

“Tal averbação tem o efeito, apenas, de fazer com que a transcrição reflita a situação de fato existente; não vale, como é óbvio, nem isso ficou declarado, para a revalidação de infração ao Código de Obras por acaso praticada”.

No julgamento do recurso de apelação, ficou igualmente ressaltado que a sentença não mandou proceder a novas transcrições, “dando autonomia jurídica às partes do edifício”, mas “apenas deferiu averbação, para que a transcrição espelhe a realidade do imóvel”, afirmando, categoricamente:

“Possibilidade de alienação de partes materiais não há, pois a transcrição continua unitária”.

por tudo isso negando-se provimento ao recurso do Estado.

Esse acórdão foi proferido pela E. 4.^a Câmara Cível aos 17 de maio de 1965. A esse tempo, como demonstrou nosso colega CELSO SOARES CARNEIRO quando da interposição de recursos extraordinário, com certidão passada pelo 1.^o Ofício do Registro de Imóveis, três das quatro casas da vila já haviam sido alienadas isoladamente, respectivamente em 9-11-62 (casa II), 2-8-62 (casa I) e 12-2-63 (casa III)!

Apesar dessa provada alienação isolada das casas da vila, que o acórdão dera por impossível, não foi o apêlo extraordinário admitido, constando do despacho indeferitório sustentar

“o recorrente que a averbação resultou verdadeiramente em desmembramento do imóvel, o que não é certo. Simplesmente se ajustou o cadastro imobiliário à situação real do imóvel. O desdobramento só seria possível mediante o desdobramento simultâneo da transcrição, não por meio de simples averbação”.

Ainda insistiu nosso colega, agravando de instrumento, sem êxito, segundo me informou, tudo apesar do denôdo e zêlo com que defendeu os direitos do Estado.

Destaco esse exemplo não só para evidenciar o cuidado que tais pedidos de averbação merecem por parte da Procuradoria Geral do Estado como para consignar o excelente desempenho desenvolvido pela Procuradoria Judicial no caso concreto, que tive oportunidade de examinar.

É o que, *sub censura*, me parece.

EUGÊNIO NORONHA LOPES
Procurador do Estado

DIREITO À NOMEAÇÃO. ALUNAS DIPLOMADAS POR ESTABELECIMENTOS OFICIAIS DE ENSINO NORMAL. RELAÇÃO ENTRE O ESTADO E OS SEUS FUNCIONARIOS

1. Trata-se de mandado de segurança interposto por professoras que concluíram o curso de escolas normais do Estado da Guanabara, em 1969, e por alunas do segundo e terceiro ano dos mesmos cursos normais, visando, as primeiras, a nomeação para professora primária, independentemente de concurso e, as segundas para que lhes seja assegurado êsse direito, quando concluírem os cursos nas escolas onde se acham matriculadas.

2. O Exmo. Sr. Governador do Estado, apontado como coator, prestou as bem elaboradas informações de fls. 2.662 a 2.679 (vol. 13).

3. A Constituição Estadual de 27 de março de 1961, em seu artigo 50, letra a, estabelecia que a primeira investidura nos cargos de carreira e nos cargos isolados, efetuar-se-ia por meio de concurso público de provas, “ressalvada a admissão de professores de curso primário, habilitados pelos Institutos Oficiais, mantidos pelo Estado”; no § 2.^o do artigo 59, declarava que o cargo de professor do ensino primário seria provido exclusivamente por professores formados em estabelecimentos oficiais do ensino normal mantidos pelo Estado da Guanabara; e, finalmente, no artigo 80 preceituava o reconhecimento do direito ao ingresso automático, no magistério primário oficial, das alunas que concluíssem o curso normal, nos estabelecimentos oficiais do Estado.

Posteriormente, promulgada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, consubstanciada na Lei Federal 4.024, de 20 de dezembro de 1961, ficou, nos artigos 5, 19 e 58, estipulada a igualdade entre o ensino ministrado nos estabelecimentos de ensino público e nos de ensino particular legalmente autorizados, declarando expressamente que não havia distinção “entre os estudos realizados em estabelecimentos oficiais e os realizados em estabelecimentos particulares reconhecidos” (art. 19).

Acrescente-se que a matéria relativa a diretrizes e bases da educação, é de competência legislativa da União, cabendo aos Estados, apenas a legislação supletiva, como dispunha a Constituição então vigente e preceitua a atual.

Por essa razão, o Sr. Procurador-Geral da República, ofereceu a Representação 676, que foi julgada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal em 20 de abril de 1967, que não alcançou o *quorum* necessário à declaração de inconstitucionalidade, embora tenham votado por esta, oito dos Senhores Ministros e cinco, contra.

A Constituição do Estado da Guanabara de 14 de maio de 1967 alterou os preceitos relativos ao assunto, fixando no artigo 73, letra b, que “equipara-se a concurso de provas e títulos a conclusão de curso regular de preparação de professores de nível primário, mantido por institutos oficiais do Estado”; além dêsse preceito, a Lei Estadual 812, de 22 de junho de 1965, havia declarado no art. 7, que não haveria distinção de direitos entre os estudos realizados nos estabelecimentos oficiais e

os efetivados nos particulares “ressalvado o disposto na Constituição do Estado” e, no art. 90, firmou que “o exercício do magistério primário nas escolas públicas é privativo dos diplomados por curso normal de ciclo colegial mantidos pelo Estado”.

Em consequência, a Associação de Pais e Mestres do Instituto N. S. Auxiliadora solicitou ao Exmo. Sr. Procurador-Geral da República que argüísse perante o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da alínea *b* do art. 73, da Constituição do Estado da Guanabara, bem assim dos artigos 7, *in fine*, 90 da Lei Estadual 812 de 22 de junho de 1965. A Representação tomou o n.º 676, e foi julgada em 27 de fevereiro de 1969, decretando-se a inconstitucionalidade dos preceitos supra citados, como se pode verificar do v. Acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, volume 49, página 744.

Na conformidade do julgado do Colendo Supremo Tribunal Federal, o Senado Federal promulgou a Resolução 29/69, publicada no Diário Oficial da União de 26 de novembro de 1969 suspendendo a execução dos preceitos da legislação e da Constituição do Estado da Guanabara, julgados inconstitucionais.

A Constituição do Estado da Guanabara de 30 de outubro de 1969, não reproduz mais os preceitos das anteriores julgados inconstitucionais.

Tendo em vista as decisões já mencionadas e a nova Constituição do Estado, foi editado Decreto Estadual “E” n.º 3.700, de 26 de janeiro de 1970, determinando que a Secretaria de Educação e Cultura contratasse os professores formados pelas escolas normais oficiais do Estado no ano de 1969, sob o regime da legislação trabalhista, cujos contratos ficariam extintos aos término do ano letivo de 1970 e abrisse concurso público para provimento das vagas da classe de professor primário, no qual seriam inscritas *ex-officio*, as professoras primárias contratadas.

É esse o histórico legislativo que interessa para a solução da hipótese dos autos.

4. Apontam as impetrantes como ato ofensivo e ameaçador de ofensa aos respectivos direitos líquidos e certos o decreto n.º 3.700, de 23 de janeiro de 1960 acima mencionado, que determinou a abertura de concurso público para provimento do cargo de professor primário.

Não lhes cabe porém, qualquer direito líquido e certo como pretendem, seja qual fôr o aspecto a respeito do qual seja apreciada a espécie.

5. Alega-se que a decretação de inconstitucionalidade só produz efeitos a partir da data do julgamento ou da em que o Senado Federal suspende a execução da lei.

Não nos parece certa a alegação como bem demonstrou a informação do Exmo. Sr. Governador do Estado a fls. 2672. A declaração de inconstitucionalidade da lei é retroativa, operando-se *ex tunc*. Invoca a informação o testemunho doutrinário de FRANCISCO CAMPOS, ANHAIA DE MELLO e ALFREDO BUZAID, que reproduzimos:

“Um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente, uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexiste de direito, ou é para o direito como se nunca houvesse existido” (FRANCISCO CAMPOS, *Direito Constitucional*, volume I, página 49).

“É nula a lei inconstitucional, natimorta; não é lei e quem se aproveitou da não lei, deve sofrer as conseqüências, ainda que tal, em termos de equidade, possa ser uma injustiça” (ANHAIA DE MELLO, — *Da separação de poderes a guarda da Constituição*, página 111).

“Declarada a inconstitucionalidade, o efeito da sentença retroage *ex tunc* à data da publicação da lei ou ato, porque de outro modo se chegaria à conclusão verdadeiramente paradoxal de que a validade da lei *si et in quantum* tem a virtude de abrogar o dispositivo constitucional violado; ou em outros termos, considerar-se-iam válidos atos praticados sob o império de uma lei nula” (ALFREDO BUZAID *Da ação direta*, páginas 137/138).

6. Mesmo admitindo que a declaração de inconstitucionalidade não tenha efeito retroativo, ainda assim, as impetrantes não têm o direito líquido e certo que invocam.

Em primeiro lugar, o Exmo. Sr. Governador do Estado não podia nomeá-las com base em uma lei julgada inconstitucional pela Colenda Côrte Suprema e suspensa por Resolução do Senado Federal.

Basta verificar que as impetrantes concluíram o curso no final do ano de 1969, quando a representação foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 27 de fevereiro de 1969 e a Resolução do Senado Federal publicada no Diário de 26 de novembro de 1969. A nomeação se daria em data posterior ao julgamento e à Resolução do Senado.

Em segundo lugar, ainda admitindo que a inconstitucionalidade declarada só operasse *ex-nunc*, a partir da data da publicação da Resolução do Senado Federal, não teriam as impetrantes direito líquido e certo porque não se trata do instituto civil da promessa de recompensa, mas de relação estatutária e nenhum direito adquirido podem invocar as impetrantes, pois possuíam apenas uma expectativa de direito não coberta pela garantia constitucional da irretroatividade da lei.

De fato, a relação entre o Estado e o funcionário, no nosso direito, não é contratual, mas estatutária, não se lhes aplicando os princípios do direito privado mas os próprios do direito público. “O regime estatutário da função pública” — diz HELY LOPES MERELES — “é hoje re-

conhecido predominantemente pela doutrina e pela jurisprudência. Realmente, a situação do funcionário não é contratual, mas sim, legal ou regulamentar, vale dizer, estatutária” (*Direito Administrativo Brasileiro*, S. Paulo, 1964, página 349).

Inadmissível, hoje, confundir o direito privado e o direito público para pretender decidir hipóteses que devam ser resolvidas pelos princípios próprios do direito público, por institutos nitidamente de caráter privatístico ou civilístico.

Ainda recentemente o Eminentíssimo Desembargador MARTINHO GARCEZ NETO feria o problema para dizer:

“O erro, o grande equívoco, *data venia*, daqueles que assim não entendem, resulta precipuamente do vício antigo e ineradicável de pretender-se subordinar relações de direito público aos princípios e doutrinas do direito privado, que o saudoso NELSON HUNGRIA verberou em artigo cadente sob o significativo título de “Os Pandetistas do Direito Penal” (*Revista Forense*, CXVIII/5), e que seria tão absurdo quanto o de agrilhoar-se o próprio direito civil ao romanismo conservador da Pandetística alemã (H. J. WOLFF, *Introduction historique al derecho romano*, Santiago de Compostela, 1953, página 249/253. U. A. SUAREZ — *Horizonte actual del derecho romano*, Madrid, 1944, pág. 14).

Efetivamente, espíritos dos mais brilhantes ainda insistem em resolver com os instrumentos da pura civilística problemas de direito administrativo” (*Diário Oficial*, Parte III, de 6 de maio de 1971, pág. 376).

Não seria demais lembrar conferência proferida, em 1941, por SAN TIAGO DANTAS, na Faculdade Nacional de Direito, que também feriu esse ponto chamando a atenção, já naquela época, há trinta anos, para a evolução do direito público, especialmente do direito administrativo, que ia adquirindo e formando uma sistematização própria e cortando os fios da sua sujeição aos institutos privatistas:

“... em torno de nós se processa uma vasta e grandiosa reforma do sistema legislativo; no Brasil, como de resto em todo o mundo, a velha sistemática elaborada sobre as bases de um outro direito positivo não abre espaço para inovações. Refazer a doutrina, reajustar a ciência jurídica ao seu imutável objeto, que é a lei, eis a tarefa a que os nossos esforços devem estar consagrados. Para os juristas, as leis novas são como para os físicos as grandes descobertas que reformam as concepções sobre a estrutura da matéria; elas obrigam a um deslocamento teórico, a uma alteração do sistema, cujo alcance,

muitas vezes, alarma os estudiosos tímidos e desencanta os rotineiros”..... “As leis sobre o trabalho, as leis fiscais, as que exprimem a transição da economia livre que a dirigida, o novo Direito Público, esse mundo em gestação que é o Direito Administrativo, tudo assoberba e solicita o jurisperito, que está no mundo de hoje, como deve ter estado o geógrafo na época das descobertas” (*Discurso pela Renovação do Direito*. Rio de Janeiro, Coleção Nova Dogmática Jurídica, 1042, página 19).

Invocam as impetrantes o instituto da promessa de recompensa que constitui obrigação por declaração unilateral da vontade, de natureza civil. Se fôsse aplicável o instituto e a declaração de inconstitucionalidade só produzisse efeitos após a Resolução do Senado, ainda se poderia apreciar o direito das impetrantes sobre o ângulo da promessa de recompensa. Acontece, porém, que a relação é estatutária e de direito público.

Na verdade, nenhum direito lhes assiste, mesmo admitindo que só a partir da Resolução do Senado deixou de vigorar a lei considerada inconstitucional, pois, nem as alunas, nem as diplomadas, posteriormente, a este ano, teriam, direito adquirido, pois, teriam apenas uma expectativa do direito, que não se inclui na garantia constitucional da irretroatividade das leis.

7. Nestas condições, invocando os Doutos Suplementos do Colendo Tribunal, opinamos pela denegação do Mandado de Segurança.

Rio de Janeiro, GB, 18 de maio de 1971.

CLOVIS PAULO DA ROCHA
Procurador-Geral da Justiça

ESTABILIDADE CONCEDIDA PELO ART. 109 DA CONSTITUIÇÃO DA GUANABARA. SUBORDINA-SE TAMBÉM AO DISPOSTO NO § 2.º DO ART. 177 E NO § 1.º DO ART. 99 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O requerente — que foi nomeado Comissário de Vigilância do Juizado de Menores, em caráter interino, pleiteia a sua estabilidade, nesse cargo, nos termos do art. 109 da Constituição Estadual de 1967, que estabelece, *verbis*:

“Art. 109 — São estáveis os atuais servidores do Estado inclusive os de autarquia, que até 24 de janeiro de 1967 contavam, pelo menos, cinco anos de serviço público.”