

DOCTRINA

Hierarquia das leis e competência legislativa da União e dos Estados

A. GONÇALVES DE OLIVEIRA

Consultor Jurídico do Ministério da Viação
e Obras Públicas

A CONSTITUIÇÃO DE 1937 estabelece expressamente recurso para o Supremo Tribunal Federal “quando se contestar a validade de lei ou ato dos governos locais em face da Constituição ou de lei federal, e a decisão do tribunal local julgar válida a lei ou ato impugnado” (artigo 101, n.º III, letra c).

Esse caso de recurso extraordinário — que vem da Constituição de 1891, foi acolhido na Constituição de 1934, e reproduzido na Carta Constitucional vigente — foi instituído, como decidiu o Excelso Tribunal, para atender ao escopo que inspirou o legislador constituinte: assegurar o império e a proeminência da Constituição e das leis federais e a sua uniforme aplicação (1).

2. Baseada certamente nesse preceito, surgiu uma opinião generalizada de que, em nosso direito, há a seguinte hierarquia das leis: primeiro, a Constituição; depois, as leis federais; em seguida, as Constituições dos Estados; depois, as leis estaduais, de sorte que as últimas cedam seu império às primeiras.

Respeito ao assunto, CARVALHO SANTOS, em seu “Código Civil Interpretado”, limita-se a repetir RUY BARBOSA: — “Nos países federalizados, como os Estados Unidos, como o Brasil, a escala é quádrupla: a Constituição Federal, as leis federais, as Constituições dos Estados, as leis destes. A sucessão, em que acabo de enumerá-las, exprimem-lhe a hierarquia legal. Dado o antagonismo entre a primeira e qualquer das outras, entre a segunda e as duas subseqüentes, ou entre a terceira e a quarta, a anterioridade na graduação indica a precedência

na autoridade” — “Atos Inconstitucionais”, página 64 (2).

E um notável constitucionalista, ARISTIDES MILTON, é mais incisivo:

“Como a Constituição, as leis federais e os tratados são a lei suprema do nosso país, é claro que nenhuma outra, desde quando contraria ou se oponha, quer às primeiras, quer aos segundos, poderá vigorar” (3).

3. Sem dúvida que a Constituição é a lei suprema e, contrariando-a, em sua letra ou em seu espírito, nenhuma lei ou ato terá eficácia.

Desta sorte, se a opinião acima enunciada merece recebida em se tratando de antagonismo de qualquer lei com a Constituição, não poderá, todavia, ser aceita, senão com reservas, a afirmação de que, num conflito entre a lei federal e a estadual, a primeira deva sempre prevalecer.

4. Sem embargo das respeitáveis opiniões em contrário, a lei federal, em princípio, não prevalece sobre a lei estadual, nem esta prevalece sobre aquela. Tudo se reduz a uma questão de competência legislativa da União e dos Estados.

CLOVIS BEVILÁQUA, inspirado em AMARO CAVALCANTI, para quem o poder estadual é *institucionalmente* subordinado ao poder federal (4), afirmou peremptoriamente que “nos regimes federativos, como o nosso, a supremacia cabe, necessariamente,

(1) MENDONÇA DE AZEVEDO, *A Const. Federal Interpretada pelo Supremo Tribunal Federal*, 1925, ns. 544 e 581.

(2) CARVALHO SANTOS, *Código Civil Interpretado*, vol. I, coment. ao art. 1.º, pág. 14. Neste mesmo sentido e citando PEDRO LESSA, ver AFONSO PEÑA JUNIOR, in “*Revista Forense*”, vol. 82, pág. 610.

(3) ARISTIDES A. MILTON, *A Constituição do Brasil*, 2.ª ed., 1898, pág. 294.

(4) AMARO CAVALCANTI, *Regime Federativo*, 1900, pág. 194.

às leis federais sobre as estaduais" (5). Mas o preclaro jurisconsulto de certo modo se desdiz quando, abandonando o notável autor da "Responsabilidade Civil do Estado" e em face do instrumento constitucional, coloca a questão nos seus devidos termos, ensinando que "as leis devem girar em esferas independentes e, conseqüentemente, desde que a lei federal exorbitar e invadir o campo reservado à legislação dos Estados, seus dispositivos são inconstitucionais e, por isso mesmo, anuláveis por sentença judiciária" (6).

5. A nossa Lei Básica, em verdade, relaciona taxativamente a matéria da competência legislativa da União. Essa competência, como escreveu BARBALHO, "é limitada aos assuntos enumerados na Constituição ou dêles decorrentes por necessária inferência ou nêles incluídos por óbvia compreensão" (7). Na imagem de RUY, a posição do legislador é a de um mandatário cujos poderes precisos estão rigorosamente descritos no instrumento formal do mandato. Êsse mandato é a Constituição (8).

Destarte, de fora parte aquêles poderes que a Lei Magna expressamente enuncia como privativos da União, todos os demais pertencem aos Estados (9).

(5) CLOVIS BEVILACQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.^a ed., 1929, pág. 17.

(6) CLOVIS BEVILACQUA, *ob. cit.*, *loc. cit.*

(7) JOÃO BARBALHO, *Const. Fed. Brasileira*, 1902, pág. 242.

(8) RUY BARBOSA, *Atos Inconstitucionais*, 1893, página 69.

(9) Trata-se, aqui, de princípio federativo, que tem suas raízes na emenda X da Constituição Americana, no art. 3.^o da Constituição Suíça, no art. 104 da Constituição Argentina. Já a Constituição de 1891 o consagrava no art. 65, § 2.^o; a de 1934 dera-lhe guarida no art. 7.^o, n.^o IV e a Carta de 1937 o expressa no art. 21, n.^o II:

"Art. 21: — Compete *privativamente* aos Estados:

.....
II — exercer todo e qualquer poder que lhes não fôr negado, expressa ou implicitamente, por essa Constituição".

Privativamente significa "com exclusividade", "exclusivamente" (RUY BARBOSA, *Comentários à Const. Federal Brasileira*, coligidos por HOMERO PIRES, vol. II, páginas 209-210), de sorte que cabe aos Estados exercer o poder de expedir leis, *com exclusividade*, sobre toda a matéria que a Constituição não reservou expressamente à União. A êste respeito, são notavelmente expressivas as opiniões de BARBALHO, (*ob. cit.*, págs. 273-274) e de FRANCISCO CAMPOS (*Dir. Administrativo*, ed. da "Revista Forense", 1943, pág. 169). E ainda: ARISTIDES MILTON, *ob. cit.*, pags. 339-341; SORIANO DE SOUSA, *Princípios Gerais de Dir. Público e Const.*, 1893, pág. 131; CARLOS MAXIMILIANO, *Coment. à Const. Brasileira*, 1923, págs. 625-628; PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Const. Federal de 1937*, vol. I, pág. 541.

6. Enumera a Constituição, no art. 16, a matéria sobre a qual pode legislar privativamente a União (10). Sobre essa matéria os Estados não podem legislar, salvo delegação expressa, e "quando se trata de questão que interesse predominantemente a um ou a alguns Estados". Nesse caso, a lei votada pela Assembléia Estadual só entrará em vigor com a aprovação do governo federal (artigo 17).

No art. 18, enuncia a Constituição assuntos que são ainda de sua competência legislativa e, sobre estes, os Estados podem legislar "em não havendo

(10) A Constituição fixa, amplamente, a competência legislativa da União (veja-se, por exemplo, a matéria enunciada no n.^o V *infra*). São as seguintes as matérias da competência privativa da União: I — os limites dos Estados entre si, os do Distrito Federal e os do território nacional com as nações limítrofes; II — a defesa externa, compreendidas a polícia e a segurança das fronteiras; III — a naturalização, a entrada no território nacional e saída desse território, a emigração, os passaportes, a expulsão de estrangeiros do território nacional e proibição de permanência ou de estada no mesmo, a extradição; IV — a produção e o comércio de armas, munições e explosivos; V — o bem estar, a ordem, a tranqüilidade e a segurança públicas, quando o exigir a necessidade de uma regulamentação uniforme; VI — as finanças federais, as questões de moeda, de crédito, de bolsa e de banco; VII — comércio exterior e interestadual, câmbio e transferência de valores para fora do país; VIII — os monopólios ou estatização de indústrias; IX — os pesos e medidas, os modelos, o título e a garantia dos metais preciosos; X — correios, telégrafos e rádio-comunicação; XI — as comunicações e os transportes por via férrea, via d'água, via aérea ou estradas de rodagem, desde que tenham caráter internacional ou interestadual; XII — a navegação de cabotagem, só permitida esta, quanto a mercadorias, aos navios nacionais; XIII — alfândegas e entrepostos; a polícia marítima, a portuária e a das vias fluviais; XIV — os bens do domínio federal, minas, metalurgia, energia hidráulica, águas, florestas, caça e pesca e sua exploração; XV — a unificação e standardização dos estabelecimentos e instalações elétricas, bem como as medidas de segurança a serem adotadas nas indústrias de produção de energia elétrica; o regime das linhas para as correntes de alta tensão, quando as mesmas transponham os limites de um Estado; XVI — o direito civil, o direito comercial, o direito aéreo, o direito operário, o direito penal e o direito processual; XVII — o regime de seguros e sua fiscalização; XVIII — o regime dos teatros e cinematógrafos; XIX — as cooperativas e instituições destinadas a recolher e a empregar a economia popular; XX — direito de autor; imprensa; direito de associação, de reunião; de ir e vir; as questões de estado civil, inclusive o registro civil e as mudanças de nome; XXI — os privilégios de invento, assim como a proteção dos modelos, marcas e outras designações de mercadorias; XXII — divisão judiciária do Distrito Federal e dos Territórios; XXIII — matéria eleitoral da União, dos Estados e dos Municípios; XXIV — diretrizes de educação nacional; XXV — anistia; XXVI — organização, instrução, justiça e garantia das forças policiais dos Estados e sua utilização como reserva do Exército; XXVII — normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança.

lei federal, e até que esta os regule". Expedida a lei ou o regulamento federal sobre a matéria, a lei estadual ter-se-á como derogada nas partes em que fôr incompatível com aquela lei ou regulamento.

Em havendo lei ou regulamento da União sobre esses assuntos, podem ainda os Estados legislar sobre os mesmos, mas, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, sem dispensar, contudo, as exigências da lei federal (11).

7. Como se afirmou, as leis federais não prevalecem sobre as estaduais, salvo referentemente aos assuntos especificados no art. 18 da Constituição.

Não existe, em princípio, uma supremacia da lei federal. O que existe é uma supremacia da lei federal ou estadual, decorrente da competência legislativa atribuída à União ou aos Estados. O problema é, antes, de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis. Em verdade, se a União legisla sobre matéria que a Constituição não relaciona como de sua competência, essa lei não prevalecerá em conflito com a lei estadual, porque a União, nessa hipótese, terá decretado lei inconstitucional (12).

(11) São os seguintes os assuntos mencionados no artigo 18: a) riquezas do sub-solo, mineração, metalurgia, águas, energia hidro-elétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração; b) rádio-comunicação; regime de eletricidade, salvo o disposto no n.º XV do art. 16; c) assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais; d) organizações públicas, com o fim de conciliação extra-judiciária dos litígios ou sua decisão arbitral; e) medidas de polícia para a proteção das plantas e dos rebanhos contra as moléstias ou agentes nocivos; f) crédito agrícola, incluídas as cooperativas entre agricultores; g) processo judicial ou extra-judicial.

(12) BARBALHO: "Uma lei pode ser inconstitucional, quer porque verse sobre objeto a respeito do qual o congresso não possa legislar, por não se compreender na sua competência (que é limitada aos assuntos enumerados na Constituição, ou dêles decorrentes por necessária inferência, ou nêles incluídos por óbvia compreensão) — quer por ser, em suas determinações, contrária a disposições constitucionais" — *ob. cit.*, pág. 242.

Em outro lance:

"O plano da Constituição Federal é o estabelecimento de um governo geral, a cujo cargo ficam os negócios de ordem nacional; com tal propósito, do complexo de poderes que entram na esfera do governo de uma nação, separou ela os que têm aquele caráter e, para enfeixá-los na mão da autoridade central que criou para exercê-los (governo federal), teve que especificar designadamente tais

Do mesmo modo, se os Estados legislam, sem delegação, sobre matéria que a Carta Constitucional, no art. 16, reservou expressamente à União, tal lei será inconstitucional. Essa lei estadual, em conflito com a lei federal, não prevalecerá, não porque a supremacia caiba à última, mas, porque os Estados teriam, nessa hipótese, expedido lei sem competência; teriam expedido lei contrária à Constituição.

8. Destarte, do fato de caber recurso extraordinário quando forem julgadas válidas leis estaduais em face das leis da União, não decorre, necessariamente, que o Supremo deva sempre prover o recurso para julgar inválidas as primeiras.

O problema, como se verifica, não é da prevalência da lei federal, mas de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis.

Podemos, pois, concluir que o que existe, em nosso direito, é o "primado da competência". A Constituição e bem assim as leis, federais ou estaduais, decretadas de conformidade com a competência reservada à União ou aos Estados, são as leis supremas do país (13).

poderes e declará-los inerentes à União. Os demais poderes, que não entram no número desses assim separados, evidentemente escapam à competência federal, ficam todos com os Estados.

"Por isso se diz que o regime federal é o de um governo com poderes enumerados e restritos a seus fins. Não podem, conseqüentemente, as autoridades federais, presidente, congresso, juizes, pretender atribuições que não se filiem direta ou indiretamente a alguma das disposições da Constituição Federal. Elas não têm poderes fora dos que são traçados nessa Constituição. Outros não lhes são conferidos; a nação somente esses lhes outorgou.

"O contrário dá-se com os Estados; nessa partilha foram eles aquinhoados com todo o remanescente do acervo de poderes do governo.

"Em suma: a União nada pode FORA DA CONSTITUIÇÃO, — os Estados só não podem o que fôr CONTRA A CONSTITUIÇÃO" (BARBALHO, *ob. cit.*, págs. 273-274).

Em realidade, se a União legisla sobre matéria não enunciada nos arts. 16 e 18 da Const., terá usurpado atribuição que, pelo art. 21, n.º II, cabe aos Estados; terá, sem dúvida, expedido lei inconstitucional.

(13) Veja-se a redação do art. VI da Constituição Americana: "A Constituição e as leis dos Estados Unidos FEITAS EM CONFORMIDADE COM ELA e os tratados são as leis supremas do país" — "This Constitution and the laws of the United States WHICH SHALL BE MADE IN PURSUANCE THEREOF and all treaties made, or which shall be made, under the authority of United States, shall be the supreme law of the land..."

PARECERES

AUTORIZAÇÃO DE PESQUISA — PROIBIÇÃO DE NEGOCIÁ-LA OU TRANSMITÍ-LA — PROCURAÇÃO EM CAUSA PRÓPRIA — SIMULAÇÃO E FRAUDE — ANULAÇÃO DO ATO DE CONCESSÃO

— *O Código de Minas proíbe a transferência do título de autorização de pesquisa, qualquer que seja a forma pela qual ela se efetue.*

— *Interpretação dos arts. 16, n.º I e 20, do Código de Minas.*

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA

PARECER

Senhor Ministro :

Fortunato Alves Pereira, titular do Decreto n.º 10.374, de 1 de setembro de 1942, intimado por edital a defender-se no processo instaurado para a anulação do mesmo decreto, apresentou contestação aos motivos argüidos, no longo arrazoado de fls. e fls., apoiado na cópia fotostática da carta-contrato que teria ajustado com Oswaldo da Silva Ribeiro, em três certidões extraídas dos autos da ação ordinária para a constituição de servidões, proposta no fóro da comarca de Abre Campo, Estado de Minas, entre partes, como A. Fortunato Alves Pereira e como R. R. Antonino Gonçalves Machado e sua mulher, uma carta subscrita por Francisco Ermelindo Ribeiro e dois recibos de impostos pagos à Coletoria Estadual de Abre Campo por Oswaldo Ribeiro da Silva por extratos de mica no 1.º e 2.º semestre de 1937.

Informando a contestação, o assistente jurídico Dr. Alfredo Valdetaro da Fonseca conclui pela sua procedência e conseqüente manutenção do decreto de que é titular o contestante, eis que não se teria dado a transmissão do título com infringência do disposto no art. 16, n.º I do Código de Minas. O opinante apóia a sua conclusão nos argumentos de que a procuração em causa própria não tem efeito de cessão, como tese doutrinária, e que os termos da carta-contrato, ora junto pelo contestante, mostram que não se teria dado a transmissão dos direitos decorrentes do título, nem mesmo como manobra simulatória, por efeito da referida procuração em causa própria, pôsto que tais termos só autorizam a interpretação da carta-contrato como uma locação de serviços.

O Sr. diretor geral é de opinião que “uma procuração qualquer que ela seja, tendo sempre seus efeitos na dependência da vontade do outorgante, não pode ser interpretada como transmissão, ou melhor, cessão de direitos do outorgante ao outorgado, na acepção do n.º I do art. 16 do Código de Minas, que, ao que lhe parece, significa transmissão definitiva”.

Cumprindo o respeitável despacho de V. Excia. que mandou ouvir o consultor jurídico do Ministério, é este o meu parecer.

Começarei, pela deferência especial que me merecem as sempre interessantes opiniões do ilustre Sr. diretor geral do D.N.P.M., dando resposta ao seu argumento, no terreno puramente doutrinário, em que o coloca o opinante.

A procuração em causa própria, muito ao contrário do que é afirmado no trecho transcrito, longe de ter sempre seus efeitos na dependência da vontade do outorgante, na realidade se desprende completamente dessa vontade, pôsto que é irrevogável, uma vez outorgada, por disposição expressa da lei, art. 1.317, n.º I do Código Civil. Ora, se irrevogável, seus efeitos escapam inteiramente à vontade do outorgante, ficando o outorgado colocado no lugar deste, para o exercício integral, sem a menor restrição, dos direitos decorrentes do mandato. E por serem êsses os efeitos do mandato em causa própria é que êle é considerado uma verdadeira cessão.

Bem sei, e já o disse em meu primeiro parecer emitido neste processo, que muito se tem discutido sobre os efeitos do mandato em causa própria como cessão, negando-lhe uns êsses efeitos, enquanto que outros o sustentam calorosamente, inclusive legisladores federais, estaduais e municipais, para os efeitos fiscais, sujeitando-o ao sêlo proporcional das transferências de propriedade.

Não quero, nem caberia trazer para êste processo os debates que a matéria tem suscitado na doutrina e na jurisprudência dos tribunais, em todos os países que filiaram as suas instituições jurídicas ao vigoroso tronco do direito romano. Isso simplesmente porque não é preciso para que fique esclarecido o ponto da matéria que interessa a administração pública, no julgamento do caso de que trata o processo.

Prescreve o inciso I do art. 16 do Código de Minas que o título de autorização é pessoal e somente transmissível nos casos previstos no mesmo inciso.

Já houve quem sustentasse que só se verifica a violação dessa norma quando o titular transfere o próprio título. Não me julgo na necessidade de refutar essa original opinião, que, se aceita, tornaria completamente inócua a proibição legal, eis que, sendo o título um decreto, a sua transferência só por outro decreto seria regular, o que escaparia à ação particular.

Quando a lei diz que o título é intransmissível, fora dos casos que estabelece, refere-se aos direitos decorrentes do título, que, como tais, só pessoalmente terão de ser exercidos pelo que não podem ser negociados de qualquer forma pelo titular. Como não são personalíssimos, porque não aderem à própria pessoa de seu portador, poderão ser executados por outra pessoa, como representantes do titular, mas somente isso.

O dispositivo em questão terá de ser aplicado e interpretado de acôrdo com o que prescreve o art. 20 do mesmo Código, pelo qual só o que é negociável é o direito a autorização de lavra, que se constitui pela aprovação do relatório dos trabalhos de pesquisa e deve ser exercido dentro de um ano após a aprovação. Se, contrariando essa norma,

o titular faz qualquer negócio com o título, está ele transferindo-o, com violação do preceito contido no art. 16, inciso I.

Assim prescreve a lei, porque não admite qualquer espécie de especulação com o título de autorização de pesquisa.

Estabelecido esse princípio, o resto decorre dele, naturalmente, sem maior esforço de interpretação. A forma pela qual se opera a transmissão dos direitos decorrentes do título não tem a menor significação, mesmo porque, se o tivesse, nada mais fácil do que neutralizar a proibição legal, batizando a transferência com este ou aquele nome, contrato de arrendamento, contrato de administração e gerência, mandato em causa própria, etc., etc.

E' sabido que entre a lei e a fraude existe um constante estado de oposição, esta se multiplicando em ardis para furtar-se ao império daquela, como um Proteu, que se reveste de mil formas. E como a fraude é cautelosa, cercandose sempre do sigilo possível, para desmascará-la admite a lei a sua prova até por meio de presunções.

Vejamos o que ocorre neste processo.

Fortunato Alves Pereira é cidadão brasileiro com residência à Av. Londres n.º 181, em Bom Sucesso, nesta Capital, de onde requereu, apresentando todos os documentos a que estava obrigado por lei, a autorização de pesquisa que lhe foi outorgada pelo Decreto n.º 10.374, de 1 de setembro de 1942.

Transcrito o decreto no D.F.P.M. em 21-10-1942, em telegrama de 27 de fevereiro de 1943, Oswaldo da Silva Ribeiro, na qualidade de procurador de Fortunato Alves Pereira, leva ao conhecimento do diretor da D.F.P.M. ter iniciado os trabalhos de pesquisa (fls. 30), mas, no telegrama de 23-11-1943, havia comunicado antes que "a fim de salvaguardar meu direito, comunico fui impedido como procurador de Fortunato Alves Pereira de iniciar a pesquisa pelo proprietário da fazenda Tijuca, onde está situada a jazida" (fls. 39).

Ao confessar que agia na *salvaguarda de seu direito*, Oswaldo da Silva Ribeiro deixava, no seu primeiro contato com a administração pública, traído pelo seu subconsciente, o primeiro indício de que não era um simples procurador de Fortunato Alves Pereira.

E não era um simples procurador, porque, por força da procuração que este lhe outorgara, com poderes irrevogáveis em causa própria, "para pesquisar mica e seus associados no local denominado fazenda da Tijuca, no distrito de Santo Antônio do Motipó, município de Abre Campo, no Estado de Minas Gerais, na propriedade de Antônio Machado, podendo, para esse fim, requerer junto à Prefeitura local, assinar o que fôr preciso, contratar empregados, tratar também de todo e qualquer negócio junto ao Departamento Nacional da Produção Mineral, apresentar relatório, podendo, uma vez terminado o prazo, requerer autorização de lavra em nome dele outorgado, tudo de acordo com o Decreto n.º 10.374, de 1 de setembro de 1942, publicado no *Diário Oficial* de 19 de setembro do mesmo ano, que conferiu os direitos de pesquisa ao outorgante", o que Fortunato Alves Pereira fizera foi transfe-

rir, a Oswaldo da Silva Ribeiro, os direitos decorrentes do referido decreto, o que é o mesmo que lhe transferir o título.

Para nada faltar às características da cessão por via do mandato em causa própria, foi dado a este, no instrumento, para os efeitos fiscais, o valor de Cr\$ 1.000,00, o que seria absolutamente desnecessário se a procuração não importasse em cessão.

Negam-lhe esses efeitos o mandante e o Sr. assistente jurídico, Dr. Alfredo Valdetaro da Fonseca, invocando a carta-contrato que teria sido dirigida pelo mandante ao mandatário, estabelecendo condições, por este aceitas, que importam em locação de serviços, documento só agora junto ao processo por cópia fotostática.

A minha longa experiência, adquirida em muitos anos nas lides forenses, não me permite dar a esse documento a importância que lhe empresta aquele esforçado colega. Não fôsse trazer ele reconhecida a firma do tabelião Cicero Romano Pacheco, de Raul Soares, pelo 17.º tabelião desta Capital, com a data de 2 de fevereiro de 1943, que é a mesma da procuração em causa própria passada nas notas deste tabelião, e eu o consideraria um documento sem qualquer valor jurídico, contra terceiros, posto que não registrado no Registro de Títulos e Documentos e apresentando veementemente presunção de posterior à outorga da procuração.

Muito embora não tenham sido raros os casos de reconhecimento de firmas ante-datadas, por complacência do tabelião, tratando-se, no caso, de respeitável serventuário, substituto do tabelião efetivo Dr. Luiz Cavalcanti Filho, aceito o fato como verdadeiro, isto é, que a carta em questão tivesse sido escrita anteriormente à outorga da procuração em causa própria.

Tal circunstância em causa alguma atinge os efeitos desse mandato, cujos poderes são irrevogáveis e têm por isso de prevalecer contra quaisquer outros que os não confirmem.

Comparando-se os dois documentos, vê-se que eles se contradizem de forma absoluta, na parte fundamental, que é o requerimento de autorização de lavra, que na procuração é Oswaldo da Silva Ribeiro, com poderes irrevogáveis para requerê-la em seu nome, e na carta-contrato é Fortunato Alves de Souza, com a obrigação de transferir os seus direitos eventuais à lavra, a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, que se organizaria como empresa de mineração, entre os dois (cláusula IV). Na cláusula VI se estipula uma condição incompatível com os poderes irrevogáveis do mandato em causa própria, a proibição do mandatário pleitear, direta ou indiretamente, qualquer concessão do Governo em relação às jazidas, se se verificar determinada condição, a juízo do mandante.

A cláusula VIII é o que, na linguagem do povo, se chama uma sangria na veia da saúde, porque o que se pretende com ela é pura e simplesmente tirar a procuração em causa própria todos os efeitos dos poderes irrevogáveis nela conferidos, ao mesmo tempo em que se anuncia a sua futura outorga.

Vale a pena transcrever a cláusula, como exemplo :

“VIII. — não só para habilitá-lo a agir em meu nome no local das jazidas, requerendo e assinando o que fôr necessário, mas também para garantia de sua participação no negócio, uma vez satisfatoriamente concluída a pesquisa, e nos termos das condições entre nós aqui estabelecidas, obrigo-me a lhe passar uma procuração com poderes amplos e irrevogáveis, de que V. S. não poderá se utilizar, entretanto, senão na medida em que tais poderes estiverem de acordo com a convenção entre nós existente e ora reduzida a escrito”.

O pior, todavia, foi que o missivista não se limitou a outorgar uma procuração com poderes irrevogáveis, mas uma em que tais poderes eram outorgados em causa própria, o que retirava toda a possibilidade de ficar condicionado o seu exercício a instruções do mandante, quaisquer que elas fôsem.

A carta-contrato, cerceando por tal forma os efeitos do mandato em causa própria, que iria ser outorgado, seria, em tais condições, uma precaução tomada pelos que nela intervieram, para ser usada na hipótese de alguém argüir, mais tarde, a transferência da autorização de pesquisa.

Para o exercício dos poderes mencionados na cláusula bastaria um mandato comum e para a garantia das condições ajustadas bastaria a própria carta-contrato, depois de devidamente registrada no Registro de Títulos e Documentos.

A prova da transferência não está feita no processo apenas pela juntada de certidão da procuração em causa própria, o que, ao meu ver, seria bastante. Está ainda pelos depoimentos das seis testemunhas que depuseram na justificação procedida no Juízo de Direito da Comarca de Abre Campo, das quais as de nomes Antonio Vieira dos Santos (1.^a), Sebastião Nogueira de Souza (4.^a), Camilo José Vieira (5.^a) e Benvindo Veríssimo Vieira (6.^a) afirmaram ter ouvido do próprio Oswaldo da Silva Ribeiro ter comprado a Fortunato Alves Pereira as lavras das jazidas de que era concessionário pela quantia de dezoito contos de réis ou Cr\$ 18.000,00.

A prova testemunhal, neste caso, não pode ser posta à margem, antes tem-se-lhe que dar destacada força probante, porque confirmatória de documento escrito.

A carta-contrato, à vista do exposto, não teria passado de uma manobra simulatória para mascarar a verdadeira significação do contrato, de fato ajustado e realizado entre Fortunato Alves Pereira e Oswaldo da Silva Ribeiro, a transferência feita a este por aquele dos direitos decorrentes do Decreto n.º 10.384, de 1 de setembro de 1942, com infringência do disposto no art. 16, inciso I do Código de Minas.

As decisões do poder judiciário não tolhem, no caso, a ação administrativa, porque aquelas decisões foram proferidas na vigência do referido decreto, só agora atacado na sua existência pela superveniência do motivo de anulação a ser decretada administrativamente.

Sinto ter de discordar do D.N.P.M., na defesa do que reputo ser a fiel execução da lei. O Código de Minas

proíbe a transferência do título de autorização de pesquisa, qualquer que seja a forma pela qual ela se efetue. As provas existentes no processo convenceram-me de que Fortunato Alves Pereira transferiu a Oswaldo da Silva Ribeiro seus direitos de titular do Decreto n.º 10.374, incorrendo na sanção legal da anulação do título. Considero obrigação que me impõem os deveres do cargo, cujas funções participam um pouco das dos auditores, pedir a aplicação da lei, sempre que a reconhecer violada.

Se o que fez Fortunato Alves Pereira não importa na transferência do seu título de autorização de pesquisa, de acordo com o espírito da lei, traduzido no art. 16, n.º I combinado com o art. 20 do Código de Minas, nada será mais fácil do que violar impunemente a proibição legal.

Como não posso concordar em que assim aconteça, no caso deste processo, pelas razões acima expostas, meu parecer é que deve ser decretada a anulação.

Salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 7 de março de 1944. — Luciano Pereira da Silva, Consultor jurídico do Ministério da Agricultura”.

CONCESSÃO DE PORTOS — NOVAÇÃO DO CONTRATO DA COMPANHIA DOCAS DE SANTOS — REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO FISCAL DAS EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1937 — INCOMPETÊNCIA DA LEGISLATURA FEDERAL PARA CONCEDER ISENÇÃO DE IMPOSTOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS

— As cláusulas e condições das concessões vigentes não podem ser substituídas por novas, em vantagem exclusiva do concessionário.

— Há em toda concessão de serviço público, a par da situação contratual, situações regulamentares, que facultam ao poder concedente o direito de intervenção, de fiscalização, de direção e controle do serviço concedido. O serviço público, apesar da concessão, não perde o seu caráter de serviço estatal e, por isso mesmo, à Administração se reconhece o direito de organizá-lo eficientemente, realizando todas as modificações necessárias ao seu bom funcionamento, ainda quando esse direito não esteja expresso no contrato.

— A Constituição de 1937 revogou a isenção tributária de que gozavam as empresas concessionárias de serviço público, em virtude de preceituações legais.

— A legislação ordinária federal não pode estabelecer isenções de impostos estaduais ou municipais.

MINISTÉRIO DA VIAÇÃO E OBRAS PÚBLICAS

PARECER

Exmo. Sr. Ministro :

I

1. A minuta de contrato, apresentada pelo D.N.P.R.C., de novação do contrato com a Cia. Docas de Santos, não merece acolhimento, a meu parecer.

Essa Companhia explora os seus serviços portuários mediante contrato perfeitamente válido, com as modificações regulares, contrato que vem sendo executado normalmente, com manifestos proveitos para a concessionária e para o público.

Por isso mesmo, não se justifica que se faça com a aludida Companhia *novo contrato* para substituir o contrato vigente. Em verdade, nenhuma lei exige novação de concessões, nem o Decreto n.º 24.599, de 1934, nem qualquer outro.

Além de tudo, o novo contrato, se fôsse celebrado, viria trazer novas vantagens, não previstas na concessão vigente, em benefício exclusivo da concessionária.

2. Na realidade, a concessão de serviço público sofreu profunda revisão, em sua natureza jurídica, nos últimos tempos.

Todos os autores, nacionais e estrangeiros, estão acordes em que há, em toda concessão, a par da situação contratual, situações regulamentares, que facultam ao poder concedente o direito de intervenção, de fiscalização, de controle e direção do serviço concedido. O serviço, apesar da concessão, não perde o seu caráter de serviço público e, por isso mesmo, o poder concedente tem o direito de organizá-lo eficientemente, realizando todas as modificações necessárias para o seu bom funcionamento, ainda quando esse direito não esteja expresso no contrato.

E' este, em verdade, princípio pacificamente aceito. E, exagerando-o, distinto professor da Universidade de Minas Gerais, Prof. ODILON C. ANDRADE, chega a preconizar, em obra especializada, concessão sem contrato (*Serviços Públicos e de Utilidade Pública*, 1937, págs. 113 e segs.).

Os contratos eram imprescindíveis, em realidade, quando fixavam tarifa para toda sua duração. Desde que deixaram de fazê-lo, sendo regulamentar, como o é, a matéria referente às tarifas, e, por outro lado, sendo indiscutível caber ao poder concedente controlar a concessão para que o serviço público se preste eficientemente, os contratos perderam a sua grande importância, constituindo, apenas, garantia ou segurança para o concessionário.

Assim sendo, não posso compreender queira o poder concedente se limitar, outorgando, de modo expresso, novas garantias, novas vantagens ao concessionário, que tem contrato regular, de vigência normal.

3. A minuta não cogita de adaptar, simplesmente, o contrato existente às normas do Decreto n.º 24.599, de 6 de julho de 1934 e demais leis vigentes. Se tivesse esse escopo, nada se lhe poderia objetar.

O citado Decreto n.º 24.599 limita o prazo máximo das concessões a 70 anos (art. 1.º) e, no entanto, o contrato com a Cia. Docas de Santos, na novação pretendida, continuará com os seus 90 anos de uso e gozo das instalações portuárias! (veja-se a cl. III da minuta).

O citado Decreto n.º 24.599 se propõe a outorgar às companhias a que se fizerem concessões de portos, a isenção, exclusivamente, de *impostos federais* (art. 17) e, no entanto, à Companhia Docas de Santos se pretende conceder isenção de todos os impostos *federais, estaduais e municipais*!

O adicional de 10 %, de que trata o Decreto-lei n.º 4.619, de 24 de setembro de 1940, e que deve ser recolhido integralmente ao Tesouro Nacional, "como receita ordinária da União" (Decreto-lei cit., art. 1.º), o D.N.P.R.C. ainda propõe seja entregue à Companhia para ampliação e melhoramento do Porto de que esta gozará até 1980!

O projeto de contrato, de que se trata, cria vários fundos, "de renovação de material" (Cl. XLI), "de conservação extraordinária"; 5 % para despesas de administração da concessionária, no Rio de Janeiro (cl. XLVI, § 1.º); direito de gozo e de venda de sobras de terreno de marinha, "independentemente de quaisquer ônus à referida concessionária" (cl. XIII e seus §§); direito a todas as isenções de impostos que venha a gozar qualquer concessionário de portos no país, inclusive os *Estados* (cl. IV, let. g); direito de explorar energia elétrica mesmo em concorrência com a municipalidade de Santos (cl. II, let. e); direito de escolher o fôro do Rio de Janeiro para ações que lhe forem propostas por *terceiros*, mesmo relativas às atividades da Companhia, em Santos! (cl. XX). A minuta assegura, ainda, à Companhia remuneração do capital nunca inferior a 6 % (cl. XXXIV e seu § 2.º) obrigando o Governo à revisão de tarifas (cl. XXXV), mesmo anual, contrariando o disposto no art. 14, § 1.º do Decreto n.º 24.599 cit. e onerando consideravelmente os cofres públicos em caso de encampação, ocasião em que o Governo teria que pagar o saldo que demonstre a conta de "lucros a compensar" (cl. XVIII, § 1.º).

Todos esses direitos e vantagens, muitos dos quais não gozam nem mesmo os portos explorados pelos Estados, não constavam do antigo contrato de concessão.

II

4. A questão relativa à *isenção de impostos*, tal como vem consignada nas cláusulas IV, letra c e LVII merece especial destaque.

Dispõe a cl. IV, let. c, em realidade, que a Companhia gozará de "isenção de impostos federais, estaduais e municipais, atuais ou futuros, que incidam ou possam vir a incidir nas instalações e serviços especificados na cláusula II e em atos praticados na qualidade de concessionária".

Esses "serviços especificados na cláusula II" a que se refere a transcrição supra (cl. IV, let. c) são os serviços, todos os serviços a cargo da Companhia, de sorte que se institui, na minuta de contrato, a mais ampla, a mais absoluta isenção fiscal. A mesma cl. IV, letra g ainda garantirá à concessionária, em desvirtuada interpretação do

art. 34 da Const. Federal, isenção de todos os impostos de que venha a gozar qualquer concessionário de portos, no país, ainda quando o concessionário seja um dos Estados da Federação?

A isenção fiscal é, como se vê, a mais ampla, a mais irrestrita.

A cl. LVII ainda reitera isenções fiscais decorrentes de preceitos de lei já revogados, os quais, segundo a mencionada cláusula, “*só agora cessam os seus efeitos e cuja força até a presente data, fica, expressamente, reconhecida. Em consequência — continua, ainda, a aludida cláusula — ficam cancelados os lançamentos e cobranças, mesmo ajuizadas decorrentes da interpretação de tais disposições*”.

5. Em realidade, a isenção fiscal, de que goza a Companhia, é “de direitos para todos os materiais necessários à construção e conservação das obras do porto e dos armazens que tiverem de edificar nos terrenos desapropriados, nos de marinha e aterrados, incluindo o combustível para o funcionamento das máquinas precisas ao serviço do porto e movimento das mercadorias” (contrato aprovado pelo Decreto n.º 966, de 7 de novembro de 1890, cl. VI).

Em 1903, a Lei n.º 1.145, de 31 de dezembro desse ano, declarou, em seu art. 19:

“Fica extensivo às companhias concessionárias de obras nos portos da República o disposto na cláusula 25.^a do Decreto n.º 4.228, de 6 de novembro de 1901, à semelhança do que fez o art. 14 da Lei n.º 813, de 23 de dezembro de 1901 com relação à Companhia Internacional de Docas e Melhoramentos no Brasil”.

Essa cl. XXV referida no art. 19 transcrito, rezava:

“Sendo federais os serviços que por esta concessão ficam incumbidos à Companhia, goza ela de isenção de quaisquer impostos que não os federais, dos quais igualmente fica isenta”.

6. Na realidade, por ocasião da promulgação dessa Lei n.º 1.145, a Constituição Federal de 1891, conforme era interpretada, isentava os concessionários de serviços públicos federais de todos os impostos. Daí, dizer a cl. XXV transcrita: “*Sendo federais os serviços... goza (a concessão) de isenção de quaisquer impostos...*”.

Era o sistema da Constituição Federal então vigente.

A Const. de 1934 deu expressão legal a esse mesmo princípio, acolhido pela doutrina e reiteradas afirmações jurisprudenciais:

“Art. 17. E’ vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

X — tributar bens, rendas e serviços uns dos outros, estendendo-se a mesma proibição às concessões de serviços públicos, quanto aos próprios serviços concedidos e ao respectivo aparelhamento instalado e utilizado exclusivamente para o objeto da concessão.

A Const. de 10 de novembro, no entanto, rompeu com essa prática, ou esse “conluio advocatício contra o bem público”, de que fala PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1937*, vol. I, pág. 624, declarando, literalmente, em seu art. 32, parágrafo único:

“Os serviços públicos concedidos não gozam de isenção tributária, salvo A QUE LHES FÔR outorgada, no interesse comum, por lei especial”. (Art. 32, let. c).

7. Com esse dispositivo, a Const. de 1937 revogou todas as isenções fiscais, de que gozavam as empresas concessionárias de serviço público. Essas companhias, a partir da Carta de 10 de novembro, como tem decidido o Supremo Tribunal Federal, perderam a sua isenção tributária, que lhes garantiam as preceituações legais (“*Revista Forense*”, vol. XCII, pág. 413).

8. E, então, no que concerne aos tributos estaduais e municipais, não prevalecerão nem as isenções que forem dadas por leis federais, ainda que o forem depois da Constituição de 1937. Essa Constituição, com efeito, ao contrário da de 1891, deu, expressamente, aos Estados e Municípios receitas próprias, atribuindo-lhes *impostos certos e determinados* (arts. 23-24 e 28.).

Assim sendo, se a legislação federal, aqui, pudesse conceder isenções fiscais, burlaria, facilmente, o intuito constitucional.

Certo, o poder de isentar é privativo de quem tributa; do contrário, seria uma burla a competência a este fim.

Como se manifestou o Ministro FILADELFO AZEVEDO, com a sua grande autoridade de juiz eminente do Supremo Tribunal Federal e professor emérito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, a lei especial a estabelecer isenções de impostos, — “a lei especial a que se refere o parágrafo único do art. 32 da Carta Magna, há de ser emanada do próprio poder beneficiário do tributo”, e somente por meio “de emenda constitucional se poderá permitir que pessoas de direito público interno façam favores à custa dos cofres, estanques, das outras, ainda que outorgando concessões (“*Rev. Forense*”, vol. 95, página 560).

Em realidade se o Governo Federal pudesse isentar os concessionários de serviços públicos federais dos impostos estaduais e municipais, também os Estados e Municípios teriam competência para isentar as companhias concessionárias de serviços públicos estaduais e municipais dos *impostos federais*.

O próprio Banco do Brasil, que alguns consideram departamento financeiro da União; que tem lei expressa outorgando-lhe isenção de impostos e taxas federais, estaduais e municipais (Decreto n.º 24.094, de 1934) e considerando-o “serviço público federal”; apesar disso, tem-se-lhe restringido a isenção de impostos federais e, quanto à de impostos e taxas estaduais e municipais, os juizes e tribunais não na têm reconhecido, pois julgam-na contrária à Constituição (Cfr. SÁ FILHO, *Estudos de Direito Fiscal*, publicação do Ministério da Fazenda, 1942, pági-

na 556; acs. do Supremo Tribunal Federal, in "Revista Forense", vol. 78, pág. 286; vol. 89, pág. 453).

9. De resto, o próprio Governo da União tem entendido que não cabe à legislação ordinária federal conceder isenção de impostos estaduais e municipais. Ainda recentemente, ao isentar os novos hotéis de todos os impostos, teve o cuidado de determinar, valendo-se do fato de acharem-se os Estados e municípios sob o regime de intervenção, que assim também procedessem, isto é, estabelecessem estes, também, a isenção do imposto estadual e municipal, respectivamente (Decreto-lei n.º 6.761, de 31 de julho de 1944, art. 7.º).

A própria legislação federal, como se vê, reconhece que é contrário à Constituição estabelecer, ela própria, isenção do impostos pertencentes, por expressa disposição constitucional, aos Estados e Municípios.

10. Com essas considerações, poder-se-á concluir que o Governo Federal, contratando com a Cia. Docas de Santos, para que lhe pudesse outorgar isenção de impostos estaduais e municipais, seria necessário que se compromettesse a reembolsar o Estado de São Paulo e o Município de Santos dos impostos que lhes são atribuídos por expressa disposição constitucional.

A União não pode, realmente, fazer liberalidades à custa dos cofres, estanques, dos demais cntes da Federação.

III

11. Várias outras cláusulas da minuta em aprêço, além das mencionadas no n.º 3 supra, estão a reclamar revisão ou supressão.

Mas, decididamente, a minuta apresentada não está, ao certo, nos moldes do despacho do Sr. Ministro, ao aprovar a sugestão de rever-se o contrato do Pôrto de Santos.

Não se trata, em verdade, da "revisão do contrato da Companhia, para ajustá-lo às exigências legais e resolverem-se as questões de incidência relativas aos fiscos estadual e municipal", na recomendação do Sr. Presidente da República, ao despachar a Exposição de Motivos n.º 2.024, de 1941 do Ministério da Fazenda.

Ao invés de atender-se à determinação presidencial, pretende-se substituir o antigo contrato de vinte e poucas cláusulas pela minuta em anexo com suas cinqüenta e oito cláusulas e inúmeros parágrafos. Um novo contrato a celebrar-se com a Companhia Docas de Santos em lugar do vigente! E as "questões de incidência relativas aos fiscos estadual e municipal" foram sumariamente resolvidas estipulando-se a mais completa, a mais irrestrita, a mais absoluta isenção de impostos federais, estaduais e municipais!

12. A minuta em anexo não se acha em condições de ser aprovada.

O meu parecer, portanto, é que o Sr. Ministro determine a volta do processo ao D.N.P.R.C., agora sob a competente direção do digno engenheiro Hildebrando de Góis e, então, se faça a revisão nos termos do despacho do Sr. Presidente da República, isto é, — revisão para ajustar o contrato às exigências legais e resolverem-se as questões de incidência relativas aos fiscos estadual e municipal.

Rio de Janeiro, 29 de dezembro de 1944. — A. Gonçalves de Oliveira, Consultor Jurídico do Ministério da Viação e Obras Públicas. — (Aprovado pelo Ministro).

JULGADOS

FUNCIONÁRIO PÚBLICO — ESTABILIDADE — INVESTIDURA IRREGULAR

— A estabilidade não é uma condição inerente a qualquer cargo público; ao contrário, sua existência sempre assenta expressamente em lei, quer em consideração à natureza da função, quer ao lapso de dez anos, a que alude a Constituição Federal. Cargos há, como os de confiança, os exercidos em comissão, ou em virtude de contrato, ou por tempo certo, em que, jamais, quem o exerce adquire garantias de estabilidade: são funções públicas instáveis por sua própria natureza.

— Outros casos de instabilidade decorrem da investidura irregular do funcionário.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recurso Extraordinário n.º 5.866

Relator: o Sr. Ministro Barros Barreto.

Recorrente: Albano Egídio Teles.

Recorridos: a Prefeitura Municipal de Nova Hamburgo e outro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso extraordinário n.º 5.866, do Rio Grande do Sul, em que é recorrente Albano Egídio Teles, sendo recorridos a Prefeitura Municipal de Nova Hamburgo e outro:

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em 1.ª Turma, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento, unânimemente.

O relatório do feito e as razões de decidir constam das notas datilográficas que precedem.

Custas na forma da lei.

Rio, 14 de agosto de 1944. — *Laudo de Camargo*, Presidente. — *Barros Barreto*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Barreto — Na ação ordinária ajuizada por Albano Egídio Teles contra a Prefeitura Municipal de Nova Hamburgo e o seu ex-prefeito Angelo Provenzano, pleiteou o autor a reintegração no cargo de tesoureiro, além do pagamento dos respectivos proventos, desde a data de sua exoneração.

Vencedor em 1.^a instância, como se vê da longa sentença à fls. 101 *usque* 112, tornou-se o autor vencido, no julgamento da apelação, perante o Tribunal do Rio Grande do Sul, diante do acórdão a fls. 144, assim concebido:

“Vistos, etc.

Acordam em julgar improcedente a ação.

Assim decidindo, dão provimento às apelações interpostas por Angelo Provenzano e pela Prefeitura Municipal de Nova Hamburgo.

Na presente causa, promovida por Albano Egídio Teles contra ambos os apelantes, pretende o autor a reintegração no cargo de tesoureiro da municipalidade de Novo Hamburgo, ou o seu aproveitamento em outro equivalente, e o pagamento dos vencimentos correspondentes ao referido cargo, a contar da data de sua exoneração até ser reintegrado.

Diz que foi nomeado para o mesmo em fevereiro de mil novecentos e trinta e dois, e dele tomou posse nessa data. Em novembro de mil novecentos e trinta e cinco foi exonerado por ato de arbítrio do prefeito, sem qualquer motivo ou justificativa. Fundado no art. 119, parágrafo único, da Const. Est. de 1935, que proíbe o afastamento, sem justa causa, de funcionários com menos de dez anos de serviço público requer a sua reintegração e o pagamento dos vencimentos que deixou de perceber em virtude de sua injusta exoneração.

A ação foi julgada procedente, determinando o Juiz de Direito a reintegração do autor no cargo que ocupava, ou em outro equivalente, e o pagamento ao mesmo dos vencimentos de seu cargo, desde a data da sua exoneração à da sua efetiva reintegração; decretou a responsabilidade solidária do prefeito que o exonerou, com fundamento no art. 158 da Constituição Federal. Dessa decisão apelaram ambos os réus.

Tomando conhecimento das apelações, reformam a decisão do julgador de 1.^a instância.

O autor não era um empregado público com garantias de estabilidade; ocupava eventualmente o cargo de tesoureiro da municipalidade de Novo Hamburgo, não tendo, porém, tomado posse regular do mesmo, pois não possuía título de nomeação nem prestara fiança para exercê-lo. Nada mais irregular e eventual, por conseguinte, do que a sua situação de funcionário municipal; dela não se pode deduzir quaisquer garantias de estabilidade em face da Constituição Estadual de 1935.

A estabilidade não é uma condição inerente a qualquer cargo público; ao contrário, sua existência sempre assenta expressamente em lei, quer em consideração à natureza da função, quer ao lapso de dez anos, a que alude a Constituição Federal. Cargos há, como os de confiança, os exercidos em comissão, ou em virtude de contrato, ou por tempo certo, em que, jamais, quem o exerce adquire garantias de estabilidade: são funções públicas instáveis por sua própria natureza.

Outros casos de instabilidade decorrem da investidura irregular do funcionário. E' o que sucede com o autor. Desempenhava um cargo, dependente de fiança, sem tê-la prestado previamente; nem sequer recebera o título de nomeação. Nada mais precária do que essa situação de mero ocupante dum cargo, por favor do administrador do município que o seu eventual substituto podia manter ou revogar a seu arbítrio, por constituir uma simples concessão da autoridade administrativa.

Nestas condições, não é necessário indagar se houve justa causa para a sua exoneração. A mesma foi regular em face das condições irregulares que revestiam a sua nomeação, posse e o exercício do cargo que ocupava.

Por isso, desprezam, por falta de fundamento legal, as pretensões do autor formuladas na presente ação, que julgam improcedentes.

Dando, assim, provimento às apelações, condenam o apelado nas custas.

Pôrto Alegre, 7 de janeiro de 1942. — *Samuel Silva*, Presidente.

Daí, a manifestação do recurso extraordinário, fundado no art. 101, III, alínea c, da Carta Constitucional vigente, por isso que o Tribunal local julgou válido o ato da Prefeitura Municipal, que, demitindo ilegalmente o recorrente, contrariara o disposto no art. 119, parágrafo único, da Constituição Estadual de 1935, e no art. 169, parágrafo único, do Estatuto Federal de 16 de julho de 1934 (fô-lhas 147).

As alegações das partes acham-se a fls. 150, 157 e 165, tendo oficiado a douta Procuradoria Geral da República, a fls. 168, nestes termos:

“O recurso extraordinário tem cabimento com fundamento no art. 101, letra c da Constituição, visto como o Tribunal recorrido julgou válido o ato de demissão do Recorrente, o qual foi impugnado não só em face da Constituição Estadual de 1935, como também da Constituição Federal de 1934.

O seu conhecimento, não deve ficar excluído pela não imposição do recurso de revista, tanto mais quanto o mesmo Recorrente procura assentar o seu direito em garantia Constitucional.

Quanto ao mérito, somos para que se confirme o acórdão recorrido.

Rio de Janeiro, 11 de julho de 1944. — *Eduardo Balthouth*, Procurador da República adjunto. — De acordo. — *Luiz Gallotti*. — Visto. — *Gabriel de R. Passos*”.

Está feito o relatório.

VOTO

O parecer da Procuradoria Geral a cuja leitura procedi, já acentuou, e com acêrto, o cabimento do recurso, pelo permissivo da letra c, de vez que a exoneração do autor, ora recorrente — impugnada em face da Constituição Federal de 1934 e da Estadual de 1935 — fôra dada por válida pelo acórdão do Tribunal do Rio Grande do Sul.

Conheço, assim, do recurso, a que *de meritis*, nego provimento.

Era precária a situação do postulante. Não gozava das garantias de estabilidade, porquanto havia sido investido, irregularmente, no cargo de tesoureiro da Municipalidade de Nova Hamburgo, sem título de nomeação e prestação de fiança, conforme salientou o venerando acórdão recorrido, apoiando-se nos elementos constantes dos autos. E, consequentemente, o ato de demissão, que se procurou invalidar, revestiu-se de inteira legalidade.

VOTO

O Sr. Ministro Anibal Freire — Conheço do recurso, com fundamento na alínea c do n.º 3 do art. 101 da Constituição, visto ter sido contestada a validade de ato do governo local em face de preceitos constitucionais e haver o Tribunal recorrido dado validade ao mesmo ato.

No mérito, nego-lhe provimento.

O acórdão recorrido examinou o caso de acôrdo com os textos da Constituição estadual referentes ao assunto, e então vigente, e concluiu pela improcedência da ação, atendendo a que o autor não apresentara os elementos necessários, mesmo os mais elementares, para o exercício da função, muito menos para a estabilidade assegurada na lei.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Conheceram do recurso e lhe negaram provimento, unanimemente. Não tomou parte no julgamento o Exmo. Sr. Ministro Castro Nunes, que não compareceu à sessão por motivo justificado.

NACIONALIDADE BRASILEIRA — AQUISIÇÃO MEDIANTE NATURALIZAÇÃO TÁCITA — TÍTULO DECLARATÓRIO

— A naturalização por decreto é um favor, que o governo pode recusar ou cassar, pois é um ato eminentemente político e de interesse nacional, devendo ser a aquisição da cidadania um ato de fé e lealdade.

— O título declaratório jamais foi havido como condição ou formalidade substancial para concretização da naturalização automática. E' um meio de prova, aliás apenas administrativo.

— Mas não é o título quem atribui a cidadania. E' a Constituição.

— Interpretação do art. 115, c, da Constituição.

— Idem, do art. 69 da Constituição de 1891.

TRIBUNAL DE APELAÇÃO DO DISTRITO FEDERAL

Recurso de Revista n.º 544, na Apelação Cível n.º 2.325

Relator : Sr. Desembargador A. Saboia Lima.

Recorrente : Armandilino Peixoto Nunes.

Recorridos : Espólio de Manuel Lopes de Barros e outros.

ACÓRDÃO DAS CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso de revista n.º 544 na apelação cível n.º 2.325, em que é recorrente Armandilino Peixoto Nunes e recorridos espólio de Manuel Lopes de Barros e outros :

Acordam em Câmaras Cíveis Reunidas, unanimemente, conhecer da revista, em face da divergência entre as decisões argüidas, e, no mérito, e por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso para restaurar a decisão na primeira instância, declarando, entretanto, o Sr. Desembargador Martins Teixeira que os autos deviam ir à Câmara de origem, para que esta aplicasse a tese contida no acórdão da Quinta Câmara Cível.

Provido que o *de cujus* era brasileiro, desaparece *ipso facto* o conflito internacional de leis. O presente recurso versa somente sobre a naturalização.

O recorrente alega que o falecido adotante, embora natural de Portugal, era brasileiro por tácita naturalização. A divergência entre os acórdãos postos em confronto é evidente, pois são teses diferentes. No acórdão recorrido foi decidido o seguinte :

“...Quanto à naturalização tácita, foi estabelecida de início pela Constituição de 1891, art. 69, n.º 4, o entendimento deste texto constitucional tem sido no sentido de que deve ser reconhecido, desde que não haja prova em contrário, manifestada a vontade do estrangeiro de conservar a sua nacionalidade...”

Segundo a lei n.º 389, de 25 de abril de 1938, art. 25 § 2.º, só por meio de título declaratório se pode provar naturalização tácita.

Esta lei é perfeitamente constitucional... Consequentemente, seria necessário que houvesse sido expedido o título declaratório a favor do estrangeiro, o que não existe.

Foi manifesta a sua intenção de conservar a nacionalidade de origem. Temos disso a prova inequívoca, em vários títulos e documentos. Na escritura de adoção... ele se declara português... Na certidão de casamento declara natural de Portugal.

O acórdão da Quinta Câmara, proferido na Apelação Cível n.º 809, assim decidiu :

“Ora, o *de cujus*... natural de Portugal... mas o dispositivo constitucional contém, na sua parte final, esta ressalva — *salvo se manifestarem a intenção de não mudar de nacionalidade*. O *de cujus* preencheu as três condições para a naturalização tácita, do art. 69 da Constituição de 1891 : residir no Brasil, ter filho brasileiro e ter imóvel no Brasil.

Examinemos que a intenção de mudar de nacionalidade foi devidamente manifesta, isto é, *pela forma*, e, no *tempo devido*. E' exato que no termo de casamento e no testamento declarou ser *natural de Portugal*; mas esta expressão não equivale à manifestação clara de querer conservar a nacionalidade de origem, devendo entender-se como indicando apenas o lugar do nascimento do declarante, “...desde 10 de dezembro de 1921 tornou-se o *de cujus* cidadão brasileiro por efeito de naturalização tácita, e assim não tem efeito jurídico a sua inscrição em 1927, como cidadão português, mais de cinco anos depois de se ter tácitamente naturalizado brasileiro”.

O art. 69, 5.º da Constituição de 1891, mantido pelo art. 115, letra c da Constituição de 1937, quanto aos que já tinham adquirido, determinou :

“São brasileiros : “... 5.º Os estrangeiros que possuírem bens imóveis no Brasil, e forem casados com brasileiros ou tiverem filhos brasileiros, contanto que residam no Brasil, salvo se manifestarem a intenção de não mudar de nacionalidade”.

São três requisitos e uma ressalva. A divergência entre os dois acórdãos está caracterizada.

O acórdão divergente exclui o título declaratório, uma vez que só exige os três requisitos clássicos, (residência, imóvel e liame de família); trazidas essas três provas, *ipso facto* o estrangeiro é brasileiro.

O acórdão recorrido exige, como necessário, o título declaratório como requisito e como único meio de provar a naturalização tácita.

O acórdão recorrido afirma que a expressão — natural de Portugal — indica o lugar de origem; não a nacionalidade; o acórdão recorrido diz o contrário. E' caso de revista.

Mérito — Admitido a revista, em face da divergência, merece provimento o recurso para ser adotada a tese do acórdão divergente, e, nestes termos, ser restaurada a sentença de primeira instância.

A naturalização por Decreto é um favor, que o governo pode recusar ou cassar, pois é um ato eminentemente político e de interesse nacional, devendo ser a aquisição da cidadania um ato de fé e lealdade, como bem afirma em erudito parecer o Dr. ERNANI REIS (*Arquivos do Ministério da Justiça*, vol. 2, pág. 138).

Além desta naturalização por Decreto, foram estatuidos no Brasil, mais dois modos de naturalização : a chamada “grande naturalização” e a *naturalização tácita* (art. 69, ns. 4 e 5 da Constituição de 1891).

O texto da carta de 1891 estabelece apenas três condições ou pressupostos positivos — um triplice liame, por

onde o indivíduo se identifica com o meio e se radica no país :

- a) possuir imóveis no país;
- b) estar casado com mulher brasileira, ou ter filho brasileiro;
- c) residir no Brasil.

Desde que os três pressupostos venham a se reunir, e que, na hora de sua integralização, o alienígena não externar a vontade evidente do favor legal, a naturalização inexpressa opera-se *ipso facto at que jure*.

Uma vez tácitamente naturalizado um indivíduo, pela só realização dos requisitos constitucionais, acompanhados do silêncio anuente, não pode mais voltar atrás a seu belo prazer. A manifestação impeditiva deve ser feita em tempo oportuno e pelos meios devidos, como diz o acórdão divergente.

Não se entendendo assim, a prova da naturalização tácita seria impossível e aleatória: seria permitir ao estrangeiro um silêncio calculado e doloso.

Numa palavra o alienígena considerar-se-ia brasileiro ou estrangeiro, segundo as conveniências ou interesses do momento. Como a nacionalização tácita é um benefício da lei, importando em renúncia à pátria de origem, a concordância do interessado é necessária : *inivito non datur beneficium*.

A Lei Magna, porém, não exige concordância expressa ou formalizada em escrito, nem em ato oficial. Contenta-se com a presumida, isto é, não tenha o candidato manifestado a intenção de não mudar de nacionalidade.

O título declaratório jamais foi havido como condição ou formalidade substancial para concretização da naturalização automática. E' um meio de prova, aliás apenas administrativo. E' certo que constitui um ato ou manifestação conveniente, para que o novi-brasileiro faça cessar, perante o público e as autoridades, uma situação de duvidade ou incerteza, e possa fruir as vantagens decorrentes da cidadania.

Mas não é o título quem atribui a cidadania. E' a Constituição. O nome dá-lo eloqüentemente : *declaratório*. Só se declara o que preexiste.

Se o título fôsse atributivo, não diferiria em nada da carta ou patente de naturalização comum. A Constituição estatui :

“São brasileiros...”, etc. sem subordinar êsse “são” a algum diploma. As próprias Constituições de 1934 e 1937 respeitam o direito solidificado dos já tácitamente naturalizados, a fim de evitar que brasileiros verdadeiros deixassem de ser brasileiros.

Tal naturalização opera-se automaticamente, somente pelo encontro na mesma pessoa dos três pressupostos constitucionais. E' o que ensinam os nossos constitucionalistas :

Assim, CARLOS MAXIMILIANO *doutrina* :

“O título declaratório é meio de prova, apenas, e não a condição para adquirir a nacionalidade : *declara*, documenta o direito adquirido pelo preenchimento dos requisitos exi-

gidos pelo art. 69, ns. 4 e 5, os quais podem ser provados por outros meios de direito. (*Comentários à Constituição Brasileira*, 1823, 2.^a ed., pág. 409).

No mesmo sentido EDUARDO ESPÍNOLA (*Direito Internacional Privado*, pág. 181) e PONTES DE MIRANDA (*Comentários à Constituição Federal*, 1938, vol. 3.^o, pág. 311).

Esta é a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal (*Revistas do S.T.F.*, vol. 18, pág. 289, *Revista da Jurisprudência Brasileira*, vol. 35, pág. 243 e *Revista do Direito*, vol. 140, pág. 281).

O ônus da prova da intenção de não mudar de nacionalidade cabe a quem contesta, a quem afirme ter havido manifestação em contrário. Deve-se atender ao conjunto das circunstâncias e não a fatos isolados ou insulados do resto.

Há mister que a intenção investigada seja expressa "pela forma e no tempo devido", e a expressão natural de Portugal não equivale à manifestação clara de querer conservar a nacionalidade de origem, devendo entender-se como indicando apenas o lugar do nascimento do declarante, não a nacionalidade, como afirma o acórdão divergente.

E' aliás o que tem decidido o Supremo Tribunal Federal, vol. 2, pág. 385 e *Revista de Jurisprudência Brasileira*, vol. 17, pág. 328. Finalmente o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 5.396, em acórdão do qual foi Relator o eminente Ministro FILADELFO AZEVEDO, estabeleceu os seguintes princípios:

1.^o) que é brasileiro o estrangeiro que se achava no Brasil em 1889; é presumido brasileiro, até que se exiba manifestação específica, em contrário, que tenha sido feita nos seis meses após a proclamação da República;

2.^o) que manifestações posteriores a essa data não prevalecem;

3.^o) que título declaratório não é condição, mas meio probatório;

4.^o) que a designação de "italiano" em documento público indica tão somente a nacionalidade (*Jurisprudência S. T. F.*, vol. 19, pág. 42).

Aplicando estes princípios, vemos que foi feita a prova que o finado Manuel Lopes de Barros se dizia e considerava brasileiro e o fato de ter declarado "natural de Portugal" não constitui prova de que quisesse conservar a nacionalidade.

Ao tempo em que se tornou brasileiro, pela ocorrência dos três requisitos, não existia restrição do Decreto-lei n.º 389. Já estava naturalizado tácitamente.

E' oportuno recordar que sendo a naturalização um favor e um ato político, a orientação do Governo é abolir quaisquer restrições em relação à imigração portuguesa e é sabido que o eminente Sr. Presidente GETÚLIO VARGAS, num requerimento de cidadão luso, solicitando sua permanência no país, em caráter definitivo, deu o despacho que teve mais profunda repercussão no Brasil e além-mar: *deferido por ser português*.

E' que é uníssono o pensamento nacional de que, entre nós, não há distinção entre brasileiros e portugueses quando se consideram os altos interesses do Brasil.

Em face do exposto, é dado provimento ao recurso para restaurar a decisão de primeira instância.

Rio de Janeiro, 22 de junho de 1944. — Dr. Alvaro B. Berford, Presidente. — A. Saboia Lima, Relator.
Ciente, 5 de outubro de 1944. — Romão C. Lacerda.