

“A lei poderá autorizar a alienação de bens imóveis, obrigatoriamente precedida de concorrência pública, salvo se o adquirente fôr a União ou órgão da Administração indireta federal ou estadual”.

Como se vê, admitiu o constituinte uma ressalva à disciplina que estabeleceu, quando o adquirente fôr pessoa jurídica de direito público. Mas a qual das duas exigências consagradas se dirige a ressalva? À lei autorizativa? À concorrência pública? Ou, como em última análise sustentado no parecer de fôlhas 5 a 7, a ressalva não constitui, efetivamente, uma ressalva?

Adotar êsse último entendimento representaria admitir a existência de palavras supérfluas na lei. E, no caso, não uma simples lei ordinária, mas na Lei Maior. Ora, jamais foi contestado que a abertura de exceção, num texto legal, se dirija, é curial, à regra no próprio texto consagrada. Como refere CARLOS MAXIMILIANO (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, página 260) “quando a linguagem é taxativa, os casos enumerados constituem exceções”.

Na regra constitucional em exame, as regras taxativas são as duas já denunciadas: a lei autorizativa e a obrigatoriedade de concorrência pública. O caso enumerado — exceção virtual, portanto — é o de aquisição por entidade de direito público. E volta-se, assim, à pergunta inicial. Exceção a qual das regras? Obviamente não haverá de ser à expressão *obrigatoriamente*, sem qualquer sentido tomada isoladamente. Para argumentar, porém, admita-se que a antítese da ressalva fôsse a obrigatoriedade da concorrência, com a conseqüente facultatividade de sua adoção, pelo legislador ordinário: das duas, uma — ou seria exigida a concorrência (e a ressalva seria inútil, o que não é admissível, à luz dos melhores princípios hermenêuticos), ou ela seria relevada. Uma alternativa, em que um dos termos é inaceitável, constitui óbvia tautologia.

Assim, há que se buscar o verdadeiro sentido da ressalva constitucional. E a perquirição levará, obviamente, a endereçá-la de encontro à exigência da concorrência pública, jamais à da lei autorizativa. E isso porque os bens públicos são, não por fôrça da Constituição Estadual, mas do artigo 67 do Código Civil, inalienáveis, e só perdem essa qualidade por fôrça de lei, que os desafete. Em ensaio publicado no número 17 da *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, já opináramos a respeito (pág. 101):

“Observe-se que, em qualquer caso, os atos alienativos terão de ser precedidos de autorização legislativa e estarão sujeitos ao regime da concorrência pública. A ressalva constante do texto constitucional em exame, para o caso em que o adquirente seja a União, ou órgão da administração indireta, federal ou estadual, se restringe a excetar a operação do regime da concorrência pública, pois ainda nesse caso será imprescindível

a lei, único meio hábil de revogar a inalienabilidade dos bens públicos”.

E, *data venia*, não encontramos no parecer de fôlhas 5 a 7 elementos de convicção capazes de alterar nosso anterior entendimento.

Em conclusão, temos como derogadas, pela Constituição Estadual, as disposições da Lei estadual n.º 1.236, de 4 de janeiro de 1967, referentes à concorrência pública, quando o pretendente à aquisição seja pessoa jurídica de direito público. Doutra parte, não procedem as preocupações de caráter econômico manifestadas no parecer supra referido, eis que, obviamente, a autarquia alienante cuidará para que o valor da transação não seja inferior ao da desapropriação correspondente. E nem serão justificáveis receios de pretensões dos ex-proprietários pois, seja pela CEPE-1, seja pelo IPEG, estará sendo atendida, por uma entidade de direito público, a finalidade colimada na desapropriação. Já atendida, também, na espécie, a exigência da prévia lei autorizativa.

De registrar, por fim, que, por fôrça do novo sistema de controle e fiscalização financeira e orçamentária (artigos 35 a 38 da Constituição Estadual, e 71 a 73 da Constituição Federal), os atos de gestão patrimonial, ainda quando envolvam a despesa ou a receita públicas, não estão sujeitos a registro no Tribunal de Contas ou nas Juntas de Controle.

Opinamos, pois, pelo deferimento do pedido.

Rio de Janeiro, 3 de junho de 1968.

SÉRGIO FERRAZ
Procurador do Estado
Assessor do Procurador-Geral do Estado

IMÓVEL PERTENCENTE A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. UTILIZAÇÃO PELO ESTADO

Imóvel do domínio estadual, situado na esquina da Rua Jangadeiros com a Rua Barão da Torre, foi incorporado ao capital da Companhia Central de Abastecimento (COCEA), como forma de integralização do valor de ações subscritas pelo Estado da Guanabara. Achava-se ali instalado o Mercado Santo Antônio. Posteriormente, resolveu a Administração dar ao prédio outro fim, passando a utilizá-lo como escola pública. Essa modificação de destino já há muito está consumada, e quem quer que passe pelo local facilmente verificará que lá funciona a Escola Marília de Dirceu.

Suscitou-se o problema atinente à regularização dessa situação de fato. Sendo óbvio que a destinação atribuída ao imóvel escapa totalmente ao âmbito de competência da COCEA, mas continuando esta, *de iure*, como titular do domínio, deseja-se saber como legitimar a posse e a utilização, pelo Estado, do prédio pertencente àquela entidade mista — cujo patrimônio, à

evidência, não se confunde com o da pessoa jurídica de direito público, simples acionista, embora majoritária, da sociedade.

Anteriores pronunciamentos constantes do processado, após o exame das várias soluções *in abstracto* concebíveis, preconizaram a celebração de comodato; isto é: a COCEA emprestaria ao Estado, a título gratuito, e por prazo indeterminado, o imóvel em questão. A fls. 34, o Departamento Jurídico da companhia opõe embargos a esse alvitre, trazendo à colação a norma do art. 69 da Constituição Estadual, que a seu ver teria tornado indispensável a elaboração de lei ordinária reguladora da matéria, impossibilitando a efetivação, sem esse pressuposto, do negócio sugerido.

2. Passando a opinar, por determinação superior, desde logo, manifesto, *concessa venia*, a minha discordância em face da sugestão relativa ao comodato. Não quer isso dizer que faça minhas as considerações expendidas pelo Departamento Jurídico da COCEA. Ao contrário: a invocação do art. 69 da Carta Estadual, salvo melhor juízo, parece-me, no caso, impertinente. Concerne o dispositivo à “reversibilidade dos bens pertencentes ao Estado e que, por qualquer forma, foram cedidos ou alienados a concessionários de serviço público e aos que se lhes assemelhem ou equiparem”. Não é a hipótese: a COCEA não é concessionária de serviço público, mas órgão da administração indireta. A cláusula final do art. 69 (*verbis* “... aos que se lhes assemelhem ou equiparem”) não abrange sociedades de economia mista criadas pelo Estado para a prestação de serviços em determinado setor; refere-se, quero crer, aos *permissionários*, cuja situação jurídica, conquanto *não se identifique* à dos concessionários, todavia a esta *se equipara* no tocante à reversibilidade de bens públicos que lhes hajam sido entregues. A “alienação ou cessão de bens dos órgãos da Administração indireta” alude a Constituição *noutro* dispositivo, o do art. 68, § 5.º, que teria de reputar-se supérfluo — contra as regras da boa hermenêutica — se a matéria já estivesse compreendida na área de incidência do art. 69.

O art. 68, § 5.º, não distingue entre as hipóteses de alienação ou cessão (entenda-se: de uso) feita por órgão da Administração indireta *ao próprio Estado* ou *a terceiro*. Se já existisse a lei a que faz menção o dispositivo, ter-se-ia de atender, no caso em pauta, às prescrições dela constantes. O legislador ordinário, porém, até agora não se valeu da autorização constitucional. Não é tampouco no art. 68, § 5.º, pois, que se depara óbice à celebração do comodato.

Em meu entender, o impedimento resulta do disposto no art. 119 do Dec.-lei n.º 2.627, ao qual se subordina a COCEA, como sociedade anônima que é. Ali se lê que “os diretores não poderão praticar atos de liberalidade à custa da sociedade”; a segunda parte do dispositivo, que permite a prática de determinados negócios *condicionando-a* à expressa autorização dos estatutos ou da assembléia geral, refere-se à constituição de hipoteca ou penhor e à alienação de bens, devendo entender-se, quanto a esta, que a autorização dos estatutos ou da assembléia só a legitima *quando onerosa*,

pois a gratuita, ato “de liberalidade”, é sempre proibida (v., a respeito, meu parecer publicado no vol. 16 da *Revista de Direito da PRG*, págs. 469 e segs.).

“Atos de liberalidade” não são, porém, só os que tendam à transmissão *do domínio*, a título gratuito. Abrange o conceito, por igual, aquêles negócios por força dos quais, também gratuitamente, transfira a sociedade a outrem a *posse* de bens seus. Está nesse caso o comodato, que é modalidade essencialmente gratuita do empréstimo (Código Civil, art. 1.248). Veja-se o que ensina, ao propósito, TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE:

“Nessas condições, não podem os diretores *emprestar* ou ceder, *gratuitamente*, bens da sociedade, ou dêles usar em proveito próprio, nem tampouco dar pensões ou gratificações excessivas aos empregados ou operários da companhia, muito menos a estranhos” (*Sociedades por ações*, 1.ª ed., vol. II, pág. 39).

Reproduz a lição, subscrevendo-a, RUI CARNEIRO GUIMARÃES, *Sociedades por ações*, vol. III, pág. 78. Esse autor cita, a respeito, expressivos julgados de tribunais pátrios, um dos quais firmou conceito, que o comercialista acolhe, de “ato de liberalidade”, como todo aquêles que, “importando em benefício a outrem, nada proporciona, em troca, à entidade coletiva” (Trib. de Just. de S. Paulo, 19-12-1952, *in Rev. dos Trib.*, vol. 210, pág. 170). Não há como negar a semelhante conceituação amplitude suficiente para abraçar os empréstimos gratuitos.

Nem se objete que seria um contra-senso ficar a sociedade impedida de dar bens em comodato quando, mediante autorização dos estatutos ou da assembléia, podem ser tais bens gravados de hipoteca ou penhor e até alienados (a título oneroso). O argumento *a maius ad minus* não seria aqui pertinente, pela simples razão de que os negócios mencionados na 2.ª parte do art. 119 *não se praticam a título gratuito*: há nêles, sempre, vantagem patrimonial para a sociedade, pôsto que em contraprestação da saída de algum bem do seu patrimônio, ou da imposição de gravame. Se algum bem da sociedade é hipotecado ou empenhado, não deixa ela de receber algo em troca; se algum bem é alienado a título oneroso, a saída do bem é compensada, no patrimônio da sociedade, pela entrada do preço. Já no comodato, e em qualquer negócio gratuito, não se dá o mesmo: a sociedade *presta* sem obter, em contrapartida, prestação alguma. Por isso é compreensível que a lei seja mais rigorosa no que tange a êsses negócios — *mesmo que não importem perda do domínio* — do que em relação aquêles.

Ressalve-se, com lealdade, que a tese acima exposta não é pacífica em doutrina. Há interpretações mais liberais do art. 119 do Dec.-lei n.º 2.627. Assim, *v.g.*, PONTES DE MIRANDA enxerga na primeira parte dêle mera regra de *ius dispositivum*, e admite como legítima a prática de negócios jurídicos gratuitos, pelos diretores, desde que previstos nos estatutos (*Tra-*

tado de Direito Privado, t. L, pág. 402). Mas, em primeiro lugar, quase se pode garantir *a priori* — e não será difícil confirmar a exatidão do asserção — que os estatutos da COCEA não hão de ter previsto essa hipótese esdrúxula de um comodato por prazo indeterminado, por força do qual a companhia ficará praticamente despojada, em caráter definitivo, do bem, pois o mais provável é que permaneça instalado, *ad infinitum*, o estabelecimento de ensino. Ademais, o parecer de PONTES DE MIRANDA, sem embargo de sua imensa autoridade, não corresponde, na matéria, como se viu, à tendência prevalecente em sede doutrinária e jurisprudencial. Ora, trata-se de ponto muito delicado, porque a celebração de negócio proibido, pela diretoria da COCEA, pode gerar a responsabilidade dos diretores (art. 121, § 1.º, da Lei das Sociedades por Ações). A ter-se de optar, *ainda entre duas orientações que sejam ambas defensáveis*, quer-me parecer que, no caso, é preferível adotar a mais rigorosa, e pecar antes por excesso que por falta de cautela.

O que ressalta, na espécie — e pretender negá-lo seria como querer tapar o sol com a clássica peneira —, é que o alvitado comodato bem próximo ficaria, para os efeitos práticos, de uma doação mascarada. Tudo aconselha, a meu ver, a que se evite tal solução, quando mais não seja por amor à prudência.

3. Isto pôsto, vejo duas soluções concebíveis para regularizar a situação de fato. Uma delas consistiria na venda do imóvel, pela COCEA ao Estado; outra, na locação. Se a primeira se afigura inconveniente, por envolver a realização de despesa considerável, que talvez não se comporte nas disponibilidades orçamentárias, recorra-se à segunda, em relação à qual não hão de ser tão grandes assim as dificuldades.

Nada se poderá objetar, do ponto-de-vista jurídico, a que a COCEA alugue ao Estado o prédio em foco. Locação não é, decerto, “ato de liberalidade”: por módico que seja o aluguel convencionado — e, no caso, é o que cabe esperar —, sempre haverá uma contraprestação à sociedade, pelo proveito que vai proporcionar ao locatário. Assim se atenderá, na medida do possível, aos interesses em jôgo, sem detrimento de qualquer das partes e sem ofensa à lei.

Acrescento — quase a pedir desculpas pela superfluidade da observação, à luz do nôvo texto constitucional — que o contrato de locação independerá, para valer e produzir efeitos, de registro em qualquer órgão: no Tribunal de Contas ou em outro.

Sub censura.

Rio de Janeiro, 3 de junho de 1968.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA
Procurador do Estado

“INCONTINÊNCIA PÚBLICA E ESCANDALOSA”: CARACTERIZAÇÃO COMO FALTA FUNCIONAL. DISPENSA DO REQUISITO DA HABITUALIDADE

1. O Senhor Secretário de Administração, pelo presente processo, encaminha expediente da Supervisão das Comissões de Inquérito Administrativo, formulando a seguinte consulta:

“Pode um ato isolado ser classificado como incontinência pública e escandalosa ou deve esta ser entendida como uma série de atos ou atitudes, dentro ou fora do serviço, capazes de definir o servidor como incontinente?”

A referida autoridade pede que esta Procuradoria Geral emita parecer normativo sôbre a matéria.

A consulta ora atendida foi provocada pelo fato de que — enquanto a Supervisão entende que somente a reiteração na prática de atos condenados pela lei ou pela moral pode configurar a incontinência — algumas Comissões permanentes têm, ultimamente, considerado como tal faltas isoladas praticadas por servidores cujos antecedentes nada consignam de anti-social e escandaloso.

2. A matéria está disciplinada no art. 225, inciso IV, da Lei n.º 1.163, de 12 de dezembro de 1966, que dispõe sôbre o Estatuto do Pessoal Civil do Poder Executivo do Estado da Guanabara, e, segundo o qual a pena de demissão será aplicada nos casos de “*incontinência pública e escandalosa, vício de jogos proibidos e embriaguez habitual*”.

3. A origem da disposição em tela se encontra no artigo 251 do primeiro projeto do Código Criminal do Império de 1830, conhecido como Projeto VASCONCELOS, que assim dispunha:

“O empregado convencido de incontinência pública e escandalosa, ou de embriaguez repetida ou vício de jogos proibidos, ou de gastar com escândalo muito mais do que permitem os seus recursos, ou de ter com igual escândalo uma conduta relaxada e vergonhosa por qualquer outro motivo, ou de haver-se com inaptidão notória ou desídia habitual no desempenho de suas funções, perderá o emprêgo e não poderá obter outro sem fazer constar a sua completa emenda” (*apud Anotações Teóricas e Práticas ao Código Criminal*, pelo Dr. TOMÁS ALVES JÚNIOR, Tomo II, ed. 1872, página 586).

A figura da incontinência pública e escandalosa, praticada por empregado público, veio efetivamente a integrar o elenco dos delitos contemplados