LOTERIAS — REGISTRO DE CONTRATO DE CONCESSÃO

— Registro do contrato celebrado por Manuel Campbell Pena para exploração da Loteria Federal.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

PROCESSO N.º 29.001

DECISÃO

Avisos ns. 184 e 189, de 27 de setembro e 9 de outubro dêste ano, do Ministério da Fazenda, relativos aos têrmos de 22 daquele mês, de contrato de concessão ao Sr. Manuel Campbell Pena, para exploração de serviço da Loteria

Federal (P. 29.001), relatado pelo Sr. Ministro Bueno Brandão.

O Tribunal ordenou o registro do aludido contrato.

O Sr. Ministro Ruben Rosa, vencido, formulou o seu voto nos seguintes têrmos:

I — A palavra *loteria* é, possìvelmente, originária do gótico "hlauts" significando "sorte". Na antiguidade clássica encontram-se traços da loteria. Hebreus e egípcios conheciam-na. A história romana é precisa: Augusto, Nero, Agripa, Domiciano, Heliogabalo instituíram loterias como acessórios das "festas saturnais".

Suetônio registra que Nero: "tra gli altri divertiment, ideó quello di gettare al popolo, dal balcone e dalle finestre molte cose di varie specie, tra le quali furono alcune polizze, e coloro che le ricevevano, secondo che in esse era scritto, guadagnavano grano vesti, oro, argento, gemme prezioze, tavole dipinte, schiavi, giumenti, fieri mansuefatte e domestiche. E nelle ultimo che furono gettate, chi le recevette guadagno ancora navi, case e possedimenti (Nuovo Digesto Italiano, vb. Lotterie e tombole. Roma 1938. Suétone, Les Douze Césars, Néron, cap. XI. Domitien, cap. IV, vol. 2, págs. 158 e 354), Paris, 1931. Texte traduit e anoté par Maurice Rat. Jérôme Carcopino, La Vida Cotidiana en Roma en el Apogeo del Imperio, pág. 344, B. Aires, 1944 segunda ed. trad.).

Sôbre a época romana é clássica a obra de J. G. H. Greppo, Recherches Historiques sur Loteries des Romains, Belley, 1835. Existe exemplar na Biblioteca dêste Tribunal — n.º 1.492.

Os Arquivos Históricos do século XV dão notícia de "Loterias" realizadas nos Países Baixos, em Gand, Utrecht, Bruges, Esluse e Malines, onde, em 1589, foi organizada com licença de Carlos V, a primeira loteria de beneficência: "en faveur de la Grande Confrérie de Monsieur Saint Georges et de l'Eglise Saint Pierre. Mais on les retrouve principalement au XV siécle en Italie, pays consideré comme étant le véritable berceau des lotéries, ou elles auraient été introduites, soit par Lorenzo Tonti, soit par Benedetto Gentile, soit encore por le batteur d'or Chuynes. Elles ne furent d'abord exploitées que par des particuliers, et notement par des comerçants Vénitiens désireux de se débarasser de leurs marchandises défraichies ou d'articles d'un prix trop eléve pour trouver preneurs. Mais le gouvernement florentin aurait institué une loterie, des 1530, quelque ce ne soit guerre acant 1600 que les Etats, et notement l'Angleterre et Venise, *sient commencé à en faire un systhéme regulier de finances*" (Pierre Coste, Les Loteries en Europe, pág. 16, Paris, 1933).

Lê-se na Enciclopédia Britânica:

"In The Italian republic on the 16th century the lottery principle was applied *to encourage the sale of merchandise*" (vb. Gaming and Wagering, vol. 10, pág. 11).

II — No Brasil, no mesmo ano da Proclamação da Independência, Pedro I encarregou o Banco do Brasil: *a*) de formar o plano de uma *loteria* para com o benefício dela *auxiliar* as despesas do Teatro São João, por "reconhecer a impossibilidade do proprietário, Fernando José de Almeida, de continuar a pôr em cêna espetáculos que sejam dignos de oferecer-se ao público desta Côrte; *b*) "de legalizar as contas do sobredito proprietário"...; *c*) "de suprir igualmente produto da nova loteria o excedente das despesas do Teatro, conservando em caixa o resto líquido para o aplicar no futuro ao mesmo fim do suprimento dos gastos", a que não chegaram os lucros procedentes das representações".

E justificou o ato afirmando que "os teatros são favorecidos em tôdas as Nações Civilizadas" — decreto de 26 de dezembro de 1822.

Já em 1825, entre os devedores particulares dêsse Banco, figurava dito Teatro pela quantia de cento e trinta contos entregues por ordem do Govêrno (Afonso Arinos de Melo Franco, História do Banco do Brasil, 1.ª fase:

1808, 1825, págs. 181 e 305, São Paulo, s/d.).

III — A lei de 6 de junho de 1831 proibiu loterias.

Quem folhear a "Coleção de Leis do Império" encontrará muitos "decretos" concedendo autorização para a extração de loterias com "finalidades beneficentes ou de interêsse social" — Lei n.º 1.099, de 18-9-1860. Apareceram, também, as loterias provinciais.

Proclamada a República, o jôgo de loterias não foi extirpado. Pelo contrário. Rui Barbosa, Ministro da Fazenda; apresentou ao Govêrno Provisório projeto permitindo a "livre venda", nesta cidade, dos bilhetes das loterias dos Estados, outorgados por contratos anteriores. Era a revogação do regime da Lei n.º 3.140, de 30-10-1882, art. 13. Reservou-se, porém, o Govêrno o direito de *regulamentar* as que, de futuro, se concedessem. O projeto foi aprovado levando-se em consideração o plano elaborado por Benjamin Constant em benefício do Instituto dos Cegos. (Dunschee de Abranches, Atas e Atos do Govêrno Provisório, pág. 152. Rio 1907, Rui Barbosa, Relatório do Ministro da Fazenda, janeiro 1891, vol. 1, pág. 439 e Anexo, Quadro n.º 51. Ver decretos n.º 207, de 19-2-1890; 2.778, de 22-3-1890; 563-A, de 10 de agôsto de 1890).

A Primeira Constituinte cogitou proíbir exploração de loterias (ver Agenor de Roure. A Constituinte Republicana, vol. 2, págs. 595 e 599. Rio de Janeiro, 1918).

IV — A loteria passou a ser objeto de "concessão" e a jurisprudência a considerá-la "serviço público". Diversas leis prorrogaram a vigência das *concessões* feitas pelo Govêrno federal:

"Não mais se repetirá o fato que ora se verifica, *v. g.*, com a Cia. de Loterias Nacionais do Brasil, que, há cêrca de 40 anos, vem detendo e explorando, sem *concorrência*, o contrato da concessão da loteria federal. Os prejuízos advindos ao erário com a manutenção dêsse regime funesto são incalculáveis. Basta assinalar que, em 1896, a concessionária começou pagando a quota fixa de 1.600 contos por ano. 35 anos depois, em 1931 paga pela mesma concessão a quota fixa de 2.412 contos por ano, ou seja a soma de 800 contos mais!" (*apud*, Exposição de Motivos ao decreto n.º 21.143, de 10 de março de 1932).

A legislação disciplinadora era esparsa e contraditória. A "Exposição de Motivos" cit. traça o *panorama* das loterias àquela época:

Em consequência da sua organização política federativa, no Brasil são permitidas uma loteria federal e uma em cada Estado, ou sejam 21 loterias ao mesmo tempo. A loteria federal efetua extração diária. As estaduais uma ou duas por semana. Feitos os cálculos, verifica-se que no Brasil se extraem, com tendência para aumento, cêrca de 1.400 loterias por ano, ou seja a média de 4 loterias por dia".

Em 1932, surgiu a primeira lei regulando a matéria como *um todo* (Decreto n.º 21.143 cit.; 24.368, de 9 de junho de 1934).

O Estado passou a autorizar e a marcar as condições pelas quais essa "atividade lícita" poderá ser *tolerada e exercida*, e a delimitar a *área* dessa especulação ao território sob a jurisdição do Govêrno que a concedeu (Clóvis Beviláqua, Direito das Obrigações, § 169 pág. 410. Rio, 1931, 3.ª ed.). O jôgo passou a custear obras de instrução e caridade, e a receita ordinária (1938) a ser alimentada com o produto das "contribuições" que recaem sôbre a concessão (ver orçamento para 1950, anexo I — 1-4 — 104-0-06-0).

Posteriormente, três "consolidações de normas" vieram curar do jôgo lotérico, guardando, tôdas as linhas mestras do decreto n.º 21.143, citado (ver decretos-leis ns. 853, de 12-11-38; 1.066, de 21-1-39; 2.600, de 19-9-40; 2.980, de 24-1-41 e o vigente de n.º 6.259, de 10-2-44. Há, ainda, uma *legislação especial* dispondo sôbre a realização do *Sweepstake* — decretos-leis n.º 338, de 16-3-38; 6.614, de 22-6-44, em vigor até

1960 — Lei n.º 1.131, de 12 de junho de 1950).

No *estrangeiro* observa-se a mesma coisa.

Em Portugal, a loteria constitui monopólio de assistência pública que o exerce pela Santa Casa de Misericórdia de Lisboa (Marcelo Caetano, Manual de Direito Administrativo, pág. 413. Lisboa, 1937).

São explorados, diretamente, pelo Estado, as loterias da Espanha, França, Holanda, Dinamarca, Alemanha, Polônia, Tchecoslováquia, Cuba, Colômbia, Bolívia. Os expositores apontam, ainda, as peculiaridades do Sweepstake Irlandês, das loterias Argentina, Venezuelana, Prussiana, Austro-Húngara, Alemanha do Sul, Saxe, Hamburgo, do Lôto Italiano (Pierre Costa cit., pág. 52; 64; 72; 77; 79; 80; 82; 88 e 95; Myzbach Rheinfeld, Précis de Droit Financier, págs. 96-102, Paris, 1910 (trad.); Fernandez de Velasco, Los Contratos Administrativos, pág. 329, Madrid, 1927; Carlos Eheberg, Hacienda Pública, pág. 87; 110; 562 e 597, Barcelona, 1929 (trad.); Louiz Trotabas, Précis de Science et Législation Financières, n.º 460, Paris, 1938; Cinquième éd. Hubert Meredith, Stoo Exchange, Les drames de l'argent à la bourgse e Londres, págs. 38-45, Paris, 1932 (trad.); La Vie Juridique des Peuples, II Tchecoscoláquia, pág. 119, Paris, 1932; VI, Suisse, pág. 52, Paris, 1935; José Gascón y Marin, Tratado de Derecho Administrativo, vol. 2, pág. 345, Madrid, 1935, 2.ª ed.; Alcides Greca, Derecho y Ciencia de La Administracion Municipal, vol. 2, pág. 195, Santa Fé, 1943, 2.ª ed.; Rafael Bielsa, Derecho Administrativo, vol. 4, pág. 203, Buenos Aires, 1947, 4.ª ed.; Hernandez Rón, Tratado Elementar de Derecho Administrativo, vol. 2, pág. 517, Caracas, 1937; Carlos Pareja, Curso de Derecho Administrativo, pág. 426, Bogotá, 1939, 2.ª ed. Alfredo Revilla Quesada, Curso de Derecho Administrativo Boliviano, págs. 363 e 470, Potosi, 1945; Antônio Lancis, Derecho Administrativo, pág. 492, La Habana, 1945, 2.ª edição.

Alinham-se, a seguir, algumas das *características* da lei sôbre loterias para compreensão da matéria em exame:

1. Sòmente os governos da União e dos Estados poderão explorar ou atribuir a exploração a concessionários de comprovada idoneidade moral e financeira, vedado àquela e a êstes mais de uma exploração lotérica — arts. 2 e 4.

2. E' proibida a introdução no país de *loterias estrangeiras* ou em qualquer Estado, bilhetes de outra loteria estadual — art. 46, *cfr.* Lei n.º 3.140, de 30-10-82.

3. Os estrangeiros que praticarem as infrações previstas em lei — arts. 45 a 54 e 58 — serão *expulsos* do território nacional, após o cumprimento da pena — art. 70.

4. A loteria federal terá *livre circulação* em todo o território nacional, enquanto as loterias estaduais ficarão adstritas aos limites do Estado respectivo — art. 2.º, § 1.º.

5. As concessões serão precedidas de *concorrência pública* sendo vedada a *prorrogação* de contratos, bem assim a *preferência* em igualdade de condições — arts. 5.º e 8.º.

6. A concessão só será outorgada a *brasileiros* ou firma composta de sócios brasileiros, excluídas as sociedades anônimas cujas ações não sejam tôdas nominativas — art. 7.º.

7. E' vedado ao concessionário *modificar* a sua firma ou transferir a concessão, sem prévio assentimento do poder contratante, exigida sempre a inalterável idoneidade moral e financeira do responsável, e perfeita garantia financeira, pelo prazo restante do contrato — art. 10.

8. A loteria federal e as estaduais subordinar-se-ão às seguintes condições — art. 9.º.

a) prazo máximo de 5 anos para as concessões;

b) distribuição de percentagem mínima de 70% em prêmios, sôbre cada emissão;

c) impossibilidade simultânea, direta ou indiretamente, de mais de um serviço lotérico pela mesma pessoa física ou jurídica;

d) duas extrações por semana com prêmios maiores de Cr$ 100 mil e Cr$ 5 milhões para loteria federal, e uma extração semanal ou quinzenal com os prêmios maiores de Cr$ 50 mil e Cr$ 1 milhão no caso de loterias estaduais;

e) emissão máxima, pela loteria federal, de 40 mil bilhetes para cada extração, e, pelas estaduais, de 6.000 por milhões de habitantes ou fração, fixado em qualquer caso o limite máximo de 40 mil bilhetes, salvo autorização especial para emissão em duas séries, as quais, entretanto, obrigatòriamente, serão do mesmo plano e se decidirão por um único sorteio no mesmo dia;

9. Os concessionários das loterias federal e estaduais ficam sujeitos ao pagamento das seguintes *contribuições*, em datas certas:

a) do impôsto de 5% sôbre a importância total de cada emissão, o qual poderá ser cobrado dos compradores de bilhete — art. 13;

b) do duodécimo da quota fixa anual, não podendo a referida importância ser inferior à paga durante o ano de maior arrecadação da vigência do último contrato — arts. 5.º, § 4.º, 14;

c) da importância de Cr$ 100 mil, a título de contribuição para os serviços de fiscalização geral de loterias — art. 15.

As contribuições das alíneas *a* e *b* serão escrituradas como "renda ordinária da União", na rubrica própria, destinadas a indenizar as despesas custeadas pela União com as obras de caridade e instrução em todo o país — art. 6.º.

"A fin de percebir el impuesto, impone la ley excepcionalmente *la ofrma de monopolio* a cargo de la Administración de la Hacienda. Estabeleciendo una prohibición de competencia que afecta a todos los ciudadanos, el reserva exclusivamente a la Administración del Estado ciertas actividades — *organizacion de una loteria...*" (Fritz Fleiner, Instituciones de Derecho Administrativo, pág. 347, Barcelona, 1935, trad.).

10. Ninguém poderá *distribuir*, *vender* ou *expor* à venda bilhetes de loteria federal ou estadual, sem ter sido prèviamente *licenciado* pela repartição federal competente — arts. 20 a 22.

11. a loteria federal não poderá ser *obstada* ou *embaraçada* por quaisquer autoridades estaduais ou municipais — art. 2.º e parágrafos.

12. Além dos ônus previstos no n.º 9 — e do impôsto de renda, *nenhum* outro impôsto, contribuição ou taxa federais. estaduais, ou municipais incidirá sôbre os bilhetes da loteria federal e respectivos prêmios — art. 71.

13. Os Estados poderão sujeitar as colocações dos bilhetes da *loteria que concederem*, a quaisquer outras licenças, taxas, impostos ou emolumentos — art. 21, § 1.º.

14. O bilhete de loteria é considerado para todos os efeitos título ao portador — art. 23.

15. São *nulas de pleno direito* quaisquer obrigações resultantes de loterias *não* autorizadas — art. 49.

"La loterie non autorisée est nulle d'une nulité absolue et d'ordre public" (Planiol et Ripert, Traité Elémentaire de Droit Civil Français, vol. II, n.º 1.214, pág. 515, Paris, 1932).

VI — O decreto-lei n.º 6.259, cit., dispondo sôbre os serviços de loterias, apesar de texto legal anterior à Constituição, continua em pleno vigor, visto não enfrentar nenhuma norma constitucional a imunidade fiscal concedida ao concessionário — art. 2.º, § 2.º, 21, § 1.º e 71. Em princípio, os serviços públicos concedidos são tributáveis — Const. art. 31, parágrafo único. Todavia, é lícito ao poder competente conceder "imunidade tributária"; o mesmo acontece com a União se a instituir, em lei especial, relativamente aos "próprios serviços", tendo em vista o "interêsse comum" — art. 31, parágrafo único, *in fine*. Ora, a loteria é um jôgo de azar, mas *tolerado* por lei que, regulamentando-o, estabelece as "con-

dições" em que pode ser permitido (ver Arq. Judiciário, vol. 58, pág. 225 e *Diário da Justiça* de 30-9-41, pág. n.º 2.343; decreto-lei n.º 6.259, cit., artigos 3.º e 4.º). O legislador assim o quis, tendo em vista o interêsse coletivo, deixando de lado preceitos éticos e morais (Colbert; Say). Assim, a concessão lotérica outorgada pela União goza de *ampla* isenção de impostos em virtude de lei especial — item V, n.º 12.

Tôda vez, portanto, que o Govêrno federal, nos limites da sua competência legítima, pratica um ato ou exerce uma atividade, ainda que o ato ou a atividade tenha a sua origem na circunscrição territorial de um dos Estados, e nela produza os seus efeitos, aquêle govêrno não se encontra em território estadual, nem o seu ato ou a sua atividade tem como *situs* êsse território; *onde se acha presente o Govêrno federal, no exercício da competência que lhe é delegada pela Constituição, aí é território nacional*, e todos os pontos sôbre que incide a atividade daquele govêrno são pontos do território nacional. Não há atividades federais exercidas em território estadual. Em se tratando de ação federal, em qualquer das suas partes, dos seus momentos ou das suas fases, é como se não existissem divisões políticas administrativas ou fiscais do território nacional. As jurisdições estaduais recuam na medida em que alcança sôbre a porção do território nacional, demarcada ao seu govêrno, a *jurisdição federal* que, em nenhum dos seus aspectos, das suas modalidades ou manifestações *poderá*, em caso algum e sob qualquer pretexto, *submeter-se à dos Estados*, ainda que entre elas houvesse igualdade, particularmente em se tratando de regime dual de govêrno, caso em que a supremacia cabe, irremissívelmente, à jurisdição federal ou nacional (Francisco Campos, Imunidade de Impostos, pg. 47, Rio, 1947).

VII — O *Diário Oficial* de 5 de maio dêste ano publica o edital de concorrência para exploração da Loteria Federal — pág. 7.005. Dito edital foi repetido no *Diário Oficial* de 8 e 12 do mesmo mês, págs. 7.116 e 7.371, respectivamente.

Dêle consta:

a) a concorrência pública foi aberta a 5 de maio *para* o dia 4 de julho p. f.

b) *Da inscrição*. Os candidatos à concorrência — pessoas físicas, sociedades mercantís ou civis — apresentarão à Comissão Julgadora da Concorrência *até às* 12 *horas do dia* 24 *de junho de* 1950, relacionados em duas vias, os documentos comprobatórios da sua *idoneidade e capacidade financeira*... condição I, e letras *a* a *v*.

c) *Do exame e julgamento*. Nos dez dias anteriores a 4 de julho de 1950, a Comissão de Concorrência examinará a idoneidade e capacidade financeira dos candidatos *inscritos, proferindo julgamento*. Antes da abertura das propostas quanto à *habilitação* ou *inabilitação* dêsses candidatos — condição quarta.

d) *Qualquer impugnação* à idoneidade e à capacidade financeira dos candidatos deverá ser formulada, devidamente justificada e comprovada, à Comissão de Concorrência, o mais tardar até 5 dias antes da data fixada para o *recebimento* das propostas, *salvo* ùnicamente às impugnações que se basearem em motivos *supervenientes*, as quais poderão ser formuladas até essa data — condição quinta.

e) *Das propostas* — As propostas serão *apresentadas* às 14 horas do dia 4 de julho, no Gabinete do Diretor das Rendas Internas à Sala 405 do Edifício do Ministério da Fazenda, em envelope lacrado, a indicação do proponente na sobrecarta, e *abertas* e *lidas* em sessão pública — condição sexta.

f) *Sòmente as propostas dos candidatos habilitados serão abertas* — condição sétima.

g) Juntamente com as propostas, deverão os candidatos *habilitados* apresentar recibo da *caução* de Cr$ 2 milhões em moeda corrente depositada no Tesouro Nacional para garantia da as-

sinatura do contrato da concessão — condição oitava.

VIII — Manda o Regulamento de Contabilidade Pública ao disciplinar as normas gerais das concorrências:

a) Em *tôdas* as concorrências públicas ou administrativas, a questão da idoneidade dos proponentes *será examinada e julgada, prèviamente*. Antes de abertas as propostas. *As propostas cujos autores não tiverem sido considerados idôneos não serão abertas* — art. 741.

b) Aos concorrentes será lícito reclamar contra a inclusão ou exclusão de qualquer concorrente na lista de idoneidade, mediante prova dos fatos que alegarem — art. 741, § 1.º.

c) A concorrência pública far-se-á por meio de publicação, no *Diário Oficial* de um *edital*... no qual deverão ser indicados... Os documentos comprobatórios de idoneidade ou de quaisquer outros requisitos que se tornem indispensáveis para poderem os proponentes ser admitidos à concorrência — art. 747, letra *d*.

d) As propostas *apresentadas* pelos concorrentes serão pelos mesmos assinadas e rubricadas em tôdas as páginas e deverão ser *entregues lacradas à* autoridade que presidir a concorrência — art. 748.

e) *Verificada em primeiro lugar*, a idoneidade dos concorrentes serão as propostas *abertas e lidas* diante de todos os proponentes, presentes a essa formalidade — art. 750.

f) Da reunião para *recebimento e abertura* das propostas lavrar-se-á uma *ata circunstanciada*, na qual se mencionarão tôdas as propostas apresentadas, *reclamações feitas*, e demais ocorrências que interessem ao julgamento da licitação — art. 752; pelo licitante João Antônio de Almeida Gonzaga Júnior, à idoneidade dos licitantes. Oscar Ribeiro da Silva Jordão e Cia. Imobiliária Niolia. Concluiu pela não aceitação das impugnações, de conformidade com os pareceres constantes dos processos respectivos.

g) A Comissão *proferiu julgamento* sôbre a idoneidade e capacidade financeira dos candidatos, *considerando habilitados* os 7 concorrentes inscritos nas segunda e terceira reuniões, respectivamente e *nada mais consta da Ata dessa reunião* (ver *Diário Oficial* de 28-6 e 1-7-50, págs. 9.767; 8.768 e 9.894).

IX — Por sua vez, a Ata da nona reunião testifica:

a) que no dia fixado pelo edital — 4 de julho — aberta a reunião, fêz-se a chamada dos candidatos, *todos presentes*...

b) procedeu-se ao recebimento de tôdas as propostas que se achavam devidamente lavradas e acompanhadas, cada qual, do recibo da caução;

c) foi feita a leitura das propostas, que, serão publicadas, na íntegra, e sem demora, no *Diário Oficial;*

d) as propostas, depois de lidas, foram rubricadas pelos licitantes e pelos membros da Comissão Julgadora.

"Nada mais havendo a tratar-se, deu-se por encerrados os trabalhos" (ver *Diário Oficial* de 4-7-50, página 10.042).

As propostas foram *publicadas* (*Diário Oficial* de 5-7-50, pág. 10.043). E, após exame, a Comissão de Concorrência concluiu pela classificação, em primeiro lugar, da proposta apresentada por Oscar Ribeiro da Silva Jordão.

O processo foi encaminhado ao Sr. Ministro da Fazenda para a *deliberação final* — Regulamento de Contabilidade Pública, arts. 754; 755; 740.

X — Pelo *despacho* do Sr. Ministro da Fazenda sabe-se:

a) o Exmo. Sr. Presidente da República aprovou *parecer* do Sr. Procurador Geral da República apreciando a representação formulada pelo licitante João Antônio de Almeida Gonzaga Júnior, contra a decisão da Comissão de Concorrência, *concluindo pela inidoneidade do candidato classificado em primeiro lugar*.

b) De feito o Exmo. Sr. Presidente da República *"deu provimento ao recurso"* (sic) conforme despacho publi-

cado no órgão oficial (*Diário Oficial* de 19-9-50, pág. 13.748).

Foi feito o adjudicamento a Manuel Campbell Pena, *classificado em segundo lugar pela mencionada* Comissão, da concessão do serviço da Loteria Federal por 5 anos (*Diário Oficial* de 20 de setembro de 1950, pág. 13.808).

XI — A concorrência — ato condição (Jèze); operação de procedimento (Hauriou); ato complexo (Presutti) — é o *processo legal e técnico* por meio do qual a Administração apura as melhores condições de idoneidade, conveniência e capacidade na prestação de serviços, realização de fornecimento e execução de obras. Permite a livre e igual inscrição. A escolha recai no licitante mais idôneo e que oferecer melhor vantagem. Compõe-se a *licitação* de uma *série* de atos sucessivos, todos interligados e tendentes ao mesmo fim: a realização do contrato (administrativo). Vai do despacho (a) que a ordena, passando pelo edital (b), inscrição dos licitantes (c) e julgamento de idoneidade dêles (d), abertura (e), exame (f) e classificação das propostas (g) concluindo, finalmente, pela adjudicação (h) (ver Regulamento Contabilidade Pc., *cfr.* Fernando Mendes de Almeida, Natureza Jurídica da Concorrência Pública, assim, especialmente, págs. 8 e 9 São Paulo, 1944; Alcides Greca, La licitación y el Privilegio en los Contratos Administrativos, págs. 18 e 21, Santa fé, 1941, Dezdor, Seabra Fagundes, Parecer, *in* J. C. de 9-7-50).

"Estas etapas o procedimentos deben considerarse *formalidades* integrantes de un mismo acto. Los vícios o nulidades que afectan a *una destas formalidades* — que se producen aparentemente como actos autonomos — *vician el acto en general* (Alcides Greca cit., pág. 47, *cfr.* Francesco d'Alessio, Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano; vol. 2, ns. 416 e 429, págs. 136 e 156).

XII — Na licitação cada etapa tem vida própria e prefixada, mas, a que lhe é sucessiva, só tem atuação com o têrmo da anterior. Tudo isso está a caracterizar uma *preclusão em cada um dos episódios dêsse ato-série*. Em certas fases, a lei marca o *momento* em que é lícito fazer *impugnações* (Reg. Contabilidade Pública, arts. 741; 752); "permitiendo a los licitantes vigilarse entre si y assegurarse la imparcialidad de la administracion publica" (Alcides Greca, cit., pág. 25).

Antes da finalização do *incidente* não tem início a subsequente fase.

Mas, começada a nova etapa, a preclusão que recai sôbre a anterior veda a reabertura da fase exaurida (*i*) procedimento "*stesso é esaurito e non può più riaprise* (Vita).

"Io ho osservato che ogni processo qual meno, per assicurare precisione e rapidita allo svolgimento digli atti giudiziari, pone dei limiti all'esercizio determinate facoltà processuali, colla conseguenza che *dillà da quel limiti queste facoltà* non si possono più esercitare. Ho data a codesta conseguenza il nome di *preclusione* (Giuseppe Chiovenda, Cosa Giudicata e Preclusione, págs. 4, 7 e 38, Roma, 1933, *cfr.* Nuovo Digesto Italiano, vb. Preclusione, n.º 1, Roma, 1939).

Dir-se-á: o processo em causa é de *caráter administrativo*. Pouco importa. A lei e o edital de licitação estabeleceram a *preclusão* em relação a cada etata da concorrência. Ao demais, Ludwig Spiegel, discorrendo sôbre direito administrativo e direito processual — cap. V — mostrou, à saciedade, a aplicação dêsse instituto — pág. 118.

"Los distinctos modos del procedimiento administrativo forman una amplia escala, cuyos miembros extremos revelan una *estrecha afinidad con el procedimiento* civil. Claro os que *no* existe un tipo normal de procedimiento administrativo, *un patrón* aplicable a la mayoria de los casos y modificable a tenor de las necessidades (Derecho Administrativo, pág. 95, Barcelona, 1933, trad.; Col. Labor, *cfr.* Adolf Merkl, Teoria General del Derecho Administrativo, § 8.º especialmente, pág. 169, Barcelona, 1935, trad.

XIII — Verificado o *julgamento da idoneidade*, inclusive quanto as *impugnações*, tem lugar a abertura das propostas, tão sòmente dos candidatos julgados idôneos (Regulamento Contabilidade Pública, arts. 741 e § 1.º e 750. Condições 4.ª, 5.ª e 7.ª do Edital. Nem doutra forma, a lei brasileira é divulgada no estrangeiro; ver Jacobo Wainer, Contratos Administrativos, pg. 83, Buenos Aires, 1939).

"La preclusione può derivare del cumplimiento di *un attività incompatibile con quella da sperimentarsi* (Nuovo Digesto cit., vb., cit. n.º 2).

Não se trata de preceito novo. Já a Lei n.º 2.221, de 20-12-1909, determina ao disciplinar as *regras* a serem observadas na concorrência:

A questão da idoneidade dos proponentes será examinada e julgada prèviamente, antes de abertas as propostas. As propostas, cujos autores não tiverem sido considerados idôneos, não serão abertas — art. 54, letra *a*.

Não diverge a lição dos mestres.

Em tôdas as concorrências tem *absoluta importância* a idoneidade dos concorrentes. Na realização de uma concorrência *não* são aceitas e *nem* abertas as propostas dos concorrentes *não* considerados idôneos (Manuel Marques de Oliveira, Lições de Contabilidade Pública, pág. 162, Rio, 1940; terceira ed.; Agenor de Roure, o Orçamento, págs. 213, 219 e 220, Rio, 1926).

XIV — Tanto acarreta a *preclusão de uma fase processual e ato* do julgamento de idoneidade que, em 1929, o Senador Mendonça Martins apresentou projeto alterando o regime das concorrências (e, note-se bem, não se referiu às concorrências públicas).

A concorrência sumária trás no projeto algumas particularidades. A *idoneidade dos concorrentes deixou de ser objeto de exame prévio*. Feita a caução prefixada, presume-se, essa qualidade no fornecedor, até prova em contrário. A impugnação, julgada procedente, admite *recurso* para o Ministro *com efeito suspensivo*. "Nesse caso, diz o art. 4.º do projeto, *adiar-se-á a abertura das propostas e sòmente depois* de julgado o recurso, far-se-á nova designação, que será avisada aos interessados pelo jornal oficial". Há ainda a possibilidade de ser declarada *ex-officio* a idoneidade do fornecedor, com as mesmas consequências. O artigo 741 do R. G. C. P. atende muito melhor aos interêsses públicos, estabelecendo o *afastamento dos concorrentes* e evitando a perturbação na marcha dos serviços, no que importa o recurso com efeito suspensivo (Pedro Leiros, Das Concorrências Administrativas Permanentes, pg. 12 e 13, Natal, 1930).

Recente Lei Argentina sôbre "obras públicas" institui o "registro nacional de construtores", "a los efectos de calificación y capacitación de las empresas". Comentando-a o eminente professor Rafael Bielsa propugna a criação de um recurso.

"Es necesario *instituir un recurso* contra las decisiones que se consideren injusta en punto al registro (Anuario del Instituto de Derecho Publico, ano 1948, págs. 7 e 398, Rosário, 1948).

XV — Na ocasião da Primeira Concorrência para a concessão da loteria — fevereiro de 1950 — a Comissão respectiva decidiu não caber impugnação, após o julgamento da idoneidade de todos os candidatos. E o Sr. Ministro da Fazenda aprovou entendimento por duas vêzes. Em relação as petições dos candidatos impugnados, a Comissão voltou à matéria:

a) "o texto legal não permite qualquer dúvida quanto ao momento em que aos concorrentes é lícito reclamar contra essa exclusão; se o julgamento da idoneidade deve preceder à abertura das propostas e, por outro lado, deve tomar em consideração as reclamações que, porventura, manifestem os concorrentes *logo após* o julgamento da idoneidade dos proponentes e *antes* da abertura das respectivas propostas.

b) Qualquer impugnação à idoneidade dos concorrentes deve ser apresentada *logo após* o julgamento dessa idoneidade e *antes* da abertura das respectivas propostas" (ver Concorrência

da Loteria Federal, págs. 47, 48, 50 e 51, Rio, 1950 — Publ. Oficial).

"La Comission d'Admission *delibére et statue definitivement sur* l'admission des concorrents (Gaston Jèze, "Les Principes Généraux de Droit Administratif, vol. 4, pte., 1.ª, pág. 90, Paris, 1934).

XVI — O despacho de fls. dando provimento ao "recurso" para excluir o candidato classificado em primeiro lugar pela Comissão de Concorrência, é *extemporâneo* e de *nenhum efeito*. Outro tanto acontece com a adjudicação feita com assento nesse despacho "ver item X).

"La finalità della preclusions si esaurisce colla chiusura del processo, cosigli effetti della preclusione non accedono i confini di questo (Chiovenda, cit., pág. 45).

Em 1943, a questão já fôra *suscitada e decidida* nos têrmos ora expendidos.

"De acôrdo com o Regulamento de Contabilidade Pública arts. 741 e 750, a idoneidade dos concorrentes é uma *questão preliminar* que se deve resolver em presença das propostas... *Antes de resolvida a questão da idoneidade pelo exame das provas opostas à exclusão, esta não se poderia considerar definitiva, nem poderiam ser abertas as propostas dos concorrentes julgados idôneos* (Hahnemann Guimarães, Pareceres do Consultor Geral da República, ano de 1943, vol. 3, págs. 48 e 49, Rio, 1947 — Parecer n.º 198-N, na Concorrência Pública para a Concessão da Loteria Federal).

XVII — Em conclusão:

Voto, preliminarmente, pela *recusa do registro* do contrato pela inobservância dos arts. 741 e 750 do Regulamento de Contabilidade Pública e das condições 4.ª, 5.ª e 7.ª, do Edital, que, no meu entender, atinge, em sua essência, a *regularidade* do processo de concorrência.

"Cuando el legislador exige requisito esencial en la realización de un acto del poder público, lo establece siempre por *motivo de interés público*. No puede satisfazer a esse interés, ni al espíritu de la ley, el que so la llene a medias, o que la autoridad se valga de una grosera simulación" (Alcides Greca, cit., pág. 20).

Não me cabe, sequer, entrar no *mérito* do ato governamental, nem examinar as razões de moralidade, conveniência ou oportunidade que o teriam motivado. Limito-me, como é de meu dever de Juiz, ao exame do processo em face de lei, isto é, tão sòmente, da sua legalidade (Lei n.º 830, de 23-9-49, art. 34, n.º III).

*

O Sr. Ministro A. Alvim Filho fundamentou o seu voto nos seguintes têrmos:

A 22 de setembro último, foi assinado "o têrmo de concessão ao Senhor Manuel Campbell Pena para a exploração do serviço de Loteria Federal", no qüinqüênio de 1950 a 1955.

E a 27 do referido mês, o Sr. Dr. Guilherme da Silveira, Ministro da Fazenda, remeteu ao Tribunal de Contas (fls. 15):

a) — uma fôlha do *Diário Oficial*, edição de 25 dêste mês, em que está publicado o contrato (fls. 2);

b) — a minuta do contrato (fls. 5);

c) — "o processo referente ao têrmo de contrato de concessão ao Senhor Manuel Campbell Pena, para a exploração do serviço da Loteria Federal, com as vinte a quatro pastas que contêm a documentação apresentada pelo concessionário".

Naquela mesma data, isto é, a 27 de setembro próximo findo, o Senhor Dr. Djalma Monteiro, diretor da Segunda Diretoria do Tribunal de Contas, distribuiu o processo ao Sr. Correia da Silva (fls. 17), que o informou no dia 29 (fls. 16-17).

Desta informação consta o seguinte:

"O contrato foi celebrado com observância dos dispositivos aplicáveis, publicado e recebido no Tribunal, nos prazos legais, não parecendo em condições de registro, porque veio uma só

cópia do têrmo e na data da assinatura já tinha perdido seu valor o documento D 5, da pasta 2. A cópia do têrmo anexo não está autenticada".

Em parecer datado de 4 dêste mês, diz o Sr. Dr. Djalma Monteiro, diretor da Segunda Diretoria do Tribunal de Contas (fls. 18-19):

"Em face da autorização contida no decreto-lei n.º 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, foi aberta concorrência para a exploração da Loteria Federal do Brasil, no período de 5 anos.

2. O edital de concorrência, datado de 5 de maio último, foi publicado no *Diário Oficial* de 12 dêsse mês, e fixava datas diferentes para o julgamento da idoneidade e capacidade financeira dos licitantes, a 24 de junho e para abertura e julgamento das propostas, a 4 de julho.

3. Os candidatos inscritos foram julgados habilitados, pelo que, na data ajustada, foram classificados os concorrentes conforme as maiores vantagens oferecidas em proveito do Tesouro Nacional.

4. Classificou a comissão de concorrência, em primeiro lugar, a proposta de Oscar Ribeiro da Silva Jordão (Cr$ 1.803.854,00) e, em segundo, a de Manuel Campbell Pena (Cr$ 1.738.250,00), conforme se vê do mapa comparativo de fls. 110, do processo junto.

5. Concorrentes houve que apresentaram vantagens superiores a essas, mas as propostas respectivas não foram aceitas por não terem sido previstas essas vantagens no edital.

6. Não se conformou o licitante João Almeida Gonzaga Júnior com o resultado da concorrência e representou contra o concorrente favorecido, sob o resultado da concorrência e sob a alegação de falta de idoneidade, prevista na 3.ª condição do edital — fls. 4 do processo junto.

7. Não foi desde logo aceita a representação, do que resultou recurso para o Senhor Presidente da República, e parecer a respeito do Consultor Geral da República.

8. Apurou êste, em face dos documentos apresentados pelo signatário da representação e do relatório que a respeito apresentou a Caixa Econômica de São Paulo (fls. 198) que, de fato, o vencedor da concorrência não tinha idoneidade para a exploração do aludido serviço de loterias (fls. 200 a 213).

9. Com êsse parecer concordou o Senhor Presidente da República e, assim, foi adjudicada a exploração da Loteria Federal ao segundo colocado, Manuel Campbell Pena.

10. Daí o contrato de 22 de setembro último, publicado no *Diário Oficial* de 25, recebido no Tribunal a 27.

11. Consta da farta documentação que a êste acompanha que o contratante satisfaz os requisitos legais, inclusive apresentando certidão referente à prova de quitação com o serviço militar e impôsto de renda.

12. Além da caução, em espécie, prestada no Tesouro (Cr$ ..... 3.000.000,00), o contratante apresentou a escritura de garantia da sua capacidade financeira, a qual fica fazendo parte integrante do contrato lavrado.

13. Em se tratando de garantias constituídas sôbre imóveis, e sendo o contratante, casado, foi pela sua mulher, passada a procuração de fls. 225, do processo junto, em que foram outorgados poderes ao contratante para o fim colimado.

14. Assim, observadas como parece que foram as diversas formalidades legais atinentes à espécie, inclusive com relação à aprovação tácita do contrato pelo Sr. Ministro da Fazenda (fls. 15), sou pelo registro do contrato.

15. A cópia enviada não contém a assinatura das partes contratantes e testemunhas, mas a publicação feita no *Diário Oficial* está perfeita, pois que dela constam tais assinaturas.

16. O documento a que alude o final da informação produziu os efeitos legais, na data própria".

Em igual data (a 4 de outubro), o Dr. Álvaro Werneck, adjunto do procurador, no exercício do cargo de pro-

curador, emitiu o parecer do teor seguinte (fls. 19 v.):

"Observadas como foram, tôdas as formalidades legais atinentes à lavratura do contrato, quer anteriormente à êsse ato, quer posteriormente, o qual trará grandes benefícios para a Fazenda Nacional, parece-me estar o mesmo em condições de merecer o registro por parte dêste Tribunal".

O Tribunal de Contas, na sessão de 6 de outubro converteu "o julgamento em diligência para que lhe seja presente, devidamente autenticada, cópia do contrato em aprêço (fls. 20)".

Não tomei parte nesse julgamento por estar na ocasião em meu gabinete, despachando como Ministro semanário.

Deu-se conhecimento, na mesma data, ao Sr. Ministro da Fazenda (fls. 21), da decisão do Tribunal de Contas.

O Sr. Ministro da Fazenda, com o Aviso n.º 189, de 9 de outubro, remeteu ao Tribunal de Contas uma cópia do contrato (fls. 30).

Dito Aviso foi distribuído, na mesma data, pelo Sr. Dr. Djalma Monteiro, Diretor da Segunda Diretoria do Tribunal de Contas, ao Sr. Célio Ferreira da Costa, que, no dia seguinte prestou a informação nestes têrmos (fls. 29):

"Com o Aviso n.º 189, de 9 do corrente mês, o Sr. Ministro da Fazenda encaminha cópia autenticada do contrato de concessão a Manuel Campbell Pena para exploração do serviço de Loteria Federal, lavrado na Procuradoria Geral da Fazenda Pública.

Está assim satisfeita a diligência ordenada pelo Tribunal em Sessão de 6 de outubro atual (fls. 20) motivo por que proponho seja registrado o contrato".

Foram juntas ao processo:

a) uma representação de Oscar Ribeiro da Silva Jordão, com fundamento no art. 141, parágrafos 37 e 38, da Constituição federal, "contra o ato do Senhor Ministro da Fazenda, constante do despacho proferido, a 18 de setembro no processo de concorrência do serviço de Loteria Federal, que adjudicou a concessão a Manuel Campbell Pena", e na qual se declara ter sido impetrado mandado de segurança (fls. 31);

b) fotostática de um recibo de parte do preço relativo à promessa de compra e venda de um terreno, que fôra dado por Manuel Campbell Pena como prova de idoneidade financeira... (fls. 34);

c) certidão, extraída do processo de mandado de segurança, e dela constando ter sido "indeferida a medida fundada, no § 2.º do art. 324 do Código de Processo Civil, por isso que incabível na hipótese (fls. 37).

Prestando nova informação, diz o Sr. Célio Ferreira da Costa, em data de 10 de outubro (fls. 35);

"Oscar Ribeiro da Silva Jordão, com fundamento no art. 141, parágrafos 37 e 38, da Constituição federal, representa contra o ato do Sr. Ministro da Fazenda, constante do despacho proferido a 18 de setembro último no processo de concorrência para exploração do serviço de Loteria Federal, que adjudicou a concessão a Manuel Campbell Pena e em consequência do qual foi remetido, para registro o respectivo contrato, a êste Tribunal.

2. Dispõe o citado § 37 do art. 141 da Constituição:

"E' assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos Poderes Públicos, contra abusos de autoridade, e promover a responsabilidade delas".

3. Preliminarmente, não tem êste Tribunal competência para apreciar o alegado abuso do Sr. Ministro da Fazenda, e promover-lhe a responsabilidade. Não, é, assim, de ser conhecida a presente representação, quanto ao apontado fundamento.

4. É, também, inaplicável à espécie o mencionado § 38 do art. 141 da Lei Magna, o qual prevê a ação popular, que só poderia ser proposta no Judiciário.

5. Quanto ao mérito, alega-se que Oscar Ribeiro da Silva Jordão apresentou proposta e logrou classificar-se em

primeiro lugar, havendo sido preterido pelo segundo colocado, quando só faltava a adjudicação. Não foi feita qualquer prova nesse sentido, razão pela qual proponho, caso desprezadas as preliminares acima, seja anexada esta representação ao processo relativo ao contrato citado, para o fim de ser verificado se, na concorrência, houve ou não infração do art. 750, princípio, do Regulamento Geral de Contabilidade Pública".

Na mesma data, isto é, a 10 de outubro, diz o Sr. Dr. Djalma Monteiro, Diretor da Segunda Diretoria do Tribunal de Contas (fls. 38-39):

"Com a juntada de nova cópia do contrato, devidamente autenticada, foi satisfeita a diligência ordenada pelo Tribunal, na respeitável decisão de fls. 20.

2. Há a acrescentar ao que foi dito no parecer de fls. 18 e 19 que o concorrente desclassificado, Sr. Oscar Ribeiro da Silva Jordão, apresentou a êste Instituto a reclamação de fls., em a qual se diz esbulhado do seu direito preferencial.

3. A sua desclassificação do primeiro lugar, como signatário da proposta mais vantajosa aos cofres públicos, teve lugar por não ter sido reconhecida idoneidade ao licitante.

4. Provou êle, com documentos juntos ao processo, que nos últimos dez anos, nada havia que desabonasse a sua conduta, o que satisfazia a exigência do edital de concorrência que exigiu a prova apenas nos últimos cinco anos.

5. Entretanto, a desclassificação teve lugar à vista do parecer do Senhor Consultor Geral da República que, por sua vez se baseou na informação a respeito prestada pela Caixa Econômica de São Paulo.

6. Com o parecer do Consultor Geral, ficou de acôrdo o Exmo. Sr. Presidente da República.

7. O reclamante declara que requereu mandado de segurança contra o ato que o afastou da concorrência, mas a certidão ora apresentada, de fôlhas, prova que a medida liminar requerida foi indeferida, prosseguindo o feito na forma da lei.

8. Em a reclamação aludida se faz referência a medidas tomadas pelo contratante, Sr. Manuel Campbell Pena, para alienar imóveis dados em garantia adjeta ao contrato assinado.

9. A hipótese foi prevista no têrmo respectivo, classes 2.ª, 4.ª que determina seja a escritura inscrita no Registro de Imóveis, dentro do prazo de 30 dias, a partir do registro do contrato pelo Tribunal.

10. Como se vê, os interêsses da Fazenda Pública estão salvaguardados, cabendo à procuradoria da Fazenda providenciar, caso haja tentativa de burla à garantia assumida, no transcurso dos 30 dias a que alude a citada cláusula.

11. Em tais condições, parece que o contrato poderá agora ser registrado".

Ainda a 10 de outubro, o Sr. Álvaro Werneck, adjunto do procurador no exercício do cargo de procurador, emitiu novo parecer, nestes têrmos (fls. 39-39v.):

"Não compete a êste Tribunal, apreciar os motivos que determinaram ser o primeiro classificado na concorrência, julgado inidôneo para o contrato de tal vulto.

A medida constitucional requerida pelo mesmo reclamante, foi indeferida pelo poder competente, conforme prova o documento de fls. 37.

Cumprida como foi, a diligência determinada pelo Tribunal, para sanar a falha de formalística processual, ratifico a minha promoção de fls. 19 verso".

Submetido o processo a julgamento na sessão do dia 13 de outubro, dêle pedi vista, que foi deferida (fls. 40).

Tendo devolvido o processo na sessão imediata, a 17 de outubro, o Tribunal mandou "baixar o processo à Diretoria, para serem juntos, por linha, os documentos apresentados, com vista em seguida ao Sr. Procurador e ao Sr. Ministro Ernesto Claudino" (fls. 41).

A 18 de outubro, informa o Sr. Célio Ferreira da Costa (fls. 42):

"Em cumprimento da respeitável decisão tomada em Sessão de ontem, dia 17, a fls. 41, fiz a juntada, por linha, dos documentos que passam a constituir o anexo n.º 3; ao presente, contendo 16 fôlhas".

A 19 de outubro, diz o Sr. Dr. Djalma Monteiro, diretor da Segunda Diretoria do Tribunal de Contas (*ibidem*):

"Satisfeita a diligência ordenada pelo respeitável, despacho de fls. 41, submeto todo o processado à consideração do egrégio Tribunal, indo antes ao gabinete do Sr. Dr. Procurador Geral".

O Sr. Dr. Leopoldo Cunha Melo, procurador junto ao Tribunal de Contas, emitiu em data de 23 de outubro o parecer do teor seguinte (fls. 42-66):

"Constitui objeto do presente processo o contrato assinado com Manuel Campbell Pena, para exploração, no qüinqüênio de 1950 a 1954, do serviço da Loteria Federal.

Para a concessão do referido serviço, duas concorrências já abriu a Administração pública federal.

A primeira dessas concorrências, como se sabe, foi anulada.

Da segunda resultou a assinatura do contrato de fls. trazido ao conhecimento e julgamento do Tribunal de Contas, em obediência ao art. 77, n.º III, da Constituição federal.

Talvez, ainda agora, por alguns dos motivos da anulação da primeira concorrência e outros novos, uns e outros de interêsse público, andasse o Govêrno melhor avisado anulando também essa segunda.

Não nos compete, porém, indagar, emitir parecer sôbre o que a Administração deveria fazer e sim sôbre o que fêz.

Antes de conceder a exploração da Loteria Federal, no próximo qüinqüênio, ao concorrente Manuel Campbell Pena, segundo classificado pela comissão que presidiu à concorrência aberta, mandou o Sr. Presidente da República ouvir o Chefe do Ministério Público Federal, que emitiu o parecer de fls. 200 a 213.

Data venia, a audiência do Procurador Geral da República, no caso, quando não se trata do exame dum ato administrativo já submetido ao exame do Poder Judiciário, é original. E' uma inovação.

Ouvido, na oportunidade, deveria ter sido o Consultor Geral da República.

Mas fôrça é confessar que a originalidade, a inovação, tiveram o êxito de trazer aos autos um parecer de grande autoridade sob todos os aspectos aprovado por quem o solicitou e baseado no qual o Sr. Ministro da Fazenda proferiu o seguinte despacho:

"Tendo em vista as conclusões dos estudos da Comissão designada pela Portaria n.º 461, de 20 de junho de 1950, e de conformidade com as quais foi julgada mais vantajosa a proposta apresentada por Oscar Ribeiro da Silva Jordão;

considerando, entretanto, que o Doutor Procurador Geral da República, apreciando a representação formulada pelo licitante João Antônio de Almeida Gonzaga Júnior contra a decisão da mesma Comissão, emitiu parecer concluindo pela inidoneidade do candidato classificado em primeiro lugar;

atendendo a que o Senhor Presidente da República aprovou êsse parecer, o que importa na eliminação do mesmo candidato, da concorrência a que se procedeu.

Resolvo, adjudicar a Manuel Campbell Pena, classificado em segundo lugar pela comissão julgadora, a concessão do serviço da Loteria Federal por cinco anos.

À Diretoria das Rendas Internas, para os devidos fins.

Rio, 18 de setembro de 1950. — *Guilherme da Silveira*".

II — Sôbre o contrato assinado com o Sr. Manuel Campbell Pena, já se manifestou o Dr. Adjunto de Procurador, então em exercício da Procurado-

ria, quando nos achávamos em férias.

Voltando ao exercício, foi-nos dada vista do processo para que nos manifestássemos sôbre 7 documentos apresentados ao Tribunal de Contas pelo concorrente Oscar Ribeiro da Silva Jordão, primeiro classificado, mas cuja proposta foi desprezada *por falta de idoneidade do proponente* (vide citado e transcrito despacho do Sr. Ministro da Fazenda — fls. 214).

São os seguintes êsses documentos, juntos aos autos por linha:

a) uma fotocópia dum recibo de Cr$ 10.000,00, passado pela Cia. Construtora e Indústria — Hortêncio Gonçalves — a Alcides Gonçalves.

Com êsse documento, ao que se diz, na carta de 2 do anexo, se pretende provar que o Sr. Manuel Campbell Pena, o contratante do serviço da Loteria Federal, vendeu terrenos de sua propriedade vinculados à garantia do respectivo contrato;

b) uma certidão dada pela Diretoria de Rendas Internas (Ministério da Fazenda) dum documento da Bôlsa Oficial de Valores de São Paulo, no qual se lê:

"Certifico, em cumprimento ao despacho do Senhor Presidente desta Bôlsa e a requerimento devidamente selado do Sr. Oscar Ribeiro da Silva Jordão, que, as apólices Unificadas do Estado de São Paulo, ao portador, do valor nominal de (Cr$ 10.000,00) dez mil cruzeiros foram negociadas na data de vinte de junho de mil novecentos e cinquenta, ao preço médio de (Cr$ 5.216,90) cinco mil duzentos e dezesseis cruzeiros e noventa centavos; tomando por base o preço médio, das apólices do valor nominal de (Cr$ 1.000,00) um mil cruzeiros e sessenta e nove centavos cada Apólice";

c) uma outra certidão da mesma origem sôbre a averbação de 1.788 apólices unificadas do Estado de São Paulo, ao portador, valor nominal de Cr$ 1.000,00 e sôbre os decretos de emissão dos mesmos títulos. Diz-se, nessa certidão, que as apólices estão livres e em circulação;

d) Ainda uma outra certidão da mesma fonte da qual conta ter o *Banco Cruzeiro do Sul de São Paulo S. A.* pago à Recebedoria do Estado de São Paulo, Cr$ 5.364,00 *por um certificado;*

e) certidão dum documento em que o mencionado Banco declara *ter em depósito* a cautela n.º 4.781, referente a 1.788 apólices pertinentes a Oscar Ribeiro da Silva Jordão (tem êsse documento a data de 25 de junho de 1950);

f) uma comunicação do corretor Raimundo Magliano ao Banco Cruzeiro do Sul de São Paulo, S. A. da qual se vê que, só a 16 dêste mês de outubro, dêste ano de 1950, *foi registrada em pregão* da Bôlsa Oficial de Valores de São Paulo a operação de compra e venda de 1.788 apólices da Dívida Pública de São Paulo, unificadas, constantes da cautela n.º 4.781, ao preço de Cr$ 570,00 por apólice.

Como vendedor aparece o Banco Cruzeiro do Sul de São Paulo S. A. e como comprador Oscar Ribeiro da Silva Jordão;

g) uma certidão do Cartório do 1.º Ofício Privativo dos Feitos da Fazenda Estadual de São Paulo, com a qual se prova que certo executivo fiscal movido contra Oscar Ribeiro da Silva Jordão foi já julgado improcedente.

Consta do processo, *ex-vi* do documento junto aos autos pelo contratante Manuel Campbell Pena que Oscar Ribeiro da Silva Jordão, alegando ofensa a seu direito líquido e certo de ter a concessão do serviço da Loteria Federal, de 1950 a 1954, como primeiro classificado na respectiva concorrência, requereu um mandado de segurança.

Liminarmente, não obteve, como pretendeu, a medida.

III — A nosso ver, os documentos trazidos aos autos não têm expressão.

Um dêles, ao contrário do que se teve em vista conseguir, até fortalece o parecer já emitido pelo nosso substi-

tuto, a fls. 19, *opinando pelo registro do contrato*.

E' êsse documento duma rara infelicidade. E' mesmo um atestado da falta da idoneidade econômica do concorrente que o exibiu, pois com êle se prova que, só a 16 de outubro dêste ano, as apólices oferecidas como garantia da proposta, passaram à sua propriedade.

Há uma gritante contradição entre êsse documento e o outro em que o Banco Cruzeiro do Sul de São Paulo, S. A., declara ter em seu poder, em depósito, as citadas apólices a que ambos os documentos se referem.

Se as ditas apólices, como se vê da declaração do corretor encarregado de vendê-las só tiveram a transação da venda registrada em 16 de outubro dêste ano, claro, claríssimo, indiscutível que, até então, não se achavam em poder do citado Banco a título de depósito, mas como de sua propriedade.

Sòmente nos compete dizer sôbre os documentos ainda juntos aos autos já quando o processo estava em face de julgamento.

Estamos de acôrdo com o parecer emitido pelo nosso antecessor, ao qual vamos aditar algumas considerações.

Não estivéssemos de acôrdo com tal parecer, devolveríamos a êle, que já funcionou no processo, no exercício pleno das funções de Procurador, a atribuição de continuar a fazê-lo.

Evitaríamos, assim procedendo, a colidência, certamente estranhável de dois pareceres desta Procuradoria: um, a favor do registro do contrato e o outro, pela recusa do registro.

Se isto acontecesse ante essa colidência, os pareceres em choque perderiam a autoridade.

Isto pôsto, passamos a dar as razões pelas quais nos manifestamos pelo registro do contrato, reiterando, portanto, o parecer de fls. 19.

IV — Entre nós, desde época remota, o *serviço de loterias* sempre foi considerado de *interêsse público*, e objeto de concessões da União ou dos Estados a companhias, emprêsas ou particulares.

A exploração do referido serviço está, atualmente, regulada pelo decreto n. 6.259, de 10 de fevereiro de 1944.

Nesse diploma legal, várias vêzes, como que acentuando a necessidade de tê-lo, sob certos aspectos, de responsabilidade do próprio Poder Público, se reclama, se dispõe, se determina *que as concessões só sejam atribuídas a concessionários de comprovada idoneidade moral e financeira* (vide também art. 3.º do citado decreto-lei).

O Govêrno é um verdadeiro fiador do concessionário do serviço, pois é responsável pelo pagamento dos bilhetes sorteados.

Daí, o maior cuidado legal nas exigências da idoneidade, sob todos os aspectos, dos habilitandos à concessão do serviço.

Assim, no art. 2.º, se lê:

"Os Governos da União e dos Estados poderão atribuir a exploração do serviço de loteria a concessionários de comprovada idoneidade *moral e financeira*".

No art. 6.º, especificando-se as provas de idoneidade a serem exibidas nas concorrências públicas, declara-se que os candidatos à concorrência apresentarão:

a) fôlha corrida e atestados de bons antecedentes, entendendo-se que quando se tratar de sociedade, essa prova será exigida de cada um dos sócios;

b) quitação de impostos federais estaduais e municipais, mediante certidão negativa passada por autoridade competente.

§ 1.º) Provar-se-á a capacidade financeira pela propriedade de bens equivalentes ao triplo do prêmio maior a que se refere o art. 9.º, n.º 4, dêste decreto-lei.

Ainda no art. 10, por abundância, se determina:

"E' defeso ao concessionário modificar a sua firma ou transferir a concessão, sem prévio assentimento do poder concedente, exigida sempre *a inalterável idoneidade moral do res-*

ponsável, e perfeita garantia financeira, pelo prazo restante do contrato".

A noção *de contrato,* no direito publico ou no direito privado, no fundo, não varia.

Pelos efeitos jurídicos que as partes contratantes têm em vista, pela situação dessas partes, como pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, é que se caracteriza a natureza do contrato — se de direito privado ou de direito público.

Aos poucos, em verdade, pelo mundo afora, nos vamos emancipando da influência do direito privado, criando um novo sistema de direito público, baseado na prevalência do interêsse coletivo, decorrente, como corolário da maior intervenção do Estado em todos os setôres da economia privada.

No Brasil, como em muitos outros países, já a Administração pública movimenta-se inspirada na orientação do Estado Moderno, tem um regime jurídico especial.

Os contratos administrativos, entretanto, entre nós, "regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acôrdo das vontades e ao objeto, observadas, porém, quanto à sua estipulação, aprovação e execução, as normas de direito administrativo e de contabilidade pública (Regulamento Geral de Contabilidade Pública, art. 766).

Dispondo sôbre as condições de habilitação nas concorrências públicas, a nossa lei geral — Código e o Regulamento de Contabilidade Pública, — e a lei especial sôbre a exploração de loterias —, têm como condição liminar, diga-se eliminatória, *a questão da idoneidade dos proponentes.*

E' o que se encontra no art. 741 do Regulamento Geral de Contabilidade Pública, nestes têrmos:

"Em tôdas as concorrências públicas ou administrativas a questão da idoneidade dos proponentes será examinada e julgada prèviamente".

Essa norma de moralidade administrativa, norteadora dos contratos com a Administração pública, *é de ordem geral.*

Com mais rigor, vamos encontrá-la reiterada no decreto-lei n.º 6.259, de 10 de fevereiro de 1944 (vide arts. 2.º, 6.º e 10).

À vista de documentos diversos existentes nos autos, apresentados antes de abertas as propostas da concorrência realizada, evidentemente, é inidôneo o candidato classificado em 1.º lugar.

Não tem êsse candidato idoneidade moral, nem econômica.

E' estranhável que se tenha admitido êsse candidato à concorrência realizada, com evidente prejuízo dos demais.

Na especificação dos requisitos legais dos habilitandos à concorrência pública, as normas legais dão prioridade à *questão da idoneidade,* que constitui objeto de julgamento prévio, diga-se eliminatório.

Isto está bem frisado nos dispositivos da lei especial sôbre a exploração do serviço de loterias, que são objeto de concessões dos Poderes Públicos da União ou dos Estados.

E, no exame da questão da idoneidade, nessa lei, o *aspecto moral* é colocado em prioridade.

Ora, aplicados os dispositivos legais, de ordem geral ou especial, ao caso concreto dos autos, à vista dos documentos nêles existentes, o que, fàcilmente, se conclui é que a *comissão que presidiu à concorrência aberta para à exploração do serviço de Loteria Federal, deu como idôneo, moral e econômicamente, um candidato que, em julgamento prévio, não podia ser assim considerado.*

Sôbre a idoneidade moral do referido concorrente, classificado em primeiro lugar no pressuposto de que era idôneo, há nos autos, o seguinte documento:

"Caixa Econômica Federal de São Paulo — Cadastro

Firma — Oscar Ribeiro da Silva Jordão

Enderêço — Praça da Sé, n.º 259

Ramos — Jogos e Diversões em geral

Forma Jurídica: Firma individual, com capital registrado na Junta Comercial de Cr$ 500.000,00 em 5-4-46, sob o n.º 101.548.

RELATÓRIO

O Cadastrado é de nacionalidade brasileira, solteiro, vivendo maritalmente com Otília Amorim.

Explora há vários anos o comércio de cinematografia, diversões e jogos de azar, mantendo para êsse fim um capital registrado na Junta Comercial de Cr$ 500.000,00, sob a firma Oscar Ribeiro Jordão.

Verifica-se das informações colhidas em nossos estabelecimentos bancários, que o cadastrado faz parte das firmas: Oscar Jordão & Cia.; Sociedade Cinematográfica Jordão Ltda., Barone & Jordão; Jordão & Barone e Casa Bancária Oscar Jordão & Cia. A primeira destas firmas explorava o teatro "Moinho do Jeca", o qual foi fechado por determinação da Polícia Paulista, por apresentar atos imorais.

Segundo a totalidade das fontes a que recorremos, o cadastrado é elemento de moral duvidosa e que não tem escrúpulos nos seus negócios.

Usa, geralmente, vários nomes como sejam: Oscar Jordão, Oscar R. Jordão; Oscar Ribeiro Jordão e Oscar Ribeiro da Silva Jordão.

Quanto a recursos dizem que possui boa fortuna representada na sua maioria em imóveis nesta Capital e em Santos, destacando-se os seguintes: prédio em São Vicente, com 5 pavimentos, construído em uma área de 1.000 m2; um terreno ao lado, com uma área de 3.000 m2; terrenos nesta Capital à Avenida Brigadeiro Luis Antônio ns. 1.223 e 2.239; prédio à rua Santo Antônio n.º 424, medindo 9 x 37, escritura lavrada em 26-4-50 pela importância de 500.000,00; prédios na Alameda Barão de Piracicaba ns. 139 e 149, adquiridos em 13-6-50, por Cr$ 410.000,00.

Na praça, principalmente nos estabelecimentos bancários, não goza de confiança para operações de crédito.

Nos cadastros bancários encontramos a anotação de títulos protestados contra o cadastrado, sendo um do valor de Cr$ 200,00 em 31-7-31 e três letras de câmbio, como avalista, de valor de Cr$ 400,00 cada uma em 20 de agôsto de 1931, figurando como aceitante Otília Amorim.

O informante: Cambaúva.

São Paulo, 4-9-50. — *Ari Cerqueira Santos*, Chefe do Cadastro.

Como, à vista dos antecedentes dêsse candidato, afirmar-se a sua idoneidade moral ou econômica?

A própria idoneidade econômica dêsse mesmo candidato foi mal julgada tendo-se em vista os documentos por êle próprio exibidos.

O Sr. Dr. Procurador Geral da República, em seu parecer de fls. 200 a 213, com muita procedência e acêrto ressalta que a impugnação à idoneidade do concorrente Oscar Ribeiro da Silva Jordão foi feita tempestivamente.

O edital de concorrência fixou a data de 4 de julho último para o recebimento e abertura das propostas. A impugnação da idoneidade do aludido concorrente foi apresentada em 29 de junho último.

Alegando possuir 1.788 apólices de Cr$ 10.000,00 cada, da Dívida Pública de São Paulo, não fêz êle prova de propriedade das mesmas apólices.

E, agora, posteriormente, pelo documento de fls. 3 do anexo, junto por linha aos autos se vem a saber que somente a 16 do mês fluente, foi registrada a operação de compra e venda dos ditos títulos, sendo vendedor o Banco Cruzeiro do Sul de São Paulo S. A. — e comprador — Oscar Ribeiro da Silva Jordão.

Pelo edital da concorrência publicado no *Diário Oficial* de 5 de maio dêste ano, *a prova de capacidade financeira dos concorrentes* deveria ser feita pelo oferecimento de *títulos de propriedade de imóveis no valor mínimo de* Cr$ 10.000.000,00 devidamente transcritos

no Cartório do Registro de Imóveis competente, bem como os títulos de seus antecessores e as transcrições feitas no período de trinta anos (letra L da 1.ª condição do edital), e, *na apresentação da prova de propriedade de apólices da Dívida Pública Federal ou Estadual*, no valor mínimo, pela cotação da Bôlsa, de Cr$ 5.000,00 (Letra R da 1.ª condição do edital).

Não tendo sido feita essa prova de capacidade financeira dum dos candidatos, como dar êsse candidato como idôneo?

Perante a lei reguladora da espécie, não basta a posse eventual dos títulos. E' necessária a prova da propriedade de todos os bens com os quais o concorrente procura demonstrar a sua capacidade financeira, devidamente legalizados os títulos dessa propriedade.

Tratando-se de títulos ao portador, a prova da propriedade, para os efeitos legais, não se faz simplesmente pela posse.

Deve ser comprovada a propriedade por declaração de corretor de fundos públicos, à vista do que constar dos seus livros, de aquisição dos mesmos em Bôlsa, por seu intermédio, para o concorrente.

Sôbre o assunto da transferência de títulos da Dívida Pública, dispõe o decreto n.º 354, de 16 de dezembro de 1942, em seu art. 3.º.

"Sòmente por intermédio dos corretores de fundos públicos se poderão realizar:

a) a compra e venda e a transferência de quaisquer fundos públicos, nacionais ou estrangeiros".

Mais incisivo ainda é o decreto-lei n.º 1.344, de 13 de junho de 1939, que, no seu art. 1.º, determina:

"*As operações sôbre títulos de Bôlsa serão efetuadas exclusivamente* por intermédio dos corretores e em público pregão".

Essa orientação dos dois diplomas legais citados, para a qual se abriu uma exceção no decreto-lei n.º 5.475, de 11 de maio de 1943, foi, integralmente restabelecida pelo decreto-lei n.º 8.274, de 4 de dezembro de 1945, em cujo art. 1.º foi consignado:

"Fica revogado o art. 5.º do decreto-lei n.º 5.475, de 11 de maio de 1943, e, consequentemente, restabelecida a aplicação do disposto no art. 1.º do decreto-lei n.º 1.344, de 13 de junho de 1939, às operações sôbre títulos ao portador da Dívida Pública Federal, Estadual ou Municipal".

O certificado, pois, do Banco Cruzeiro do Sul de São Paulo S. A., atestando o depósito de apólices ao portador, não prova, como requer a lei e como reclama o edital de concorrência, a propriedade dos títulos exigíveis para a habilitação do concorrente classificado em 1.º lugar.

À vista da prova existente nos autos, feita em tempo hábil e com o documento de fls. 198 a 199, é gritante a inidoneidade dêsse concorrente.

Não podia êle ser admitido a concorrer. Com maioria da razão não poderia ser, como foi, classificado em primeiro lugar com prejuízo dos que se habilitaram comprovando, em forma legal, a sua idoneidade moral e capacidade financeira.

V — Duas outras questões suscitadas no processo reclamam ainda algumas considerações.

Era lícito ao Govêrno recusar a concessão ao primeiro classificado, dada a sua evidente falta de idoneidade moral e de capacidade financeira?

Recusando a concessão a êsse candidato, a quem a Comissão que presidiu à concorrência classificou em 1.º lugar, poderia o Govêrno preferir o que melhores condições oferecesse, o segundo como faz, ou deveria anular tôda a concorrência?

A falta de idoneidade, abundantemente provada nos autos, de um dos concorrentes, se classificado em 1.º lugar, pode prejudicar a todos os demais, o que se verificaria com a anulação de tôda a concorrência?

Não podem os demais concorrentes ser prejudicados pelo desacêrto da comissão julgadora da concorrência, nem muito menos a decisão dessa mesma

comissão pode ser considerada irrecorrível, sem remédio, em condições com quem não provou a sua idoneidade moral, nem capacidade financeira.

A admissibilidade do recurso da decisão da comissão que presidiu à concorrência para o Chefe do Govêrno é incontestável.

Não é possível admitir-se o arbítrio de tal comissão, dando-lhe a atribuição de decidir em uma e única instância assunto de tamanha relevância.

O sistema de duas instâncias, da duplicidade de recursos, é uma garantia democrática, que permite melhor a garantia de todos os direitos.

De todo ato administrativo cabe recurso para a autoridade superior.

Os autores, em geral, sustentam que a hierarquia administrativa repousa na duplicidade dos recursos dos atos administrativos.

De acôrdo com essa orientação, no nosso sistema administrativo, cabe recurso para o Presidente da República, última instância administrativa, dos atos das autoridades que lhe estão subordinadas.

Assim, nada mais nos resta dizer sôbre a pertinência da representação feita ao Presidente da República contra o ato da comissão que presidiu a concorrência classificando, em 1.º lugar, o candidato Oscar Ribeiro Jordão.

Ainda mais e melhor.

No próprio edital de concorrência, desde logo, o Govêrno, na condição 20, letra *a*, reservou-se o direito de *recusar tôdas as propostas, se não as julgar convenientes*.

Recusando uma dessas propostas, embora a classificada em 1.º lugar, o Govêrno usou de direito que lhe foi reservado no edital de concorrência.

Não surpreendeu ao concorrente que excluiu por inidôneo.

VI — Nos têrmos da lei especial reguladora do assunto, a exploração do serviço de Loteria Federal tem sido sempre feita por *meio de concessões* outorgadas a sociedades comerciais ou a particulares, mediante concorrência pública e contratos com as formalidades legais, nos têrmos dos respectivos editais.

A concessão de serviços públicos é um contrato bilateral.

Assim a considera a doutrina dos juristas mais credenciados, nacionais e estrangeiros, como se pode ver, entre os primeiros, Amaro Cavalcânti, *Responsabilidade Civil do Estado*, pág. 573, n.º 93, *b*; Carvalho de Mendonça, no *O Direito*, vol. 87, fls. 400; Epitácio Pessoa, *parecer* de 20 de dezembro de 1928; Francisco Campos, *Pareceres*, volume 1, fls. 130; Bernardino Monteiro, José Miranda Valverde, *A questão do contrato da Companhia Telefônica;* Mário Masagão, *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*, tese de concurso; Tito Prates da Fonseca, *Dir. Administrativo*, fls. 424 e 426; Temístocles Cavalcânti, *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*, vol. 2, fls. 312; e, entre os segundos Barthélemy, *Droit Administratif*, fls. 603; R. Bielsa, *Derecho Administrativo*, 1938, vol. I, fls. 315; Hauriou, *Droit Administratif*, 1937, fls. 504 a 507; Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2.ª ed., vol. III, pág. 41, Oda, *Dir. Adm.*, pág. 292, Hare, *Const.*, pág. 585, Andrew, *Ame. Law*, pág. 813, not.; Black, *Const. Law*, pág. 730, êstes quatro últimos *apud*, Epitácio Pessoa, no parecer citado.

Num dos seus notáveis pareceres, o Dr. Francisco Campos escreveu:

"Entre nós, a concessão sempre foi conceituada como um contrato.

Seja na prática administrativa, seja na judiciária (com raras exceções) seja na própria legislação jamais entre nós se contestou à concessão de serviço público a natureza contratual.

A própria legislação revolucionária, que, no seu diploma inicial, abriu ao Govêrno em campo quase ilimitado de arbítrio e discrição, não fugiu à linha tradicional do nosso direito, ao excluir, de envolta com os contratos e, certamente, por lhes atribuir natureza e vigor contratual, de esfera de ação discricionária as concessões outorgadas não só pela União, como pelos Estados

e Municípios (decreto n.º 19.398, de 11 de novembro de 1930, art. 7.º, Livro citado, fls. 133 e 134).

A conceituação da concessão do serviço público como contrato bilateral, diz muito bem o Dr. Francisco Campos, decorre de nossa própria legislação e, acrescentamos, nós, desde épocas mais remotas, como se verifica das leis de 29 de agôsto de 1928, arts. 9.º e 13; n.º 1.746, de 1869, art. 1.º,; n.º 490, de 1897, art. 15; e decreto n.º 13.248, de 1918, art. 56; n.º 11 e outros.

E' verdade que, diante da amplitude da intervenção do Estado Moderno na ordem econômica, da sua finalidade da realização do interêsse coletivo, todos os dias é mais limitada a aplicação dos princípios do direito privado nos referidos contratos.

Acentuando a controvérsia sôbre a natureza dos contratos administrativos, Tito Prates da Fonseca, no seu livro já citado, assim se expressa:

"A natureza do contrato administrativo é uma das questões mais debatidas na doutrina moderna, mercê da influência permanente dos princípios do direito privado e das idéias trabalhadas pelos civilistas.

O professor Sabino A. Gondin, da Universidade de Oviedo, acredita que as divergências existentes neste campo irão desaparecendo, à medida que as idéias do direito privado, que influem nos negócios e nos atos administrativos, forem perdendo a sua intensidade, no distanciar-se doutrinário das malhas do Código de Napoleão.

Outro deve ser o doutrinarismo, uma vez que outras são as necessitadas da vida, pela estruturação orgânica da Administração e pela influência das idéias" (obra citada, fls. 404).

No Estado Moderno, a liberdade contratual está em declínio, mesmo nos próprios contratos de direito privado.

"Nous assistens à une decadence de la souverainité du contrat. Elle s'accentue rapidement a l'heure actuelle.

.. ..

Tous les contracts connaissent a l'heure actuelle une réglementation que chaque jour devient plus étroite" (Georges Ripert, obra citada, fls. 270 e 300).

Os contratos de direito público, embora a finalidade que os inspira, estão também sujeitos às regras de direito privado.

O Estado, quando contrata, em verdade, aparece num duplo aspecto; como poder público, exercendo — *imperium* — numa situação de superioridade aos indivíduos e, como *pessoa jurídica*, interferindo em relações de ordem privada, adquirindo direitos e assumindo obrigações, que se disciplinam pelo direito civil.

Sôbre o assunto, já doutrinava Amaro Cavalcânti:

"Quem contrata com o Govêrno ou poder público, sabe que nas relações contratuais existentes não há nem pode haver essa relação de igual a igual, na inteira acepção dêstes têrmos" (obra citada, pág. 582).

VII — O documento de fls. 3 do anexo não prova que o concorrente Manuel Campbell Pena tenha alienado bens que ofereceu como garantia do contrato de fls. e ao mesmo contrato vinculado.

E' o referido documento um recibo provisório duma transação que, por falta de acôrdo das duas vontades, do promitente vendedor e do promitente comprador, não chegou a ultimar-se.

Mas, ultimada que fôsse essa prometida transação, seria nenhuma. Não prejudicaria a garantia dada à Fazenda Nacional eis que o terreno não podia ser alienado.

VIII — Nos têrmos da lei especial reguladora do assunto, a exploração do serviço de Loteria Federal tem sido sempre feita *por meio de concessões* outorgadas a sociedades comerciais ou a particulares, mediante concorrências públicas e contratos com as formalidades legais, nos têrmos dos respectivos editais.

Em conclusão:

Falsa a causa determinante do julgamento da concorrência, inexistindo a identidade moral e a capacidade financeira do candidato classificado em 1.º

lugar, não podem ser os demais concorrentes prejudicados pela falta de quem assim julgou.

Provendo à representação que lhe foi feita, procedendo como lhe foi reservado no próprio edital da concorrência, bem andou o Govêrno atribuindo a concessão, objeto do contrato de fls., ao segundo classificado, isto é, ao que, provando a sua idoneidade moral e financeira, melhores vantagens ofereceu.

Se ao Govêrno era lícito anular a concorrência como lhe foi ressalvado fazer no edital de concorrência, o que a lei não proíbe, claro está que poderia, à vista dos elementos nos autos, declarar inabilitado um concorrente que não satisfaz aos requisitos legais.

Aliás, mesmo não existindo no edital de concorrência — condição 20.ª, letra *a*, a faculdade que se deu ao Govêrno, essa faculdade que lhe é dada por lei, pois, o Reg. Geral de Contabilidade Pública, no seu art. 740, dá-lhe a mesma faculdade nestes têrmos.

Haja ou não declaração no ato que convocar as concorrências, presume-se sempre que o Govêrno se reserva o direito de anular qualquer concorrência por despacho motivado, se houve justa causa.

No caso, por uma causa justa, pela falta de moral e de capacidade financeira do candidato classificado em 1.º lugar, foi acertado e legal o despacho do Sr. Ministro da Fazenda atribuindo ao candidato que, provando aquêles requisitos, básicos para a sua admissão, melhores vantagens ofereceu.

Outras considerações ainda seriam oportunas sôbre o caso dos autos, mas, para não protelar o seu julgamento, diante da afluência de processos que reclamam nossos pareceres, bem a contra-gôsto, não podemos fazê-las.

Em assim, com as considerações que vimos de fazer, e, de acôrdo com a prova dos autos, opinamos pelo registro do contrato".

VOTO

Tendo o Sr. Ministro da Fazenda anulado, com fundamento no artigo 740 do Regulamento Geral de Contabilidade Pública e por despacho datado de 9 de março último (*Diário Oficial*, da mesma data, pág. 3.380), a concorrência pública para a exploração do serviço da loteria federal, no quinquênio de 1950 a 1955, procedeu-se a outra, anunciada mediante edital publicado, várias vêzes, no órgão oficial.

A minuta do edital foi feita pelo Diretoria das Rendas Internas (processo n.º 84.968-50, em apenso, fls. 1) e aprovada pelo Sr. Ministro da Fazenda (fls. 9).

II — A Comissão designada em Portaria n. 461, de 20 de junho último, para o exame e julgamento das propostas concernentes à exploração do serviço da loteria federal, no quinquênio de 1950 a 1954" (fls. 33), em reunião realizada:

a) a 30 do mesmo mês, julgou habilitados todos os candidatos inscritos, em número de sete, depois de "apreciar as impugnações oferecidas pelo Sr. João Antônio de Almeida Gonzaga Júnior, à idoneidade dos candidatos à concorrência Sr. Oscar Ribeiro da Silva Jordão e Companhia Imobiliária Niólia, havendo concluído pela não aceitação das impugnações, de conformidade com os pareceres constantes dos processos respectivos" (fls. 125);

b) a 4 de julho último, procedeu "ao recebimento de tôdas as propostas, que se achavam devidamente lacradas e acompanhadas, cada qual, do recibo da caução de dois milhões de cruzeiros, em moeda corrente, na Tesouraria Geral do Tesouro Nacional. Foi feita a leitura das propostas, que seriam publicadas, na íntegra, no *Diário Oficial*. Declarou-se que "as propostas, depois de lidas, foram rubricadas pelos licitantes e pelos membros da Comissão Julgadora" (fôlhas 128);

c) a 7 do mesmo mês, examinou "as propostas apresentadas, proferindo julgamento, em virtude do qual "foi considerada como mais vantajosa a proposta de Oscar Ribeiro da Silva Jordão". Resolveu "a Comissão encaminhar ao

Sr. Ministro da Fazenda, de acôrdo com o art. 754 do Regulamento Geral de Contabilidade Pública, o seu relatório, no qual proclama o resultado da concorrência" (fls. 130).

Recebendo o relatório, o Sr. Ministro da Fazenda proferiu, em data de 24 de julho último, o despacho do teor seguinte (fls. 31v.):

"Solicite-se, com a maior urgência, o parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Pública".

O Sr. Dr. Jorge Godoy, Procurador Geral da Fazenda Pública, emitiu, a 25 do referido mês, o parecer nestes têrmos (fls. 138):

"A Procuradoria Geral, procedeu com a urgência recomendada pelo superior despacho de ontem datado, procedeu ao exame dêste processo e dos anexos referidos a fls. 31 — e é de parecer:

a) que o edital da concorrência, cuja minuta foi elaborada pela Diretoria das Rendas Internas (fls. 2-8) e aprovada pelo Senhor Ministro da Fazenda (fls. 9), guarda conformidade com as disposições legais aplicáveis;

b) que a concorrência foi regularmente processada e julgada;

c) que merece adotado o relatório da Comissão designada pela portaria ministerial n.º 461, de 20 de junho próximo findo, que concluiu por julgar mais vantajosa a proposta apresentada pelo concorrente Oscar Ribeiro da Silva Jordão.

2 — Ao Gabinete do Senhor Ministro".

III — A 5 de julho último, o Sr. João Antônio de Almeida Gonzaga Júnior fêz ao Sr. General de Exército Eurico Gaspar Dutra, Presidente da República, a representação do teor seguinte (fôlhas 164-178):

"João Antônio de Almeida Gonzaga Júnior, brasileiro, advogado, viúvo, residente nesta Capital, à rua Eduardo Guinle, 51, vem, com fundamento no art. 141, §§ 37 e 38, da Constituição, expor e requerer a V. Excia. o que se segue:

O § 37 do art. 141 da Constituição dispõe:

"E' assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos poderes públicos, contra abusos de autoridade, e promover a responsabilidade delas".

O § 38 do mesmo artigo estabelece:

"Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista".

Com fundamento no primeiro dos citados dispositivos constitucionais, vem o suplicante representar contra a Comissão de Concorrência da Loteria Federal, que, em despacho publicado no *Diário Oficial* da União (Seção I) do dia 1 de julho de 1950, à pág. 9.894, não aceitou a impugnação oferecida pelo suplicante contra a habilitação do candidato Oscar Ribeiro da Silva Jordão.

E com fundamento no segundo dos citados dispositivos, vem pleitear a anulação da decisão da Comissão de Concorrência que considerou habilitado o referido candidato, por constituir tal decisão um ato lesivo do patrimônio da União.

O suplicante recorre para V. Excia., em vista do decreto n.º 24.036, de 26 de março de 1934, que disciplina os serviços do Ministério da Fazenda, o qual, no art. 5.º, limita as atribuições do Ministro da Fazenda e determina que sejam submetidos à deliberação do Presidente da República as questões que excederem à competência do Ministro. Não estando a reclamação do suplicante incluída entre os atos taxativa e limitativamente previstos no art. 8.º daquele diploma legal, e, além disso, sendo o Presidente da República a mais alta das autoridades previstas nos §§ 37 e 38 do art. 141 da Constituição, para conhecer de qualquer representação contra abusos de autoridade ou reclamação contra atos lesivos do patrimônio da União, deve V. Excia. avocar o processo da concorrência da Loteria Federal, para conhecer da impugnação oposta pelo suplicante ao concorrente Oscar Ribeiro da Silva Jordão e dar ao caso, afinal, com a serenidade, a justiça, a imparcialidade e a correção que tem caracte-

rizado todos os atos da vida pública de V. Excia. a decisão que se impõe a bem da moralidade da Administração e dos interêsses do Tesouro Nacional.

O suplicante impugnou o candidato Oscar Ribeiro da Silva Jordão, nos têrmos da petição que a seguir transcreve. A impugnação foi apresentada à Comissão de Concorrência — note bem V. Excia., Sr. Presidente — *no dia 29 de junho de* 1950, cinco dias antes da realização da concorrência. Nessa ocasião, portanto, não podia o suplicante supor que o candidato impugnado obtivesse colocação entre os classificados na concorrência. Fica, assim, afastada por completo a hipótese de que a presente representação seja inspirada por despeito de concorrente vencido.

Eis o teor da impugnação do suplicante apresentada à Comissão de Concorrência:

Ilmo. Sr. Presidente e demais membros da Comissão de Concorrência da Loteria Federal.

João Antônio de Almeida Gonzaga Júnior, candidato inscrito para a concorrência, vem, com fundamento na 5.ª Condição do edital, impugnar a idoneidade e capacidade financeira do concorrente Oscar Ribeiro da Silva Jordão.

Como bem salientou o Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, no despacho anulatório da concorrência anterior, o Govêrno deve observar um critério superior, no julgamento da idoneidade e capacidade financeira dos concorrentes, e no estudo das propostas oferecidas, a fim de resguardar, no máximo que seja possível, os interêsses da coletividade e da Fazenda Nacional.

Por isso mesmo, o edital de concorrência estabelece e enumera rigorosos e múltiplos requisitos que o candidato deverá satisfazer prèviamente para ser admitido a apresentar proposta no dia designado para a concorrência.

O crédito da loteria, que constitui valioso patrimônio da União está em jôgo. Sem a confiança do público não há loteria. E a confiança não pode ser relativa; ou existe integral, ou não existe absolutamente. Cumpre, pois, à Administração zelar pelo crédito da instituição, e evitar que a mesma venha a cair em mãos menos escrupulosas de pessoa que, aos olhos do público e da própria Administração, não inspire aquela confiança integral, que é condição fundamental da existência da loteria.

Grande é, portanto, a responsabilidade da Comissão de Concorrência, no julgamento da idoneidade e da capacidade financeira dos concorrentes inscritos. A ninguém passa desapercebida a relevância de tal responsabilidade. Ninguém a subestima. Porque do pronunciamento da Comissão dependerá a sorte da loteria, e consequentemente, duma das mais vultosas fontes de renda do Tesouro Nacional.

A tarefa da Comissão não é, porém, apenas de alta responsabilidade. E' também das mais difíceis e espinhosas. Porque muitas vêzes não basta que o candidato satisfaça os requisitos do edital. Nem a lei, nem o edital, podem tudo prever e tudo classificar. Há circunstâncias relevantes que desacreditam um candidato e o inabilitam para assinar com o Govêrno federal o contrato de concessão da loteria, e que, no entanto, não vemos constar do edital de concorrência. No edital encontramos requisitos positivos que, satisfeitos pelo candidato, habilitam-no a apresentar proposta. Mas há, além dêstes, os elementos negativos, que não figuram no edital, mas que devem ser considerados pela Comissão, principalmente no exame da idoneidade, para que o julgamento seja criterioso e acertado. O candidato pode ser rico, pode possuir bens imóveis e títulos no montante fixado pelo edital, pode ter êsses bens livres e desembaraçados, não ser criminoso, não estar associado a nenhuma loteria estadual, etc., mas, devido a certos episódios indeléveis de sua vida passada, não inspirar aquela confiança irrestrita que o público e a Administração têm o direito de exigir dum concessionário da loteria federal.

Aí está por que a tarefa da Comissão Julgadora é árdua e de grande res-

ponsabilidade. Se a função da Comissão se restringisse a conferir papéis e concluir, automàticamente, pela inclusão ou exclusão do nome do candidato conforme tenha ou não preenchido os itens do edital, então a tarefa da Comisão seria subalterna, simples e de quase nenhuma responsabilidade.

No desempenho de tão séria incumbência, os candidatos podem tornar-se colaboradores da Comissão. Os elementos que trouxerem, devem ser levados em conta, porque na depuração dos concorrentes, os interêsses dêstes se confundem com os da própria Fazenda Nacional.

É, pois, com a convicção de estar cumprindo um dever que o impugnante vem trazer à ilustre Comissão de Concorrência os inclusos documentos e as ponderações que passa a expor.

O candidato Oscar Ribeiro da Silva Jordão, ou Oscar Ribeiro Jordão ou ainda simplesmente, Oscar Jordão, conseguiu amealhar alguns recursos e pôde agora candidatar-se à loteria federal, explorando clandestinamente jogos proibidos, considerados contravenção, como "boliche", "frontão" e outros, na Capital do Estado de São Paulo, onde também explorava o cinema denominado "Moinho do Jeca", tipo dos diversos "Moulins" que tivemos nesta Capital, onde se exibiam filmes atentatórios ao pudor. É fato público e notório, e por ser público e notório, dispensa comprovação, de acôrdo com a lei. Todavia, o suplicante junta a esta os documentos ns. 6 a 9, pelos quais verá a Comissão que efetivamente o candidato impugnado explorava o jôgo de "boliche" no Largo da Sé n.º 47, hoje n.º 259. E se tais provas não bastassem, a Secretaria de Segurança do Estado de S. Paulo poderá prestar informações a respeito.

Naquele tempo o candidato não possuía imóveis e os títulos que agora exibiu à Comissão de Concorrência. Protestavam-lhe títulos, despejavam-no, a Fazenda do Estado executava-o, a polícia abria inquéritos contra êle (certidões juntas).

Como vê a Comissão, falta a êsse candidato idoneidade bastante para se tornar concessionário da loterial federal.

A exiguidade do prazo concedido pelo edital para as impugnações não permitiu os impugnantes reunir mais provas contra o candidato Oscar Jordão. Contudo, pensa o impugnante serem suficientes as que pôde trazer.

Pelo doc. n.º 1, certidão do 2.º Tabelião de Protestos da Capital de São Paulo, verá a Comissão que o candidato teve protestada por falta de pagamento uma letra de câmbio de Cr$ 120,00 vencida, apresentada pelo Banco Comercial do Estado de São Paulo.

Pelo doc. n.º 2, certidão do 1.º Cartório de Protestos verá a Comissão que o candidato teve outra letra de câmbio, de Cr$ 200,00, também protestada por falta de pagamento.

Há muitos outros protestos. Mas a exiguidade de tempo não permitiu que o impugnante aprontasse as respectivas certidões.

O doc. n.º 3, certidão do 1.º Distribuidor Criminal de São Paulo refere-se a um inquérito policial instaurado contra o candidato.

O doc. n.º 4, certidão do 1.º Distribuidor da Capital de São Paulo enumera diversos feitos judiciais contra o candidato, entre os quais duas ações de despejo. Uma das ações de despejo foi requerida por Helena S. O. Lins, em 28 de julho de 1931, dias antes do protesto de título feito por Saverio Rondinelli (31 de julho de 1931), por falta de pagamento.

O doc. n.º 5, atesta a existência dum executivo fiscal contra o candidato, movido pela Fazenda do Estado, em 1943, para cobrança da dívida Cr$ 34.375,00.

Não sabe o impugnante como pôde o candidato impugnado apresentar certidão de inexistência de ações e execuções contra êle, como exige o edital. Mas a Comissão deverá examinar atenta e cuidadosamente as certidões apresentadas pelo candidato, porque é possível que em vez da certidão geral e ampla, da praxe, o candidato tenha feito requerimento especial, a jeito, de

modo que deixassem de constar os feitos inconvenientes. Se assim fôr, o candidato terá procurado ludibriar a Comissão, agindo, portanto, com fraude.

E' certo que alguns dos feitos judiciais apontados ocorreram há mais de cinco anos. Não importa. Não é menos certos que êles marcaram perenemente o crédito de quem os tem em seu passado.

Uma coisa é a capacidade financeira, outra a idoneidade. Os requisitos enumerados no edital de concorrência visam, na sua maioria, a capacidade financeira. Dizem respeito ao desembaraço dos bens que serão dados em garantia da execução do contrato. As exigências feitas pelo edital, nesse sentido, são triviais, comumente exigidas pelos que contratam a compra e venda ou a hipoteca de imóveis; certidões negativas da Justiça local pelo prazo de 10 anos, do cartório de Protestos pelo prazo de 5 anos, etc. Quem sempre teve títulos protestados, mas pode exibir, certidão negativa correspondente aos últimos cinco anos, está habilitado a alienar ou agravar os bens imóveis. Mas não se dirá que tenha idoneidade. Os documentos que o impugnante traz à Comissão podem não tirar capacidade financeira ao candidato impugnado. Mas afetam a sua idoneidade. Afetam-na para créditos menores do que os que precisa ter um concessionário da loterial federal. Assim é que lhe são favoráveis as informações dos principais bancos da Capital de São Paulo, com exceção, é claro, do Banco Novo Mundo, graças às ligações do candidato com os Fernandes, do jôgo dos bichos. Pena é que, sendo confidenciais, como sabe a Comissão, as informações bancárias, não as possa juntar o impugnante a esta petição.

Para a concessão da loterial federal, a apuração da idoneidade deve ser ainda mais rigorosa do que para simples transações bancárias. Não basta que o candidato não seja criminoso fichado na polícia. Não basta que, por não ter tido títulos protestados nos últimos cinco anos, possa cumprir a exigência duma das alíneas da 1.ª Condição do edital de concorrência. E' preciso muito mais. E' preciso que tenha reputação ilibada, idoneidade reconhecida sem reservas nem vacilações. O público comprador de bilhetes da loteria federal, a Administração pública que assume a responsabilidade da concessão, não podem aceitar como concessionário, como responsável pelo crédito da loteria, quem, por atos de sua vida pregressa, pelos descréditos que tem merecido não possa oferecer a garantia de lisura absoluta na execução do serviço.

Na concorrência realizada em 1937, a Comissão composta de homens eminentes, considerou inidôneo o candidato Vitor Fernandes Alonso, muito embora tenha satisfeito os requisitos da capacidade financeira (que tinha de sobejo), sob o fundamento de ser pùblicamente reconhecido como banqueiro de bicho.

Não houve impugnação, não se juntou ao processo um só documento contrário à idoneidade daquele candidato. À Comissão bastou-lhe o conhecimento que tinha da reputação do candidato. O processo dessa concorrência teve o n.º 76.474-37.

Em face das provas apresentadas, em face de tudo o mais que a Comissão ainda poderá apurar, e que a exiguidade de tempo não permitiu ao impugnante reunir, é difícil imaginar-se que um dia possa ser realidade o Sr. Oscar Ribeiro da Silva Jordão, o contraventor, o explorador clandestino de jogos proibidos, o homem dos títulos protestados, dos despejos e dos executivos fiscais, assinando contrato com o Govêrno da União, como concessionário da Loteria Federal, como responsável pelo bom nome e pelo crédito alcançado pela loteria, inestimável patrimônio da União.

Era o que cumpria ao impugnante trazer ao conhecimento da digna Comissão de Concorrência, para que os seus ilustres membros possam, apreciando uma documentação que o interessado certamente não juntou, proferir uma decisão correta e justa sôbre

a idoneidade do candidato, tendo em vista os altos interêsses do Tesouro Nacional.

Rio de Janeiro, 29 de junho de 1950".

Aí está, Sr. Presidente. A exiguidade de tempo, como afirmou o suplicante, não permitiu a coleção de outras provas contra o impugnado. Mas parecia ao suplicante que as provas que apresentou à Comissão eram bastantes para incompatibilizar um candidato à concessão da loteria federal. Acresce que o suplicante não pôde examinar a documentação oferecida pelo candidato impugnado, porque isso não lhe foi permitido, não obstante tratar-se de concorrência pública. Sem dúvida alguma, o exame da documentação do candidato impugnado teria proporcionado ao suplicante inúmeros outros elementos para provar a absoluta impossibilidade de ser o mesmo admitido à concorrência.

Pois bem, Sr. Presidente, a Comissão de Concorrência, na sua 8.ª reunião, conforme ata que se vê publicada â página 9.894 do *Diário Oficial* de 1 de julho de 1950, resolveu *sumàriamente* não tomar conhecimento da impugnação. O que reza a ata é isto:

"Abertos os trabalhos, passou a Comissão a apreciar as impugnações oferecidas pelo Senhor João Antônio de Almeida Gonzaga Júnior à idoneidade dos candidatos à concorrência, Senhor Oscar Ribeiro da Silva Jordão e Companhia Imobiliária Niólia, havendo concluído pela não aceitação das impugnações, de conformidade com os pareceres constantes dos processos respectivos. A seguir, a Comissão proferiu julgamento sôbre a idoneidade financeira, dos candidatos, considerando habilitados à concorrência para exploração da Loteria Federal, etc. (seguem os nomes de *todos* os candidatos inscritos)".

Como vê V. Excia., Sr. Presidente, a Comissão, sem maior exame do caso, rejeitou liminarmente as impugnações e admitiu, de roldão, todos os candidatos inscritos.

Na concorrência anterior, anulada pelo Sr. Ministro, vasculhou-se a vida dos candidatos. Com lentes de poderoso alcance, procurou-se a falta dum reconhecimento de firma, o engano na numeração duma apólice. A seguir, foi publicado o edital da nova concorrência, que é um exemplo de condição proibitiva à habilitação de candidatos à concorrência. O exagêro da documentação exigida pelo edital ultrapassou limites da severidade e até mesmo do bom senso. Exigiu-se, por exemplo, que os candidatos fizessem prova de propriedade de bens imóveis, aquisição, transcrição no Registro de Imóveis, isenção de qualquer ônus, etc., e, depois de tudo isso, em outra alínea, que êle provasse também o pagamento do impôsto de transmissão! Não se poderia conceber maior rigor na apuração da idoneidade e capacidade financeira dos candidatos. Mas depois de todo êsse rigor, a Comissão nem sequer se deu ao trabalho de examinar a documentação apresentada pelos candidatos. Reuniu-se, rejeitou, sem exame nem indagação as impugnações, e admitiu, por atacado, todos os candidatos inscritos... Não apresentou a Comissão fundamentos bons ou maus para aceitar os candidatos ou rejeitar as impugnações. Baseou-se em "pareceres constantes dos processos respectivos". Que pareceres são êsses?

Note agora, Sr. Presidente da República — e isto é de suma importância — que a reunião da Comissão se realizou *no mesmo dia* em que o suplicante ofereceu a sua impugnação — *dia 29 de junho de 1950. E realizou às 14 horas*, conforme declara a ata publicada no *Diário Oficial*. Ora, tendo o suplicante apresentado a sua impugnação naquele dia, *às 13 horas*, e como deu entrada na petição pelo *protocolo geral*, pouco faltou para que a Comissão rejeitasse a impugnação antes mesmo que esta lhe tivesse chegado às mãos:

A concorrência só ia ter lugar no dia 4 de julho. Não cabe, portanto, a desculpa de premência. Além disso, tôda a documentação do candidato impugnado provinha de São Paulo, sendo, por conseguinte, de mais difícil verificação. A comissão nem sequer ouviu o candidato impugnado sôbre as alegações e os

documentos oferecidos pelo suplicante. O açodamento da Comissão é de causar assombro, dada a gravidade que sempre existe numa impugnação à idoneidade dum candidato, e dada a relevância dos interêsses da Fazenda Nacional, em jôgo na concorrência da loterial federal.

E dêste modo, com uma displicência de pasmar, a Comissão assumiu a inteira responsabilidade pelo resguardo dos interêsses da Fazenda Pública. Mas terá ela autoridade para tanto? Certamente que não. Ninguém, de bom senso, reconhecerá tal autoridade. O Govêrno de V. Excia. vai ficar responsável pela outorga da concessão, a um particular, dum serviço que, a rigor, deveria ser executado pela própria Administração pública. Não é possível que, no futuro, se atribua a essa Comissão o desastre da concessão outorgada. O concessionário ficará investido nas funções de preposto do Tesouro Nacional para arrecadar bilhões de cruzeiros, em nome e sob a responsabilidade do Tesouro. A lei é expressa. Se o concessionário não pagar os prêmios, o Tesouro terá de pagá-los. E' o que dispõe o parágrafo único do art. 30 do decreto-lei 6.259, de 10 de fevereiro de 1944. Ora, o concorrente impugnado vai oferecer ao Govêrno de V. Excia., Sr. Presidente, para adjudicar a concessão, apenas a garantia de Cr$ 13.000.000,00 (os imóveis e a caução). Na verdade, a garantia única será a da caução de Cr$ 3.000.000.00, porque os imóveis, conquanto não possam ser alienados, na vigência da concessão, não serão hipotecados à União, e, consequentemente, poderão ser penhorados e levados à praça por outro qualquer credor, inclusive por credor simulado. Mas, admitindo-se que a garantia fôsse efetivamente de Cr$ 13.000.000,00, o certo é que o concessionário vai lançar em circulação uma emissão tremenda de papel, pelo o qual, de acôrdo com a lei, será responsável o Tesouro. Logo de saída poderá emitir bilhetes para extrações de vários meses consecutivos, cujo montante ultrapassará a cifra de cem milhões de cruzeiros. E além de não cumprir o contrato, deixando de recolher as contribuições a que se obrigou para obter a concessão, ainda poderá recusar o pagamento dos prêmios ou mesmo deixar de realizar os sorteios dos bilhetes postos em circulação e cujo preço de venda embolsou. Ou quando queira ser honesto, o próprio contrato de concessão lhe permitirá outro golpe extremamente simples e legal. Explorará a loteria durante dois anos, com ótimos lucros, e quando chegar o terceiro ano cujos ônus são exagerados, rescindirá o contrato, perdendo sòmente os Cr$ 3.000.000,00 da caução, em troca dos polpudos lucros dos primeiros anos:

Quem pagará os prejuízos do Tesouro? A Comissão? Certamente não há de ser o Ministro da Fazenda, que simplesmente se limitou a aprovar as decisões e pareceres da Comissão de Concorrência. E quem responderá pelo descrédito da Loteria, que é hoje um inestimável patrimônio da União? A Comissão?

Medite, V. Excia., Sr. Presidente, sôbre o que acaba de expor, respeitosamente, o suplicante. Relembro a V. Excia. as palavras do Sr. Ministro da Fazenda adotadas pelo suplicante no intróito de sua impugnação: no julgamento da idoneidade dos concorrentes e no estudo das propostas oferecidas, o Govêrno deve observar um critério superior, a fim de resguardar os interêsses da coletividade e da Fazenda Nacional. Considere V. Excia. a advertência feita pelo suplicante à Comissão de Concorrência: "Cumpre à Administração zelar pelo crédito da instituição e evitar que a mesma venha a cair em mãos menos escrupulosas de pessoa que, aos olhos do público e da própria Administração, não inspire aquela confiança integral, que é condição fundamental da existência da loteria. Para a concessão da loteria federal, a apuração da idoneidade deve ser ainda mais rigorosa do que para simples transações bancárias. Não basta que o candidato não seja criminoso fichado na polícia. Não basta que, por

não ter títulos protestados nos últimos cinco anos, possa cumprir a exigência duma das alíneas do edital de concorrência. E' preciso muito mais. E' preciso que tenha reputação ilibada, idoneidade reconhecida sem reservas nem vacilações. O público comprador de bilhetes da loteria federal, a Administração pública que assume a responsabilidade da concessão, não podem aceitar como concessionário, como responsável pelo crédito da loteria, quem, por atos de sua vida pregressa, pelos descréditos que tem merecido, não possa oferecer a garantia de lisura absoluta na execução do serviço".

Procure V. Excia. imaginar que, depois de tudo o que ficou provado, possa um dia ser realidade que o Sr. Oscar Ribeiro da Silva Jordão, o contraventor, empresário de casas de espetáculos atentatórios ao pudor, o explorador, clandestino de jogos proibidos, o homem dos títulos protestados, dos despejos e dos executivos fiscais, assinando contrato com o Govêrno de V. Excia. para execução do serviço da Loteria Federal.

E providencie então, Sr. Presidente, a avocação do processo da concorrência, para apurar se tudo foi processado corretamente, para apreciar os fundamentos e a documentação de impugnação do suplicante e dar-lhe a decisão correta e justa compatível com os altos interêsses do Tesouro Nacional. Porque esta providência é um dever que se impõe ao supremo zelador dos interêsses nacionais".

A 7 do referido mês, o Senhor Presidente da República proferiu o despacho do teor seguinte (fls. 164):

"Opine a Fazenda".

Encaminhada dita representação ao Ministério da Fazenda, o Sr. Dr. P. Ranieri Mazzilli, chefe do gabinete do respectivo titular, mandou ouvir, por despacho de 11 do corrente mês, "com urgência, a Comissão Julgadora da Concorrência para a exploração da loteria federal" (fls. 178).

A 19 de julho, esta Comisão prestou esclarecimentos a respeito, concluindo (fls. 186-187):

"6. As impugnações mereceram, como não poderiam deixar de merecer, a preferência do estudo que a elas dispensou a Comissão de Concorrência, que interrompeu a marcha dos trabalhos, para analisar, ponderar e, afinal, decidir, em face do alegado pelo requerente e dos elementos constantes dos processos dos candidatos contra os quais êle se insurgiu. À vista, porém, de inaplicabilidade às espécies das razões aduzidas pelo peticionário, as quais se apresentam, também, sem o lastro de documentos de valor probante, a Comissão de Concorrência concluiu pela não aceitação das impugnações, sem necessidade, como é óbvio, de diligenciar em qualquer sentido. Não houve, por conseguinte, açodamento algum da Comissão de Concorrência, mas critério seguro e sadio e perfeita consciência de deveres em tôrno do assunto. E' o próprio reclamante que afirma ser o edital da concorrência por demais severo, "exemplo de condição proibitiva à habilitação de candidatos à concorrência", não se podendo "conceber maior rigor na apuração da idoneidade e capacidade financeira". Ora, se dessa forma considera as exigências, e se as provas oferecidas pelo impugnado, como fácil será verificar-se, a elas se ajustam, como pretende que outra fôsse a pronunciação da Comissão de Concorrência? De consignar-se, também, que o postulante, ao contrário do que declara, não requereu, em nenhum instante, "vista da documentação dos demais concorrentes, o que, aliás, se o houvera feito, não obrigaria a Comissão de Concorrência a conceder semelhante "vista". O que a Comissão de Concorrência não poderia fazer, embora com desgostos para o autor da representação, era acolher as suas impugnações, tal como êle as ofereceu, com as características assinaladas no parecer transcrito. Tivessem as alegações consistência jurídica e se apoiassem em provas bastantes, não vacilaria a Comissão de Concorrência em dar-lhe guarida, para o efeito da eliminação dos candidatos visados, pois ela se empenhou em realizar justiça e

resguardar, até onde alcançaram as lindes de sua competência, os interêsses da Fazenda Nacional, dos quais o reclamante se arvorou em defensor, sem, todavia, dêles se lembrar, ao apresentar a proposta na base de Cr$ 1.271.250,00 ao passo que a do impugnado, de exequibilidade comprovada, consoante ressalva do relatório, se elevou a Cr$ 1.803.854.000,00, ou uma vantagem sôbre a precitada, em favor da União, de Cr$ 532.604.000,00".

Em seguida, o Sr. Chefe do Gabinete do Ministro da Fazenda mandou ouvir, por despacho de 26 de julho último, a Procuradoria Geral da Fazenda Pública, emitiu, a 3 de agôsto próximo findo, o parecer nestes têrmos (fôlhas 188-196):

"Com a invocação do que preceituam os §§ 37 e 38 do art. 141 da Constituição federal, o Sr. João Antônio de Almeida Gonzaga Júnior, candidato habilitado na concorrência pública aberta para a concessão, no quinquênio de 1950-1954, da exploração da loterial federal do Brasil representa ao Senhor Presidente da República contra a Comissão Julgadora da mesma concorrência, porque esta:

"não aceitou a impugnação oferecida pelo suplicante contra a habilitação do candidato Oscar Ribeiro da Silva Jordão (fls. 1); e pleiteia, em consequência,

"a anulação da decisão da Comissão de Concorrência que considerou habilitado o referido candidato, por constituir tal decisão um ato lesivo do patrimônio da União (fls. 2)".

Em despacho de 7 de julho último, determinou o Senhor Presidente da República que a respeito opinasse o Ministério da Fazenda (fls. 1); e o Sr. Chefe do Gabinete do Senhor Ministro reclamou sucessivamente, o pronunciamento da aludida Comissão (fls. 15), que se manifestou a fls. 16-24 — e desta Procuradoria Geral (fls. 24v.).

Duas preliminares poderiam ser arguídas, qualquer delas conducentes ao não conhecimento dessa representação.

A primeira, concernente à impropriedade do remédio de que se recorreu o candidato, poderia a Comissão ser acusada de êrro, no apreciar a impugnação do candidato reclamante, ou a documentação produzida pelo candidato impugnado — não *é abuso*, que é excesso, que é exorbitância, que é arbítrio, que é prevaricação. Se êste se confundisse com aquêle, desapareciam os recursos: no tentame de reformar decisões que lhes ferissem os interêsses, já não *recorreriam* as partes para as autoridades superiores às prolatoras dessas decisões, mas contra elas *representariam* para o Presidente da República. Serve a imagem para evidenciar o absurdo a que se chegaria pelo caminho trilhado pelo postulante: o caminho de generalizar o que é especial, de transformar o específico em panacéia.

A segunda preliminar é a de descabimento dêsse "recurso" para o Presidente da República: a autoridade competente para anular o veredito da Comissão seria o Ministro da Fazenda — e não o Chefe do Poder Executivo.

Desprezadas que sejam, entretanto, ambas as preliminares, o mérito se resume nestas duas proposições: no entender do requerente *deveria* a Comissão ter julgado procedente ("aceito") aquela impugnação e, como assim não procedeu, *deverá* a autoridade competente ("o Sr. Presidente da República", afirma o reclamante anular essa decisão.

Será bastante, bem é de ver, o exame da primeira destas proposições, eis que a solução que se lhes der resolverá, simultâneamente e irresistìvelmente, a segunda proposição.

O decreto n.º 4.536, de 28 de janeiro de 1922, que organizou o Código de Contabilidade da União, prescreveu no tocante às concorrências públicas (art. 51, § 2.º) que —

— "aos concorrente será lícito reclamar contra a inclusão ou exclusão de qualquer concorrente na lista de idoneidade, *mediante prova dos fatos que alegarem*".

Mais tarde, a Lei n.º 4.632, de 6 de janeiro de 1923, art. 162, aprovou o regulamento expedido com o decreto n.º 15.782, de 8 de novembro de 1922, em cumprimento ao disposto no art. 106 da citada Lei n.º 4.536, de 1922; e êsse regulamento — o Regulamento Geral de Contabilidade Pública, — ao traçar as normas gerais reguladoras das concorrências, repetiu (art. 741, § 1.º) que

— "aos concorrentes será lícito reclamar contra a inclusão ou exclusão de qualquer concorrente na lista de idoneidade, *mediante prova dos fatos que alegarem*".

Paralelamente, ainda, o edital da concorrência de que ora se trata determinou (5.ª condição):

— "qualquer impugnação à idoneidade e à capacidade financeira dos candidatos deverá ser formulada, *devidamente justificada e comprovada*, perante a Comissão de Concorrência", etc.

As normas, como o edital (documento básico da concorrência) explìcitamente subordinavam, pois, as reclamações dos concorrentes à prova, à justificação, à comprovação dos fatos que alegassem.

Nenhuma procedência tem, assim, a afirmação do postulante de que a acusação que faz ao concorrente, Oscar Ribeiro da Silva Jordão "é fato público e notório, e por ser público e notório, dispensa comprovação, *de acôrdo com a lei*" (fls. 5), porquanto, na espécie, a lei específica exige, taxativamente, a prova "dos fatos que alegarem" os concorrentes, sem qualquer restrição porventura decorrente da maior ou menor notoriedade de tais fatos.

Nenhuma projeção nasce, por outro lado, da asserção do requerente, consoante a qual, se não bastarem as provas que oferece, "a Secretaria de Segurança do Estado de São Paulo poderá prestar informações a respeito" (fls. 6); a quem afirma é que compete provar (*allegare nihil, et allegatum non probare, paria sunt; allegatio et non probatio, quasi non allegatio*), não teria a Administração pública porque fazer — ou aperfeiçoar — a prova do alegado pela parte.

Mesmo, porém, que assim não fôsse, não poderia a Comissão — no pequeno prazo que lhe estava fixado para o desempenho de sua tarefa, prazo bem mais certo do que aquêle contra o qual repetidamente reclama, em sua petição, o postulante, não poderia a Comissão, dizíamos, obter tais provas complementares.

9. Na censura de dispositivos legais da maior clareza, como se viu, cabia ao postulante, para ver acolhida a impugnação que ofereceu, a obrigação de produzir a prova de suas alegações. Para aquilatar, destarte, o acêrto ou desacêrto da decisão contra a qual se insurge, imprescindível — e bastante — se tornava o exame das provas apresentadas pelo requerente: *imprescindível* — porque impossível julgar dêsse acêrto ou desacêrto sem apreciar o valor e alcance dêsses documentos; *bastante* — porque a lei impõe, na espécie, a comprovação do alegado pelos concorrentes, devendo portanto, desprezar-se a alegação desassistida de elementos probatórios.

10. Êsses documentos, em número de dez, são os entranhados de fls. 8 a 19 do processo n.º 126.080-50, que ora se anexa ao presente processo.

O de n.º 1 (fls. 8) é a certidão de que, a 3 de abril de 1926, foi apresentada a protesto uma letra de câmbio aceita pelo impugnado, no valor de Cr$ 120,00.

O de n.º 2 (fls. 9) faz certo que, a 31 de julho de 1931, foi protestada uma letra de câmbio do valor de Cr$ 200,00 — aceita por Oscar Jordão:

O de n.º 3 (fls. 10) certifica que contra o impugnado foi, em 1945, distribuído um inquérito policial.

O de n.º 4 (fls. 11) torna certo que contra o impugnado foram distribuídas duas notificações (em 17 de junho de 1931 e em 2 de abril de 1949) e uma ação de despejo, em 28 de julho de 1931; e, contra Oscar Ribeiro Jordão, duas notificações (a 28 de abril de 1945 e

13 de junho de 1949) e uma ação de despejo, a 14 de dezembro de 1949.

O de n.º 5 (fls. 12) consiste em uma certidão de existência de um agravo de petição, entre partes Oscar Ribeiro Jordão como agravante e a Fazenda do Estado de São Paulo como agravada, em ação do valor de Cr$ 34.375,00.

O de n.º 6 (fls. 13) é uma cópia fotostática, não autenticada, do depoimento — sem data — de uma testemunha (2.ª), tomado em processo que não está indicado e que correria, a julgar pelo cabeçalho, perante o Juízo Privativo dos Feitos da Fazenda de um dos Estados da União.

O de n.º 7 (fls. 14) é outra cópia fotostática, não autenticada, do depoimento pessoal, não datada, de Oscar Ribeiro Jordão, prestado em processo que correria em Juízo da mesma natureza.

O de n.º 8 (fls. 15) é ainda uma cópia fotostática, sem autenticação, de uma informação de 21 de setembro de 1942 prestada na Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda de um dos Estados da União Federal — esclarecendo que, em nome de Oscar Ribeiro Jordão, ali constava um lançamento, a partir do segundo semestre de 1924, do ramo "boliche", de primeira classe, pela Praça da Sé, n.º 47.

O de n.º 9 (fls. 16) — outra fotostática, não autenticada, do pagamento de licença, para o mês de fevereiro de 1934, de um cinema na Praça da Sé, em nome de Oscar Jordão & Cia..

O de n.º 10 (fls. 17-19), finalmente, é ainda uma fotostática, não autenticada, de uma impugnação de embargos firmada em 30 de janeiro de 1943 por um subprocurador auxiliar da Procuradoria Fiscal do Estado de São Paulo, em processo de executivo fiscal movido contra Oscar Ribeiro Jordão.

11. Vejamos que foram êsses documentos que poderiam pesar na apreciação da impugnação apresentada pelo postulante: se eram de natureza a justificar-lhe a procedência, ou não.

12. Os de ns. 1 e 2, nenhuma repercussão podiam ter no julgamento da idoneidade financeira do candidato impugnado, porquanto os protestos de que dão notícia (de letras no valor de 120 e 200 cruzeiros), datam de 1926 e de 1931, isto é, de 24 e de 19 anos atrás, quando é certo que, nos têrmos da 1.ª condição (alínea *e*) do edital de concorrência, aos candidatos cumpria no tocante a títulos, provar a inexistência de protestos "nos últimos 5 anos".

Acresce, quanto ao de n.º 2, que o nome do sacado, na certidão, é "Oscar Jordão" — faltando a prova de que seria êle o mesmo impugnado, Oscar Ribeiro da Silva Jordão.

13. O de n.º 3 é relativo à existência, em 1945, de um inquérito policial contra aquêle concorrente. A fls. 14 do processo formado com os documentos apresentados por êsse candidato, entretanto, está uma certidão, datada de 22 de maio de 1950 e subscrita pelo Escrivão do Cartório do 1.º Ofício Criminal de São Paulo, capital, do teor seguinte: —

— "Certifica, em cumprimento ao respeitável despacho proferido no pedido retro que, revendo em o Cartório a seu cargo os autos de inquérito policial distribuído contra o requerente Oscar Ribeiro da Silva Jordão, brasileiro, natural de São Paulo, Capital, filho de João Ribeiro Jordão, em 22 de setembro de 1945, como incurso no art. 129, § 6.º, do Código Penal, dos mesmos autos às fls. 18v. verificou constar o respeitável despacho do MM. Juiz de Direito da 1.ª Vara Criminal determinando o arquivamento dos referidos autos de inquérito policial".

14. O de n.º 4 revela a existência, contra o candidato Oscar Ribeiro da Silva Jordão, de três processos judiciais; duas notificações e uma ação de despejo. As notificações são processos acessórios, despidos de qualquer fôrça executória e que não surtem efeito senão quando delas se prevalece a parte, em processo contencioso (Código de Processo Civil, arts. 720 e seguintes).

Quanto à ação de despejo, foi ela distribuída em 1931 — antes portanto,

do decênio referido na condição 1.ª (*c*) do Edital da concorrência.

A mesma certidão focaliza outros processos contra Oscar Ribeiro Jordão; duas notificações e uma ação de despejo. No tocante às notificações, já ficou dito que êsses processos acessórios, nenhum efeito jurídico produzem antes de utilizados em processos contenciosos. No que tange à ação de despejo, seria preciso, para que essa distribuição constituisse prova contra o impugnado, fôsse lícito ser êsse réu o mesmo candidato contra cuja habilitação se rebela o postulante.

Vem a propósito por em relêvo que toda a documentação apresentada pelo Sr. Oscar Ribeiro da Silva Jordão foi requerida — e concedida — nesse nome por inteiro : Oscar Ribeiro da Silva Jordão.

15. O de n.º 5 mostra que Oscar Ribeiro Jordão (e não Oscar Ribeiro da Silva Jordão) é parte em um agravo de petição em que figura como agravada a Fazenda do Estado de São Paulo. A mesma certidão, entretanto, esclarece que êsse feito está paralisado desde 8 de maio de 1943 (há mais de sete anos, portanto). Ora, a 1.ª condição, alínea *e*, do Edital, exigia a prova da inexistência de *distribuições* de processos fiscais "nos últimos dez (10) anos", prova que o candidato ofereceu, o que justifica a conclusão de que a ação fiscal que serviu de origem a êsse agravo de petição, foi *distribuída* há mais de dez (10) anos. Nenhuma prova, aliás, de que êsse agravante (Oscar Ribeiro Jordão) seja o candidato Oscar Ribeiro da Silva Jordão.

16. Os documentos de ns. 6 a 10 são cópias fotostáticas, não autenticadas, de diversos documentos.

(Considere-se, antes do mais, que essas cópias estão despidas de qualquer valor probante, por isso mesmo que não foram autenticadas).

Dêsses cinco documentos, quatro (os de ns. 6, 7, 8 e 10) fazem referência a Oscar Ribeiro Jordão — e não a Oscar Ribeiro da Silva Jordão; o de n.º 9, menciona o nome da firma "Oscar Jordão & Cia.". Ademais, por sua própria natureza, por seu próprio conteúdo, não são êsses documentos bastantes para provar qualquer das alegações do requerente.

17. Em face do exposto, a Procuradoria Geral é de opinião :

a) que não desacertou a Comissão de Concorrência, quando não deu pela procedência da impugnação apresentada pelo candidato João Antônio de Almeida Gonzaga Junior contra a inclusão do candidato Oscar Ribeiro da Silva Jordão entre os habilitados a apresentar propostas na mesma concorrência;

b) que essa impugnação devia ser tida por improcedente, como o foi, de vez que o impugnante não se estribou em provas hábeis, qual o exigiam não só os textos legais especificamente aplicáveis à espécie como uma das condições explícitas do documento básico da concorrência — o edital;

c) que, ao ver desta Consultoria Jurídica, não incidiu sequer em *êrro* quanto mais em *abuso* — essa Comissão;

d) que, portanto, nenhum ato nulo ou anulável — *lesivo ou não ao patrimônio da União* — praticou a Comissão Julgadora da Concorrência;

e) que, conseguintemente, não serve de apoio a esta representação nem o § 37 nem o § 38 do art. 141 da Carta de 1946;

f) que a mesma representação não merece acolhida pelo Senhor Presidente da República, mesmo que Sua Excelência dela tome conhecimento, a despeito das preliminares levantadas neste estudo.

Ao Gabinete do Senhor Ministro".

A 24 de agôsto último o Sr. Presidente da República proferiu o despacho do teor seguinte (fls. 197) :

"Ouça-se o Dr. Procurador Geral da República sôbre a representação de fls. 23".

O Sr. Dr. Plínio de Freitas Travassos, Procurador Geral da República, emitiu, a 14 de setembro próximo findo, o parecer nestes têrmos (fls. 200-213) :

"Dignou-se Vossa Excelência de ouvir-me sôbre a representação de fls. 25 do incluso processo n.º 126.080-50, do Ministério da Fazenda, em que João Antônio de Almeida Gonzaga Júnior, candidato inscrito para a concorrência da loteria federal, impugnou a idoneidade e capacidade financeira do concorrente Oscar Ribeiro da Silva Jordão.

Juntamente com aquêle processo, recebi o de n.º 84.968-50, do mesmo Ministério e informações da Caixa Econômica Federal de São Paulo sôbre o referido Oscar Ribeiro da Silva Jordão.

Tendo examinado os aludidos processos e informações, tenho a honra de apresentar a Vossa Excelência o meu parecer, que é o seguinte :

2. João Antônio de Almeida Gonzaga Júnior, com fundamento no art. 141, §§ 37 e 38, da Constituição federal, representou a Vossa Excelência contra a Comissão de Concorrência da Loteria Federal, que, em despacho publicado no "Diário Oficial" da União (Seção I), do dia 1 de julho do corrente ano, à pág. 9.844, não aceitou a impugnação por êle oferecida contra a habilitação do candidato Oscar Ribeiro da Silva Jordão, tendo também pleiteado a anulação da decisão da Comissão de Concorrência que considerou habilitado o aludido candidato, por constituir tal decisão, no seu entender, um ato lesivo ao patrimônio da União.

3. O caso tem, como se vê desde logo, a maior relevância. Não só porque são vultosíssimas as contribuições que a União Federal deve receber do concessionário. Também porque a questão da idoneidade do concessionário pode atingir o próprio decôro da Administração pública.

No caso, essas circunstâncias revestem-se, ainda, de maior importância, porque se trata de nova concorrência para a concessão do serviço de loterias, tendo sido anulada a que se realizou precedentemente.

4. Por isso mesmo, não me deterei na preliminar da competência do Excelentíssimo Senhor Presidente da República. porquanto, desde que a atenção de Sua Excelência foi solicitada para matéria de tanta relevância, importa considerar a questão em seu próprio merecimento.

5. Convém, antes de tudo, recordar as grandes responsabilidades que, da concessão outorgada, decorrem para a União Federal.

É bastante notar-se que, desde o momento da assinatura do contrato, o concessionário da loteria federal constitui-se preposto do Govêrno para recolher ao Tesouro o impôsto de 5% sôbre a venda de bilhetes, por meses vencidos, como ressalta da leitura do § 2.º do art. 13 do decreto-lei n.º 6.259, de 10-2-944, que assim dispõe :

"A loteria federal poderá recolher o impôsto de que trata êsse artigo relativo às loterias, de um mês, até o décimo quinto (15) dia do mês seguinte, desde que esteja intacta a sua caução".

Sòmente o montante dêsse impôsto em um mês, postas de lado as demais contribuições, poderá exceder a caução do contrato que será apenas de Cr$ 3.000.000,00 segundo o estabelecido na 13.ª condição do edital.

6. O risco maior para o Govêrno, porém, não é êsse e sim o da posição em que a lei o coloca, de garantia do concessionário pelo pagamento dos prêmios sorteados (parágrafo único do art. 30 do citado decreto-lei n. 6.259, de 1944).

Bem se compreende, pois, que a lei e o edital de concorrência tenham sido tão rigorosos nas exigências de idoneidade dos pretendentes à concessão do serviço de loterias.

As concorrências para a concessão da loteria federal do Brasil obedecem às normas peculiares, estabelecidas pelo decreto-lei n.º 6.259, de 10 de fevereiro de 1944.

Por essas normas são exigidas dos candidatos *provas de idoneidade moral e financeira*, que deverão ser apresentadas até dez dias antes da data fixada para o recebimento das propostas (§ 3.º do art. 4.º do citado decreto-lei).

Por sua vez, o edital de concorrência estabeleceu, na sua 5.ª condição que :

"Qualquer impugnação à idoneidade e à capacidade financeira dos candidatos deverá ser formulada, devidamente justificada e comprovada, perante a Comissão de Concorrência, o mais tardar até cinco (5) dias antes da data fixada para o recebimento das propostas, salvo, ùnicamente, as impugnações que se basearem em motivos supervenientes, as quais poderão ser formuladas até essa data".

A impugnação em aprêço, apresentada à Comissão de Concorrência a 29-8-50, o foi, portanto, tempestivamente, pois o respectivo edital fixou o dia quatro (4) de julho para o recebimento e abertura das propostas.

7. Parece irrecusável quanto às autoridades superiores do Govêrno federal, que lhes será lícito, a todo o tempo, até o chamamento para a assinatura do contrato, reexaminar a habilitação de qualquer candidato, por não preenchimento de requisitos legais e atender mesmo à superveniência de provas de sua idoneidade.

É assim, oportuno apreciar, nessa fase do processo, as provas sôbre a idoneidade do candidato Oscar Ribeiro da Silva Jordão, de vez que João Antônio de Almeida Gonzaga Júnior, tendo apresentado a Vossa Excelência a representação de fls. 25, do processo n.º 126.080-50, contra a aludida Comissão de Concorrência, insiste nos argumentos que ela não acolheu.

8. Pelo edital de concorrência publicado no "Diário Oficial" de 5 de maio do corrente ano, a prova de capacidade financeira dos candidatos consiste no oferecimento de *títulos de propriedade de bens imóveis, no valor mínimo* de Cr$ 10.000.000,00, devidamente transcritos no Cartório do Registro de Imóveis competente, bem como os títulos de seus antecessores e as transcrições feitas no período de trinta anos (letra *L* da 1.ª condição do edital), e, na apresentação da *prova de propriedade de apólices da Dívida Pública*, federal ou estadual, no valor mínimo, pela cotação da Bôlsa, de Cr$.. 5.000.000,00 (Letra *r*, da 1.ª condição do edital).

Acompanhando a *prova de propriedade das apólices* deve o candidato juntar :

a) certidão da Caixa de Amortização, ou repartição estadual correspondente, da autorização legal e efetiva emissão e circulação das apólices, bem assim da inexistência de cláusula impeditiva de sua livre disponibilidade (letra *b* da 1.ª condição).

b) certidão da Câmara Sindical da Bôlsa de Valores, em cujo quadro de cotação estiverem as apólices inscritas, sôbre a inexistência de quaisquer ônus em medidas judiciais que impeçam a livre circulação dos títulos (letra *t*, da 1.ª condição) :

c) certidão da última cotação dos títulos, passada pela referida Câmara Sindical (letra *u*, da 1.ª condição).

9. Ora, a *prova de propriedade das apólices* não foi feita pelo candidato Oscar Ribeiro da Silva Jordão.

Limitou-se êle a juntar um certificado do Banco Cruzeiro do Sul de São Paulo S. A., assinado pelos Diretores A. D'Agostinho e Jordão Mendes da Silveira, assim redigido:

"Cautela n.º 004781 de ..... Cr$ 17.888.000,00 (dezessete milhões oitocentos e oitenta e oito mil cruzeiros), de 1.788 apólices Cr$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros) cada, da Dívida Unificada do Estado de São Paulo.

.....

Vimos com esta certificar que o título supra, de Oscar Ribeiro da Silva Jordão, acha-se depositado neste Ban-

co" (fls. 117 do citado processo número 84.968-50 do Ministério da Fazenda).

A prova da propriedade das apólices exigida na letra *r*, da 1.ª condição constante do edital, decorre imediatamente do disposto no § 1.º do art. 6.º do decreto-lei n.º 6.259, de 10-2-44, *in verbis*:

"Provar-se-á a capacidade financeira pela propriedade de bens equivalentes ao triplo do prêmio maior a que se refere o art. 9.º, n.º 4, dêste decreto-lei".

O candidato Oscar Ribeiro da Silva Jordão não satisfez, porém, essa condição do edital, porque nenhuma prova ofereceu de serem de sua propriedade as 1.788 apólices ao portador, constantes da cautela n.º 004781, do valor nominal de Cr$ 10.000,00 cada uma, já referidas.

Os aludidos decreto-lei n.º 6.259, de 1944 e edital não se contentaram com a posse eventual dos títulos, uma vez que os mesmos e mais os imóveis darão a medida da capacidade financeira do futuro concessionário.

Não bastaria, pois, que o candidato relacionasse apólices momentâneamente em seu poder, por qualquer outro título que não o de propriedade, como, por exemplo, o mandato, o depósito, o comodato, etc.

10. Em se tratando de títulos ao portador, a prova da propriedade deve ser feita por declaração do corretor de fundos públicos, à vista do que constar dos seus livros, de que os títulos foram adquiridos em Bôlsa, por seu intermédio, para o candidato.

A nossa legislação sôbre o assunto é, aliás muito clara.

Já o decreto n.º 354, de 16-12-1895, dispunha no art. 3.º que:

"Sòmente por intermédio dos corretores de fundos públicos se poderão realizar:

a) a compra e venda e a transferência de quaisquer fundos públicos nacionais ou estrangeiros".

O decreto-lei n.º 5.475, de 11-5-43, usou da linguagem mais peremptória ainda, quando, no art. 1.º, estabeleceu que:

"As operações sôbre títulos de Bôlsa serão efetuados exclusivamente por intermédio dos corretores e em público pregão".

O decreto-lei n.º 5.475, de 11-5-43 abriu uma exceção para as obrigações de guerra e títulos ao portador, mas, logo a seguir, o decreto-lei n.º 8.274, de 4-12-45, restabeleceu a legislação anterior, dispondo no seu art. 1.º que:

"Fica revogado o art. 5.º do decreto-lei n.º 5.475, de 11-5-43, e, consequentemente, restabelecida a aplicação do disposto no art. 1.º do decreto-lei n.º 1.344, de 13-6-39, às operações sôbre títulos ao portador da Dívida Pública Federal, Estadual ou Municipal".

11. O certificado dado pelo Banco Cruzeiro do Sul de São Paulo S. A., do depósito alí, das aludidas apólices, pelo referido candidato, não prova, assim, a propriedade das mesmas, nem supre a declaração do corretor, sendo mesmo de estranhar que, tendo requerido várias certidões à Bôlsa de Valores de São Paulo, não houvesse êle pedido a principal e imprescindível.

Há, é verdade exceção à regra geral de que só os corretores de fundos públicos podem comprar, vender ou transferir apólices ou outros títulos da Dívida Pública" — é a do pagamento do credor, feito diretamente pelo emitente: Govêrno federal, estadual ou municipal.

O beneficiado com êsse pagamento só poderá, porém, vender ou transferir êsses títulos na Bôlsa, por intermédio dos corretores, e nesse como naquele caso, deve ser feita a prova da aquisição do título ao portador, ou por uma certidão da repartição federal, estadual ou municipal, que deu em pagamento os títulos ao portador, ou uma certidão do corretor, extraída dos seus livros, de que vendeu ao interessado, em público pregão, na Bôlsa, os títulos ao portador.

Decorre daí que a certidão de um Banco, declarando que o interessado lá depositou tais títulos, prova a posse

eventual dos títulos, mas não a sua propriedade. Até porque êsses títulos, depositados sem condição alguma, podem ser, logo depois, retirados pelo mesmo depositante.

No caso em exame, entretanto, o edital de concorrência exige a prova da propriedade de títulos da Dívida Pública, que não pode ser feita, evidentemente, com a simples declaração de depósito dêsses títulos em um Banco, desacompanhada da prova da aquisição dos mesmos, pois tal certificado, provando apenas a posse eventual dos títulos, mais não é do que uma presunção de propriedade.

E presunção, no caso, não basta. Faz-se necessária a prova plena da propriedade.

Basta considerar que, em relação aos imóveis, — imóveis, cuja transferência é mais difícil e solene, — o edital exige, não só os títulos originais de propriedade, como ainda a prova dos antecedentes, etc. Em relação a título ao portador, não se há de considerar suficiente o depósito ocasional.

12. Juntou ainda o próprio concorrente, ora impugnado, a certidão de fls. 23 do processo n.º 84.968-50, do Ministério da Fazenda (doc. n.º 12) pela qual se verifica que contra êle foram movidos oito (8) executivos fiscais, pela Fazenda do Estado e Prefeitura Municipal da Capital do Estado de S. Paulo, e cinco (5) pela Fazenda do Estado, *por não pagamento, no devido tempo, de impostos devidos*.

Tão numerosos executivos, embora estejam agora, todos pagos, indicam pouco zêlo da parte do candidato e impontualidade no cumprimento dos seus deveres para com o Fisco, o que abala fortemente a sua idoneidade para contratar com o Govêrno.

Não se trata de executivos em que êle tivesse tido razões para recusar o pagamento, embora fôssem as mesmas desprezadas pela Justiça.

Êle não se defendeu em nenhum dêles. Negligenciaram os pagamentos devidos, que, afinal, foi satisfazer só em Juízo, quando não mais podia procrastinar os pagamentos.

13. Nos próprios têrmos estritos do edital de concorrência, o que decorre dêsses mesmos certificados, oferecidos pelo próprio impugnado, bastaria para a sua exclusão, porque a mencionado edital exige expressa e textualmente:

"certidões expedidas pelos cartórios competentes, *comprovando a inexistência de distribuição*, nos últimos dez anos, de ações cíveis contra o candidato e de ações fiscais contra êle e contra os imóveis..."

Pois bem, o que prova a certidão de fls. 23 é precisamente o contrário: é que *existem distribuições de ações fiscais contra o candidato impugnado*, em 1941, 1942, 1943, 1945, 1947, 1948 e 1949, tôdas no período de há menos de 10 anos.

Não importa que os executivos fiscais tenham sido extintos por pagamento. Basta que tenham sido intentados. Basta que existam as suas distribuições, nos têrmos expressos do edital, porque, evidentemente, o simples fato dessas distribuições denuncia, senão que o contribuinte é insolvente pelo menos que é moroso, impontual, remisso.

E não se quer confiar, nem se pode confiar, serviço de tão altos compromissos pecuniários, que devem ser solvidos com pontualidade, a pessoa que tem procedido daquele modo em relação a seus próprios compromissos com a Fazenda Pública.

14. Não resta dúvida que tôdas as certidões relativas a protestos de títulos, executivos fiscais, etc., apresentadas pelo impugnante, são referentes ao candidato Oscar Ribeiro da Silva Jordão, não importando que não conste de todos aquêles documentos o seu nome completo, pois, como se lê no referido relatório da Caixa Econômica Federal de São Paulo, êle usa o seu nome também abreviadamente, ora assinando-se Oscar Jordão, ora Oscar R. Jordão, ora Oscar Ribeiro Jordão.

Os protestos de títulos emitidos pelo dito candidato, embora há muito tempo, e de pequeno valor (Cr$ 120,00 e

Cr$ 200,00) e a sua impontualidade em satisfazer os impostos devidos ao Fisco, certamente não o credenciam à confiança do Govêrno federal, para investí-lo das funções de seu preposto e torná-lo depositário de somas tão vultosas.

15. A tudo isso, acresce que as informações prestadas pela Caixa Econômica Federal de São Paulo sôbre êsse concorrente, de cujo conteúdo a Comissão de Concorrência não teve conhecimento, por ter sido apresentada depois de findos os seus trabalhos, e em as quais se mencionam títulos protestados, executivos fiscais, atividades ilícitas, etc., caracterizam por demais a inidoneidade do mesmo para contratar com o Govêrno federal, maxime sôbre negócio que envolve enorme responsabilidade moral e material do Govêrno perante o público.

16. Em face do exposto, Senhor Presidente, não tenho dúvida em concluir que o candidato Oscar Ribeiro da Silva Jordão não tem idoneidade para contratar com o Govêrno federal e que é deficiente a prova de sua capacidade financeira, justificando-se, consequentemente, a sua exclusão dentre os concorrentes à concessão da Loteria Federal".

O Sr. Presidente da República proferiu o despacho do teor seguinte (fls. 200):

"Dou provimento ao recurso, de acôrdo com o parecer do Sr. Procurador Geral da República. Ao Ministério da Fazenda, para os devidos fins.

Rio, 18-9-50 — *Eurico Dutra*".

Na mesma data (a 18 de setembro último), o Sr. Ministro da Fazenda assim decidiu (fls. 214):

"Tendo em vista as conclusões dos estudos da Comissão designada pela Portaria n.º 461, de 20 de junho de 1950, e de conformidade com as quais foi julgada mais vantajosa a proposta apresentada por Oscar Ribeiro da Silva Jordão;

Considerando, entretanto, que o Dr. Procurador Geral da República, apreciando a representação formulada pelo licitante João Antônio de Almeida Gonzaga Júnior contra a decisão da mesma Comissão, emitiu parecer concluindo pela inidoneidade do candidato classificado em primeiro lugar:

Atendendo a que o Senhor Presidente da República aprovou êsse parecer, o que importa na eliminação do mesmo candidato, da concorrência a que se procedeu.

Resolvo adjudicar a Manuel Campbell Pena, classificado em segundo lugar pela comissão julgadora, a concessão do serviço da Loteria Federal por cinco anos.

À Diretoria das Rendas Internas, para os devidos fins.

Rio, 18 de setembro de 1950. — *G. da Silveira*".

A 22 de setembro próximo findo, foi assinado o contrato (publicado no *Diário Oficial*, do dia 25 do referido mês), "de concessão ao Sr. Manuel Campbell Pena, para a exploração do serviço da Loteria Federal".

Da cláusula quinta consta que "o contrato terá a duração improrrogável de outubro de mil novecentos e cinde cinco anos, a partir de vinte e cinco quenta e a terminar em igual dia e mês do ano de mil novecentos e cinquenta e cinco".

Declara-se, porém, na cláusula sétima, que "o contrato não entrará em vigor sem que tenha sido registrado pelo Tribunal de Contas".

IV — O Regulamento Geral de Contabilidade Pública (aprovado na Lei n. 4.536, de 6 de janeiro de 1923, art. 162), prescreveu:

TÍTULO VII

Das normas administrativas que devem preceder ao empenho das despesas

CAPÍTULO I

DAS CONCORRÊNCIAS

SEÇÃO I

Normas gerais

Art. 740. Haja ou não declaração no ato que convocar as concorrências

presume-se sempre que o Govêrno se reserva o direito de anular qualquer concorrência, por despacho motivado, se houver justa causa.

Art. 741. Em tôdas as concorrências públicas ou administrativas, a questão da idoneidade dos proponentes será examinada e julgada prèviamente, antes de abertas as propostas. As propostas, cujos autores não tiverem sido considerados idôneos, não serão abertas.

§ 1.º Aos concorrentes será lícito reclamar contra a inclusão ou exclusão de qualquer concorrente na lista de idoneidade, mediante prova dos fatos que alegarem.

§ 2.º Sempre que os chefes das repartições públicas apurarem, em processos administrativos, irregularidades que denunciem dolo ou má fé por parte dos proponentes ou dos contratantes de fornecimentos e serviços públicos, deverão levar o fato ao conhecimento do Ministério a que estiverem subordinados, o qual, verificados os fatos expostos no processo, declarará, por despacho, inidôneo, a pessoa, firma ou emprêsa de que se tratar, dando disso conhecimento aos demais Ministérios e mandando que tal despacho seja publicado.

De tais despachos terão registro especial tôdas as repartições públicas que dos mesmos tiverem conhecimento, devendo êsse registro ser consultado sempre que se tenha de julgar a idoneidade dos concorrentes.

.....

Art. 743. A concorrência cabe de direito ao autor da proposta mais barata, por mínima que seja a diferença entre ela e qualquer outra.

Art. 744. E' lícito ao Govêrno estipular uma segunda condição que, no caso de absoluta igualdade entre duas propostas, com direito à melhor classificação, sirva para decidir a quem cabe a preferência.

SEÇÃO II

Das concorrências públicas

Art. 745. A concorrência pública far-se-á por meio de publicação, no *Diário Oficial* ou nos jornais oficiais dos Estados, de um edital expedido pela repartição que haja de firmar o contrato de fornecimento ou prestação de serviço e no qual deverão ser indicados:

.....

Art. 747. No dia e hora estabelecidos no edital de concorrência, a autoridade que a presidir declarará a mesma aberta e passará a receber as propostas dos licitantes que se apresentarem.

.....

Art. 750. Verificadas, em primeiro lugar, a idoneidade dos concorrentes, serão as propostas abertas e lidas diante de todos os proponentes que se apresentarem para assistir a essa formalidade. Cada um rubricará, a fôlha a fôlha, a de todos os outros, em presença do presidente, que por sua vez as autenticará com a sua rubrica.

Antes de qualquer decisão serão tôdas as propostas publicadas na íntegra, nos mesmos jornais em que se publicaram os editais da concorrência.

.....

Art. 752. Da reunião para recebimento e abertura das propostas lavrar-se-á uma ata circunstanciada, na qual se mencionarão tôdas as propostas apresentadas, reclamações feitas e demais ocorrências que interessem o julgamento da licitação.

Art. 753. Feita a publicação recomendada no art. 750, a mesa encarregada de presidir a concorrência passará a estabelecer, em quadros apropriados, o confronto dos preços oferecidos nas propostas, segundo a qualidade e natureza de cada objeto ou de cada serviço.

Em processo anexo, serão, sob o mesmo número de ordem com que figurarem no quadro geral os respectivos concorrentes, reunidos e catalogados os de-

senhos, amostras e demais documentos exibidos pelos interessados.

Art. 754. Feita a classificação dos concorrentes, serão o quadro comparativo, as atas lavradas e os documentos anexos encaminhados ao chefe da repartição com um breve relatório do presidente da concorrência, que salientará qual a proposta mais vantajosa.

Art. 755. Examinado o processo da concorrência pelo chefe da repartição ou por funcionário pelo mesmo designado, e se nenhuma irregularidade fôr verificada, será escolhida, salvo outras razões de preferência, antecipadamente assinadas no edital, a proposta mais barata, que não poderá exceder de 10% dos preços correntes da praça, sob pena de anulação da concorrência.

.....

Art. 756. No caso de absoluta igualdade de condições entre duas propostas e os respectivos proponentes, poderá a Administração proceder a uma nova concorrência entre ambos, que versará sôbre o maior abatimento por cada um feito sôbre a oferta empatada.

Se nenhum dêles quiser, porém, fazer aquêle abatimento, proceder-se-á a sorteio, para decidir a qual dos proponentes caberá a adjudicação.

V — Como se vê, "em tôdas as concorrências públicas ou administrativas, a questão da idoneidade dos proponentes será examinada e julgada prèviamente, antes de abertas as propostas", (arts. 741, princípio, e 750, 1.ª parte, do Regulamento Geral de Contabilidade Pública).

E' o mesmo sistema que se adotava na vigência da Lei n.º 2.221, de 30 de dezembro de 1909 (art. 54, letra *a*).

Não há recurso da decisão.

Existe, apenas, o direito de reclamação, instituído no Código de Contabilidade Pública (Lei n.º 4.536, de 28 de janeiro de 1922, art. 51, § 2.º).

O direito de reclamação, assegurado aos concorrentes contra a inclusão ou exclusão de qualquer dêles da lista de idoneidade, exerce-se durante a própria comissão julgadora, que, mediante prova incontinente dos fatos alegados, poderá modificar a sua decisão. Mas não se concebe um recurso pròpriamente dito para a autoridade superior como se encontra prevista em editais do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, sem grave inconveniente para a marcha da concorrência" (Alberto Biolchini, *Codificação da Contabilidade Pública Brasileira*, vol. II, pág. 894).

Diz Pontes de Miranda (Parecer proferido ontem, do qual me veio às mãos uma cópia, devidamente autenticada, na distribuição feita a todos os Ministros):

"A organização da lista de idoneidade é de regra jurídica cogente e tem de ser *antes* de abertas as propostas, com *processo contraditório* e *preclusão*. A Comissão de Concorrência tem de cingir-se aos arts. 741 e 750: "Em tôdas as concorrências públicas ou administrativas, a questão da idoneidade dos proponentes será examinada e julgada prèviamente, antes de abertas as propostas. As propostas, cujos autores não tiverem sido considerados idôneos, não serão abertas" (art. 741); "Aos concorrentes será lícito reclamar contra a inclusão ou exclusão de qualquer concorrente na lista de idoneidade, mediante prova dos fatos que alegarem" (art. 741, § 1.º); "Verificada, em primeiro lugar, a idoneidade dos concorrentes, serão as propostas abertas e lidas diante de todos os proponentes que se apresentarem para assistir a essa formalidade (art. 750, 1.ª parte). A *ratio legis* dêsse princípio de exame prejudicial da idoneidade, com contraditório e preclusão, é retirar-se à Comissão de Concorrência e à Administração o excluir, a pretexto de verificação de idoneidade, concorrente cuja proposta já é conhecida.

Admitindo-se, para argumentar, que a Comissão de Concorrência não se tenha conduzido com acêrto no julgamento da idoneidade do proponente que classificou em primeiro lugar ou que a prova de sua idoneidade fôsse feita posteriormente àquele ato, apenas seria lícito ao Govêrno anular a concor-

rência, "por despacho motivado", de acôrdo com o disposto no art. 740 do Regulamento Geral de Contabilidade Pública. Não poderia, sem ofensa ao art. 743 do Regulamento citado, adjudicar a concorrência ao proponente classificado em segundo lugar.

Assim é que se manifestou Hahnemann Guimarães, em parecer que, como Consultor Geral da República, emitiu em 27 de setembro de 1943 (*Pareceres do Consultor Geral da República*, 1943, tomo III, pág. 350), em processo de impugnação à inclusão de proponentes na lista de idoneidade para a concessão do serviço da Loteria Federal:

"Não me parece admissível considerar adjudicatório o concorrente classificado em segundo lugar. Se, por qualquer motivo, no se atribuir a exploração do serviço ao concorrente que mereceu a preferência por ter apresentado a proposta mais vantajosa, ter-se-á de abrir nova concorrência.

A proposta mais vantajosa é indicada no relatório do presidente da concorrência (Regulamento Geral de Contabilidade Pública, art. 754) e deverá ser aceita, salvo se houver no processo de concorrência alguma irregularidade (Regulamento cit., art. 755) ou se ficar provado, posteriormente, à concorrência, que não é idôneo o escolhido para a adjudicação. Em qualquer destas duas hipóteses, o que se deve fazer é instaurar outro processo que permita a apresentação de novas ofertas, tão vantajosas, pelo menos, quanto à do concorrente escolhido no processo anulado.

A inidoneidade do concorrente indicado para a adjudicação pode, sem dúvida, ser provada depois que se encerrou a concorrência. A Administração pública não poderia ser compelida a adjudicar um serviço à pessoa inidônea, embora a prova da falta de idoneidade seja produzida após se haver estabelecido a preferência. A aceitação dessa proposta importa, entretanto, o reconhecimento de que foi nula a concorrência, cujo resultado não correspondeu aos interêsses do Estado. A preferência dada pela comissão de concorrência não pode ser modificada, ou é aceita ou, nos casos indicados, se anula a concorrência. O Govêrno tem "o direito de anular qualquer concorrência por despacho motivado, se houver justa causa" (Regulamento cit., art. 740), mas não lhe compete substituir por outra a proposta que a comissão de concorrência julgou mais vantajosa, nos têrmos do edital".

VI — Não havia dispositivo semelhante ao do art. 61, § 4.º, do Código de Contabilidade Pública (a que corresponde a do art. 740 do Regulamento Geral de Contabilidade Pública), no projeto que Dídimo da Veiga, então presidente do Tribunal de Contas, elaborou em 1903, por solicitação de Leopoldo de Bulhões, como Ministro da Fazenda, nem no que foi apresentado, a 29 de dezembro de 1919, pela Comissão Especial, constituída de sete deputados, "para o fim de organizar um projeto de Código ou de lei de contabilidade pública — como melhor parecer à referida Comissão — tendo por base não só os estudos iniciados na última legislatura sôbre o Código de Contabilidade, confeccionados pelo Sr. Presidente do Tribunal de Contas, por incumbência do Govêrno federal, como o projeto do Código Financeiro, apresentado em 1902 pelo então deputado Dr. Alfredo Varela, e o projeto de lei de Contabilidade Pública, oferecido à última Comissão Especial pelo Relator geral, ex-deputado Barbosa Lima" (Alberto Biolchini, op. cit., vol. I, pág. 757):

Emenda 50 — Haja ou não declaração no edital, presume-se sempre que o Govêrno se reserva o direito de anular qualquer concorrência, por despacho motivado, se houver justa causa".

"V. Excia. (dirigindo-se ao Sr. Otávio Rocha), não fêz boa cara à emenda. Tivemos também ocasião de discutir e a mim me pareceu medida necessária.

E' verdade que a moderna teoria do Código Civil admite a declaração unilateral de vontade como fonte de obri-

gação — direito alemão — que adotamos nessa parte.

Parece que desde que a parte concorra e aceite as condições estabelecidas pelo Govêrno não pode recuar mais do edital. O concorrente que apresentar melhores condições está preferido por direito.

A Comissão exige, porém, que o Govêrno, para exercer êsse direito, o faça por despacho motivado e se houver justa causa.

O caso citado ainda há pouco, por exemplo, e de conluio...

O Sr. Camilo Prates — A idoneidade moral do proponente.

O Sr. Josino de Araújo — Isso não se dá normalmente porque é verificada prèviamente, a menos que o julgamento da idoneidade tenha se fundado em prova julgada posteriormente falsa, mas em um conluio manifesto entre os concorrentes, o Govêrno anulará a concorrência, de modo que a parte, se fôr a juízo perderá, porque o Govêrno mostrará que o fêz por motivos morais e legais. Se não houver motivos legais, se fôr abuso, arbitrariedade, ao Poder Judiciário, a que o concorrente recorrerá naturalmente, cabe conhecer e julgar.

Por isso, pela fórmula que usamos, deixamos ao Judiciário a faculdade de examinar cada espécie.

Sabemos que a nossa tendência é para o abuso; às vêzes pode o protegido não ter feito uma oferta vantajosa e nascer daí o desejo de anular a concorrência. Há exemplos disso.

O Sr. Otávio Rocha — Eu fiz cara feia porque me lembrei do caso da soda cáustica.

VII — O parecer de Pontes de Miranda, a que me referi linhas atrás e por mim lido ao Tribunal, é nestes têrmos:

I — Os fatos:

Depois de se abrirem as propostas, quando, segundo o art. 741 do Código de Contabilidade (decreto n.º 15.783, de 8 de novembro de 1922), já se não poderia renovar a questão da idoneidade dos concorrentes, admitiu-se a impugnação, com documentos, à inscrição do primeiro classificado, sem se permitirem, sequer, as alegações e a prova contrária por parte do interessado, primeiro classificado. Com papel de todo estranho às suas funções. O Procurador Geral da República entende que o interessado não fizera prova da propriedade das apólices da dívida pública, conforme devera. O interessado havia exibido no tempo devido, à Comissão, o certificado do Banco Cruzeiro do Sul de São Paulo, de estarem, alí, em custódia, as apólices em número suficiente, de propriedade do interessado; e a Comissão deu-se por satisfeita. Alega-se, para se dar a outrem a concessão, que sòmente se prova a propriedade de apólices da dívida pública com certidão de registro da operação na Bôlsa.

II — A Consulta:

Pergunta-se-me: 1) E' permitido, depois de se abrirem as propostas e, mais, do julgamento da Comissão de Concorrência, volver-se a discutir a idoneidade dos concorrentes, ou de algum dêles? 2) Admitindo-se, por absurdo, que a Administração pudesse fazê-lo, seria compatível com os princípios que regem as concorrências e com os próprios princípios gerais de direito que se deixasse de ouvir aquêle a quem a Comissão de Concorrência considerou idôneo? 3) Qual o *momento* em que se transfere a propriedade das apólices da dívida pública quando a operação é feita por estabelecimento bancário, de acôrdo com o art. 1.º do decreto-lei n.º 3.545, de 22 de agôsto de 1941?

III — A primeira questão:

Nas concorrências públicas, que são negócios jurídicos com *ônus ex-público*, precedidos de processo de seleção, há princípios que resguardam os interêsses da unidade de direito público e os interêsses dos concorrentes. Dentre êsses princípios, que são inderrogáveis (*ius cogens*), estão: *a*) o princípio da anulabilidade (melhor diríamos denunciabilidade) da concorrência, por despacho motivado, se houve e há justa

causa, princípio, êsse, que exclui qualquer anulação ou denúncia sem justa causa e torna o ato do Govêrno suscetível de exame judicial, porque o art. 740 não permitiu a "uncontrolled discretion" (decreto n.º 15.783, de 8 de novembro de 1922, art. 740: "Haja ou não declaração no ato que convocar as concorrências, presume-se sempre que o Govêrno se reserve o direito de anular qualquer concorrência, por despacho motivado, se houver justa causa") *b*) o princípio da organização da lista de idoneidade (art. 741), como *quaestio prae iudicialis* admitindo-se que os concorrentes postulem sôbre inclusão dos outros e contra a exclusão dos seus nomes (art. 741, § 1.º); *c*) o princípio da exclusão do arbítrio no exame das propostas (art. 743: "A concorrência cabe de direito ao autor da proposta mais barata, por mínima que seja a diferença entre ela e qualquer outra"), inclusive no caso de absoluta igualdade de propostas, quando, se não foi previsto o critério para se decidir em tal contingência (art. 744), fica prejudicada a concorrência.

As denúncias de concorrências públicas ou são *vazias*, isto é, a arbítrio da Administração, ou *cheias*, isto é, se alguma "causa justa" há para serem denunciadas. No direito administrativo brasileiro, afasta-se a denunciabilidade vazia, que importaria em poder o Govêrno fazer e desfazer concorrências à vontade, o que tiraria tôda seriedade aos atos de concorrência pública, ao mesmo tempo que se pré-exclui a cláusula de não denunciabilidade se há a justa causa. E' justa causa para o Govêrno denunciar a concorrência, resolvendo-se, portanto, a infração de qualquer regra jurídica cogente (*e.g.*, não foram observados os prazos do art. 746 ou não se observou alguma regra jurídica cogente dos arts. 745, 747-756).

A organização da lista de idoneidade é de regra jurídica cogente e tem de ser antes de abertas as propostas, com *processo contraditório e precluso*. A Comissão de Concorrência tem de cingir-se aos arts. 741 e 750: "Em tôdas as concorrências públicas ou administrativas, a questão da idoneidade dos proponentes será examinada e julgada prèviamente, antes de abertas as propostas. As propostas, cujos autores não tiverem sido considerados idôneos, não serão abertas" (art. 741); "Aos concorrentes será lícito reclamar contra a inclusão ou exclusão de qualquer concorrente na lista de idoneidade, mediante prova dos fatos que alegarem" (art. 741, § 1.º); "Verificada, em primeiro lugar, a idoneidade dos concorrentes, serão as propostas abertas e lidas diante de todos os proponentes que se apresentarem para assistir a essa formalidade" (art. 750, 1.ª parte). A *ratio legis* dêsse princípio de exame prejudicial da idoneidade, com contraditório e preclusão, é retirar-se à Comissão de Concorrência e à Administração o excluir, a pretexto de verificação de idoneidade, concorrente cuja proposta já é conhecida. Os artigos 741 e seu § 1.º e 750, 1.ª parte, fundam-se em defesa dos concorrentes e do interêsse público contra a eventual imoralidade da Administração.

a) *Questão prejudicial*: a da idoneidade dos concorrentes, tem de ser posta antes da abertura das propostas. Dí-lo e redí-lo o Código de Contabilidade Pública; de modo que, se não se faz, prèviamente, a lista, ou se não se assegura a contraditoriedade, é de *anular-se*, judicialmente, a concorrência, ou de ser *denunciado*, ou anulado pelo Govêrno. Se a lista foi feita e não houve impugnação de exclusão ou de inclusão (art. 741 § 1.º), dá-se a *preclusão*.

b) O *contraditório*: é exclusão ou inclusão na lista de idoneidade sòmente pode ser *até* que se esgote prazo que fôr assinado aos concorrentes, ou, se não foi assinado, *até* que se decida a Comissão de Concorrência a abrir as propostas (art. 750, pr).

c) Desde o momento em que se passa a abrir qualquer das propostas a discussão da lista de idoneidade é *extemporânea* e *contra a lei*. Deu-se a *preclusão*, tanto assim que não se abrem

as propostas dos que foram excluídos (art. 741, 2.ª parte: "As propostas, cujos autores não tiverem sido considerados idôneos, não serão abertas"). A preclusão, em direito administrativo, tem a eficácia de coisa julgada, se o ato administrativo, *decide*. Se a lei estabelece a prejudicialidade, necessàriamente atribuiu ao ato administrativo, por seu conteúdo e seu caráter declaratórios, a eficácia de coisa julgada. A decisão da Comissão de Concorrências faz coisa julgada formal e material, de modo que sòmente poderia ser atingida pela anulação ou denúncia administrativa da concorrência mesma, ou pela sentença judicial que decretasse a anulação da concorrência. Sem isso, a preclusão derivada de não mais se poder discutir a idoneidade impõe-se à Administração, ao Tribunal de Contas e à própria Justiça, pois essa mesma sòmente pode atingir com seus julgados a coisa julgada administrativa se teve cognição e está a julgar ação, constitutiva negativa da concorrência mesma (ação de anulação da concorrência). Foi a própria *lex lata*, constante dos arts. 741 e seu § 1.º e 751, 1.ª parte, que estabeleceu a preclusão da questão prejudicial da idoneidade dos candidatos. Há direito dêles a que se respeita essa lista. A Administração de modo nenhum poderia, a pretexto de rediscutir a idoneidade do candidato em melhores condições, *excluir* da lista êsse ou qualquer dêles. Primeiro, porque a lei estatuiu que a questão da idoneidade seria prèviamente "julgada", só se abrindo as propostas depois de organizada a lista; segundo, porque o Govêrno não tem arbítrio na escolha dos concorrentes, tendo *alguns* dêsses direito espectativo (não simples espectativa), desde o momento em que, entregues as suas propostas e feita a lista de idoneidade, são elas *abertas*. O art. 743 diz que a concorrência cabe ao autor da proposta "mais barata"; e não se podem abrir as propostas (arts. 741 e 750, 1.ª parte) *antes* de se assentar a lista de idoneidade. A rediscussão dessa, após a abertura das propostas, é *contrária a direito;* nenhum efeito pode ter. Indo qualquer efeito, que se lhe atribui, a cognição do Tribunal de Contas, não pode êsse reconhecê-lo, porque lhe cabe "julgar da *legalidade dos contratos*" (Constituição de 1946, art. 77, III), e a exclusão da pessoa, cuja idoneidade foi preclusivamente admitida e cuja proposta, *por isso mesmo*, fôra aberta, é a ilegalidade máxima, em se tratando de concorrência pública, pois que, com êsse ato arbitrário e violento, a Administração viola regra jurídica *escrita*, cogente, fundada em política jurídica da vigilância da moralidade administrativa.

Assim respondo à primeira questão:

— No direito administrativo brasileiro, nenhuma discussão pode ser estabelecida sôbre a lista de idoneidade *após* a abertura das proposta. Aliás, *após* a declaração do presidente da Comissão de Concorrência de que *vai* passar à abertura das proposta. O ato do Govêrno, excluindo o concorrente que fôra incluído em lista de idoneidade, é atentatório da lei expressa, que o Tribunal de Contas tem por missão guardar, e temos sempre frisado a *altura* dessa missão no sistema constitucional brasileiro; qualquer exclusão posterior, exatamente no tocante àquele a quem de direito (art. 743), cabe a concessão, viola a lei e lesa os direitos subjetivos do concorrente que preenche os pressupostos do art. 743.

IV. *A segunda questão*:

Sòmente por absurdo se poderia admitir que, diante de têrmos de lei tão claros (decreto n.º 15.783, de 8 de novembo de 1922, art. 741, *verbis*: "a questão da idoneidade dos proponentes será examinada e *julgada* prèviamente, antes de abertas as propostas"; art. 750, 1.ª parte, *verbis*: "Verificada, em primeiro lugar, a idoneidade dos concorrentes"), se reabrisse a discussão da lista de idoneidade. Se algum dêles não fôsse idôneo, teria a Comissão de Concorrência de se abster de abrir-lhe a proposta. Incluiu os idôneos na lista e abriu-lhes as propostas. Não se trata de ato administrativo de arbítrio; mas de julgamento: o art. 741 fala, explì-

citamente, de ser "julgada" a idoneidade dos proponentes, "prèviamente". São os têrmos clássicos para se referir à *decisão* administrativa, com preclusão e eficácia de coisa julgada.

Respondo, portanto:

— Não seria possível reabrir-se a discussão. Ainda quando se apura inidoneidade, em processo administrativo, nos casos do art. 741, § 2.º, tal decisão sujeita a recurso, sòmente tem efeitos *ex nunc*, para que as repartições não incluam o pessoal em lista de idoneidade. Poder-se-ia decretar a anulação ou denunciar-se a concorrência; nunca eliminar-se quem concorreu e foi incluído na lista, abrindo-se, após, a sua proposta. Dentro dos princípios de direito, só teria o govêrno aquêle caminho e, se depois da concessão, a ação de anulação da concorrência (constitutiva negativa). Quanto a violação do princípio de contrariedade, é tão fora dos moldes jurídicos eliminar-se alguém de lista de idoneidade, — "julgada" e com eficácia oriunda de preclusão, — que nenhuma argumentação poderia atenuar, no Estado de direito, em que vivemos, tão profunda denegação de justiça.

V. *A terceira questão*:

A regra é serem as apólices da dívida pública, como os títulos ao portador em geral e os demais títulos de crédito, *bens móveis*. O Código Civil, art. 44, II, sòmente considera *bens imóveis* "as apólices da dívida pública oneradas com a cláusula de inalienabilidade". Fora daí, as apólices da dívida pública são bens móveis. O decreto-lei n.º 1.344, de 13 de junho de 1939, art. 1.º, estatuiu que "as operações sôbre títulos de bôlsa serão efetuadas exclusivamente por intermédio de corretores e em público pregão". Mas o decreto-lei n.º 3.545, de 22 de agôsto de 1941, permitiu "aos estabelecimentos bancários a venda à vista ou à prestação de títulos *ao portador* da dívida pública da União, Estados e Municípios". *a*) Assim, a transmissão da propriedade dos títulos ao portador *vendidos* por intermédio de corretor e em público pregão opera-se com a efetividade de *concordância;* portanto, *antes* do registro, que não tem a eficácia translativa do registro de imóveis. Tanto assim que o corretor "registrará nos seus livros, logo depois, de efetuadas, as operações em que intervier" (decreto-lei n.º 1.344, de 13 de junho de 1939, art. 17) e registrá-las-á também a secretaria da Bôlsa. O contrato de venda pelo corretor é negócio jurídico *real*, e não *consensual*. O registro tem função posterior, *não constitutiva*. *b*) Quando a transmissão é por intermédio de estabelecimento bancário, o contrato é *real*, não é contrato consensual de compra e venda. O art. 6.º do decreto n.º 3.545, de 22 de agôsto de 1941, foi explícito: "Quando se trata de venda à vista, o vendedor fornecerá ao comprador uma declaração comprobatória da venda, com os requisitos, nas letras *b*, *c*, *d* e *f*, do artigo anterior"; quer dizer: declaração da venda; nome, nacionalidade, profissão e domicílio do comprador; numeração e característicos do título vendido: data da compra ao govêrno emitente, ou da aquisição em bôlsa, indicado, nesta hipótese, o corretor; preço da venda. Essa *nota* ("declaração comprobatória") e que *prova* a aquisição; daí a lei chamá-la, com todo o acêrto, "declaração comprobatória". A transmissão já se efetuou. O decreto-lei n.º 3.545, de 22 de agôsto de 1941, foi preciso na concepção do negócio jurídico da venda de títulos ao portador da dívida pública por intermédio dos estabelecimentos bancários como contrato *real*, que, ao tratar dos negócios jurídicos *a prestação*, estabeleceu (art. 8.º): "A celebração do contrato transfere imediatamente ao comprador a propriedade do título". *Inclusive nas vendas a prestação*: "Nas vendas a prestação, o vendedor reterá o título", frisou o art. 8.º, § 1.º, para pôr claro que só se trata de *direito de retenção* "até final pagamento percebendo os respectivos juros, mas não o caucionará, nem dêle disporá sob qualquer pretexto ou forma". Porque, ainda em tais alienações, se transfere, desde logo, a propriedade: "caberão ao comprador os prêmios ou a importância do

resgate do título, devendo o vendedor providenciar sem demora o seu recebimento" (art. 8.º, § 2.º). O contrato real operou o seu efeito específico, sem que se possa inquirir mesmo da causa, por ser contrato abstrato (G. Steyert, *Der dingliche Vertrag*, Strassburg, i.E., **1905, 17s.)**.

O adquirente nada tem com a formalidade do registro, que tem outros propósitos de política jurídica, e não os de *constituir* ou *provar* a aquisição. O estabelecimento bancário é que tem de enviar, "*cada semana*, à Câmara Sindical de Corretores, ou, na falta desta, à Delegacia Fiscal do Tesouro Nacional, uma relação dos contratos efetuados, mencionando as especificações referidas nos arts. 5.º e 6.º" (art. 7.º). Se o não faz, incorre em multa de cinco a dez mil cruzeiros e do dôbro na reincidência (art. 24). O negócio jurídico *real* da aquisição existe desde a celebração do contrato, pois que é real, e prova-se com a nota do estabelecimento *bancário*. A certidão da Câmara Sindical não teria, sequer, valor probatório contra o registro do corretor, nem, *a fortiori*, contra a *nota* a que a lei chama "declaração comprobatória".

Respondo, pois, a terceira pergunta:

A transmissão da propriedade das apólices ao portador da dívida pública, quando a operação é feita por estabelecimento bancário, dá-se com a celebração do contrato. Essa transmissão se prova com a nota de operação, dita, na lei, "declaração comprobatória (decreto-lei n.º 3.545, de 22 de agôsto de 1941, art. 8.º). A certidão da Câmara Sindical nada acrescenta ao *ser* do contrato: é formalidade disciplinar, fiscalizadora e de preparação de estatística. A sua falta dá ensejo a multar-se o estabelecimento bancário, que deixou de fazer a comunicação semanal, se o deixou de fazer. Nada mais. Não se pode exigir de adquirente de apólices da dívida pública, ao portador, outra prova da propriedade das apólices que a "declaração comprobatória" do art. 8.º do decreto-lei n.º 3.545.

O momento para se exigir qualquer prova teria sido no período de formação da lista de idoneidade. Exigiu-se o que se podia e devia exigir. Legitimados a impugnar a prova feita (*e.g.*, falsidade da declaração comprobatória) seriam os membros da Comisão de Concorrência e os concorrentes (Decreto n. 15.783, de 8 de novembro de 1922, art. 741, § 1.º: "Aos concorrentes será lícito reclamar contra a inclusão ou exclusão de qualquer concorrente na lista de idoneidade, mediante prova dos fatos que alegarem"). A interferência do Procurador Geral da República no processo da concorrência, para a exclusão do concorrente, é fora de tôda a técnica jurídica: aberra por maneira tal dos princípios, que não merece exame. Os procuradores da República tem as suas funções; não são consultores de Ministérios; podem dar denúncias e propor ações declaratórias, constitutivas e outras —, não podem figurar em concorrências públicas administrativas como se fôssem fiscais da Administração. Falta-lhes, aí, *ius postulandi*. Depois de abertas as propostas, o Govêrno pode anular ou denunciar a concorrência, se há *justa razão* (o Govêrno); não pode arrebentar as muralhas das preclusões dos processos administrativos, para ir alterar as listas de idoneidade.

A concessão, baseada em tão flagrantes violações das leis e dos princípios gerais de direito, não pode ser *registrada*. Seria sancionar-se postergação de princípio que a lei concebeu exatamente para servir e defender o interêsse público e a moralidade administrativa".

VIII — Informa a Comissão de Concorrência, em seu relatório (fls. 33-64):

"A presente concorrência pública veio demonstrar que o Estado pode beneficiar-se com importância muitíssimo além daquela que lhe tem sido reservada em concessões anteriores, deixando, ainda, retribuição compensadora a quem se proponha explorar semelhante serviço".

Na concorrência imediatamente anterior, para a exploração do serviço de loteria, anulada pelo Ministro da Fa-

zenda, Sr. Dr. Guilherme da Silveira, as propostas assim se classificaram, "partindo da mais elevada" (*Diário Oficial*, de 8 de março de 1950, pág. 3.381):

CONCORRENTE	EM MILHARES DE CRUZEIROS		
	Cota fixa	*Impôsto 5%*	*Total da proposta*
Empreendedora Civil Limitada	575.000	600.000	1.175.000
João Augusto da Fonseca e Silva	450.000	630.000	1.080.000
João Antônio de Almeida Gonzaga Júnior	425.000	475.000	900.000
Pedro Lorenzo Raggio	460.000	430.000	890.000
Sociedade Civil de Imóveis Ltda.	625.000	250.000	875.000
Manuel Campbell Pena	550.000	275.000	825.000

IX — Nego registro ao contrato, por haver sido adjudicada a concorrência ao proponente classificado em segundo lugar.

E' o meu voto.

Salas das Sessões, em 27 de outubro de 1950. — *A. Alvim Filho.*

O Sr. Ministro Ernesto Claudino proferiu o voto nos seguintes têrmos:

"Considerações preliminares: A questão dêste contrato implica, desde logo, incidente prejudicial, qual o de convocação da Justiça Comum para suspender ação de império do Tribunal em matéria de julgamento da validade de contratos, nova contravenção ao conceito renovado dos preceitos constitucionais que lhe dizem respeito, ainda não compreendidos como *fato novo* da nossa máquina constitucional.

À decisão do processo, na etapa presente, não interessa tal discussão, por isso me afastando do estudo do que seria, dadas as circunstâncias, debate meramente acadêmico.

Acompanhando a marcha do contrato no Tribunal, há a notar logo a circunstância típica, cujo desígnio deixo a inteligência arguta alcançar, de o Ministério da Fazenda, onde pontificam técnicos do assunto, tê-lo submetido a "registro", em têrmos impossíveis de decisão, pois que, unida à solicitação não veio a cópia do contrato, como é arquissabido, mas ùnicamente a *minuta*, sem qualquer autenticidade, o que, pela reclamação do Sr. Ministro Ruben Rosa, após o relatório, logo determinou a primeira diligência (fls. 20).

O incidente não é de desprezar, porque revela mais um defeito de saúde da Administração, a sofrer também a atolomielia administrativa, necessária de curar, para a eficiência do serviço público, não me furtando ao dever de apontá-lo, porque chegamos à hora da crise em que, por uma degeneração político moral social, — e quem sabe se já mesmo degenerescência? — está em perigo a existência do Brasil.

O Tribunal e a validade do contrato: Ao Tribunal, no teor constitucional legal, cabe julgar da legalidade dos contratos, só e exclusivamente, e por isso deixo de entrar nos bastidores da questão, aliás bastidores velhíssimos em todos os gêneros, a corroer, a exigir cautério de ferro em brasa geral, o que lamento fique fora, no momento, da minha obrigação de Juiz, a não ir além do que consta dos autos, sob pena de incidir em êrro, senão crime.

Limito-me, por isso, a observar e investigar o problema nos estritos limites da lei e das provas dos autos, para chegar à imposição do meu voto, com duas conclusões que escapam à competência do Tribunal, em apelos aos outros poderes do Estado.

"Classificação por ordem de grandeza, a começar da mais alta, as propostas assim se apresentaram" (fls. 60):

Nome do proponente	*Total da proposta em cruzeiro*
Oscar Ribeiro da Silva Jordão	1.803.854.000,00
Manuel Campbell Pena	1.738.250.000,00
Sociedade Civil de Imóveis	1.715.000.000,00
João Augusto da Fonseca e Silva	1.507.000.00,00
Companhia Imobiliária Niolia	1.359.000.000,00
João Antônio de Almeida Gonzaga Júnior..	1.271.250.000,00
Pedro Lorenzo Raggio	1.200.000.000,00

Na ordem das considerações legais indicadas para resolver na espécie, logo se impõe a preliminar do estudo da concorrência face a Lei. Está ela perfeita? Está, contra ela não se levantando objeção, desde que o que se articula não é pròpriamente contra a concorrência, mas, sim, contra o desvio da Comissão Julgadora, a ser retificado, como o foi, *dentro da lei*, pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República ao que se chegará, e mui embora o executor da decisão, o Senhor Ministro da Fazenda, não tenha sabido traduzir na linguagem jurídico-legal a determinação presidencial, como tudo a seu tempo também se verá igualmente.

Na concorrência, o primeiro aspecto a examinar era o da idoneidade dos concorrentes e impugnação tempestivas, isto é, no prazo legal.

Houve o exame e no aludido prazo? Houve, como já salienta em seu notável parecer de fls. *usque* fls. o Procurador Dr. Cunha Melo, e no período próprio, isto é, antes da abertura das propostas, em data de 4 de julho, tendo sido o próprio julgamento da Comissão de Concorrência, que decidiu sôbre a impugnação apresentada, de 30 de julho (proc. de concorrência apenso, fls. 43).

Nesse julgamento em que se deu *todos*, inclusive o concorrente ora impugnante Jordão, como idôneos, agiu a Comissão de Concorrência com a inteireza de juízo de exigir de responsáveis pelos interêsses — e que interêsses!!! — públicos? Não, não e não; porque resolveu contra a *prova provada* de próprios documentos oficiais, qual, entre outros, o que o Dr. Procurador Cunha Melo transcreve, ficha da Caixa Econômica Federal de São Paulo, em que o mínimo afirmado, fôra até a idoneidade financeira, é cair sôbre o concorrente ora reclamante o pêso de casos de polícia (fls. 13 dos autos principais).

Pelo art. 2.º do decreto-lei n.º 6.259, que é o que regula a espécie, a exploração da loteria, serviço público, por particular, só pode tal serviço ser atribuído a quem tem comprovada idoneidade moral e financeira.

Então, um concorrente, no caso o concorrente ora reclamante, com a vida pregressa *comprovada* que tem, podia ser julgado idôneo pela Comissão de Concorrência?

Idoneidade moral, de qualquer modo, e então para o fim de que se trata, e onde entra em jôgo a honra e a responsabilidade do Estado, tem que ser aquela capacidade garantida pela pureza duma vida tôda, no trabalho honesto, na lisura da ação pública e privada, construída em série ininterrupta de atividade paticular e pública. Admissível a regeneração, a reeducação, na forma do penalismo hodierno, partido do traumatismo de Becaria, só após *provas provadas*, em longo período de observação social do anti-social, é que se pode tirar a certeza da reforma individual, assim mesmo na relatividade do possível ressurgir da tendência refluída, tal o mistério da natureza humana, e enquanto a ciência experimental não chega a maior culminância dum fulminante elétro-encefalógrafo.

Em que já paramos? Então tôda essa gente que nos cerca não ouve o grito de Ezequiel: *ossa arida audita verbum Domini?* Que Deus tenha pena do Brasil!

Quanto à responsabilidade que fica, ou pode ficar, para a Caixa Econômica Federal de São Paulo, pelo fornecimento de ficha condenatória, é uma situação a decidir-se entre o concorrente ora reclamante e a aludida Caixa, não podendo porém o Tribunal, uma vez ela junta como prova aos autos, prescindir de considerá-la em tôda a sua extensão.

E, se na feição da idoneidade moral do concorrente ora reclamante, é assim, não desenvolvendo mais, porque o Juiz, a meu ver, deve reduzir ao mínimo o deslustre, só indo até ao necessário à decisão, no aspecto da idoneidade financeira, o fracasso, que já era fracasso seu quando a concorrência, não visto pela Comisão Julgadora porque não se quis ver, agora, no Tribunal, e *pela própria iniciativa* do concorrente afastado pelo Senhor Presidente da República, pela sua própria confissão, juntando documento, nessa Côrte, êle fica indestrutível.

Com efeito, dando como prova de propriedade de apólices, na concorrência, a prova, apenas, de posse (não há jurista e não jurista que não saiba a distinção entre posse e propriedade), o concorrente Jordão já era de ser excluído por inidôneo financeiramente da concorrência, como bem anota o parecer do Dr. Procurador do Tribunal (fls. 15 do parecer nos autos principais, que, ainda, não estão numerados, na forma costumeira desordenada da tramitação processual nesta Côrte).

E então, na hora julgatória, quando êle próprio junta *prova* de que ao tempo em que se dizia proprietário das apólices, *não era proprietário das apólices*, que valor dá, que valor podem ter as cartas de fls. *usque* fls. do segundo apenso, do Banco Cruzeiro do Sul de São Paulo, e certo corretor e dêsse corretor ao Banco citado, dizendo da compra e venda?

Desde logo, prova graciosa; mas graciosa que não seja, há que a compra ao Banco em maio de 1950, *não pode ser entendida como legal*, pois desde o decreto-lei n.º 8.274, de 4 de dezembro de 1945, já estava restabelecido o preceito do art. 1.º do decreto-lei n.º 1.344, de 13 de junho de 1939, que estabelece *taxativamente*, que as operações sôbre títulos de bôlsa serão efetuadas *exclusivamente* por intermédio de corretores e em público pregão, o que só foi efetuado em data de 16 de outubro corrente (fls. 14 do 2.º apenso).

Para argumentar, poderia uma idoneidade *post factum* retroagir para ilidir a inidoneidade anterior, de época da concorrência? Admitir, seria aceitar o ato nulo *pleno jure*, como jurídico, mediante "artifício" de superveniente aprimoramento legal.

Que Tribunal, em são juízo (vá a perífrase) pode receber semelhante doutrinação?

A legitimidade do recurso: Não tendo a Comissão de Concorrência cumprido o seu dever, primàriamente legal, é de verificar agora a sua exclusão, em grau de recurso, pelo ato legal e moral do Senhor Presidente da República.

Alega-se que o fundamento indicado para levar ao conhecimento do Chefe

do Estado a espécie, o art. 141, §§ 37 e 38, da Constituição, é incapaz como fundamento (fls. do processo de concorrência apenso).

Deixando de lado êsse detalhe secundário, não só porque na espécie o recurso é legal, o que se verá, e porque com o mesmo fundamento veio o concorrente reclamante pleitear perante o Tribunal (fls. 31 dos autos principais), passo à legitimidade do recurso interposto perante o Chefe do Estado.

Há recurso para o Presidente da República em casos como o em debate?

Há, pela lei e pelo próprio edital de concorrência.

O Regulamento Geral de Contabilidade Pública, art. 740, declara: "haja ou não declaração no ato que convocar a concorrência, presume-se sempre que o Govêrno (note-se bem: o Govêrno) se reserva sempre o direito de anular qualquer concorrência, por despacho motivado, se houver justa causa".

E o edital de concorrência mais cauteloso, ainda, reservou para o Govêrno também o direito de recusar tôdas as propostas "se as não julgar convenientes (condição 20, letra *a*). Quer dizer, o Govêrno, não se contentando com a garantia da possível anulação da concorrência, que lhe é assegurada pelo R. G. de Contabilidade Pública, quis, ainda — e muito bem — se presumir com o direito de recusa das propostas apresentadas.

Ficou, dêsse modo, o Govêrno com o arbítrio de, ou usar a anulação da concorrência ou recusar as propostas. Bem ou mal, foi nesses têrmos que o concorrente ora impugnante aceitou inscrever-se na concorrência.

Para anular a concorrência ou recusar as propostas, tinha o Govêrno de conhecer de umas ou de outras. E como poderia ter êsse conhecimento o Govêrno sem o processo do recurso?

Na forma do raciocínio exposto, logo se observa que a experiência do recurso para o Govêrno está *racionalmente*, lògicamente, implícita na lei, porque é de exegese jurídica que a lei não admite absurdo seria que a lei desse a faculdade sem os meios de fazê-la efetiva. Não era preciso taxar expressamente o recurso, noção jurídica primária de jurista e não jurista.

Mas, o que é o Govêrno, a que se refere o R.G. de Contabilidade Pública e o edital de concorrência?

Govêrno, no linguajar das nossas leis, confeccionadas muita vez sem técnica e sem precisão filológica, por leigos pseudo-juristas e juristas negligentes, é fórmula geral por que se designa o poder constitucional competente, sem porém individuar qual a autoridade central dêle.

Evidentemente, na circunstância, porém, o Govêrno só pode se referir a Presidente da República, de vez que nos têrmos da Constituição os Ministros de Estado (art. 90) não detém autoridade específica, meros auxiliares que são do Chefe do Estado.

Quem cassou a idoneidade recusando a proposta, em grau de recurso, aceita pela Comissão de Concorrência? O Presidente da República, pois, o Govêrno, na precisa fórmula da condição 20, letra *a*, do Edital.

Recusando a primeira proposta só — mas podendo recusar tôdas até — segundo as cláusulas da concorrência, o que era de seguir-se lògicamente? Adjudicar o contrato ao concorrente que após se colocava, o concorrente ora impugnado, lamentável sendo que o Sr. Ministro da Fazenda não tenha devidamente fundamentado o despacho de adjudicação, preferindo às razões jurídicas e legais, invocação de "autoridade" (parecer do Dr. Procurador Geral da República), argumento êsse desaparecido com a fundação da filosofia moderna por Descartes, e "autoridade", aliás, ilegítima para interferir, como altiva e dignamente indica o Procurador Cunha Melo (fls.....).

Sôbre o critério administrativo prevalecente é êle do uso soberano do Poder Executivo, e sôbre êle não nos pertence falar, dês que, como ainda acertadamente diz o Procurador Cunha Melo (fls. do seu parecer) ao Tribunal, pela Constituição, em matéria de contrato

pertence, apenas, apreciar a formalização legal que reveste, isto é, se todos os têrmos legais foram — e bem — atendidos, da concorrência.

Dou-me ao desespêro por ter assim que decidir, premido por uma regulamentação constitucional, que na sessão em que pedi vista tive ímpetos de vencer, e que só não venci a poder de muita reflexão, e decorrente daquela Constituinte de 1946, em que preponderou antes que a vitória da idéia cívico-democrática e os ensinamentos da doutrina hodierna, ajustados aos reclamos da nossa formação histórico político moral, o valor dos "interêsses criados", o retardamento da miopia mental, a rotina dos comodistas, a técnica dos "golpistas".

Se não estivesse a escrever um voto judicial — e um dia breve não estarei — iria a mais, na treda enumeração das provas que próprios comentadores apontam sem ambages e figuras de retórica.

Se isto que estou escrevendo já toma as formas que não queria, dum libelo, muito embora todo esfôrço inibitório que ponho a funcionar, perdoe-me o tribunal, por ser o extravazar dum fim de vida funcional, de lutas e de sacrifícios, sem ver sequer a esperança de uma alvorada.

Legítimo porém o recurso para o Govêrno, o Presidente da República, para se obter recusa da proposta, segundo a própria letra do edital de concorrência, e interposto por parte *legítima* também, integrante da concorrência, que foi, cabe, bela base o argumento de que pela "preclusão" não pode a decisão da Comissão de Concorrência, quanto à "idoneidade" dos concorrentes ser *revista* pelo Govêrno, o Presidente da República, a quem pelo Regulamento Geral de Contabilidade Pública só ficaria o poder de anulação da concorrência, trazendo tal revisão ilegalidade de formação contratual, a determinar recusa de registro por parte do Tribunal.

Aprecia o Tribunal, de *jure constituto* e não *de jure constituendo* dêsse modo sendo impertinente razões de doutrina jurídica, por mais autorizados que possam ser, para se chegar a conclusão duma "preclusão" contrário ao dizer expresso do edital de concorrência que é a regra imperativa da hipótese.

Aliás, querendo-se doutrina, também a tenho, no conceito amplo que se poderia requerer, em se tratando, como se trata, de contrato administrativo, referente a serviço público onde só vale a vontade da Administração, bem declarada no edital de concorrência, quanto à recusa *discricionária* pelo Govêrno, o Presidente da República, da proposta concorrencial, recusa é de lógica primária, a se dar só em seguida à decisão da Comissão de Concorrência. É o que se lê em Gaston Jèze, ao indicar o que são *única e exclusivamente* serviços públicos "aquelas necessidades de interés general que los gobernantes en cierto pais y en una época determinada han resuelto satisfacer por el procedimiento del servicio publico. *Solo importa considerar la intenciona de los gobernantes. La opinion de los tratadistas carece de interés. El criterio personal del jurista que resuelve la dificuldade es indiferente* (*Los Principios Generales del Derecho Administrativo*, trad. espanhola de Carlos Garcia Oviedo, Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Sevilla, pág. 200).

E a intenção dos governantes — a vontade do Govêrno, quanto a possível recusa *discricionária* da proposta, levando ao contrato, além da prévia decisão da Comissão de Concorrência está escrita no edital de concorrência.

A "preclusão", pois, na espécie, não existe, e nem pode existir, conforme a lição do mesmo tratadista aqui fundamentalmente invocado.

Para se recusar, assim, registro ao contrato lavrado, seria preciso encontrar falha em relação ao contratante Campbell Pena, e tal falha, que seria também a inidoneidade para êste, como é a *única coisa alegada* pelo concorrente, ora impugnante, foi definitivamente arrazada no parecer do Dr. Procurador, pelo que me dispenso de repetição meramente cansativa.

Conclusão de honra: Pelas razões expostas, registro o contrato, mas registrando-o não posso deixar de alertar quanto à sua cláusula que permite a nacionalização do serviço de loteria, que sendo um mal, jôgo que é, ficaria dum modo menos pernicioso. É a condição da letra *b*, da cláusula 5.ª, pela qual mediante aviso prévio de cento e oitenta dias, poderá caducar o contrato ante nova lei.

Está em tramitação, no Congresso, lei transferindo para o Estado o serviço de exploração de loterias. E daqui faço um apêlo de honra ao Congresso que aí está, para deixar memória de respeito e dignidade, votando a lei de nacionalização do serviço de loteria.

E depois dêsse apêlo ao Poder Legislativo, termino com outro à Administração, para que, pelo menos, de ora em diante, se o passado tem que ficar, mesmo impune, que haja responsabilidade sem tibiezas, sem transigências, para os que ao serviço de Estado, esquecem os mais relevantes interêsses da coletividade, abandonando ao léu da desgraça não mais o presente, mas o próprio futuro da Pátria.