

III — TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

Tribunal Pleno

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL N.º 2.634

É nula a cláusula de preferência à renovação de contrato desde que infrinja o regime de concorrência pública estabelecido em lei.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos de nulidade e infringentes do julgado na apelação cível n. 2.634, da 2.^a Vara da Fazenda Pública — embargante, Sociedade Anônima Restaurantes de Turismo Internacional (S. A. R. T. I.) — embargada, Prefeitura do Distrito Federal:

Acordam os Juizes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, contra o voto do Desembargador Nelson Hungria, desprezar os embargos. Custas ex-lege.

No relatório do recurso (fls. 292-293 verso) — acham-se expostos os fatos e as questões da causa, podendo-se, porém, assim resumí-los:

Os ora embargantes, arrendatários de imóveis municipais situados em Copacabana — Lido, na estrada do Joá e na da Tijuca (Furnas) — e destinados à instalação de restaurantes, bar, diversões lícitas e cabines de banhistas, impetrou mandado de segurança para o efeito de (fls. 10) continuar no arrendamento referido nos termos e condições da proposta que a Prefeitura julgar mais conveniente aos seus interesses entre as apresentadas pelos que se apresen-

COMENTÁRIO

Razão de preferência não é o mesmo que *cláusula de preferência*, embora nesta cláusula se contenha, necessariamente, alguma razão de preferência.

Mas nem sempre onde haja a razão, haverá a cláusula, porque elas nascem de causas diversas e colimam efeitos diferentes: a *cláusula* provém da concessão pré-existente e tende à regulação do direito futuro do concessionário, enquanto a *razão de preferência* decorre da própria concorrência e se destina a satisfazer a conveniência particular do concedente.

Mercê da multiplicidade dos fatores que entram na composição da concorrência, pode ocorrer que a proposta mais vantajosa não seja a de preço

taram à concorrência aberta para novo arrendamento e realizada depois de terminado o prazo contratual da impetrante, em 28 de fevereiro de 1946. Isto porque a cláusula 20.^a do seu contrato, lhe assegura “preferência em igualdade de condições, com outros concorrentes, desde que tenha dado integral cumprimento ao contrato” (fls. 30), cabendo-lhe, portanto, o direito de igualar a proposta escolhida pela Administração. Foi o pedido processado na forma da lei, encontrando-se a fls. 102 as informações do Prefeito, e as fls. 105 e seguintes, a contestação da Prefeitura, onde se sustenta nenhum direito caber à impetrante, porque entrando na concorrência, renunciou ao seu direito de preferência; porque, segundo a legislação própria, a igualdade das propostas, para o efeito da preferência de alguma delas, só pode ser exercida no momento da abertura delas, não podendo, pois, o preferente, depois desse momento, igualar a proposta aceita oferecia melhores vantagens que a da impetrante, sendo direito da Administração essa escolha.

Decidiu a causa a sentença de fls. 128-132, do Juiz Raimundo Macedo, denegando a segurança requerida, por ser nenhum o direito pleiteado com base na aludida cláusula fls. 133. Como premissas dessa conclusão, assentou: tratar-se de um contrato de direito público e, portanto, não caber a solução do direito privado na hipótese de sua inadimplência (Código Civil, art. 880), cabendo, ao contrário, o mandado de segurança; não haver a impetrante perdido sua qualidade de arrendatária; não haver renunciado à preferência, pelo fato de ter entrado na concorrência; caber-lhe o direito, como preferente, de igualar a melhor proposta feita, estabelecendo, assim, a igualdade de condições; ser, porém, nula, por contrário ao interesse público, a referida preferência, visto que afasta os concorrentes, em cuja presença está o interesse aludido; por fim, não haver a impetrante feito a prova de que cumpria integralmente suas obrigações contratuais, condição de que dependia a preferência invocada (fls. 133).

Nas razões de apelação, a impetrante combateu a sentença, atacando-a principalmente quanto a seus dois fundamentos capitais, a nulidade de cláusula e a falta de prova do cumprimento do contrato (fls. 140).

Conhecendo do recurso, negou-lhe o Tribunal de Justiça provimento declarando não ter a recorrente direito líquido e certo, e, mantendo, assim, a decisão apelada. Presentes eram juizes em número par (eis que o Presidente votou)

mais baixo, senão aquela outra que atenda um interesse utilitário determinado e ostensivo, qual o menor tempo na execução da obra.

Eis aí a razão de preferência.

Se, porém, entre os concorrentes comparece o antigo concessionário e invoca o seu direito convencional de preferir aos demais, em determinadas condições, aí estará atuando a *cláusula de preferência*, que é mais que a simples razão, porque a esta se antecipa e prepondera pelo vigor vinculativo de uma obrigação premunitória e que sobrevive ao próprio contrato que a gerou.

Comprazendo-se em confundir os inconfundíveis, fácil saiu o voto vencido a encontrar a permissibilidade da *cláusula* de preferência neste disciplinamento do Código de Contabilidade:

não estando certificado quantos (fls. 221). Sendo, porém, o quorum legal, 15, e o Presidente tendo votado, é que, pelo menos estavam presentes 16, fora o Presidente. Confirmando a sentença em sua conclusão, o Tribunal o fez por seus dois principais fundamentos, isto é, pelo da nulidade da cláusula e pelo da falta de prova do cumprimento do contrato. Aliás, como se apura do texto do acórdão embargado, a fls. 222, a maioria vencedora, embora denegando o mandado, o fez, por fundamentos diferentes. A mor parte daquela maioria, porque considerou nula a cláusula; porque, admitida como válida, a ela renunciara a apelante, comparecendo à concorrência; porque, ainda na dita hipótese, provado estava não cumprira a apelante suas obrigações contratuais. A menor parte da maioria vencedora, tão somente, porque a iliquidez do direito resultava de não haver a apelante cumprido suas obrigações contratuais.

Nos embargos, ora julgados, da impetrante-apelante, essas duas questões são de novo discutidas, repelindo-se as conclusões adotadas pelas duas correntes da maioria vencedora.

Não participou o Relator deste acórdão, do julgamento da apelação, mas seu voto é no sentido do da mor parte da aludida maioria, então, como agora, vencedora, pois suas razões de decidir lhe parecem de inteira procedência.

Conviria, talvez, em apoio a demonstração, no acórdão embargado feita, da natureza administrativa do contrato em aprêço, lembrar, apenas, a lição de Seabra Fagundes; o consagrado autor do “Contrôle dos Atos administrativos pelo Poder Judiciário”. Entre os elementos do ato administrativo (e pois do contrato administrativo, ob. cit., p. 25, n. 38), enumera êle o motivo, como de particular importância, eis que assenta sempre no interesse público. E que neste reside, o objetivo único do contrato em exame, para mostrá-lo bastará uma consulta ao edital da concorrência, fls. 26, o à própria denominação legal da impetrante. Também Filadelfo Azevedo, consciência de magistrado em qualquer função que exerça, chamado, como Prefeito do Distrito Federal, a considerar o contrato da embargante, declarou-o sujeito ao direito administrativo (fls. 187).

“será escolhida, salvo outras razões de preferência antecipadamente assinaladas no edital, a proposta mais barata”.

E daí, mais fácil ainda, porque em seqüência, evoluiu para a errônea conclusão a que chegou.

Mas o que ali se permite, não é a cláusula — que é uma disposição de ordem contratual, senão a razão de preferência — que é uma norma para o processo de escolha.

O dispositivo apenas firma a regra de que a proposta mais barata será, ordinariamente, a escolhida; e, para melhor confirmá-la, estabelece a exceção da escolha de proposta que satisfaça *outras e determinadas razões de preferência, antecipadamente assinaladas no edital*.

Dentre essas, nem o dispositivo invocado e nem outro qualquer, contempla a cláusula preferencial, que, de resto, não se conforma com o prin-

Aliás, este próprio Tribunal e suas Câmaras Cíveis Reunidas, já por diversas vezes se têm pronunciado considerando contratos de direito administrativo as locações feitas pela Prefeitura, dos cubículos dos mercados municipais de flôres, atendendo a que, com tais contratos, se visa a Administração o interesse público servir à população”.

Da incompatibilidade da cláusula preferencial como a entende a embargante, com o regime de concorrência pública imposto à Administração pelo Código de Contabilidade Pública, convencem as judiciosas razões constantes do parecer do então Procurador Geral do Distrito Federal, hoje Desembargador Romão Côrtes de Lacerda, a fls. 211. Consequência inelutável dessa incompatibilidade é a nulidade da estipulação, pois nulo é o que contraria a lei. Tanto mais quando tal preferência foi mero ato do arbítrio da Administração, sem apoio em lei alguma. Nem colhe o argumento da embargante, em haver a embargada, em contratos posteriores, idênticos ao seu, inserido cláusula idêntica. Praticar um outro ato nulo, nunca trouxe validade ao anterior.

Quanto a questão da prova do não cumprimento, por sua parte, do contrato (obrigada, que estava a essa prova, pois do cumprimento aludido dependia o invocado direito de preferência), argüi a embargante como já o fizera na apelação, fls. 144, que ante o art. 209 do Código de Processo Civil, independente de prova direta, específica, êsse cumprimento deve ser havido como provado. Mas, sem razão: em suas informações o Prefeito do Distrito Federal, autoridade coatora, assevera: “... os fatos articulados pela impetrante não retratam nitidamente a verdadeira seqüência do que ocorreu...” (fls. 102). Demais, no invocado art. 209, há uma cláusula final, exclusiva da presunção de prova criada no início do dispositivo. Segundo aquela, o fato afirmado por uma parte e não contestado pela outra, se admitirá como verídico, salvo se o contrário resultar do conjunto das provas do processo. Ora, antes da sentença, por determinação do Juiz foi juntado ao processo, em apenso, o processo administrativo concernente à concorrência pública, base de toda a questão, nestes autos, agitada. É naquele processo, a fls. 83, 83-v. e 115, como acentua o acórdão embargado, encontra-se a prova dêsse descumprimento contratual. Nem se objete serem tais infrações posteriores ao término do prazo

cípio igualitário que preside e regula o sistema administrativo da concorrência pública.

Êste, precisamente, o motivo da implícita vedação.

Mas se o contrato administrativo houvesse de ser regulado pelos princípios do direito privado, não, apenas, quanto ao seu objeto e ao acôrdo de vontades — como ordena o Código de Contabilidade, mas, também, no que diz com a execução das estipulações adjetas — tal como pretende o voto vencido do festejado Mestre e atual Ministro NELSON HUNGRIA ter-se-ia que a norma aplicável à cláusula de preferência seria a dos artigos 1.149 e seguintes do Código Civil.

E que resultaria dessa aplicação ?

Não seria, por certo, a indiscriminada e preponderante atuação da cláusula sobre o conteúdo e a forma da nova concorrência para a locação

contratual (fevereiro de 1946); na inicial do feito, item 2.º, sustenta a embargante, continuar, naquela data (janeiro de 1948), na sua posição de arrendatária, de modo que, além daquela ausência de prova, há prova direta do contrário.

Em suma: Do exame dos autos apura-se haver nêles elementos vários, de fato e de direito, que autorizam a conclusão segura de não apresentar o direito invocado pela embargante, como bem acentuou o acórdão embargado, com os requisitos de liquidez e certeza, só em face dos quais a Constituição ordena o amparo mediante mandado de segurança (art. 141, 24). — Rio de Janeiro, 11 de setembro de 1950. — *Adelmar Tavares*, Presidente, com voto. — *Guilherme Estelita*, Relator. — *Dr. Miguel Maria de Serpa Lopes*, de acôrdo com a minha declaração de voto, em separado, em quatro fôlhas dactilogradas e rubricadas a seguir: — O objetivo do mandado de segurança proposto pela SARTI contra a Prefeitura do Distrito Federal, visou a continuidade do arrendamento dos três imóveis referidos na inicial, pertencentes à Prefeitura, nos termos e condições da proposta que aquela entidade julgara mais favorável aos seus interesses, porquanto, sustentou a impetrante, a preferência, em cujo gozo se encontra, lhe assegurava o direito de igualar a proposta escolhida.

Em resumo: a impetrante, titular de um contrato de locação dos citados três imóveis, onde se havia estabelecido o pacto de preferência utilizou-se do mandado de segurança — constante do presente processo, para obter cogentemente a realização daquele direito resultante da preferência — um novo contrato de arrendamento.

Ora, evidentemente o direito de preferência, por sua natureza, repele o petitório inicial. Ao impetrante faltava, de um modo absoluto, o direito de demandar a execução compulsória dessa preferência, porquanto nenhum dispositivo legal, quer de direito público, quer de direito privado, lhe podia amparar essa pretensão.

O contrato celebrado entre o impetrante e a Prefeitura é de natureza pública regido pelas normas de Direito Público, porquanto o elemento identificador é o fim do contrato, se se trata de um contrato de interesse público ou não, sendo que, no caso afirmativo, são as normas de Direito Administrativo

da coisa, porque o *pactum protimiseos* apenas assegura um direito de ordem pessoal, restrito à retrocessão nas desapropriações e à sua recuperação nas alienações por venda ou dação em pagamento.

Fora dêstes casos, que a lei limita e enumera, com o indisfarçável escopo de excluir outros contemplados pelo direito estrangeiro, qual a venda judicial em execução por dívida, o pacto é impermissível e desvalioso (art. 1.152 do Cód. Civil).

Poderá valer, sem dúvida, como critério de desempate no processo administrativo da escolha.

Nunca, porém, como norma privada para assegurar e tornar compulsório um contrato futuro, mediante o direito de igualar a proposta mais

que são chamadas a regê-lo. Gaston Jèze (*Principes Generaux de Droit Administrative*, III), estabelece como elementos do contrato administrativo: que haja um acôrdo de vontades entre a Administração e um particular; uma situação jurídica individual; que a prestação do particular tenha por objeto assegurar o funcionamento de um serviço público; que nestes contratos as partes, por uma cláusula expressa, pela forma mesma dada ao contrato, pelo gênero, de cooperação pedida ao contratante ou por qualquer manifestação de vontade tenha entendido submeter-se ao regime especial do direito público.

E é por essa razão o interêsse da distinção entre o contrato de direito privado e contrato administrativo; são os órgãos competentes para apreciá-lo; é o regime jurídico diverso a que estão submetidos. Na verdade, embora tanto o contrato administrativo como o contrato regido pelo direito privado participem no que possuem de fundamental — encontro de duas vontades — da mesma natureza, como contratos que são, contudo distanciam-se, mesmo nesse aspecto fundamental, no tocante ao princípio da igualdade dos contratantes, que é sacrificado, nos contratos de direito administrativo, em benefício da entidade pública, porquanto a Administração tem todos os poderes para exigir a execução dos trabalhos nas condições mais satisfatórias. M. Waline (*Droit Administratif*, pág. 478), atento a que as faculdades que correspondem à Administração, no contrato administrativo, são incompatíveis com a natureza mesma do contrato, pois equivalem a que a fixação das prestações e o cumprimento das mesmas caem no arbítrio de uma das partes, que no caso é a Administração, a qual por outro lado impõe unilateralmente sua vontade (Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, pág. 521).

E o mesmo autor (ob. cit. loc. cit.) sobreleva que o regime excepcional dos contratos administrativos permite considerar como válidas certas estipulações que não poderiam ter efeito no regime do contrato civil. E é precisamente a realização cogente dos contratos que êle diz impossível no campo do direito privado, mas possível, no campo do direito contratual público, porém não em benefício do contratante particular, senão em favor da Administração, o Estado não pode abrir mão do seu caráter de Poder Público, mesmo nas relações contratuais, pois “se não impõe como poder o contrato, impõe ao que quer contratar com êle, condições que deixam a salvo êsse mesmo poder”.

vantajosa, que isso faria o objeto da preensão legalmente interdita e transcendência ao seu próprio conteúdo jurídico.

Estaria interdita, porque não se trata de venda ou dação em pagamento, mas de locação; e transcenderia do seu conteúdo, porque não sendo o direito de fundo real, necessariamente a sanção não poderia ser essa da coercitiva formação do novo contrato, senão esta outra especificamente prevista pelo art. 1.156 do Código Civil, da conversão da obrigação em perdas e danos.

Sob nenhum prisma, pois, seria aceitável a doutrina do voto vencido.

AMILCAR LAURINDO RIBAS
Juiz no Distrito Federal

Como se depreende nos contratos de direito administrativo, não se pode conceber um poder cogente do contratante particular contra a Administração e sim tão somente em relação a essa.

Mas, admitamos, *ad argumentandum*, que na espécie se cogite de um contrato regido pelas normas de Direito Privado. Caberia ao arrendatário, aparelhado de um direito de preferência para um novo contrato, compelir a Administração Pública a com êle contratar, por ter feito oferta igual à melhor locação, permitiria semelhante prerrogativa? De modo nenhum. O direito de preferência, em face do Direito Civil, é uma pura relação pessoal e não real, e até incessível e intransmissível aos herdeiros, como taxativamente se expressa o art. 1.057 do Código Civil. A semelhança da opção, é um contrato preliminar para assegurar o direito a um contrato futuro, tanto por tanto, com a diferença de que a opção deverá ser exercida dentro do prazo certo, e a preferência depende de querer o obrigado estabelecer uma nova relação contratual da mesma natureza, e ainda com a diferença de que, se opção ou promessa de venda tiver por objetivo imóvel e a escritura estiver inscrita, essa promessa terá sua execução cogentemente estabelecida, ao passo que a preferência ou a promessa para as demais formas contratuais, o seu inadimplemento resulta nas perdas e danos, dada a sua natureza de direito meramente pessoal e não real (Clovis, Código Civil, vol. IV, pág. 32, art. 1.149). Se assim sucede nos contratos de direito privado, como inverter-se o princípio nos contratos de direito público, e permitir-se ao arrendatário com direito de preferência o recurso de mandado de segurança para compelir a Administração Pública a celebrar com êle um novo contrato, quando a execução compulsória do contrato só é permitida, no direito público, em benefício do Estado, e, no direito privado, naqueles casos excepcionais, em que a lei expressamente, satisfeitos determinados requisitos, outorgou a execução compulsória com efeitos de direitos reais? Como se vê, o objetivo do mandado de segurança impetrado não possui nenhum amparo legal. Nem chega a ser um direito líquido ou incerto, senão em nenhum direito, visivelmente, sem possibilidade de contestação, pois não pode haver no caso uma execução, compulsória do contrato contra o Estado.

Não cogito, assim, da questão de inadimplemento do contrato e outros detalhes e fundamentos em que se apoiou o voto vencedor.

Independentemente dessas considerações, há um pedido inepto.

Mem de Vasconcelos Reis, desprezo os embargos opostos ao venerando acórdão de fls. 284, visto não se tratar, no caso *sub judice*, de arrendamento de bem dominial da embargada, regulado, portanto, pelos preceitos do direito comum, porém duma “concessão de serviço público de concorrência” por que tem esta qualidade o “turismo”, tanto que está compreendido entre os da Secretaria Geral do Interior e Segurança (Cód. Leg. Vig. no Distrito Federal, vol. 1, pág. 23).

Trata-se de serviço público de concorrência, que se distingue do “serviço público exclusivo”, desde que a embargada como Poder Público não chamou a si tôdas as atividades indispensáveis ao seu desenvolvimento, limitando-se simplesmente a orientar e facilitar algumas das atividades indispen-

sáveis a esse fim, mas tão somente para forçar o particular que as explore a servir o público melhor e mais economicamente.

É o "turismo" no sistema de administração da embargada, "serviço público" uma vez que a intervenção do Poder Público, na atividade privada, explorada pela embargante e para desempenhar as atribuições relativas à vida econômica, se faz para substituir a incerteza e desordem da livre concorrência entre os particulares à disciplina do interesse geral, em nada importando tenha chamado a si apenas algumas das atividades, ou serviços a êle pertinentes.

Outro não tendo sido o intuito da embargada senão conceder à embargante o uso dos imóveis, em questão, de modo a assegurar e facilitar o turismo, proporcionando ao turista o conhecimento dos pontos aprazíveis da cidade, é óbvio que estamos em presença de um "serviço público de concorrência" do qual é esta última concessionária e da espécie, pelos tratadistas denominada "concessão parcial de serviço público", isto é, de um acôrdo pelo qual a primeira transferiu à impetrante, durante prazo certo, e há muito findo, o seu poder de explorar, nesses imóveis, uma atividade indispensável ao turismo, correndo por sua conta, como concessionária, o risco da exploração do negócio.

Não só a qualidade de "serviço público", resulta desse fato, que é o seu característico primordial, como também por ser "coisa pública o objeto da concessão".

É certo que os bens (coisas) públicas são inalienáveis, entretanto, isso não obsta, em se tratando de bens não dominiais, sejam alguns comerciáveis, como os que se refere êstes autos, como nô-lo demonstra Carnelutti, citando o Código Civil Italiano que dispõe "os bens que fazem parte do domínio público são inalienáveis e não podem ser objeto de direitos a favor de terceiros, senão pelos modos estabelecidos pelas leis que lhes respeitem (T. Geral de Direito, 1940, pág. 316).

Ora, os bens em aprêço não são objeto de arrendamento, pois o uso dos mesmos não resulta de uma relação *ex-locato*, e sim de uma concessão de serviço público, a qual não repugna cláusula de preferência; entretanto, estando a mesma caduca, não vejo como se pretenda seja assegurado ao embargante o direito reclamado, pois isso equivaleria em dar existência àquilo que não mais existe.

Emanuel Sodré, votei pela rejeição dos embargos, mas por êste único fundamento, já constante do meu voto no acórdão embargado: — não há direito líquido e certo em amparo da impetrante, por isso que se discute ter ela dado ou não integral cumprimento às obrigações que assinou.

Nelson Hungria, vencido: recebia os embargos para o fim colimado pela embargante. Estou convencido de que o acórdão embargado e o que o manteve constituem, data venia, um caso típico de jurisprudência aberrante ou patológica. É o que pretendo demonstrar. O primeiro e obstinado equívoco do voto vencedor é o da pretensa inadmissibilidade da cláusula de preferência (direito de igualar a proposta mais vantajosa) nos contratos celebrados pela Administração pública, sujeitos ao regime de concorrência. Louvando-se numa citação da Procuradoria Geral, o voto vencedor, sem qualquer consulta

ao Código de Contabilidade, declara que este proíbe a referida cláusula. No entanto, é precisamente o contrário que ocorre. O artigo desse Código invocado pela Procuradoria, isto é, o art. 756, disciplina a solução do caso do empate de propostas, precisamente quando não haja cláusula de preferência, e nada tem a ver, portanto, com o caso de quo agitur. Se os meus nobres colegas tivessem manuseado o Código citado, teriam encontrado, logo acima do artigo impertinente trazido à colação, aquêle que expressamente ressalva a possibilidade de estipulação da preferência e o respeito que lhe é devido. Eis o que dispõe o art. 755, ao disciplinar a concorrência para o contrato de fornecimento (que é, eminentemente, de direito público): "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 assinaladas no edital, a proposta mais barata..." Aí está, com tôdas as letras, a admissibilidade, em contrato administrativo, da cláusula de preferência (se anteriormente pactuada), que deve ser noticiada, para ciência de interessados, obrigatoriamente, no edital da concorrência. Se no caso vertente não foi consignada a cláusula no edital, e apesar do protesto da embargante, é claro que a irregularidade só poderia ser invocada pelo apresentante da proposta mais vantajosa, cujo direito a Prefeitura não tem procuração para defender.

A declarada impermissibilidade de cláusula de preferência nos contratos administrativos é uma *trouvailla* de que jamais se cogitou no direito brasileiro. E em tempo algum sofreu impugnação por parte de nossos tribunais judiciais ou administrativos. Nem ao tempo do Império, nem com o advento da República. Dizer-se que a dita cláusula importa em transação, em detrimento da Administração, porque acarretaria a esquivança de futuros concorrentes, não passa de um raciocínio falso: longe de descoroçoar os possíveis concorrentes ao novo contrato, estimula-os no sentido de propostas que, de tão vantajosas, possam desanimar o titular da preferência, e isto com evidente proveito para a Administração.

A própria embargada está plenamente certa da legalidade da cláusula em questão: mesmo depois de publicado o singularíssimo acórdão embargado, continuou a inseri-la nos seus contratos, como se verifica da documentação exibida pela embargante. E vai-se criar a seguinte irrisória situação: para engodo de contratantes, a Prefeitura estipula a preferência; mas, ao término do contrato, não teria mais que invocar o acórdão embargado, para eximir-se à obrigação assumida...

Insiste o acórdão em que o contrato celebrado entre a Prefeitura e a embargante é de direito público, por versar sobre concessão de "serviço público". Sem dúvida que se trata de um contrato administrativo, desde que se entenda como tal todo e qualquer contrato celebrado pela administração pública; mas que cuide serviço público, em que a Administração atual julgue império é positivamente insustentável. Não é admissível que se declare serviço público, por exemplo, uma "casa de pasto" ou um "varejo de bebidas" (como no caso concreto), um *dancing*, um "campo de touzadas" ou um "parque de diversões", só porque sejam fomentados pela Administração por um fim de utilidade pública, qual seja o incremento do

turismo. Admita-se, porém, que se trate, na espécie, de contrato administrativo concernente a autêntico serviço público. Quid inde? Será que tal contrato se alheie inteiramente às regras do direito civil, para sujeitar-se ao puro discricionarismo do poder público? A resposta, ao arrepio do que diz o acórdão, está no art. 766 do Código de Contabilidade: “Os contratos administrativos regulam-se pelos princípios que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acórdão de vontades e ao objeto, observadas, porém, quanto à sua estipulação, aprovação e execução as normas previstas no presente capítulo”. Ora, longe de vedar a estipulação da cláusula de preferência, o Código de Contabilidade explicitamente a permite. O que é implicitamente defeso, quando se torna obrigatória a aceitação da proposta mais vantajosa, é a preferência arbitrária, a escolha de qualquer das propostas segundo o puro capricho da Administração. E’ isto que acentuam Jêze e Waline, nas passagens tão fora de propósito invocadas, na sessão de julgamento, pelo eminente advogado da Prefeitura.

Vejamos, agora, o outro fundamento do acórdão, isto é, o relativo a inexistência de prova de cumprimento fiel do contrato por parte da embargante, a que era condicionada a subsistência da cláusula de preferência. De tal prova estava completamente dispensada a embargante, porque, na vigência do contrato, não sofreu qualquer sanção contratual ou qualquer reclamação por parte da Prefeitura. E ainda mais: na sua contestação a fls. 105, a Prefeitura nada articulou a tal respeito, de modo que, na conformidade do art. 209 do Código de Processo Civil, estava a embargante isenta do ônus de tal prova, ficando o Juiz adstrito a reconhecer como verídica a exação contratual a que estava subordinada a preferência. Invoca-se, entretanto, a ressalva final do referido artigo: “se o contrário não resultar do conjunto das provas”; e apontam-se informações de prepostos da embargada, no sentido de infrações contratuais ocorridas já depois de realizada a concorrência ou no período posterior à vigência do contrato. Infrações contratuais! Como se pode falar, em 1947 e 1948, de infrações atuais de um contrato que, com os “têrmos aditivos” que modificaram o primitivo contrato, findou em fevereiro de 1946? Desde esta última data, a embargante passou a ser detentora dos imóveis a título precário, como bem esclareceu o ex-Prefeito Filadelfo Azevedo, no seu despacho a fls. 50 dos autos em apenso, e já não mais em virtude do contrato. A prorrogação foi negada, e nem podia deixar de sê-lo, pois importaria renovação total do contrato sem concorrência pública, contrariando de resto os arts. 765 e 766 do Código de Contabilidade. Foi êste, aliás, o critério de decisão dêste Tribunal no caso dos “mercados de flôres”, e não há razão alguma para que se varie no caso de que ora se trata.

O caso sub judice deu lugar a verdadeiros transvios de raciocínio. Vê-se, por exemplo, o lúcido e exímio Desembargador Serpa Lopes chamar de inepto o presente pedido de mandado de segurança, porque visa a coagir a Prefeitura a cumprir uma obrigação de fazer. Santo Deus! Que é o mandado de segurança, inspirado nos *writs of prohibition* e *of mandamus* a deixar de praticar ou a criticar ou a praticar tal ou qual ato adminis-

trativo, correspondente a direito líquido e incontestável? Consultemos a lição de Castro Nunes, que é, entre nós, a maior autoridade no assunto:

“O mandado de segurança assenta num princípio que o nosso direito anterior desconhecia: a possibilidade de ser a Administração compelida a praticar certo ato ou abster-se de o praticar... O mandado de segurança dá ao titular do direito a prestação *in natura*. E’ um procedimento *ad ipsam rem*, que não comporta a substituição da prestação devida. O direito é assegurado, no seu exercício, e não pela forma indireta da equivalência econômica...” (“Do Mandado de Segurança”, ed. 1948, págs. 54-55).

A disciplina do mandado de segurança rompeu com o princípio romano de que *nemo praecise cogi potest ad factum*, e por meio dêle pode ser a autoridade administrativa (até mesmo sob sanção penal) coagida à prestação *in specie*. O voto do senhor desembargador Serpa Lopes abstraiu o direito pátrio, para continuar adstrito a um critério que, na espécie, já se acha inteiramente superado. Não menos insustentável é o voto do sr. desembargador Mem de Vasconcelos Reis, cuja acuidade mental é, entretanto, tão apreciada por todos nós, seus colegas. Não distingue êle entre “serviço público” e “atividade privada oficialmente estipulada *publicae utilitates causa*”, e, a seguir, declara caduca a cláusula de preferência em questão porque já expirado o prazo do contrato entre a embargada e a embargante. Ora, a cláusula de preferência tem, necessariamente, de sobreviver ao contrato, vigorando até realizar-se a nova concorrência, isto é, até o momento em que deva ser exercido o direito de igualar a proposta mais vantajosa, pois, do contrário, seria irrisoriamente inútil.

1.^a Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL N.º 32.967

Autoridade da coisa julgada. O que informa a autoridade da coisa julgada é a imutabilidade do comando jurídico emergente da sentença que decidiu o mérito da ação quando, com a preclusão de todos os recursos, se extinguiu a prestação da atividade jurisdicional de cognição.

Cláusula rebus sic stantibus. Apenas contém, própria e implicitamente, a cláusula rebus sic stantibus as sentenças dispositivas e constitutivas nas quais o juiz decide segundo as circunstâncias em face de determinadas condições, de acórdão com a equidade, usando dentro de certa medida um poder discricionário destinado a estabelecer um quid medium entre a atividade legislativa e a atividade jurisdicional.

Revogação da coisa julgada. A coisa julgada substancial, projetando-se fora da relação processual, poderá ser revogado por

uma norma jurídica posterior através da qual o próprio Estado manifeste a sua vontade de regular por outro modo a mesma relação jurídica decidida na sentença desde porém que ela tenha declarada expressamente a sua eficácia retroativa com aplicação às relações já decididas com decisões passadas em julgado.

Hierarquia de normas. Constituinte uma lex specialis, a coisa julgada não poderá ser atingida por decretos executivos, regulamentos, provisões e portarias que se encontram, por sua natureza, em plano inferior na teoria geral da hierarquia das normas jurídicas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível n.º 32.967, em que é apelante — a Prefeitura do Distrito Federal, e são Apelados — Carlos Arantes Sanderson de Queros e outros.

Acordam os Juizes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, preliminarmente, por unanimidade, em desprezar as arguições de intempestividade do recurso e de suspensão da execução e, por maioria de votos, em denegar a declaração da nulidade *ab initio* da execução contra o voto do Sr. Desembargador Revisor que a reconhecia por considerar nula a citação por officio; e, no mérito, por maioria de votos, contra o do Sr. Desembargador Revisor, que provia o recurso para limitar a execução até a vigência do Decreto n.º 12.628, de 23 de outubro de 1954, em negar provimento à apelação para o efeito de confirmar a sentença recorrida.

E assim decidem pelos seguintes fundamentos:

Os Apelados, exercendo os cargos de Controladores do Departamento de Renda Mercantil da Prefeitura do Distrito Federal, pleitearam remuneração igual à dos Controladores do Departamento de Renda de Licenças, alegando que tinham idênticas atribuições e responsabilidades e dêste modo o direito à percepção de idênticos vencimentos, nos termos do art. 46 da Lei n.º 217, de 15 de janeiro de 1948. Nos embargos de nulidade e infringentes opostos ao venerando acórdão desta Câmara que lhes negou aquele direito de equiparação, os Apelados tiveram reconhecida aquela pretensão através do venerando aresto

COMENTARIO

O magnífico e ilustrado voto vencedor do Desembargador HUGO AULER suscita ao comentarista uma série de reflexões que precisam ser aditados, à argumentação do voto.

Estudou-se com proficiência e profundidade o aspecto doutrinário jurídico da causa julgadora e de sua eficácia e imutabilidade.

A nosso ver, todavia, data venia, omitiu-se um ângulo de observações do problema, que é essencial e de raro efeito na argumentação da tese.

Realmente, decidiu-se na sentença, que deu lugar aos embargos, uma equiparação entre funcionários com base em identidade de funções e responsabilidades. Essa decisão transitou em julgado. Daí afirmar-se que os seus efeitos, isto é, a equiparação reconhecida, é imutável por força da coisa

proferido pelo Egrégio Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis. Entretanto, ao pleitear a execução dêste último aresto, requerendo que fôsem feitas as devidas apostilas nos respectivos decretos de nomeação, a Apelante ingressou com os presentes embargos, alegando excesso, uma vez que a igualdade de vencimentos consagrada pela coisa julgada somente poderia ser reconhecida até 23 de outubro de 1954, data em que se verificou a modificação das condições de fato em que se arrimara a decisão exequenda. Em apoio dessa conclusão, a Apelante afirma que havendo os Decretos ns. 12.626, 12.627 e 12.628, de 23 de outubro de 1954, regulamentado por outro modo as atribuições e as responsabilidades dos controladores dos departamentos de rendas, imobiliária, mercantil e de licenças, diversificando-se em cada um destes setores de arrecadação, não mais subsistiam os motivos da equiparação. Alega que se trata de uma sentença de natureza constitutiva, razão porque, alteradas as circunstâncias em que se arrimou a decisão, a sua consequência é a de fazer cessar o seu vigor. Dêste modo, modificadas as atribuições dos controladores, cessou a autoridade da coisa julgada. Porém, mais adiante afirma que um decreto judicial não fixa vencimentos, mas reconhece em virtude de certas circunstâncias o direito a determinado vencimento. Em seguida defende a tese do direito do Estado de alterar as atribuições e responsabilidades das carreiras, concluindo que, alteradas as atribuições dos exequentes em virtude de norma legal ditada pelo Estado, no uso de um direito que lhe é inerente, a igualdade de vencimentos desaparece pelo perecimento das circunstâncias que serviram de premissa à decisão exequenda quando deu aplicação a um preceito legal (docs. de fls. 40-46 e de fls. 56-73). Impugnando os embargos, afirmam por sua vez os Apelados que não era dado à Apelante embargar, antes de seguro o Juízo, a presente execução, não devendo outrossim prevalecer a defesa fundada em irregularidade da citação por officio, eis que nesta fase somente seria permitida a arguição de nulidade da citação para responder aos termos da ação. No mérito, arguiram que somente a lei, jamais um decreto do Poder Executivo, é que teria capacidade de fixar ou alterar as atribuições e responsabilidades do funcionalismo, seus cargos e suas funções, sendo de notar-se

julgada, salvo lei que tenha efeito retro-operante com declaração expressa de sua aplicação às relações já decididas com decisão passada em julgado.

Suscita essa assertiva duas ordens de observações: a primeira é aquela implicitamente contida na tese do voto vencedor, isto é, pode o Estado modificar, por outra forma estruturar, organizar, transformar, etc., unilateralmente seus serviços (Vd. CARLOS MAXIMILIANO, *Com. a Const. de 1946*, v. III, págs. 248-249), ainda que existam decisões passadas em julgado, que tenham fixado normas, ou reconhecido direitos a funcionários dentro do esquema ou estrutura em vigor. Exige, no entanto, o voto vencedor que essa atividade estatal, que se exterioriza como norma legal, contenha eficácia retro-operante específica às hipóteses com decisão passada em julgado.

Esse óbice, defendido pelo Acórdão, conduz-nos à segunda observação. Admite o voto, e sustenta a decisão, aquilo que é dogmático em nossa

que tais decretos municipais não modificaram a identidade anterior pois apenas lhe deram mais uma atribuição (doc. fls. 51-32).

O Dr. Juiz *a quo* desacolheu a preliminar de inoportunidade dos embargos à execução e, no mérito, os rejeitou sob o fundamento de que o Poder Legislativo era o único poder competente para modificar aquela equiparação imposta por lei e reconhecida na sentença, esclarecendo ainda que os decretos municipais supervenientes não haviam de modo algum extinguido as condições de fato que autorizaram a paridade de tratamento (doc. de fls. 91-95).

Dai o presente recurso de apelação interposto à fls. 98-107 e que foi contra-arrazoado à fls. 110-114 dêstes autos.

É o relatório.

Preliminarmente: — Não merece sufrágio a preliminar de irregularidade da citação por officio da Apelante para responder aos termos da presente execução de sentença com trânsito em julgado. Não resta a menor dúvida que a citação para a execução de sentença obedece ao mesmo regime estabelecido a respeito da citação para a ação, conforme se depreende dos arts. 161 e 892 do Código de Processo Civil. Entretanto, posto que nula a citação, a Apelante compareceu, alegando a nulidade e oferecendo a mais ampla defesa através dos presentes embargos. Ora, se o comparecimento do réu em Juízo supre a falta de citação, nos termos do art. 165, § 1.º, do Código de Processo Civil, com muito maior razão há de suprir a sua irregularidade ou nulidade. Na espécie *sub judice*, desde que a defesa da Apelante foi a mais completa e documentada, a mais cuidada na redação e na exposição da tese que constitui o cerne dos presentes embargos, não se há de decretar a nulidade *ab initio* da execução por ter sido feita a comunicação através de officio e não de mandado de citação como dispõe o art. 161, inciso 1, do Código de Processo Civil. Essa atitude da Embargante, defendendo-se amplamente na presente execução, determinou a convalidação do ato processual irregular de sua citação. Conf.: PONTES DE MIRANDA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, Ed. da Revista Forense, 1947, vol. II, n. 4, págs. 49-50). Ademais há a ponderar que não se há de repetir o ato nem se lhe dá de suprir a falta quando não tiver havido prejuízo para qualquer das partes, segundo a regra contida no § 2.º do art.

estrutura político-jurídica: a autoridade discricionária do Estado de levar a termo reformas orgânicas de seus serviços, planejadas e realizadas a seu exclusivo critério (autor cit., obra cit.). Não poderia, sem dúvida, o acórdão deixar de sentir e reconhecer essa autoridade do Estado. Mas, ficou, por isso mesmo, frente a um dilema: como conciliar essa autoridade do Estado com a eficácia de imutabilidade da coisa julgada. Para fugir ao ímpasse adotou a corrente que vê na coisa julgada uma *tese specialis* e admitiu que outra lei especial ou geral pudesse revogá-la, desde que fôsse explícita no fazê-lo, retroagindo no tempo.

Data venia, a solução não foi feliz, nem jurídica, em que pese a ilustração do voto e o valor incontestado de seu prolator.

O que, em última análise, se sustentou, foi algo de inconstitucional e violador da teoria da coisa julgada.

278 do citado diploma legal, o que é suficiente para convalescer a irregularidade formal da citação.

Por sua vez também deverá ser repelida a preliminar da inoportunidade dos embargos arguida sob o fundamento de que teriam sido oferecidos antes de seguro o juízo e, portanto, contra literal disposição de lei, como seja o artigo 1.008, do Código de Processo Civil. E assim é de decidir-se porque, a entender-se de outro modo, ficaria desde logo exaurida a execução.

E finalmente a suspensão foi bem determinada pelo Dr. Juiz *a quo* desde o momento em que foi alegado o excesso do pedido e se revestia de indivisibilidade a prestação.

De Meritis: — Não resta a menor dúvida que *prima facie* a regra de que a lei não prejudicará a coisa julgada, contida no § 3.º do artigo 14, da Constituição de 18 de setembro de 1946, dá a impressão de cortar cerce qualquer controvérsia em torno do problema que suscita o princípio constitucional do respeito à *res judicata*, indicando dêste modo a solução a ser dada à tese sustentada dos presentes embargos à execução. Todavia, quando se não ignora que a coisa julgada não se exaure na eficácia do comando jurídico emergente da sentença no momento em que se reveste de imutabilidade, por isso que se prolonga através do tempo, ficando dêste modo sob a ação natural da modificação da ordem jurídica e, portanto, da revogação das normas que, limitadas no tempo, deram causa a normação judicial da relação jurídica objeto da prestação jurisdicional, logo se está a ver que aquela imutabilidade temporal da *res judicata* escapa parcialmente à égide daquele cânone constitucional.

Nessas condições, subsiste no julgamento desta apelação a questão nodal dos presentes embargos à execução e que envolve justamente em suas dobras o problema da possibilidade de uma lei destruir o princípio da imutabilidade do comando jurídico emergente da sentença e que, resultando da imutabilidade da prestação jurisdicional, informa a autoridade da coisa julgada.

Desde logo não ampararia qualquer solução a afirmação simplesmente esboçada por TULLIO LIEBMANN e segundo a qual de certo modo tôdas as sentenças contém implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, pois esta tese é de difícil sustentação. Têm-na as sentenças dispositivas e continuativas, nas quais

Realmente, a imutabilidade da coisa julgada atinge ou restringe também a atividade legislativa do Estado. Quem o diz é a Lei Magna em seu art. 141, § 3.º, *in verbis*.

“A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, e a coisa julgada”.

Transposto o preceito para o terreno exegético, quer êle dizer que a lei nova não pode ser retroativa, não pode operar no passado e violar a coisa julgada.

Assim, a tese do Acórdão encontra um obstáculo intransponível.

Todavia façamos Justiça à cultura e à inteligência, sempre afirmadas, do ilustre relator da decisão. A tese está parcialmente aceita e isso foi sentido por S. Exa.; a solução achada para o dilema é que foi menos feliz e pouco acertada.

o Juiz decide segundo as circunstâncias, em face de determinadas condições, de acôrdo com a equidade, usando dentro de certa medida um poder discricionário destinado a estabelecer um *quid medium* entre a atividade legislativa e a atividade jurisdicional. Nesta última hipótese, como ocorre nas sentenças determinativas de alimentos, tratando-se de uma relação de caráter continuativo — como salienta ALESSANDRO RASELLI — a exigência de que a pretensão represente um equânime contemperamento aos interesses das partes faz com que a modificação das condições importe modificação na medida ou na existência do direito sob pena de tornar-se injusta a proporção estabelecida originariamente (*Il Potere Discrizionale del Giudice Civile*, Padova, Cedam, 1935, vol. II, cap. I, II, pág. 14). São as sentenças que JOSÉ ALBERTO DOS REIS denomina de “decisões instáveis” sob a justificativa de que “há decisões que pela sua própria índole são instáveis; assentam sobre determinado condicionalismo susceptível de oscilação; produzida a modificação desse condicionalismo, a sentença pode, logicamente, ser alterada, embora tenha transitado em julgado.” (*Código de Processo Civil Anotado*, Coimbra Editora, vol. V, cap. V, Sec. III, n.º 4, págs. 168-169). Quando, porém, se trata de sentenças declarativas ou executórias, em que a sua modificação, ou melhor, a possibilidade de sua modificação por fatos supervenientes seria uma vulneração efetiva ou potencial à paz social que se assenta na segurança e na estabilidade das relações jurídicas definitivamente declaradas, já não se há de conceber a influência implícita da regra canônica a ameaçar a imutabilidade da prestação jurisdicional e, por via de consequência, a do comando emergente de tais decisões. Ora, como bem o diz ENRICO TULLIO LIEBMANN, “essa imutabilidade característica do comando, nos limites em que é ordenada pela lei, opera não só em relação a determinadas pessoas como também em confronto a todos aqueles que no âmbito do ordenamento jurídico tem institucionalmente o dever de estabelecer, de interpretar ou de aplicar a vontade do Estado, inclusive o próprio legislador, que não poderá por isso mesmo mudar a regulamentação concreta da relação, a qual já resultou confirmada pela autoridade da coisa julgada.” (*Eficácia ed Autorità della Sentenza*, Milano, Ed. Dott. A. Giuffrè, 1935, n. 15, páginas 40-41).

Sem dúvida alguma, tem o Estado autoridade discricionária para organizar, modificar, transformar unilateralmente os seus serviços. Não assiste aos servidores públicos a prerrogativa de impedir que se organize por outra forma a respectiva carreira, melhorando a estrutura geral, aumentando a eficiência, diminuindo os gastos. Não há direito adquirido à manutenção da *rotina*. (Vd. CARLOS MAXIMILIANO, op. cit., p. cit.).

Frente a isso, que tanto o Acórdão como este comentário aceitam sem discrepância, como conciliar essa autoridade estatal com a eficácia da coisa julgada? Esse é o problema. A solução do acórdão, já vimos, não a aceitamos pelas razões que expusemos.

Faz-se referência no voto à invasão de poderes do Estado, isto é, fixado pelo Judiciário um direito com força de coisa julgada, vedado seria a qualquer outro Poder do Estado afastar-lhe a eficácia pura e simples,

Com efeito, ao legislador não é dado, em linha de princípio, destruir a autoridade da coisa julgada. Como bem o diz UGO ROCCO, a autoridade da coisa julgada se apresenta como u'a dupla proibição, da qual se originam duas obrigações jurídicas e dois direitos subjetivos distintos. Proibição às partes de pretender a prestação da atividade jurisdicional de cognição, uma vez obtida tal prestação; proibição aos órgãos jurisdicionais de prestar a sua atividade jurisdicional em cognição quando já se encontre satisfeita e exaurida essa mesma atividade estatal (*L'Autorità della Cosa Giudicata e i Suoi Limiti Soggettivi*, Roma, Athenauem, MCMXVII, n. 127 b, pág. 402). O eminente Desembargador GUILHERME ESTELITA, autor do melhor estudo sobre a coisa julgada no direito pátrio, acolheu aquela conclusão, afirmando que ela “proporciona uma explicação rigorosamente jurídica e completa ao fenômeno da coisa julgada, eis que o abrange nos seus dois aspectos essenciais, isto é, a obrigatoriedade da sentença e a sua imutabilidade. Dando à primeira o seu indiscutível fundamento — o exercício do poder jurisdicional, oferece como justificação da segunda uma dupla causa, a nosso ver juridicamente fundada — a exoneração do dever jurisdicional conjugada à extinção do direito individual à jurisdição” (*Da Coisa Julgada*, Rio, 1936, Tese, pág. 151). Entretanto, merece ser outrossim destacada a circunstância de que essa “exoneração do dever jurisdicional conjugada) à extinção do direito individual à jurisdição”, muito bem formulada pelo Desembargador GUILHERME ESTELITA (Obr. cit., pág. 151), tem necessariamente um efeito que transborda a esfera processual.

De fato, essa proibição das partes decórrerem ao direito de demandar e do Estado prestar a sua atividade jurisdicional de cognição e decisão sobre a mesma relação jurídica já decidida, definitiva e irrecurivelmente, através da imutabilidade do comando emergente da sentença, resulta da consolidação da mesma relação de direito substancial fora da esfera de atuação processual. O conflito de interesse que, transformado na lide, assumiu uma posição processual, resolvido pela autoridade da coisa julgada, se extingue para dar lugar a uma composição. Porque a autoridade da coisa julgada não se restringe a resolver o conflito de interesses e a impedir que êle de novo se manifeste e, em consequência, seja objeto de nova prestação da atividade jurisdicional de

sob pena de se quebrar a harmonia necessária à estrutura político-jurídica do próprio Estado, seria isso uma invasão de poderes.

Exata e certíssima é a assertiva. Por isso mesmo é êle que nos fornece o deslinde para o problema em foco.

Se um Poder do Estado não pode, nem deve, invadir a esfera de ação de outro Poder, ao revés devem-se harmonizar para a consecução do fim último do próprio Estado, que é o equilíbrio social, o respeito mútuo e a garantia geral; lógica e necessariamente, os atos de autoridade de cada um desses Poderes têm eficácia até as lindes em que colidem com a autoridade do Poder a que se dirigem.

Essa limitação é também um princípio geral do direito, uma regra de coexistência harmônica, quer entre indivíduos quer entre entidades, ou Poderes do próprio Estado. Os direitos e prerrogativas se manifestam e se

cognição, eis que arrasta a normação concreta da relação jurídica resultante da sentença que estabeleceu, firmou e interpretou a vontade do Estado. E foi por essa razão que CARNELUTTI afirmou com muita propriedade que a autoridade da coisa julgada é uma *lex specialis* pois a eficácia imperativa ou obrigatória da sentença é idêntica à da lei (*Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Padova, Cedam, 1933, vol. IV, n. 382, pág. 422). O eminente Professor da Universidade de Padova faz uma distinção entre a eficácia e a imutabilidade da sentença, afirmando que enquanto a imutabilidade resulta preclusão de todos os recursos (coisa julgada formal), a eficácia emerge de sua imperatividade (coisa julgada substancial). E em seguida diz com toda razão que esta eficácia da sentença, que é a coisa julgada substancial, se projeta naturalmente fora do processo, razão porque se há de considerá-la como extra-processual ou material (Obr. cit., vol. IV, n. 381, pág. 421).

Dir-se-á então que, constituindo uma *lex specialis*, a coisa julgada substancial poderá ser revogada por uma norma jurídica posterior através da qual o próprio Estado manifeste a sua vontade de regular por outro modo a mesma relação jurídica decidida na sentença e de acôrdo com o comando jurídico concreto emergente da decisão jurisdicional. Não resta a menor dúvida que poderá fazê-lo mas, nesta hipótese, não é suficiente que a lei goze expressamente de retroatividade pois êste efeito não tem capacidade para quebrar a autoridade da coisa julgada. A lei *strictu sensu*, e jamais simples decretos de execução ou regulamentação de lei, deverá conter norma expressa dando-lhe aplicação à relação jurídica já de outro modo decidida através de sentença com trânsito em julgado. Como bem o diz GIOIELLO, a eficácia de uma lei que da vontade expressa ou tácita do legislador resulte retroativa, não pode, por via de regra, estender-se às controvérsias já decididas com sentença passada em julgado ou com transação já concluída em época anterior pois somente atinge as que ainda não são objeto de demanda ou se encontram pendentes de decisão. No entanto, o legislador poderá perfeitamente manifestar uma vontade contrária, tornando a lei retroativa também em relação aos casos julgados e às transações; mas em caso de dúvida tal vontade não poderá ser presumida porque contrária às exigências da justiça e aos princí-

afirmam livremente, dentro dos limites que defluem da própria organização sócio-jurídica do Estado. O meu direito vai até o ponto em que encontra outro direito que também se afirma normativamente. De PONTES DE MIRANDA é a lição genial:

Para a maioria dos homens, os direitos aparecem como o que êles podem fazer, cobrar, exigir. Têm das situações jurídicas em que se acham ou em que se acha alguém, impressão de projeções do eu. O mundo é organizado de tal forma que êsses direitos, bilhões de direitos numa só cidade, se lançam, se cruzam, sem que nunca se choquem, ou se firam. Dificilmente se compreende que haja embaraços ao exercício dêles entre si. Por aí se chega à concepção absolutista atômica dos direitos subjetivos. Nenhum depende do outro, nem ofende o outro. Movem-se, convivem, sem nunca se encontrarem. O egoísmo humano encontra em tal noção

pios gerais de direito. (*Manuale di Diritto Civile Italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1924, § 36, pág. 116). É, aliás, a mesma conclusão a que chegou Enrico Tullio Liebmann. Com isso não quer dizer, naturalmente, que a lei não possa de modo expresso modificar também o direito resultante das relações já decididas com sentença passada em julgado; certamente que a lei pode fazer também isso, mas uma disposição sua em tal sentido teria o significado de uma implícita abrogação — na medida corresponde — da norma que sanciona o princípio da autoridade da coisa julgada. Isto é, uma lei nova pode excepcionalmente, através de norma expressa, dispor que ela mesma tenha não somente eficácia retroativa como também aplicação às relações já decididas com sentenças passadas em julgado; isso, porém, não significaria um maior grau de retroatividade, e sim, pelo contrário, uma abolição parcial da autoridade da coisa julgada relativamente às mesmas sentenças, cujo comando, perdendo o atributo da imutabilidade, cederia ao impacto da nova regulamentação determinada pela lei para as relações já decididas (Obr. cit., parte 1.^a, § 3.^o, n. 15, pág. 41).

Dêste modo focalizada a condição única em que poderá ser quebrada a imutabilidade do comando jurídico emergente da sentença, e portanto, a abolição da autoridade da coisa julgada por vontade do próprio Estado de que emanou a prestação de atividade jurisdicional de cognição, está praticamente resolvido o problema suscitado no presente processo de execução. É que, equiparada a coisa julgada substancial à lei, a sua abrogação poderá operar-se mas somente na hipótese de uma lei superveniente que de outro modo venha regular a relação já decidida na sentença com trânsito em julgado e desde que contenha norma expressa determinando a sua aplicação às situações jurídicas definitivas estabelecidas naquela decisão revestida de imutabilidade. E assim tudo se há de resolver no campo da revogação das leis. Em consequência, constituindo a sentença, revestida de autoridade de coisa julgada, uma *lex specialis*, somente poderá ser, por outra lei, abrogada quando se tenha por abrogação, na espécie, a abolição parcial da autoridade da coisa julgada. Como bem o diz CARLOS MAXIMILIANO, “respeita-se a hierarquia dos poderes estabelecidos. Por isso não se verifica o inverso do que acima ficou exposto: lei,

da vida jurídica a imagem que mais lhe agrada. Assim seria o mundo jurídico...

Mas o mundo jurídico não é assim. Nunca foi. Os direitos topam uns nos outros. Cruzam-se, molestam-se. Têm crises de lutas e de hostilidades. Exercendo o meu direito, posso lesar a outro, ainda se não saio do meu direito, isto é, da linha imaginária que é o meu direito. A regra “*nemo injuria facit qui jure suo utitur*” traduziu bem o que pensam os que vêem nos direitos um absoluto... (Com. ao C.P.C., v. I., pág. 127-128).

Com êsses subsídios podemos, então, sustentar que a eficácia da coisa julgada, em face da teoria estatutária do serviço público se faz sentir enquanto se mantém a mesma estrutura jurídico-funcional que dominava ao tempo da prolação do decisório. Exercido pelo Estado o seu direito, que é discricionário, de modificar essa estrutura básica de seus serviços, su-

ordinária ou ânua, jamais derrogará a suprema: alvarás, decretos do Executivo, provisões, avisos, regulamentos, portarias não extinguem leis; a estas fa-lece autoridade para tornar sem efeito, implicitamente, as convenções inter-nacionais. Lei federal não pode ser abrogada por estadual nem esta por municipal; embora só a Constituição do país inutilize estatutos, ordinários ou básicos, regionais, e êstes os locais." (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio, Ed. Freitas Bastos, 3.^a ed. 1941, n. 450, III, pág. 425).

Na espécie, a Apelante procurou apoiar a sua tese de abolição da auto-ridade da coisa julgada na superveniência dos Decretos ns. 12.626, 12.627 e 12.628, de 23 de outubro de 1954, alegando que tais decretos do Poder Execu-tivo municipal haviam dado novas atribuições e responsabilidades aos controla-dores das rendas mercantil, imobiliária e de licenças (docs. de fls. 87-89), di-versificando-as e, portanto, quebrando a identidade reconhecida no comando jurídico emergente do aresto para efeito de aplicação do art. 40 da Lei Or-gânica do Distrito Federal. Nessa conformidade, tratando-se de decretos do Poder Executivo municipal, e não de leis emanadas do Poder Legislativo muni-cipal, logo se está a ver que não têm tais diplomas capacidade para abrogar a autoridade da coisa julgada, a qual somente poderá ter, por lei, determinada a abolição de sua imutabilidade. De fato, o art. 87, I, da Constituição de 18 de setembro de 1946, declara que compete privativamente ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. E outra não é a norma do art. 25, § 1.º, II, da Lei Orgânica do Distrito Federal quando dispõe que compete ao Prefeito do Distrito Federal expedir decretos, regulamentos e instruções para fiel e conveniente execução das leis.

Ora, êste poder de regulamentação (*power of ordinance*) destinado a edi-tar regras para adaptação das relações entre os indivíduos e entre êstes e o Estado ao texto das leis, não produz atos que assumam foros de leis. Ema-nando decretos e regulamentos, o Poder Executivo se restringe a dar os meios de aplicação das leis. Como salienta o insigne PONTES DE MIRANDA, "o regula-mento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei." (*Comentários à Constituição de*

peradas ficaram as manifestações jurisdicionais anteriores que o vinculavam na antiga estruturação jurídico-funcional de seus serviços. Não há na hipótese invasão de Poderes ou de esferas de atribuições. Ao Judiciário é vedado eliminar a autoridade discricionária do Estado de modificar a es-trutura de seus serviços, lhe é defeso ditar regras vinculativas dessa rees-truturação. Ao Estado cabe cumprir e respeitar as decisões do Poder Judi-ciário enquanto tiverem eficácia vinculativa. Assim, se harmonizam os Po-deres do Estado, não se chocam suas autoridades. As sentenças que reco-nhecem, regulam ou restauram situações funcionais individuais de servido-res do Estado têm eficácia plena e são vinculativas enquanto perdura a estrutura jurídico-funcional, no domínio da qual foram proferidas. Garan-tem, por outro lado, a situação que definem contra modificações que não tenham caráter estrutural de ordem geral, em benefício do serviço, afas-

1946, São Paulo, Ed. Max Limonad, 1953, vol. II, n.º 20, a, pág. 411). Mesmo porém, que se tratasse de leis, a verdade é que a inexistência de uma norma expressa determinando a sua aplicação às relações já de outro modo regula-mentadas em sentença com trânsito em julgado, estaria a impedir a sua in-fluência sobre a imutabilidade do comando jurídico emergente da decisão exequenda. Ademais, o aresto exequendo arrimou a identidade de cargos e fun-ções, de atribuições e responsabilidades dos Apelados com os demais controladores de rendas municipais na Lei n. 281, de 4 de dezembro de 1948, afirmando que as suas disposições confundem e assemelham, unificam e identificam as fun-ções de controle das finanças municipais" pois "tudo se passa na esfera da atividade financeira do Estado, que se exerce através do controle da arre-cadação das suas rendas resultantes de contribuições" (cert. de fls. 25 e v). Esta lei não foi revogada, nem poderia sê-lo pelo exercício do poder regula-mentar que baixou a nova regulamentação pelos Decretos ns. 12.626, 12.627 e 12.628, de 23 de outubro de 1954, os quais, por sua vez, não têm capacidade para modificá-la por força de sua subordinação à lei que é, ao contrário, in-condicionada e inicial. E é por essa razão que ROGER BONNARD disse que a subordinação do regulamento comporta, mais do que a sua dependência, a sua conformidade à lei, o que basta para que se reconheça que o regulamento não poderá ser contrário a uma lei e muito menos vir a modificá-la (*Précis de Droit Administratif*, Paris, L.G.D.J., 4.^a ed., 1943, pág. 289). Aliás, entre nós, outra não poderá ser a conclusão em face da circunstância de ser proi-bida a delegação legislativa pelo art. 36, § 2.º, da Constituição em vigor. Dêste modo, o decreto executivo emanado pelo poder regulamentar nada mais é do que um ato administrativo e, nessas condições, como salienta ANDRÉ DE LAUBADÈRE, é subordinado à lei formal, não podendo infringir ou contrariar suas disposições e está submetido ao controle jurisdicional (*Manuel de Droit Administratif*, Paris, L.G.D.J., 1955, pág. 185).

Portanto, continuando a vigor a Lei n.º 281, de 4 de dezembro de 1948, cujo art. 2.º determina que "até que nova lei seja baixada, a arrecadação dos im-postos a que se refere o artigo anterior continuará a se processar em confor-

tando a incidência das que se fizerem com particular atenção a uma situa-ção individual de determinado funcionário.

Surge a assertiva da própria natureza política-jurídica dominante do Serviço Público.

É da essência da teoria estatutária abstrair o individual ou o particular, em benefício do princípio de ordem geral. Evita-se com isso as injunções político-pessoais no serviço do Estado e se dá ao funcionário a segurança de um regime jurídico com fixidez de normas, dada pela natureza impes-soal, geral, objetiva.

"El conjunto de reglas que precisan el regime juridico especial de los funcionarios y empleados publicos — ensina RUIZ J. GIMENEZ — determi-nam sus derechos y deberes y ortogan las garantias de sua situación en el cargo publico" (Principios Generales de D. Administrativo, p. 79).

midade com a atual legislação federal, adaptado o respectivo processo à *organização do aparelhamento fiscal da Prefeitura*, e, nessas condições, situa na mesma linha de identidade os cargos, as funções, as atribuições e responsabilidades dos funcionários que têm a seu cargo o controle e a arrecadação de todas as rendas municipais, não poderá qualquer decreto de regulamentação emanado pelo Poder Executivo municipal, subordinado e condicionado àquela mesma legislação, infringir, contrariar e modificar a lei em vigor. A entender-se de outro modo haveria uma subversão da ordem jurídica e estaria sendo negado o que PIERRE WIGNY denominou com muita propriedade “a teoria da hierarquia das normas” a partir das prescrições constitucionais (*Droit Administratif*, Bruxelles, Ed. Émile Bruylant, 1953, n. 215, pág. 175). Dir-se-á que a Lei n. 281, de 4 de dezembro de 1948, teria criado dúvidas acerca de sua exata aplicação e daí a sua mais recente regulamentação. Mas nesta hipótese não cabe em última instância ao Poder Executivo municipal o direito de interpretá-lo soberanamente. Como observa PONTES DE MIRANDA, “onde a lei oferece dúvida, não é ao Poder Executivo que toca varrê-la. Em todo caso, assim como qualquer intérprete lança, com os seus argumentos, a interpretação que lhe parece acertada, o Poder Executivo pode lançar a sua, sem que daí lhe resulte qualquer poder de impor”, tanto assim que “não pode facultar o que na lei se proíbe, nem lhe procurar exceções à proibição, salvo se estão implícitas. Nem ordenar o que a lei não ordena... O regulamento é proposta de interpretação ou conjunto de normas de direito formal administrativo. Nenhum princípio novo, ou diferente, de direito material, se lhe pode introduzir.” (Obr. cit., vol. II, n. 20, a e b, págs. 411-412). E, na espécie *sub judice*, já tendo sido exercido na ação o controle jurisdicional da regulamentação da Lei n. 281, de 4 de dezembro de 1948, o Poder Judiciário já lhe deu definitiva interpretação através do comando jurídico concreto emergente do aresto que se revestiu da autoridade de coisa julgada. Por derradeiro há a considerar que o Estado já exerceu a sua atividade de cognição, revelando através de sua prestação jurisdicional a sua vontade, visto como se não ignora, porque bem

Do mesmo passo que ao Estado é vedado em nome da teoria estatutária, modificar em caráter particular ou individual, a seu talento, seus serviços; também, não é viável jungi-lo ao respeito de situações individuais, ainda que reconhecidas em sentenças com trânsito em julgado, quando leva a termo modificações estruturais de ordem geral, em benefício de seus serviços.

Temos, assim, visto a real eficácia da coisa julgada em termos de situações jurídico-funcionais de caráter individual; sem quebra do princípio da eficácia da coisa julgada, sem invasão de poderes do Estado, sem necessidade de leis inconstitucionais por sua retroação, respeitados os limites de atuação dos Poderes harmônicos do Estado.

Concordantes que estamos com a conclusão do acórdão, isto é, não vinculativa a coisa julgada, em benefício de uma determinada situação jurídico-funcional, de forma a impedir que por outro modo o Estado modifique ou reestruture seus serviços; discordamos, no entanto, que seja ne-

o diz CHIOVENDA, a presunção de verdade é apenas a base social, a justificação social da coisa julgada e dêste modo não explica a natureza jurídica do instituto e não deve assumir a categoria de definição. A coisa julgada — di-lo o insigne processualista italiano — é essencialmente um ato de vontade do Estado irrecorrivelmente obrigatório para qualquer futuro juiz (*Saggi di Diritto Processuale Civile*, Roma, Ed. Fôro Italiano, 1931, vol. II, pág. 406).

Ora, no aresto exequendo não se confundiram a vontade do Estado, como parte na demanda, e a vontade do Estado como órgão de atividade jurisdicional de cognição. A ação se dirigiu contra o Poder Executivo Municipal, representado pelo Prefeito do Distrito Federal *ex-vi* do art. 24 da Lei Orgânica do Distrito Federal. Dêste modo, desde que os Decretos ns. 12.626, 12.627 e 12.628, de 23 de outubro de 1954, constituem atos administrativos emanados do Prefeito do Distrito Federal, no exercício do seu poder de regulamentação subordinado e condicionado à Lei n. 281, de 4 de dezembro de 1948, o que se tem em vista é o fenômeno singular de atentado à autoridade da coisa julgada, praticado por uma das partes na demanda que, por ato unilateral, contrapondo-se à vontade do Estado manifestada na prestação de sua atividade jurisdicional, procura quebrar a imutabilidade do comando jurídico concreto emergente da sentença que foi desfavorável à sua pretensão, fazendo justiça pelas próprias mãos.

Com efeito, a situação é por demais singular. O próprio Poder Executivo municipal, que foi parte na demanda, estando proibido de pretender nova prestação da atividade jurisdicional de cognição e não ignorado que o órgão jurisdicional estava por sua vez proibido de prestar nova atividade jurisdicional de cognição sobre a mesma relação jurídica decidida em sentença com trânsito em julgado, pretendeu atentar contra a imutabilidade do comando jurídico através da emanção de um decreto executivo pelo qual procurou dar à Lei n. 281, de 4 de dezembro de 1948, uma interpretação contrária à que foi consagrada na decisão que ora é objeto de execução.

Outra somente poderia ser a conclusão se se tratasse da superveniência de uma lei geral através da qual o Distrito Federal, como entidade de direito

cessária força retrooperante especificamente prevista na nova lei reestruturadora abrangendo ou definindo a perda de eficácia dessa coisa julgada. Por isso que é ela inconciliável, com o direito de reestruturação do Estado, que é discricionário e unilateral. Persiste a eficácia da coisa julgada, enquanto perdurar normativamente a mesma estrutura jurídico-funcional em cujas regras foi ela proferida; desaparece essa eficácia face a uma nova lei de estruturação geral dos serviços. Dois institutos de ordem pública como: a coisa julgada e a autoridade discricionária do Estado em matéria de estruturação de seus serviços, não se podem chocar, cruzar ou se destruírem mutuamente; ao revés, têm que se conformar um com o outro, respeitarem suas lindes de ação para que se mantenha íntegra a harmonia entre os Poderes do Estado e o princípio de autoridade de cada um deles.

OSWALDO GOULART PIRES
Juiz do Distrito Federal

constitucional, criasse uma nova normação legal da relação jurídica existente entre o funcionalismo e o Estado, operando de modo expresso retroativamente e declarando a abrogação da autoridade da coisa julgada. Esta conclusão se impõe porque se não ignora que no estado atual da doutrina e da legislação, a função pública resulta da lei, razão pela qual o vínculo jurídico existente entre o funcionário público e o poder público é de natureza estritamente legal, permitido, de acôrdo com as conveniências da administração estatal, a sua superveniente alteração. Como bem o diz GASTON JÈZE, os direitos e as vantagens que resultam para os funcionários de uma determinada regulamentação estão subordinados à persistência desta mesma regulamentação, não lhes sendo permitido em qualquer hipótese criar obstáculos ao direito da administração de proceder a uma reorganização dos serviços públicos, tanto assim que se essa regulamentação é criada por decretos ou leis, a organização da função pública somente poderá ser modificada por um decreto ou uma lei posterior do mesmo grau hierárquico ou superior (*Les Principes Généraux du Droit Administratif*, Paris, Ed. Marcel Giard, 1930, 3.^a ed., cap. V, sec. I, n. 2, pág. 761). No mesmo sentido é a lição de PAUL DUEZ et GUY DEBEYRE, segundo a qual a situação jurídica do funcionário não é particular nem contratual; ela deriva não de um acôrdo celebrado com a administração no momento da posse na função pública mas diretamente das leis e dos regulamentos que organizam essa mesma função, sendo portanto geral e impessoal. (*Traité de Droit Administratif*, Paris, Ed. Daloz, 1952, n. 878-III, pág. 644). Domina, pois, a matéria, o princípio da legalidade formal em virtude do qual a nomeação, a promoção, o sistema de vantagens e o regime disciplinar são escritos num ato-regra de categoria superior na hierarquia dêstes atos, por exemplo, na lei e não somente no regulamento, acrescentam PAUL DUEZ et GUY DEBEYRE para em seguida concluir que a situação jurídica é modificável a qualquer momento não tendo o funcionário nenhum direito adquirido à manutenção das condições com que foi beneficiado pelo ato-regra posterior (Obr. cit., n. 878-III, 2.^o, pág. 645; n. 879-I, pág. 646).

Mas a questão é que não se tratou, na espécie, de superveniência de uma lei de grau hierárquico igual ou superior destinada a regulamentar de outro modo o serviço público municipal; mas de um decreto executivo que frizou em não se subordinar à lei e que, ao invés de regulamentá-la, procurou sobrepôr-se à mesma legislação, para atingir a autoridade da coisa julgada e impedir a sua execução.

Por todos êsses fundamentos é que se impõe o desprovento da presente apelação.

Custas *ex-lege*.

Sala de Sessões da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 3 de novembro de 1955.

Guilherme Estelita, Presidente
Hugo Auler, Relator.

Romão Côrtes de Lacerda, com
a seguinte declaração de voto:

No acórdão da 1.^a Câmara Cível, fls. 13v. e segs., penso ter ficado demonstrado que os cargos dos exequentes, de Controladores da *renda mercantil* não têm, *por lei*, idênticas atribuições e responsabilidades às dos cargos de controladores da *renda imobiliária* ou da *renda de licenças*. A analogia única entre tais cargos resulta da denominação "Controlador"; mas a própria denominação diversifica: "Controlador da Renda Mercantil", de um lado, "Controlador da Renda de Licenças" ou "da Renda Imobiliária", de outro. No acórdão, estudei as atribuições e responsabilidades dos exequentes face à lei reguladora do impôsto sôbre rendas mercantis (Lei Dist. n. 687, de 29-12-51) e penso ter demonstrado que elas são diversas das dos controladores da renda imobiliária e da de licenças, o que me parece evidente ao mais superficial exame, dada a natureza dos tributos. As operações de lançamentos, arrecadação, escrituração, etc., dos três impostos divergem completamente; jamais se poderiam dizer *idênticas*.

Mas o acórdão da 1.^a Câmara, de que fui relator e em que o eminente Desembargador Coelho Branco proferiu brilhantíssimo voto, foi reformado em embargos; e é o julgado nos embargos que se trata de executar. As atribuições e responsabilidades de funcionários públicos resultam, sempre, de lei; os regulamentos, os decretos, as portarias, apenas *especificam, pormenorizam*, essas atribuições e responsabilidades; no caso, a especificação pelos atos executivos posteriores apenas veio evidenciar, tornar palpável, que as atribuições e responsabilidades inerentes nunca foram, por lei, idênticas às dos controladores da renda de licenças ou da imobiliária. O que o acórdão exequendo proclamou foi que, face à lei, havia a identidade alegada; pelo menos implicitamente foi o que fez, estabelecendo a igualdade de vencimentos, porque as atribuições e responsabilidades dos funcionários públicos resultam da lei. Se outro foi o pensamento dos eminentes prolores do acórdão exequendo, isto é, se tencionaram igualar os vencimentos apenas, *enquanto durasse a declarada identidade de atribuições, de fato*, foi o que não ficou expresso no acórdão. Daí não me parecer que a explicitação posterior das atribuições, *mostrando* a sua diversidade, possa influir na execução do acórdão. Essa explicitação veio, apenas, a meu ver, evidenciar a ausência de identidade de atribuições, que sempre existiu, como demonstrado no acórdão da 1.^a Câmara, e que só oportunamente poderia ter sido reconhecida.

Guilherme Estelita, vencido na questão preliminar relativa à falta de citação inicial para a execução, e no mérito, por êstes motivos: votei considerando nula *ab initio* a execução em obediência ao disposto no art. 165 do Cód. Proc. Cível. A execução contra a apelante foi iniciada sem que ela recebesse *citação* para dar execução ao julgado. Ao contrário, antes de qualquer ciência lhe ser levada, de que ia ser executado o julgado, foi dada pelo ofício de fls. 2 execução ao acórdão. Sendo tal citação imposta pela lei sob "pena de nulidade", devo pronunciá-la, arguida como foi pela prejudicada. Tanto mais quanto o C. P. C. outorga ao executado o direito de pedir a nulidade da execução quando esta se haja iniciado sem aquela citação. Veja-se o art. 1.010, inciso I, onde não se exige, para a decretação da nulidade, a prova do prejuízo efetivo do executado, porque tal prejuízo está pressuposto na violação da norma do art. 165.

No mérito, votei provendo, em parte, o recurso para limitar a execução do julgado até o dia 23 de outubro de 1954, data em que cessou a situação de fato e de direito em face à qual o acórdão exequendo reconheceu aos apelados direito à majoração de vencimentos, por eles reclamada na causa. Nem poderia agir de outro modo: quando o Judiciário decide tendo em vista uma certa situação, *que pode vir a mudar*, injurídico me parece será considerar imutável essa decisão mesmo depois que se altere a situação pela sentença considerada e definida. Se, por exemplo, o contribuinte obtém da justiça a declaração de não estar sujeito, dada a ausência de lei que o imponha, a um determinado tributo, nada impede surja amanhã essa lei, e depois dela ninguém poderá razoavelmente sustentar escape aquêle contribuinte, vitorioso na causa, ao império da lei nova, mercê da coisa julgada que ali obteve. Antes, deverá ser dito: a proteção judicial cessou com o advento da lei nova. Outra hipótese: a Administração nega a funcionários por ela designados para um certo serviço, vantagens pecuniárias cabíveis, por lei, a todos quantos aí trabalham; há decisão judicial assegurando aos reclamantes o direito à percepção dessas vantagens; jamais se poderá disso concluir constitua essa decisão um veto judicial ao direito do Governo de remover os funcionários vitoriosos daquele, para um outro serviço.

Certo, a coisa julgada não pode ser atingida nem mesmo por uma lei nova. Tal o preceito inscrito na Constituição, art. 141, § 3.º. Mas coisa muito diversa disso é considerar as modificações verificadas, não na lei regedora da situação definida pela sentença, mas nas próprias condições de fato e de direito integrantes da situação definida na sentença. Quando tais condições se modificam, tornando-a diferente daquela outra, anterior, definida na sentença, não há que falar em imutabilidade da coisa julgada e em atentado a esta. Sem se fazer essa distinção, o princípio, justo e verdadeiro, do respeito à coisa julgada, conduziria a resultados absurdos e injurídicos. Porque iria obstar ao vencido na decisão judicial o exercício de quaisquer direitos seus ao objeto do pleito, quando êle, a nada mais está obrigado que ao decidido na sentença, *em face das condições nela consideradas*. A coisa julgada se transformaria, dest'arte, num monstruoso instrumento de violação de direito, quando o seu fim é exatamente o oposto. Na espécie em exame ocorreu, a meu ver, uma modificação legítima na situação de fato e de direito, definida pelo acórdão exequendo. Até êsse momento, êle deve ser cumprido: depois disso, não. O art. 40 da Lei Orgânica do Distrito Federal, em que os apelados basearam sua ação (fls. 4) assegurava igual remuneração aos ocupantes de cargos e funções "de idênticas atribuições ou responsabilidades". Portanto, a Lei não considerou os *cargos* ou *funções* idênticas, mas sim as *atribuições* ou *responsabilidades* idênticas, embora os cargos ou funções não fossem idênticos. Por entender os autores como exercendo cargos de *atribuições* ou *responsabilidades idênticas* às de outros cargos, melhor remunerados, foi que a Justiça lhes reconheceu direito a perceberem êsses vencimentos melhores. Não foi, pois, em razão dos *cargos* ou *funções* por eles exercidas, mas sim, tendo em vista as *atribuições* ou *responsabilidades* dos cargos ou funções por eles exercidos.

Ora, essa situação que vinha desde a investidura dos apelados, e que teve da Justiça a apreciação feita no acórdão exequendo, modificou-se a 23

de outubro de 1954, *ex-vi* dos Decretos ns. 12.626, 12.627 e 12.628 (fls. 87, 88 e 88v.), segundo os quais os apelados deixaram de ter as atribuições e responsabilidades, em face das quais lhes haviam sido reconhecidos os vencimentos melhores. Conseqüentemente, àquela data, desapareceu a situação de fato e de direito considerada e definida no acórdão exequendo. Nem se pretenda não poderia a Administração operar tal modificação na situação dos apelados, já porque atentatória à coisa julgada que os protegia, já por excedente de seus poderes legais. A afastar o primeiro argumento bastará lembrar o aduzido quanto à inevitável cessação da autoridade da coisa julgada, desde que, após a sentença, mudem as condições de fato e de direito nela consideradas e definidas. Em atinência ao segundo, vale considerar: na petição inicial da causa invocam os autores, ora apelados, como origem legal de sua investidura, a Lei n. 281, de 4-12-1948. Nesse diploma, as *atribuições* ou *responsabilidades* dos cargos ou funções dos autores, ora apelados, *não se acham definidas, pois* a lei apenas *criou* os serviços onde êles trabalham (art. 4.º). Nas subseqüentes, onde são *organizados* os serviços aludidos, os cargos dos apelados aparecem determinados por dois únicos elementos: denominação (controladores) e vencimentos (Padrão L). Tudo mais, a Lei deixou ao poder regulamentar do Governo. Atribuição por êste exercida nos Decretos executivos ns. 10.139, de 11-1-1950 e 10.752, de 24-1-1952, diplomas êstes invocados, aliás, pelos autores, na inicial de sua demanda.

Ora, se tais decretos executivos serviram de base à justiça como lei definidora das atribuições ou responsabilidades dos cargos ocupados pelos autores — tanto que baseada na definição legal dêles emergente, é que ela reconheceu aos apelados o direito a vencimentos melhores — curial parece valham os decretos executivos de agora (1954) para definir, com igual força, as atribuições ou responsabilidades dos apelados. E se estas já não correspondem àquelas, em face das quais a Justiça lhes deu melhores vencimentos, devem êstes cessar a partir do dia em que houve a modificação aludida. Eis porque é, a meu ver, legítima, a mudança feita pela Administração na situação dos apelados, na data acima referida, daí, só até êsse momento considerar limitada a execução.

3.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL N.º 22.270

Os contratos de arrendamento de restaurantes balneares, com objetivos turísticos, não se enquadram na legislação do inquilinato. São contratos de direito público, cuja vigência depende, além

COMENTARIO

A par de defeitos formais do contrato de arrendamento de que cogita o acórdão, que o tornaram ineficaz, sustentaram-se teses interessantes no seu bôjo. A matéria de fato exaltada no acórdão é aquela que afirma ser

doutros requisitos, do registro de cláusulas aditivas pelo Tribunal de Contas.

Acorda a 3.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, nos autos da apelação cível n. 22.270, sendo apelante José Caetano de Lima e apelada Prefeitura do Distrito Federal, negar provimento ao recurso.

Trata-se de ação de reintegração de posse do restaurante-balneário da Praia Vermelha, denominado "Casablanca", intentada pela proprietária, e

o ocupante mero precarista por insubsistência da concorrência feita ao que lhe fez a transferência da ocupação. Acresce ainda que esse contrato não foi registrado pelo Tribunal de Contas. Evidentemente, essas circunstâncias de fato não serão objeto deste comentário, visto que dependem de prova, que certamente existe no processo e foi examinado.

O que, realmente, é interessante para nós, são as afirmações doutrinário-jurídicas do acórdão. A destinação do bem objeto do contrato e o fim deste indicam a sua natureza jurídica. Sendo a Administração Pública parte no contrato, também daí pode defluir a natureza jurídica deste.

Os contratos administrativos têm por objetivo a satisfação de um interesse público, cuja execução o Estado transfere a pessoa de direito privado. Prevalece, no entanto, o interesse coletivo, o fim de utilidade pública em razão do qual o Estado se reserva o direito de fiscalizar, regulamentar e interferir na execução do contrato. São sempre feitos em benefício geral e jamais em favor do interesse público. O contratante com o Estado é beneficiado apenas pelo fato de sua escolha para a exploração do serviço, cujas vantagens recolhe somente por atender à satisfação do interesse público.

Por isso é que as normas do contrato são ditadas pelo Estado, por ele é imposta a forma de admissão do outro contratante e submetido o contrato à exigência do registro.

Daí porque, ao lado dos contratos em geral existem os contratos administrativos. A distinção não é apenas de ordem didática, mas atende ao fato de que tais contratos têm regime próprio, estão sujeitos a normas de natureza diversa das do direito comum.

A literatura do direito público está cheia de doutrinas que acentuam a aplicabilidade das normas específicas do direito administrativo aos citados contratos.

Com muita precisão declarou o Supremo Tribunal Federal, em um de seus acórdãos:

O Estado, sem embargo de entrar em relação contratual com pessoa privada, não se despe, por isso, jamais, dos direitos e faculdades que constituem a sua própria qualidade de poder.

E, esta é a doutrina universalmente aceita na lição dos doutos (THEMISTOCLES CAVALCANTI, *Tratado Direito Administrativo*, Vol. II, 367).

"O Estado quando se obriga, equipara-se evidentemente aos particulares no que diz com o cumprimento das obrigações assumidas. Ele está

Prefeitura do Distrito Federal contra José Caetano de Lima, mero ocupante a título precário, pois não subsiste a concorrência feita com Savio Cotta de Almeida Gama nem tampouco a transferência feita ao réu, ora apelante.

Invocou o réu, na contestação, o amparo da vigente legislação do inquilinato.

A ação foi julgada procedente em termos lapidares. O contrato celebrado pelo Poder Público com particular, para a exploração de restaurante-balneário com o objetivo de incremento do turismo, é de direito administrativo, desde que se considere o fim do contrato. Submete-lo aos imperativos da Lei n. 1.300, de 1950, seria admitir que a locação visava apenas a renda. Ora, a exploração tem alto interesse público: a atuação turística.

obrigado a respeitar as cláusulas contratuais por motivos de ordem moral e de ordem econômica que não precisam ser salientados; mas ao assumir essas obrigações ficam subentendidas certas restrições de ordem pública, que não podem ser desconhecidas pelo particular que com ele contrata, inerentes à sua própria natureza, de pessoa de direito público cujos interesses confundem-se com os da coletividade.

Evidentemente que tais restrições limitam-se à esfera da conveniência ou oportunidade das medidas asseguradoras do interesse público" (OTTO MEYER, *apud* autor citado, op. cit. vol. II, pág. 364).

Diante desse largo esboço da natureza do contrato administrativo, parece-nos que dúvida alguma possa subsistir de que um próprio municipal, cuja destinação é e tem sido o incremento turístico citadino, que incumbe ao Estado incentivar e realizar, mas que pela natureza da atividade não pode nem deve ser explorado diretamente pelo Estado, e é entregue a um particular, será ele objeto de um contrato administrativo.

Acresce, sobretudo, que o sistema de concorrência pública, como modo de eleição do contratante privado é solução típica de direito administrativo. Forma específica de manifestação de vontade pré-contratual do contrato de direito público administrativo. Assume ainda a hipótese de uma tipicidade maior pela exigência do registro no Tribunal de Contas.

O Estado, por sua própria natureza, não tem, nem pode ter fins lucrativos com a exploração, mediante arrendamento, de imóveis que tenham essa finalidade precípua. Os próprios do Estado devem ter sempre uma finalidade de interesse público coletivo; mesmo quando aparentemente e eventualmente estejam desligados de fato, do fim de direito a que se destinam. A forma de contratar com o Estado é a concorrência pública; seu registro é de rigor; seu regime legal de execução é de direito público administrativo. A tolerância de eventuais administrações públicas em face de casos reais que não têm *substratum* jurídico ou legal, não desvirtua o princípio normativo das relações entre o Estado e particulares que ocupam ou exploram próprios do Estado, destinados a um fim de interesse coletivo. Coerente com essa boa doutrina é o acórdão e por isso só merece encômios.

OSWALDO GOULART PIRES
Juiz no Distrito Federal

Por outro lado, em contrato, na parte aditiva, faltou o necessário registro pelo Tribunal de Contas, o que lhe tirou qualquer eficácia.

Assim sendo, a condição do apelante é de possuidor a título precário, o que torna legítima a reintegratória intentada.

Não há como reformar a sentença, cujos termos assentou na rigorosa aplicação do direito.

Custas pelo apelante.

Distrito Federal, 4 de junho de 1954.

A. Saboia Lima, Presidente, sem voto. — Oscar Tenório, Relator. — Sady Cardoso Gusmão. — Aloísio Maria Teixeira.

2.^a Câmara Cível

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 1.062

Mandado de Segurança. Punição disciplinar administrativa a funcionário municipal. Descabimento do mandado.

Não é possível distinguir no funcionário público a qualidade de cidadão para admitir-se-lhe a liberdade de censura contumeliosa a atos de seus superiores hierárquicos.

O respeito que o funcionário deve a seus superiores, mesmo fora de suas funções, é uma imposição hierárquica universal. A quebra de tais princípios importa na incidência às penalidades administrativas instituídas por lei.

Ato disciplinar, emanado de autoridade competente e no qual se observou formalidade essencial, não enseja mandado de segurança.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Mandado de Segurança n. 1.062, em o qual é Requerente Agenor Barbosa Alegria sendo requerido o Prefeito do Distrito Federal.

COMENTÁRIO

A distinção entre cidadão e funcionário não pode nem deve ser aceita. Impossível admitir que o funcionário se atribua o direito de investir-se na condição escolhida a seu talante para fugir às responsabilidades de seu *status*. O servidor não pode invocar uma sutil e malavisada distinção entre as qualidades de cidadão e de funcionário, arrogando-se *ex proprio Marte* o poder de transmutação de sua personalidade funcional a teor de seu alvedrio, capricho e conveniência.

Se fôsse dado a cada pessoa fugir às responsabilidades de sua condição com somente declarar que não é nela e sim noutra qualidade que resolve por conta própria investir-se para escapar aos seus deveres, es-

Acordam, por unanimidade de votos, os Juizes da 2.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, indeferir, por incabível, a segurança impetrada, pagas as custas na forma da lei.

Assim decidem porque, com efeito, a punição administrativa imposta ao Requerente em consequência à falta grave cometida, como funcionário municipal, contra a Câmara Municipal, em telegrama acrimonioso dirigido a seu Presidente e demais Vereadores Municipais, não constitui ilegalidade ou abuso do poder de parte do Prefeito Municipal que o puniu, mas, ao contrário, encontra apoio legal em o disposto do art. 218, parágrafo único, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da Prefeitura do Distrito Federal.

Pretendeu o Requerente excusar-se da penalidade em aprêço alegando ter agido na qualidade de "cidadão" e não de "funcionário", como se possível fôsse essa subversiva distinção em ordem a admitir-se-lhe, sob aquela invo-

tariam em pleno reino do fregolismo, não havendo mais como identificar direitos e deveres de cada uma das categorias profissionais do corpo social.

O único fundamento dos *direitos especiais* conferidos pelo Estado aos Funcionários, como a estabilidade e as outras vantagens e conquistas que lhes garantem existência digna, é a contraprestação de *deveres especiais*, que os convertem em *cidadãos* com maiores vínculos para com o Estado, a cujo serviço se colocam, do que os dos simples cidadãos.

Não vem a pêlo neste simples comentário discutir a natureza das relações e vínculos entre o funcionário e os poderes do Estado. Caberia, apenas, lembrar que o nosso sistema e nossa tradição no assunto se filiam à concepção européia do serviço público como uma carreira, uma eleição de vida, um destino, ao invés do entendimento reinante, por exemplo, nos Estados Unidos, para cujo povo a burocracia governamental constitui uma empresa de trabalho como qualquer outra e não um sodalício, um corpo, de natureza peculiar, como entre nós e os outros países de regime estatutário, onde o funcionalismo tem estatuto próprio e possui qualificação profissional bem delineada.

Mesmo, porém, que se encare a relação do funcionário com o Estado, pelo prisma contratual, ainda aquêle estaria obrigado a cumprir o que no pacto fôsse clausulado. Ora, no capítulo dos deveres dos servidores municipais, entre as proibições estatuídas para êsses servidores, figura:

"Censurar pela imprensa ou *outro qualquer* meio as autoridades constituídas, ou criticar os atos da Administração, podendo, todavia, em trabalho devidamente assinado, apreciá-los, do ponto de vista doutrinário, com o fito de colaboração e cooperação".

Não caberia imaginar-se tal proibição como de caráter antidemocrático, inspirada na legislação e na doutrina fascista; tal preceito, longe de se apresentar como um reflexo de diretrizes ideológicas totalitárias, nada mais reproduz do que mandamento que, de uma forma ou de outra, é acolhido pela generalidade das legislações sobre serviço civil das mais reputadas democracias. Na verdade, é impossível conceber um serviço civil com o di-

cação, a liberdade de censura contumeliosa a atos de seus superiores hierárquicos.

O respeito que o funcionário deve a seus superiores, ainda mesmo fora de suas funções, é uma imposição hierárquica universalmente pacífica, de modo que a proibição de “*censurar pela imprensa ou outro qualquer meio as autoridades constituídas ou criticar os atos da administração*”, com a ressalva de poder apreciá-los em trabalho devidamente assinado, “do ponto de vista doutrinário, com o fito de colaboração ou cooperação”, inscrita em o aludido art. 218, parágrafo único, do Estatuto dos Funcionários Civis da Prefeitura do Distrito Federal, é uma proibição legítima.

O Requerente não apreciou nem um ato da Câmara Municipal, em trabalho doutrinário com o fito de colaboração ou cooperação, mas apenas a ela se dirigiu em telegrama vasado em termos altamente injuriosos — (Vd. trans-

reito de rebeldia desrespeitosa conferida aos funcionários, pois dificilmente subsistiria à indisciplina e ao caos.

Vale reproduzir a observação de MOSHER e KINGS LEY, fundados na lição do autorisadíssimo HERMAN FINNER:

“Como no caso dos códigos disciplinares europeus, dá-se a maior ênfase à eficiência, à *subordinação e imparcialidade*, como requisitos do serviço público. Sem esses traços, o valor de qualquer funcionalismo tornar-se-ia questionável e os mesmos se devem considerar finalidades precípua de qualquer sistema disciplinar” (“Public Personnel Administration”, pág. 338).

Não é menos incisiva a lição de outros mestres festejados do assunto, como ALFRED GEGAL e J. BRETHER DE LA GRESSAVE, reportando-se aos servidores públicos em suas relações:

“As relações entre os membros do funcionalismo e os poderes do Estado têm por base a autoridade e não a igualdade, como nas relações entre partes contratantes” (“Le Pouvoir Disciplinaire dans les Institutions Privées”, pág. 47, I).

O ensinamento de RUIZ Y GOMES nos seus conceituados “Princípios Generales de Derecho Administrativo”, focaliza com agudeza o caráter primacial do dever de obediência e encara como um dos reflexos desse dever a necessidade de o funcionário abster-se de criticar publicamente atos da administração.

“Fosse livre essa crítica — diz o Ministro OSCAR SARAIVA — e ter-se-iam solapado, em sua própria base, os postulados da disciplina e da hierarquia a que se subordinam as relações dos funcionários com a Administração, na qual se integram como seus membros atuantes (interpretação do art. 225, n.º 1, do E.F.P.C. da União in “Revista de Direito Administrativo”, págs. 310 e 311).

Pode o funcionário, dentro do âmbito da administração, formular com veemência construtiva pontos de vista destinados a corrigir erros, e

crição, item 5, inicial fls. 4) — a seus membros e, pois, com quebra daqueles deveres funcionais a que está adstrito de onde, pois, a legitimidade da pena que lhe foi imposta.

Ora, tratando-se, pois, na espécie, do ato disciplinar emanado de autoridade competente e praticado com observância de formalidade essencial, não cabe contra êle o presente mandado de segurança (art. 5.º, III, Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951), que por isso é denegado.

Distrito Federal, 11 de agosto de 1955.

Dr. Homero Pinho, Presidente e Relator. Omar Dutra. Vicente de Faria.

seu próprio estatuto lho faculta. Jamais, porém, investir de forma insultuosa e agressiva contra as instituições e os Poderes.

Estudando de modo profundo as limitações e sanções inerentes ao dever profissional, ROGER GREGOIRE, diretor da função pública no Conselho de Estado da democracia francesa, resumiu admiravelmente o problema nestes termos:

“A situação dos agentes do Estado, pelo menos de muitos dêles, no seio da nação, é tão particular que a simples observância de suas obrigações para com o conjunto dos cidadãos *supõe da parte deles sacrificios*. Mais precisamente, pode parecer indispensável, em nome daquelas obrigações, *restringir seus meios de luta profissional e mesmo as condições de exercício* de seus direitos políticos, sem todavia desconhecer que êles são salarizados, com o direito de defender seus interesses materiais; e cidadãos desfrutando plena capacidade cívica, segundo os países e as épocas, as restrições serão mais ou menos fortes; é questão de oportunidade; mas o princípio não pode ser contestado, *qualquer que seja o regime em causa*” (“La Fonction Publique” pág. 295).

Aliás, na mesma república francesa, tão ciosa sempre da liberdade de consciência e do direito de opinião, o Conselho de Estado tem reiteradamente decidido que

“a afirmação, pelos funcionários, de suas opiniões políticas, deve ser temperada na expressão; não somente êles não devem adotar termos injuriosos para com os superiores hierárquicos, como também, não se lhes pode admitir, sob pena de sanções, um ataque direto a qualquer autoridade do Estado” (Conselho de Estado, decisão de 11-1-1935, pág. 44).

Há que se defender os temas sadios da ordem, da disciplina e da colaboração construtiva, afastando a onda de anarquia nihilista que ameaça a organização do Estado moderno.

ANTONIO VIEIRA DE MELLO
Advogado da P.D.F.

4.^a Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL N.º 30.349

Efetuada o concurso, as nomeações devem obedecer à ordem de classificação. É ilegal a efetivação de interinos habilitados no concurso com preterição de candidatos de melhor classificação.

Visto, relatados e discutidos êstes autos de Apelação Cível n. 30.349, de que são apelantes: 1.º — o Juízo da 3.^a Vara da Fazenda Pública; 2.º — Isaura Alves da Silva e Hortência Antonon; 3.º — Prefeitura do Distrito Federal, sendo apelados os mesmos, acordam os Juizes da Quarta Câmara Cível

COMENTARIO

A decisão, unânime proferida pela E. 4.^a Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, está corretíssima. Além do mais, é bem oportuna, principalmente para a Prefeitura do Distrito Federal que, até pouco tempo, vinha realizando numerosos concursos, nos quais, várias vezes, surgiu o mesmo problema. Basta que sejam mencionados os concursos já homologados para as carreiras de Almoxarife, Arquivista, Bibliotecário-Auxiliar, Estatístico-Auxiliar, Mecânico de Veículo de Automóvel, Motorista, Oficial-Administrativo, etc., nos quais não puderam ser nomeados todos os candidatos aprovados na ordem rigorosa de classificação, uma vez que os interinos aprovados, quaisquer que fossem suas classificações, foram mantidos na mesma situação de interino, embora preenchendo as vagas que, realmente, eram destinadas ao aproveitamento de candidatos com melhor classificação.

Esta questão, aliás, já tem sido focalizada em outros Acórdãos de nossos tribunais, sendo oportuno fazermos referência ao que foi proferido pela E. 7.^a Câmara Cível, na Apelação Cível 29.111 (vide Rev. de Dir. da Procuradoria n.º 2 — pág. 275). Como foi salientado, no comentário feito àquela respeitável decisão, “a questão principal da controvérsia consiste em indagar se o funcionário interino, pelo simples fato de obter habilitação no concurso que se realiza para o provimento efetivo do cargo que desempenha, tem direito a êsse provimento efetivo, independentemente da classificação obtida, preferindo, em qualquer hipótese, a outros concorrentes não interinos.

Convém, neste ensejo, dar os antecedentes do presente caso:

O Estatuto Municipal, do mesmo modo que o antigo Estatuto Federal (Decreto-lei n.º 1.713, de 28-10-39), na primitiva redação do § 6.º do seu art. 17, estabelecia o seguinte:

“Homologado o resultado do concurso, serão exonerados os interinos inabilitados.” — (§ 4.º do art. 21).

Em face dessa redação defeituosa, foi levantada, primeiramente na órbita federal, e muito mais tarde, na esfera municipal, a seguinte controvérsia:

do Tribunal de Justiça em negar provimento a todos os recursos, unânime-mente.

Isaura Alves da Silva e Hortência Antonon propõem ação ordinária contra a Prefeitura, alegando que as autoras, preenchendo as condições da Instrução n. 6, de 27 de outubro de 1950, submeteram-se a concurso de provas e títulos para provimento em cargos da classe inicial da carreira de escriturário; homologado o concurso, entre os 719 habilitados, as autoras conseguiram respectivamente o 416.º e 495.º lugares na classificação final, sendo-lhes passado, então, o competente certificado de habilitação cuja validade terminará em 7 de fevereiro de 1954; que vieram as primeiras nomeações, tendo sido contemplados 179 candidatos dos aprovados e cerca de um mês depois seis outros habilitados foram aproveitados; que, entretanto, posteriormente, foi divulgado nova lista de mais 187 nomeações que, somadas as anteriores, dão um total de 372 candidatos beneficiados, sem que, já então, fôsse observada a or-

se aquêlê preceito só prevê a exoneração, após a homologação de cada concurso, dos interinos inabilitados, conclui-se que os interinos aprovados não poderão ser exonerados, chegando, mesmo, na Prefeitura, certa autoridade a adotar o critério, agora anulado pelo presente Acórdão, da efetivação do interino aprovado, qualquer que fôsse a classificação obtida no concurso. É o que se depreende da leitura de parecer proferido, a respeito do assunto, em 1952, e que foi transcrito na imprensa na época (vide “Diário Carioca” de 4-3-52):

“Esta Secretaria, já na fase da atual administração, teve oportunidade de estudar o assunto e emitir parecer a respeito, concluindo pela flagrante ilegalidade da exoneração de interinos habilitados em concurso, ex-vi do disposto no artigo 21, parágrafo 4.º do Estatuto do Funcionário. A solução estaria, não na exoneração do interino, mas na efetivação do mesmo, qualquer que fôsse a classificação obtida no concurso, o que poderia ser feito mediante apostila declaratória no título de nomeação interina, de habilitação no concurso”.

No citado parecer, todavia, foi salientado que do ponto de vista da seleção, é errado e injusto que se mantenham ou efetivem interinos com prejuízos de candidatos mais bem classificados, “mas isso só poderá ser conseguido com a modificação da legislação vigente que dispõe de forma diversa”, tal como aconteceu com o vigente Estatuto Federal que, em seu art. 17, § 9.º, adotou a redação que o Decreto-lei n.º 6.558, de 5-6-44 veio a dar àquêlê primitivo § 6.º, e com a qual foi possível extinguir a dúvida na órbita federal.

O curioso de tudo isso é que o aludido parecer, na ocasião, não foi, em todos os seus termos, aceito pelo Prefeito, quando da homologação do concurso de Escrivão, o que não impediu, mais tarde, a efetivação de todos os interinos habilitados, conforme nos dá conhecimento o presente Acórdão.

dem da classificação, porquanto as nomeações abrangeram candidatos classificados desde o 512.º a 717.º lugares, com preterição das autoras, que estão colocadas no 416.º e 495.º lugares na ordem de classificação; que tal fato viola o art. 186 da Constituição Federal que contém implícita a norma expressa no art. 13 da lei 1.711 de 28 de outubro de 1952, Estatuto dos Funcionários Públicos da União; "a nomeação obedecerá à ordem de classificação dos candidatos habilitados em concursos"; que assim pedem a condenação da Prefeitura a nomear as autoras para o cargo da classe inicial da carreira de escriturário a contar de 19 de fevereiro de 1953, data em que foram preteridas, pagando-lhes os vencimentos desde então, e os que venceram até final da causa, juros, custas e honorários de advogado.

Contestando, alegou a ré não ter obedecido à ordem de classificação no concurso, porque teve de regularizar a situação dos interinos habilitados; que,

O despacho do ex-Prefeito João Carlos Vital, proferido no processo n.º 1.007.116-52 (D.O., II, 26-4-52, pág. 3.624), era do seguinte teor:

"Proceda-se de acôrdo com a letra "b" do item 41, mantidos os atos anteriores que divirjam do critério adotado".

A proposta contida no item 41 era a seguinte:

"Solicito, outrossim, a Vossa Excelência que se digne de decidir, caso haja por bem discordar do critério proposto no item anterior:

b) — se deverão ser mantidos como interinos até que haja vaga para nomeação na ordem de classificação".

Essa orientação que, somente, em alguns casos, inclusive o dos Escriturários, veio a ser alterada com a efetivação dos interinos habilitados (vide acórdão em causa), permanece, ainda em plena vigência na Prefeitura. Por ela o interino aprovado, não podendo ser exonerado em falta de dispositivo expresso, terá de ser mantido, ocupando a vaga, mas na mesma situação de interino.

Ao passarmos, pròpriamente, à defesa da conclusão contida no presente Acórdão, cumpre salientar que a exigência constitucional de prévio concurso para o primeiro ingresso em cargo de carreira e outros que a lei venha determinar, tem sua razão de ser, pois, é preciso que se entenda, sempre, o concurso em sua alta finalidade social.

A par de servir de instrumento de igualdade, possibilitando acesso igual a todos os cidadãos sem distinção de classe, sexo, côr ou raça, o concurso tem, também, por objetivo primordial selecionar o melhor servidor para ser admitido, entre a massa dos candidatos que se apresentam.

Ademais, deve ser acentuado que as administrações só têm a lucrar com a medida, já que o concurso torna bem difícil, senão impossível, o ingresso por meio do protecionismo político, abolindo-se, assim, a admissão de

nos termos do art. 21, § 4.º do Decreto n. 3.770, de 1941 (Estatuto dos Funcionários Municipais), "homologado o resultado do concurso, serão exonerados os interinos inabilitados"; que assim pareceu à ré que, efetuado o concurso, deveriam ser desde logo efetivados todos os interinos que houvessem sido classificados, pouco importando a ordem de classificação.

A sentença apelada julgou procedente a ação apenas para reconhecer às autoras o direito de serem nomeadas, de conformidade com a classificação que obtiveram, a partir da data em que deveriam ter sido nomeadas de acôrdo com as vagas existentes nas folhas 50.

O que posto:

É patente o equívoco da Prefeitura quando procura coonestar a nomeação preferencial dos interinos, invocando o art. 21, § 4.º do Estatuto, segundo o

peças sem credenciais morais e intelectuais. Desde logo, portanto, somos levados a concluir que a noção de que se procura, através do concurso, obter o servidor mais apto, repele a adoção de qualquer privilégio em favor do interino, a não ser que a lei, expressamente, autorize o benefício.

De outra parte, cabe assinalar que se a Constituição ordena a realização de concursos para o provimento de certos cargos públicos e as administrações se dispõem a realizá-los, é evidente, que o aproveitamento dos habilitados deverá ser feito na ordem rigorosa de classificação. Admitir a possibilidade de outro critério, sob o fundamento de que a legislação é omissa, para o provimento, após a realização dos concursos, dos cargos vagos, é burlar o espírito que presidiu a instituição da seleção competitiva e, verdadeiramente, eliminar o sistema do mérito.

Essa norma, hoje vitoriosa, é a que se acha inserta no art. 13 do atual Estatuto Federal (Lei 1.711, de 28-10-52) e segundo a qual "a nomeação obedecerá a ordem de classificação dos candidatos habilitados em concurso".

Além do mais, vale consignar que, para nós, não há a alegada omissão da lei, — táboa de que se socorrem os protetores dos interinos; isto porque, uma lei não é interpretada examinando-se um único de seus dispositivos, mas ao contrário, todos os preceitos de uma lei devem ser interpretados em conjunto.

Não há em nosso Estatuto Municipal vigente um único dispositivo estabelecendo qualquer exceção àquela regra geral em favor do interino, mas ao contrário, do exame de tôdas as disposições pertinentes à espécie, vamos verificar que o interino tem de ser tratado em pé de igualdade com todos os demais candidatos de um concurso.

De outro lado, é necessário que se compreenda que um concurso se constitui de várias fases, que se sucedem umas às outras, a saber:

1) — a fase inicial da publicação das instruções e do edital de chamamento dos interessados;

2) — a fase das inscrições dos candidatos, sôbre a qual o Estatuto Municipal determina, expressamente, a inscrição ex-offício dos interinos (§ 1.º do art. 21);

qual “homologado o resultado do concurso, serão exonerados os interinos inabilitados”.

Significa isso que a simples inabilitação no concurso obriga à imediata exoneração do interino, antes mesmo de provido qualquer cargo vago.

Em nada porém, isso, evidentemente, altera a situação do interino, que, como o nome indica, ocupa o cargo, enquanto não é este preenchido com a nomeação ou a volta ao exercício do seu titular.

Quando a Constituição Federal determina que a primeira investidura em cargo de carreira se efetue mediante concurso, tem em vista que nas nomeações, se respeite a ordem de classificação, segundo as normas fixadas para o concurso. Não se justifica que somente pelo fato de estar eventualmente ocupando interinamente o cargo, o candidato classificado num dos últimos lugares seja efetivado com preterição de todos os candidatos que tenham obtido melhor classificação.

3) — a fase da realização das provas até a homologação do concurso, a respeito da qual o Estatuto prevê a exoneração imediata dos interinos inabilitados (§ 4.º do mesmo artigo);

4) — a fase final, relativa a nomeação dos candidatos aprovados no concurso, *nas vagas existentes*, na carreira ou no cargo, o que, todavia, depende do arbítrio da administração, que é o juiz exclusivo de sua oportunidade.

Assim, ao ser inscrito “ex-offício”, o interino que, por definição legal, ocupa “cargo vago, isolado ou de classe inicial de carreira, quando não houver candidato que satisfaça as condições para nomeação efetiva ou estágio probatório” (item IV do art. 15 do Estatuto Municipal), passa a ser, apenas, um candidato como outro qualquer, sem outros privilégios, senão aqueles que constarem, expressamente, da instrução de concurso ou do edital de abertura das respectivas inscrições.

O interino fará as provas como todos os demais candidatos inscritos e, se aprovado, aguardará a oportunidade das nomeações que, ao mesmo tempo que serão lavradas na ordem rigorosa de classificação, cancelam automaticamente as nomeações anteriores de todos os interinos da carreira.

Daí, parece-nos que o fato do Estatuto prever, apenas, a exoneração do interino inabilitado, não permite que se defenda a tese de que deverá o interino aprovado ser mantido como interino, ou mesmo, por maior absurdo, ser efetivado. O Estatuto teve em vista remediar a situação, quase sempre existente, da administração homologar um concurso e, somente muito tempo depois vir a fazer a nomeação dos aprovados. Havendo um espaço longo entre a homologação do concurso e a nomeação dos aprovados, chocaria, então, que fôsse mantido, por tanto tempo, aquele que publicamente já deu demonstração de não estar à altura de ocupar o cargo que vinha exercendo em caráter interino.

De resto, a nomeação interina, como já se disse, perde, verdadeiramente, sua expressão, e deve ser tida como automaticamente cancelada, ao

Illegal foi assim a nomeação dos interinos a que alude a inicial a fls. 3 e sua nomeação não pode prejudicar o direito das autoras a serem aproveitadas no devido momento quando a sua colocação na lista dos habilitados corresponda ao das vagas a preencher em virtude do concurso em que foram habilitadas.

É o que muito bem ordenou a sentença, que também repeliu a pretensão das autoras de obter uma nomeação imediata preterindo por turno o direito dos outros candidatos com classificação superior à delas.

Rio, 28 de dezembro de 1954.

Estácio Corrêa de Sá e Benevides, Presidente.
Francisco Pereira de Bulhões Carvalho, Relator.
Roberto Medeiros.

serem expedidos os atos de nomeação, na ordem de classificação, dos candidatos aprovados em um concurso, eis que existindo candidato aprovado em concurso, não pode existir interino, muito embora tenha sido aprovado no mesmo concurso.

E, se ao serem feitas as nomeações dos candidatos aprovados em concurso, automaticamente perderam as validades os atos das nomeações anteriores dos interinos que se mantiveram após a homologação de um concurso, conclui-se que, não podem eles se manter como interinos, porque iriam ocupar, temporariamente, contra o texto expresso no inciso IV do art. 15 do Estatuto Municipal, vagas destinadas aos candidatos habilitados, e, ademais, não poderão ser efetivados, fora da ordem de classificação, porque, então, iriam ocupar definitivamente essas mesmas vagas.

Finalmente, e para concluir devemos resumir nossa idéia a respeito do assunto:

a) — o interino, depois de sua inscrição ex-offício, é um candidato como outro qualquer, não gozando, na legislação, de privilégio algum;

b) — a administração pode, a qualquer tempo e sem qualquer motivação, exonerar o interino, mesmo inscrito em concurso, sem que essa exoneração, é claro, implique no cancelamento de sua inscrição já feita, ficando, é certo, obrigada a tornar a nomeá-lo caso obtenha aprovação em concurso;

c) — realizado o concurso, obriga a lei a exoneração, no mesmo ato da homologação do mesmo, do interino inabilitado não cogitando do interino aprovado;

d) — as nomeações, quando vierem a ser lavradas, serão feitas na ordem rigorosa de classificação, para todas as vagas, ocupadas ou não por interinos, os quais, se existentes, cederão seus lugares aos aprovados no concurso, sendo desnecessária a exoneração de tais interinos, eis que não é possível existir vaga ocupada interinamente, enquanto houver candidato aprovado em concurso.

LUIZ MONTEIRO SALGADO LIMA
Advogado da P.D.F.

4.^a Câmara Cível

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 5.919

Cabe pedido de segurança diretamente contra autoridade subordinada ao Prefeito, quando tenha agido por delegação dêste, indeferindo apostilas. — Cabe mandado de segurança contra ato de qualquer autoridade, sem dever ser aguardada sua confirmação por outra colocada acima dela na escala hierárquica. — Sômente a incerteza do fato controvertido é que torna inaplicável o pedido de mandado de segurança, e não o defeito da redação das leis, visto como o direito se presume certo e conhecido. — Não em nosso direito o veto presumido, mas ao contrário, a regra tradicional é a de sanção presumida pelo silêncio do chefe do executivo no decurso do decênio para apreciação dos projetos de lei. — A ambiguidade na redação dum dispositivo legal é solvida pela indagação do sentido decorrente do estudo lógico e sistemático da lei. — Não cabe ao judiciário a correção das leis, mas a sua aplicação, sem embargo da má orientação adotada pelo legislador.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Agravo de Petição número 5.919, de que são agravantes Emilia d'Anniballe Jannibelli e outros e é agravada a Prefeitura do Distrito Federal, acórdão os Juizes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça em negar provimento ao recurso, desprezadas as preliminares, sendo que o Des. Benevides considerou prejudicada a relativa aos efeitos da revogação da lei 761 pela lei 768, decisão unânime.

Emilia d'Anniballe Janibelli, e outras, técnicos de Educação Musical e Artística da Prefeitura do Distrito Federal impetram mandado de segurança contra a Prefeitura, na pessoa do Sr. Diretor do Serviço de Aperfeiçoamento do Departamento do Pessoal, alegando que os requerentes têm por função orientar a educação musical e artística da Prefeitura, em estabelecimentos de qualquer grau de ensino; que, pela lei n. 761, de 22 de dezembro de 1952, foram estabelecidos aumentos quinquenais para todos os cargos de magistério de segundo grau da Prefeitura, inclusive portanto para os Técnicos de Educação Musical e Artística que auferem vencimentos e vantagens idênticos, no padrão "O"; que, entretanto, o Diretor do Serviço de Aperfeiçoamento do Departamento do Pessoal indeferiu a pretensão dos requerentes em ver apostila dos seus títulos de nomeação e aposentadoria relativamente aos aumentos quinquenais que lhes haviam sido concedidos pela lei 761; que o referido Diretor, a princípio, pretendeu ser inconstitucional essa lei, e, mais tarde, que a mesma, no seu parágrafo segundo do art. 2.º, que aproveita aos requerentes, fôra revogada pelo art. 13 da lei 769 de 16 de fevereiro de 1952, ferindo assim o direito adquirido dos requerentes, que assim pedem seja ordenado à autoridade coatora efetue a apostila dos aumentos quinquenais nos seus títulos e efetue o pagamento devido a partir da promulgação da lei 769, de 22 de dezembro de 1952, além de juros de mora a partir da mesma data, custas, e honorários de advogado na base de 20% do total da condenação.

Pelo Diretor do Departamento do Pessoal da Prefeitura foram prestadas informações, em que alega, preliminarmente, que a segurança foi requerida contra autoridade incompetente, de vez que, na hipótese, sômente o Prefeito do Distrito Federal poderia conceder os quinquenais reclamados, porquanto as gratificações de magistério são outorgadas mediante decreto executivo; que destarte, se concedido o remédio judicial, ficará êle, data vênua, sem objeto, eis que o diretor de um Departamento não poderia praticar ato que, legalmente, é da competência do Chefe do Executivo Municipal; que o informante tem delegação do Prefeito apenas para denegar requerimentos, e não para conceder; que os autores não esgotaram a esfera administrativa, antes de recorrer ao Poder Judiciário, infringindo o disposto no art. 206 do Estatuto dos Funcionários Públicos da Prefeitura (decreto-lei n. 3.770, de 28 de outubro de 1941); que o § 2.º do art. 2.º da Lei 761, a que se apegam os autores, tornando-lhes aplicável o disposto no § 1.º do art. 4 da lei 567 de 12 de janeiro de 1951 apenas teve em vista firmar o princípio de que o reajustamento dos proventos da inatividade deve ser feito nas bases estabelecidas para os funcionários de igual categoria, em atividade.

Contestando, alega a Prefeitura que a má redação do § 2.º do art. 2.º da Lei 761 torna controvertível sua interpretação, o que seria de molde de afastar de plano o cabimento da decisão em simples mandado de segurança; que a Lei 761 é inconstitucional porque, apesar de haver alterado categoria de funcionários e o sistema de sua remuneração, não partiu de iniciativa do prefeito; que também é inconstitucional, porque seu projeto não foi sancionado nem vetado pelo Prefeito, e o silêncio do Chefe do Executivo Municipal não está expressamente conceituado como aquiescência, porque nenhuma disposição legal diz que o mesmo importa sanção; que, se constitucional, a lei 761 no seu art. 2.º § 2.º só teria trazido benefícios aos servidores que menciona, quando aposentados.

Juntaram os requerentes numerosas fôlhas do *Diário Oficial* para demonstrar que o Prefeito tem mandado executar numerosas sentenças dos Juizes da Quarta e da Primeira Vara da Fazenda Pública, em que foi ordenado à autoridade ora apontada como coatora procedesse a pagamento de quinquênios (fls. 97).

A sentença agravada negou a segurança, por entender que a referência do art. 2.º § 2.º da Lei 761 ao art. 4, § 1.º da Lei 567 visou apenas firmar o princípio de que os funcionários aposentados deveriam ser equiparados aos da ativa (fls. 105).

O que posto:

a) Preliminares.

Pretende a Prefeitura que o Diretor do Departamento do Pessoal teria delegação do Prefeito apenas para indeferir as apostilas dando direito ao recebimento de quinquênios; porém não para as conceder.

Entretanto, além de haver, nessa distinção, uma sutileza inadmissível, é desmentida pelas publicações de fls. 99 a 108, das quais resulta que o Prefeito tem sempre considerado regulares e normais as seguranças dadas por

juizes da primeira instancia de varas de fazenda contra o referido Diretor, em casos analogos ao dos autos.

Tambem não colhe a invocação do art. 206 do Estatuto dos Funcionários Municipais que só permitiria ao funcionário o recurso ao Poder judiciário depois de esgotados todos os recursos da esfera administrativa.

O art. 141, § 24 da Constituição Federal é expresso ao conceder mandado de segurança para proteger direito liquido e certo "seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder".

Permite assim a Constituição o uso de Mandado de Segurança contra qualquer autoridade, sem aguardar sua confirmação por outro colocada acima dela na escala hierárquica e evitando se prolongue assim injusta e indefinidamente uma situação arbitrária.

Da mesma forma não afasta o cabimento do mandado de segurança a simples circunstância de se ter de aplicar um dispositivo legal mal redigido e cuja interpretação dê lugar a controvérsia.

O direito sempre se presume certo e conhecido, sem embargo dos defeitos da redação das leis.

Somente não caberia mandado de segurança se a matéria de fato invocada pelo impetrante fosse suscetível de controvérsia.

Tambem não é exato que a Lei 761 de 22 de dezembro de 1952 seja inconstitucional por ter sido promulgada pelo Presidente da Câmara dos Vereadores, sem veto ou sanção do Prefeito.

Não há em nossas leis o chamado veto presumido. Ao contrário, o princípio tradicional em nosso direito é o acolhido no art. 70, § 2.º da Constituição Federal: "decorrido o decênio, o silêncio do Presidente da República importará sanção".

Esse princípio tem sido sempre acolhido na prática no Distrito Federal e seu desconhecimento importaria em anular a ação do poder legislativo local, já que o Prefeito poderia eximir-se facilmente à ação corretora do Senado em relação aos seus vetos pelo simples expediente de não vetar nem sancionar os projetos que não lhe agradassem.

Além disso, no caso do art. 2.º, § 2.º da Lei 761, o próprio Prefeito admitiu sua regularidade quando sancionou a Lei 769 de 16 de fevereiro de 1953, cujo art. 13 revogou aqueles dispositivos da Lei 761.

Só se revoga dispositivo de lei precedente que se entenda e proclame como realmente existente e regular.

Tambem não importa em inconstitucionalidade da Lei 761 o fato de não ter partido de iniciativa do Prefeito pela simples razão de que este, não o tendo vetado, sancionou-o tácitamente, e essa sanção tácita importou em sanar qualquer irregularidade que pudesse ter ocorrido na apresentação e encaminhamento do projeto.

Por último, não importa que o § 2.º do art. 2.º da Lei 761 de 22 de dezembro de 1952 tenha sido revogada pelo art. 13 da Lei 769 de 16 de fevereiro de 1953, art. 13.

Essa revogação, que importa no reconhecimento da validade e eficácia da lei anterior, enquanto não revogada, não pode prejudicar os direitos adquiridos durante a vigência da primeira lei, como seria o caso dos autores.

b) Mérito.

Determinava o art. 2.º e seus parágrafos da Lei 761 de 22 de dezembro de 1952:

"Art. 2 — Ficam restabelecidos, para os cargos de magistério de 2.º grau da Prefeitura — Professor Catedrático de Curso Normal, Professor de Curso Normal, Professor de Curso Secundário, Professor de Ensino Secundário (Ginásio), Professor de Ensino Técnico (Curso Básico e Curso Técnico), Professor de Arte e Professor de Educação Física, Professor de Curso Técnico, Professor de Curso de Continuação e Aperfeiçoamento — Quadros Permanente, Suplementar e Suplementar Especial — os aumentos quinquenais correspondentes a 20% (vinte por cento) sobre os respectivos vencimentos.

§ 1.º — A concessão dos aumentos quinquenais obedecerá aos preceitos da legislação em vigor.

§ 2.º — Fica extensivo aos membros do magistério de qualquer grau e especialidade (inclusive professores e Técnicos de Educação Musical e Artística e demais técnicos de educação), bem como aos Diretores de Escola Primária da Municipalidade, o disposto no parágrafo 1.º do art. 4.º da Lei 567, de 12 de janeiro de 1951".

A Lei 567 de 12 de janeiro de 1951, por seu turno, determinou, no seu art. 4.º, § 1.º:

"Art. 4.º — Os atuais cargos e funções de médicos do Quadro Permanente e no Quadro Suplementar da Prefeitura do Distrito Federal, efetivos, interinos e extranumerários acaso existentes, bem assim do Montepio, serão transferidos em cargos isolados, padrão "O", e funções isoladas, referência XXXI, a cuja remuneração base serão acrescidos e incorporados para todos os efeitos, 20% (vinte por cento), — de cinco em cinco anos até o quinto quinquênio, contados da data em que seus ocupantes iniciaram o exercício da atividade de médico como servidor, sem prejuízo de vantagens outras.

§ 1.º — Os *aposentados* em carreiras ou funções de médicos de qualquer especialização, *terão os seus proventos reajustados* nas bases estabelecidas pelo presente artigo".

Duas são as maneiras de interpretar a referência feita pelo art. 2.º, § 2.º da Lei 761 do art. 4.º, § 1.º da Lei 567:

a) Segundo o ponto de vista dos autores a lei 761 visou estender aos membros do magistério de qualquer grau e especialidade os mesmos favores assegurados pelo art. 4.º, § 1.º da Lei 567 aos médicos aposentados, isto é, reajuste de seus proventos nas bases estabelecidas para os médicos em atividade (padrão "O" e direito a quinquênios).

b) Segundo a Prefeitura, o art. 2.º, § 2.º da Lei 761 nada mais visou do que tornar extensivo aos membros do magistério de qualquer grau, quando aposentados, o mesmo princípio que a lei 567 no seu art. 4.º, § 1.º proclamara quanto aos médicos, isto é que, ao serem aposentados, tais funcionários teriam seus vencimentos reajustados nas mesmas bases estabelecida a favor dos que estivessem em exercício.

Criticando a primeira dessas opiniões, diz a Prefeitura que, fazendo o art. 2.º, § 2.º da Lei 761 expressa remissão ao § 1.º do art. 4.º da Lei 567, e referindo-se esse § 1.º do art. 4.º da Lei 567 apenas aos médicos aposentados,

não poderia aproveitar aos autores que são todos funcionários efetivos em atividade; que também a reclassificação de todos os cargos do magistério em qualquer grau no padrão "O" com aumentos quinquenais de 20% teria a abolição, no magistério da Prefeitura, de toda hierarquia funcional, de vez que todos os seus membros passariam a perceber a mesma remuneração possibilitando mesmo que professores de curso primário passassem a perceber remuneração maior que a dos seus superiores que são os diretores de escolas e os técnicos de educação (fls. 65).

Os autores criticam a opinião da Prefeitura alegando que a intenção do legislador, ao promulgar a Lei 761 não poderia ser a de assegurar a equiparação dos funcionários aposentados aos em exercício, porquanto a mesma já fôra assegurada pela Magna Carta de 1946 e referendada pelo Prefeito pelas Leis 156 de 23 de outubro de 1948, 659 de 17 de novembro de 1951 e 708 de 4 de julho de 1952.

Relembrem ainda os agravantes a situação especial de algumas autoras, que, tendo sido professoras de arte foram promovidas a técnicas de educação musical e artística (fls. 54 e 55). Ora, o professor de arte foi incluído expressamente no art. 2 da Lei 761 entre os que teriam direito a quinquênios, ao passo que o técnico de educação musical e artístico foi apontado no § 2.º do mesmo art. 2.º da Lei 761 como gozando os favores do § 1.º do art. 4.º da Lei 567. Em tal caso, se se entendesse que esses favores não incluíram o relativo a quinquênios, as referidas autoras, ao serem promovidas de professoras de arte e técnicas de educação musical e artística perderiam aquêl direito que anteriormente lhes era assegurado numa função inferior.

Todos os argumentos de que lançam mão a Prefeitura e os autores são da maior monta e requerem o mais cuidadoso exame.

Dos mesmos resulta, desde logo, a melancólica verificação de que o legislador municipal, ao redigir o art. 2.º, § 2.º da Lei 761, fê-lo com indiscutível ambigüidade, oriunda não de simples equívoco, mas de verdadeira negligência e imperícia.

Tal ambigüidade, entretanto, não impede ao intérprete de encontrar o verdadeiro sentido do texto legal, pelo estudo lógico e sistemático da lei, segundo as normas tradicionais da hermenêutica.

Ora, examinando-se o texto do art. 2.º da Lei 761 no ponto de vista lógico, vemos que, na sua primeira parte, o art. 2.º alude unicamente aos cargos de magistério de 2.º grau da Prefeitura, que especifica, para lhes conferir direito a quinquênios. Em seguida, no § 2.º dêsse mesmo art. 2.º, a lei *estende* aos membros do magistério de qualquer grau o disposto no § 1.º do art. 4.º da Lei 567.

Referindo-se aos membros de magistério "de qualquer grau", o § 2.º inclui, assim, também os membros do magistério do 2.º grau, de que tratara, com exclusividade, na parte precedente.

Ora, ao declarar *extensivo* aos membros do magistério do 2.º grau, bem como aos de qualquer outro grau, uma determinação contida numa outra lei (§ 1.º do art. 4.º da Lei 567), está claro que o legislador não poderia ter em vista a simples concessão de quinquênios, de que já cogitara na parte inicial do artigo. Nem tampouco dar o padrão "O" a quem já o possuía. Nem poderia

estar na cogitação do legislador igualar pura e simplesmente todos os membros do magistério quanto a padrão "O" e quinquênios, porquanto para tal lhe bastaria declarar tal equiparação no próprio § 2.º do art. 2.º da Lei 761, sem a necessidade de fazer, para essa finalidade, uma extravagante referência a uma outra lei referente à classe dos médicos.

E ainda mais incompreensível ainda seria tal alusão a uma outra lei se tivermos em vista que o § 1.º do art. 4.º indicado pelo legislador trata apenas dos médicos já *aposentados*.

O legislador, para fazer uma equiparação dos membros de magistério de qualquer grau com os médicos em geral não iria indicar um dispositivo restrito apenas aos médicos aposentados.

Tôda essa dificuldade de interpretação, entretanto, desaparece se entendermos que o legislador pretendeu apenas *estender* aos membros do magistério de qualquer grau, inclusive portanto aos de 2.º grau, quando aposentados, a mesma regra que o § 1.º do art. 4.º da Lei 567 mandara aplicar aos médicos: os professores aposentados teriam seus proventos reajustados nas mesmas bases fixadas em relação aos em exercício.

Não pode servir de objeção a isso a circunstância de haverem outras leis anteriores, Leis 156 de 23 de outubro de 1948, 659 de 17 de novembro de 1951 e 708 de 4 de julho de 1952, proclamado o mesmo princípio.

A simples multiplicidade dessas outras leis mostra que a Prefeitura entendia necessário reiterar o preceito em cada nova oportunidade que se apresentasse.

E uma nova demonstração dêsse propósito ocorrera precisamente no caso dos médicos, em relação aos quais a Lei 567 de 12 de janeiro de 1951 ordenou que os aposentados tivessem seus proventos reajustados nas mesmas bases fixadas para os médicos em exercício.

Se a reafirmação dêsse princípio era desnecessária em relação aos professores, na Lei 761 de 22 de dezembro de 1952, também já o havia sido quanto aos médicos, na Lei 567 de 12 de janeiro de 1951.

Enquanto, portanto, o pensamento do legislador se revela coordenado e fluente na interpretação do art. 2.º, § 2.º da Lei 761, propugnada pela Prefeitura, torna-se incongruente e caótico em face a defendida pelos autores.

Com efeito, se o legislador tinha em vista conceder aos membros de magistério de qualquer grau as mesmas regalias de padrão "O" e quinquênios concedidos aos de magistério de 2.º grau, nenhuma razão lógica haveria para apelar para uma outra lei, a fim de determinar essa equiparação.

E se se pretendia dar aos professores de qualquer grau os proventos concedidos por outra lei aos médicos, não iria indicar um dispositivo que somente alude a médicos aposentados.

E se, apesar de todos os princípios do bom senso, se pretende admitir que o legislador efetivamente quis mandar aplicar aos professores os proventos concedidos aos médicos aposentados, no § 1.º do art. 4.º da Lei 567, o texto expresso dêsse § 1.º conduziria a só ser dado êsse reajuste de vencimentos aos professores aposentados, visto como o mesmo somente alude a "aposentados".

Ora, é de tôda a evidência que o legislador não iria conceder a professores aposentados vantagens que êle próprio, na parte inicial do art. 2.º da lei 761 sòmente havia reservado aos membros do magistério de 2.º grau.

Isso conduziria ao absurdo de atribuir aos membros de magistério que não fôssem de 2.º grau, quando aposentados, vantagens inexplicavelmente negadas aos mesmos, enquanto em exercício.

Sob todos os pontos de vista, portanto, inadmissível é a opinião sustentada pelos autores, por mais simpática que se nos afigure a causa de professores, nobilíssima classe, sempre tão mal remunerada e à qual todos nós devemos a nossa formação intelectual e moral.

Resta um outro ponto assinalado pelos agravantes: duas autoras, que, precedentemente, exerciam o cargo de professoras de arte teriam sido promovidas ao de técnico de educação musical e artística (fls. 54 e 55).

Ora, como o professor de arte foi expressamente incluído na enumeração do art. 2.º da Lei 761 entre os com direito a quinqüênio, e os técnicos de educação musical e artística foram relegados também taxativamente ao § 2.º do mesmo art. 2.º, sem o direito a quinqüênios, daí resultaria a conclusão disparatada de que, com sua promoção, as referidas autoras teriam piorado sua situação funcional, perdendo o direito a quinqüênios.

Efetivamente êsse fato altamente lamentável e incongruente ocorreu, visto como, talvez por inadvertência, quando não por negligência ou imperícia do legislador, os técnicos de educação musical e artística da Prefeitura não foram incluídos na enumeração do art. 2.º supra citado, mas ao contrário dêle expressamente excluídos, para serem emparelhados aos membros de magistério de qualquer grau, inclusive diretores de escola primária, no § 2.º dêsse artigo 2.º.

Há aí um fato que requer imediata corrigenda por parte do legislador.

Ao poder judiciário, entretanto, é que não cabe a reparação dessa má orientação ou imperícia do legislador.

Pedem os autores a aplicação, em seu benefício, dos princípios de equidade e isonomia (fls. 8), mas é claro que ao judiciário cabe a aplicação do texto legal e não sua correção por equidade, mormente em mandado de segurança.

Talvez em ação ordinária, os apelantes possam provar sua situação de fato, se a tiverem, de professores de 2.º grau da Prefeitura que, como tais, deveriam ser classificados no art. 2.º, parte inicial da Lei 761.

É questão nova, dependente de indagação e provas, inclusive parecer de peritos, tudo sem cabimento em pedido de segurança para proteger direito líquido e certo.

Custas pelos Recorrentes.

Rio, 7 de junho de 1955.

Estácio Corrêa de Sá e Benevides, Presidente.
Francisco de Bulhões Carvalho, Relator.
Alberto Mourão Russel.

4.ª Câmara Cível

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 5.950

I — Art. 2.º, § 2.º da Lei Municipal n. 761, de 22 de dezembro de 1952. Sua revogação. Direito adquirido, art. 6.º da Lei de Int. ao Cód. Civil e art. 141, § 2.º da Constituição Federal. Direito consumado.

II — Inconstitucionalidade da Lei n.º 761. Lei Orgânica do D. Federal. Situação peculiar dêste. Art. 26 da Constituição. Conflito de leis. A Lei n. 761 é constitucional. Pronunciamento dos Tribunais a respeito. Sanção tácita. A regra tradicional em nosso direito é a sanção presumida, no silêncio do Executivo, e não o veto presumido. Constituição de 1891 (art. 37, § 2.º), de 1934 (art. 45, § 1.º) e de 1946 (art. 70, § 2.º). Omissão da Lei Orgânica do Distrito Federal no caso de ausência de veto ou sanção no decêndio legal. Art. 14, § 5.º daquela Lei. Promulgação pelo Presidente da Câmara dos Vereadores. Analogia. Art. 4.º da Lei de Introdução. A aceitação da tese do veto presumido importaria em admitir que o Prefeito poderá furtar os seus vetos à apreciação do Senado Federal. Falta de iniciativa do Prefeito. Com a sanção tácita sanado ficou o vício de origem. Lei n. 769, de 1953. Revogação do § 2.º do art. 2.º da Lei n. 761. Arguição de inconstitucionalidade. Art. 200 da Constituição, art. 40, II, do Cód. de Org. Jud. e art. 1.º do Ato Regi-mental n. 14.

III — O § 2.º do art. 2.º da Lei n. 761 não se refere apenas aos professores do 2.º grau.

IV — Recursos administrativos. Não é obrigado o funcionário público a esgotar, na via administrativa, os recursos cabíveis antes de requerer mandado de segurança. Art. 141, § 24, da Constituição. Lei n. 1.533, de 1951, art. 1.º.

V — A pretensão das impetrantes. Querem elas coisa diversa do favor assegurado pelo dispositivo que invocam. O que visou o legislador foi assegurar aos professores aposentados os mesmos proventos e vantagens atribuídos aos em atividade da mesma categoria. Ambiguidade do preceito legal. Inadmissibilidade, todavia, da interpretação que lhe dão as impetrantes.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Agravo de Petição n. 5.950, em que são agravantes Zulmira Gonçalves Dantas e outras, e agravada a Prefeitura do Distrito Federal.

COMENTÁRIO

Trata-se de julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, referentemente à pretensão dos Técnicos de Educação Musical e Artística e dos Diretores de Escolas Primárias e de Estabelecimentos de

Acordam os Juizes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por votação unânime, em negar provimento ao recurso, pelos fundamentos que se seguem.

Trata-se, na espécie, de mandado de segurança impetrado contra ato do Sr. Secretário Geral de Administração da Prefeitura do D. Federal, que indeferiu a pretensão das impetrantes de, com base no art. 2.º, § 2.º da Lei Municipal n. 761, de 22-12-52, terem apostilados os seus títulos de nomeação, para o fim de perceberem aumentos quinquêniais, à razão de 20% por quinquênio. As impetrantes são diretoras de Escolas primárias e de Estabelecimentos de ensino da Prefeitura — 14 da ativa e 5 jubiladas.

A Prefeitura, como veremos a seguir, invocou contra a pretensão das ora agravantes, várias razões, deduzidas em sua contestação de fls. 81-98 e nas informações prestadas.

A sentença de fls. 102-106 negou a segurança. Entendeu o seu prolator que o § 2.º do art. 2.º da lei invocada fôra revogado e que as impetrantes não tinham direito adquirido e, sim, simples expectativa de direito.

Agravaram, então, as impetrantes a fls. 109-122.

A agravada ofereceu a contra-minuta de fls. 125-134.

A decisão recorrida foi mantida a fls. 136.

A Procuradoria Geral emitiu o parecer de fls. 139-144, pelo não provimento do recurso, abordando, apenas, o aspecto da inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 761, citada.

Em primeiro lugar, assinalaremos o equívoco da sentença quanto à tese do direito adquirido, assunto que foi, aliás, muito bem ventilado na minuta de agravo. Na verdade, se algum direito, por ventura, o citado § 2.º do art. 2.º da Lei Municipal n. 761 criou para as impetrantes, claro é que estas, por certo, o adquiriram, eis que tal direito já se achava, inequivocamente, incorporado ao seu patrimônio, quando veio a lei revogadora. Tratava-se, assim, de uma situação definitivamente constituída, que não poderia ser atingida pela lei nova, salvo se esta consignasse disposição expressa em contrário, consoante o mandamento do art. 6.º da Lei de Introdução ao Cód. Civil. Por outro lado,

Ensino da Prefeitura, de obterem, através de mandado de segurança, aumentos de vinte por cento, de cinco em cinco anos, sobre os seus vencimentos, em conformidade com as prescrições da Lei n.º 761-52, art. 2.º, § 2.º, combinada com a Lei n.º 567-51, art. 4.º e respectivo parágrafo.

Em ambos os casos foi arguida pela Fazenda, como preliminar, a inconstitucionalidade da Lei 761, tese essa repelida pelo Judiciário, até mesmo em grau de recurso pelo egrégio Supremo Tribunal Federal.

Ocupam as interessadas, nos quadros da administração do Distrito Federal, os cargos de Técnico de Educação Musical e Artístico, e de Diretor de Escolas Primárias e de Estabelecimentos de Ensino, percebendo os vencimentos do padrão "O".

Visaram elas, com a segurança, alcançar a percepção de benefícios a que se julgavam com direito e que lhes teriam sido assegurados pelos dispositivos daquelas leis.

não se deve perder de vista o que dispunha o art. 3.º, § 1.º da Introdução ao Cód. Civil, no tocante à conceituação do direito adquirido. "Consideram-se adquiridos, assim, os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aquêles cujo comêço de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem." O respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada constitui, como não se ignora mandamento constitucional (art. 141, § 3.º da Carta de 1946), embora não se deva esquecer que a Carta Constitucional outorgada à nação em 1937 retirava ao direito adquirido a sua feição constitucional, circunstância perfeitamente explicável, dado que ela iria constituir a base em que assentaria um regime de força. Clovis Bevilacqua, comentando o já citado art. 5.º da Introdução ao Cód. Civil ressalta que "o respeito aos direitos adquiridos é uma necessidade imposta pelo instinto de conservação da sociedade, que não teria organização estável, nem base para o seu natural desenvolvimento, se a ordem jurídica e os direitos, que ela assegura, se dissolvessem com as sucessivas reformas da legislação" (Cód. Civ. Com. 1.º vol., pág. 99). Ora, no caso dos autos, se o já mencionado § 2.º do art. 2.º da Lei n. 761 tivesse criado para as impetrantes o direito que elas se arrogam e pretenderem que fôsse reconhecido pela autoridade impetrada, é indubitável que teriam elas um direito adquirido, que cumpria ser acatado, e isso porque as duas condições necessárias para o seu exercício existiam, sem sombra de dúvida, ou seja, o direito se tinha originado de um fato jurídico, de acôrdo com a lei do tempo, em que se formou ou produziu e já teria entrado para o patrimônio das mesmas. Em consequência, o indeferimento da segurança não se poderia arrimar no fato de inexistir direito adquirido, como fêz a sentença, mas, como adiante ficará evidenciado, no fato de não terem as impetrantes adquirido o direito que pleiteiam. Por fim, o que parece certo é que o Dr. Juiz *a quo* confundiu direito adquirido, direito que pode ser exercido, com direito consumado, direito já exercitado. Os direitos por ventura adquiridos na vigência do § 2.º do art. 2.º da Lei n. 761, não poderão ser prejudicados pela revogação desse dispositivo pela Lei n. 769, de 1953.

Os argumentos, no entanto, não convenceram acêrca do direito postulado. Ao contrário, deixaram em evidência que foram invocados favores constantes de preceito legal já expressamente revogado.

De fato, a Lei 761 foi expressamente revogada, pouco depois de promulgada pela nova Lei n.º 769, art. 13. Essa revogação teve por fundamento a existência de texto legal dispondo sobre o mesmo assunto equiparação do pessoal em inatividade àquele em exercício — matéria que já se achava inserta em outra lei anterior, a de n.º 708-52.

Evidentemente a precariedade do direito das postulantes almejando a percepção de vantagens que, em hipótese alguma lhes poderiam ter sido reconhecidas, quer na via administrativa, quer na judicial, onde somente expuseram argumentos inaceitáveis, e patentearam que se batiam com apoio em preceito legal que, se não houvera sido revogado, em nada se aplicaria ao caso concreto.

Feita essa rápida apreciação em torno ao fundamento básico da sentença, passamos, a seguir, à análise dos argumentos invocados pela autoridade coatora ao contestar o pedido, dentre os quais avulta e cumpre de logo ser apreciada e decidida a arguição de inconstitucionalidade da Lei n. 767. Antes disso, porém, vejamos o que dispõe o § 2.º do art. 2.º dessa lei, que é vazado nos seguintes termos:

“Fica extensivo aos membros do magistério de qualquer grau e especialidade (inclusive professores e técnicos de educação musical e artística e demais técnicos de educação), bem como aos diretores de estabelecimentos de ensino e diretores de escola primária da Municipalidade, o disposto no § 1.º do art. 4.º da Lei número 567, de 12-1-51”.

Esse § 1.º do art. 4.º, por sua vez, assim reza:

“Os aposentados em carreiras ou funções de médicos de qualquer especialização terão os seus proventos reajustados nas bases estabelecidas pelo presente artigo”.

Sustenta a impetrada que a Lei n. 761 é inconstitucional, porque não foi de iniciativa do Poder Executivo, como o exige a Lei Orgânica do Distrito Federal. De início, a respeito, é de se salientar que essa lei não emana de um Poder Constituinte, que o Distrito Federal não tem autonomia plena, gozando de situação peculiar, definida pelo art. 26 da Constituição Federal, e sendo a sua organização administrativa, como a judiciária, regulada por lei federal, consoante o art. 25 da mesma Constituição. E foi em obediência a esse último preceito constitucional que o Congresso Nacional votou a vigente Lei Orgânica do Distrito Federal (Lei n. 217, de 15 de janeiro de 1948), em cujo art. 14, § 1.º se estabeleceu “competir exclusivamente ao Prefeito a iniciativa das leis

De fato, ainda que se tivesse concluído pela constitucionalidade da Lei 761, a verdade é que os servidores, cujos cargos foram mencionados no art. 2.º, § 2.º, daquele diploma legal não poderiam em hipótese alguma reivindicar as vantagens nele consubstanciadas! Isto porque aquêle dispositivo legal, fazendo remissão ao disposto no art. 4.º, § 1.º, da Lei 567, teve em mira conceder os benefícios do padrão “O” aos servidores mencionados, *mas quando aposentados*. Tal a verdadeira interpretação que se colhe do mencionado diploma, ao conferir, aos servidores nele apontados, ao mesmos favores assegurados por lei aos médicos aposentados (art. 4.º, § 1.º, da Lei 567).

Se outro intuito tivesse tido o legislador, se não fôra esse o seu objetivo, certamente teria recorrido a outras expressões. Nunca teria se utilizado de remissões imprecisas, passíveis de interpretações duvidosas, que, a rigor, somente poderiam conduzir o intérprete à convicção de que a finalidade da

que ampliem, reduzam ou criem emprêgos em serviços, alterem as categorias do funcionalismo, os seus vencimentos e o sistema de remuneração”. Nem mesmo o Poder Legislativo, a Câmara dos Vereadores, da Capital da República, apesar de eleita pelo povo, é soberana, pois que sofre suas leis, quando vetadas, o controle do Senado Federal, que é o competente para aprovar ou rejeitar os vetos do Prefeito (pará. 4.º do art. 14 citado). Em consequência, a rigor, *data venia* dos que entendem em contrário a questão, colocada nos seus devidos termos, não seria de inconstitucionalidade da Lei n. 761, mas de conflito entre essa lei e a Lei Federal n. 217 a Lei Orgânica, porquanto só formalmente esta poderá ser considerada uma Constituição. Todavia, não se insiste nesse ponto que só de passagem é abordado, tendo-se em vista que já existem vários pronunciamentos dos nossos Tribunais, inclusive do E. Pretório Excelso e desta E. Quarta Câmara Cível, em lapidar e notável Acórdão de que foi relator o ilustre Des. Bulhões Carvalho, entendendo e demonstrando a perfeita constitucionalidade da mencionada Lei Municipal n. 761. Destarte, essa questão, agora somente poderá ter ainda algum sabor e interesse no domínio da doutrina, se é que ainda existe alguém que ponha em dúvida a constitucionalidade dessa lei, que o Prefeito não vetando, ensejou que fôsse, dado o seu silêncio, a sua inércia, a sua atitude de Pilatos, realmente condenável, em matéria de tão alta relevância, promulgada pelo Presidente da Câmara Municipal. O E. Supremo Tribunal Federal, no Agravo de Instrumento n. 16.823, interposto pela Agravada, de decisão desta Câmara, que manteve, em Acórdão de 29 de julho de 1954, decidiu que a Lei n. 761 foi tácitamente sancionada e que era dispensável a remessa dos autos ao Tribunal Pleno, quando manifestamente constitucional a lei ou ato impugnado. Realmente, isso é que se afigura acertado, porquanto da omissão do Poder Executivo municipal, sancionando ou vetando a lei, o que se há de concluir é, não o veto presumido, mas, por analogia, a sanção tácita. Aliás assim já entendeu e decidiu não só esta E. Câmara, no Agravo de Petição n. 5.919, como igualmente a E. Segunda Câmara Cível, no Agravo de Petição n. 5.161, de que foi relator o douto Des. Homero de Pinho, em Acórdão de 9-12-54 (*in* “D. da Justiça”, de 25-8-55 — Ap. ao n. 194). E nem poderia deixar de prevalecer esse entendimento, porque, como já, com tôda a

lei fôra conferir remuneração própria a determinados servidores, *quando aposentados*.

Essa, a ilação que tira através de exegese teleológica do dispositivo legal em aprêço. O legislador, grupando em parágrafo distinto, para efeito da concessão de vantagens, determinados servidores, teve em mira — com a redação do art. 2.º, § 2.º, da Lei 761 — premiar-lhes com maiores benefícios, ao fim do currículo funcional, assegurando-lhes aposentadoria condigna.

Poder-se-ia objetar que semelhante interpretação seria extravagante, porquanto não se justificaria que uma lei houvesse sido promulgada com o objetivo de conferir a servidores aposentados vantagens superiores às que são asseguradas aos seus colegas em exercício, titulares dos mesmos cargos. O argumento não impressiona, se se levar em conta o intuito sadio do legislador, e bem assim os precedentes, já existentes na esfera federal.

propriedade, destacou o eminente Des. Bulhões Carvalho, relator do Ag. de Pet. n. 5.919, acima indicado, a regra tradicional no nosso direito não é o veto presumido, mas, ao contrário, a sanção presumida pelo silêncio do chefe do executivo no decurso do decêndio para apreciação dos projetos de lei. E essa regra tradicional, ademais, se encontra consagrada em nossa Constituição de 1946, em seu art. 70, § 2.º, como, aliás, já se achava na Carta Política de 1891 (§ 2.º do art. 37) e na Constituição de 1934 (art. 45, § 1.º). Em tôdas elas se lê que o silêncio do Presidente da República, no decêndio, importa a sanção. Não se pode negar que a Lei Orgânica do Distrito Federal é omissa no que tange à promulgação da lei pelo Presidente da Câmara dos Vereadores, no caso de decorrido o decêndio estabelecido pelo § 3.º do seu art. 4.º, sem que o Prefeito veto ou sancione o Projeto. Essa omissão, de fato existe, mas dela não se há de concluir que o Prefeito o tenha vetado e, sim, dentro daquela regra tradicional em nosso direito constitucional, que êle tácitamente o sancionou. E não só por isso se impõe essa conclusão. Há, ainda, dois outros relevantes motivos a ditarem essa orientação. O primeiro dêles é que, se é certo que houve a omissão da lei para a hipótese acima assinalada, ela não houve, entretanto, para a hipótese em que o veto do Prefeito é rejeitado pelo Senado Federal, e aquêle não promulga a lei dentro de dez dias, contados da data em que recebe a comunicação do Senado. Nessa hipótese, o § 5.º do art. 14 da Lei Orgânica é expresso, ao estatuir que competirá ao Presidente da Câmara dos Vereadores promulgá-la. Ora, por analogia, aplicando-se a regra do art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, teremos que adotar, na hipótese anterior, o remédio indicado nessa última hipótese, dada a identidade e equivalência de situações. O outro motivo relevante, em favor dessa solução, foi posto em foco, com muita agudeza, pelo culto Des. Bulhões Carvalho, no acórdão de sua lavra no Agravo de Petição n. 5.919, e se resume em que o desconhecimento da regra de que o silêncio do Poder Executivo importará na sanção do projeto e, ao invés, a aceitação da tese da ocorrência, em tal caso, do veto tácito ou presumido, importaria em criar para o Prefeito Municipal uma situação excepcional, em virtude da qual êle teria encontrado um meio de furtar os seus

Por outro lado, analisando as expressões gramaticais da lei, com o seu conteúdo lógico, ver-se-á o intérprete compelido à seguinte conclusão: quis o legislador, com o dispositivo em aprêço (Lei 761, art. 2.º, § 2.º), tão somente conceder melhores proventos a determinados servidores, *quando de sua aposentadoria*. Quis conferir aos membros do magistério, de qualquer grau e especialidade, *quando aposentados*, os mesmos proventos deferidos em lei anterior *aos médicos aposentados*.

A essa conclusão havia chegado a Procuradoria Geral, ao responder consulta, para efeito de cumprimento da Lei 761, se renovido o vício da inconstitucionalidade.

A admitir-se outro entendimento, ter-se-ia como vigente critério injusto de remuneração, em que professoras do 1.º grau sobrelevariam em vantagens às do 2.º. E mais: ter-se-ia negado até mesmo o relevante e básico princípio da hierarquia no âmbito da administração local, com a ado-

votos à apreciação do Senado Federal. Isso — diz o Des. Bulhões Carvalho — “importaria em cumular a ação do poder legislativo local, já que o Prefeito poderia eximir-se facilmente à ação corretora do Senado em relação aos seus vetos pelo simples expediente de não vetar nem sancionar os projetos que não lhe agradassem”.

Evidenciada, desta maneira, abundantemente, a ocorrência da sanção tácita da Lei n. 761, carece de importância o outro argumento em que se ampara a arguição de inconstitucionalidade dessa lei, ou seja o de que ela seria inconstitucional, por ter lhe faltado a imprescindível iniciativa do Poder Executivo. Com a sanção tácita se materializou a concordância do executivo, foi sanado o vício de origem do projeto, que se transformou em lei devidamente purificado. Vale recordar, pela sua pertinência, que o E. Supremo T. Federal, no Rec. Ext. n. 20.700, em que se discutia a constitucionalidade das Leis Federais ns. 403, de 24-9-48, e 1.095, de 13-5-50, sustentou, com a sua autoridade, essa doutrina.

Tudo o que ficou dito referentemente à constitucionalidade da lei municipal em foco, no entanto, era, inteiramente desnecessário, por isso que foi o próprio Poder Executivo do Distrito Federal quem reconheceu a perfeita regularidade dessa lei, a sua legitimidade, e a sua vigência, quando, sancionado a Lei n. 769, de 16-2-953, revogou, pelo seu art. 13, o dispositivo do § 2.º do art. 2.º da Lei n. 761. Se o revogou, é claro que o fez porque o dispositivo existia e vigorava. Não se revoga lei inexistente. Rejeita-se, pelo exposto, a preliminar de inconstitucionalidade da Lei n. 761, aduzindo-se, a propósito, que o simples fato de ser argüida a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato do Poder Público, não importa em que seja compulsoriamente admitida e que deva ser submetida à apreciação do Tribunal Pleno, que, na conformidade da regra do art. 200 da Constituição da República, só poderá decretar a inconstitucionalidade pelo voto da maioria absoluta de seus membros. Antes de mais nada, não se deve perder de vista o caso concreto a ser deslindado no julgamento e a relação existente entre êle e a lei ou o ato argüido de inconstitucional. Se nenhuma relação existe, se a lei não se aplica ao caso concreto, ou, ainda se êste poderá ser resolvido por outro fundamento, não deve ser enfrentada a

ção de critério remuneratório verdadeiramente subversivo, em decorrência do qual seriam conferidas maiores vantagens a professoras em plano hierárquico inferior, dentro do próprio quadro do magistério.

Embora vencida a preliminar, aludida, em hipótese alguma teria sido possível a decretação da procedência daqueles pleitos judiciais. É que, as interessadas se basearam, como se disse em dispositivo legal revogado, em lei que não mais existia, de vez que a sua vigência como norma, cessara, para todos os efeitos, a partir da promulgação da Lei 769. E a revogação do dispositivo em causa, se fundou em motivos condizentes com os altos interesses da administração, e mais de perto, com a própria organização do magistério local. É que, interpretações confusas, ambíguas da Lei 761, verdadeiramente nefastas ao erário, de logo surgiram, deixando sobressaltado o próprio legislador, que jamais tivera o intuito de subverter, como se pretendia, o princípio fundamental da hierarquia nos serviços públicos.

questão da inconstitucionalidade. É essa a orientação geralmente adotada e à qual, não faz muito, em hipótese precisamente idêntica à presente, em tela também a referida Lei n. 761, se referia o eminente Des. Bulhões Carvalho, como relator do Agravo de Petição n. 4.311, *in verbis*: “Entretanto assim não acontece, em virtude do princípio geralmente aceito de que somente se enfrenta a questão da inconstitucionalidade duma lei, depois que se tenha claramente reconhecida a sua aplicabilidade ao caso concreto e a impossibilidade de decidir a causa por outro fundamento”. Por outro lado, dispõe o Cód. de Org. Jud. do Distrito Federal, em seu art. 40, II, e o reproduz o Ato Regimental n. 14 d’este Tribunal, em seu art. 1.º, que “a arguição de inconstitucionalidade somente será admitida, quando a maioria dos juizes a considerar, além de relevante, indispensável e serôdia mesmo seria a admissão de tal arguição, dado que ainda mui recentemente, o Egrégio Tribunal Pleno em arguição de Inconstitucionalidade, encaminhada pela E. Sétima Câmara Cível, se não nos enganamos, reconheceu e proclamou a constitucionalidade da questionada Lei n. 761, o que importa na consagração da tese esposada por esta Câmara no Agravo de Petição n. 4.311, já citado, e sólida e brilhantemente defendida pelo Des. Bulhões Carvalho.

Antes de passar ao exame do mérito, apreciemos as outras preliminares argüidas pela agravada, em sua contra-minuta, e nas informações prestadas.

A alegação de que as impetrantes não são professoras de 2.º grau e de ser este o primeiro mandado de segurança impetrado por diretores de estabelecimentos de ensino debatendo a aplicação da mencionada Lei n. 761, é manifestamente despida de procedência, porquanto, conforme se constata do texto do invocado § 2.º do art. 2.º desse diploma legal, é êle bem claro e explícito quando declara que fica extensivo o disposto no § 1.º do art. 4.º da Lei n. 567, de 1951 aos membros do magistério *de qualquer grau e especialidade*, bem como aos *diretores de escola primária* da Municipalidade. Destarte, o favor legal aí referido não teria sido concedido apenas aos professores de 2.º grau, como pretende a Prefeitura. O que cumpre é não confundir o preceito contido no § 2.º com o texto do art. 2.º. Neste, sim, o legislador se referiu expressamente aos Professores do Magistério do 2.º grau da Prefeitura, indicando-os

É bom notar, a mais, que quando ocorreu a revogação do já citado art. 2.º, § 2.º da dita Lei 761, os pretensos direitos das interessadas não se haviam corporificado. É, por isso, a Fazenda, sem perda de tempo, argüiu em Juízo a inconstitucionalidade e a inaplicabilidade da lei, convencida de sua procedência. Entre a data da vigência da Lei 761 e a data da vigência da Lei 769, que a revogou parcialmente, nenhum direito adquiriram as interessadas, não havendo o dispositivo revogado chegado a surtir, em benefício delas, qualquer efeito de ordem patrimonial. E tanto era assim que nem mesmo se abalçaram a afirmar que o dispositivo legal revogado lhes havia assegurado situação jurídica definitivamente constituída. Não esteve em discussão, nos pleitos, qualquer ofensa a direito adquirido, pois, em verdade, as impetrantes não se haviam tornado titulares de qualquer direito. A lei anterior não chegara a produzir efeitos patrimoniais, não tendo trazido, em

pela sua especialização, ao estabelecer os aumentos quinquenais correspondentes a 20% sobre os respectivos vencimentos. No § 2.º, no entanto, em que o favor liberalizado era outro que não os aumentos quinquenais, como adiante demonstraremos, com apoio na lógica e no bom senso, o benefício era, então, estendido a todos os membros do magistério, sem distinção, de qualquer que fôsse o grau. Por isso, o que aí se dá, na realidade, cabe a todos os professores da Prefeitura. O que resta indagar, porém, e este é o ponto fundamental da questão — é se as agravantes estão pleiteando precisamente, o benefício que lhes é assegurado pelo § 2.º do art. 2.º, ou se estão querendo coisa diversa, embora busquem amparo nesse dispositivo legal. A resposta a essa indagação será dada a seu tempo, isto é, quando entrarmos no mérito. Quanto ao fato de ser este o primeiro mandado de segurança impetrado por diretores de estabelecimentos de ensino com pertinência à Lei n. 761, isso apenas poderá provar ou que outros tiveram o seu direito reconhecido, ou que se não animam a pleiteá-lo, ou, ainda, que se não julgam com o direito que reclamam as impetrantes.

Relativamente à alegação de que as impetrantes recorreram ao Poder Judiciário, sem que antes tivessem esgotado os recursos administrativos, contrariando, assim, o disposto no art. 204 do Estatuto dos Funcionários Públicos da Prefeitura (Dec-lei n. 3.770, de 28-10-41), de que inexistente ato omissivo ou comissivo do Secretário Geral da Administração, que não tem competência para conceder quinquênios, uma vez que o competente para isso é o Prefeito, e que, assim, descabe o mandado de segurança, cabe ponderar o seguinte, a fim de evidenciar o despropósito de tais assertivas. Em primeiro lugar, não é exato que estivessem as impetrantes obrigadas a esgotar, na vida administrativa, os recursos cabíveis para só depois recorrer ao Judiciário. A redação do art. 141, § 24 da Constituição Federal, em que se concede o mandado de segurança, para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus”, “seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder” não tolera essa restrição advogada pela Prefeitura. Desde que existe o direito líquido e certo e se materialize a ilegalidade ou o abuso de poder, o mandado é cabível. Se assim não fôsse, se assim não se entendesse, resultaria, muitas vezes, inútil a garantia constitucional, pela demora e impecilhos criados pela máquina burocrática ao andamento dos recursos administrativos. Sobre o funcionário público

conseqüência, a corporificação de direitos. Todos os que se disseram beneficiados por ela, não chegaram a adquirir direitos. Indiscutível que a lei revocatória — de efeito imediato e geral (art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil) não atingiu, em absoluto, qualquer situação jurídica definitivamente constituída.

A título de esclarecimento pode-se, ainda, informar que houve outra decisão também favorável, no mérito, à Fazenda. A proferida pela 6.ª Câmara Cível, no agravo de petição n.º 6.092 (conclusão do acórdão — D.J. de 14-4-56), interposto na ação ordinária movida por Ilzêa de Andrade Corréa e outros, Professoras de Ensino Primário da Prefeitura.

JÓLIO DE SALLES
Advogado da P.D.F.

abater-se-ia, então, inexorável, implacável, o arbítrio da administração, que o prenderia inerte nas complicadas peças e malhas do seu aparelhamento. Destarte, ferido em seu direito, poderá êle, de logo, recorrer ao Judiciário para impetrar a segurança. Isso, aliás, está em plena consonância com o que dispõe a Lei n. 1.533, de 31-12-51, cujo art. 1.º concede o mandado de segurança contra violação ou justo receio de violação “por parte de autoridade, seja de que categoria fôr e sejam quais forem as funções que exerça”. Em segundo lugar, o que se infere dos autos é que, apesar da incompetência que se alega, o Secretário Geral de Administração indeferiu a pretensão das impetrantes, fazendo-o no uso de delegação do Prefeito. Cabe, conseqüentemente, diretamente contra essa autoridade mandado de segurança. Nesse sentido já decidiu essa Câmara, ao julgar o Agravo de Petição n. 5.919.

Entramos, agora, no exame do mérito. É chegado, pois, o momento de darmos solução à indagação a que atrás aludimos. Pleiteiam as impetrantes o benefício que lhes assegurou o invocado § 2.º do art. 2.º citado, ou, não obstante a invocação, querem coisa diversa. O que elas querem e lhes foi negado é que sejam apostilados os seus títulos de nomeação, para o fim de receberem aumentos quinquenais, à razão de 20% por quinquênio, conforme foi salientado de início. Todavia, não lhes assiste direito a tal coisa, porquanto o § 2.º do art. 2.º da Lei n. 761, embora a sua indiscutível ambigüidade, interpretado segundo as regras usuais da Hermenêutica, jamais poderá autorizar a interpretação que lhe dão as impetrantes e conduzir à conclusão por elas esposada. Na verdade, a interpretação que nos parece lógica dêsse texto legal é a de que o que teve em mira o legislador inesperto e descuidado, ao estender aos membros do magistério de qualquer grau o disposto no § 1.º do art. 4.º da Lei n. 567, de 1951, foi assegurar aos professores aposentados os mesmos proventos e vantagens que fôssem atribuídos aos em atividade da mesma categoria. Tratava-se, assim, de estender aos professores o princípio que viera amparar os médicos aposentados, consignados no § 1.º do art. 4.º da Lei n. 567, em virtude do qual teriam os seus proventos reajustados nas bases estabelecidas para os que estivessem em exercício. Essa é a conclusão que se impõe, que aceitamos e que foi exaustivamente demonstrada como certa, em um estudo digno de realce pelo Des. Bulhões Carvalho, no acórdão de que foi relator no Agravo de Petição n. 5.919. É claro que o legislador no citado § 2.º do art. 2.º não poderia cogitar da concessão de aumentos quinquenais, matéria já regulada no texto do art. 2.º e, sim, positivamente, de outra coisa. Daí por que, com todo o acêrto, argumenta o Des. Bulhões Carvalho que “ao declarar extensivo aos membros do magistério do 2.º grau, bem como aos de qualquer outro grau, uma determinação contida numa outra lei (§ 1.º do art. 4.º da Lei 567), está claro que o legislador não poderia ter em vista a simples concessão de quinquênios, de que já cogitara na parte inicial do artigo. Nem tão pouco dar o padrão “O” e quinquênios, porquanto para tal lhe bastaria declarar tal equiparação no próprio § 2.º do art. 2.º da Lei 761, sem a necessidade de fazer, para essa finalidade, uma extravagante referência a uma outra lei referente à classe dos médicos.” E essa argumentação é tanto mais indiscutível e segura e convincente, quanto se sabe que o preceito referido (§ 1.º do art. 4.º) e tornado extensivo e pertinente aos médicos aposentados. E, por isso, acrescenta o Ds.

Bulhões Carvalho: “O legislador, para fazer uma equiparação dos membros do magistério de qualquer grau com os médicos em geral não iria indicar um dispositivo restrito apenas aos médicos aposentados.

Tôda essa dificuldade de interpretação, entretanto, desaparece, se entendermos que o legislador pretendeu apenas *estender* aos membros do magistério de qualquer grau, inclusive, portanto, aos de 2.º grau, quando aposentados, a mesma regra que o § 1.º do art. 4.º da Lei 567 mandara aplicar aos médicos: os professores aposentados teriam seus proventos reajustados nas mesmas bases fixadas em relação aos em exercício”.

Pelos fundamentos expostos, no que tange ao mérito, evidencia-se o descabimento, a improcedência, da pretensão das impetrantes. O direito que lhes assiste e que, por certo, não lhes será negado é o de quando aposentados, perceberem os mesmos proventos e vantagens concedidos aos professores em exercício da mesma categoria, ou grau. Inadmissível, absurda, ilógica, repelida pelo bom senso, a interpretação que as impetrantes procuram dar ao texto do § 2.º do art. 2.º da Lei n. 761, muito embora isso não signifique, nem de longe, o menor desapreço à nobilitante função que exercem, de notável repercussão na vida nacional, dada a sua efetiva participação na formação moral e intelectual de gerações e gerações. Em conseqüência e finalizando, a denegação do mandado se impunha, não pela razão em que se amparou a decisão agravada, mas pelos fundamentos que vêm de ser focalizados. Nega, portanto, a Câmara, provimento o agravo. Custas pelas agravantes.

Rio de Janeiro, 23 de setembro de 1955.

Bulhões de Carvalho, Presidente.

Roberto de Medeiros, Relator.

Mourão Russel.

5.ª Câmara Cível

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 4.766

Imposto de transmissão de propriedade nos inventários por desquite. Na partilha, conseqüente a inventário por desquite, deve prevalecer o valor total dos bens a serem divididos, não se levando

AUTONOMIA NO DIREITO FISCAL

I — REPOSIÇÃO

A literatura sobre o tema escolhido não é farta, no nosso meio jurídico, ensejando, por conseqüente, a quem escreve, bastante dificuldade no trato da matéria, por falta de apoio doutrinário que oriente as questões postas em foco.

em consideração a circunstância de estarem todos, ou não, no Distrito Federal.

Assim sendo, o impôsto de transmissão de propriedade, para hipótese de torna, ou reposição, somente será devido em função da partilha, ou divisão, do valor total do monte.

Indevido, conseqüentemente, o impôsto de torna ou reposição pelo cônjuge que, na partilha, recebeu bens a menos, nada tendo que "tornar" ou "repor". A partilha há de ser apreciada no seu conjunto, não se restringindo somente, e para o benefício da Fazenda Municipal, ao Distrito Federal.

Agravo provido e sentença reformada.

Voto vencido do Desembargador Aloysio Teixeira, que confirmou a sentença.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos do Agravo de Instrumento número 4.766, agravante Alice Queiroz de Oliveira e René Luiz Ribeiro, agravada a Prefeitura Municipal do Distrito Federal, os Juizes da Quinta Câmara Cível do Distrito Federal, por maioria de votos, vencido o desembargador Aloysio Maria Teixeira, acordam em dar provimento ao recurso para, re-

É assunto pouco generalizado, principalmente porque o seu interesse se restringe à Fazenda, que lança impostos, para, a seguir, arrecadá-los, sempre tendo em vista os conceitos fazendários da tributação, muita vez sem qualquer similitude com a sinonímia dos institutos ou figuras do direito civil.

Além disso, quem subscreve êste artigo o faz sem outras pretensões, senão aquelas de mostrar como a prática no trato do direito fiscal pode destacá-lo de outros ramos de direito, assegurando-lhe uma autonomia apenas limitada dentro das normas constitucionais.

Assim, sem ânimo literário e com pouca doutrina orientadora, poderíamos apelidar, êste aranzel, de trabalho de boa vontade.

Colhemos inspiração, em princípio, no Recurso Extraordinário 7.645, no qual o Ministro Relator, OROZIMBO NONATO, um dos maiores luminares da ciência jurídica contemporânea, assim se pronuncia em um caso de interesse fiscal:

"O fundamento, a causa da obrigação fiscal é inconfundível e não colide, em princípio, com a causa, o fundamento das obrigações oriundas do direito civil. Daí o admitir-se quanto a sua causa, o seu conteúdo e também a sua finalidade *certa autonomia no direito fiscal* (o grifo é nosso) cujas normas dentro da esfera que lhe é peculiar não estão estritamente subordinadas ao direito civil. É a tendência do "direito moderno" (Diário da Justiça de 6-8-51, pág. 2.187)."

Ora, se partirmos dessa premissa, de que o direito fiscal moderno tem certa autonomia, é óbvio que chegaremos a uma segunda — a de que, den-

formando a decisão recorrida, considerar não devido impôsto de transmissão de propriedade pleiteado pela Fazenda Municipal. Custas na forma da lei.

A maioria assim decidiu pelos fundamentos abaixo expostos:

Os agravantes desquitaram-se, correndo o processo no Juízo da Quarta Vara da Família, desta Capital. Fizeram, amigavelmente, a partilha dos bens, sendo que a maioria de tais bens fica do Estado do Rio. Um apartamento está, porém, situado no Distrito Federal. Como, na partilha, o aludido apartamento coube à primeira agravante, a Fazenda entendeu que esta deve pagar o impôsto de transmissão de propriedade, porque houve "torna" ou "reposição". A Fazenda considerou o conjunto dos bens do casal, para a partilha, apenas no Distrito Federal, e daí o ponto de vista que defendeu acolhido pela sentença recorrida, invocando-se o n. 9 do parágrafo único do art. 1.º do Decreto-lei n. 9.626, de 22-8-1946, da Prefeitura do Distrito Federal.

Mas, razão não assiste à Fazenda Municipal, porque na partilha, conseqüente a inventário por desquite, deve prevalecer, para o cálculo de meação de de cada cônjuge, o valor total dos bens a serem divididos, não se levando em consideração a circunstância de estarem ou não, todos êsses bens situados no Distrito Federal.

tro de sua autonomia, pode o direito fiscal criar os seus próprios institutos, sem que êstes, por sinonímia, sejam os mesmos de direito civil, cujo conteúdo lógico e jurídico poderá ser diverso.

LEOPOLDO BRAGA defende tese igual no caso de imposto de cessão; mas, *data venia*, não foi compreendido, até hoje, pelos Srs. Magistrados, presos aos grilhões da praxe, do passado, do princípio civilista.

Eis porque escreve assim:

"É lamentável constatar-se, mas é preciso que se acentue, a ostensiva ignorância de grande parte — talvez a maior parte — dos nossos juizes (geralmente tão versados e eruditos noutros setores da ciência jurídica) em assuntos especializados de *direito fiscal*. Descurados uns do estudo atento e metódico de um ramo relativamente novo da ciência do Direito, mas enriquecido de aquisições preciosas que, hoje, nos países mais cultos, constituem objeto de opulenta bibliografia; dominados outros pelo que os italianos denominam de "preconceito privatístico" e, por assim, deliberadamente refratários aos avanços do pensamento jurídico universal nesse importante campo do direito público; obedientes muitos, por comodismo, à lei do menor esforço, que induz a *repetir* ao invés de *investigar*, seus julgamentos em matéria de direito tributário refletem, muita vez, se confrontados com o que, hoje se escreve, se doutrina e sentença naqueles países, um atraso cultural de muitas décadas".

É em tórno de uma das figuras de reposição, neste trabalho, que estudaremos uma faceta do direito fiscal. A aplicação de suas normas, nos

Se a “torna” ou “reposição” é consequência da partilha, se esta abrange o todo ou conjunto dos bens, pouco importando a situação destes, claro que o impôsto de transmissão será devido em função do valor do monte que se partilha. No caso dos autos, a mulher recebeu, na sua meação, o apartamento situado no Distrito Federal. Se este apartamento pelo seu valor — ponto incontroverso — cabe na aludida meação, não se deve obrigar a mulher a pagar impôsto de torna ou reposição, que ela não fez ao marido.

Ao contrário, segundo os autos, ela, na divisão dos bens, recebeu-os a menos e foi o marido quem os recebeu a mais, no Estado do Rio, aí pagando o impôsto de reposição.

Invoca-se um julgado do Supremo Tribunal Federal. Mas o julgado aludido (Rec. Extraordinário 15.166, publicado no “Diário da Justiça”, de 27 de agosto de 1951, pág. 2.417) não tem a significação, na extensão e na profundidade, que se lhe dá. O Supremo Tribunal não tomou conhecimento do recurso porque a lei dada como ofendida era uma lei municipal, não federal.

inventários, ou nas transações extra autos, pode provocar divergências, por isso que a lei que autoriza a cobrança do impôsto — (pela torna, ou reposição) — é a do direito fiscal, plenamente distinto da regra de direito civil e, nem sempre, essas regras são bem compreendidas pelos exegetas da matéria especializada.

A reposição, como está no Código Civil, artigo 1.777, vem das Ordenações, 4, 96, § 5.º, sempre com espírito de igualar as porções, nas divisões de coisa comum, quando dois ou mais titulares são proprietários.

No direito sucessório aparece, eventualmente, um caso ou outro de reposição, quando da partilha, pois a igualdade na distribuição dos bens inventariados é princípio básico da instituição civil, tanto mais quanto, pelo artigo 1.572 do Código Brasileiro, verifica-se que tais bens se transferiram do patrimônio do “de cujus”, para o de seus sucessores, por ocasião da morte, ficando, entretanto, em comum, até a partilha, época em que se procede à sua entrega a cada um dos sucessores, pelos quinhões ou porções transmitidas.

A herança do Código Civil é a herança bruta representada pela universalidade de direito, tal como acontece com o patrimônio do “de cujus” (Código Civil, arts. 57 e 1.572).

“Le patrimoine du defunt est un patrimoine à liquider qu'est devolu aux heretiers à charge de le liquider conformément à sa destination” (HEMAUD, Droit Civil, pág. 101).”

Aquí está dispositivo de direito fiscal coincidente com as normas do direito civil, quando o legislador tributário redigiu o art. 2.º, do Decreto-lei 2.224, de 23 de maio de 1940, inspirado, talvez, nos artigos 57, 1.572 e 1.587, do Código Civil, pois isso se depreende de seu espírito:

“Entende-se por herança, para efeito da aplicação do impôsto de transmissão de propriedade “causa-mortis”, o complexo dos haveres do defunto, deduzidas as dívidas pelas quais seja legal-

A consideração que o venerando acórdão tenha feito quanto ao conceito de torna ou reposição não está valendo como julgado, a prevalecer como norma de interpretação. E o julgado ateu-se ao Decreto Municipal n. 4.613, de 1934, art. 12, quando, aqui, a Municipalidade invoca o inciso do n. 9 do parágrafo único do art. 1.º do Decreto-lei n. 9.626, de 22-8-1946.

O que se pretende, ponto de vista defendido pelo parecer do Delegado da Procuradoria Geral a fls. 67, é que “para apurar-se se houve recebimento em imóveis de valor superior à meação de qualquer dos cônjuges, devemos, se os bens estão situados em circunscrições diversas, fazer tantas massas de bens quantas forem as circunscrições em que se encontrem, para efeito do impôsto de transmissão”.

Mas, em verdade, devemos atentar para a circunstância de que o impôsto, no caso, pretendido, é o de transmissão de propriedade.

Assim o que deve ser apurado é se houve transmissão de propriedade ou aquisição de propriedade imobiliária, por parte do cônjuge-mulher, no caso dos

mente responsável, declaradas pelos credores que se habilitarem no inventário, devidamente comprovadas, e os títulos da dívida pública que gozarem expressamente de isenção deferida em diploma legislativo do Distrito Federal.”

Mera coincidência, porque a Lei — como aprendemos na Filosofia do Direito — além de ser norma de conduta e de organização, tem origens profundamente lógicas e objetivos essencialmente sociais.

Daí verificarmos que êsse dispositivos legais, emanados de dois ramos do direito, compreendem situações idênticas; um com menor extensão; outro, com maior compreensão; mas, afinal, regendo fatos em posições diferentes, no quadro da conduta e da organização social.

Direito tributário regendo tributo. Direito civil, regendo situações na órbita social. Os dois em ramos diferentes, perfeitamente autônomos, regendo sucessão *mortis-causa*.

Isto posto, desejaríamos focalizar um aspecto, dentre outros, objetivamente, tendo em mira a figura da reposição, instituída no artigo 1.º, § único, inciso VI, do Decreto-lei 9.626, de 22 de agosto de 1946:

“O impôsto de transmissão de propriedade *inter-vivos* incide sobre a transferência de bens imóveis por sua natureza ou por disposição legal, quando situado no Distrito Federal, a título oneroso ou gratuito, e em virtude de fatos ou atos jurídicos passados ou praticados *inter-vivos*”.

Parágrafo único —

“O impôsto é devido sobre:

VI — adjudicação ou partilha de imóvel a cônjuge ou a herdeiro de qualquer espécie, que tenha pago ou se obrigue

autos, e quanto ao apartamento sito no Distrito Federal. A torna ou reposição decorre de uma aquisição, de uma compra. Ocorreu isso? Não nos parece.

A agravante recebeu o apartamento que era do casal. O valor dêste apartamento incide na metade que a lei garante a cada um dos cônjuges. Assim, a ela se deve, sem compra, o que lhe cabia.

No Estado do Rio, o cônjuge-varão recebeu imóveis no valor superior ao da meação. E então pagou em dinheiro seu, o que a mais levou. Ali operou-se a torna ou reposição porque, na verdade, êle comprou da mulher bens que incidiam no valor da meação dela.

Esta a conclusão prática, e simples, face ao que ocorre nos inventários, ou por morte ou por desquite.

As tiradas doutrinárias, com ou sem as referências aos textos confusos da legislação municipal, não impedem que logo se encontre a verdade, que nunca se esconde.

Não é possível, para o sabor de interesses fiscais, retalhar o monte partível em tantos montes quantos sejam as circunscrições territoriais em que se situem os bens partilháveis.

a pagar dívida do casal ou do espólio, ou para indenização de legados ou despesas, inclusive custeio de inventário”.

Não há, nem poderia haver, no direito civil, qualquer disposição a respeito. Os artigos 1.777 do Código Civil e 503 do Código do Processo são restritos à divisão dos bens deixados pelo defunto e, além do mais, a matéria pertence ao direito tributário.

Por isso, vejamos uma original *REPOSIÇÃO*:

Ocorre, em alguns casos, que o “de cujus” deixa bens gravados de dívidas e, em muitos dêles, com o gravame real de hipoteca.

Objetivando o assunto, como é do nosso desejo, poderíamos estabelecer uma situação em que o falecido teria sido casado pelo regime da comunhão de bens, sem ascendentes nem descendentes, herdeiro o cônjuge sobrevivente.

Aconteceria que o único inventariado era a casa de moradia do casal, adquirida por financiamento de terceiros, com *pacto adjecto* de hipoteca.

O bem imóvel, pertencente ao patrimônio do casal, apresentava-se com a garantia real do mútuo. A herança, nesse caso, seria do cônjuge sobrevivente e consistiria da metade da casa e da metade do encargo.

Teríamos que o valor do bem seria da ordem de Cr\$ 600.000,00, por avaliação judicial, servindo, ainda, como garantia do empréstimo pelo saldo restante, que seria de Cr\$ 400.000,00.

Por ocasião da cobrança do imposto *mortis-causa*, o encargo de Cr\$ 400.000,00 poderia ser, e foi, deduzido; mas, na adjudicação, o cônjuge sobrevivente receberia a outra metade do imóvel, como solução de sua meação, sujeitando-se ao pagamento da hipoteca, tanto por si como pelo “de cujus”.

O dispositivo legal invocado é tirado do cipoal da legislação fazendária, é o que sujeita ao imposto de transmissão:

“O excesso de bens imóveis partilhados ou adjudicados nos desquites a um dos cônjuges independentemente do valor de quaisquer outros bens partilhados ou adjudicados ou de dívida do casal”.

Não se encontra nêle qualquer alusão a outros bens imóveis, sitos fora do Distrito Federal, como se afigurou à Procuradoria Geral.

Assim, colocada a matéria do agravo nos termos em que a situou a Municipalidade — os do inciso legal apontado, não se pode dar a êste a extensão desejada.

Também não se pode afirmar, como fez a Prefeitura, que tôdas as questões decorrentes da legislação fiscal, sobre tornas ou reposições nos inventários por desquite, tenham sido decididos e esclarecidos no Recurso Extraordinário já citado, em acórdão da lavra do Sr. Ministro Ludolf.

Ao contrário, o que decorre da jurisprudência do Pretório Excelso, pelos bens Crisóstomos, é que a legislação, a estadual e a municipal, do Distrito Federal, sobre o imposto de transmissão de propriedade, não pode ferir os

Estariamos, assim, frente a uma reposição original, em que a pessoa viúva reporia em dinheiro, para solução dos encargos do monte, o “quantum” em imóvel representado pela dívida do defunto.

E o imposto de reposição deveria ser cobrado sobre a metade do encargo — no caso sobre Cr\$ 200.000,00, taxa de 9% pois, em verdade, o cônjuge levaria a mais em imóvel, além de sua meação, a metade do encargo do monte.

Há, no caso, uma operação econômica, característica da compra e venda.

Por isso é que vamos encontrar, em “Alguns Andaimas da Constituição”, do Professor ALIOMAR BALEIRO, segundo escreve LEOPOLDO BRAGA, na sua “Da Legitimidade do imposto de cessão”, pág. 45, o seguinte conceito sobre direito fiscal:

“Pelo enorme desenvolvimento dos sistemas fiscais contemporâneos, essas regras formam, hoje, um todo orgânico, com caracteres próprios e específicos, freqüentemente diversos e inconfundíveis relativamente aos do direito comum, já na caracterização dos institutos dêste para fins fiscais, já nos processos de hermenêutica, em regra inspirados pelo alcance econômica da interpretação em cada hipótese”.

Outros aspectos poderiam ser estudados. O que nos traz a êsse assunto, porém, é o fato absurdo de muitos entenderem que o encargo não era herança e, por isso mesmo, não deveria ser tributado, no pressuposto de que a matéria é regida pelo direito civil.

JOSÉ LOPES TAVEIRA
Do Departamento de Renda
de Transmissão

princípios consagrados pela legislação federal, quanto ao conceito e é definição de institutos conhecidos, como a compra e venda, a permuta, etc...

A torna ou reposição é o pagamento que um condômino faz ao outro, na extinção, e quanto ao excesso que recebe. Via de regra, inexistente até quando se trata de bem indivisível, não havendo vantagem para o condômino aparentemente beneficiado.

Ora, a lei municipal não pode conceituar — definir o que seja torna, senão tributá-la, dentro dos princípios da compra e venda, como atos de transmissão de propriedade.

No caso, a agravante recebeu um apartamento, que era do casal, e cujo valor se incluía na meação. Nada pagou de torna e nada teve que repor. O imposto de transmissão cabe ao adquirente e ela, no sentido exato dos vocábulos nada adquiriu, pois a partilha dividiu apenas o que era do casal.

Se a partilha, feita no Juízo do Inventário, abrange os bens do casal, estejam ou não no Distrito Federal, claro que o reconhecimento deste ponto implica em assegurar ao escrivão a percentagem que se lhe atribuía, sem razão, nesse passo, os agravantes.

A sentença é reformada, apenas, quanto ao imposto, considerado indevido.

Rio de Janeiro, 24 de setembro de 1954.

Eurico Portela, Presidente.

Xenocrates Calmon de Aguiar, Relator designado para o Acórdão.

Aloysio Maria Teixeira, vencido. — Em face da observação 7.^a do Regulamento, só tem direito o escrivão à metade da porcentagem como dividiu o ilustre Dr. Juiz. Quanto ao imposto de reposição — em princípio — é devido pela parte recebida — a mais em imóvel. Todavia, não se deve considerar, para esse efeito, todos os imóveis do monte, mas os localizados nesta Capital, onde deve incidir o imposto nesse sentido.

Como ponderou com razão o eminente Dr. Clovis Paulo da Rocha, delegado da Procuradoria Geral, não é possível estabelecer uma única massa de bens, porque o imposto será devido em cada um dos Estados em que estiverem situados. Devem ser apuradas as reposições em cada Estado ou circunscrição. Na hipótese, se, no Distrito Federal, havia um só imóvel e, ao invés de ser dividido, a esposa o recebeu todo, é devido o imposto de reposição, como entendeu o Dr. Juiz. Aliás, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em aresto em que tomaram parte ministros do porte de Orozimbo Nonato, sustentou: Na torna ou reposição sujeita a imposto sempre que em imóveis situados no Distrito Federal um dos cônjuges receber além da metade de sua parte pouco importando os valores dos demais imóveis que estejam alhures.

É a norma final seguida em relação à partilha de bens em desquite, norma essa oriunda do Decreto Municipal n. 4.613, de 1936, art. 12, já revigorado pelo Dec.-lei n. 2.224, de 1940, formando-se a exegese em referência ao artigo 5 da Lei 351, de 1938.

Por esses motivos, negava provimento ao recurso.

7.^a Câmara Cível

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 621

Denega-se o mandado de segurança que visa obstar o cumprimento de um preceito legal, de vez que é este remédio judiciário restrito aos atos que violem direito líquido e certo, assegurado por lei, ou que não se fundar em qualquer outro fim quando usado como medida preventiva.

Vistos e examinados estes autos de Mandado de Segurança n. 621, em que é impetrante Claudino Soares Reis e informante o Exmo. Sr. Prefeito do Distrito Federal, acordam os Juizes da Sétima Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, denegá-lo.

Custas *ex-lege*.

E assim decide, porque visa o impetrante por via da presente medida de segurança seja-lhe assegurado o livre trânsito do automóvel de sua proprie-

COMENTARIO

Dúvida não pode mais hoje subsistir de que o mandado de segurança não pode ser concedido em se tratando de ato eminentemente abstrato — a lei, quer em seu sentido formal, quer em sua aceção material, de conteúdo amplo, abrangendo no seu conteúdo todos os atos normativos em geral. Esse ponto é pacífico. Não podia o impetrante obter êxito, visto como visava a súplica por êle formulada a um ato de que não era apenas êle o destinatário, e sim toda a coletividade, ato esse abstrato por excelência. O ato de autoridade a que se refere o texto constitucional, é o ato concretizado, oriundo da autoridade que o executa ou pretende executar, com abuso de poder, ou à margem da lei, sem por estar traduzido quer, expressa, ou implicitamente autorizado, ilegal ou arbitrariamente manifestado. No caso a que se refere o acórdão nem uma, nem outra hipótese ocorrem. A competência da autoridade que expediu o ato é inegável, inexistindo, assim, qualquer eiva de abuso de poder; quanto ao outro pressuposto, indiscutível é a sua ausência, pois ilegalidade não se verifica.

Algumas reflexões, todavia, comporta a matéria. Os casos em que o suplicante *carece do writ*, não permitem a denegação no seu próprio significado; esta pressupõe o exame do mérito, e desde que, qualidade não tenha quem impetra uma segurança, nem a possui aquêle a quem se dirige, não é a denegação que se impõe, e sim o não conhecimento, porquanto, denegação implica em exame de mérito, e não há falar em mérito, quando falta qualidade ao impetrante ou ao impetrado.

Não é de aceitar-se o ensinamento de que não existe mandado de segurança preventivo. Essa hipótese somente seria de admitir-se quando coubesse tal remédio, exclusivamente, nos casos consumados, nos atos de au-

dade, na Ilha de Paquetá, de cujo direito acha-se ameaçado em virtude do art. 7.º do Decreto n. 10.642, de 22 de novembro de 1950, e não ser o mandado de segurança remédio judiciário próprio para obstar o cumprimento de norma legal.

Sustenta o impetrante justificando a presente medida de segurança achar-se ameaçado de ser impedido de usar do automóvel de sua propriedade na referida Ilha, onde tem sua residência, por motivo do citado decreto que proibe o trânsito de automóveis de passageiros, particulares, ou de aluguel, ônibus, ou lotações e veículos outros motorizados, exceção dos caminhões que transportam mudanças, cargas ou materiais para obras entre o continente e a Ilha e vice-versa, e as ambulâncias. Em suma, pretende o impetrante, anular preceito legal por via de mandado de segurança.

Sendo este remédio judiciário, medida destinada a assegurar direito líquido e certo por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal, de qualquer autoridade responsável pela ilegalidade, ou abuso de poder, segue-se que carece

toridade já expedidos, isto é, o ato oriundo da autoridade que executa uma determinação, originariamente sua, ou emanada de um poder normativo, de outrem, mas, como quer seja, endereçado ao impetrante. Não resiste esse entendimento, porque, muito embora a norma constitucional (art. 141, § 24) não mencione senão o ato, perfeito, perfeito, aqui, na acepção filosófica, a lei que regulou o seu processo, mencionou o *justo receio* de sofrer violação, admitindo-se, destarte, o caráter preventivo de tal remédio jurídico. Na espécie a que se refere a decisão, isso não se verifica, porque diz respeito a impetração à norma *in abstracto*, e somente poderia o impetrante invocar o *writ* após a autoridade administrativa impedi-lo de alguma coisa ou ameaçá-lo diretamente; só a partir de então teria ele qualidade jurídica para requerer. Quer dizer: não é a ausência de feição preventiva, o que lhe retira o requisito indispensável ao seu conhecimento, visto como esta existe, contemplada se acha na lei, por isso que é inerente ao justo receio; é a inaplicabilidade do *writ* à norma *in abstracto*, o fundamento para que não possa ele, em casos tais, prosperar.

Há um aspecto, que dia a dia, vai conquistando adeptos, e que não é de aceitar-se: o de uma lei inconstitucional não comportar, na sua execução, na sua aplicação ao caso concreto, o mandado de segurança, ou, para melhor precisar, não ser como tal reconhecida por via do sumaríssimo remédio jurídico. Nada mais insustentável. Em primeiro lugar, não é de falar-se em *anulação* de lei pelo Judiciário; seria isso o máximo das impropriedades. O que se tem a fazer, na esfera judicial, é, reconhecendo que uma lei é incompatível com a norma suprema, a Constituição, declará-la inconstitucional, e, *per viam consequentiae*, inaplicável. Tem o Juiz, não apenas o poder, de assim fazer, mas o dever, dever indeclinável, do qual não pode fugir sem faltar ao seu múnus. Uma lei contrária à Constituição, é nenhuma, não é lei, não tem validade. Do mesmo modo que reconhece uma lei anterior

o impetrante da presente medida não só porque nenhum ato há praticado pelo Exmo. Prefeito proibindo o tráfego de seu automóvel na ilha em que reside, como também, por definir a alegada ameaça, fato que não autoriza a segurança do dispositivo legal.

Não há mandado de segurança preventivo, como bem acentuou o Dr. Procurador Geral, por seu delegado, ou contra a lei seja ela emanada pelo Poder Legislativo, ou Executivo.

O § 24, do art. 141, que confere o Mandado de Segurança refere-se a "ilegalidade do ato", isto é, que esse não tenha a ampará-lo um preceito legal, e ao abuso de poder, que é todo, aquêle que não se funda, ou viole a norma jurídica e não à inconstitucionalidade da lei donde ele deflue.

A lei inconstitucional tem vigor, enquanto não anulada pelo meio ordinário próprio, ou revogada pelo poder competente, não se incluindo entre aquê-

por outra revogada, ou derogada, cumpre-lhe declarar inaplicável a norma que não se ajusta à lei das leis, porque esta é norma suprema, sob pena de desobediência a seus mandamentos, pois lá está precedendo o texto a ordem para executá-la e fazê-la executar e observar fiel e inteiramente como nela se contém. Falar em anulação de lei não é de boa técnica, é expressão que não pode ser usada juridicamente. Ao Juízo, de qualquer instância, incumbe, de maneira indeclinável, declará-la inaplicável, quando assim reconhecer. Cabe, ao Senado Federal, *ex vi* do art. 64 da lei magna, suspender a execução total ou parcial da lei ou decreto considerado inconstitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal, princípio esse introduzido entre nós desde 1934, por força do art. 91, inc. IV, da Constituição de 16 de julho, competindo, então, a iniciativa ao Procurador Geral da República (art. 96). Não existe, assim, na sistemática de nosso Direito Público, nem muito menos naquela que lhe serviu de berço, anulação de qualquer ato do poder legislativo (lei) nem do decreto ou regulamento será expedido pelo Poder Executivo, salvo o de lei individual, declara-se ele inaplicável, em virtude de não se coadunar com a lei maior; suspende a sua execução o Senado Federal (o que até hoje não se verificou), na forma do art. 64. Essas noções, elementaríssimas, prestam-se a confusões que podem até concorrer para descrédito do regime numa época em que as próprias palavras parecem não ter mais sentido, os termos, propriedade, nem os conceitos o valor que ninguém lhes retira.

O mérito do ato inquinado não está suficientemente examinado; mas segue-se que emanou de autoridade competente, não esbarrando ele em qualquer tropêço que, na esfera legal (acepção universal) a ele se superponha. A esfera de competência de uma autoridade administrativa não fica adstrita às providências expressamente indicadas. O poder de polícia não é passível de deixar de ficar, em muitos casos, ao prudente arbítrio da autoridade que o exerce. É o caso de que se trata. Comporta ele, naturalmente, restrições à liberdade e à propriedade dos cidadãos, em benefício do interesse comum, do bem-estar geral, da coletividade, o *gemeine Wohlfahrt* dos autores

les o Mandado de Segurança, restrito como, segundo o preceito constitucional a ilegalidade do ato, seja por contrário aquilo que nele se dispõe ou pela ausência de qualquer que o autorize.

Insinua-se no caso sub-judice, violar essa lei o direito assegurado no § 23 do art. 141 da Constituição Federal ou seja o de locomoção; improcede entretanto, essa alegação por não ser de se confundir o direito de ir e vir, com o meio pelo qual êle se realiza.

Daí denegar-se como se denega, o presente Mandado de Segurança.

Rio de Janeiro, 6 de maio de 1952.

Antonio Vieira Braga, Presidente.

Mem de Vasconcellos Reis, Relator.

Ary de Azevedo Franco.

suíço-alemães. Em nenhum outro sistema de governo respeita mais a liberdade individual do que na confederação helvética. Todavia, ali, pela voz de um dos seus mais autorizados publicistas, que, com igual proficiência deixou profundos ensinamentos quer no que diz respeito ao Direito público alemão, quer no que toca ao de seu país, conceitua-se tal poder com tôda a atividade do Estado, que impõe restrições, no campo do Direito público, à liberdade e à propriedade dos cidadãos, assim exigido pelo interesse comum (*Wir nennen Polizei die Tätigkeit des Staates, die der Freiheit und dem Eigentum der Bürger die "öffentliche-rechtlichen Beschränkung (Pflichten) auferlegt, welche im Gemeininteresse erforderlich sind*), diz êle na sua obra máxima, ainda que a menos vulgarizada. (Cfr. *Schw. Bundesstaatsrecht*, p. 593, ed. de 1923, vide, também do mesmo Autor *Institutionem*, 4.^a ed. § 23). O moderno Estado de Direito, assenta como não pode deixar de ser, num sistema de normas, numa constituição. Todavia, um tal sistema não pode eximir-se de lacunas inevitáveis (*Lückenrecht*), porque não pode o legislador constituinte ou ordinário prever tôdas as modalidades de disciplina das relações jurídicas. Daí, a necessidade do prudente arbítrio, dos chamados atos políticos, válidos e perfeitos, desde que delimitados se achem pelos poderes outorgados na lei suprema ou naquelas que delas decorrem ou com elas se conformam; sempre que seus responsáveis não transponham os ditames consagrados nos princípios a que devem obediência. É a hipótese de que trata o ato impugnado, na qual, segundo tudo indica, inspirou-se o governo municipal no interesse comum, preservando um dos mais pitorescos recantos de seus arredores do trânsito de veículos motorizados, e da inconveniência de sua circulação, salvas as exceções assinaladas, deliberação, que, bem ou má inspirada — não importa — restrição nenhuma encontra em qualquer norma a que tenha de amoldar-se a resolução. Sua validade, portanto, é indiscutível.

JOSÉ GOMES BEZERRA CÂMARA
Juiz no Distrito Federal

7.^a Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL N.º 12.075

É nulo o ato de desapropriação quando não visa ao interesse público, mas ao de determinada entidade privada.

Acordam os Juizes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, nos autos da Apelação Cível núme-

A DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL E OS CLUBES DESPORTIVOS

A ESPECIFICAÇÃO DOS CASOS DE UTILIDADE PÚBLICA É TAXATIVA

Com o objetivo de evitar os excessos do Poder Executivo e fixar o conceito da necessidade e utilidade públicas, o Código Civil Brasileiro, depois de indicar a desapropriação como uma das causas de extinção ou perda da propriedade imóvel, enumerou dêste modo, os casos em que ela se justifica:

“Art. 590 — Também se perde a propriedade imóvel mediante desapropriação por necessidade ou utilidade pública:

§ 1.º — Consideram-se casos de *necessidade pública*:

- I — A defesa do território nacional.
- II — A segurança pública.
- III — Os socorros públicos, nos casos de calamidade.
- IV — a salubridade pública.

§ 2.º — Consideram-se casos de *utilidade pública*:

- I — A fundação de povoações e de estabelecimentos de assistência, educação ou instrução pública.
- II — A abertura, alargamento ou prolongamento de ruas, praças, canais, estradas de ferro e, em geral, de quaisquer vias públicas.
- III — A construção de obras ou estabelecimentos destinados ao bem geral de uma localidade, sua decoração e higiene.
- IV — A exploração de minas.”

A enumeração feita pelo Código Civil, é, sem sombra de dúvida, *taxativa*. Para perfeita segurança da afirmativa, vale transcrever as lições de dois grandes mestres:

“Os casos de desapropriação — escreve BENTO DE FARIA — devendo ser declarados no interesse do público, são *taxativos*, não podendo em hipótese alguma, ficar subordinados à “utili-

ro 12.075, sendo apelante a firma Luis Hermany Filho & Cia. Ltda, e apelada a Prefeitura do Distrito Federal, dar provimento à apelação, para julgar nula a desapropriação do terreno situado à rua Senador Soares, lote n. 61, no Andaraí.

dade privada” de uma ou mais pessoas, ou sequer à do próprio poder desapropriante. Esse entendimento é pacífico na doutrina” (in “Revista de Direito”, vol. 64, pág. 51).

CLOVIS BEVILAQUA, também não pensa de forma diversa:

“A necessidade e a utilidade pública tanto podem ser federais como estaduais. Mas, é a lei federal que declara os casos precisos em que, sob aquêle fundamento, pode o direito individual de propriedade sucumbir diante das exigências superiores do interesse geral, porque, tendo ela assegurado proteção especial à propriedade, e estabelecido a restrição por motivo de necessidade ou utilidade pública, necessariamente lhe cabe, com exclusão da lei estadual, definir essa restrição, fixando os casos em que ela se verifica. Sem isso, a segurança da propriedade seria uma promessa vã, e o dispositivo constitucional, que a estabelecer, estaria à mercê das leis estaduais, ou municipais, que lhe dariam a latitude e o vigor que entendessem de sua conveniência, podendo anulá-lo inteiramente. A matéria evidentemente, é de direito material, ou substantiva. Os casos de necessidade ou utilidade são, no direito pátrio vigente, os que o Código declarou, no art. 590” (Parecer n. LXXIV, in “Soluções Práticas de Direito”, vol. I, pág. 289).

Esse, o panorama até 1941, quando a enumeração dos casos, por indicação *taxativa*, foram ampliados pelo Decreto-lei n.º 3.365:

Art. 5.º — “Consideram-se casos de *utilidade pública*:

- a) A segurança nacional;
- b) A defesa do Estado;
- c) O socorro público em caso de calamidade;
- d) A salubridade pública;
- e) A criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;
- f) O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;
- g) A assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
- h) A exploração ou a conservação dos serviços públicos;
- i) A abertura, conservação e melhoramentos de vias ou logradouros públicos; a execução de planos ou urbanização; o loteamento de terrenos edificados ou não para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética;

A Lei n. 32, de 31 de outubro de 1947, autorizou o Prefeito do Distrito Federal a proceder à desapropriação do imóvel à rua Senador Soares n. 61, sede atual da Associação Atlética Carioca (Art. 1.º). Estabeleceu ainda a mesma lei o seguinte: “O imóvel desapropriado a que se refere o artigo anterior será dado

- j) O funcionamento dos meios de transporte coletivo;
- k) A preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens locais particularmente dotadas pela natureza;
- l) A preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico;
- m) A construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e centenários;
- n) A criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves;
- o) A reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;
- p) os demais casos previstos por leis especiais.”

A circunstância de haver o Decreto-lei n.º 3.365 acrescentado no art. 5.º transcrito, em sua letra P, a expressão “e os demais casos previstos por leis especiais”, não exclui o caráter *taxativo* da conceituação legal, que há de abranger não só as enunciações da lei geral como quaisquer outras da mesma natureza editadas por outros diplomas, embora, em seu corpo, além das respeitantes a novos casos de utilidade pública, se contenham normas diversas prescritas para finalidades diversas.

Demais, essas *Leis especiais*, que *hão de ser, necessariamente Federais*, só se justificam considerando, além desses, outros casos de utilidade pública, e em nenhuma delas, do meu conhecimento, se encontra consignado, como caso de *utilidade pública*, a ocupação por clube desportivo e social.

ILDEFONSO MASCARENHAS explica, muito a propósito:

“Só tem utilidade pública o que a coletividade pode usar direta ou indiretamente.

É certo que o conceito pode variar conforme as circunstâncias, e não pode ser delimitado com precisão mas se pode afirmar que há utilidade pública quando há um interesse coletivo, vale dizer, quando a comunidade deve aproveitar ou é beneficiada com o ato jurídico da desapropriação.

Mas isso não quer dizer que a propriedade particular possa ser tomada por que é útil à coletividade; é preciso que concorra outra circunstância especial, qual seja a de não ter a sociedade

em comodato à Associação Atlética Carioca, para que esta o utilize nos seus fins desportivos e sociais”.

Para a autora, ora apelante, a Lei Municipal n. 32 fere o art. 141, § 16, da Constituição Federal de 1946, e o art. 45 da Lei Orgânica do Distrito Federal,

outro meio ou recurso para proporcionar o fim da utilidade pública que tem em vista, por isso nesse pressuposto é que o ato da desapropriação seria legítimo”. (“Desapropriação”, n.º 291).

Acontece, porém, que a Lei Municipal n.º 32, de 1948, *silenciou* quanto ao seu fundamento. É um vício, não resta a menor dúvida; mas subentende-se haja sido ela promulgada por motivo de *utilidade pública* ou por *interêsse social*. Todavia, há que se afirmar a impossibilidade de se classificá-la na primeira dessas justificativas, como enquadrá-la entre os incisos do art. 5.º da Lei de Desapropriações?

SEABRA FAGUNDES, em seus comentários, declara, a propósito da letra P do art. 5.º:

“E, se as restrições do direito de propriedade são as reguladas em lei, não é possível admitir qualquer caso de expropriação sem estar legalmente previsto. Inconstitucional seria a lei em que o legislador abdicasse do dever de limitar os casos de desapropriação deixando ao administrador, numa expressão vaga (*e outros casos não especialmente mencionados*) ou dispondo como o revogado decreto n.º 1.283, de 18 de maio de 1939, artigo 2.º, que a enumeração feita era apenas exemplificativa), a fixação de novos casos. Foi, dessarte, muito feliz a orientação da lei vigente”.

Em relação ao segundo, mistér se faz, inicialmente, verificar o que seja *desapropriação por interêsse social*.

Duas condições essenciais impõe a Constituição, para que se possa exercer o direito de expropriar: a) — A existência de utilidade pública; b) — O pagamento prévio, ao expropriado, de justa indenização em dinheiro (art. 141, § 16).

No direito anterior aludia-se simplesmente a necessidade ou utilidade pública e a indenização prévia (Const. de 1891, art. 72, n.º 17; Const. de 1934, art. 113, n.º 17; Const. de 1937, art. 122, n.º 14). A referência a *motivo de interêsse social*, bem como a determinação de que a indenização fôsse em dinheiro e justa, constituíram inovações da Carta de 18 de setembro de 1946.

A menção a *interêsse social* feita pelo legislador constituinte, demonstra a intenção de acentuar as finalidades sociais da Carta Magna. Verdadeira insinuação ao legislador ordinário para que agisse sempre no sentido de evitar as naturais conseqüências da errônea distribuição da propriedade. Surgiu, destarte, a possibilitar ao Estado não só desuso da propriedade. Trata-se, na realidade, de um verdadeiro potencial autorizando a interferên-

pois interêsse social que legitima a desapropriação, não se confunde com o interêsse de uma associação privada, que tem um quadro de sócios obrigados ao pagamento de mensalidades, e veda a entrada na sede dos sócios devedores. A

cia estatal na raia privativa do domínio particular, *em fusão de ordem geral*.

Uma apreciação genérica do que seja a desapropriação por *interêsse social*, encontra-se magnificamente lançada por PEDRO CALMON, em trabalho inserto no vol. 110, fls. 316, da “Revista Forense”;

“É aquela promovida para atender ao melhor uso da propriedade, ao seu rendimento em vida estimativa, em articulação com ela, ao bem comum que não pode ficar na dependência do egoísmo, que o despreza, ou da estupidez, que o contraria. É o caso da fábrica imobilizada ou desservida; é o caso do latifúndio inculto ou resguardado; é o caso da vasta área apartada da utilização popular nas zonas super-habitadas, pela ganância do dono que a valoriza; é o caso das fontes de riqueza excluídas ao mecanismo econômico pelos cálculos individualistas do proprietário; é o caso de todo imóvel, benfeitoria, instalação ou negócio, que, interessando ao trabalho, esteja amesquinhando pelo exclusivismo da propriedade, ou mereça do Estado especial atenção.

A desapropriação, nesta hipótese, significa a incorporação para a distribuição, que se pressupõe equânime, e então melhor se denominará, de justiça distributiva do Estado — tendo por escopo o interêsse social, assim no seu primado sôbre a esfera individualista da ação econômica”.

SEABRA FAGUNDES, o mestre do direito administrativo, distinguiu com precisão as três justificativas:

“A *necessidade pública* aparece quando a administração se encontra diante de um problema inadiável e premente, isto é, que não pode ser removido nem procrastinado e para cuja solução é indispensável incorporar no domínio do Estado o bem particular.

A *utilidade pública* existe quando a utilização da propriedade privada é conveniente e vantajosa ao interêsse coletivo, mas não constitui um imperativo irremovível.

Haverá motivo de *interêsse social* quando a expropriação se destine a solucionar os chamados problemas sociais, isto é, aquêles diretamente atinentes às classes pobres, aos trabalhadores e à massa do povo em geral pela melhoria nas condições de vida, pela mais equitativa distribuição da riqueza, enfim, pela atenuação das desigualdades sociais.

Com base nêle terão lugar as expropriações que se façam para atender a plano de habitações populares ou de distribuição de terras, à monopolização de indústrias ou nacionalização de

sentença apelada não acolheu as razões desenvolvidas na petição inicial. Mas o exame da legislação e da doutrina aconselham orientação diferente.

Os esforços realizados no sentido de rigorosa discriminação entre utilidade pública e interesse social, não têm sido proveitosos, mesmo porque a diferença

empresas quando relacionadas com a politica econômico-trabalhista do governo, etc." (in "Revista de Direito Administrativo", vol. 14, pág. 1).

As expressões — "ou por interesse social" — não figuravam no Projeto do estatuto fundamental: provém da Emenda n.º 3.068, elaborada pelo Professor FERREIRA DE SOUZA com a seguinte justificação:

"Que o homem possuía como seu, de forma absoluta, aquêles bens necessários à sua vida, à sua profissão, à sua manutenção e à sua família, mesmo os que constituírem economias para o futuro, é perfeitamente lógico, mesmo de Direito Natural. Mas, além dêsse mínimo, ou a propriedade tem uma função social, ou o seu proprietário explora ou a mantém — dando-lhe utilidade, concorrendo para o bem comum, — para o enriquecimento geral, ou ela não se justifica. Na hipótese, a emenda não chega ao extremo de negá-la. Mas, superpondo o bem comum ao bem individual, admite a expropriação das propriedades inúteis, das que poderiam ser cultivadas e não o são, daquelas cujo domínio absoluto chega a representar um acinte aos outros homens".

Como se vê, é a *causa publicae utilitatis* o verdadeiro poder que justifica o ato da desapropriação. O elemento subjetivo não tem a menor importância.

A conclusão é, pois, a de que, segundo o texto da Constituição brasileira, como das normas fundamentais dos povos cultos, a *regra* é ser intangível a propriedade; a *exceção*, em tempo de paz, consiste na desapropriação. Como toda exceção é de direito *estrito*, não se amplia; só por meio de processo regular de desapropriação, previamente evidenciada a utilidade e a necessidade públicas ou o interesse social, é possível retirar de alguém o que é seu.

E o "interesse social", na hipótese, é também passível de ser invocado.

NÃO SE EXPROPRIA EM BENEFÍCIO DO PARTICULAR

Merece inicial relêvo o conceito de LENTINI, um dos especialistas italianos:

"L'espropriazione per pubblica utilità è l'istituto giuridico di diritto pubblico, pel quale, in virtù di un ordine dell'autorità amministrativa competente, viene, contro il pagamento di un'

é mínima, consoante esclarece CARLOS MAXIMILIANO (*Com. à Const.*, vol. III, n. 537). Os precedentes parlamentares mostram que a emenda do Senador Ferreira de Souza, afinal incorporada ao dispositivo constitucional, tem em vista a possibilidade da desapropriação das propriedades inúteis, das que poderiam

indennità all'espropriato, *transferita all'espropriante* la proprietà di una cosa determinata, di regola immobile, che è necessaria per l'esecuzione di un'opera dichiarata, in conformità delle legge, *di pubblica utilità*" ("Le espropriazioni", pág. 37).

É, aliás, entendimento universalmente aceito, sem discrepância. Dê-se se infere, sem temor de contradita, que não se desapropria coisa alguma em benefício de indivíduos, de uma classe, ou de sociedades particulares, ainda que direta ou indiretamente úteis à coletividade. De fato, a propriedade sairia do poder de um cidadão para entrar no domínio, uso e gozo de *outro* — e não do Estado.

Conforme ensina CARLOS MAXIMILIANO, "o desfrute" do bem particular há de passar para o público *em geral* ou para *repartições* ou *serviços públicos*. Não se consideram *serviços públicos* a natação, o remar, a corrida de cavalos, o tiro ao alvo; *enfim, os desportos em geral, embora tenham certa utilidade para o país* ("Comentários", vol. III, pág. 105).

O que impressiona é o fato de que o ato expropriatório foi baixado para satisfazer interesse *privado*, e não *público*. Caberia, então, a pergunta lançada por CARLOS MEDEIROS em parecer elaborado a propósito de hipótese semelhante: — é possível desapropriar para atender a uma *utilidade privada*?

Respondendo pela negativa, o ilustre Consultor recolhe opiniões emitidas por grandes juristas nacionais e alienígenas. (in "Revista de Direito Administrativo", vol. II, pág. 387):

"O Estado do Rio Grande do Sul decretou a desapropriação de terrenos necessários à construção de uma estrada de ferro destinada a ligar os institutos da Escola de Engenharia, sítos no município de Pôrto Alegre, aos da mesma Escola, sítos no município de Viamão, sendo essa Escola uma instituição particular.

No parecer de LACERDA DE ALMEIDA há tópicos que se ajustam como luva ao caso em exame. (Parecer dado em dezembro de 1924).

Acentua de início que "o qualificativo público", depois dos vocábulos necessidade ou utilidade, "tem nos textos legais e na opinião de todos os autores, bem como na jurisprudência dos tribunais, o sentido invariável daquilo que diz respeito e interessa a todos os indivíduos".

A propósito das desapropriações permitidas pela Lei n.º 816, de 10-6-1855, para a construção de estradas de ferro, esclarece: "As estradas de ferro para as quais legislou a referida

ser cultivadas ou não. Na verdade, a menção do interesse social não inovou o direito brasileiro, pois os casos de desapropriação estão nos limites do Decreto-lei n. 3.365, de 31 de junho de 1941, sem que se considere incompleta a lei ordinária em face de estatuto constitucional posterior.

lei e seu decreto são como as estradas e as ruas públicas; para estas somente e em favor destas se poderia autorizar a desapropriação, como coisas, que são, “de uso público” (T. DE FREITAS, “Consol.” art. 52) e mui diferem essas estradas das outras pequenas estradas, “servidas, embora, por tração a vapor ou elétrica, destinadas a uso particular e no interesse de particulares, estradas estas que não podem dar aos respectivos donos o direito de desapropriar, porque, como é bem de ver, não há direito de desapropriar “por utilidade particular”.

Invoca, em seguida, a lição de OTTO MAYER (“Dir. Adm. Alemão”, Tomo IV, pág. 152, trad. franc.): — “...só a estrada de ferro pública afeta a comunicações públicas, é considerada coisa da competência governativa (Hoheitsrecht). Linhas e ramificações destinadas a servir a uma mina, a uma fábrica, as vias férreas existentes no interior de uma propriedade rural, de um estabelecimento industrial com o fito da utilidade de tais empresas, não se podem enumerar entre aquelas outras, tão pouco como os caminhos vicinais”.

Finalmente, nega ao Estado “competência para legislar sobre desapropriações ou decretá-las fora dos casos taxativamente declarados na legislação federal”.

SEABRA FAGUNDES, em seus comentários, evidencia que:

“Se a expropriação, por exemplo, tiver sido decretada em favor de pessoa privada e para uso particular (porque pessoa privada pode receber coisa expropriada para utilizá-la no interesse coletivo, como sucede às empresas concessionárias de serviço público) haverá ausência absoluta de enquadramento do ato em qualquer dos casos legais, todos pressupondo a utilidade pública”.

A conclusão a que força o conceito universal é a de que cabe ao Estado resolver, em cada caso, acerca do conceito de necessidade ou utilidade pública, *discricionariamente*: ele decide, com autoridade soberana, sobre a *qualidade* e a espécie de aproveitamento, e do uso, sem levar em conta a pessoa do proprietário. *Dá, entretanto, não se infere a absoluta possibilidade de declarar de utilidade social o que aproveita sobretudo a pessoa física ou jurídica particular. Se o ato transgredir as determinações legais, e, pior ainda, se atropela até a norma suprema, existe, não a autoridade discricionária, e, sim, a arbitrária — há excesso de poder.*

O interesse social, de qualquer forma, não pode ser o de sociedades particulares, de clubes, de associações, jungidos a estatutos nos quais não interferem o Estado.

“Si trata é vero d’un limite discrezionale, ma non sottratto a controlli di legittimità specialmente sotto il profilo dell’ECESSO DI POTERE, che, como in ogni altro atto amministrativo, *constituisce vizio della causa dell’atto stesso*”. (LENTINI, “L’espropriação”, pág. 38).

COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

Reza a Constituição Federal em seu artigo 141:

§ 4.º — “A lei não poderá excluir da apreciação do poder judiciário qualquer lesão de direito individual”.

No seu conteúdo lógico, diz PONTES DE MIRANDA, o § 4.º estatui:

- a) — que a lei ordinária não pode excluir da apreciação judicial as próprias leis, nem os direitos individuais que se fundam em normas da Constituição;
- b) — que a lei ordinária não pode excluir da apreciação do Judiciário os direitos individuais que se fundem em leis ordinárias.

Destarte, as atribuições chamadas *discricionárias* do Executivo ou do Legislativo mantêm-se e acatam-se, desde que não firam a *legítimos interesses dos particulares*.

A invocação do dispositivo servirá para manter íntegra a *garantia constitucional* do direito de propriedade, que em caso contrário ficaria, em última análise, à mercê dos agentes do Poder Executivo, e ainda do Legislativo, sem possibilidade de controle do Judiciário. Justamente para evitar qualquer entrave à ação administrativa, é que a lei enunciou *taxativamente* os casos de utilidade pública. Toda vez que se pretende criar, como na hipótese, um texto de lei que não seja da mesma hierarquia, com flagrante vulneração do interesse privado, poderá ser invocada a proteção do Judiciário. Faltarão sempre ao legislador local competência para editar normas sobre o direito de propriedade, suas formas de aquisição e perda.

Se o ato expropriatório não foi baixado *visando utilidade pública* ou deixou de se enquadrar na enumeração contida na lei, o *proprietário atingido pode pleitear a sua nulidade, por ação direta*, em processo autônomo. Como acentuou o ministro FRANCISCO CAMPOS, na exposição de motivos da lei vigente: “Ao Poder Judiciário foi vedado no processo de desapropriações, entrar na indagação de ser caso, ou não, de utilidade pública. De acordo, aliás, com a lei vigente e jurisprudência dominantes, *tal indagação deverá ser ventilada por ação direta, em processo autônomo, tendente a*

No caso em exame, é para ser assinalado que a cláusula do comodato traduz uma fraude a dispositivo da Lei Orgânica do Distrito Federal, que proíbe cessão gratuita ou doação de bens. A prevalecer tal critério, burlado estaria o salutar preceito de lei.

anular o ato do agente do Poder Executivo, e apurar a responsabilidade por abuso ou excesso de poder".

A limitação constante do art. 9.º do Decreto-lei n.º 3.365 ("ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública") suscita duas questões:

Muito mais importante do que a anterior é a questão da inconstitucionalidade da lei de desapropriações, que estabelece restrições à competência do Poder Judiciário para, no próprio processo de desapropriação, decidir sobre a existência ou não da utilidade pública declarada pelo decreto expropriatório. Muito embora o Ministro FRANCISCO CAMPOS, ao apresentar o Decreto-lei n.º 3.365, haja afirmado a impossibilidade de tal procedimento, a verdade é que a doutrina brasileira, encabeçada pelo insigne RUI BARBOSA, o Mestre insuperável do nosso direito constitucional, sempre entendeu de forma diversa, estancando apenas com a instauração do Estado Novo, quando se verificou subversão da ordem vigorante.

Debatendo-se assunto de direito constitucional, nada mais acertado do que buscar a doutrina dos norte-americanos pioneiros dêsse ramo do direito.

Dentre êles, LEWIS, a maior das autoridades, talvez, na matéria, assim se pronuncia:

"The question of public use is a judicial one. Must be determined in the first instance. But this determination is not final. All the courts, we believe, concur in holding that, whether a particular use is public or not, within the meaning of the constitution, is a question for the judiciary (JOHN LEWIS — "A treatise on the law of eminent domain in the United States", 3.ª ed. 1909, vol. 1, pág. 497, apud BEVILAQUA, in "Revista de Direito", vol. 48, pág. 277).

E em apoio desta lição aduz não menos de sessenta e cinco julgados (págs. 497-99), acrescentando, na seção subsequente:

"Não há dificuldade em estabelecer, como se mostrou nas duas seções precedentes, que só se pode expropriar a propriedade particular para o uso público, e que aos tribunais compete decidir o em que o uso público consiste (and that what is a public use is a question for the courts)."

O mesmo nos ensina EVERETT PATTISON, no seu tratado "*On Eminent Domain*":

"Se o uso, para que se desapropriou a coisa, constitui uso público, questão é de direito, que ao Poder Judiciário cabe decidir,

Invalidada a desapropriação, o direito da firma autora é o de gozar na sua plenitude a propriedade adquirida, cabendo-lhe cobrar da ex-locatária os alugueiros não percebidos.

Custas pela apelada.

Distrito Federal, 15 de maio de 1951.

Ari Franco, Presidente.

Oscar Tenório, Relator.

Mem de Vasconcelos Reis.

e tudo isto independentemente de o haver declarado público o poder legislativo".

Mais desenvolvidamente ainda EMLIN MC. CLAIN:

"A questão se o intuito ou uso, a que se destina" (a desapropriação), "é, realmente, público, no sentido necessário para legitimar a apropriação de bens particulares, é uma questão judicial, is a *judicial question*, sobre a qual toca aos tribunais sentenciar, como acerca de qualquer outra que envolva a natureza ou extensão da autoridade legislativa e entenda com as limitações explícitas, ou implícitas, que nas constituições a restringem" ("*Cyclopaedia of American Government*", vol. I, 1914, pág. 666).

COOLEY declara, *peremptoriamente*:

"A questão de saber o em que consiste o uso público é sempre uma questão de direito. *The question what is a public use is always one of law*. Releva ter em consideração o juízo da legislatura, nos atos em que ela ordena a desapropriação. Mas a sua decisão não é conclusiva" ("*Constitution Limitations*", 7.ª ed., págs. 774-5).

Assim, pois, na Constituição atual do Brasil, como na dos Estados Unidos, o recurso à Justiça, quanto às desapropriações que não guardem a condição de "exigidas pela utilidade pública", é um dos elementos substanciais da garantia da propriedade, consagrados na lei fundamental do país.

SEABRA FAGUNDES, em laureado trabalho inserto no volume 18, dos "Arquivos do Ministério da Justiça", também aprecia a tese, emitindo os seguintes conceitos:

"A questão se resume, então, conforme ARTHUR W. BROMAGE, no seguinte dilema:

Se as restrições que se impõe aos direitos privados não são desarrazoados ou arbitrarias, e se a necessidade pública é clara, então o exercício do poder de polícia prevalece. Se a necessidade

pública não é clara, e a regulação é arbitrária e desarrazoada, então o exercício do poder de polícia é exorbitante”.

Fixando os três elementos, *necessidade pública, razoabilidade e não arbitrariedade da ação legislativa* (e da administrativa, que edela decorre — o parêntesis é meu), o Judiciário controla a fundo as atividades dos outros poderes, interferindo, quase ilimitadamente, com a sua conveniência e oportunidade. Torna-se, então, um poder predominante do mecanismo dos poderes públicos, adstringindo o procedimento dos demais, no âmbito que lhes é estritamente peculiar, ao seu modo de ver e definir os textos basilares do direito.

Excede com isso o cunho técnico, que lhe atribui no Estado moderno o órgão controlador do regime de legalidade, indo mais além e controlando o próprio sentido político das leis.

Nessa ação total de supervisão e julgamento chama a si aquilo que é absolutamente peculiar aos poderes legislativos e executivo, como uma condição mesmo de equilíbrio entre eles o juízo sobre a conveniência de determinadas disposições legais e de sua aplicação. Aqui jamais se entendeu assim, ainda nas épocas que se possam considerar de apogeu do contróle jurisdicional da constitucionalidade das leis”.

Dois os modos pelos quais o Judiciário pode apreciar a valia do ato expropriatório:

- 1 — por meio de *ação direta* (que foi a intentada na espécie), autorizada pelo artigo 20 do Decreto-lei n.º 3.365, de 1941;
- 2 — pela discussão da tese na própria ação de desapropriação.

Em relação ao primeiro, jamais se discutiu a impossibilidade dessa apreciação, Doutrina e Jurisprudência — são uniformes e iterativas.

Quanto ao segundo, é preciso que se tenha em mira a possibilidade de, em determinados casos, ser discutida a desvalia do ato *na própria ação de desapropriação*. Muitas vezes a faculdade discricionária da Administração pode sofrer o reparo do julgamento. É o que, com grande clareza e autoridade, explica SEABRA FAGUNDES, em seu “O Contróle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário”, pág. 295:

“O exame pelo Judiciário do cabimento da desapropriação, isto é, *de ser ou não caso de necessidade ou utilidade pública*, pode suscitar dúvidas por importar, à primeira vista, no conhecimento pelo Judiciário do mérito do ato administrativo expropriatório. Mas o assunto deve ser posto nos seus *devidos termos*. O Judiciário não entra na indagação de ser realmente útil ou necessária a desapropriação decretada. Só o Poder Executivo, com o trato constante dos problemas administrativos,

com os seus planos de realização e orientado pelos técnicos a seu serviço, pode medir a conveniência ou o imperativo de sacrificar a propriedade privada aos interesses gerais. O *que compete ao Judiciário é verificar se, para a prática do ato expropriatório, foi invocado algum dos casos em que a lei autoriza a desapropriação* (Acórdão do Trib. de Ap. de São Paulo, em trinta e nove — 1921 — cit. por ODILON DE ANDRADE, obra citada, vol. 1.º, folhas 381). O Juiz, indagando se o ato se baseou num dos incisos legais, que o podiam autorizar, *não invade o campo reservado à função administrativa*”.

Em outra obra, o mesmo emérito tratadista reafirma:

“A *finalidade* é o resultado prático que com o ato se procura trazer à ordem jurídica, ou, como a define BONNARD, é o resultado final a que deve atingir o objeto do ato.

A atividade administrativa, sendo condicionada pela lei à obtenção de determinados resultados, não pode a administração pública dêle desviar-se, demandando resultados diversos dos visados pelo legislador. Os atos administrativos devem procurar produzir as conseqüências que a lei teve em mira quando autorizou a sua prática, sob pena de nulidade. A desapropriação, por exemplo, é autorizada pela carta nacional para atender à utilidade pública; *desde que seja decretada, alguma vez, no interesse direto de pessoa privada, o decreto será inválido por falta de finalidade legal*. Terá havido aí desvio da *finalidade* ou seja o que os franceses denominam “*détournement de pouvoir*”. A lei previu que o ato fôsse praticado visando a certa finalidade, mas a autoridade o praticou com finalidade diversa. Houve uma burla da intenção legal. *A autoridade agiu contrariando o espírito da lei*. Não importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido por divergir da orientação legal” (“A desapropriação por utilidade pública”).

Vêm ainda, em refôrço da tese, os conceitos lançados por OLIVEIRA E CRUZ, em sua obra especializada:

“Ajuizado o pedido, consoante as exigências do art. 13 do Dec. lei n.º 3.365, de 1941, a verificação judicial da legalidade ou constitucionalidade da desapropriação deve restringir-se aos seguintes pontos: 1 — a autoridade que lavrou o decreto junto à inicial tem ou não qualidade para tanto? 2 — *Consta a obra, a que se refere o decreto, da enumeração taxativa do art. 5.º do Dec.-lei n.º 3.365, ou de alguma lei especial, conforme a permis-*

são constante da letra P do mesmo artigo? 3 — Está o imóvel desapropriado abrangido no plano da obra?

A conclusão dessa tese é a de que, sem sombra de dúvida, o Judiciário pode entrar na apreciação da justificativa utilizada pela Administração.

CONSEQUÊNCIAS DA DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA EM FAVOR DE ASSOCIAÇÕES DESPORTIVAS

Ainda que o Club favorecido, com evidente sacrifício da propriedade privada, fôsse reconhecido pelo próprio expropriante como de utilidade pública, ainda assim não se modificaria o panorama. Serviria o fato, quando muito, para beneficiá-lo com favores municipais, como isenções de impostos e taxas, subvenções e outros benefícios, *nunca, porém, para colocá-lo em pé de igualdade com o Poder Público*, e com as entidades que, por sua natureza prestam *Serviços Públicos*, únicos que, de acôrdo com a Lei Federal que regula as desapropriações, podem usar das vantagens da desapropriação (tão somente as referidas no art. 3.º do Decreto-lei n.º 3.365).

O assunto é regulado por lei — pela Lei Federal n.º 91, de 28 de agosto de 1935 —, que dispõe:

Art. 1 — “As sociedades civis, as associações e as fundações constituídas no país *com o fim exclusivo de servir desinteressadamente à coletividade* podem ser declaradas de utilidade pública, provados os seguintes requisitos:

.....
Art. 3 — *Nenhum favor do Estado decorrerá do título de utilidade pública* salvo a garantia do uso exclusivo, pela sociedade, associação ou fundação, de emblemas, flâmulas, bandeiras ou distintivos próprios devidamente registrados no Ministério da Justiça e a da menção do Título concedido”.

Ora, os clubes previstos nas leis municipais específicas, longe de serem constituídos com o *fim* exclusivo, de servir desinteressadamente à coletividade, têm por objetivos suas finalidades desportivas. Não estão nas condições exigidas, nem sequer, a rigor, para merecer a simples declaração de utilidade pública, quanto mais a obtenção de favores especiais que seriam negados à própria União Federal.

A PROTEÇÃO AO ESPORTE

A proteção que a Prefeitura estaria obrigada, por lei, a prestar direta ou indiretamente aos esportes, está prevista no Decreto-lei n.º 3.199, de 14 de abril de 1941, que estabelece as bases de organização dos desportos em todo o País.

Em seu art. 37, estatui êsse diploma legal: “Incumbe à União, ao Distrito Federal, aos Estados e aos Municípios, isoladamente ou mediante conjunções de esforços, *estimular e facilitar a edificação de praças de desportos pela iniciativa particular*, e bem assim, na falta desta iniciativa, construí-las e montá-las, a fim de que sirvam aos exercícios e competições das entidades desportivas”.

Assim, à Prefeitura, quanto à iniciativa particular, *cabe apenas estimular e facilitar* a edificação de praças de desportos, devendo elas servir a *exercícios e competições das entidades desportivas em geral*.

Para êsse fim, pode a Prefeitura invocar o inciso N do art. 5.º da Lei de Desapropriações, e bem assim, o da Lei local n.º 57 de 14 de novembro de 1947.

Nesse ponto, SEABRA FAGUNDES é incisivo:

“Os estádios, cuja construção justifica o exproprioamento, hão de ser do Governo e não de clubes quaisquer” (“Desapropriação”, n.º 135).

O que a lei não permite é que a praça de desporte, construída ou adquirida pela Prefeitura, seja dada a determinada entidade privada.

INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL N. 32 DE 1947

Dispõe a Constituição Federal em seu art. 141, § 16:

“É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social”.

PONTES DE MIRANDA, ao apreciar êsse preceito, assinala a fls. 266 do vol. III de seus “Comentários” que entende a regra do § 16 como *self executing*. Se não existisse lei sobre desapropriação, teria a justiça apenas que verificar se houve ou não violação do preceito, quer dizer — se a desapropriação foi ordenada por *necessidade, utilidade* ou *interesse social*. E frisa:

“Se lei existe, — ou os termos exorbitam do texto constitucional — *cabe a declaração de inconstitucionalidade*.”

O direito constitucional brasileiro, desde os mais remotos tempos, como o direito de todos os povos civilizados, só admite a desapropriação pelos motivos expressamente mencionados. E êstes, inicialmente apenas dois — *utilidade e necessidade* —, hoje ainda permanecem, porque figuram ao lado do “*interesse social*”.

Necessário sendo o que é indispensável, e útil o que é conveniente, pode-se considerar redundante e inútil a separação deles. Tanto assim, que a vigente lei reguladora, de 1941, atenta o critério de referir-se apenas a *utilidade pública*.

E, não deixando de ser a desapropriação um sacrifício imposto ao proprietário, só deve ser permitida quando vise a atender alguma finalidade destinada a proporcionar um bem geral, e não somente para alguns indivíduos.

Os casos de desapropriação são aquêles estritamente enumerados pelo legislador, seja na lei de desapropriações, seja nas leis especiais. Não pode o Executivo ampliá-los. Só o legislador maior pode criar novos casos de expropriação (ainda que sujeitos ao *judicial control*, para a verificação da constitucionalidade).

Qualquer expropriação que se não enquadre na discriminação, precedentemente feita na lei geral ou em caso instituído por ato legislativo especial (Federal, vale insistir art. 5, XV, *g* da Constituição), será ilegítimo, e importará numa exorbitância do Poder Executivo.

E só essa exegese atende ao espírito e mesmo à letra da Constituição Federal quando, no § 16 do art. 141, estatui que o conteúdo e os limites do direito de propriedade são os definidos nas leis que lhe regulem o exercício (entre os quais não se pode deixar de compreender as leis expropriatórias, pois que estas regulam a mais grave restrição a esse direito), assim manifestando o intuito de não admitir outras restrições que as explicitamente consignadas em texto de lei.

Ora, se as restrições ao direito de propriedade são as reguladas em lei, não é possível admitir qualquer caso de expropriação, sem que esteja legalmente previsto.

Por outro lado, haveria que se considerar — como de resto fez o acórdão ora apreciado — as restrições e proibições que traz o artigo 45 da Lei Orgânica do Distrito Federal a transferência e utilização dos bens imóveis da Prefeitura. O imóvel é desapropriado, ingressa no domínio público, passando a sofrer sua destinação o policiamento no princípio de ordem pública.

E após a desapropriação — como agir? Entregar o produto às associações particulares, em comodato, como aconselha a Lei 32? Doá-lo? Aliená-lo a preço módico? Nada disso é possível, tão rígido os princípios constantes da Lei Orgânica. Outorgar qualidade bastante que justifique a desapropriação? Também impossível, uma vez que a legislação somente se refere à entidades que desempenhem *Serviço Público*.

Nem se poderia alegar que a entrega em comodato estaria de pé, dada a superveniência do dispositivo proibidor constante da Lei Orgânica. Trata-se de *princípio de ordem pública*, de vigência suficiente para impedir prática de qualquer ato, *ainda que decorrente de situação anterior*. O Executivo a ele está jungido, não podendo deixar de observá-lo, em *qualquer circunstância*.

Ademais, além de inconstitucionalidade, é o ato consubstanciado na Lei n.º 32, por mais de uma razão, patentemente ilegal. Isto porque, afora a

União, os Estados, os Territórios, o Distrito Federal e os Municípios, somente poderão ser favorecidos com a desapropriação os

- concessionários de serviços públicos; os estabelecimentos de caráter público e, os estabelecimentos que exerçam funções delegadas do poder público.

Tais são as únicas pessoas, de direito público ou privado, em cujo favor, no direito positivo brasileiro, podem ser declarados de utilidade pública e desapropriados bens. Porque executam elas serviços que são de utilidade *geral*, serviços que revertem em benefício de *todos*.

Expõe, muito bem, o preclaro SEABRA FAGUNDES:

“O que é preciso, nestes casos, é que a desapropriação tenha sempre em vista o *interêsse geral*, de modo que, quando beneficie pessoa privada, isto se dê indiretamente, refletindo-se ainda os benefícios da medida sobre a coletividade pelo uso que dos serviços concedido faça o público.

O que é preciso é que se tenha em vista a utilidade pública. Não importa quem a representa ou através de quem a coisa seja posta *ao serviço* da coletividade. Em qualquer hipótese, o bem há de ser desapropriado no interêsse primário do Estado. Embora vá servir diretamente à entidade beneficiada, só lhe é transferido em atenção a interêsse que originariamente são encarnados e representados pelo Estado.”

Estabelecido isso, salta aos olhos a ilegalidade da expropriação em causa.

As associações desportivas não são, nem concessionárias de serviços públicos, nem estabelecimentos de caráter público, nem estabelecimentos que exerçam qualquer função *delegada* do Poder Público.

São simples sociedades civis recreativas e esportivas para uso particular de um grupo de pessoas — Sócios seus — em cujo benefício, exclusivo, seria violentado o direito de propriedade de terceiros, *em nenhuma utilidade pública* que justificasse o ato.

A SOLUÇÃO É ÓBVIA

A lei de desapropriações, no artigo 5.º, ao considerar os casos de “utilidade pública”, discrimina taxativamente na letra *n*, a “criação de estádios”, que serão, evidentemente, do patrimônio de uso especial do Estado (art. 66, 11, do Código Civil).

Para tanto, atos legislativos do Distrito Federal já se encontram em validade. Refiro-me às Leis ns. 57, de 14 de novembro de 1947 (exceção do

§ 4.º), e 77, de 15 de abril de 1948, que prevêem a construção de cinco pequenos estádios em locais que mais consultem os interesses da população.

Existindo autarquia com o objetivo precípuo de administrar êsse setor, nada mais simples do que desenvolver o plano autorizado, fazendo com que tôdas as pequenas associações privadas dêles se utilizem, em comum, cada uma a seu tempo, é óbvio.

Procedimento contrário, redundando em abuso, sujeito à correção pelo Judiciário.

CONCLUSÃO FINAL

Bem pesadas as ponderações acima desenvolvidas, e sendo certo que, em meu entender:

1 — A Lei Municipal n.º 32, de 31 de outubro de 1947 — e outras que lhe seguiram os passos — têm o vício da inconstitucionalidade, pois, contra o dispositivo expresso do § 16 do art. 141 da Constituição Federal, sob cujo império foram promulgadas, legislam sobre direito civil e sobre desapropriação (art. 5.º da Constituição), sobre direito de propriedade, criando caso novo de desapropriação por interesse particular, não previsto nas letras *a* até *O* do art. 5.º do Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, nem nos termos de sua letra *p*, e nem em nenhuma outra *Lei Federal*.

2 — O art. 20 do Decreto-lei n.º 3.365, de 1941, tornou-se nulo em face do § 4.º do art. 141 da Constituição de 1946, que veda à lei excluir da apreciação do Judiciário qualquer lesão de direito individual. Pois, restringindo-se a contestação, no processo de desapropriação ao vício deste processo ou à impugnação do preço, e mandando-se decidir por *Ação Direta* qualquer outra questão, fica retirado ao expropriado o amparo judicial ao seu direito de propriedade assegurado no § 16 do artigo 141 da Constituição vigente, e excluída da apreciação do Poder Judiciário a lesão que lhe fôra feita.

Para concluir desejo recordar o sábio ensinamento do emérito CARLOS MAXIMILIANO:

“Ressumbra do exposto que o interesse social não se confunde com o interesse das sociedades, associações e *clubes*, em cujo proveito não é lícito tirar a propriedade de alguém, nem sequer pagando generosa indenização. *Qualquer lei ou decreto em contrário carece de eficácia*. Porquanto os desfiguram juridicamente a eiva da inconstitucionalidade. As sociedades particulares, ainda que um diploma as classifique entre as de utilidade pública, adquirem imóveis, como os indivíduos, mediante acôrdo entre partes interessadas” (“Comentários à Constituição Brasileira”, Vol. III, pág. 96).

GUSTAVO PHILADELPHO AZEVEDO
5.º Procurador da P.D.F.

8.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL N.º 4.263

É de natureza precária a ocupação que a Prefeitura concede ao antigo locatário de prédio desapropriado, embora lhe cobre alugueres. Fica satisfeita a exigência da prévia notificação quando entre esta e o requerimento de despejo decorre o prazo legal.

Não se conhece de agravo no auto do processo quando não foi êle tomado por termo.

Vistos, examinados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível número 4.263, em que é apelante B. Carias & Cia. Ltda. e apelada a Prefeitura do Distrito Federal, acordam os juizes da Oitava Câmara do Tribunal de Jus-

COMENTÁRIO

A desapropriação é uma das causas da perda e da aquisição da propriedade imóvel (Const., art. 141, § 16 e Cód. Civ., art. 590).

Se o Estado assim a adquire e se imite, provisória ou definitivamente, na sua posse, entende-se que o faz de modo irrestrito e pleno, porque a imissão consiste nisso, precisamente, de haver a entrega da coisa daquele que a tem em seu poder.

A posse é um fato natural, ordinariamente resultante da propriedade, que é uma ficção da lei.

Mas se o nú-proprietário entrega a coisa a outrem para estabelecer uma relação jurídica temporária, como a da locação, do depósito ou do penhor, uma nova posse se implanta, sem que a substitua, porque as duas coexistem e se exercem, paralelamente; a indireta, do proprietário, que se diz *originária* em relação à posse *derivada* do possuidor direto, com esta convive, cada qual com o seu caráter próprio.

Contra elas, simultaneamente, se endereça a imissão, que visa estabelecer em seu lugar a posse unificada e atributiva do novo adquirente, nela consolidando os direitos que compõem o poder dominical.

Isto o acórdão bem o admitiu, ao reconhecer que tendo sido a Prefeitura imitada na posse do prédio desapropriado, permitiu que nele permanecesse a antiga locatária, a *título precário*, embora pagando aluguel.

Andou mal, porém, ao concluir dessa premissa pelo cabimento do despejo, que é ação típica do locador.

A desapropriação é meio para um fim de utilidade ou necessidade pública.

Êsse fim altera, por si mesmo, o destino da coisa e rompe os vínculos locativos, tanto que se prescinde da ação específica e se obtém a imissão mediante simples ato executório (C. P. C., art. 993; Dec.-lei 3.365-41, art. 29).

Êsse ato se per fez.

tiça dêste Distrito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao primeiro agravo no auto do processo, não conhecer dos outros dois e também negar provimento à apelação.

O despacho saneador decidiu que as partes são legítimas e que o prazo, a rigor, foi de mais de noventa dias.

Daí o agravo de fls. 56, que improcede porque a autora, tendo sido imitada na posse do prédio cuja desapropriação ajuizara, permitiu que a ré, antiga locatária, ali continuasse a título precário, embora lhe pagando alugueres; é pois, a autora parte legítima para requerer o despejo.

E quanto ao prazo de noventa dias (segunda parte do primeiro agravo), é certo que a notificação foi requerida com o prazo de trinta dias, mas

Deu-se, portanto, a vacância do prédio, extinguindo-se tôdas as relações entre locador, adquirente e locatário.

Essa extinção não impedia que outras se criassem, desde que não colidentes com o fim da desapropriação, como as seriam as de fundo locativo; e elas, na realidade, se criaram pela *concessão da ocupação da coisa*, que o acórdão, ainda fiel ao sentido lógico do seu raciocínio, identificou como de natureza precária.

Mas daí há como chegar a surpreendente, conquanto implícita conclusão de uma relação convencional, susceptível de elidir os efeitos da ação do concedente pela *exceptio pacti*, desde que o *precarium*, no conceito unânime, dos doutores, não assenta em contrato algum, mas numa autorização iminentemente revogável.

A ocupação, em suma, não é locação, nem com ela pode ser confundida.

O direito do precarista se limita a ocupar a coisa de acôrdo com a licença e pelo tempo da sua duração.

Se não o faz, no tempo e pelo modo devidos, a ocupação não mais se exerce pela vontade do dono, mas pelo arbítrio do precarista, que a substitui, convertendo o precário em posse.

Eis a violência.

Para fazê-la cessar, é evidente que se não pode usar do despejo, que pressupõe a relação convencional, reconhecidamente inexistente, mas do interdito, que é a ação específica do possuidor esbulhado ou molestado na sua posse.

Quando uma lesão de direito corresponda a remédios processuais diversos, compreende-se que se possa usar qualquer dêles.

Mas quando ela tenha uma terapêutica própria, como no caso, um princípio elementar de técnica não permite a aplicação de outra, correspondente a mal diferente e não afim.

Os meios podem se multiplicar, mas só atingem o seu fim se a êle conduzem.

E o despejo não conduz à reintegração na posse, porque não se reintegra senão naquilo que se perdeu.

AMILCAR LAURINDO RIBAS
Juiz no Distrito Federal

entre tal notificação e o requerimento de despejo decorreram mais de noventa dias.

Os outros dois agravos não foram tomados por têrmo, pelo que dêles não se deve conhecer.

Quanto à apelação, seu julgamento já está implícito no do primeiro agravo. Custas pelo recorrente.

Rio de Janeiro, 7 de janeiro de 1949.

Guilherme Estellita, Presidente.

Emanuel Sodré, Relator.

Eduardo Espínola Filho.