ATO ADMINISTRATIVO — PUBLICAÇÃO — REFERENDA DOS DECRETOS PELOS MINISTROS

— A falta de publicação do ato administrativo, quando esta formalidade é indispensável, acarreta a sua caducidade e conseqüente arquivamento do respectivo expediente.

— Os decretos constitutivos de direito, sujeitos à referenda do Ministro de Estado, não são válidos sem a sua assinatura.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

PROCESSO *P. R.* Nº 24.676-55

Presidência da República. Consultoria Geral da República. E. M. nº 139-X, de 27 de agôsto de 1955, sôbre falta de publicação de atos administrativos e falta de referenda de decretos, e respectivas conseqüencias

*

PARECER

A Diretoria do Expediente da Secretaria da Presidência da República levanta as seguintes dúvidas sôbre a situação de numerosos decretos ali existentes, e acumulados desde 1946, ora por falta de publicação no *Diário Oficial*, ora por não terem sido referendados pelos Ministros de Estado, *verbis*:

I — Estão-se acumulando nesta Diretoria, desde 1946, por falta da necessária publicação no *Diário Oficial*, inúmeros decretos executivos, de interêsse privado que concedem autorização para pesquisa de minérios e para aproveitamento de energia hidráulica, etc. Isso ocorre porque as partes nêles interessadas ainda não efetuaram o pagamento da taxa, cobrada pelo Departamento de Imprensa Nacional, sem a qual os atos não são publicados.

Tendo em vista que a maioria dêsses decretos foi expedida por Administrações passadas, indaga-se:

a) Pode o atual Govêrno, logo que seja efetuado o aludido pagamento mandar publicá-los? ou

b) haverá necessidade da expedição de novo decreto que os revalide?

II — Na Administração passada, em face de uma ordem presidencial, as leis, decretos executivos (numerados) e decretos pessoais só depois de publicados no *Diário Oficial* eram referendados pelos Ministros de Estado. Disso resultou ficarem sem a necessária referenda vários atos publicados nos últimos dias do Govêrno anterior, por se terem exonerado os Ministros que deveriam referendá-los.

Apesar de constituir essa irregularidade um ato consumado, e pergunta-se:

a) Êsses atos serão válidos?

b) Terá o atual Govêrno meios legais para corrigir a anomalia?"

Como se vê, duas são as dúvidas suscitadas, as quais passaremos a examinar separadamente.

I

A publicação é essencial para a validade e executoriedade dêsses atos, não sòmente porque constitui essa formalidade elemento substancial, como também porque, estando essa publicação dependendo de iniciativa do interessado, a sua inércia acarreta a sua caducidade automática, depois de decorridos os prazos fixados em lei para a execução das obrigações previstas na legislação de minas.

Pela necessidade da publicação dos atos administrativos, já em parecer por mim proferido em 1945, tive ocasião de me manifestar como Consultor Geral da República (ver volume de pareceres, pág. 573).

E' a doutrina que se aplica mais rigorosamente em relação àqueles atos administrativos, mormente as autorizações, que são constitutivos de direito e que tem eficácia em relação a terceiros, porquanto essas autorizações estabelecem princípio de prioridade que exclui o direito de terceiros à pesquisa de minérios ou ao aproveitamento de energia elétrica.

Não se podem, portanto, incluir entre os atos chamados "ocultos" na expressão de Laubadére (*Traité élémentaire de Droit Administratif*, pág 174) e que não são executórios por natureza (Hauriou, *Précis de Droit Administratif*, pág. 358).

Não são também atos *internum* do serviço público (M. Stassinopoulos, *Traité des Actes Administratifs*, pág. 225), mas atos que, por sua natureza vêm criar situações individuais e que podem ser opostas a terceiros quando reivindiquem o mesmo direito.

A Administração não pode ficar à mercê da inércia da parte e, por mais que se possa criticar a exigência do pagamento da publicação pelo interessado, essa constitui uma obrigação que, quando não cumprida, acarreta conseqüências jurídicas.

Quais essas conseqüências? Evidentemente, o arquivamento do pedido e do próprio ato, permitindo-se a revisão do processo ou pelo próprio interessado ou, por terceiros, que pretendam também usar do direito de pesquisar.

Sòmente com a publicação se completa o processo de autorização e assim, a administração não completa o ato de autorização enquanto não preenchida essa formalidade.

Parece-me que a solução aconselhável aqui é a devolução do decreto ao Ministério de origem, para o arquivamento do processo administrativo.

II

A outra questão é mais delicada e envolve matéria constitucional.

Seja-nos permitido, entretanto, desde logo, reproduzir o que escrevemos em comentário ao art. 91 da *Constituição Federal Comentada*, 2ª edição, vol. II, página 294:

"Cabe aos Ministros de Estado subscreverem os atos do Presidente da República. E' o que se chama referenda ou referendata, que Marnoco e Souza assim define: (Citado por Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira*, pág. 356).

"A assinatura que o Ministro apõe nos atos emanados do Chefe do Estado. Sob o ponto de vista do Direito Constitucional, é uma conseqüência da irresponsabilidade política do Presidente da República e da responsabilidade ministerial, e, sob o ponto de vista administrativo, serve para certificar a assinatura do Chefe de Estado, mostrar que o ato referendado se harmoniza com as

regras do ramo de administração confiado ao respectivo Ministro".

"A definição está conforme o nosso Direito, salvo naquilo que diz com a irresponsabilidade política do Presidente, que não se justifica no regime presidencial.

Entre nós, os decretos são referendados pelos Ministros, a cujos departamentos interessa o assunto.

Será, porém, essencial a assinatura do Ministro de Estado para validade do decreto ?

A resposta de ser afirmativa, porque sòmente assim torna-se o ato completo. Não pode ser admitida a hipótese da recusa por parte do Ministro, porque isso importaria no abandono da pasta, visto como são os mesmos de livre nomeação e demissão do Presidente da República. A sua substituição seria imediata.

A Constituição Argentina, neste ponto, é mais explícita, porque em seu artigo 87 declara, expressamente, que a assinatura do Ministro é indispensável à validade do ato.

Comenta Bielsa (*Derecho Administrativo*, vol. I, pág. 321) aquela disposição:

"Siguese de ello que la firma del ministro es requisito essencial para que el acto se integre; de conseguinte, la omisión de esa formalidad autoriza la impugnación del mismo".

"Até aqui tem-se ligado esta questão à da responsabilidade ministerial, mas a verdade é que a referenda se apresenta apenas, como uma aprovação formal do Ministro ao ato do Presidente da República, por meio da sua assinatura".

Nada tenho a modificar no caso concreto, ao que ali foi escrito, senão aplicar na resposta à consulta.

Os atos em aprêço não se acham perfeitos e acabados. A rigor, não poderiam criar situações jurídicas, por falta de elemento formal, considerado essencial.

O art. 132 da Constituição do Império dizia expressamente que sòmente com a referenda do Ministro poderia ter execução o ato. As Constituições republicanas são omissas, quanto a essa conseqüência, mas a exigência subsiste, porque sem o assentimento do Ministro, que se torna pela assinatura responsável solidàriamente com o Presidente da República, não se completa o ato.

Parece-me, entretanto, que a revisão e a discriminação dêsses atos, precisa ser feita, a fim de não envolver na mesma categoria, atos de conseqüências jurídicas bem diferentes.

Com essas observações passo a responder à consulta:

I

a) poderá o Govêrno, mandar publicar êsses atos, com o comparecimento do interessado, de momento que não existe na lei, prazo certo para a publicação;

b) não há necessidade de novo decreto.

Insisto, entretanto, em acentuar que, em relação aos atos não publicados o arquivamento constitui medida aconselhável.

II

a) os atos (decretos) constitutivos de direito, sujeitos à referenda do Ministro de Estado, não são válidos sem a sua assinatura;

b) não existe outro meio, para o Govêrno atual senão revalidar os atos, quando convier por meio de novo decreto, porquanto a ratificação dos atos eivados de vício, constitui providência admissível, segundo a melhor doutrina.

Repito aqui, o que escrevi alhures (*Curso de Direito Administrativo*, 3ª edição, pág. 64):

"quando porém, a nulidade fôr sanável, isto é, quando fôr relativa ou haja conveniência na aprovação do ato, pode a autoridade administrativa mandar su-

prir a nulidade, revalidando-o e tornando-o válido, desde a data do ato ratificado.

.....

.....na ratificação procura-se corrigir um ato nulo ou viciado".

Pode, portanto, o Govêrno, por outro ato ou revogar aquêle que se acha mutilado, por falta de requisito essencial ou ratificá-lo, para corrigir o vício que o invalida, a critério do próprio Govêrno.

E' o meu parecer.

Rio de Janeiro, 27 de agôsto de 1955. — *Temístocles Brandão Cavalcânti*, Consultor-Geral da República.

PROCESSO ADMINISTRATIVO — PEDIDO DE VISTA

— Não há lei que autorize a concessão de vista dos processos administrativos aos interessados.

MINISTÉRIO DA FAZENDA

PROCESSO S. C. 202.436-55

Trata-se de pedido de vista de processo administrativo.

2. Não há nenhuma lei que autorize.

3. O que a Lei e a própria Constituição ordena é que se forneçam certidões "para a defesa de direitos" e se dê "ciência aos interessados dos despachos e informações a que êles se refiram" (art. 131, § 36 da Constituição, itens II e III). A *contrario sensu*, não é permitido dar conhecimento aos interessados de todo o processado, como aconteceria com a vista do processo.

4. Assim tanto a ciência aos interessados como as certidões estão sujeitas a certas condições, que a vista elidiria.

5. Também prevê a Lei a remessa de processos administrativos a Juizo, quando por êste requisitados (Lei número 94, de 16-9-47). Mas é óbvio que se trata de fornecer esclarecimentos ao Juiz para orientar seu julgamento.

6. Não há confundir processos administrativos com atos forenses: êsses reproduzem o litígio entre partes, colocados em pé de igualdade e dependentes de decisão judicial; aquêles em geral, refletem a apuração unilateral de direitos postulados perante a administração, que toma decisão independentemente do sistema contencioso.

7. Além de não encontrar apoio na Lei, a vista do processo apresenta grandes inconvenientes para a ordem administrativa, especialmente para a isenção e liberdade com que devem ser proferidos pareceres e informações.

8. Sôbre a matéria oscilam a jurisprudência administrativa e a judiciária. Nessa, manifesta-se tal vacilação no recente acórdão do Tribunal Federal de Recursos, de 16 de setembro de 1953 (*Revista de Direito Administrativo*, de dezembro de 1954, pág. 254) em que o Ministro Relator, após haver declarado que "não é permitido no âmbito administrativo, nem está autorizado na Lei, o direito à vista do processo", modificou seu voto, com a verdadeira tese, para admitir a vista.

9. Na Administração, pareceres da Procuradoria da Fazenda têm combatido tal concessão que falecem legalidade e conveniência pública (contra os do *Diário Oficial* de 29-5-33, 9-12-53 e 3-2-55, ver os do *Diário Oficial* de 29-3-52, 29-3-53, etc.). Por estas razões, indefiro o pedido.
