CONTRATO DE LOCAÇÃO — AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL — ATOS DISCRICIONÁRIOS E ATOS ARBITRÁRIOS

— O ato administrativo deve se revestir de legalidade e pode ser vinculado ou discricionário; jamais arbitrário.

— O estado de exceção, conseqüente ao movimento de março de 1964, jamais deixou de ser um regime de legalidade, não obstante se suprimir direitos expressamente previstos.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

DECISÃO

ANEXO IV À ATA N.º 68/73

Relatório e voto proferidos pelo Sr. Ministro Baptista Ramos, cujas conclusões foram acolhidas em Plenário, na sessão ordinária realizada em 13 de setembro de 1973, ao examinar o processo relativo à cópia do contrato de locação — do apartamento n.º 401 da Av. Pasteur, 196, Rio de Janeiro — GB, destinado à residência oficial do Superintendente da Receita Federal, 7.ª Região — celebrado entre a União — Ministério da Fazenda — e Israel Majer Klejnberg (Proc. n.º 32.125/73). TC 32.125/73.

I

O Sr. Superintendente Regional da Receita Federal — 7.ª Região Fiscal do Ministério da Fazenda, GB, Waldyr Pires de Amorim, de acordo com o artigo 789 do Código Geral de Contabilidade Pública, encaminhou a este Tribunal, cópia do contrato de locação do apartamento n.º 401, da Avenida Pasteur n.º 196, no Estado da Guanabara, relativo ao arrendamento destinado à residência oficial do referido Superintendente.

O contrato de locação (fls. 2), enumera toda legislação em que se baseou aquela autoridade para lavrar o ajuste, devendo-se notar, de início, que nenhum dos atos legislativos invocados diz respeito à lei autorizativa do contrato. Ao invés disso, relaciona-se toda ela com os aspectos formais de competência ou autorização para celebração do contrato e aprovação da minuta.

A cláusula segunda do contrato de fls. 2, por sua vez, ao tratar da destinação da residência arrendada, deixa de fazer a referência ao ofício do Sr. Superintendente para, em termos gerais, declarar; "o imóvel destina-se ao Ministério da Fazenda para fins residenciais de suas autoridades" (fls. 2). Manifesta contradição. Para os fins deste relatório, interessa, porém, fixar a cláusula contratual que representa a obrigação contraída pelo Sr. Superintendente em nome da Fazenda Pública.

O ponto focal do presente processo reside, portanto, em indagar-se qual o fundamento legal em que se teria escudado o Sr. Superintendente para realizar o contrato de locação de fls. 2. Aliás, casos idênticos que este Tribunal tem apreciado, encarecem a importância do tema que terei de abordar neste relatório.

II

Declara o contrato de locação que as partes resolveram praticar o ato "na forma do Código de Contabilidade da União, do Regulamento Geral de Contabilidade Pública da União, dos Decretos-leis n.ºs 4, de 7.2.60

e 322, de 7.4.67, combinados com as normas do Código Civil, do art. 17 da Lei n.º 4.864, de 29.11.65, e subsidiariamente, com os da Lei n.º 4.494, de 25.11.64" e ainda "consoante minuta previamente examinada pela Procuradoria da Fazenda Nacional no Estado da Guanabara, *ex vi* do art. 13, item II, alínea *a* do Decreto-lei n.º 147, de 3.2.67, e aprovada por despacho do Sr. Diretor-Geral do Departamento de Administração do Ministério da Fazenda, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo Decreto n.º 80.086, de 1.2.72, combinado com a Portaria GB n.º 114/72, do Sr. Ministro da Fazenda, exarada em 23.11.72, no processo n.º 6.106/72".

Nenhum desses atos, entretanto, constitui fundamento legal para o contrato de fls. 2, uma vez que:

a) a Código de Contabilidade Pública e seu Regulamento não contêm e não poderiam conter essa autorização, pois que estatuem, em matéria de contratos, apenas normas gerais conforme se verifica da simples leitura do artigo 764;

b) o Decreto-lei n.º 4, de 7.2.60 não foi encontrado e é de supor-se que tenha havido um engano de remissão. O contrato só pode referir-se ao Decreto-lei n.º 4, de 7.2.66, mas este decreto-lei que "regula a ação de despejo de prédios não residenciais e dá outras providências" só contém regras gerais sobre a matéria;

c) o Decreto-lei n.º 322, de 7.4.67 "estabelece limitações ao reajustamento de aluguéis e dá outras providências" e só tem a ver com esse aspecto contratual;

d) o Código Civil também invocado, sem especificação dos dispositivos pertinentes ao assunto, somente dispõe de forma genérica sobre a matéria contratual de arrendamento e locação;

e) a Lei n.º 4.864, de 29.11.65, art. 17, é dispositivo estranho à fundamentação do contrato, pois diz o seguinte no *caput*: "Não se aplica a Lei n.º 4.494, de 25.11.64 às locações dos imóveis cujo "habite-se" venha a ser concedido após a publicação desta lei, sendo livre a convenção entre as partes e admitida a correção monetária dos alguéis, na forma e pelos índices que o contrato determinar."

f) a Lei n.º 4.494, de 26.11.64 regula tão somente a "locação de prédios urbanos";

g) o Dcreto-lei n.º 147, de 3.2.67, art. 13, item III, alínea *a* apenas declara que à Procuradoria da Fazenda Nacional, no âmbito da sua jurisdição, compete examinar "os contratos em que seja parte a Fazenda Nacional, que interessem à receita ou que envolvam bens patrimoniais da União ou a concessão de favores fiscais, nos casos não reservados ao Procurador Geral." Essas disposições dizem respeito a formalidade de aprovação de minuta do contrato;

h) o Decreto n.º 70.086, de 1.º.2.72, cria o Departamento de Administração e lhe confere atribuições;

i) a Portaria GB n.º 114/72, do Sr. Ministro da Fazenda, trata exclusivamente de delegação de competência ao Diretor-Geral do Departamento de Administração relativamente à aprovação a recisão de contratos.

III

Conforme se verifica, não se vislumbra nos atos legislativos invocados na minuto de fls. 2 o fundamento legal expresso, exigido pela boa norma administrativa, segundo a qual a administração pública deve agir no exercício da sua atividade de acordo com as disposições legais autorizadas do ato.

O princípio de legalidade, antes de ser preceito administrativo fundamental, constitui regra que deflui do § 2.º do art. 153 da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, e onde se consubstanciam os direitos e garantias individuais.

Segundo este dispositivo e parágrafo, "ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer

alguma coisa a não ser em virtude de lei". Na esfera individual isso significa que o cidadão ou particular, na hipótese de inexistência de lei que o obrigue a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, é inteiramente livre em suas atividades. É como se declarasse com relação às pessoas: "o que a lei não proíbe, se permite".

Com relação à administração pública, inverte-se a situação: a autoridade terá de desempenhar as suas funções dentro do estrito âmbito da lei expressa. Essa posição do administrador público constitui, assim, o reverso do direito assegurado ao particular no § 2.º do art. 153 já citado. Pode-se então argumentar, com absoluto rigor lógico e jurídico, que, se as pessoas somente são obrigadas a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei, necessariamente o servidor público, no exercício de suas atribuições, somente poderá exigir das pessoas fazer ou deixar de fazer alguma coisa na hipótese da ocorrência de lei que a isso as obrigue. Daí porque dissemos linhas atrás que, o princípio da legalidade, no que respeita ao desempenho da atividade pública, resulta do próprio § 2.º do art. 153, da Emenda Constitucional n.º 1/69.

Não há discrepância na doutrina a respeito do princípio da legalidade, já o nosso clássico Barbalho, em comentário ao § 1.º do art. 72 da Constituição de 1891, dizia: *"Cuique facere licet nisi quid jure prohibetur"* — De modo que, ao indivíduo é reconhecido o direto de fazer tudo quanto a lei não tem proibido, e não pode ele ser obrigado senão ao que ela lhe impõe".

"Com a autoridade, porém, com os funcionários públicos, dá-se justamente o contrário, — só podem fazer, nessa qualidade, o que a lei autoriza, como noutra parte já expuzemos. Suas atribuições são somente as que se acham definidas nas leis e nos regulamentos que com elas se conformam. E é assim 1.º a bem da liberdade individual e 2.º da própria regularidade dos diversos serviços administrativos, que hão de ser geridos, não a arbitrio dos que os têm a seu cargo, mas observados os preceitos legais a regulamentares que os regem." (Barbalho, João. *Comentários.* 2.ª ed. aumentada, 1924. p. 406).

Se dermos um salto no tempo e consultarmos um administrativista moderno, como o Sr. Hely Lopes Meirelles, leremos:

"Legalidade. A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, *em toda a sua atividade funcional* (o grifo é meu) sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

"A eficácia e a validade de toda atividade administrativa estão condicionadas ao atendimento da lei.

Na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei, para o particular, significa "pode fazer assim": para o administrador público significa "deve fazer assim".

As leis administrativas são, normalmente de *ordem pública,* e seus preceitos não podem ser descumpridos nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus destinatários, uma vez que contêm verdadeiros *poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos.* Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à administração pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador, sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa." (*Direito administrativo brasileiro.* ed. de 1964. p. 56).

O ato administrativo, convém lembrar, deve-se revestir da necessária legalidade e pode ser vinculado ou discricionário, jamais arbitrário. Ainda recentemente, Carlos Medeiros Silva emitiu longo parecer, em que examina o assunto de maneira exaustiva, à vista da doutrina nacional e estrangeira. Fastidioso seria transcrever o longo e excelente trabalho. Basta, entretanto, lembrar que o ilustre jurista fez a sustentação da tese da legalidade vinculada ou discricionária, invocando da doutrina estrangeira, entre outros, F.P. Benoit (*Le droit administratif français.* 1968), Marcel Waline (*Précis de droit administratif.* 1969. v. I, p. 328), Charles Debbach (*Droit administratif.* 1969 p. 377), Pierre Landon (*Le recours pour exces de pouvoir depuis 1954 — Douze ans de jurisprudence.* 1968), André Mast (*Précis de droit administratif belge.* 1966. p. 373 e seg.), Veli Merikoski (*Le pouvoir discrétionnaire de l'administration.* 1958), Aldo M. Sanduli (*Manuale di diritto administrativo.* 10.ª ed. 1971), Massimo Severo Gianini (*Diritto administrativo.* 1970. vol. I, p. 476 e seg.), Pietro Virga (*Il procedimento amministrativo.* 3.ª ed. 1968), Ernst Forsthoff (*Traité de droit administratif allemand,* Trad. belga da 9.ª ed., 1966, feita em 1969) e Marcello Caetano (*Manual de direito administrativo.* ed., brasileira, de 1970. vol. I, p. 438 e seg.).

Entre os autores nacionais, recorda ele as lições de Francisco Campos (Poder discricionário e juízo discricionário. In *Revista de Direito Administrativo.* vol. 21, p.326-46); Castro Nunes (*Teoria e prática do poder judiciário.* p. 613), Vitor Nunes Leal (Poder discricionário e ação arbitrária da administração. In *Revista de Direito Administrativo,* vol. 14, p. 53-82, a propósito de um voto do Desembargador Seabra Fagundes, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte); Antão de Morais (Parecer. In *Revista de Direito Administrativo,* vol. 16, p. 317), Caio Tácito (*Desvio de poder em matéria Administrativa.* Conclusões. 1961) (*Revista de Direito Administrativo.* Publicação da FGV. vol. 112, p. 415-27).

IV

A presente questão faz-nos evocar o problema residencial criado com a mudança da Capital Federal, quando, devido à precipitação com que se efetivou e à resultante carência de moradias, principalmente para servidores, ensejou a conhecida legislação especial que permitiu os contratos de locação em caráter precário mediante a simples assinatura de termos de ocupação. Nesse caso, porém, houve lei especial, autorizativa do arrendamento.

No governo do Sr. Castello Branco, o Decreto-lei n.º 76, de 21.11.66, disciplinou ainda o uso de imóveis residenciais da União.

Relativamente às vantagens do Decreto-lei n.º 703, de 1969, também ele foi expresso na permissão de alienações e arrendamentos aos interessados dos denominados "imóveis funcionais", destinados a servidores.

A Portaria do Ministro da Fazenda, BR-9, de 23.3.71, publicada no *Diário Oficial* de 26, seguinte, que autorizou o Coordenador do Sistema de Fiscalização Finaneira a firmar convênio onerosos com a Caixa Econômica Federal para o efeito de locação de apartamentos a funcionários da Secretaria da Receita Federal, mesmo essa Portaria especialmente feita para Brasília, baseou-se nos decretos-leis a que já nos referimos.

Finalmente, releva ponderar que a legislação especial relativa ao problema habitacional de Brasília, nada tem a ver com os servidores da Guanabara ou de outras áreas.

V

Poder-se-ia pensar que o regime político de exceção em que vivemos, por não se en-

quadrar no clássico modelo do estado de direito, poderia autorizar a prática de atos administrativos estranhos ao princípio de legalidade. Essa suposição não comporta análise mais profunda, bastando lembrar que a Revolução de Março de 1964, logo após a sua vitória, houve por bem manter a Constituição de 1946 e a ordem jurídica vigente, com as ressalvas constantes do Ato Institucional n.º 1, observando-se, posteriormente, o mesmo critério nos Atos Institucionais n.ºs 2 e 5.

Conclui-se, portanto, que o estado de exceção conseqüente ao movimento de Março, jamais deixou de ser um regime de legalidade, não obstante se suprimirem direitos expressamente previstos naqueles diplomas.

VI

Em face do exposto, proponho a este Tribunal seja oficiado ao Sr. Ministro da Fazenda para que assine prazo ao Sr. Superintendente da Receita Federal da 7.ª Região Fiscal, e fim de que seja rescindido o contrato de locação de fls. 2, em razão da inexistência de fundamento legal.

TC, Sala das Sessões, em 13 de setembro de 1973. *Baptista Ramos,* Relator.