de que não se tem conhecimento objetivo do quanto, ou dêlê não se tem conhecimento subjetivo, mas já se sabe como se há de determinar. Tem-se o critério de fixação, não se tem a fixação. Há a vinculação, o efeito mínimo do negócio jurídico (pois concluso está)”.

.....
“O preço não tem de ser, desde logo, *preço determinado*. Basta que, desde logo, seja determinável” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. XXXIX, pág. 36-7).

“Para que o preço seja certo não é indispensável a sua declaração no próprio momento da celebração do contrato. Podem as partes convencionar que o preço se tornará certo mais tarde, por qualquer meio, direto ou indireto, desde logo estabelecido” (CUNHA GONÇALVES, *Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro*, vol. II, pág. 993).

“Mas o preço pode ser indeterminado, contanto que seja oportunamente determinável, mediante elementos objetivos estabelecidos ou fixados pelos próprios contratantes” (WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, 3.^a ed., 5.^o vol., pág. 85).

No mesmo sentido, ainda, ORLANDO GOMES (*Contratos*, pág. 260) e SERPA LOPES (*Curso de Direito Civil*, vol. III, pág. 266), ambos de acôrdo em que, para a validade da compra e venda, basta que haja no contrato elementos suficientes para permitir a posterior determinação do preço.

O que não seria válido, à luz do art. 1.125 do Código Civil, é deixar-se “ao arbitrio exclusivo de uma das partes a taxaço do preço”. *In casu*, tal não se dá: nos contratos que se outorgarem aos atuais favelados, para transmissão de lotes, estipulando-se que o preço será pago em prestações calculadas com base no salário mínimo vigente à data de cada pagamento, desde que a taxa seja pré-determinada e invariável, não haverá, com tôda a evidência, “arbitrio exclusivo de uma das partes” na fixação do *quantum*. Por outro lado, é igualmente claro que em semelhante estipulação se contêm os “elementos objetivos” necessários e suficientes à fixação do *quantum* de cada prestação — e portanto, embora a *posteriori*, do preço total.

9. Mas a variação do valor das prestações, automaticamente reajustáveis em função do aumento do salário mínimo vigente, não contrariará porventura os preceitos legais que visam a resguardar o curso forçado da moeda nacional? O Dec. n.º 23.501, de 27-11-1933, com efeito, dispõe no seu art. 1.º:

“Art. 1.º — É nula qualquer estipulação de pagamento em ouro, ou em determinada espécie de moeda, ou por qualquer meio tendente a recusar ou restringir, nos seus efeitos, o curso forçado do mil-réis papel”.

Com fundamento nesse dispositivo, houve quem pretendesse, entre nós, sustentar a invalidade genérica das chamadas “cláusulas de escala móvel”. Conforme vai assentando, porém, o entendimento mais recente da doutrina e da jurisprudência, aquela tese envolvia óbvia confusão de conceitos. A previsão de reajustamentos progressivos no valor das prestações não importa a mais mínima restrição do curso forçado do papel-moeda. Não se restringe êsse curso forçado pelo simples fato de convencionar que, nos sucessivos pagamentos parciais, o número de unidades monetárias se altere de acôrdo com as oscilações do seu poder aquisitivo, refletidas na variação de determinado índice — no caso, o nível legal do salário mínimo. Aquêles pagamentos continuarão sempre a fazer-se em cruzeiros-papel, embora a quantidade dêstes aumente de vez em quando. Mas isso a lei não proíbe.

Em apreciada monografia sôbre a matéria, o douto Procurador desta Casa e professor de Direito Civil, Dr. ARNOLD WALD, sintetizando em algumas proposições o *status quaestionis*, assim se manifesta:

“1) Em princípio, são válidas em direito brasileiro as cláusulas de escala móvel pròpriamente ditas (excluídas as cláusulas ouro, valor ouro, divisas estrangeiras e valor divisas), já que não proibidas e por não contrariarem as disposições legais sôbre o curso forçado do cruzeiro-papel;

2) A validade da cláusula de escala móvel não depende nem da personalidade dos contratantes, nem do índice escolhido. Sômente é inválida a cláusula de escala móvel quando os seus efeitos forem contrários a uma lei de ordem pública” (*A cláusula de escala móvel*, 2.^a ed., pág. 166-7).

Igual pronunciamento em WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, quando, ao referir-se à cláusula em questão, afirma que “sua licitude não pode ser posta em dúvida, uma vez que não contraria qualquer princípio legal de ordem pública” (*ob. cit.*, vol. 4, pág. 81).

É notório, aliás que os tribunais brasileiros têm reconhecido amplamente, em terrenos variados, a validade das cláusulas que estipulam o reajustamento periódico do montante das prestações. Basta lembrar os casos, bem conhecidos, da locação de imóveis e da empreitada. E a própria legislação vem refletindo o êxito do movimento de idéias favorável à admissibilidade dêsse meio de defesa contra as conseqüências da depreciação monetária. Para nos limitarmos a um exemplo, e de plano constitucional, cite-se a norma consubstanciada no art. 50, alínea *k*, da Carta política do nosso Estado, segundo a qual “o salário-família será revisto obrigatoriamente sempre que fôr alterado o salário mínimo da região”.

10. Em matéria idêntica à de que se trata no caso vertente, surgiram há pouco tempo os Decretos federais de ns. 786 e 787, de 26-3-1962, relativos aos contratos de financiamento de imóveis e outras operações

imobiliárias a serem praticadas na execução do “Plano Nacional de Habitação”. Transcreva-se, por expressivo, o art. 1.^o do Dec. n.^o 786:

“Art. 1.^o — Os contratos de financiamento de imóveis realizados por órgãos ou entidades compreendidas, sob qualquer forma, no Plano Nacional de Habitação elaborado pela Comissão instituída pelo Decreto n.^o 209, de 23 de novembro de 1961, terão seu valor fixado na proporção do salário mínimo local e o saldo devedor reajustado tôda vez que houver revisão dos níveis de salários mínimos”.

Evidentemente, em face do problema suscitado pela proibição constante do Dec. n.^o 23.501, de 27-11-1933, tanto faz estabelecer um *quantum* básico determinado, mas reajustável em função das variações posteriores de um índice, quanto omitir essa fixação inicial e vincular desde logo ao índice o montante das prestações periódicas que, durante certo prazo, hão de ser pagas por um dos contratantes. Na venda dos lotes pela COHAB aos atuais favelados poderia adotar-se solução análoga à escolhida pelo Governo Federal, fixando-se um preço-base reajustável de acôrdo com a elevação dos níveis legais de salário mínimo. Mas, se é lícita essa estipulação, não menos o será a que se sugere na consulta. Na prática, os efeitos são exatamente iguais, quer se diga: “O preço é *x*, mas será reajustado, à medida que se efetuarem os pagamentos das prestações, conforme a variação do salário mínimo”, quer se estabeleça: “o preço será a soma de tôdas as prestações, a serem pagas durante tantos anos, calculadas sempre em função do salário mínimo vigente à data de cada pagamento”.

Em parecer que emitiu, a pedido do Exmo. Sr. Ministro do Trabalho, sôbre a validade dos Decretos de ns. 786 e 787, assim se expressa o mesmo ilustre civilista acima citado:

“O problema jurídico essencial apresentado pelos referidos decretos é o da legalidade da inclusão nos empréstimos da cláusula de escala móvel, em virtude da qual os débitos se tornam revalorizáveis de acôrdo com determinado índice escolhido pelas partes, e que já hoje não constitui mais inovação no direito pátrio, embora esteja atuando pela primeira vez no plano dos financiamentos habitacionais”.

Examinando a questão à luz do disposto no Decreto n.^o 23.501, mostra que

“... as cláusulas ouro e pagamento em moeda estrangeira não se confundem com a cláusula de escala móvel. Nesta ocorre referência ao poder aquisitivo da moeda, que é sempre avaliado de modo subjetivo, variando de acôrdo com os índices

escolhidos, ou seja, com os artigos que servem para determinar a variação do nível dos preços, enquanto o ouro, ao contrário, é elemento inerente à própria definição legal do padrão monetário”.

E frisa:

“... a cláusula de escala móvel não restringe nos seus efeitos o curso forçado da moeda nacional. Efetivamente, o curso forçado significa a inconvertibilidade em ouro de papel-moeda, dispensando assim o Estado de trocar as notas pelo metal precioso. Não há dúvida que a escala móvel funcionando apenas para fixar o montante da dívida, o pagamento será feito em cruzeiros-papel, não havendo violação dos dispositivos que impuseram o curso forçado”.

O parecer conclui no sentido de que

“... os Decretos são perfeitamente constitucionais, não modificando qualquer texto de lei e obedecendo às normas fixadas pela legislação brasileira, como também aos princípios gerais que norteiam o nosso direito legislado e jurisprudencial, no sentido de atender às conseqüências jurídicas da depreciação monetária, fato que os juristas não mais podem negar pela evidência que assumiu nos últimos anos” (ARNOLD WALD, *in Rev. For.*, vol. 199, págs. 87 e segs.).

A convincente argumentação, *mutatis mutandis*, aplica-se com toda a propriedade à hipótese de que aqui se trata. Nada, em verdade, se poderá argüir contra a validade das cláusulas que, nas vendas feitas pela COHAB aos atuais favelados, dispuserem sobre o pagamento na forma que a consulta sugere.

IV

11. O item 4, em que se pergunta “qual a figura de contrato adequada”, já teve resposta nas páginas anteriores. No comum dos casos, a transferência dos lotes aos moradores de habitações anti-higiênicas far-se-á mediante contratos de compra e venda, celebrando-se de início compromissos preliminares e outorgando-se as escrituras definitivas depois de integralmente pago o preço. É o sistema consagrado no Dec-Lei n.º 58, de 10-12-1937.

12. Surge uma questão importante: e se a área que se quiser lotear ou relotear com aquêlê objetivo fôr total ou parcialmente enfitêutica, fôreira ao Estado? É claro que a COHAB poderá adquirir o domínio útil ao enfitêuta, para depois vendê-lo a terceiros, tudo com a concordância do Estado, na qualidade de senhorio direto. Mas, nas divisões e desmem-

bramentos de terrenos situados nas Sesmarias, bem como nos reloteamentos, virá a ser compulsória a remição, pelo menos enquanto não se revogarem o art. 35 do Dec. n.º 9.413, de 16-11-1948, e o art. 5.º do Dec. n.º 12.882, de 25-6-1955. Aliás, mesmo fora das hipóteses de obrigatoriedade, a COHAB poderá sempre remir o fôro, pela forma prevista na Constituição do Estado, art. 44, § 2.º. Pôsto que se adote a tese segundo a qual, nos aforamentos constituídos antes da vigência do Código Civil, o senhorio direto não está obrigado a aceitar o resgate, ou que se exclua a incidência do art. 693 do Código Civil quanto às enfiteuses públicas, ainda assim, *in casu*, o Estado assentiria, interessado que está na execução do plano administrativo de que é instrumento a COHAB. E esta, após a remição, venderá os lotes, transferindo aos compradores o *domínio pleno*.

Outra solução, aplicável quando o enfitêuta não quiser alienar o domínio útil da área, consistirá na desapropriação, pela COHAB, *dêsse domínio útil*. Em seguida, se ocorrer um dos casos de remição obrigatória, ou se a remição fôr julgada conveniente, a COHAB remirá o fôro e venderá os lotes aos favelados. Se não houver necessidade ou conveniência de remição, a COHAB poderá transferir aos favelados o *domínio útil* dos lotes, mediante aquiescência do Estado, que, não exercendo o direito de opção, como senhorio direto, receberá da COHAB o *laudêmio*, tudo na conformidade dos arts. 683 e 686 do Código Civil, e 20, § 1.º, do Decreto n.º 9.413, de 16-11-1948.

V

13. No item 5 indaga-se da “situação das áreas faveladas situadas nas Sesmarias, particularmente a Sesmaria Realenga, face a decretos expropriatórios”. Percebe-se que o interêsse do DRF está dirigido para o problema do *modus faciendi* na execução de seu plano — transferência de lotes a moradores de habitações anti-higiênicas — quanto a terrenos foreiros ao Estado. Diga-se desde logo que os termos da questão são os mesmos, quer se trate de áreas situadas nas outras Sesmarias, a que se refere a Constituição Estadual, art. 44, § 1.º, alíneas *a* e *b*, quer de terras integrantes da chamada Sesmaria Realenga, *desde que enfitêuticas*. O ponto nodal não consiste em ficarem as áreas contidas nos limites desta ou daquela Sesmaria, mas *em serem foreiras* ao Estado. A única diferença é que, no tocante aos terrenos das duas Sesmarias mencionadas na Carta política estadual, aquela situação *se presume*, ao passo que, quanto aos outros, prevalece a presunção do art. 527 do Código Civil, devendo o Estado *provar* que tal ou qual área se acha sujeita a fôro.

Mas uma vez admitida, *por hipótese*, a natureza enfitêutica de um terreno — seja porque *se presume* (caso do art. 44, § 1.º, da Constituição do Estado), seja porque *se prove* (outros casos) — as conseqüências, na perspectiva aqui adotada, são invariáveis. No decreto em que se declare a utilidade pública da área, ficará naturalmente explícito que o que se quer desapropriar é apenas o *domínio útil*. De toda conveniência é que

a desapropriação seja promovida, não pelo Estado, mas *logo pela COHAB*, como se indicou na resposta ao item anterior. Assim se evita o problema da posterior transferência da propriedade à COHAB, com as dificuldades inerentes aos processos descritos na resposta ao item primeiro. A vantagem é tão ponderável, que até em relação às desapropriações já iniciadas pelo Estado, desde que ainda não consumadas, ou em vias de consumação, parece-nos que vale a pena desistir e, mediante um recuo tático, tomar o outro caminho, mais rápido e mais seguro, da expropriação pela COHAB. Adquirindo esta, assim, o domínio útil da área, procederá de uma das maneiras acima apontadas, ou remindo o fóro para vender os lotes aos atuais favelados, ou transferindo a estes, unicamente, o próprio *domínio útil* dos terrenos.

VI

14. O item 6 refere-se à “situação de terrenos foreiros face às recentes instruções para remição de fóro”. Evidentemente, alude o DRF à Lei n.º 242, de 26-11-1962, que, em seus arts. 8.º a 12, autorizou o resgate dos imóveis enfitêuticos do Estado, em condições especiais. Mas a questão, a rigor, é de pôr-se em termos mais amplos, porquanto a possibilidade de remição não se funda apenas no citado diploma, senão que está prevista na própria Constituição estadual (art. 44, § 2.º), e já o estava na legislação anterior (Dec. n.º 9.413, de 16-11-1948, art. 34).

O problema, naquilo que interessa ao DRF, cifra-se no seguinte: se o Estado defere pedido de remição de fóro relativo a área que se esteje pretendendo utilizar na execução do plano de recuperação de favelas, a eventual desapropriação que posteriormente se tenha de promover será, é claro, mais onerosa. Sem dúvida se gastará mais, para desapropriar um terreno daqui a algum tempo, *depois de remido o fóro*, do que se gastaria, agora, para desapropriar-lhe *apenas o domínio útil*. Seria o caso, portanto, de examinar a COHAB, imediatamente, os terrenos foreiros ao Estado em relação aos quais haja pedido de remição em processamento; e, quando lhe interessarem para efeito de ulterior venda em lotes a favelados, tratar de promover, sem perda de tempo, a respectiva desapropriação do domínio útil. Obviamente, será aconselhável entendimento entre a COHAB e o órgão administrativo a que cabe processar os pedidos de remição, para que de todos estes seja logo dada ciência à Companhia. Talvez mesmo se possa determinar que nenhum pedido de remição seja deferido sem que, através da Secretaria de Serviços Sociais, se consulte a COHAB, para que diga se o terreno interessa ou não à realização do plano de recuperação de favelas — e, no caso positivo, proceda logo à sua expropriação.

VII

15. O sétimo e derradeiro item da consulta diz respeito à “situação dos terrenos de marinha e seus acrescidos, ocupados pelo Estado ou que possam vir a sê-lo, tendo em vista sua transferência aos favelados”.

Fere-se aqui um ponto delicado do problema, e tanto mais relevante quanto sabido que numerosas são as favelas cariocas situadas em terrenos de marinha ou em seus acrescidos. Tais áreas incluem-se entre os bens imóveis da União (Dec.-lei n.º 9.760, de 5-9-1946, art. 1.º, alínea a). Ora, conforme a *contrario sensu* se infere dos termos do art. 2.º, § 2.º, do Dec.-lei n.º 3.365, de 21-6-1941, e confirma a doutrina (*v. g.* SEABRA FAGUNDES, *Da desapropriação no direito brasileiro*, pág. 63-4), os bens do domínio federal não podem ser desapropriados pelos Estados, nem — *a fortiori* — pelas entidades, como a COHAB, que exerçam função delegada do poder público *estadual*. Por conseguinte, qualquer plano de utilização de terrenos de marinha ou seus acrescidos dependerá, para sua execução, da participação *voluntária* do Governo Federal. Está visto que somente focalizaremos, aqui, os aspectos *jurídicos* da questão, abstraindo daqueles outros, políticos ou econômicos, que por sua índole escapam à competência deste órgão.

Na consulta fala-se de terrenos “ocupados pelo Estado ou que possam vir a sê-lo”. Mas ocupados a que título? O Dec.-lei n.º 9.760 só prevê três modos de utilização dos bens imóveis federais não aplicados a serviço público: locação, aforamento e cessão (art. 64 e seus parágrafos). Sem dúvida, o art. 127 do mesmo diploma reconhece a existência de “ocupantes de terrenos da União, sem título outorgado por esta”, para sujeitá-los ao pagamento anual de uma “taxa de ocupação”. Haverá casos em que o Estado da Guanabara se encontre nessa situação? De qualquer modo, não parece que os terrenos porventura assim ocupados se prestem à realização dos planos administrativos referentes aos atuais moradores de favelas. Se a ocupação não é titulada, evidentemente não se pode cogitar da transferência de lotes a terceiros.

Quanto à possibilidade de alienação de imóveis do domínio federal, o art. 134 do Dec.-lei n.º 9.760 admite-a “quando não houver interesse econômico em manter o imóvel no domínio da União, nem inconveniente, quanto à defesa nacional, no desaparecimento do vínculo da propriedade”. Mas o art. 135 submete-a obrigatoriamente a concorrência pública, exigência que, *in casu*, somente por lei federal poderia ser afastada, admitindo-se a hipótese — nada provável — de que a União estivesse disposta a chegar a tal extremo para colaborar na solução do problema das favelas na Guanabara.

16. Resta examinar, portanto, as hipóteses da locação, do aforamento e da cessão. A primeira, aliás, ao nosso ver, é de excluir-se desde logo, pois a natureza do contrato não se coaduna com a diretriz essencial adotada pela Administração do Estado no encaminhamento do problema.

Quanto à segunda, para ser compatível, na sua concretização, com essa mesma diretriz, a idéia, em termos generalíssimos, seria a da constituição da enfiteuse, pela União, em favor da COHAB, com relação às áreas disponíveis para tal fim, seguindo-se a transferência aos favelados, pela Companhia, do domínio útil dos lotes que fôssem demarcados — mediante, é claro, o prévio assentimento do Serviço do Patrimônio da

União e a cobrança, por esta, dos respectivos laudêmios (Dec.-lei n.º 9.760, art. 102 e seu § 1.º). Frise-se, porém, que mesmo do ponto de vista exclusivamente jurídico se teriam de defrontar algumas dificuldades sérias, como as decorrentes da preferência que o art. 105 do Dec.-lei n.º 9.760 outorga, para o aforamento, a certas categorias de pessoas.

Mas não seria possível aforar a União, ela própria, a moradores de favelas, lotes situados nos terrenos de marinha ou em seus acrescidos? Em princípio, sim; os estorvos, contudo, subiriam aqui de ponto, mesmo que — através de convênio, por exemplo — se pudesse abrir ensejo à intervenção do Estado, diretamente ou pela COHAB, na triagem e indicação dos favelados que se candidatassem ao aforamento. E, de qualquer maneira, fatalmente se teria quebrado a uniformidade do esquema de pagamento dos lotes. Com efeito, no regime que o nosso direito positivo reserva à enfiteuse, a prestação devida pelo titular do domínio útil consiste sempre no pagamento de “uma pensão, ou fôro, anual, certo e invariável” (Código Civil, art. 678). Nada se poderia estipular, aqui, que de longe sequer se assemelhasse à forma de pagamento sugerida pela consulta para as vendas de lotes a moradores de habitações anti-higiênicas: preço dividido em prestações mensais, variáveis em função dos níveis legais de salário mínimo. Ora, não é difícil imaginar os inconvenientes que resultariam para a Administração se tivesse de lidar com dois esquemas inteiramente diversos no que tange aos ônus que hajam de ser suportados pelos beneficiários do plano.

Apenas para sublinhar com mais força a dificuldade da solução pelo aforamento, note-se, por fim, que em qualquer hipótese a utilização, nesse regime, de terreno de marinha ou acrescido dependeria de expressa permissão contida em lei federal, ou — na inexistência desta — de prévia autorização do Presidente da República (Dec.-lei n.º 9.760, art. 99). E, ainda por cima, a constituição da enfiteuse, em se tratando de terrenos situados na faixa de 100m ao longo da costa marítima, teria de ser precedida da audiência dos Ministérios da Guerra, da Marinha e da Aeronáutica (art. 100, alínea a).

17. Falta contemplar a hipótese da cessão. Com efeito, dispõe o art. 125 do Dec.-lei n.º 9.760:

“Por ato do Governo, e a seu critério, poderão ser cedidos gratuitamente ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos neste Decreto-lei, imóveis da União aos Estados, aos Municípios, a entidades educacionais, culturais ou de finalidades sociais, e, em se tratando de aproveitamento econômico de interesse nacional, que mereça tal favor, a pessoa física ou jurídica”.

A COHAB é, à evidência, entidade de finalidades sociais. Mediante termo ou contrato, de que expressamente constem as condições estabelecidas — como determina o art. 126 do referido diploma —, poderá a

União, portanto, ceder à Companhia áreas em terrenos de marinha ou seus acrescidos, para que ela, por sua vez, os loteie e transfira os lotes a terceiros (no caso, moradores de favelas). É claro que semelhante transferência não se fará a título de venda, porque as áreas cedidas não passarão do patrimônio federal para o da COHAB. Mas talvez esta, por meio de contrato especial, previsto e autorizado no ato de cessão que lhe outorgue o Governo Federal, possa transferir aos favelados os seus direitos de cessionária no tocante a cada um dos lotes em que se venham a dividir as áreas cedidas, estabelecendo-se, para essa transferência, modalidade de pagamento análoga à de que se cogita para as vendas de lotes situados noutras áreas.

Não se objete que a União estaria cedendo gratuitamente imóveis seus para que a COHAB, depois, negociasse com eles a título oneroso: a cessão que o Governo Federal fizesse não precisaria ser gratuita, podendo sujeitar-se às “condições especiais” de que fala o art. 125 do Decreto-lei n.º 9.760. A que condições especiais? Salvo melhor alvitre, e se a União nisso conviesse, a condições tais que correspondessem precisamente, na sua expressão pecuniária, às do total das transferências feitas pela COHAB a favelados. Noutras palavras: a COHAB funcionaria, na prática, como intermediária entre a União e os beneficiários do plano: estes pagariam à Companhia, e ela ao Governo Federal, na mesma medida. Haverá quem pergunte: para quê, então, intervirá a COHAB no processo? Não será mais expedito pleitear da União a cessão dos lotes diretamente aos moradores de favelas? Mas, sem falar nos inconvenientes de ordem administrativa, existiria irremovível óbice de natureza jurídica: o art. 125 do Dec.-lei n.º 9.760, como se viu, só admite a cessão a pessoas físicas quando o imóvel federal se destine, nas mãos destas, a “aproveitamento econômico de interesse nacional, que mereça tal favor”. Não é, em absoluto, o caso vertente.

CONCLUSÕES

Resumindo, pois, respondo como se segue a cada um dos itens da consulta:

Ao 1.º — Os lotes poderão, no comum dos casos, ser transferidos aos moradores de favelas a título de compra e venda, precedida a escritura definitiva do compromisso preliminar. Se as áreas que se têm em vista para loteamento ou reloteamento são de propriedade privada, devem ser desde logo desapropriadas pela COHAB; se pertencem ao Estado, é mister previamente transferi-las à Companhia — ou mediante lei autorizativa e hasta pública cercada de condições especiais, que afastem outros licitantes, ou então pela incorporação dessas áreas ao capital da COHAB, como integralização das ações que couberem ao Estado, seja inicialmente, seja nos eventuais aumentos de capital.

Ao 2.º — Para a integralização do capital do Estado pela forma acima indicada, já existindo autorização legislativa, basta que se observem

as prescrições da Lei das Sociedades Anônimas, notadamente a prévia avaliação dos bens que deverão ser incorporados, por três peritos nomeados em assembléia geral dos acionistas.

Ao 3.º — Sim: é possível estabelecer, nas vendas de lotes a moradores de favelas, forma de pagamento como a que se sugere. O preço não precisa ser determinado *ab initio*, desde que haja no contrato elementos suficientes para a sua determinação posterior; e, por outro lado, é lícita e válida, no direito brasileiro, a chamada “cláusula de escala móvel”.

Ao 4.º — A figura de contrato adequada será, na maioria dos casos, a da compra e venda, precedida de compromisso preliminar; eventualmente, se mantida a área em regime enfiteutico, vender-se-á somente o domínio útil, com a mesma ressalva.

Ao 5.º — As áreas situadas nas Sesmarias a que alude o art. 44, § 1.º, da Constituição Estadual, e bem assim as contidas na chamada Sesmaria Realenga, quando foreiras ao Estado, devem ter o domínio útil, de preferência, desapropriado pela COHAB, sempre que se destinem a aproveitamento na execução do plano de recuperação de favelas.

Ao 6.º — Quanto aos terrenos foreiros que hajam de ser desapropriados, no domínio útil, para o referido aproveitamento, é conveniente que não se defira a remição do fóro antes do decreto expropriatório.

Ao 7.º — No que toca aos terrenos de marinha e seus acrescidos, bens da União, só com a participação voluntária desta se pode cogitar do seu aproveitamento no plano de recuperação de favelas. Do ponto de vista jurídico, pressuposta a concordância do Governo Federal, a maneira mais viável de permitir êsse aproveitamento seria a cessão das áreas à COHAB, mediante as condições que fôssem estipuladas em contrato ou termo, a fim de que ela, por sua vez, transferisse a favelados os seus direitos de cessionária em relação aos lotes que se demarcassem.

Sub censura.

Rio de Janeiro, 2 de agosto de 1963.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA
Procurador do Estado

ILHA DO PIRAQUÊ. OCUPAÇÃO PELO CLUBE NAVAL. NATUREZA DO ATO CONCESSIVO. IMPOSSIBILIDADE DE RESGATE

O Clube Naval pretende, com base no art. 693 do Código Civil, modificado pela Lei n.º 2.437, de 7-3-1955, obter resgate do aforamento constituído a seu favor, em 1938, pela então Prefeitura, da Ilha do Piraquê, na Lagoa Rodrigo de Freitas, onde tem instalada sua bela e atraente sede esportiva.

Devo opinar sobre tal pretensão — e o faço, desde logo fique dito, negativamente.

Explico porquê:

O Decreto municipal n.º 6.152, de 4-3-1938, concedeu por aforamento ao Clube Naval a Ilha do Piraquê, exigindo-lhe, porém, como contraprestação, que fizesse ministrar, gratuitamente, por monitor especializado, exercícios físicos às crianças em geral, isto é, às que se apresentassem, pertencentes ou não aos quadros sociais do clube.

Trata-se, portanto, de uma concessão *com encargos*, cuja satisfação tanto importava manter que o aforamento se anularia (arts. 4.º e 7.º do referido decreto) por falta de seu cumprimento.

Já por aí se vê que não se trata de um aforamento normal e comum. Ao Clube Naval não foi adjudicado o *domínio útil* irrestrito e desonerado do imóvel em questão — que não poderia, por exemplo, transferir a terceiro. As próprias benfeitorias que se obrigou a fazer estiveram sujeitas a aprovação e à fiscalização da Prefeitura (art. 3.º) e teria de executá-las em prazo fixo (art. 5.º). E o clube ainda, posteriormente, firmou termo de obrigações outras, relativas à proteção e conservação da própria ilha.

Acresce ainda que a Carta de Aforamento conseqüente àquele decreto, lavrada em 26-3-1938, no L. 35, fls. 168, e registrada no L. 4, I, fls. 171, incidiu em erro essencial na caracterização do imóvel aforado, dando-o como de *marinhas*, o que depois o Serviço do Patrimônio da União formalmente contestou (Proc. 4.465.345-54), informando à própria Prefeitura que a ilha é remanescente da antiga Chácara adquirida pela mesma, por cessão da União Federal, conforme escritura de 30-9-1922, às fls. 45v. do L. 86 do Tabelião Lino Moreira.

A idéia, errada, de que se tratava de terreno de marinhas explicará, talvez, a modalidade da enfiteuse atribuída à cessão do uso da ilha ao Clube, como explicará a ausência de qualquer ressalva contra a possibilidade de resgate futuro do aforamento, dado que a tal não estão sujeitos os terrenos de marinhas, que se regem por legislação especial (Cód. Civil, art. 694).

Tanto se tratava de um aforamento diferente, *sui generis*, que a própria fórmula impressa da respectiva Carta teve riscadas várias expressões entre as quais

“... e querendo fazer (passar) a outra qualquer pessoa, fora as referidas (religiosas), fará primeiro petição ao Prefeito, dizendo que as quer vender a F... por tal preço e com as condições originárias, que para isso lhe dê a competente licença e com a outorga, se lh'a der, então poderão passar a novo possuidor...”

Eis aí o domínio útil tornado intransferível — o que se choca com características essenciais da verdadeira enfiteuse (Cód. Civil, arts. 683, 686).

A constatação de que o imóvel não era *de marinhas*, mas apenas de pesqueiras, fez com que o ora Estado procedesse a uma retificação na carta de aforamento, e fez cancelamento justamente da palavra *aforamento*, um pouco tardiamente, talvez, mas sempre servindo para dar melhor caracterização à cessão de 1938.

O que então ocorreu, enfim, não foi algum trespasse de aforamento da ilha ao Clube, nem mesmo a regular constituição de um aforamento novo, mas a concessão, sob o nome de aforamento, da sua ocupação, contra determinados encargos. Tendo da ilha ambos os domínios, o direto e o útil, a Prefeitura cedeu este último ao Clube, restrita e resolúvelmente, sob condições, e sem o indispensável caráter de perpetuidade, cuja falta o art. 679 do Código Civil diz transformar a enfiteuse em mero *arrendamento*.

TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI, no seu *Tratado de Direito Administrativo*, 4.^a ed., vol. III, págs. 479-480, dá a nota justa à distinção:

“A adaptação do sistema enfiteutico ao regime dos bens públicos processou-se desde a colonização, por meio de concessões de terras públicas, e, por isso, não estaríamos longe de afirmar que o regime de arrendamento, por prazo indefinido, das terras públicas poderia ser capitulado não como enfiteuse, mas como *concessão de terras públicas*.”

A aquisição por usucapião do domínio útil, a instituição do comisso, a *impossibilidade do resgate* de certas terras, as restrições impostas aos estrangeiros, constituem razões profundas para o afastamento cada vez maior das concessões de terras públicas das normas fixadas pela legislação enfiteutica, afastamento já prescrito pelo Código Civil em relação aos Terrenos de Marinha, mas cada vez mais acentuado, não somente quanto a êsses terrenos, como também às demais terras públicas.

Verifica-se uma tendência para abolir, aos poucos, a enfiteuse, em sua forma primitiva e feudal. A sobrevivência do instituto só se justifica, em relação ao domínio do Estado, não mais sob a forma primitiva da enfiteuse, mas de concessão do domínio útil (...), e isto somente porque o domínio público é, em princípio, inalienável”.

No direito de vários países a forma usual é também essa, de concessões.

ALVAREZ GENDIN, *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, Barcelona, 1956, ao tratar dos usos especiais que podem sofrer os bens públicos — permissões, concessões e servidões — diz (pág. 63) que

“Si la concesión de dominio público común se hace indefinidamente, es decir, sin señalar plazo, mediante el pago de

una tasa o canon, debe estimarse a precario, pues el dominio público es inalienable y la perdurabilidad equivalería a una enajenación”.

MANUEL MARIA DIEZ (*Dominio Público*, Buenos Aires, 1940) que distingue (pág. 387) das concessões do serviço público as concessões ordinárias de uso de bens públicos, referindo-se a estas, escreve:

“El concesionario no adquiere sobre el bien dominical un derecho de propiedad, por el principio de la inalienabilidad de los bienes dominicales; por otra parte, la concesión es siempre temporaria, ya que se fuera perpetua implicaría distracción permanente de los bienes dominicales del dominio del Estado. Por razones similares, los derechos del concesionario no pueden asumir la forma de servidumbres prediales o de enfiteusis, porque los bienes dominicales no son susceptibles de derechos reales” (pág. 398/9).

“La Administración tiene intervención directa durante el tiempo de la autorización en el ejercicio de esta, a los efectos de vigilar el modo en que el concesionario goza de la facultad de uso conferida” (pág. 371).

“El titular de un uso especial, deberá pagar un canon ... El canon se cobra también a título de reconocimiento de la propiedad de la entidad pública que, en general, se reserva el derecho de modificar ese canon” (pág. 371/2).

“En el caso de concesión ordinaria de uso, podemos decir que el concedente otorga la concesión teniendo presente la utilidad privada del concesionario, quien le paga un canon como contraprestación” (pág. 388).

VITOR GENOT (*De l'utilisation privative du domaine public*, Bruxelles, 1928) prevê:

“L'autorisation d'utiliser privativement une portion du domaine public; d'aller même, au besoin, jusqu'à modifier la surface de celui-ci, d'y incorporer des constructions, de soustraire, en fait, à l'usage public, la portion du domaine occupée”.

E considera que:

“Cette occupation engendre, pour le bénéficiaire, une sorte de droit de propriété, une véritable *quasi-propriété*” (pág. 10);

“Le droit d'utiliser privativement le domaine public, malgré les apparences, ne semble pas pouvoir être considéré comme

um droit réel, analogue au droit de propriété. Le domaine public est, en effect, en principe du moins, inalienable et imprescriptible” (pág. 13).

“D’autre part, les autres droits réels ne sont que des démembrements du droit de propriété et ne peuvent à notre sens, bien que certains auteurs aient voulu assimiler à un bail emphytéutique le droit d’occupation, grever le domaine public” (págs. 13/14).

Considere-se-o enfiteuta, ou arrendatário, ou concessionário de ocupação — tem o Clube Naval direito ao pretendido *resgate*?

Entendo que não.

Resgate — ensina PAULO LACERDA com apoio em PERNA, PACIFICI-MAZZONI e CARAFFA:

“Outra coisa não é mais que a aquisição do domínio direto, cujo reconhecimento é representado pela prestação do cânon; e o direito de remir importa em uma faculdade de *desapropriação* forçada conferida ao enfiteuta contra o senhorio direto” (com. ao art. 693 do Cód. Civil).

É da mesma opinião do comentador CARVALHO SANTOS:

“O resgate, no conceito dos tratadistas, não é senão, em substância, uma *desapropriação* do domínio do senhorio direto em favor do enfiteuta, justificada pelo interesse geral da propriedade plena e livre”.

Propriedade plena e livre tinha a então Prefeitura sobre a Ilha do Piraquê quando lhe cedeu o uso ao Clube Naval. O pretendido resgate, no caso, apenas transferiria do Estado para o particular essa propriedade plena e livre. E há que convir que *desapropriação* de bens públicos em favor de particulares é algo que não se pode sequer conceber.

Acresce, ainda, que o resgate, como preceitua o art. 163 do Código Civil, isto é, mediante o pagamento pelo enfiteuta ao senhorio do valor de apenas 20 pensões anuais, será sumamente injusto, constituirá verdadeira espoliação, se aplicado às enfiteuses que não se tenham constituído levando-se na devida conta a possibilidade de sua ocorrência.

Essa é uma das razões por que CLÓVIS opina decididamente pela não admissão do resgate às enfiteuses, obrigatoriamente perpétuas, constituídas anteriormente ao Código (vide seu comentário ao art. 693), limitando sua aplicabilidade às já constituídas com a adoção de uma pensão mais efetiva e substancial, como devem ser as posteriores a 1917. E já ficou dito que a carga outorgada em 1938 ao Clube Naval, se fixou aquêles parcos Cr\$ 600,00 anuais, foi certamente porque, considerando que

era, erradamente, o terreno como de marinhas, não havia como se cogitar de resgate possível.

Essa discussão sobre a retroatividade ou não da norma instituidora do resgate dividiu grandemente os nossos civilistas — e dela faz magnífica apreciação ATALIBA MARCONDES MACHADO, em parecer publicado nos *Arquivos de Direito Municipal*, São Paulo, 1953, vol. 1.º, pág. 181, onde mostra a prevalência, inclusive jurisprudencial, da tese da não aplicação aos aforamentos já constituídos ao entrar em vigor o Código.

A outra conclusão não chegou a douta Comissão incumbida de elaborar projeto de extinção da enfiteuse, vendo-se de seu relatório publicado na *Revista Forense*, vol. 98, pág. 237, que:

“O pagamento de 20 pensões, por natureza módicas, se não ridículas, e imutáveis, para o resgate da terra emprazada, equivaleria à expropriação pura e simples, sem compensação”.

Para JOÃO LUÍS ALVES, no artigo *O resgate do fôro enfiteutico*, publicado também na *Revista Forense*, vol. 29, pág. 15,

“O resgate é uma transformação econômica ditada pelo interesse público... Assegura ao senhorio uma renda igual ao fôro a que tem direito”

— conceitos que de modo algum estarão presentes no caso em tela, em que, mediante Cr\$ 12.000,00 de indenização, o Estado iria perder o domínio de um imóvel assaz valioso.

A regra, incontestada, da inalienabilidade peculiar aos bens públicos — que não é absoluta, mas exige condições especiais para as alienações que o interesse público excepcionalmente aconselhar — não se acomoda, também, com o resgate de aforamentos de imóveis estatais.

Entre aquelas condições é indispensável a autorização legislativa, que deve ser *especial*, não podendo valer como tal uma determinação genérica como a do art. 693:

“Se a lei os declara (aos bens públicos) por conceito, inalienáveis; se a lei preceitua que a inalienabilidade lhes é qualidade essencial, que somente se perde nos casos e pela forma que a lei prescrever — como é que há de sair do domínio público para o particular sem que essa transferência se opere por determinação de lei que especialmente regule a matéria da transferência ou alienação?”

— é o que pergunta, em voto na ap. 8.928, na Corte de Apelação de Minas Gerais, o então desembargador OROSIMBO NONATO, citando CLÓVIS (*Revista Forense*, vol. 69, pág. 545).

“Mas, se esta dúvida (sobre a imprescritibilidade) era perfeitamente justificada sob o regime anterior ao Cód. Civil, o que não se dirá depois de decretado este último, que estabelece em seu art. 67, a inalienabilidade de todos os bens públicos, qualquer que seja a sua natureza, a não ser naqueles casos e na forma por que a lei autorizar?”

Por conseqüência, o princípio da inalienabilidade é geral, de uma rigidez absoluta e só admite exceções naqueles casos expressos em que a lei o autorizar. Haverá, no entanto, alguma lei que permita a alienação de bens públicos, qualquer que seja a sua natureza?

Não a conhecemos, e esta alienação só se tem dado individualmente, em casos particularíssimos, por autorização especial do órgão competente, individualizando os bens públicos sujeitos a essa alienação”.

— é o que proclama parecer do Proc. Geral TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI, transcrito no voto do ministro ANÍBAL FREIRE no julgamento, no Supremo Tribunal, do rec. ext. 9.186, in *Revista Forense*, vol. 113, pág. 392.

Baseado nessa convicção, o mesmo TEMÍSTOCLES ensina expressamente sobre o resgate de aforamentos, no seu *Tratado*, vol. III citado, páginas 487/488, lição absolutamente adequada ao caso em exame:

“Se a tese é verdadeira em relação aos tratos enfiteúticos comuns, de imóveis particulares, e quanto a isto não resta dúvida diante da determinação legal, o mesmo não se dirá em relação aos bens do domínio público.

A doutrina aqui é outra e aceitamos a lição de CARLOS DE CARVALHO (*O Patrimônio Territorial da Cidade do Rio de Janeiro*, pág. 76):

“O resgate, quando determinado em lei é, em substância, como ensina PACIFICI MAZZONI, uma desapropriação forçada do domínio do senhorio em favor do enfiteuta, justificado pelo interesse geral de tornar a propriedade plena e livre. Por ele se extingue a enfiteuse”.

E mais adiante:

“Autorizar o resgate é autorizar a alienação de bens patrimoniais e por forma que a Lei n.º 85, de 20-9-1892, não cogitou”.

Escrevia CARLOS DE CARVALHO muito antes do Cód. Civil e este veio autorizar expressamente o resgate, sem referência, porém, expressa, aos bens do domínio público.

Mas a tese de CARLOS DE CARVALHO é a que melhor se coaduna com a natureza do aforamento dos bens públicos. E foi por isso que leis posteriores vieram proibir o resgate do domínio direto dos aforamentos dos bens públicos em geral, e particularmente das Marinhãs. A razão é óbvia. Decorre da própria natureza do domínio público, de sua inalienabilidade (salvo autorização legal), e, portanto, não pode esta alienação ficar na dependência da vontade do enfiteuta”.

Entre essas leis posteriores está o Decreto n.º 22.785, de 31-5-1933, que dispõe em seu art. 1.º ser vedado o resgate dos aforamentos de terrenos pertencentes ao domínio da União, cuja extensão a todos os aforamentos de bens públicos é perfeitamente defensável, é mesmo lógica. Outras leis já consubstanciavam normas semelhantes, como o Decreto n.º 19.924, de 27-4-1931, que diz também no seu art. 1.º *competir aos Estados* regular a administração, concessão, exploração, uso e transmissão das terras devolutas que lhes pertencem, excluída sempre a aquisição por usucapião.

Enfim, bens públicos não se podem perder por usucapião e muito menos por qualquer espécie de expropriação a favor de particulares. A quem disser que se perdem comumente nas remições de foros, responde-se que o caso é diferente. As remições extinguem um mero domínio direto, e são dadas aos titulares de um domínio útil não concedido de mão beijada, mas adquirido pelo valor do imóvel na praça, e de todo preponderante sobre aquêle. E mesmo as remições se fazem sob indenização bem mais substancial, de 20 foros e 1 1/2 laudêmio (art. 34 do Dec. n.º 9.413, de 16-11-1948).

Em conclusão:

A — O que se fez em 1938 foi, menos que um contrato enfiteutico, uma concessão de uso ou ocupação de bem público.

B — Se tivesse que ser considerada como aforamento, a concessão estaria viciada por erro essencial na caracterização do imóvel como terreno de marinha.

C — E se assim não fôsse, o aforamento dos bens públicos não admite resgate.

D — Nem o poderia admitir esta, especial, em que foram estipulados encargos cuja manutenção cumpre assegurar, o que não poderia acontecer com a perda do domínio da ilha pelo Estado.

Opino, portanto, pelo indeferimento do requerido.

Em nada e por nada ousaria desmerecer do justo conceito de que goza a nobre instituição requerente — o que aqui, é claro, não esteve em julgamento, não devendo, porém, de modo algum, sua simpatia pesar a favor de uma solução que lhe fôsse mais agradável.

É notório que realizou meritória obra na Ilha do Piraquê, tornada aprazível recanto na magnífica paisagem da Lagoa Rodrigo de Freitas

— não estando sendo embaraçado, absolutamente, o uso que dela vem fazendo há quase 23 anos.

Poderá o Clube vir a obter, isso, sim, em atenção às suas beneméritos já reconhecidas pelo Governo Federal em 1931, quando ganhou o domínio de sua sede na Av. Rio Branco e a isenção dos respectivos impostos, desde que assim o entenda a Administração Estadual, coberta com autorização legislativa especial, que a ilha lhe seja *doada*. Mas *direito de obter-lhe* o domínio por resgate de aforamento — isso não tem, com a devida vênua dos que pensem em contrário.

Rio de Janeiro, 5 de janeiro de 1961.

ROBERTO PINTO FERNANDES
Procurador do Estado

IMÓVEIS TRANSFERIDOS DA UNIÃO. VINCULAÇÃO AOS SERVIÇOS ESTADUAIS

Para esse tipo de consulta, que versa hipótese ligada à transferência dos serviços federais para o Estado da Guanabara, gosto sempre de trazer à colação o trabalho definitivo do eminente jurista VICTOR NUNES LEAL — então Consultor Geral da República, hoje Ministro do Supremo Tribunal — aprovado pelo Executivo federal.

Entre as conclusões, escolho as que interessam ao desenvolvimento da resposta que me cabe dar ao Comando da Polícia Militar:

- I — *A transferência dos serviços e servidores que devem passar da União para o Estado da Guanabara, funda-se em preceito constitucional, vinculada como se acha à transformação do antigo Distrito Federal em Estado.*
- II — *Por isso mesmo, trata-se de transferência compulsória para a União e para o Estado, independentemente de lei federal. Esta regula a execução da norma constitucional e dispõe sobre problemas emergentes, de caráter transitório.*
- III — *Essa transferência, que se funda diretamente em preceito constitucional, compreende serviços de natureza local, isto é, estadual e municipal, que vinham sendo executados pela União.*
- IV — *Os termos de transferência, previstos na Lei n.º 3.752 e no Decreto n.º 48.145, são instrumentos apropriados à manifestação da mencionada concordância.*

VI — Os serviços, *bens* e pessoal que passam da União para o Estado *considerar-se-ão transferidos DEFINITIVAMENTE na data da assinatura dos termos* referidos no item anterior.

Hipótese similar à da consulta apresentou-se-me recentemente: a Secretaria de Segurança Pública pretendia utilizar determinado imóvel federal que teria sido objeto de termo de entrega, lavrado no Patrimônio da União, em favor do antigo DFSP.

Na resposta, dei saliência aos dois aspectos do problema: o legal, de conselho simples: o político, com seus imponderáveis, a escapar meus limites.

Aqui, repete-se a coisa. Sob o prisma da lei e do direito, apenas há que reportar ao disposto no art. 3.º da Lei n.º 3.752, de 14 de abril de 1960, que fixa tôdas as diretivas: a Polícia Militar é expressamente referida; a transferência, sem indenização, abraça pessoal, serviços e *bens*; a formalidade, *simples termo* (lavrado a 30 de dezembro de 1960).

Na realidade, há preceito constitucional a considerar. O art. 4.º, § 4.º, das disposições transitórias determinou a transformação do antigo Distrito Federal no Estado da Guanabara, assim que instalada a nova Capital da República no planalto goiano. A Lei n.º 3.752, de abril de 1960, veio, apenas, traçar as regras executórias da determinação constitucional. Tôda e qualquer consequência operou-se em decorrência daquele preceito maior.

É precisamente o que diz VICTOR NUNES no aludido parecer:

“Entendemos que essa transferência se opera, não em virtude da lei federal, mas por força do art. 4.º, § 4.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

“Efetuada a transferência” (da Capital), “o atual Distrito Federal passará a constituir o Estado da Guanabara”.

Por força de preceito constitucional expresso, a unidade político-administrativa que era até então o Distrito Federal, transformou-se em Estado. Essa transformação é um fenômeno jurídico global, que compreende todos os serviços de natureza estadual e municipal em funcionamento no território do antigo Distrito Federal.

Como bem ponderou o presidente da Comissão de Justiça da Câmara, o ilustre Deputado OLIVEIRA BRITO, essa mutação, a rigor, não é uma transferência, devendo ser conceituada como uma transformação”.

E assim se fêz, formalizada a transferência por intermédio de comissão interministerial, integrada, ainda, por representante do Estado. Esse órgão

transitório cuidou, inicialmente, pesquisar aquêles serviços federais, não mencionados na Lei n.º 3.752, que objetivassem atender necessidades locais. Apurado isso, passou a relacionar serviços, pessoal e material com vistas à publicação nos órgãos oficiais da União e do Estado. E, finalmente, fez lavar os *têrmos especiais nos Ministérios respectivos* — têrmos a que se refere a Lei n.º 3.752 no seu art. 3.º — com o que deu por cumpridas as formalidades complementadoras da transferência do pessoal, dos serviços e dos bens federais para o Estado da Guanabara.

Esse entendimento tem o abono do eminente VICTOR NUNES:

“Não é, pois, a lei federal que opera a transferência, já que esta é consequência da transformação determinada pela Constituição. A Lei federal apenas provê os meios e processos de execução do preceito constitucional, do qual, fonte primária, deriva a mudança de *status* jurídico dos serviços transferidos e do respectivo pessoal.

É assim evidente que, nos casos de qualificação duvidosa do serviço (circunstância que se não aplica à Polícia Militar, expressamente mencionada na lei — o parêntesis é nosso), deverá haver concordância entre a União e o Estado, ou, na falta dêsse entendimento, decisão do Supremo Tribunal Federal, através de processo apropriado (Constituição Federal, art. 101, I, e).

Provavelmente pela razão indicada é que a Lei n.º 3.752 dispõe no art. 3.º, § 6.º:

“A transferência dos serviços e dos bens e direitos nêles aplicados e compreendidos, far-se-á mediante têrmo assinado nos Ministérios competentes”.

A exigência do têrmo de transferência alcança, portanto, o serviço no seu conjunto, isto é, abrangendo material e pessoal ...”.

Corroborava essa interpretação o disposto no Decreto federal n.º 48.145, de 28 de abril de 1960, que instituiu uma comissão (COTRAN), “incumbida de prover a transferência de serviços e bens da União para o Estado da Guanabara”.

Essa Comissão não deverá somente relacionar os serviços e inventariar os bens, mas ainda elaborar os “Têrmos de entrega” correspondentes e “publicar a relação nominal do pessoal lotado nos serviços transferidos”.

A COTRAN é integrada por delegados do govêrno federal e do Estado da Guanabara. Uma vez assinados, pelas autoridades federais e estaduais competentes, os têrmos em que se materializará o trabalho da Comissão, estarão resolvidas as dú-

vidas relativas à qualificação de tal ou qual serviço e as referentes à situação particular de cada servidor. A subscrição do têrmo assinalará, portanto, o momento em que os serviços, bens e pessoal passam a pertencer ao Estado da Guanabara, DEFINITIVAMENTE, para todos os efeitos jurídicos”.

Vale, chegados a êsse passo, observar: muito embora a lei — institucional do novel Estado, e complementar de preceito constitucional (artigo 4.º, § 4.º do ADCT) — reclamasse, como único ato de natureza formalizadora, o “têrmo no Ministério competente”, o Serviço do Patrimônio da União (SPU) entendeu não afastados os arts. 74 e 138 do Decreto-lei n.º 9.760, de 5 de setembro de 1946, que exigem, para as transferências de imóveis federais, a assinatura de têrmo próprio e especial.

Contrariando regras elementares de hermenêutica, a União considerou obrigatório, *sine qua non* da transferência, um *segundo Têrmo*, que o aludido Decreto-lei, seu Código de Bens (quase um regulamento), exigia, muito embora implicitamente dispensado por lei institucional de um Estado da Federação e complementar à Constituição. Bastariam simples anotações nos registros federais.

Mas a União assim não entendeu. Lei do mais forte. *Quia nominor lea* ...

E pior. Fêz inserir nas minutas dos têrmos de transferência no SPU cláusula de reversão, *que a lei não previu*: a transferência valeria enquanto o Estado da Guanabara mantivesse o imóvel utilizado no serviço anteriormente federal.

O servidor estadual designado para representar o Estado na lavratura dêsses famigerados têrmos (o Diretor do Patrimônio local) de pronto apelou para a Procuradoria: — deveria concordar com a ressalva que lhe procuravam impingir?

Foi aí que, chamado a dizer, procurei demonstrar que o momento era impróprio para o debate. Seria inútil, na quadra atual, levar o impasse para Brasília. O Supremo, que tem, a decidir, pelo menos uma dezena de entrechoques da Guanabara com a União, encontra-se assoberbado de serviço. Meu conselho orientou-se no sentido de que, *pro bono pacis*, o Diretor do Patrimônio “engolissem” a ilegalíssima imposição federal, guardando-se o Estado *para oportuna reabertura do debate*. A rigor, não se poderia considerar a coisa como *fait accompli*, pois que razões ponderosas poderiam, mais tarde, ser argüidas em defesa dos interesses da Guanabara ora violados.

Particularizando a consulta: todos os imóveis que, à data da constituição da nova unidade federativa, encontravam-se utilizados pela Polícia Militar, transferiram-se para o Estado da Guanabara. A passagem operou-se *de jure*, por dispositivo constitucional, apenas formalizada pelo têrmo de 30 de dezembro de 1960. Quem o diz não sou eu. É o eminente VICTOR NUNES, Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Se a União, todavia, veio mais tarde a dar pela imprescindibilidade de um novo termo — exigido pelo SPU — ao invés de proceder a simples cancelamentos no seu balanço patrimonial, tal fato não poderia alterar a essência da transmissão. Assim, posso responder ao Comando da Polícia Militar: legalmente os imóveis que, à data da constituição da Guanabara, encontravam-se entregues à utilização da Polícia, qualquer que fôsse a finalidade, transferiram-se para o Estado. Ainda que assim não pense o SPU e ainda que tal venha a exigir (certo estou disso) pronunciamento do Supremo Tribunal, único competente para decidir as pendengas entre a União e os Estados-Membros. Apenas, que o momento não é oportuno para a discussão.

Mas a consulta refere-se a um outro aspecto — a rigor o único a considerar, pois que a primeira parte da indagação prescindiria da fala desta Casa: *a eventualidade de vinculação do uso do bem por servidores militares desligados da corporação em face da opção* (art. 45 da Lei número 4.242, de 17-7-1963).

De que se trata? Há evidente perplexidade para o jurista criado e recriado na senda do Direito — o único e verdadeiro — e não neste, que por aí anda, ao sabor das conveniências políticas. Senão, vejamos: a passagem do servidor federal deu-se em definitivo, para a órbita do Estado. A União garantiu-lhe a estabilidade econômica, mas mudou-lhe a vinculação. Passou o funcionário para a jurisdição do Estado, a cuja autoridade ficou sujeito (“no que se refere às leis que regulam as relações entre esse Estado e seus servidores”).

Temos então que, a partir da constituição do Estado da Guanabara, aqueles servidores federais lotados nos órgãos referidos expressamente, ou em outro que prestasse atividade para atendimento de necessidades locais, tornaram-se *servidores estaduais*.

A União, com U grande ou u pequeno, é mulher. E *souvent femme varie*. Num desejo evidente de fustigar a Guanabara (embora justificasse a medida como de benefício ao servidor), causando-lhe dificuldades, cometeu a heresia jurídica de “reconsiderar” federal (*si et in quantum* assim o desejasse o servidor) um funcionário já estadual...

E agora? O momento não é oportuno para debates teóricos. O jeito é fazer-se de morto.

Todavia, não vejo em que a transmutação da natureza vinculativa do servidor, a esta ou aquela pessoa jurídica de direito público, possa refletir na propriedade do imóvel (embora, na prática, não me seja possível compreender muita coisa que hoje em dia acontece no campo jurídico).

De todo modo, devo uma resposta. Aí vai ela: os imóveis, embora ocupados por militares já desligados pelo exercício da opção, devem ser considerados como vinculados à Polícia Militar. Nesse sentido deve agir o Comando.

Medida prática e eficiente, na negativa do militar desligado em devolver o imóvel que ocupe, tomará a Procuradoria, via de qualquer procedimento de proteção possessória.

O ilustre Comandante da Polícia Militar dará notícias a esta Procuradoria dos obstáculos que vierem a surgir.

Rio de Janeiro, 24 de janeiro de 1964.

GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO
Procurador do Estado

POSTOS DE GASOLINA. ARRENDAMENTO DE BEM PÚBLICO E CONCESSÃO DE SERVIÇO. HASTA PÚBLICA. PREFERÊNCIA

Tenho a oportunidade de dar o meu parecer a respeito da inclusa minuta de editais para a hasta pública de arrendamento de 31 postos de gasolina.

Desde logo se nota a impropriedade dos termos quanto à finalidade da hasta pública.

Não se trata propriamente de locação de postos de gasolina, mas de concessão para a exploração de um serviço, em logradouros públicos, e nos quais serão utilizados bens de propriedade do Estado.

A questão, aliás, já foi debatida, e com o maior brilho e acerto, pelo então Procurador Geral da Prefeitura, o Ministro OSCAR SARATVA:

“11. Quanto à crítica que necessita de resposta em primeiro lugar pela sua natureza prejudicial, a de que não se trata de arrendamento de bens, mas de execução de serviços, pelo que o processo de concessão deveria ser o do artigo 44 e não o do § 2.º do artigo 45 da Lei Orgânica, bem evidenciou o sr. Diretor do Patrimônio que se trata de ato misto, em que ocorrem simultaneamente êsses dois aspectos: arrendamento de bens e concessão de serviço, pelo que poderia escolher a administração entre os dois processos previstos na lei para a realização dêsses atos, a *concorrência pública* ou a *hasta pública*. Note-se que já no voto transcrito do ilustre Ministro IVAN LINS, acentua S. Exa. a preferência pelo segundo procedimento, observando em seu voto transcrito, ao se referir ao arrendamento dos bens, que o mesmo “apenas poderia fazer-se, nos termos do artigo 44 e do artigo 45, § 2.º da Lei Orgânica, mediante *hasta pública*”.

“12. De resto, não diferem a concorrência e a *hasta pública* senão em forma, sendo o primeiro processo competitivo *secreto e escrito*, ao passo que o segundo o é *público e verbal*, mas em ambos ocorrem, como elementos substanciais, a competição e adjudicação ao maior ofertante. Para o interesse da municipalidade, e para o próprio resguardo dos licitantes, mui-

to mais vantajoso é o processo verbal e público da hasta pública em que os concorrentes podem, lance por lance, melhorar o preço oferecido, e sobrepujar o que seus competidores oferecem, do que o da concorrência, em que há apenas uma oferta, com prejuízo manifesto para os concorrentes que de bom grado ofereceriam maior preço, e para a Prefeitura que se veria obrigada a aceitar o concorrente vencedor, quando outros haveria dispostos a dar-lhe melhores condições”.

Assim, entendo que o edital deve falar em hasta pública para a adjudicação de um serviço de fornecimento a varejo, de gasolina e óleos lubrificantes, por meio de postos, bombas, tanques ou outros aparelhos modernos, de segurança e perfeição, utilizando o concessionário as bombas e utensílios pertencentes ao Estado nos 31 postos situados nos logradouros enumerados na cláusula 1.^a.

Deve, outrossim, ficar ressalvado o direito dos concessionários se utilizarem de material novo ou mais moderno, hipótese em que devem entregar ao Estado, em perfeito funcionamento, no momento da substituição, o antigo, e reverter o novo à propriedade do Estado, quando finda a concessão.

A hasta pública deve se referir a cada pôsto, isoladamente, cada um de per si, na forma clara e precisa do art. 1.^o, § 2.^o da Lei n.^o 799, de 14-8-1954:

“§ 2.^o — A concorrência pública será realizada separadamente, pôsto por pôsto, para os trinta e um constantes neste artigo”.

estabelecendo-se um mínimo para cada pôsto, no caso, dez mil cruzeiros, de vez que se previu um mínimo de 320.000 para o global.

Outro assunto e, fora de dúvida, o mais importante, a ser ventilado, é o que diz respeito à preferência que se dá, nos editais, cláusula 3.^a, à “atual contratante, Empresa Nacional de Petróleo”.

A primeira indagação a ser feita é se existe *atual contratante*, e qual é a posição da Empresa Nacional de Petróleo S.A., face ao poder público.

A segunda indagação, e que depende da resposta dada à primeira, consiste na forma da preferência, ou seja, de como exercê-la.

Entendo que a Lei n.^o 799, quando deu preferência ao atual contratante, quis, fora de dúvida, se referir à Empresa Nacional de Petróleo, na qualidade de titular de um contrato de exploração de um serviço público.

Aconteceu, porém, que, como se houvesse expirado o prazo da concessão, a antiga Prefeitura recebeu todo o acervo e, em seguida, fez um contrato de *locação a título precário* desses seus bens à antiga concessionária, por seis meses.

Aos 2 de março de 1952 terminou esse prazo, e aos 28 de maio de 1953, mais de um ano decorrido, foi assinado novo e arbitrário contrato de arrendamento, já agora pelo prazo de 5 anos.

Eis que, porém, o Tribunal de Contas negou registro a esse contrato em sessão realizada a 2 de setembro de 1953 (*Diário Oficial* de 26-9-1953).

Assim, quando foi publicada a Lei n.^o 799, de 14-8-1954, não havia nenhum contratante, nem concessionário de serviço, nem mero locatário dos postos.

É verdade que a Prefeitura continuou a receber o ridículo aluguel mensal de doze mil cruzeiros pelos 31 postos até 30 de novembro de 1959, quando o recebimento foi suspenso por ordem do Sr. Diretor do DPM.

A situação *de fato*, irregular e anômala, da Prefeitura receber os alugueres sem que nenhum contrato a autorizasse, não transforma essa arbitrariedade para dar ao beneficiário o título de contratante.

Assim, quando se publicou a Lei n.^o 799, não havia, como até agora não há, nenhum *contratante*.

O artigo de lei que estatui uma vantagem para o atual contratante é inoperante e absolutamente anódino.

O recebimento dos alugueis poderia dar uma impressão de que o contrato, embora não registrado, teria continuado de forma tácita, até a efetiva realização da hasta pública.

Desde que, porém, cessara esse pagamento desde 1959, não há nenhum vínculo contratual entre o Estado e a Empresa Nacional de Petróleo.

Estaria, portanto, prejudicada a segunda indagação.

Todavia, e apenas como matéria elucidativa, passo a abordá-la.

Se a administração entender que ao antigo concessionário é justo que se dê a preferência que lhe quis dar a lei, e para evitar demandas absolutamente inúteis e estereis, a sua preferência tem que ser exercitada no ato. A preferência em *hasta pública* é diferente da preferência nas concorrências.

Nessas há lugar para a controvérsia que se estabeleceu, e a cujo respeito os Tribunais ainda não se firmaram, havendo forte corrente que entende que a preferência é em igualdade de propostas, e outra que entende que o preferente não precisa concorrer, e que lhe será dado optar pela melhor proposta apresentada. Este foi o ponto sustentado pelo acórdão invocado na petição da requerente.

Nas hastas públicas, porém, a sua preferência tem que ser exercitada no ato, lance por lance.

Este assunto, também, foi objeto de parecer do Procurador OSCAR SARAIVA:

“16. Não é incompatível o instituto da hasta pública com o exercício de preferência. Basta que se atente ao que dispõe o artigo 981 do Código de Processo Civil:

“Realizada a praça, ou o leilão, poderá o exequente requerer lhe sejam adjudicados os bens, devendo oferecer preço igual ao da avaliação, se não tiver havido licitante, ou ao do maior lance”,

para que se cientifique que nenhuma incompatibilidade ocorre, observando-se que, até depois de encerrada a licitação, admite o Código o exercício do direito de preferência pelo exequente. Ora, no caso dos autos, adotou o edital processo mais favorável aos terceiros e à própria Municipalidade, impondo à antiga concessionária não apenas o exercício *a posteriori* de sua preferência, mas a manifestação desse intuito lance por lance, o preço antes alcançado, o que seria impossível quer na concorrência pública, quer na forma comum do exercício da preferência, como previsto no n.º 2.100 do *Diário Oficial* da Câmara do Distrito Federal, Ata da 90.ª Sessão Ordinária em 31 de julho de 1952)”.
Anexo faço acompanhar a redação das cláusulas que, de acordo com o que acabo de expor, deverão, a meu ver, ser modificadas.

LINO NEIVA DE SÁ PEREIRA
Procurador do Estado

CONTRATO DE ILUMINAÇÃO DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. QUOTA DE FISCALIZAÇÃO. DIREITO DO ESTADO AO RECEBIMENTO

A Societé Anonyme du Gaz de Rio de Janeiro, por officio GL-119, de 8-7-1963, dirigiu requerimento ao Exmo. Senhor Governador do Estado, onde, apresentando a guia n.º 01869 (2.ª via), do Tesouro Nacional, na importância de Cr\$ 80.000,00, relativa à quota de fiscalização referente ao 2.º semestre de 1963, a que alude a cláusula XXXVIII do contrato de 1909, tem a desfaçatez de solicitar a devolução com o “visto” do governo estadual.

Qualifico de petulante e ousada a solicitação pelos seguintes motivos.

O pedido só se explica pela obstinação da Concessionária — como a das demais do “Grupo Light” — em importunar, perturbar, desorientar, atormentar mesmo o Governo da Guanabara com suas cavilações e astúcias, como represália contra quem lhe exige o cumprimento das leis e dos contratos. Procuram sempre valer-se tais empresas dos mais solertes expedientes para sitiarem e assediarem a Guanabara, visando a impedir-lhe a correta administração da coisa pública, ainda que mínima venha a ser

a vantagem, lícita ou ilícita, que lhes possa advir dessa atrapalhação. Só a má-fé, o dolo, a teimosia, podem explicar esse procedimento da Societé, pois outro motivo — que na espécie não lhe pode ser imputado — só poderia ser a asneira, o dislate, a casmurrice, a caturrice, predicados que, como é notório, não possui a administração daquela empresa. Um raciocínio de inteligência mediana não pode conduzir a tamanho ilogismo, a tão grande disparate, salvo se movido por defeitos de sentimento, por intuítos dolosos, como é o caso deste pedido, ora em exame.

Talvez um parecer não devesse abrigar palavras contundentes, mas são elas provocadas por uma natural revolta contra procedimentos como o que se vê neste processo.

E passo a demonstrar as razões que me conduzem a essa atitude.

A cláusula XXXVIII do ajuste assinado em 27-11-1909, por força do Decreto n.º 7.668, de 18-11-1909 (que determinou a revisão do contrato aprovado pelo Decreto n.º 3.329, de 1-7-1899, para iluminação na Cidade do Rio de Janeiro), é do seguinte teor:

“Ao Governo cabe expedir o regulamento necessário para a fiscalização de todas as obras, assim como de todas as demais obrigações do presente contrato.

A contratante contribuirá no princípio de cada semestre com a quantia de 80.000\$000 para as despesas de fiscalização, fazendo recolhê-la ao Tesouro Nacional”.

O contrato está findo desde 15 de setembro de 1945, data prevista na cláusula I para termo final, quando se operou, conseqüentemente, a reversão de todos os bens afetos à concessão (cláusula XLIII). Porém, *ex-vo* do Decreto-lei n.º 5.664, de 14-7-1943 — cuja feitura tem sofrido veementes e fundamentadas críticas —, foi o prazo prorrogado:

“Art. 2.º — Fica prorrogado o prazo de vigência do contrato celebrado em 27 de novembro de 1909, entre o Governo e a Societé Anonyme du Gaz de Rio de Janeiro, enquanto esta bem servir, a juízo do Governo”.

É óbvio que o Tesouro Federal recebia a contribuição prevista na cláusula, para as despesas de fiscalização, simplesmente por ser, à época, a União o poder concedente e fiscalizador da execução do contrato. Se não mais o é, por que contribuir ainda para o Tesouro Federal?

A fiscalização — que era federal e hoje é estadual — antes estava afeta à antiga Inspeção Geral da Iluminação da Côrte. Com a queda do Império, passou a chamar-se Inspeção Geral de Iluminação, cujo regulamento foi aprovado pelo Decreto n.º 7.871, de 23-2-1910. Tal regulamento, fixando as atribuições da repartição e estabelecendo uma série de medidas de fiscalização, determinava no § 1.º do art. 2.º:

“Art. 2.º — Para o desempenho dos encargos que por êste regulamento lhe são confiados deverá esta repartição:

§ 1.º — Fiscalizar os serviços contratados com a Sociéte Anonyme du Gaz, para iluminação pública e particular, a gás e a electricidade, da Capital Federal, bem como outros quaisquer que de futuro o Govêrno se resolva, com o mesmo fim, adotar”.

Depois, com o Decreto-lei n.º 8.482, de 28-12-1945, foi reorganizada a Inspetoria, que passou a denominar-se Departamento Nacional de Iluminação e Gás, no mesmo dia 28-12-1945 estruturada pelo Decreto n.º 20.283, que aprovou o seu Regimento. O órgão era vinculado ao Ministério da Viação e Obras Públicas.

Sucedo que, com o advento da Lei Federal n.º 3.752, de 14-4-1960, passaram ao Estado da Guanabara,

“a partir da data de sua constituição, independente de qualquer ato de transferência, os direitos, encargos e obrigações do atual Distrito Federal, o domínio e posse dos bens móveis ou imóveis a êle pertencentes, e os serviços públicos por êle prestados ou mantidos” (art. 2.º).

E no art. 3.º:

“Serão transferidos ao Estado da Guanabara, na data de sua constituição, sem qualquer indenização, os serviços públicos de natureza local prestados ou mantidos pela União...”.

O § 6.º do mesmo artigo determinou:

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

Por sua vez, o § 5.º estatuiu:

“Os serviços transferidos continuarão regidos pela legislação vigente, enquanto não fôr modificada pelos Podêres competentes do novo Estado, ao qual incumbe sôbre êles legislar...”.

Já em 1957, dando cumprimento ao disposto no art. 4.º, 3.º, das Disposições Constitucionais Transitórias, a Lei Federal n.º 3.273, de 1.º de outubro, marcou o dia 21 de abril de 1960 para a transferência da Capital Federal e, conseqüentemente, para a entrega ao Estado da Guanabara dos serviços locais antes de encargo federal.

A transferência foi automática, em 21 de abril de 1960, embora os termos previstos pela Lei n.º 3.752 tenham sido assinados após. Isso porque a lavratura dêles constituiu apenas uma formalização da transferência já efetivada por força de lei.

E o termo que interessa à matéria consta publicado por certidão no Diário Oficial do Estado de 4-1-1961, págs. 169 e 170, formalizando a transferência do antigo Departamento Nacional de Iluminação e Gás para a órbita estadual. Dêle consta o seguinte período:

“Incluem-se entre os bens e direitos transferidos ao Estado da Guanabara os contratos de concessão celebrados entre o Govêrno Federal e a Sociéte Anonyme du Gaz de Rio de Janeiro, com as obrigações dêles constantes”.

Embora assinado em 16-12-1960, teve o intuito, repita-se, de apenas formalizar a transferência — ou a entrega — já ocorrida em 21 de abril de 1960.

Portanto, não se pode duvidar que o poder concedente, em 21 de abril de 1960, passou a ser o Govêrno Estadual.

E ninguém duvida mesmo. Nem a concessionária, pois, em diversos episódios, já o tem demonstrado. Assim, quando pretende aumento de tarifas, não lhe tem ocorrido solicitá-lo à União. É o Govêrno do Estado que, depois da apresentação espontânea, pela Sociéte, dos documentos hábeis, tem decretado tais acréscimos. Vejam-se os decretos locais: n.º 530, de 28 de agosto de 1961, n.º 839, de 1 de fevereiro de 1962, n.º 962, de 13 de abril de 1962, e n.º 1.615, de 4 de abril de 1963. Nestas oportunidades tem a Sociéte solicitado aos serviços competentes do Estado a necessária verificação. Veja-se, ainda, o Decreto Estadual n.º 1.710, de 27 de maio de 1963 — que determinou medidas intensivas de fiscalização dos atos da concessionária —, aceita por ela a deliberação, embora com sávida resistência.

Por isso, em virtude dessa competência estadual, o Legislativo da Guanabara, dando cumprimento ao preceito do art. 46 da Constituição do Estado, aprovou as normas consubstanciadas na Lei n.º 263, de 24-12-1962, contendo dispositivos de interêsse à matéria:

“Art. 143. É criada a Comissão Estadual de Energia, nos termos desta Lei e do seu Regulamento, com personalidade jurídica e autonomia administrativa, diretamente subordinada ao Governador do Estado.

Art. 145. A CEE compete:

b) operar diretamente os serviços de produção e distribuição do gás; fiscalizá-los quando operado por concessionária

rios, tomando-lhes as contas, estudando e fiscalizando as respectivas tarifas e os critérios de sua fixação;

c) operar diretamente os serviços de iluminação pública; fiscalizá-los, quando operados por concessionários; projetar a iluminação e fiscalizar a execução dos projetos; fixar os limites das zonas de iluminação pública;

k) exercer ampla fiscalização sobre as concessionárias de serviços de energia elétrica e de gás, fazendo cumprir os contratos e as leis em vigor.

Art. 146. A CEE exercerá, com referência ao fornecimento de gás, as atribuições previstas no art. 49 da Constituição do Estado.

Art. 149. Constituição receita da CEE:

II. A quota proveniente da cobrança da taxa de utilização, fiscalização, assistência técnica e estatística de energia elétrica de que trata a Legislação Federal.

Art. 151. A CEE assumirá as competências do Departamento Estadual de Iluminação e Gás — órgão transferido da União Federal, do Serviço de Energia Elétrica (4-CS) do Departamento de Concessões, da Secretaria de Estado da Viação e Obras, e da Coordenação dos Serviços de Energia Elétrica, que ficam extintos, passando seus serviços e atribuições, bem como seu acervo material, a integrar a CEE”.

Posteriormente, em 3-5-1963, pelo Decreto n.º 1.653, foi aprovado o Regulamento da CEE, que reafirmou as normas acima transcritas.

Depois de tudo isso, de boa-fé nunca poderia a Societé pretender continuar a recolher a contribuição de fiscalização ao Tesouro Nacional. Tem de fazê-lo ao Governo do Estado, por força dos motivos notórios que acabo de apontar.

Se não o faz, cabe ao Estado exigir tais quotas, a partir da referente ao segundo semestre de 1960, ou seja, até hoje, um total de sete (7) cotas, no montante de Cr\$ 560.000,00 (quinhentos e sessenta mil cruzeiros). Se as recolheu ao Tesouro Nacional — as anteriores — o problema é seu, de postular a restituição, pois “quem paga mal, paga duas vezes”, já o diz com outras palavras o Código Civil:

“Art. 934. O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por êle ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito”.

Por tudo isso, concluo sugerindo que a CEE, no uso de suas atribuições fiscalizadoras, verifique se, após 21 de abril de 1960, alguma des-

sas cotas semestrais foi recolhida ao cofres do Estado. Se não o foi — o que é o mais provável —, determine a concessionária que as faça recolher, sob pena de cobrança judicial. Penso também que o pagamento não deve ser feito à CEE e sim ao Estado, pois a Comissão — talvez por um lapso na feitura da Lei n.º 263 — ficou sem poderes para recebê-lo, embora os tenha quanto à fiscalização pertinente à energia elétrica (art. 149, inciso II).

É o parecer.

Rio de Janeiro, 29 de julho de 1963.

LUIZ ORLANDO RODRIGUES CARDOSO
Procurador do Estado

EMPRÉSTIMOS DO BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO AO BANCO DO ESTADO DA GUANABARA. CLAUSULA COMPROMISSÓRIA. TAXA DE CAMBIO PARA REEMBOLSO DO CAPITAL E JUROS. VINCULAÇÃO DE RECEITAS ESTADUAIS AO PAGAMENTO DO EMPRÉSTIMO. APROVAÇÃO, PELO MUTUANTE, DOS CONTRATOS FIRMADOS PARA EXECUÇÃO DE PROJETOS

I — OS INSTRUMENTOS DE CONTRATOS. POSIÇÃO DO PROBLEMA E IMPORTANCIA DO FINANCIAMENTO. O BRASIL COMO ESTADO-MEMBRO NATO DA OEA E DO BID.

Voitam a esta Procuradoria Geral os instrumentos de contratos de empréstimos contraídos pelo Banco do Estado da Guanabara, com interveniência da SURSAN e fiança concedida pelo Estado, para financiamento das obras de ampliação das rêdes de abastecimento de água potável e esgotos da Cidade, no valor total de trinta e cinco milhões de dólares.

Trata-se de instrumentos de contratos que se podem denominar “contratos-tipo”, eis que idênticos em suas cláusulas e condições a todos aqueles firmados pela mesma entidade bancária — BID — e demais países da América Latina, com destinação à realização de obras públicas.

É mutuante o Banco Interamericano de Desenvolvimento, entidade formada de todos os países americanos membros da Organização dos Estados Americanos, que se constituíram em convênio internacional com o objetivo de ajuda àqueles países ditos “subdesenvolvidos” (Convênio Constitutivo do BID).

O Brasil, como Estado-membro da OEA, é, também, Estado-membro do BID. Sua exclusão acaso ocorrente daquele organismo de defesa continental, econômica e militar, trará como consequência mais imediata a