

Nem variaria a solução se o cheque houvesse sido transmitido em garantia, sem translatividade plena do endosso (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 37, § 4.123, n.º 2 p. 160) sempre que o endosso não se enunciasse como pignoratício, "porque então a posse imediata... (seria) indiscernível da posse plena" (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 37, § 4.123, n.º 2, p. 170).

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre,

## *Competência estadual*

### *— antecedente sobre polícia do ensino superior*

*Consulta* — Tem o Estado competência para determinar as condições de funcionamento dos estabelecimentos particulares de ensino superior, não reconhecidos oficialmente?

Prescritas essas condições, pode o Estado, verificada a inobservância delas, com relação a estabelecimento determinado, preexistente as mesmas, ordenar o fechamento deste?

*Parecer* — Assim denominada liberdade de ensino comporta, como todas as liberdades públicas, limitações ao seu exercício. Nalgumas das antigas constituições estaduais brasileiras, essa possibilidade de limitação é explicitamente indicada. Assim, nas *Constituições dos Estados do Amazonas* (art. 91, § 8), do *Ceará* (art. 85, § 4) e do *Rio de Janeiro* (art. 64, § 4).

Não devemos, de resto, adscrever-nos, no presente à noção de liberdade de ensino coetânea dos primórdios do liberalismo. "Os nossos tempos — escreve Pontes de Miranda — sugerem a dissociação de conceito de liberdade de ensino em liberdade de ensinar a liberdade de comerciar com o ensino" (*Direito à educação*, Rio de Janeiro, 1933, p. 92).

Está sujeita a liberdade de comerciar com o ensino a regulamentação diversa da de que é suscetível a liberdade de ensinar. "As constituições modernas — ainda observa Pontes de Miranda — submetem a vigilâncias, certamente falíveis, a liberdade de comerciar com o ensino: — é o regime das autorizações com fundamento na suficiência didática e nas condições de moralidade" (obra citada, p. 92 e 93).

A limitação, consistente na exigência de aptidão didática, em relação à liberdade de ensinar, constituiria absurdo evidente. Mas, a suficiência didática, exigida a quem se faz pagar pela instrução que

ministra e tem no ensino a sua profissão lucrativa, é, ao contrário, restrição aconselhada pelo bem público

Cedo se reconheceu, na prática, a necessidade de tal restrição. Na Alemanha, uma "Kabinettsordre", de 1834, e instruções ministeriais, de 1939, submeteram ao regime das autorizações as escolas e institutos educacionais privados (*private Schul — und Erziehungsanstalten*), — autorizações essas, em cada caso, dependentes da aptidão moral e científica do respectivo dirigente (F. Dieckmann, *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931, p. 450). Na Austria, já em 1850 se reclama aos institutos privados de instrução secundária que a sua direção ofereça garantias de aptidão moral e científica, iguais às exigidas ao magistério dos institutos oficiais (R. Herrnritt, *Oesterreichisches Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1925, p. 310).

Outros fatores, igualmente, podem influir na formulação de tais restrições. Na França, sob a lei de 12 de julho de 1894, a liberdade quase absoluta, estabelecida quanto ao ensino superior, atenuava-se, admitia restrições, em se tratando do ensino da medicina e da farmácia. "*Aucun titre, — sinala Esmein, — aucun grade-maucun diplôme n'étaient exigés de ceux qui voulaient ainsi donner l'enseignement supérieur libre, sauf lorsqu'il s'agissait d'enseigner la médecine ou la pharmacie*" (Esmein Nézard, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, 1928, t. II, p. 654).

No nosso regime constitucional, a competência do Estado, para, em concorrência com a União, prescrever limitações ao exercício da liberdade de comerciar com o ensino, decorre, iniludivelmente, da disposição do artigo 150, parágrafo único, letra c<sup>1</sup> da *Constituição Federal*, *in verbis*: — "liberdade de ensino em todos os graus e ramos, observadas as prescrições da legislação federal e da estadual".

A competência do Estado, nesta matéria, não é meramente supletiva, como se poderia pretender inferir do artigo 5, n. XIV, da mesma *Constituição*, em combinação com o disposto pelo respectivo § 3<sup>2</sup>.

A liberdade de ensino é postulado, que o plano nacional de educação respeitará; a regulamentação do exercício dessa franquia é, pois, exterior àquele plano, para cuja elaboração à União ficou assegurada preferência legislativa.

Pode, portanto, o Estado determinar, por via legislativa, que os estabelecimentos particulares de ensino superior, não reconhecidos pelos poderes públicos, somente possam funcionar, em seu território, quando oferecem garantias de moralidade e de suficiência didática, ainda na ausência de lei federal a respeito.

Prescritas por lei limitações ao exercício da liberdade de comerciar com o ensino superior, pode o Estado proceder, na forma da mesma lei, contra os estabelecimentos particulares de ensino superior, não reconhecidos oficialmente, que, àquelas limitações, se não adscrevem, ainda quando já os tenham elas encontrado em funcionamento. As leis, que põem limitações ao exercício das liberdades públicas, recebem aplicação imediata (G. Zanobini, *Corso di diritto*

1. Ver art. 176, § 2º da *Constituição Federal*.

2. Ver art. 8º parágrafo único da *Constituição Federal*.

*amministrativo*, t. I, Milano, 1936, p. 102). Não poderia, pois, na hipótese, subtrair-se ao império da nova lei a situação de tais estabelecimentos.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 7 de outubro de 1937.

## Concessão administrativa — modificação

Nenhuma dúvida paira acerca da modificabilidade dos contratos administrativos, por acordo entre os contratantes, sem novação do vínculo jurídico existente. Marcelo Caetano assinalou, a tal propósito: "Um dos elementos essenciais do contrato é o seu objeto: nele nasce uma relação jurídica que se traduz em poderes e deveres originando prestações. O objeto individualiza o contrato, de tal forma, que a sua substituição corresponderia à extinção de uma relação contratual e à formação de outra nova. Mas desde que se respeite o objeto do contrato é juridicamente possível modificar as prestações em que ele se resolve, nem sempre, de resto, especificadas desde o início, visto poderem ser genericamente indicadas. Naturalmente que tal modificação pode fazer-se por acordo das partes, mediante um contrato adicional ou suplemento ao contrato" (*Tratado elementar de direito administrativo*, t. I, Coimbra, 1944, n.º 143, p. 331). Semelhantemente Velasco: "*el contrato administrativo mantiene su inflexibilidad en tanto en cuanto el servicio público no exija que se modifique... Las modificaciones se encuentran prevenidas en la Ley de Contabilidad, y además con carácter general todas aquellas que se exijan para el me joramiento del servicio público, pudiendo el contratista cobrar las diferencias de gastos que se hubieren producido. De aquí se desprende la facultad administrativa de modificar estes contratos, sin que por eso se estime que se ha producido una novación en los mismos*" (*Resumen de derecho administrativo y ciencia de la administración*, t. II, Barcelona, 1931, p. 347 e 348).

Não é diversa, sobre o ponto, a doutrina do direito privado. Domat observa já: "*si le créancier et le débiteur font entr'eux quelques changements à une première obligation... tous ces changements... ne font pas novation, parce qu'ils n'eteignent pas la première dette, à moins qu'ils fut dit expressement qu'elle demeuroit nulle*" (*Les Lois civiles*, Paris, 1756, t. I, liv. IV, t. III, sect. I, III, p. 290). Sem discrepância exprime-se, a respeito, o grande Lacerda de Almeida: "toda vez... que, sem mudar o objeto da dívida, se praticarem atos que não importem na destruição dela, embora a transformem, não há novação, mas convenças posteriores e adicionais à obrigação preexistente" (*Obrigações*, 1897, § 84, p. 293).