

justificaria o seu afastamento do serviço; porque, em última análise, o ato demissório atentaria contra o próprio princípio de legalidade.

O servidor seria punido afinal contra evidência da prova, o que constitui, sem dúvida alguma, verdadeira iniquidade.

Na hipótese, contudo, nada disso ocorre. Há prova; julgada apenas insuficiente para a condenação criminal.

Assim, e *data venia* do Sr. Ministro Relator, ponho-me de conformidade com o Sr. Ministro Revisor. Dou provimento a ambos os recursos, para julgar improcedente a ação.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Contra o voto do Sr. Ministro Relator, deu-se provimento a ambos os recursos, para julgar improcedente a ação. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Henrique D'Ávila.

III — TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

TRIBUNAL PLENO

APELAÇÃO CIVEL N.º 7.099

Não é inconstitucional o art. 18 do Decreto-lei n.º 96, de 22 de dezembro de 1937, que sujeita a fôro determinados terrenos, que enumera, no Distrito Federal.

Vistos e relatados os presentes autos em que é apelante a Fazenda Municipal e apelados Maria Luísa Battard Bato e outros:

Acordam os Juizes do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, em sessão plena, por não se haver verificado a maioria absoluta de votos da tota-

AS SESMARIAS DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO

A presunção do regime enfiteútico e a inversão do ônus da prova, que se estabeleceu em favor da Fazenda do Distrito Federal, titular do domínio direto de grandes áreas na cidade do Rio de Janeiro, trouxe, à época, grandes debates doutrinários, que culminaram com a propositura de inúmeras ações, visando anular os efeitos do artigo 18 do Decreto-lei n. 96, de 22 de dezembro de 1937 (Lei Orgânica do Distrito Federal), *verbis*:

“Presumem-se sujeitos a fôro, salvo prova em contrário produzida pelos respectivos proprietários, não lhes sendo aplicável a presunção de que trata o art. 527, do Código Civil, os terrenos particulares compreendidos nas áreas de marinha e man-

tidade dos membros do Tribunal, nos termos do art. 96 da Constituição vigente de 10 de novembro de 1937, julgar improcedente a arguição de inconstitucionalidade relativa ao art. 60 da Lei n.º 196, de 18 de janeiro de 1936, reproduzido no art. 18 do Decreto-lei n.º 96, de 22 de dezembro de 1937 (Lei Orgânica do Distrito Federal).

Dos Juizes que assim decidiram alguns o fizeram pelo único fundamento de que o preceito argüido de inconstitucional não fere o princípio de generalidade e de igualdade da lei, nem qualquer outro dispositivo constitucional.

Outros a esse fundamento ajuntaram, em abono da mesma conclusão, o exame do alvará de 10 de abril de 1821.

Finalmente outros entenderam que, em face do alvará citado e que é o título do direito da Municipalidade, tornava-se *desnecessário* o pronunciamento judicial sobre o acerto técnico do preceito, pois a aceitação dessa conclusão prévia importava também em apreciação do mérito da arguição.

Neste último sentido é o voto do Relator — voto que vai em separado.

Custas na forma da lei.

Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1939. — *Vicente Piragibe*. — *José Antônio Nogueira* (Relator) — Seja qual fôr a interpretação que se dê às concessões de sesmaria feitas aos habitantes ou à cidade do Rio de Janeiro no século XVI por Estácio e Mem de Sá, e no século XVII por Dom Pedro de Mascarenhas, o certo é que o alvará de 10 de abril de 1821, como solução a um recurso extraordinário para a coroa, não foi revogado, cassado ou anulado por nenhuma lei ou ato posterior, quer de natureza constitucional, quer de legislação ordinária.

Esse Alvará, pondo termo a um litígio pelo provimento ao recurso extraordinário de graça, não é propriamente uma lei no sentido técnico moderno da palavra.

E' ao mesmo tempo *coisa julgada* e ato de instituição de um direito.

Porque o Alvará não só resolveu e decidiu sobre a matéria do recurso judiciário, anulando o acórdão de 1812 do Juízo dos Feitos da Coroa, senão que no mesmo ato estabeleceu ficarem legítimos e válidos todos os aforamentos anteriores e posteriores aos Alvarás de 26 de outubro de 1745 e 23

gues do Distrito Federal, bem como na área da sesmaria concedida à Cidade do Rio de Janeiro, por Estácio de Sá, em 1565, confirmada e ampliada pelo Governador Geral Mem de Sá, em 1567, cuja medição, julgada por sentença do Ouvidor Geral Manuel Monteiro de Vasconcelos, de 20 de Fevereiro de 1755, consta do livro do Tombo das Terras da Cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro, existente no Arquivo da Prefeitura do Distrito Federal, e bem assim na da Sesmaria chamada dos Sobejos, doado ao Senado da Câmara do Rio de Janeiro pelo Governador D. Pedro Mascarenhas, confirmada por Carta Régia de D. Maria I, de 8 de janeiro de 1794”.

Em defesa do Patrimônio do Distrito Federal, que se viu vencedor nos diversos pronunciamentos dos Tribunais, atuou o então Procurador Geral,

de julho de 1766, convertendo-os de temporários que eram em aforamentos perpétuos, reduzindo-os todos a perpétuos, pôsto que se achem celebrados por vidas, segundo as palavras do texto.

Trata-se, como se vê, de um ato do poder absoluto, sendo por um lado decisão final de um litígio constituindo coisa julgada e por outro equivalente

o eminente jurista JOSÉ VIRIATO SABOIA DE MEDEIROS que, na oportunidade, produziu notável trabalho, ora transcrito em seguimento ao acórdão publicado.

Há permanente interêsse no problema, por isso que a vigente Lei Orgânica (Lei Federal n. 217, de 15 de janeiro de 1948), promulgada em substituição ao Decreto-lei n. 96, repetiu o princípio:

Art. 42 — “Presumem-se sujeitos a fôro os terrenos particulares compreendidos:

- a) Vetado.
- b) Na área da sesmaria concedida à Cidade do Rio de Janeiro, por Estácio de Sá, em 1565, confirmada e ampliada pelo Governador Geral Mem de Sá, em 1567, e cuja medição, julgada por sentença do Ouvidor Geral Manuel Monteiro de Vasconcelos, de 20 de fevereiro de 1755, consta do livro de Tombo das Terras da Cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro, existente no Arquivo da Prefeitura;
- c) Na sesmaria chamada dos sobejos, doada ao Senado da Câmara do Rio de Janeiro pelo Governador D. Pedro Mascarenhas e confirmada por Carta Régia de D. Maria I, de 8 de janeiro de 1794.

.....
§ 3.ª — A presunção estabelecida no princípio dêste artigo poderá ser elidida, pelos proprietários dos terrenos, mediante prova em contrário, não lhes sendo aplicável o disposto no artigo 527 do Código Civil”.

Eis o trabalho do Procurador Geral SABOIA DE MEDEIROS:

Sesmaria, explica VITERBO — *Elucidario* L. v., “se chamaram as dats de terras, casais ou pardieiros, que estão em ruínas e desaproveitadas, e que os seus direitos senhorios, depois de avisados, não fazem aproveitar, e valer”. “Antigamente, continua êle, eram *sesmeiros* os que El-Rei destinava para darem as ditas propriedades de Sesmaria, outras vêzes permitia aos Concelhos o nomeá-los. A origem dêste nome parece que se deve procurar em *Sesma* (hoje *Sesmo*) que era a sexta parte de qualquer coisa. E como estas terras se costumavam dar com fôro e pensão de *sexto ou de seis hum*, daqui se disse fâcilmente *sesmaria* e *sesmeiro*; e também *sesmo*, sítio, têrmo ou limite, em que se acham estas terras assim dadas de sesmaria”. V. *Ordenações Manuelinas*, t. IV, tit. LXVII. Nesta época era o sesmeiro um oficial exclusivamente nomeado pelo rei; “as quaes terras, e os bens assim danificados e destruidos, podem e devem ser dados de Ses-

a uma carta de doação, criando direito novo pelo menos na parte em que estabelece a perpetuidade dos aforamentos. Ora, êsse ato, que foi um dos últimos emanados de D. João VI, como monarca absoluto, não foi revogado nem cessado em nenhum momento da história política do país.

A lei de 20 de outubro de 1823, artigo 1, que mandou aplicar a legislação portuguesa, declarou expressamente continuarem em vigor as Ordenações, Re-

marias pelos Sesmeiros que para esto forem ordenados, os quaes *Sesmeiros a Nós soamente pertence de os dar*, e poer nos Lugares onde ouer terras ou bens da raiz, que de Sesmaria se devam dar”.

Era compreensível que a instituição se applicasse por analogia à distribuição das terras novamente descobertas e pertencentes à Coroa Portuguesa. Como observa CANDIDO MENDES — *Cod. Phil.* nota 3 do L. 4.ª, tit. XLII — *Das sesmarias*, “as datas das terras virgens do Brasil não se poderia chamar *Sesmarias*, mas como se achavam desaproveitadas, assim foram tambem denominadas”. Com efeito, já a elas faz expressa referência o *Regimento* de Thomé de Souza, (de 17 de dezembro de 1549), primeiro Governador do Brasil, o qual se lerá na íntegra no 3.ª vol. da *História da Colonização Portuguesa do Brasil*, págs. 345-350. Depois de ‘haver recomendado as primeiras medidas julgadas necessárias para se fundar uma povoação “grande e tal qual convem que seja”, em que bem possam amarrar os navios”, declara o Rei:

“Porque minha tenção he que a dita povoação seja tal como atrás fica deccrarado ey por bem que elle tenha de termo e lemite seis leguoas para cada parte e sendo caso que per allgúa parte não aja as ditas seis leguoas por não aver tanta terra chegará o dito termo atee omde cheguaem as terras da dita capitania o qual termo mandareis demarquar de maneira que em todo tempo se possa saber por onde parte”.

E continua:

“Tamto que teverdes assentada aa terra para seguramente se poder aproveitar dareis de sesmaria as terras que estiverem demtro do dito termo aas pessoas que volas pedirem, não sendo já dadas a outras pessoas que as queirão ir povoar e aproveitarn no tempo que lhe para isso aa de ser noteficado, as quaes terras dareis livremente sem fôro allgum somente pagarão o dizimo aa ordem de Noso Senhor Jhesu Christo e com as condições e obrigações do iforal dado aas ditas terras e de minha ordenação no quarto livro titulo das sesmarias.....”

A referência é às *Ordenações Manuelinas*, em vigor na ocasião.

Em 23 de julho de 1556 foi nomeado terceiro Governador do Brasil o desembargador Mem de Sá, com os mesmos poderes que os de seus predecessores (VARNHAGEN — *Hist. Geral do Brasil*, ed. de Capistrano de Abreu e Rodolpho Garcia, vol. 1.º, pág. 378).

gimentos, Leis, Alvarás e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, enquanto não fôsse organizado novo Código, ou não fôssem especialmente alterados.

Ficaram, portanto, tôdas as revogações ou alterações dependendo do que futuramente fôsse regulado no Código a que se reporta.

Dêstes poderes foi que se utilizou Estácio de Sá, sobrinho do Governador, capitão-mór da expedição encarregada de desalojar os francêses do Rio de Janeiro e da fundação da cidade, quando concedeu a primeira das sesmarias do Rio de Janeiro, a dos Jesuítas, em 1 de julho de 1565, confirmada por Mem de Sá aos 30 de agosto de 1567 (V. o texto descoberto e publicado pelo Pe. Serafim Leite S.J. no "Jornal do Commercio", de 17 de fevereiro de 1935), e dias depois, a 16 de julho, a sesmaria de uma légua e meia de testada com duas de fundo à cidade do Rio de Janeiro, confirmada esta última, a 16 de agosto de 1567, por Mem de Sá, que a ampliou para seis léguas em quadra: novamente confirmadas ambas, mais uma vez, por carta régia de 8 de janeiro de 1794, do Príncipe Regente, em nome da Senhora D. Maria Primeira, Rainha de Portugal.

Começadas a medição e demarcação desta, por fôrça da provisão régia de 7 de janeiro de 1643, em 25 de maio de 1667, operações interrompidas por quase um século, prosseguiram em 1753 e terminaram em 1755, por sentença de 20 de fevereiro dêste ano do Ouvidor Geral, Doutor Manoel Monteiro de Vasconcellos, que as homologou.

No curso das primeiras operações, verificou-se entretanto uma anomalia: é que, partindo a medição da "Casa da Pedra" na Praia do Sapateiro (Praia do Flamengo, atualmente, ao pé do Morro da Viúva) a linha de base da demarcação entrava terra a dentro, em direção ao Morro da Conceição, deixando para a parte do mar uma vasta área que era a mais importante do concelho ou alfoz, dentro do qual se exercia a jurisdição da Câmara, e onde esta já havia concedido numerosos aforamentos, como se vê da petição que dirigiram os Officiais ao Governador Geral e *sesmeiro*, D. Pedro Mascarenhas.

Alegam aí o procurador do Concelho e mais officiais da Câmara da Cidade que, procedendo-se à demarcação das terras do dito Concelho, o qual começa na casa da pedra na praia, que chamam do Sapateiro, conforme o mesmo foral, e poderá ir demorar no outeiro de N. S. da Conceição, succede que do dito rumo, para a banda do mar e da cidade sobejam algumas terras, as quais, *posto que esteja o dito Concelho de posse delas*, pode haver alguém que as peça. Por isto, para excusar dúvidas e segurar as ditas terras para o Concelho, que são muito necessárias para a sua conservação e para o rocío dele, pedem que, atento o que alegam, lhes faça o Governador mercê em nome de Sua Majestade, *como sesmeiro que é* (o Governador) dar e conceder de sesmaria tôda a terra que ficar do dito rumo da banda da cidade e mar, o que pediam em nome do dito concelho, e moradores da cidade. E nessa petição, exarou o Governador êste despacho: "Dou aos Suplicantes, em nome de Sua Majestade, tôda a terra que pedem, e ficar fora do rumo para a parte da cidade

A representação apresentada em 1828 às Câmaras Legislativas contra a eficácia dêsse Alvará não foi atendida, de acôrdo com o parecer da Comissão de Justiça Civil de 31 de julho de 1828, assinado por Silva Teles, J. R. C. Dormund, Augusto da Silva e Cruz Ferreira, sendo voto vencido apenas o de J. C. de Miranda Ribeiro — parecer êsse que termina com as seguintes pon-

e mar, na conformidade de sua petição para o que se lhe passe carta de sesmaria". Datado de 26 de maio de 1667.

A carta, diz COSTA FERREIRA — *A cidade do Rio de Janeiro e seu termo*, foi lavrada pelo escrivão de sesmarias Antonio Ferreira da Silva, aos 9 de julho de 1667, e registrada nos livros da Câmara a 7 de setembro do mesmo ano, onde ficou depois conhecida pelo nome de Sesmaria de Sobejos". Esta sesmaria foi confirmada por Carta Régia do Príncipe Regente, em nome da Rainha D. Maria I, em 8 de janeiro de 1794.

Êste patrimônio territorial da cidade do Rio de Janeiro, prescindindo aqui, por não importar ao caso que nos preocupa, dos terrenos realengos do Irajá, da Sesmaria do Realengo do Campo Grande e dos terrenos de marinhas, se comprova cabalmente com os autênticos documentos seguintes:

1) autos originais de medição e demarcação da sesmaria de Estácio de Sá, confirmada e ampliada por Mem de Sá, julgadas por sentença do Ouvidor-geral Manoel Monteiro de Vasconcellos, aos 20 de fevereiro de 1755, e que constitui o Códice n. 310 do Arquivo do Distrito Federal;

2) o traslado dos autos dessa mesma medição e demarcação, constante de um livro especial, rubricado em tôdas suas páginas com a rubrica "Monteiro", do mesmo Ouvidor-geral, encerrado com têrmo do escrivão Ignácio Gonçalves de Carvalho, conferido e concertado com os autos originais pelo mesmo Ouvidor-geral, e existente no mesmo Arquivo;

3) a carta da confirmação régia da Sesmaria dos Sobejos, de 8 de janeiro de 1794, em que se transcrevem o requerimento da Câmara, o despacho do Governador, D. Pedro Mascarenhas, seguidos da confirmação solicitada, como por esta confirmo, os ditos sobejos de terras na margem sobredita com as confrontações referidas, que em meu real Nome lhe deu Dom Pedro Mascarenhas, sendo Governador da praça da cidade do rio de Janeiro".

Quanto à primeira sesmaria, a medição se restringiu à quadra retangular da légua e meia de testada por duas léguas de fundo, dada por Estácio de Sá.

Quanto à primeira sesmaria, a medição se restringiu à quadra retangular de légua e meia de testada por duas léguas de fundo, dada por Estácio de Sá.

A sesmaria de sobejos, estava por si demarcada, do lado de terra, pela linha de base da sesmaria de Estácio de Sá, e, do lado ou da banda do mar, pela linha de litoral que une em curva os seus pontos extremos. Não havia demarcação a efetuar de tal sesmaria. As circunstâncias de fato lhe haviam traçado exatamente o contôrno.

Como adverte COSTA FERREIRA — *Introd. ao Livro do Tombo das Terras da Cidade do Rio de Janeiro* (pág. XIV), "estava essa doação por

derações: "A Comissão é de parecer que a questão proposta se acha justa e competentemente decidida pelo Alvará de 10 de abril de 1821, porque o recurso da petição de queixa imediata ao rei era então admitido, e elle por graça especialíssima mandava rever o feito e decidia como achava justo; o que se praticou no presente caso, onde, procedendo consulta do desembargo do Paço,

sua doação por sua própria natureza, demarcada: de um lado, pelo rumo do Nornoroeste da testada da sesmaria primitiva; de outro, pelo litoral, a partir do Leme, contornando o morro dêsse nome, seguindo pela Praia Vermelha, orla exterior do Pão de Assúcar, península da "cara de cão" (actual Fortaleza de S. João), orla interior do morro da Urca até a direção do rumo da testada. Em seguida, após uma solução de continuidade, recomençando a partir do morro da Viúva, contornando êsse morro até a praia do Flamengo, seguindo por essa praia até o morro da Glória, contornando exteriormente êste morro até a praia do Russel, por essa praia até a Glória e a de Santa Luzia até a ponta do Calabouço, contornando essa ponta até a antiga praia D. Manuel, e daí pelo Pharoux, acompanhando a antiga marinha da cidade, até a ponta dos Marinheiros, ao pé do morro de S. Bento, contornando exteriormente êsse morro, até a antiga prainha junta ao morro da Conceição, no rumo Nornoroeste da medição e demarcação realizada".

UMA OPINIÃO SINGULAR

Houve quem quisesse inferir dos termos da Ordenação: "as quaes terras dareis livremente, sem fôro algum, sómente pagarão o dizimo á Ordem de N. S. Jhesus Christo", reproduzidos nos Regimentos dos Governadores Gerais, que as dadas de terras ao concelho, ou, referindo-nos à autoridade que o administrava, ao Senado da Câmara da Cidade, separado o que se destinasse aos logradouros públicos (rocios, ou melhor, rossio — praia, terreiro, baldio) e pastos de gado, haviam de ser distribuídas gratuitamente aos seus habitantes. Êste paradoxo desponta mesmo em sentenças contemporâneas. Contra semelhante conclusão acodem argumentos em chusma. A sesmaria foi dada ao *concelho*, à corporação administrativa, e não individualmente aos *vizinhos* ou moradores, que não se declina quaes fossem. A esta cabia utilizá-la do melhor modo que lhe parecesse, e o que se lhe oferecia era precisamente, reservado o necessário para rossio e pastos de gado, o aforamento que lhe proporcionaria rendas para os serviços a seu cargo, por mais rudimentares que fôssem êstes nos seus primórdios. Ao Concelho, concessionário da sesmaria, nenhum tributo se impunha, senão sómente aqueles com quem a Câmara ia repartindo as glebas, de acôrdo com as solicitações que recebia e a capacidade que se lhes reconhecesse para as aproveitar convenientemente.

A prova disto, temo-la nos próprios autos de medição. Com effeito, af se lê que, ao chegarem o Juiz, agrimensor, escrivão e mais pessoal occupado na demarcação da estrada do Valongo para a Cambôa (Gambôa) appareceu presente João Luiz dos Santos, e por elle foi dito que protestava de nulli-

foi resolvido pelo sobredito alvará; e pôsto que el-rei tivesse jurado a constituição política que se houvesse de fazer em Portugal, esta não estava feita e elle se conservava no exercicio daquelle direito.

Além disso, os representantes, no entender da Comissão, não têm a seu favor melhores fundamentos de Justiça do que os que por parte da Câmara

dade àquele marco, e de em nenhum tempo lhe prejudicar a medição em razão de ter entrado esta por alguma parte das terras de sua chácara, as quaes *eram isentas* e sempre o foram, como a seu tempo mostraria. Mais adiante, continuando os trabalhos, referem os autos que appareceu Manoel Barreto de Macedo, pelo qual foi dito que "protestava de nullidade aos marcos que se haviam fincado em uma e outra praia, que abrangia as suas terras, *as quaes eram isentas de fôro, ou pensão*, e como taes as possuía por si e seus antepassados, ha muitos annos, sem que a Camara nellas tivesse dominio algum, como assim a seu tempo pretendia mostrar".

Logo, ninguém nutria dúvida acêrca dos direitos que a Câmara se arrogava sôbre as terras da sesmaria que lhe fôra dada, nem tais direitos se contestavam. A contestação versava apenas sôbre os limites da sesmaria, a área sôbre que êsses direitos se exerceriam. Dentro dêstes limites, não havia impugnação: podia a Câmara dispor livremente destas terras, aforando ou arrendando o que lhe não aprouvesse utilizar para logradouros públicos.

O exercicio incontestado e reiterado dêste direito, que é a melhor prova da sua subsistência, resulta de numerosissimos aforamentos concedidos pela Câmara e constantes de livros antigos depositados nos seus arquivos, e que escaparam aos successivos desastres occorridos, dos quaes o principal e mais grave foi o incêndio occorrido "na madrugada do dia 20 de julho de 1790 (e que) reduzio a cinzas o seu precioso Archivo e com elle quasi todos os documentos e livros, em que se achavam registrados os títulos dos foreiros e arrendatários". (HADDOCK LOBO — *Tombo das terras municipais*, I, página 40).

Os "*Autos de correições de Ouvidores do Rio de Janeiro*", bem como os *Acórdãos e Vereanças* do Senado da Câmara, relativos aos annos de 1635 a 1650, existentes no Archivo do Distrito Federal e publicados em quatro volumes, em 1929, 1931 e 1935, estão inçados de referências precisas e de providências sôbre êsses aforamentos.

Mas sôbre a questão temos melhor e mais decisivo.

Primeiro: o Alvará de 5 de outubro de 1795, que deu Regimento às Sesmarias do Brasil, onde, tendo em consideração a pobreza e escassês de recursos de algumas Câmaras do Estado do Brasil, ordenou o Rei que, a cada uma delas, se desse e concedesse uma data de quatro leguas de terra em quadra, para as administrarem os Officiaes das mesmas Câmaras, e do seu rendimento fazerem as respectivas despesas e obras do Concelho, a que são obrigadas: e poderão os seus respectivos Officiaes *aforarem aquellas partes das mencionadas terras*, que lhes parecer mais convenientes, e úteis aos interêsses e *aumento das suas rendas*, contanto que

e da causa pública se expenderem na consulta, e vem expresso no mesmo alvará para que êle se haja de revogar”.

Proclamada a República, a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, no art. 78, § 17, incluiu entre as garantias a manutenção do direito de propriedade em toda a sua plenitude e no art. 84 declarou continuarem em vigor en-

observem o que a Ordenação do Reino, e outros muitos Alvarás e Ordens dispõem a respeito dêstes aforamentos.

Ora, que fazia aí o Rei senão confirmar o que havia muito se praticava, tornando extensivo às novas Câmaras, a que se referia, o expediente já adotado muito anteriormente para os primeiros concelhos criados, tão pobres, então, como os novos a que o Alvará se referia?

Não ficamos aí. A doutrina aqui impugnada encontrou boa acolhida numa sentença proferida aos 20 de junho de 1812 no Juízo dos Feitos da Real Corôa e Fazenda, pelo qual, diz o Alvará de 10 de abril de 1821, se julgaram nulos todos os aforamentos que a Câmara (do Rio de Janeiro) fizera dos terrenos compreendidos na primitiva Sesmaria, concedida pelo Capitão-mór Governador Estácio de Sá, em 1565 ampliada e aumentada com mais seis leguas em quadra, na era de 1567, pelo Governador Geral Mem de Sá, e todos os mais (continua o Rei a expôr o conteúdo da sentença) que os enfiteutas e arrendatários da Câmara fizeram depois.

Em que se fundava a sentença para assim decidir? — Diz o Alvará: pelo único fundamento de que, sendo dado para pastos, rocios, cultura e logradouros desta cidade, em proveito comum de seus povoadores e habitadores, sem fôro, pensão ou outro tributo, salvo o dízimo a Deus, a Câmara, enfiteutas e sub-enfiteutas obraram contra direito, emprazando e arrendando os sobreditos terrenos com pensões, que arbitraram, o que envolvendo nulidade insanável nos primordiais contratos celebrados contra as expressas condições das mencionadas Sesmarias, não só os tornava nulos na raiz, mas todos os que se fizeram depois, como dimanados de origem reprovada por Direito, ordenando-se por êstes fundamentos que a Câmara perdesse os foros, e que os atuais possuidores ficassem retendo os terrenos como seus, conseguindo dos Officiais da Câmara títulos respectivos, livres de pensão alguma.

Submetido à Mesa do Desembargo do Paço o recurso extraordinário à Corôa interposto pelos Officiais da Câmara, foi aquela de parecer que se devia cassar e anular a referida sentença, por êstes fundamentos:

a) deviam entender-se valiosos os aforamentos primitivos por que a cláusula de ser livre de pensão ou fôro o terrenos das Sesmarias era relativa só aos Officiais da Câmara, que representavam os moradores da cidade, para que o houvessem sem pagar coisa alguma, como parecia colher-se da letra das mesmas Sesmarias, e nunca se poderia entender das alheações, que a Câmara houvesse de fazer dêsses terrenos, em virtude da administração, que lhe confere a lei do Reino, e que é permitido a qualquer sesmeiro;

b) há de presumir-se que ela (Câmara) teve faculdade expressa para isto, posterior às Sesmarias, segundo se colhia do silêncio dos povos que

quanto não revogadas as leis do antigo regime no que explicita ou implicitamente não fôsse contrário ao sistema de govêrno citado na Constituição e dos princípios nela consagrados.

Como se vê, o ato de dupla natureza jurídica contido no alvará de 1821, mesmo que se lhe attribuisse a denominação imprópria de lei no sentido mo-

nunca requereram, e das autoridades, que nunca vedaram, nem estorvaram tais aforamentos;

c) as confirmações dêstes, e outras Resoluções, expedidas pelo Conselho Ultramarino, e principalmente as Provisões de 12 de julho e de 26 de janeiro de 1728, em que se diz que os Officiais da Câmara alegaram que, por mercê, que lhes fôra concedida, tinham faculdade para aforar as terras desta cidade, e uma legua ao redor, e as Cartas e Provisões, que a outorgaram, se queimaram no incêndio, que sofreu o Arquivo da Câmara no ano de 1790;

d) a presunção de direito acêrca das coisas antigas, que se supõe feitas com legalidade;

e) prescrito estava o direito de requerer contra os referidos aforamentos pela posse de mais de dois séculos, em que estava a Câmara de os fazer com justo título, que é o que dá em geral a lei do Reino a estas Corporações sôbre a administração dos bens do Conselho, e bom boa-fé, pois não podia jamais considerar-se má em uma corporação pública, que possui e administra em nome e proveito do público;

f) não de reputar-se tais contratos bem e regularmente feitos e legalizados em virtude dos Alvarás de 10 de fevereiro de 1654, de 15 de julho de 1744, declarados pelos de 26 de outubro de 1745, 23 de julho de 1745, 28 de julho de 1766 e de 27 de novembro de 1804, principalmente pelo de 1745, em que expressamente se ordenou que ficassem vigorando tais contratos feitos pelas Câmaras, ainda sem os requisitos da lei, e subsistindo as pensões e foros ajustados.

E após outras considerações, que se seguem, “querendo desde já evitar as perturbações, excessos e demasias, que têm praticado alguns dos foreiros e arrendatários, alucinados com a arbitrária jurisprudência, estabelecida no acórdão, que faz objeto das justas representações, que subiram à minha Real presença e que continuariam outros a praticar se por mais tempo não houvesse pronta a última decisão dêste importante negócio, prosseguindo-se nos embargos e outros recursos ordinários, usando a êstes fins do domínio eminente, que me compete como Soberano para regular o dos meus fiéis Vassallos, formando-o e segurando-o em bases firmes e estáveis”, serviu-se o Rei determinar:

1. “O accordam proferido no Juízo dos Feitos da minha Corôa e Fazenda, em 20 de junho de 1812, nos autos, entre partes, os moradores e officiaes da Camara desta Côrte (o Rei se achava nessa ocasião no Rio de Janeiro, donde é datado o Alvará) se deve entender nullo, cassado e de nenhum effeito, como se nunca fosse proferido, pondo-se perpetuo silencio na causa, e guardando-se a este fim os autos na Secretaria de Mesa do Desembargo do Paço, para nunca mais se fazer uso algum delles;

dermo, não foi alcançado pela mudança de regime, pelo mesmo motivo por que não foram cessadas nem anuladas as cartas régias de doação. A essa luz, está-se a ver que o mesmo se pode dizer do art. 1.807 do Código Civil, cujo caráter de *generalidade, concernente às matérias de direito civil reguladas no referido Código, não podia de modo algum cessar e revogar uma*

2. Todos os aforamentos dos terrenos desmembrados das mencionadas Sesmarias, feitos pelos Officiaes da Camara, antes e depois dos Alvarás de 26 de outubro de 1745 e de 23 de julho de 1766 até o presente, se entenderão legitimos, validos e procedentes com os fóros que se acham estipulados e com o laudemio de quarentena, na forma da lei do Reino, ainda quando não estejam feitos com as solenidades, que em direito se requerem, reduzindo-se todos os aforamentos perpetuos, posto que se achem de facto celebrados em vidas”.

V. CANDIDO MENDES — *Código Philippino* — pág. 1025 e HADDOCK LOBO — *Tombo das terras municipais*, pág. 207. A consulta do Desembargo do Paço, a que se refere o Alvará, precedida da representação do Senado da Câmara e da dos enfiteutas prejudicados pela sentença e do parecer do Desembargador Juiz dos Feitos da Corôa e Fazenda, Sebastião Luiz Tinoco da Silva, constam do *Arquivo Nacional*, que de tudo forneceu certidão, inclusive do próprio Alvará de 10 de abril de 1821, constante da Coleção de Registro de Decretos do Desembargo do Paço, fls. 155 a 157-v.).

Este diploma é de valor legal irrefragável. “A Revista de Graça especialissima, bem como qualquer outra queixa imediata ao Príncipe, he, ensina PEREIRA E SOUZA, (*Prim. Linhas*, § 382 e nota 758 (hum Recurso que sempre está patente, e livre a todo Vassallo.” Emanou de um Rei absoluto, que, sem embargo da plenitude de sua autoridade não deliberou senão sob consulta da Mesa do Desembargo do Paço. Entretanto contra ele se tentou uma reação. Em 1828, houve quem representasse às Camaras Legislativas, contestando-lhe a efficácia legislativa, e requerendo a restauração da sentença cassada pelo Rei. O parecer então emitido pela Comissão cortou cerce por esta veicidade. Eis aqui o teor d’este diploma, publicado na íntegra nos *Anais do Parlamento Brasileiro* — Câmara dos Senhores Deputados — Quarto Anno da Primeira Legislatura — Sessão de 1829 — Coligidos por Antonio Pereira Pinto, em virtude de resolução da mesma Câmara — Tomo III, 1877, pág. 46 — 1.^a columna:

“À commissão de justiça civil foi presente uma representação assignada por varios moradores desta cidade e seu termo, os quaes representam que, sendo elles os legitimos descendentes dos primeiros povoadores della e competindo-lhes o dominio e pacifica posse titulada nos terrenos, que gratuitamente lhes foram dados por ordens superiores para edificarem suas moradas, e terem os necessarios logradouros, pagando sómente o dizimo a Deus, sem outro algum fóro ou pensão, conforme os paragrafos 9 e 12 da ord. liv. 4 tit. 43, e alvarás das ditas doações e

decisão final proferida num determinado litígio associado à instituição de um direito de propriedade por parte do Soberano Absoluto e que tinha o domínio dominante *eminente*.

Esse Alvará de 1821 é, portanto, um título de direito que o Município tem a seu favor, direito cuja extinção, seja por prescrição aquisitiva *longissimi*

cartas de confirmação mencionadas no accordam do juiz da corôa, que juntão por certidão no doc. n. 1 proferido a seu favor acontecera que a camara desta cidade, em menoscabo das disposições da citada ordenação e alvarás, passara a estipular aforamentos e contractos locatarios dos preditos terrenos, tanto os comprehendidos na primeira sesmaria, como os da segunda que se compõe de seis leguas quadradas, compellindo os emphyteutas a satisfação dos fóros e pensões arbitrarías, espoliando-os da posse e da liberdade dos terrenos em que estavam por aquelles tão respeitaveis titulos e, sujeitando-os a prestação de laudemios como se elles não fossem os verdadeiros senhores desses terrenos: que não podendo os representantes ou seus antecessores ser indifferentes a esta usurpação da camara lhe propuserão uma acção no juizo da corôa, e obtiverão o accordam no documento n. 1 proferido a favor dos mesmos em 20 de junho de 1812, o qual declarou nullos todos esses aforamentos e sub-emphyteutações, e os terrenos livres de pensão do mesmo modo que tinham sido concedidos aos primeiros povoadores, fundamentando-se na disposição da citada ordenação, e nas palavras dos alvarás de concessão, e das cartas de confirmação.

“Mas a camara levando um requerimento a el-rei D. João VI conseguiu que o mencionado accórdão com os autos fosse supprido (*sic*) e ficasse sem effeito, e em virtude do Alvará de 10 de abril de 1821 fosse a camara restituída à usurpação que por abuso fizera sem direito ou titulo algum.

“Pedem portanto que esta augusta camara haja de mandar suspender ou declarar nullo o dito alvará, fazendo restituir o accordão do juizo da corôa para ter sua devida execução em toda a extensão dos termos em que foi concebido e isto pelas razões: 1.^o de haverem sido sob e subrepticias as premissas em que se fundou o caviloso requerimento da camara, por isso que se tendo posto este negocio e direito dos dous litigantes em juizo contencioso, e nelle discutido plenariamente não podia restar à camara motivo algum novo que pudesse dar-lhe direito a semelhante queixa; 2.^o porque pela data do mesmo alvará se conhece que ele fôra expedido depois de ter el-rei D. João VI jurado a constituição que se fizesse em Portugal, e quando já estava separado delle o poder legislativo; 3.^o por ser aquelle meio de revogar as sentenças insolito e competente por direito que só prescreve para sua revogação os meios de embargos de apellação ou agravo e o da revista.

temporis, seja por outro motivo legal, deve ser provada por quem a alega, como é elementar em matéria probatória.

E' claro que o titular de um direito, seja qual fôr o tempo de que date o ato de sua aquisição, tem a seu favor a presunção de *continuidade* dêste direito até prova em contrário.

“A comissão é de parecer que a questão proposta se acha justa e competentemente decidida pelo alvará de 10 de abril de 1821, porque o recurso da petição de queixa immediata ao rei era então admittido, e elle por graça especialissima mandava rever o feito e decidia como achava justo; o que se praticou no presente caso onde precedendo consulta do desembargo do paço, foi resolvido pelo sobredito alvará; e posto que el-rei tivesse jurado a constituição política que se houvesse de fazer em Portugal, esta não estava feita e elle se conservava no exercício da-quele direito.

“Alem disso os representantes, no entender da comissão, não têm a seu favor melhores fundamentos de justiça do que os que por parte da camara e da causa publica se expenderão na consulta, e vem expresso no mesmo alvará para que elle se haja de revogar”. Camara dos Deputados, 31 de julho de 1828. (as.) *A. da Silva Telles*. — *J. R. C. Dormund*. — *A. Augusto da Silva*. — *J. C. de Miranda Ribeiro*, vencido. — *J. da Cruz Ferreira*”.

V. GUSTAVO ETIENNE — *A reconstrução do Rio de Janeiro — A questão do patrimônio municipal*, Rio de Janeiro, 1904, págs. 67-95; CARLOS DE CARVALHO — *O patrimônio territorial da Municipalidade do Rio de Janeiro*, págs. 23-25.

A DESTRUIÇÃO DO PATRIMÔNIO TERRITORIAL DA CIDADE

Tal era, em brevíssimo escôrço, a situação jurídica do patrimônio territorial da cidade do Rio de Janeiro, consistente nas antigas sesmarias de Estácio de Sá, Mem de Sá e D. Pedro Mascarenhas. Contra êle se conjuraram, de um lado, os interesses particulares que os direitos da Câmara contrariavam, de outro, a pasmosa incúria das administrações edíficas, que se sucederam desde os tempos coloniais no Govêrno da cidade, e, finalmente, o perecimento de boa parte do antigo Arquivo da Câmara no incêndio de 1790. Estas diversas circunstâncias deram ainda lugar, em escrituras mais antigas, à transmissão como alodiais de terrenos indubitavelmente sujeitos a fôro, em virtude de antigas cartas de aforamento, embora êste onus constasse dos títulos dos primeiros transmitentes. Conseqüência disto foi que os adquirentes e seus sucessores, cuja boa fé não havia elementos para contestar, após *quarenta anos* (contanto que decorridos anteriormente ao Código Civil) de posse mansa e pacífica, por não haver quem zelasse pelo patrimônio municipal, e com justo título, adquiriam por usucapião o domínio pleno dêsses chãos.

E' que o juriconsulto alemão J. W. HEDEMANN, em sua obra clássica *As presunções no direito*, chama de *permanência* ou de continuidade dos estados de direito (*Fort damer vermutung*). “O princípio de que o demandante — ensina êle — fêz tudo o que lhe competia para provar que seu direito nasceu e, em troca, o demandado tem que fazer a prova dos fatores extintivos dêsse direito, constitui já uma categoria histórica.

De outro lado, ademais da manifesta corrutela forense de se admitir a discussão do domínio de propriedade imóvel e de direitos reais sôbre imóveis em simples processos preparatórios de consignação em pagamento (!) pelo qual o Município é *provocado* a provar o domínio, que alega, compelido a assumir a posição de autor na demanda, os tribunais do Distrito Federal acabariam por demolir o patrimônio territorial da cidade com applicar a estas hipóteses a presunção do art. 527 do Cód. Civil: “o domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário”. O princípio é, em si, incontestável; e já VALASCO nas suas *Quaestiones juris emphyteutici* (Lisboa, 1569), declarava: “*Regula est quod in dubio quaelibet res praesumitur allodialis, hoc est, liberâ et patrimonialis, non vero feudalis*” (gr. 51 pág. 268 v). Mas admitia temperamentos a esta regra. Com efeito, “*si agri aliquos districtus seu territorii ut in plurimum sint tributarii, seu pensionarii, ad aliquem censum, seu tributum nomine feudi, vel emphyteusts, aut alios: tunc dominus territorii habebit intentionem fundatam adversos duos vel tres, qui pretendant agros suos esse liberos, et nihil debere, nec esse nexos alicui oneri*”. (q. 8.º pág. 54 v.). A saber que, quando, de modo geral, o território é tido como enfitêutico e grande número dos possuidores de glebas paga foros, tem o senhorio intenção fundada para sustentar o seu domínio contra o pequeno número dos recalcitrantes, salvo sempre a êstes o direito de provarem a isenção que alegam. Lição que repete na q. 51, página 270.

O rigor dos tribunais não se tem contentado sequer com a prova produzida de primitivos emprazamentos das áreas, em que está situado o imóvel sôbre que se questiona se é, ou não foreiro, ou de repetidos reconhecimentos pelos proprietários da condição enfitêutica do imóvel. Não exigem menos que a prova dos contratos enfitêuticos, através das sucessivas transmissões do imóvel; querem que se restaurem os elos da cadeia que há de necessariamente ligar o aforamento atualmente afirmado pelo Município à enfiteuse inicial, concedida em 1567, ou mais tarde, sucessivamente traspasada até o presente. O incêndio de 1790, o extravio sempre possível de documentos, a má fé dos transmitentes, a incúria dos notários, que importa tudo isto? O reconhecimento da enfiteuse por antecessores dos atuais proprietários atribui-se à coação (!) exercida pelas autoridades do Município; ato despido de valor jurídico.

Há um caso interessante que ilustra esta situação. É o dos prédios de número ímpar da rua Corrêa Dutra, entre a rua do Catete e a atual Bento Lisboa. Foi esta área aforada a João da Cunha Barbosa, por carta de traspasse e aforamento, de 6 de outubro de 1787, constante de livro existente no Arquivo Municipal, e da qual consta a exata descrição da área afo-

Em todo sistema relativo ao ônus da prova encontramos uma paráfrase sobre ele (ob. cit., pág. 160).

Buchard refere-se também à permanência de uma relação jurídica *in aeternum* por virtude da força que alberga em seu interior até que uma força igual e oposta lhe ponha termo”.

rada. Esta área, venderam-na os herdeiros de João da Cunha Barbosa a João Francisco da Silva de Macedo e a Antônio Francisco da Silva, primeiro e segundo marido de Jacintha Rosa de Castro, que convolou em terceiras núpcias com Manoel Francisco de Castro. Destas alienações não se possuem documentos. É uma lacuna. Apenas INNOCÊNCIO DA ROCHA MACIEL, no seu precioso *Relatório*, informa que os novos traspasses se efetuaram em 1812 e 1816, em livros de que aponta o número e a folha, mas que já hoje não foi possível encontrar. Existe, entretanto, no L. 7, a fls. 44 v., a carta de trespasse e aforamento passada aos 21 de agosto de 1824, em favor de Manoel Francisco de Castro, por cabeça de sua mulher Jacintha Rosa de Castro, e a petição em que faz o histórico do caso. Castro filia explicitamente ao aforamento de Cunha Barbosa a área de que era possuidor, e de que requeria carta. Falecido Castro, venderam os seus herdeiros esta propriedade a Antonio José Alves Souto, famoso banqueiro daquela época, em 7 de junho de 1856, conforme consta de assentamentos dos livros municipais; mas a escritura não foi possível encontrar. Nova lacuna. Souto veio a falir, e, em 10 de março de 1871, há arrematação dos bens da massa, foi o terreno adquirido por Jeronymo José de Mesquita (Barão de Mesquita). O filho deste último, futuro Conde de Mesquita, a quem o imóvel tocou em partilha, casou-se com escritura de dote, em favor da mulher, do qual fazia parte o mesmo terreno. E, em 19 de maio de 1892, em notas do tabelião Damasio, a mulher exonerou o terreno, sub-rogando-o por apólices, e dele vendeu, parte, por escritura de 14 de março de 1913, ao falecido corretor Eugênio José de Almeida e Silva. A propósito desta alienação não se levantou contestação sobre a condição de foreiro do terreno. O mesmo ocorrera com outro lote, vendido anteriormente, em 30 de setembro de 1911, à S. A. Garage Vera Cruz, e subdividido em lotes atualmente pertencentes a D. Lucinda da Costa Braga Ribeiro e a D. Helena Porto de Azevedo Sodré, que têm os seus foros pagos. Mas com respeito a um terceiro lote, vendido pela mesma Baroneza de Mesquita a Américo Barbosa de Oliveira e Francisco Xavier Graell, se declarou o terreno livre de fôro! E nos parcelamentos sucessivos deste último lote, a mesma atitude tomaram as partes interessadas, logrando levar a melhor na contenda por meio da ação provocatória, verdadeiro juízo de *jactância*, introduzida pela jurisprudência sob a forma de consignação em pagamento... para não pagar. Ora, como admitir que a mesma área de terreno, originariamente foreira, parcelada e vendida, tenha cessado de ser foreira em algumas dessas parcelas, sem uma prova segura e concludente desta mudança de condição? Como, razoavelmente, atribuir o ônus da prova desta mudança à Fazenda Municipal? Não é curial presumir, dadas tais circunstâncias, que ao proprie-

Mostra WILHELM HEDEMANN que o princípio de que a cessação de uma relação jurídica deve ser provada por quem alega ou afirma tal cessação, regra aceita por todos os juristas, é preceito relativo à distribuição do ônus da prova e já se achava expresso na suma canônica (*Regulae juris Bonifacio VIII*) no aforismo: *Ex preteritis praesumitur circa futura*, subordinado à cláusula *nisi contrarius probatur*.

tário, que pretende estar isento de fôro um seu imóvel, originariamente foreiro, haja de incumbir o ônus de provar que, como e em que condições se operou a pretendida mudança de condição de propriedade?

Parece, pois, que inaplicável era a presunção do art. 527 à situação particular das terras da cidade do Rio de Janeiro: das terras, digo, compreendidas dentro dos limites da sesmaria medida e demarcada em 1753-55 e da sesmaria chamada dos sobejos, de limites perfeitamente definidos, como já vimos.

A condição jurídica particular destas terras importava manifestamente numa presunção em contrário, que se contrapunha, nesse caso particular, à regra geral do art. 527. Presunção *hominis tantum*, no entender de VALASCO, que o legislador converteu em presunção *juris*, admitindo, se produzisse, como era justo, prova em contrário (artigo 60 da Lei n. 196, de 18 de janeiro de 1936; art. 18 do Dec. lei n. 96, de 22 de dezembro de 1937). Podia legitimamente proceder assim? É o que vamos examinar.

ANALISE DO DISPOSITIVO, SEU VALOR E LEGITIMIDADE

Reza o art. 18 do Dec.-lei n. 96, de 22 de dezembro de 1937, reproduzindo, sem alteração, o art. 60 da lei n. 196, de 18 de janeiro de 1936:

“Presumem-se sujeitos a fôro, salvo prova em contrário produzida pelos respectivos proprietários, não lhes sendo aplicável a presunção de que trata o art. 527, do Código Civil, os terrenos particulares compreendidos nas áreas de marinha e mangues do Distrito Federal, bem como na área da sesmaria concedida à cidade do Rio de Janeiro, por Estácio de Sá, em 1565, confirmada e ampliada pelo Governador Geral Mem de Sá, em 1567, cuja medição, julgada por sentença do Ouvidor Geral Manuel Monteiro de Vasconcellos, de 20 de fevereiro de 1755, consta do livro do Tombo das Terras da Cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro, existente no Arquivo da Prefeitura do Distrito Federal, e bem assim na da sesmaria chamada dos sobejos, doada ao Senado da Câmara do Rio de Janeiro pelo Governador D. Pedro Mascarenhas, confirmada por Carta Régia de D. Maria I, de 8 de janeiro de 1794”.

Contra a constitucionalidade deste dispositivo se arguiu enfaticamente que uma lei de caráter local, embora emanada do poder federal, não pode derogar uma norma de direito civil, que é necessariamente uniforme em

Do exposto segue-se com absoluta segurança que nos litígios em que se discute a questão dos aforamentos da Fazenda Municipal relativos aos imóveis compreendidos nas sesmarias a que se refere o Alvará de 1821 não tem nem pode ter nenhuma aplicação suscetível de dispensar dos ônus da prova os atuais possuidores o preceito que se invoca do art. 527 do Código Civil,

todo o território da República. Assim, não podia o Poder Legislativo Federal, nem o Presidente da República, no exercício de funções legislativas federais, decretar, como fez, um preceito de lei que derroga, para o Distrito Federal, o dispositivo do art. 527 do Cód. Civil.

Responde-se desde logo com um *nego suppositum*.

O dispositivo incriminado não derogou, como se alega, para o Distrito Federal, o art. 527 do Cód. Civil. Que reza este último? Que o domínio *se presume* exclusivo e ilimitado, até prova em contrário. Aí se estabelece uma simples presunção legal relativa, na classificação de RAMPONI — *Presunzioni*, § 2.º, pág. 15, que corresponde à presunção *juris tantum* de antigos e modernos autores. Ora, a função da presunção legal relativa é operar a inversão do ônus da prova (CONIGLIO — *Le presunzioni nel processo civile*, n. 19, pág. 46). Provado o fato *a* (*factum probans*), o domínio, fica o proprietário dispensado do ônus de provar o fato *b* (*factum probandum*), isto é, que a coisa lhe pertence desembaraçada de limitações legais ou convencionais, livre de servidões ou outros quaisquer encargos. Simples presunção, que admite prova em contrário, isto é, prova da existência dessas limitações, que *prima facie* se excluem. Pois bem: o que fez o legislador federal foi atribuir a um determinado fato, historicamente reconhecido como certo, o valor dessa “prova contrária”, a que se refere o art. 527 do Cód. Civil; não o de uma prova contrária *irrefragável*, apta a retirar ao proprietário a possibilidade de demonstrar a ausência de quaisquer limitações ao seu domínio, mas o de uma prova que, *si et in quantum*, isto é, provisoriamente, ilídia a presunção assente, mas por sua vez abria adito à prova contrária. Quero referir-me às sesmarias concedidas à Cidade do Rio de Janeiro; vastas áreas de terras perfeitamente determinadas, onde se traçariam e abririam as ruas e logradouros públicos da cidade, destinado o restante a ser aforado para acudir às despesas públicas com as importâncias de foros e laudêmios daí provenientes. Tomando por base *este fato*, historicamente certo e provado por documentos de valor inquestionável, entendeu o legislador, e com absoluto acerto, que ele importava na “prova contrária” referida na lei, e assim a presunção necessariamente se invertia. Os terrenos compreendidos nas áreas das sesmarias da cidade do Rio de Janeiro, estes e não outros (hoje em bem maior porção), desta grande metrópole, que estão sob domínio privado, de necessidade, lógica, não de considerar-se foreiros; salvo prova em contrário, que por direito há de sempre admitir-se. A nova regra não é mais que a aplicação a uma determinada situação, circunscrita a uma região do território nacional, do princípio geral, exarado no art. 527 do Cód. Civil. É uma *situação jurídica especial*, de que trata o art. 527. Os terrenos do domínio privado, compreendidos que sejam nas áreas das sesmarias da Cidade, resultam nor-

uma vez que êsse Alvará é precisamente a prova da origem e da amplitude do direito da Fazenda Municipal em relação ao domínio direto.

Isto pôsto, verificamos que pelo exame da situação jurídica da Fazenda Municipal, no presente litígio, chegamos a enunciar como verdadeira e resultante do título de domínio direto invocado a proposição cuja inconstitucionalidade se alega.

malmente de primitivos aforamentos outorgados pelo antigo Senado da Câmara, pois que tais áreas concedidas lhe foram para serem aforadas e produzirem renda com que acudir à execução dos serviços públicos, separado o que fôsse necessário para as ruas e logradouros da cidade. Como, entretanto, podia dar-se o caso de se haverem tornado alodiais alguns destes terrenos, seja por outorga expressa do concessionário da sesmaria, seja pela *prescriptio longissimi temporis*, seja pelo resgate, como se deu com os terrenos da antiga Fazenda Nacional de Rodrigo de Freitas, seja por outras causas, admitiu o legislador, e muito razoavelmente, que esta presunção, por êle legítima e fundamentada estabelecida, poderia ser ilidida mediante prova em contrário. Não é, pois o art. 18 do Dec.-lei n. 96, de 1937, a derrogação de uma norma de lei geral; é a declaração de que a norma da lei geral deparava em certa zona do Distrito Federal com *uma situação de fato* que, dentro de certos limites bem definidos, importava numa presunção inversa. No Distrito Federal, como em todo o território brasileiro, a regra é a mesma: o domínio se presume exclusivo e ilimitado *até prova em contrário*; mas, como esta *prova em contrário* se verifica no território do Distrito Federal, aliás exclusivamente, note-se, dentro das áreas abrangidas nos limites das sesmarias da Cidade, o legislador, para pôr termo a velhas controvérsias, que se perpetuam com grave detrimento do patrimônio da Cidade, houve por bem decretar que os terrenos do domínio privado, contidos nessas áreas, haviam de presumir-se foreiros até prova em contrário. Como o que, acatando a verdade histórica e resguardando os legítimos interesses do Distrito Federal, como cumpria, respeitou todavia o direito dos particulares.

Segundo explica excelentemente RAMPONI (cit., § 1.º, pág. 19), o princípio de que a *certeza moral* do fato há de resultar da prova, que logra determinar a *intima convicção* do juiz (sistema da prova moral), derroga-o a lei positiva *propter utilitatem* quando preestabelece o valor e os efeitos de certas provas (provas legais). E derroga-o da mesma forma por meios das presunções legais, as quais têm um valor preestabelecido *a priori* e fazem parte do sistema da prova legal “*introdotto eccezionalmente come deroga a quello della prova morale per ragioni di civile convenienza*”. Conveniência, que ao legislador cabe soberanamente apreciar e reconhecer, de erradicar controvérsias, a renascerem e renovarem-se, com considerável dispêndio de dinheiro, complicações processuais, dificuldades de prova, isto é, em detrimento do interesse público e do privado. “*Ecco come l'interesse generale e collettivo*, e talvolta la *necessità sociale* giustificano il sistema delle presunzioni di diritto”. E acrescenta o nosso autor estas palavras, que se oferecem à meditação dos tribunais dêste Distrito:

Ora, para que o Poder Judiciário declare a inconstitucionalidade de uma lei — e esta é a lição de MARSHALL — Pleito Marburg *versus* James Madison), de STORY (Comentários, II, pág. 399), de LUIGI PALMA (*Corso de Diritto*, v. II, pág. 622), de COOLBY (*The general principle of Constitution in the United States of America*, pág. 139), de LIEBER, de WALTER, de JAMES KENT, de BAN-

“Ecco come e perché il legislatore é indotto talvolta a stabilire una presunzione non tanto in vista del grado di probabilità che offre il rapporto da un fatto ad un altro (*exempli gratia*: do fato de estar o terreno situado dentro dos limites das áreas das sesmarias da cidade resulta por presunção legal — até prova em contrário — a sua condição de foreiro), quanto e principalmente *per la opportunità e convenienza civile* che tale rapporto sia formalmente riconosciuto. In questo caso si può dire col Bonnier, “ciò che il legislatore esamina a preferenza non è già se il fatto noto riunisce tutti i caratteri sufficienti per rendere probabile il fatto ignoto, ma ssolamente se *l'interesse sociale esiga che dalla prova di quello si concluda la esistenza di questo*”.

Eis como GENY explica o expediente técnico da presunção de direito:

“Son idée générale est des plus simples. Plus que les éléments constitutifs du droit prétendu sont malaisément saisissables sur preuves qu'a organisée le droit positif, il suffira d'admettre, grace à la même autorité (droit positif) que ces éléments sont supplées, dans la preuve à faire, par d'autres éléments plus faciles à démontrer, qui équivalent (provisoirement, du moins) aux premiers, en vertu de probalités judicieusement pesées et estimées d'après l'expérience”.

Foi o que fez o legislador brasileiro: considerando um caso particular, verificado nesta fração do território nacional, que é o Distrito Federal, e reconhecendo a dificuldade por vezes invencível, por causas historicamente explicáveis, de reatar os elos de uma cadeia de contratos enfitêuticos, a partir da concessão das sesmarias e dos primitivos atos de alienação, que sucessivamente transferiram áreas compreendidas dentro dos limites destas sesmarias do primitivo concessionário para o domínio privado, decretou que constituía prova *prima facie* de que estes terrenos guardaram a sua primitiva condição jurídica de foreiros o fato de estarem compreendidos dentro dos limites das sesmarias concedidas.

Continua o nosso autor:

“Il en resultera une preuve indirecte, assez analogue, dans son principe à la preuve par indices ou présomptions simples, d'où elle tire le plus souvent son origine.

Ici, toutefois, au lieu d'être basé à l'appréciation discrétionnaire du juge, on sera placé sous l'égide du droit objectif lui-

CROFT, de WILLOUGHBY, de RUI BARBOSA (*Actos Inconstit., passim*), de todos os constitucionalistas europeus ou americanos — é condição precípua e indispensável que ela, não em tese, não *in abstracto*, mas de fato, em determinada hipótese particular, viole um direito individual garantido pela Constituição.

même, qui, complétant consciemment son système légal de preuves, aura apprécié et déterminé les conditions et les effets de la présomption. Ainsi la présomption de droit opère, d'office et directement, une simplification de la preuve à fournir par la transformation des éléments à démontrer”. (*Science et technique en droit privé positif*, vol. III, n. 232, pág. 279).

Ditando assim o preceito do art. 60 da Lei Orgânica, reproduzido e revigorado pelo art. 18 do Dec.-lei n. 96, exerceu o legislador uma atribuição que lhe não pode ser recusada, em face dos princípios da política legislativa, dentro dos limites da sua competência constitucional. Nem criou para o Distrito Federal uma regra destoante da norma geral. Criou, por uma *lei especial*, uma presunção que considerou resultar de uma situação particular existente no Distrito Federal, e não alhures. Não quebrou a uniformidade do direito civil do país, mas *adaptou* uma norma geral à situação particular de uma determinada região. E se alegar que defrontamos assim o conflito de duas presunções, a do art. 527, que presume o domínio exclusivo e ilimitado, até prova em contrário, e a do dispositivo questionado, que presume foreiros, até prova em contrário, os terrenos do domínio privado compreendidos nas áreas das sesmarias da Cidade, responderei com HEDEMAN — *Las presunciones en el derecho*, trad. esp., § 49, página 344:

“Si los supuestos de dos presunciones de las cuales una excluye a la outra, se dan juntos, hay que averiguar, mediante el examen del contexto de los dos articulos en question, cuál de ellos constituye la *regla especial* y cuál representa el principio general, y dar la *preferencia al primero*”.

O que resolve a dúvida.

Com ser a norma incriminada *uma lei especial*, nem por isto deixa de possuir o caráter de *generalidade*, que é da natureza mesma da lei. Como diz SUTHERLAND — *Statutes and statutory construction* — vol. I, pág. 345 da segunda edição.

“It is not necessary, in order to give a statute the attributes of a public law, that it shall be equally applicable to all parts of the state, nor that it extend in its operation to all of the inhabitants”.

E cita em abono estas palavras de uma decisão judicial: “A statute may be general and yet be operative only in a particular locality”. A matéria é largamente explanada no excelente repertório que é o *Ruling Case Law*, vb *Statutes*, cap. VI, sendo de particular interesse para o caso *sub-*

Não basta que a lei seja passível de crítica pela falta de técnica e pela ausência do caráter de generalidade que deve ter nos sistemas políticos de caráter democrático.

E' absolutamente necessário que na espécie, no caso *sub judice*, se verifique haver ela atentado contra um direito — direito êsse que protege e se restaura por meio da declaração de inconstitucionalidade.

judice o texto do § 79; aí se trata de certas disposições de constituições estaduais, que vedam a decretação de leis especiais ou locais concernentes à jurisdição e ao processo judicial, ou à modificação das regras da prova perante os tribunais. Ora, a êste propósito, aí se declara que “a constitutional prohibition of local or special laws regulating the practice of courts of justice does not prevent the enactment of a law regulating the practise of courts of justice in relation to a special class of cases if the class of cases to which it is applicable is so intrinsically different from ordinary actions as to require special legislation, and the law is applicable to all cases of the class such as proceeding to dissolve the marriage relation or to reestablish lost real state records”. — Ou, em vernáculo, “o proibição constitucional de leis locais ou especiais que regulem o processo perante os tribunais de justiça não impede se decrete uma lei que regule o processo judicial com respeito a uma classe especial de casos, se a classe de casos a que é aplicável é tão intrinsecamente diferente dos pleitos ordinários que exija uma legislação especial, e a lei se aplique a todos os casos da mesma classe, como, por exemplo, o processo da dissolução de casamentos ou para restaurar títulos perdidos de propriedades imóveis”.

O tema da competência legislativa em matéria do estabelecimento de provas legais e de provas por presunção é largamente tratado no mesmo repertório, vb. Evidence ns. 6 a 9, onde se lê (n. 7) que “statutes declaring what shall be presumptive or *prima facie* evidence of any fact have been held by the weight of authority to be constitutional and valid, *unqualifiedly in civil cases*, and in criminal cases with certain qualifications”, a saber, “leis em que se declare o que se há de presumir ou que *prima facie* se há de considerar como prova de um certo fato foram autorizadamente tidas por constitucionais, sem restrições nas questões cíveis, e com certas reservas nas questões criminais”.

Ouçamos a lição de GENY (cit. 235, pág. 314):

“Où ces présomptions peuvent-elles, dans l'état actuel de notre droit positif, trouver leur source légitime? Quelle autorité est compétente pour les reconnaître, en définir des conditions, en préciser les effets? — La réponse semble s'imposer et se déduire de la dénomination même, donnée le plus habituellement au procédé. Puis qu'il s'agit de présomptions *légales*, à la loi seule il appartient de les créer et de spécifier leur portée sous tous les rapports. N'est-ce pas ainsi seulement que se justifiera la valeur propre, que MONTESQUIEU leur assignait au regard

Por isso é que STORY ensina que, se os Juizes se abstiverem de declarar inconstitucional o ato de qualquer dos outros poderes, *ipso facto* lhe afirmam a constitucionalidade (Com. II, pág. 399 n.). Por isso é que PALM escreveu que “a justiça nas espécies particulares deve cingir-se ao caso submetido à

des présomptions judiciaires? Et aussi bien nulle autorité, autre que celle de la loi apparaît qualifiée, pour transformer les éléments naturels de la preuve juridique, et *changer les incertitudes et les vraisemblances en vérités acquises*, de façon à imposer à l'interprète, et parfois sans possibilité de preuve contraire, une appréciation de faits, qui put ne pas correspondre à sa conviction intime”.

Pouco importa assim que a inferência imposta pelo legislador corresponda, ou não, à convicção íntima do juiz. O legislador tem inquestionável competência para apreciar soberanamente os fatos e atribuir-lhes uma força probante, que ao juiz não é dado recusar.

A obra considerável do decano J. H. WIGMORE — *A treatise on the anglo-american system of evidence in trials at common law*, cinco grossos volumes em que tôda a matéria da prova é magistralmente tratada com grande largueza e extrema minudência, não pudera deixar de ocupar-se desta questão. Eis o que ensina o grande mestre, em um passo do 1.º volume, § 7.º, pág. 85 da segunda edição. À parte, diz êle, quaisquer disposições *constitucionais* que consagrem certas regras acêrca da prova e assim inalteráveis por via de legislação ordinária, a *legislatura tem o poder de alterar ou criar qualquer regra de prova*. Assim é, em fôrça de razões inerentes à natureza da função legislativa. Disto nunca se duvidou. *Não pode haver direito adquirido a uma regra de prova*. Tais regras são simplesmente métodos para reconhecimento da certeza de fatos. Deve supôr-se que a modificação da lei tenha vindo meramente tornar mais provável o reconhecimento da verdade do fato, por admitir uma prova, antes inadmissível, ou suprimir uma prova, antes admitida, e que contribuía para encobrir a verdade. Em ambos os casos, fato nenhum se subtraiu à parte; o que ocorreu foi que a uma se facultou um bom meio de prova, a outro se tornou defeso um meio de prova censurável. Como quer que seja o reconhecimento da verdade não fica na dependência de um meio particular de prova. No volume 2.º, § 1.356, pág. 1.063, ocupa-se êle da constitucionalidade das leis que criam presunções até prova em contrário: *refutable presumptions or prima facie evidence*; e diz:

“A rule of presumption is simply a rule changing the burden of proof, i. e. declaring that the main fact will be inferred or assumed from some other fact until evidence to the contrary is introduced. There is not the least doubt, on principle, that the Legislature has entire control over such rules, as it has over all other rules of procedure in general and evidence in parti-

sua apreciação”, e STUART MILL, que “o Tribunal não se adianta na sentença senão até onde a causa o reclamar” (*Popul. Government*, pág. 217).

No mesmo sentido doutrina COOLEY: “Um tribunal não dará ouvidos a objeções articuladas contra a constitucionalidade de um ato, se êle não envolve direitos do articulante e se êste não tem, portanto, interêsse em frustrá-lo (*Constitutional Limitations*, pág. 197).

cular — subject only to the limitations of the rules of evidence expressly enshrined in the Constitution. If the Legislature can abolish the rules of disqualification of witnesses and grant the rule of discovery from an opponent, it can shift the burden of producing evidence. Yet this elementary truth has been repeatedly questioned, and Courts have repeatedly vouchsafed an unmerited attention to the question, chiefly through a hesitation in appreciating the true nature of a presumption and a tendency to associate in some indefinite manner the notion of conclusively shutting out all evidence and that of merely shifting the duty of producing it”.

A lição é de tanto valor que merece a pena repeti-la em linguagem vernácula:

“Uma regra de presunção é simplesmente uma regra de mudança do ônus da prova, isto é, que declara dever-se inferir ou supor o fato principal de algum outro fato até que se produza prova em contrário. Não há a menor dúvida que a Legisatura tem absoluto império sobre tais regras, como tem sobre todas as outras regras do processo em geral e da prova em particular — sujeita apenas às limitações das regras de prova expressamente insertas na Constituição. Se a Legisatura pode abolir as regras de inabilitação das testemunhas e garantir o direito de exigir a exibição de documentos da parte adversa, é claro que pode inverter o ônus da produção da prova. Entretanto esta verdade elementar tem sido freqüentemente contestada, e os tribunais têm freqüentemente dispensado a esta questão uma atenção imerecida, sobretudo por certa hesitação no apreciar a verdadeira natureza da presunção e pela tendência em associar de maneira um tanto indefinida a noção da exclusão absoluta de toda prova e a de meramente transferir o dever de a produzir”.

Entre aos julgados em que o nosso autor esteia a sua doutrina se deparam alguns que traçam a regra a que naturalmente há de subordinar-se o legislador no estabelecimento de tais presunções: “It is only essential, diz uma delas, that there shall be some rational connection between the fact proved and the ultimate fact presumed, and that the inference of one fact from proof of another shall not be so unreasonable as to be purely arbitrary mandate”, ou, como diz outra sentença, “that the fact or facts

Igual é a lição de BURGESS, segundo o qual a ação protetora da Constituição só pode ser exercida pela justiça “quando houver relações individuais diretamente prejudicadas” (*Political Science*, vol. II, pág. 327).

Examinados e sopesados êsses ensinamentos, dos que melhor interpretaram a faculdade reconhecida aos Tribunais de “manterem a Constituição con-

which will raise the presumption and shift burden of proof must have some fair relation to, or material connection with the main fact as to which the presumption is raised. The inference or presumption from the facts proved must not be arbitrarily, or wholly unreasonable, unnatural, or extraordinary, but must bear some reasonable relation to the facts proved”.

Mas esta doutrina, convém temperá-la com a lição de DARIN — *La technique de l'élaboration du droit positif*, pág. 238:

“Peu importe, également, la valeur scientifique, ou le degré de vérité inclus dans la présomption. En principe, et logiquement, il n'y aurait lieu de présumer vrai que le “probable”, c'est-à-dire, ce qui est vrai d'une manière générale, selon l'expérience habituelle. Mais, sans compter que le probable comporte lui-même des degrés, depuis la probabilité extrême jusqu'à la simple possibilité, on a déjà eu l'occasion de remarquer qu'en fait, nombre de présomptions de droit s'expliquent moins par leur exactitude théorique, c'est-à-dire, par le nombre des cas ou elles ont chance de correspondre à la vérité, que par leur utilité pratique, ce qui ne les empêche par de cadrer pleinement avec l'idée formelle de présomption.”

Há nada mais razoável, mais natural, mais conforme com o curso normal das coisas que se entender mantida a condição de foreiro, salvo prova em contrário, de um terreno, que normalmente só podia ter entrado no domínio de seu primitivo dono, por um contrato de aforamento celebrado com o dono da sesmaria, pois o terreno faz parte da área de uma sesmaria concedida pelo poder competente para que o concessionário dela se utilizasse para os diversos fins de sua própria instituição, entre os quais o aforamento das áreas que não aproveitasse para os seus próprios serviços?

Em suma: o dispositivo incriminado não é intrinsecamente um preceito de direito civil, mas uma regra de prova. Usando de autoridade, que lhe não pode ser recusada, e tendo em consideração fatos históricos indisputáveis, o Legislador inverteu o ônus da prova no tocante aos terrenos compreendidos dentro das sesmarias da cidade, determinando que se presumissem foreiros, salvo prova em contrário. E nem a opinião que individualmente se possa sustentar sobre o valor dêstes fatos históricos pode sobrepor-se ao que o Legislador, por força de sua autoridade, houve por bem atribuir-lhe.

Inconstitucionalidade! Não é sem a mais apurada precaução e plena consciência da gravidade de sua deliberação que os tribunais se podem abalançar a declarar inconstitucional um dispositivo de lei. Cumpre-lhes se

tra os excessos do poder que faz a lei e do que a executa”, conclui-se que a justiça não pode destacar dos litígios a disposição do art. 60 da Lei n.º 196, de 1937, para profligá-la de inconstitucional, independentemente do que reza o Alvará de 1821.

Separar o preceito legal da situação jurídica de que nasceu e em que se ancora é autorizar o Poder Judiciário a sair de sua função específica de apre-

compenetrem do dever rigoroso de, no confronto da lei com a Constituição, evitar que as suas convicções e concepções pessoais, o seu próprio sentimento de justiça, da conveniência, da razoabilidade ou da oportunidade de uma lei, sirvam de critério para a solução da controvérsia suscitada. Aos juízes cumpre julgar e não governar. Grande é o cuidado que devem pôr em se abster de qualquer usurpação das atribuições dos demais poderes precisamente para resguardarem a independência do Poder Judiciário e o preservarem dos ataques e reações que necessariamente provocam os excessos praticados.

Permito-me respeitosamente recordar a êste propósito estas memoráveis palavras de O. W. HOLMES, o “Grand Old Man of American Jurisprudence”, Juiz durante trinta anos da Côrte Suprema dos Estados Unidos (ROGER PINTO — *Des juges qui ne gouvernement pas — Opinions dissidentes à la Cour Suprême des Etats-Unis 1900-1933*, pág. 38). Foram por êle escritas no caso *Bladgett v. Holden* (275 U.S., 142) decidido a 21 de novembro de 1927:

“Although research has shown and practice has established the futility of the charge that it was a usurpation when this court undertook to declare an act of Congress unconstitutional, it supose that we al agree that to do so is the gravest and most delicate duty that this court is called on to perform”.

“Embora o estudo haja mostrado e a prática confirmado a futilidade da acusação de importar em usurpação e deliberação que se resolve a tomar esta Côrte de declarar inconstitucional um ato do Congresso, supondo estarem todos de acôrdo comigo que *êste é o dever mais grave e mais delicado* que esta Côrte é chamada a cumprir”.

Todos os autores americanos, sem falar dos muitos que contestam formal e enèrgicamente a competência judiciária para anular (praticamente) os atos legislativos sob fundamento da sua incompatibilidade com os princípios e preceitos constitucionais (V. L. B. BOUDIN — *Government by Judiciary*, N.Y., 1932, 2 vols.; GILBERT E. ROE — *Our judicial oligarchy*, N.Y., 1912) inculcam com vigor e insistência a regra de que uma decisão desta natureza só deve tomar-se quando a divergência do dispositivo incriminado com os textos constitucionais é manifesta, evidente e exclui tãda dúvida razoável.

Valho-me aqui do livro clássico na matéria, do professor CH. GR. HAINES — *The american doctrine of judicial supremacy*, pág. 176.

ciar e decidir casos particulares entre parte e parte, “entre indivíduo e indivíduo”, como diz STUART MILL, para exorbitá-lo do sistema político de que faz parte, permitindo-lhe revogar a lei independentemente da existência de uma lesão do direito, embora sob côr e pretexto de exame de um determinado litígio.

A segunda limitação, diz êle, ao exercício do direito da revisão judicial consiste na regra que todos os casos duvidosos hão de se resolver em favor da autoridade legislativa (*all doubtful cases must be decided in favor of legislative authority*). Em todos os casos duvidosos, pensava IREDELL, deve o ato ser sustentado: “it should be unconstitutional *beyond dispute* before it is pronounced such”. (Para que se declare um ato inconstitucional a inconstitucionalidade há de estar acima de tãda controvérsia).

Decisões dos tribunais da Virgínia proclamam que a violação (da Constituição) deve ser manifesta e clara (*plain and clear*), para evitar o risco de que o Judiciário venha a pôr entaves a leis decretadas para bem público. A política de um ato legislativo, ensina o Juiz CHASE, não a podem os tribunais impugnar a não ser quando importe numa violação da autoridade da constituição. A idéia de rejeitar leis contrárias aos preceitos da justiça natural é fundamento insuficiente para declarar nulos atos legislativos. A presunção, inculcava o Juiz IREDELL, é sempre em favor da validade das leis, se o contrário não se demonstra claramente (*if the contrary is not clearly demonstrated*).

Citam-se a propósito as solenes palavras do Chief Justice MARSHALL, no caso *Fletcher v. Peck* (6 Cranch, pág. 128):

“The question, whether a law be void for its repugnancy to the Constitution, is, at all times, a question of much delicacy, which ought seldom, if ever, to be decided in the affirmative, in a doubtful case. The court, when impelled by duty to render such a judgement, would be unworthy of its station, could it be unmindful of the solemn obligations which that station imposes. But it is not on slight implications and vague conjecture that the legislature is to be pronounced to have transcended its powers, and its Acts to be considered void. The opposition between the Constitution and the law should be such that the judge feels a clear and strong conviction of their incompatibility eith each other”.

— A questão de saber se uma lei é nula porque repugna à Constituição é sempre muito delicada e raramente, antes nunca, há de resolver-se afirmativamente num caso duvidoso. Quando compelido pelo dever a pronunciar uma decisão desta ordem, o tribunal tornar-se-á indigno do seu cargo se fôsse capaz de esquecer as solenes obrigações que tal cargo lhe impõe. Não é por ligeiras induções e vagas conjecturas que se dirá ter o Legislativo ultrapassado os seus poderes e que os seus atos se hão de taxar de nulos. Há de ser tal a oposição entre a Constitui-

E' óbvio que no caso sujeito à apreciação do Tribunal, dados os antecedentes de direito assinalados, a discussão sôbre o art. de lei inquinado de inconstitucional teria um alcance puramente acadêmico porque, retirado êle, ficaria intacta a situação jurídica compendiada nesse artigo, isto pelo fato, nunca é assaz repeti-lo, de não ter sido cassado ou anulado o alvará de 1 de

ção e a lei que o juiz se compenetre por uma convicção clara e forte da incompatibilidade entre uma e outra.

HAINES cita ainda palavras de um julgado dos tribunais da Carolina do Sul, onde se adverte que a intromissão do Judiciário na esfera da competência do Legislativo, desde que o caso seja duvidoso, pode despertar animosidades que acabam por subverter (overthrow) a independência daquele poder. Não há questionar a validade de uma lei a não ser quando "todos os homens de senso e reflexão na coletividade chegam a perceber a sua incompatibilidade com a Constituição" (*all men of sense and reflection in the community may perceive the repugnancy*).

Esta doutrina é a de tôdas as autoridades em direito norte-americano. BLACK (*Handbook of the construction and interpretation of the laws*, n. 43) ensina que tôda lei há de presumir-se válida e constitucional até que o contrário se demonstre. Tôdas as dúvidas hão de resolver-se em favor da validade. (V. SUTHERLAND — *Statutes and statutory construction*, § 83; *Ruling Case Law*, vb. *Statutes* parágrafos 242 e 243. E seria fácil alongar êste rol, se fôsse útil e o tempo não escasseasse.

Ora, após a demonstração desenvolvida neste capítulo, quem poderá com segurança de consciência sustentar a inconstitucionalidade do art. 18 do Dec.-lei n. 96, de 1937?

O CARÁTER INTERPRETATIVO, E POIS, RETROATIVO DO PRECEITO

No tocante à questão da retroatividade do preceito, é de doutrina corrente applicarem-se às situações anteriores, as leis que criam simples presunções legais, que se podem excluir mediante prova em contrário. Como diz WIGMORE, no passo anteriormente citado, não pode haver direito adquirido a uma regra de prova. E diz PLANIOL — *Droit civil* (Traité élémentaire), 8ème. ed., I n. 251, pág. 93: "Les lois établissant des présomptions possèdent également une rétroactivité que leur est naturelle".

Nestas matérias é irrecusável a autoridade de GABBA que, na sua *Teoria della retroattività delle leggi* — vol. IV, pág. 529, examina a questão e, distinguindo as presunções *juris et de jure*, que não podem aplicar retroativamente, as relativas ao significado de certas expressões empregadas nos atos jurídicos, as que constituem por si só um estado pessoal, como por exemplo a presunção de legitimidade, — das presunções legais simples (*de jure*), isto é, daquelas *suposições que a lei obriga o juiz a admitir*, até prova em contrário, acêrca da existência de certos fatos, dada a existência de certos outros, assim argumenta:

abril de 1821, que é o título principal em que se funda o direito da Fazenda Municipal.

Em suma — se a lei contém apenas o enunciado de uma coisa julgada de um ato consumado e não revogado do poder absoluto de suas legítimas conseqüências jurídicas, entre os quais está a presunção de não extinção do domínio direto estabelecido até prova em contrário, embora o seu conteúdo não seja tènicamente matéria de lei, tomada esta palavra na acepção moderna, não pode contudo ser atacado pelo Poder Judiciário, porque, em última aná-

"Quale legge si dovrà seguire per amettere o per negare sifatte presunzioni? Quella vigente nel giorno in cui accade o si compie il fatto in vista del quale una altro fatto si presume oppure quella vigente nel giorno in cui viene provato il primo fatto, e attribuito l'onere di provare? Noi non esitiamo a rispondere che si devono in questo argomento applicare principi analoghi a quelli già esposti circa la retroattività delle leggi probatorie. Imperocchè il presumere è una operazione intellettuale dello stesso genere di quella per cui un giudizio condizionato, il secondo un giudizio incondizionato e definitivo circa l'esistenza del fatto. Per le stesse ragioni quindi per le quali dicemmo che il giudice non può aver per buone e sufficienti le prove di un fatto, se non a termini delle leggi vigenti nel giorno in cui delle prove egli deve giudicare, riteniamo ora che egli deve del pari presumere l'esistenza dei fatti secondo le leggi che regolano questa presunzione nel giorno in cui l'onere della prova viene attribuito ad una delle parti contendenti. Riflettasi inoltre che, essendo il presumere un argomentare un fatto da un altro, epperò un dar valore probatorio, in via provvisoria e condizionata, al fatto da cui la presunzione si desume, tale giudizio non può farsi che a termini della legge secondo cui in generale la forza probatoria di quel fatto viene determinata, che è la legge vigente nel giorno in cui la prova viene esibita".

Adde: LESSONA — *Tratt. delle prove in materia civile*, V. n. 92, págs. 154, da terceira edição.

Mas a esta consideração há de acrescentar-se que o caráter nitidamente interpretativo da disposição questionada, onde o legislador declarou o sentido, o valor, o alcance do dispositivo do art. 527 do Código Civil no tocante aos terrenos das sesmarias concedidas à Cidade do Rio de Janeiro, dissipa tôda dúvida sôbre a sua applicação a todos os processos, pendentes ou futuros, que tiverem por objeto a condição jurídica dos terrenos particulares compreendidos nas áreas das sesmarias da cidade.

Conhecia perfeitamente o Legislador a jurisprudência dos tribunais e os fundamentos em que se esteiava. E foi para a corrigir e ratificar, pondo óbice à applicação de uma presunção de jure, inadmissível no caso, que ditou o preceito impugnado, o qual não tem sentido, se não tiver o sentido que

lise, ela em nada modifica os dados jurídicos do litígio, pois não viola de fato nenhum direito individual, sendo em suma desnecessária.

Da exposição que ali fica ressaltada como corolário, que em questão de inconstitucionalidade a preliminar de se não tomar conhecimento da argüição, por desnecessidade dêsse exame na espécie é preliminar que se inclui no mérito, pois, como ensinam, STORY, COOLEY, STUART MILL e os outros mestres acima citados, a atitude de abstenção importa *ipso facto* em deixar íntegra a ação da lei.

São êsses os motivos porque, no Tribunal de Apelação do Distrito Federal, em sessão plena, julguei improcedente a argüição de inconstitucionalidade suscitada no presente litígio.

aqui se lhe atribui. Não se trata, na verdade, de um preceito novo, mas de uma lei interpretativa que faz corpo com a lei interpretada a qual se considera ter tido *ab initio* o sentido, a inteligência que lhe atribui a lei interpretativa.

“Il est de toute évidence, ensina DUGUIT (*Traité de droit const.*, 3.^a ed. II, pág. 274) qu’une loi interprétative, par définition même, n’est pas une loi nouvelle. Par conséquent, en réalité, la question de l’effet retroactif d’une pareille loi ne se pose pas. Les actes faits même antérieurement à la loi interprétative restent régis par la loi ancienne, avec le sens que lui donne la loi nouvelle. Ce n’est pas une loi nouvelle qui s’applique à des actes antérieurs à sa promulgation; c’est la loi ancienne, déjà promulguée au moment où ces actes ont été faits et avec le sens que lui attribue la loi interprétative.”

Para que se considere interpretativa uma lei, não há mister que o legislador o declare expressamente; nem esta declaração tem importância decisiva, porque o legislador pode declarar interpretativa uma lei que introduza um preceito novo, com a intenção de lhe dar efeito retroativo. O caráter realmente interpretativo da lei nova, em falta de declaração expressa, pode resultar de circunstâncias diversas, como o objetivo da lei nova pôr fim a controvérsias suscitadas em torno da inteligência e da aplicação da lei interpretada (JEAN REYMOND — *Des lois d’interprétation et de leur retroactivité*, cap. II — De l’interprétation résultant de la volonté tacite du législateur, pág. 115 e segs.). Como diz o professor RONART, cit. por J. REYMOND (pág. 297) “une loi interprétative n’a pas pour objet d’appliquer un principe nouveau, mais d’expliquer une règle préexistente”. O que pretendeu fazer o Legislador de 1936, ao decretar a Lei Orgânica do Distrito Federal e o Legislador de 1937, imprimindo a sua autoridade ao mesmo preceito, foi interpretar o art. 527 do Cód. Civil, pondo termo à aplicação a seu ver errônea que dela fazia a jurisprudência aos terrenos de marinhas e de sesmarias da cidade do Rio de Janeiro. O que o legislador teve em mente foi uma modificação da jurisprudência: “cette retroactivité unanimement reconnue aux lois d’interprétation est donc rationnelle, puisqu’en

Alvaro Ribeiro da Costa, vencido — Julguei procedente a presente argüição de inconstitucionalidade.

Fi-lo sob os seguintes fundamentos:

A presunção de que os terrenos a que se refere o art. 60 da Lei Orgânica do Distrito Federal (Decreto n.º 196, de 18 de janeiro de 1936, reproduzido no art. 18 do Decreto-lei n.º 96, de 22 de dezembro de 1937) estão sujeitos a fôro, é condição para ser alegada, em juízo competente, em relação aos respectivos proprietários para exame de cada caso suscitado.

A imposição dessa presunção, como fator decisivo, em favor da Municipalidade, e, bem assim, a derrogação plena do art. 527 do Código Civil, somente em relação aos proprietários de terrenos situados no Distrito Federal e, ainda mais, em área restrita, constituem flagrante atentado aos princípios

promulguant cette loi le législateur a eu pour but d’opérer une revirement de la jurisprudence antérieure, de la corriger; et cela, soit en vue de l’explication d’un texte obscur, soit plutôt pour faire progresser les institutions juridiques dans un sens conforme aux intérêts sociaux” (REYMOND, cit. pág. 356).

Claro que êste efeito visado pelo legislador se detém diante das decisões que, proferidas de acôrdo com interpretação diversa da que de novo lhe deu o legislador, transitaram em julgado. Mas a nova lei se aplica, sem controvérsia, aos casos pendentes.

JÈZE, num importante estudo publicado na “Revue de droit public”, 1924, sob o título “Contribution à l’étude du principe de la non-retroactivité des lois — Les lois interprétatives”, tratando da aplicação das leis interpretativas aos casos pendentes, equipara êste caso ao das leis que alteram a competência dos tribunais: “une loi établissant la nouvelle compétence s’applique aux procès déjà engagés au moment de l’entrée en vigueur de la nouvelle loi”. No caso das leis interpretativas a solução é a mesma, porque se trata de situações jurídicas gerais e impessoais; a nova lei se aplica aos processos intentados, mas ainda não julgados (pág. 183). O artigo de lei, em questão, se aplica, portanto, a todos os processos pendentes da mesma natureza.

Assim, sob qualquer aspecto por que se considere, o art. 60 da Lei Orgânica do Distrito Federal (art. 18 do Dec.-lei n. 96) não merece os reproches de que foi alvo; e não me refiro aqui aos ataques veementes deferidos pelos que vêem periclitar os seus interesses, nem sempre respeitáveis, ou os sentem ameaçados pela aplicação do novo e salutar preceito, mas aos argumentos objetivos, desinteressados, dignos de todo respeito pela pura fonte de que promanam.

Rio de Janeiro, setembro de 1938.

JOSÉ SABOIA VIRIATO DE MEDEIROS
Procurador Geral da P.D.F.
(1934-1945)

constitucionais vigentes, assegurados segundo o disposto no art. 122, ns. 1 e 14, da Constituição Federal de 10 de novembro de 1937.

E' para se ter em vista a unidade de direito substantivo corporificado no Código Civil Brasileiro (Lei n.º 3.071, de 1 de janeiro de 1916), onde se estabelecem normas *para vigorar em todo o território da República*, obrigando a tôdas as pessoas naturais ou jurídicas, indistintamente.

A disposição em tese fere o princípio de igualdade de todos perante a lei (art. 122, n.º 1, da Constituição citada), estatuidando uma preferência e privilégio intoleráveis em favor da Municipalidade do Distrito Federal, de sorte a impedir, de um só golpe, tôda e qualquer arguição que aos órgãos da Justiça compete apreciar, em relação aos direitos ofendidos.

A liberdade de domínio, até então presumida a favor do proprietário, deixará de existir, para uma parte dos habitantes de determinada área do território nacional, assim violado o disposto no art. 527 do Código Civil e, ao mesmo tempo, a garantia inscrita no art. 122, n.º 14, da Constituição Federal.

Em face do disposto no art. 96 da nossa Constituição, compete aos Tribunais declarar em tese a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República, observado o disposto no parágrafo único daquele dispositivo.

Toscano Espínola, vencido, de acôrdo com o voto do Desembargador Ribeiro da Costa.

Afrânio Antônio da Costa, vencido. O Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre o art. 18 da Lei n. 96 e dizer se, em confronto com o art. 527 do Código Civil, fere ou não o princípio constitucional inserto no art. 122, n.º 1, que prescreve a igualdade de todos perante a lei.

A sua intervenção é restrita a êste ponto; pertinente ao merecimento da causa a apreciação que incumbe à Câmara de Apelações.

Observado isto, declaro haver votado pela inconstitucionalidade do citado art. 18.

Para os efeitos da enfiteuse a Prefeitura é inteiramente equiparada a qualquer pessoa física ou jurídica; não encontro dispositivo algum na Constituição, nem lei alguma que prescreva em favor da Fazenda Pública do Distrito Federal a exceção pretendida.

Em consequência o art. 18 do Decreto-lei n.º 96 ou é desnecessário ou inconstitucional.

E a sustentação da Fazenda Pública ainda mais me fortalece na convicção de que não há como escapar ao dilema: ou a Fazenda tem documentos que provam enfiteuse em seu favor — seja o alvará de 1821, sejam outros quaisquer — e em tais condições, desnecessária a presunção ou não tem documento valioso, e se assim é não há deixar de aplicar-lhe o princípio geral contido no art. 527 do Código Civil, em relação aos terrenos de que se intitula senhoria.

Inútilmente se procurará nas fartas citações da Fazenda algo que demonstre que *na vigência do Código Civil o domínio não se presume livre quando a Prefeitura se disser senhoria direta do terreno*.

O apêndice que se pretende implantar no Código Civil, por uma lei extravagante, traz como consequência, além da subversão completa dos princípios que regem a propriedade: a) pelo Brasil, além, todos os cidadãos, inclusive

as Municipalidades, se acham obrigados ao ônus da prova quando se inculcam senhorios diretos de quaisquer terrenos, exceto a Prefeitura do Distrito Federal; b) no Distrito Federal, enquanto a Fazenda Nacional não se escapa ao ônus da prova da enfiteuse, segundo a regra geral do art. 527 do Código Civil, a Prefeitura, por um privilégio que nem a Fazenda Nacional possui, está dispensada, porque em seu favor se estabelece uma presunção.

Cândido Lobo, Magarinos Tôrres, Edgar Costa, André de Faria Pereira, Cesário Pereira, vencidos

ACÓRDÃO

Vistos, etc. Acordam os Juizes da Quarta Câmara, por conformidade de votos, dar provimento para julgar improcedente a ação.

O Tribunal Pleno decidiu pela constitucionalidade do art. 60 da Lei n.º 196, de 18 de janeiro de 1936, reproduzido no art. 18 da Lei n.º 96, de 22 de dezembro de 1937, nos termos do acórdão de fls. 216 destes autos.

Ora, verifica-se do laudo de fls. 41 verso, que o imóvel dêste litígio está compreendido na área da sesmaria doada à Prefeitura e a que se refere o Alvará do govêrno absoluto de D. João VI.

Logo, é devido o laudêmio, pois o terreno é foreiro.

O Relator coloca a questão nos termos de seu voto de fls. 217 a 223.

Uma vez que os apelados não provaram a presunção *longissimi temporis* nem outra forma de extinção do direito criado por êsse Alvará, a conclusão é que não procede a consignação.

Mas ressalva expressamente o direito de os apelantes discutirem pelos meios regulares a matéria relativa ao resgate a que porventura tenham direito.

Por isso:

Acordam dar provimento para julgar improcedente a ação, ressaltando porém aos apelados discutirem pelos meios que couberem a matéria relativa ao resgate que queiram pleitear.

Custas na forma da lei.

Rio de Janeiro, 9 de setembro de 1941. — *Edmundo de Oliveira Figueiredo*, Presidente. — *José Antônio Nogueira*, Relator. — *Henrique Fialho*.

TRIBUNAL PLENO

APELAÇÃO CIVEL N.º 1.836

Mercados de flôres municipais. A locação de seus compartimentos regula-se pelo direito público administrativo e não pelo direito privado civil. Cassação do concedido mandado de segurança. Votos vencidos.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 1.836, sendo apelante a Fazenda do Distrito Federal e apelado José dos Santos

Borges. O apelado, mediante concorrência pública, obteve o arrendamento da área, local ou box do Mercado das Flores da rua General Polidoro, em frente ao cemitério de S. João Batista, tendo sido formalizado o contrato em um termo administrativo, assinado, em 1 de agosto de 1942, no Departamento de Parques da Secretaria de Viação e Obras. Ficou estipulado nesse contrato, entre outras cláusulas: 1.º que o prazo seria de cinco anos, improrrogável, contados da mencionada data (cláusula primeira); 2.º que a rescisão poderia operar-se, “no caso de desapropriação ou por outro motivo de bem público” (cláusula terceira); e 3.º que o compartimento locado seria utilizado exclusivamente para a venda de flores naturais por preços não superiores aos correntes nos demais mercados da mesma natureza da Prefeitura (cláusulas sexta e sétima). Tendo terminado o arrendamento em 31 de julho de 1947, quando já em vigor o Decreto-lei n.º 9.669, de 29 de agosto de 1946, entendeu o apelado que a Prefeitura, não se opondo à sua permanência no compartimento e passando a cobrar-lhe o aluguel com o aumento de 25%, facultado pelo art. 4.º, n.º III, do citado Decreto-lei n.º 9.669 (aviso de fls. 11 e recibo de fls. 12), reconheceu a existência, no caso, de prorrogação de locação (art. 20) e que, assim, não há renovação de locação, hipótese regida pelo Decreto número 24.150, de 20 de abril de 1934 (mesmo Decreto-lei n.º 9.669, arts. 2.º e 28). Daí, em face do edital de concorrência pública de fls. 13, publicado no *Diário Oficial*, Seção II, de 4 de setembro de 1947, o pedido de mandado de segurança que o Dr. Juiz, a princípio, indeferiu *in limine*, decisão que, entretanto, reconsiderou depois, atendendo ao recurso de fls. 26-29, instruído com a publicação de fls. 30. Prosseguiu, assim, o feito julgado pela sentença de fls. 54-59, que concedeu o mandado requerido e já executado a fls. 65. Não se conformando com a sentença preferida recorreu a Fazenda, justificando o cabimento do recurso interposto, qualquer que seja a sua classificação, e pleiteando a reforma da decisão recorrida. De acordo com a jurisprudência firmada por este Tribunal, o recurso interposto foi processado nas duas instâncias, como apelação. Contrarrazoou o apelado e dispensada, *ex-vi* do art. 139, n.º IV, letras b e d, do Código de Organização Judiciária, a audiência do Dr. Procurador Geral, ficou a apelação em termos de julgamento. Isto pôsto: A classificação de um contrato não se apura pela denominação que lhe atribuem as partes, mas pela essência do seu conteúdo, pela natureza das obrigações nêle assumidas. Assim, o contrato de fls. 10, formalizado em um termo administrativo, está sujeito, em que pese a sua denominação, à classificação que se ajustar ao estipulado em suas cláusulas. Por outro lado, lícito não é às partes escolher a lei aplicável às relações de fato ou de direito entre elas existentes, donde nenhum argumento fornecer, decisivamente, o aviso de fls. 11

COMENTÁRIO

A matéria de fundo apreciada nos acórdãos envolve séria questão debatidíssima entre os juristas, a respeito dos elementos definidores do contrato de direito administrativo, de forma a isolá-lo dos contratos de direito privado, distinguindo-o por peculiaridades que, na verdade, são mais de forma do que de conteúdo, em certos tipos de contratos.

e o recibo de fls. 12. Se ilegais êsse aviso e êsse recibo, por atentatórios da Lei Orgânica do Distrito Federal, não estaria o atual Prefeito impedido de revogá-lo, ordenando a abertura da concorrência pública, por isso que, di-lo a sentença apelada nessa parte “como assinalou em lapidar acórdão Pedro Lessa, a administração não fica vinculada aos atos ilegais que anteriormente praticou, podendo a todo o tempo revogá-los (Rev. do Sup. Trib. Federal, volume XIX, pág. 69). Ora, findo o prazo do contrato, prazo improrrogável por estipulação da cláusula I, a Municipalidade teria de conduzir-se dentro das normas de sua Lei Orgânica. Inoperantes, portanto, os posteriores atos praticados, infringentes do art. 55, § 2.º, da Lei n.º 196, de 18 de janeiro de 1936, revigorada pela Lei n.º 30, de 1947, publicada no *Diário Oficial* de 11 de março de 1947. A intermediária Lei n.º 96, de 22 de dezembro de 1937, não modificou, na parte em questão, a revigorada de n.º 196, que encontrou situação idêntica a que prevê e a última Lei n.º 217, de 15 de janeiro do corrente ano de 1948, art. 45, § 2.º, também nada inovou. Portanto, a abertura da concorrência pública, objeto do edital de fls. 13, era a cabível solução jurídica administrativa. A tolerância havida por parte da apelante, permitindo a permanência do apelado no compartimento, após o termo final do prazo convencionado, mediante a majoração de 25% no preço da ocupação, não firmou, por sua ilegalidade, nenhum direito. Majorando tal preço, fê-lo a apelante em porcentagem de admissibilidade estreme de dúvida porque autorizada pelo art. 4.º do Decreto-lei n.º 9.669, de 29 de agosto de 1946, quando mesmo êsse Decreto-lei fôsse aplicável à espécie. E não o é, como vem decidindo êste Tribunal, salvo por maioria ocasional, no recurso n.º 207, também interposto pela Fazenda do Distrito Federal, sendo recorrido João Batista Barbosa (recursos n.º 204, J. Dias & Rocha e outros; n.º 205, Manuel de Sousa e outros, e 208, Luís Barbosa e outros; apelações ns. 1.525, Abel Barbosa & Irmão, e n.º 1.620, Máximo de Freitas & Vieira). A razão que levou o legislador a excluir da disciplina do Decreto-lei n.º 24.150, de 20 de abril de 1934, as locações em que a União Federal, os Estados e os Municípios forem partes e estender essa exclusão às autarquias, como fêz mediante a nova redação dada ao art. 32 do mesmo Decreto-lei pelo art. 28 do Decreto-lei número 9.669, de 29 de agosto de 1946, impede que se reconheça a aplicação ao caso da regra do art. 20 dêste último decreto-lei. Das cláusulas sexta e sétima do contrato de fls. 10, insólitas, desusadas em contratos de locação regulados pelo direito comum, transparece, nitidamente, a feição típica de contrato sujeito aos princípios do direito administrativo. Qualquer que seja o nome que se dê a êsse contrato — arrendamento, concessão, cessão a título oneroso de uso — tais princípios são-lhe os aplicáveis. Pelo exposto: Acordam os Juizes

2. Assim, os contratos de locação discutidos nas venerandas decisões, feitos entre a Prefeitura do Distrito Federal, de um lado, e particulares, de outro, apresentam, apenas, remota relação com a finalidade pública do Estado, ao contrário de determinados contratos de direito público, por êste definido e destinados especialmente a atender a finalidades específicas de pessoas de direito público, do que é exemplo típico o contrato de concessão de serviço público.

do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em sessão plena e por maioria, em dar provimento à presente apelação, interposta a fls. 67, para reformar a sentença apelada de fls. 54-59 e cassar o concedido mandado de segurança.

Custas pelo apelado.

Distrito Federal, 7 de julho de 1948.

Cândido Lobo, Presidente.

Mário Guimarães Fernandes Pinheiro, Relator.

Estácio Correia de Sá e Benevides, vencido. À conclusão do acórdão, opo-nho, *data venia*, os seguintes argumentos: a) Trata-se de um contrato de direito privado outorgado por uma pessoa jurídica de direito público a um particular; b) é irrecusável a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público pelo ato do seu representante, que, devidamente credenciado, e na conformidade dos pareceres dos órgãos consultivos competentes, firmou o contrato de arrendamento (art. 15 do Cód. Civil); c) não se trata de novo contrato, mas do próprio contrato anterior, prorrogado por lei federal, a cujo império estão sujeitos os particulares como a própria Prefeitura, que àqueles se equipara, quando com eles contrata *de jure civile*; d) em caso análogo, de grande repercussão no país em que a mesma Prefeitura arguia a preterição da concorrência pública, para esquivar-se à vinculação de um contrato (e êsse nítidamente de direito administrativo — o famoso caso do contrato do serviço telefônico nesta cidade), o Supremo Tribunal Federal aplicou à decisão da causa pelo voto do seu então Ministro Edmundo Lins, a regra de direito formulada por BLASIUS ALTIMARIUS, em seu *Tractatus de nullitatibus: nemine in Juditio auditur propriam turpitudinem allegans*, ora correntemente invocada no fôro (a obra citada existe na Biblioteca Municipal, de que possuímos exemplar). São as razões de direito, com que me permito dissentir do douto e bem fundamentado acórdão, negando provimento ao recurso, para confirmar a decisão recorrida.

Narcélio de Queiroz, vencido, de acôrdo com o voto do Desembargador Sá e Benevides.

Mem de Vasconcelos Reis, vencido, por entender como já sustentei em votos anteriores, não traduzir, ou constituir serviço público o comércio de flôres naturais, como também não excluir da comercialidade a dos bens dominicais objeto dos arts. 66 e 67 do Código Civil. No Estado Liberal, como o nosso, em que o Estado se abstém de intervir na vida econômica da sociedade e não ser aquilo que se torna mais pensável a satisfação das necessidades por todos sentidas e só proporcionáveis pelo Poder Público, dados os meios de que dispõe uns ter de tornar o empreendimento de determinados requisitos e que podem ser resumidos em três — exclusividade na prestação do serviço igualdade de

3. Tratando-se de contratos de locação de coisa, nominados e perfeitamente definidos e regulados no direito civil, como no direito comercial, verifica-se que, em seu conteúdo, se apresentam como contratos de direito privado, regulados por êste, mas até certo ponto, porquanto também obedecem a certas regras impostas pelo direito público, no interêsse da boa administração das coisas públicas, tanto em sua formação como para que se aperfeiçoe.

preço do mesmo para todos e o caráter de privilégio, quando a carga de particular, por delegação em transferência. No caso em aprêço não se verifica o princípio dêsses requisitos visto não ser o comércio de flôres naturais, serem a carga do Estado, pela sua indispensabilidade à vida social, como o são os serviços de água, luz, esgotos e transportes urbanos coletivos; não ocorre o segundo dado a livre concorrência dos primeiros. Não sendo o mercado de flôres naturais bem de uso comum do povo ou de uso especial do Estado, porém bem dominical que nos têrmos do art. 66, n.º III do Código Civil, constitui patrimônio da União, Estados e Municípios como objeto de direito pessoal, ou real de cada uma dessas entidades e sôbre os quais seus direitos de proprietários são iguais ou idênticos aos que têm as pessoas de direito privado em relação aos bens do seu patrimônio, segue-se que não colhe o argumento de não reger a espécie *sub-judice* o Decreto-lei n.º 9.669-46. E' certo, como assinala Clóvis (*Código Civil*, vol. I, pág. 309), que o nosso estatuto civil parece declarar inalienáveis todos os bens públicos, quando êsse só se dá com os enumerados nos ns. 1 e 2. E mesmo que assim não fôsse nada há que autorize excluir-se da comercialidade os bens dominicais daqueles incisos por não levar à locação a alienação. A concorrência pública não caracteriza nem pode caracterizar como bem público, aquêle que venha a ser seu objeto, pois mero processo de polícia administrativa, outra qualidade não tem senão a de manter a moralidade. Pensar-se de modo diverso seria emprestar-se à locação ou arrendamento bens de órfãos e interditos, quando essa se faça por êsse meio a natureza de "bem público".

Sílvio Martins Teixeira, vencido, de acôrdo com o voto do Desembargador Estácio de Sá Benevides.

Emanuel Sodré, vencido. Êste caso é igual a diversos outros que já temos aqui julgado e meu voto tem sido como o que ora passo a proferir. O apelado celebrou com a Prefeitura o contrato de arrendamento de certa área do Mercado das Flôres, à rua General Polidoro, pelo prazo de cinco anos, em virtude de concorrência pública. Não se vislumbra, em tais contratos, nenhuma concessão de serviço público. Não há exclusividade na exploração do comércio de flôres, pois no quarteirão contíguo ao mercado da rua General Polidoro há diversos vendedores instalados em prédios particulares e, o que é também eloqüente, não existe tabelamento de preços a que os arrendatários devessem obedecer. A própria apelante, ao pleitear a aplicação do Decreto-lei n.º 24.150, de 1934, reconheceu que se trata de mera locação comercial; e ela mesma quando majorou os alugueres, escudou-se expressamente no Decreto-lei n.º 9.669, de 1946. O único aspecto de interêsse público é o aumento dos alugueres, com a nova concorrência. A lei do inquilinato tem a mais ampla e genérica apli-

4. Não é possível, no curto espaço destinado a êste comentário, dissertar sôbre as diversas teorias, de DUGUIT, HAURIOU, JÈZE, BIELSA, OTTO MAYER, etc., a respeito do contrato de direito administrativo, de modo que nos limitamos a indicar elementos extraídos do direito positivo brasileiro, para simplificar a questão, a fim de mostrar que os contratos apreciados pelos venerandos acórdãos não passam de contratos dessa natureza e assim fogem a certas regras de direito privado.

cação e não é justo que os locatários da Prefeitura se vejam desamparados por aquêlê decreto legislativo.

Oliveira Sobrinho, vencido, nos termos do voto supra do eminente Desembargador Emanuel Sodré.

Vicente Piragibe, vencido, de acôrdo com o voto do Desembargador Emanuel Sodré.

TRIBUNAL PLENO

RECURSO DE MANDADO DE SEGURANÇA N.º 204

Havendo a Prefeitura do Distrito Federal construído mercados a fim de atender ao interêsse público, a locação de suas lojas, ou "boxes", não está sujeita à lei comum, mas às regras de direito administrativo.

Vistos, etc., êstes autos de apelação n.º 204, em que são recorrentes o Doutor Juiz da Segunda Vara da Fazenda Pública e a Fazenda do Distrito Federal, sendo recorridos J. Dias & Rocha, Sílvia de Almeida Matias e César Joaquim Vitório, verifica-se o seguinte:

Os recorridos, estabelecidos nesta Capital, à rua General Polidoro, sem número, locais 4 e 11, 12 e 17 do "Mercado de Flôres", em frente ao cemitério São João Batista, impetraram no Juízo da Segunda Vara da Fazenda Pública mandado de segurança contra o ato do Senhor Prefeito do Distrito Federal, que ordenara a abertura de concorrência pública para novas locações naquele "Mercado de Flores", sustentando os impetrantes terem direito certo e incontestável às locações, *ex-vi* do Decreto-lei n.º 9.669-46.

Atendendo à requisição do Dr. Juiz, o Sr. General Prefeito prestou as informações, declarando ter agido na obediência à Lei Orgânica do Distrito Federal, opondo, a seguir o Sr. 5.º Procurador da Prefeitura a contestação de fls. 55 a 63, a sustentar a perfeita legitimidade do ato administrativo impugnado.

Subindo os autos conclusos ao Doutor Juiz, independentemente de preparo, conforme requereu o Sr. 5.º Procurador, o digno Dr. Juiz prolatou a sentença de fls. 66 a 69, pela qual, entendendo que o ato do Sr. Prefeito violara o disposto no art. 20 do Decreto-lei n.º 9.669-46, julgou nulo tal ato, concedendo o mandado de segurança impetrado. De tal sentença o Dr. Juiz, na

5. O Código de Contabilidade Pública da União dispõe no capítulo II do título VII a respeito dos contratos de direito administrativo, estabelecendo as normas gerais, as estipulações, a aprovação e a execução dos mesmos, esclarecendo, no art. 766, que os contratos de direito administrativo regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum, "no que concerne ao acôrdo de vontade e ao objeto", observadas, porém, quanto à sua *estipulação, aprovação e execução*, as normas prescritas no citado Código.

forma legal, recorreu *ex-officio*, dela tendo apelado a Fazenda do Distrito Federal, arrazoando de fls. 76 a 84, estando de fls. 87 a 98 as razões dos recorridos.

Manifestando-se sôbre a matéria, o Sr. Procurador Geral do Distrito Federal emitiu parecer no qual, salientando os argumentos do Sr. Dr. 5.º Procurador da Prefeitura, opinou pela reforma da sentença e conseqüente cassação do mandado. A razão está com a Fazenda do Distrito Federal, pois havendo a Prefeitura construído os "Mercados de Flôres" fronteiros aos cemitérios da cidade, a fim de atender ao interêsse público, a locação das localidades "boxes" daqueles Mercados está disciplinada pelos princípios e regras do Direito Público Administrativo, não se encontrando conseqüentemente submetida à legislação comum atinente à locação de imóveis. Destarte, o ato do Sr. Prefeito por ser legal, é válido, não podendo prevalecer a sentença recorrida.

Isto pôsto:

Acordam os Juizes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por maioria de votos, em dar provimento à apelação a fim de, reformando a sentença recorrida, cassar o mandado de segurança.

Custas, como de direito.

Distrito Federal, 22 de dezembro de 1947.

Cândido Lobo, Presidente.

Dr. Edgar Ribas Carneiro, Relator.

Emanuel Sodré, vencido, pois confirmava a decisão da primeira instância. Os apelados celebraram com a Prefeitura, conforme os termos que se vêem a fls. 24 e 25, os contratos de arrendamento de certas áreas do Mercado das Flôres, pelo prazo de cinco anos, improrrogáveis, determinada prestação mensal, direito de transferência, de acôrdo com a locadora, etc. Não se vislumbra, nesses contratos, nenhuma concessão de serviço público. Não há, sequer, exclusividade do comércio de flôres, pois no quarteirão contíguo ao mercado da rua General Severiano, por mim palmilhado semanalmente há quase três décadas, há diversos vendedores instalados em prédios particulares e, o que é mais eloqüente para o caso, não existe nenhum tabelamento de preços a que os arrendatários devessem obedecer. A própria apelante, ao sustentar que a lei aplicável seria o Decreto n.º 24.150-34, reconheceu tratar-se de mera locação comercial. Se ela invocou êsse decreto é porque de sua incidência êle exclui expressamente a Prefeitura, mas ela mesma, quando majorou os alugueres, escudou-se no Decreto-lei n.º 9.669-46, como se vê a fls. 27. O único aspecto de interêsse público é a renda dos alugueres, e o único objetivo da nova concorrência é o aumento dêsses alugueres.

6. Por sua vez, a Lei Orgânica do Distrito Federal — Lei n. 217-48 —, de inteira aplicação no caso, sujeita a certas formalidades a locação, como a alienação, de um modo geral, de seus bens patrimoniais, salvo se a locação não exceder de seis meses, ou tiver por objeto habitações populares, ou casas construídas para operários e empregados da Prefeitura (art. 45, § 2.º), observando-se, ainda, que todos os contratos em que a Prefeitura toma parte estão sujeitos a registro no Tribunal de Contas, para que se possam considerar válidos.

O Decreto n.º 24.150 confere aos locatários, na renovação dos contratos de arrendamento par afins comerciais, benefício maior que o de que cogita o Decreto-lei n.º 9.669, que também se aplica a locações comerciais. Os locatários que, por êste ou aquêle motivo, não podem colhêr os favores do Decreto n.º 24.150, não ficam por isso inibidos de apelar para o 9.669, desde que satisfeitas as condições dêste; e foi a própria apelante, como se viu, que invocou êste último decreto para majorar os alugueres. Pareceu-me, portanto, líquido e certo o direito dos apelados, de permanecerem como arrendatários por prazo indeterminado nos termos do Decreto-lei n.º 9.669.

Mem de Vasconcelos Reis, vencido. Por entender ser o imóvel objeto de locação bem dominical e não constituir, no nosso sistema político-administrativo, o comércio de flôres naturais — serviço público, consoante os ensinamentos dos mais provetos mestres da ciência do direito, como LEROY-BAULLIEU (*O Estado Moderno e suas Funções*), COLSON (*Curso de Economia Política*), MATER (*O Socialismo Conservador ou Municipal*), E. BAUVIER (*As Regras Municipais*), G. MANTEMARTINI (*Municipalização dos Serviços Públicos*), A. LINO NETO (*A Questão Administrativa — O Municipalismo em Portugal*), DUGUIT (*Situação Jurídica dum particular concessionário dum serviço público*), WALME (*A situação jurídica do uso dum serviço público*), PIERRE LARQUE (*O uso dos Serviços Públicos Industriais*), GASTON JÈZE (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*), PHELIPP COMTE (*Ensaio duma teoria análoga da concessão dos Serviços Públicos*), ZANOBINI (*O Exercício Privado e da Função e do Serviço Público*, in *Tratado de Direito Administrativo Italiano*), MARCELO CAETANO (*Subsídio para o Estudo da Teoria da Concessão dos Serviços Públicos*), e MÁRIO MAZAGÃO (*Natureza Jurídica da Concessão dos Serviços Públicos*).

A conceituação legal e jurídica do que se deva entender por serviço público varia de acôrdo com a organização político-administrativa dos Estados, visto que a iniciativa dêste interferindo na vida social, restringindo a iniciativa privada ou disso se abstendo, não permite uma conceituação única. No Estado Liberal, em que o Estado se abstém de intervir na vida económica da sociedade, deixando tôdas as atividades sociais à iniciativa privada, é óbvio que não só o comércio de flôres naturais, como qualquer outro, não traduz serviço público, contrariamente ao que ocorre no chamado Estado Socialista, em que senão tôdas, pelo menos quase tôdas, são por êle dirigidas e organizadas. No denominado Estado Liberal Mitigado, como o nosso, onde é restringida essa intervenção ao absolutamente indispensável à satisfação das necessidades por tôdos sentidos e só proporcionáveis pelo poder público, dados os meios de que dispõe, mister se torna o preenchimento de determinados requisitos e que

7. O eminente Ministro ARTHUR MARINHO, então Desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito, entrou em cheio na questão quando, em seu voto vencedor, no acórdão do Tribunal Pleno transcrito, disse que "o contrato de que se ocupam os autos é de direito administrativo, e isso diz tudo", para que se furte dito contrato a certas normas impositivas da legislação privada, eis que se sobrepõem, no caso, as normas específicas de direito administrativo. Bem assinalou, ainda, o insigne magistrado que vender flores é uma coisa e regular a situação do local em que são

podem ser reduzidos a três: a exclusividade na prestação do serviço, a igualdade do preço desta e o caráter de privilégio, quando a cargo de particular.

No caso dos autos ora em debate, não ocorre o primeiro dêsses requisitos, uma vez que não é o comércio de flôres naturais essencialmente do Estado, pela sua indispensabilidade à vida social, como são os serviços de água, esgôto, transportes urbanos coletivos. Também não ocorre o segundo requisito, dada a livre concorrência. E, da mesma forma e por motivo da falta dos dois primeiros, nem o terceiro se verifica, coisa que só acontece quando o serviço é transferido pelo Estado, por via de concessão, devidamente autorizada por lei.

Alega-se não estar a locação em questão subordinada aos preceitos do Decreto-lei n.º 9.669, de 1946, por se tratar de bem público, que não pode ser objeto de contrato, e por ter sido a locação obtida mediante concorrência pública. Não procede aquêle primeiro motivo, uma vez que se trata não de bem de uso comum do povo, ou de uso especial do Estado, mas de bem dominical que, nos termos do n.º III do art. 66 do Código Civil, constitui o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, como observa uma dessas entidades, e sôbre os quais seus direitos de proprietários são idênticos aos que têm as pessoas de direito privado com relação aos bens de seu patrimônio. E' certo que a defeituosa fórmula do art. 67, de nosso estatuto civil, como esclarece CLÓVIS, declarar inalienáveis todos os bens públicos, quando, em verdade, isso só se dá quanto aos enumerados em os ns. I e II. Mesmo em se admitindo sejam inalienáveis quaisquer bens públicos, nada há que autorize excluir-se da comercialidade os bens dominicais, pois a locação a isso não leva.

A concorrência pública não caracteriza, nem pode caracterizar, como bem público, aquêle que é seu objeto. Mero processo de policia administrativa, impõe-se como medida de moralidade. Pensar-se de modo diversos seria emprestar-se à locação de bens de menores e interditos, quando essa se fizesse por êsse meio, a natureza de bem público.

TRIBUNAL PLENO

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 1.525

Questão da locação dos "boxes" no mercado de flôres. Embargos. Concessão de uso. Art. 22 da lei de luvas e 28 do Decreto-lei n.º 9.669.

vendidas é outra, admitindo, por outro lado, que, nas circunstâncias e tendo em vista o local em que é exercido o comércio de flôres, nos "boxes" em aprêço, se trata de um serviço de *interêsse público*. De fato, não é possível desconhecer o interêsse público no comércio de flôres exercido nesses "boxes", construídos pela Prefeitura em frente ao Cemitério São João Batista, precisamente para bem servir ao público que afluí a êsse local e homenegeia seus mortos levando-lhes flôres.

Possibilidade de relatar, no Tribunal Pleno, embargos, quem foi voto vencido, no julgamento da apelação.

Vistos, examinados e discutidos estes autos de embargos em apelação cível sôbre mandado de segurança n.º 1.525, embargantes Abel Barbosa & Irmão e outros, embargada, a Prefeitura do Distrito Federal, foi rejeitada a preliminar, levantada pelo Relator, de não poder ser Relator quem foi voto vencido na apelação, contra os votos dos Desembargadores Relator, Emanuel Sodré e Serpa Lopes, porque só em relação a embargos perante grupo ou turma, há o impedimento, e a lei, que estabelece impedimentos, é de interpretar-se restritivamente, e, demais, a afirmação de impedimento, que também se estenderia aos que funcionaram, no julgamento embargado, com voto vencedor, poderia, em se tratando de causa decidida pelo Tribunal Pleno, no juízo embargado, numa impossibilidade de haver relator. E, no mérito, contra os votos dos Desembargadores Relator, Fialho, Sodré e Paixão, acordam, em maioria (Desembargadores Revisor, Benevides, Homero Pinho, Bulhões Carvalho, Sady de Gusmão, Tenório, Coelho Branco, Artur Marinho, Carlos Araújo, Silveira Sales, Afonso Chagas, Machado Monteiro, Omar Dutra, Carlos Marigny, Faustino Nascimento, Russel, Paula Fonseca, Stampa Berg, Faria Coelho, Garcez Neto, Roberto Medeiros, Aloísio Maria Teixeira, Duque Estrada, Oliveira Sobrinho, José Duarte e Serpa Lopes) em rejeitar os embargos para confirmarem, como confirmam, a decisão recorrida, pelos próprios fundamentos, de que são de destacar a circunstância de tratar-se de concessão de uso, não podendo, pois, subsumir-se a relação *ex-locato* às leis comuns, ou de exceção, que regulam a locação, como relação de direito privado; tanto mais que as leis vigentes são taxativas na exclusão. A lei de luvas, no art. 23, declara que “não se aplicam” os seus dispositivos, “às locações em que a União Federal, os Estados e os Municípios foram parte”, regra que que o Decreto-lei n.º 9.669-46, estendeu às autarquias, deixando claro que àquele também se não submetem tais locações.

Custas pelos embargantes.

Rio de Janeiro, em 1.º de dezembro de 1953.

Ari de Azevedo Franco, Presidente.

Eduardo Espínola Filho, Relator designado.

Mem de Vasconcelos Reis, vencido. Visto como não é o comércio de flôres naturais — *serviço público* nem os “boxes” do mercado de flôres — *bem pú-*

8. Finalmente, o próprio motivo de interesse público estava explícito no contrato, quando foi dado como causa para a rescisão, conforme assinala a ementa do acórdão no agravo de petição n. 507. Não se tratava, pois, de contrato estritamente de direito privado, mas de direito administrativo, não sujeito à legislação invocada pelos contratantes requerentes do mandado de segurança.

MANUEL DE CASTRO CERQUEIRA
Juiz do Distrito Federal

blico, porém bens dominicais, em que o Estado exerce os direitos de proprietário como o proprietário particular.

Accentuado tenho em votos anteriores e neste processo, que, segundo a nossa organização política entende-se com o serviço público a organização permanente cujo funcionamento regular traduz-se em prestações positivas, a fazer a todos que se apresentarem a solicitá-las e estejam nas condições regulamentares.

São elas o principal meio pelo qual as pessoas coletivas de natureza pública, desempenham atribuições relativas à vida econômica, substituindo a incerteza e desordem, da livre concorrência, entre as empresas privadas à disciplina do interesse geral, caracterizando-se pela substituição da atividade privada, ou melhor, da pessoa privada pelas pessoas públicas. União, Estados ou Municípios, por via de seu órgão competente, que presta o serviço de interesse coletivo, proveniente de uma necessidade, por todos os membros da coletividade sentida, suprimindo intermediários e sem qualquer intuito de lucros, ou especulações.

Caracteriza-se por ser uma *organização permanente* cujo funcionamento regular-se-á em prestações positivas a se fazerem a todos; e a *exclusividade de serem esses serviços prestados diretamente* pelo Poder Público, ou ao *particular* (Concessionário) a quem os transfira.

Não basta que a necessidade seja de um grupo; é preciso que seja de todos e que se torne indispensável à vida.

Não tem, evidentemente, o comércio de flôres naturais, esse caráter geral, não é indispensável à vida da coletividade, é causa a ela supérflua.

Não é a “concorrência pública” que caracteriza o “Serviço Público”, mas esta formalidade de polícia ou fiscalização administrativa.

Não são esses “boxes” bens públicos, por isso, que não se enquadram na conceituação legal e jurídica.

Henrique Fialho, vencido. Subscrevo, *data venia*, o brilhante voto supra do ilustrado Desembargador Mem de Vasconcelos Reis.

Emanuel de Almeida Sodré, vencido. De acôrdo com o voto supra, do propecto Desembargador Mem Reis, e com reiterados votos que já tenho proferido em casos análogos, inclusive naquele em que o mandado foi concedido. Para mostrar que não se trata de “serviço público”, no rigor técnico da expressão, basta considerar que nos dois quarteirões fronteiros ao cemitério de São João Batista, que eu visito todo sos sábados, se encontram diversos negócios de flôres, instalados em casas particulares.

Acresce que a própria Prefeitura, ao pretender o aumento dos alugueres dos “boxes” do Mercado, invocou a lei do inquilinato, reconhecendo, portanto, a existência de uma locação comum.

Eurico Rodolpho Paixão, vencido. Na conformidade dos votos dos Desembargadores Mem Reis, Henrique Fialho e Emanuel Sodré, e ainda de acôrdo com o meu voto na apelação.

Artur Marinho, voto vencedor. Quero apenas esclarecer que não seria eu quem dissesse que a venda de flôres, em situação como a versada nestes autos, é um *serviço público*. Seria, quando muito, nas circunstâncias e tendo em vista onde exercido o comércio, um serviço de *interesse público*, ao qual a

Administração não seria estranha. Vender é uma coisa; regular a situação do local onde se vende, é outra. O contrato de que se ocupam os autos, isto sim, é de *direito administrativo*, e isso diz tudo.

TRIBUNAL PLENO

APELAÇÃO CÍVEL N.º 10.161

São inconstitucionais o art. 6.º da Lei n.º 133, de 14 de outubro de 1948, e o § 2.º do art. 11 da Lei n.º 260, de 26 de novembro deste mesmo ano, por isso que violam o preceito contido no art. 186 da Constituição Federal de 1946.

Vistos e examinados êstes autos de apelação cível n.º 10.161, em que é apelante a Prefeitura do Distrito Federal, e apelados os Drs. Euris Maia Dollana, Olímpio Menezes Vaz, Nagib Jorge Farah, Carlos Gomes dos Santos, Benjamin Ruben, Carlos Artur Cabral de Menezes, Donatello Sparvoli, Francisco Valias de Rezende Filho, Francisco Scaramboni, Waldir Figueiredo Ramos e Henrique Ruben: Acordam os Juizes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, contra os votos dos Desembargadores Romão Côrtes de Lacerda, Nar-

COMENTARIO

O V. Acórdão em comentário enfrentou duas teses constitucionais e daí chegou à conclusão da inconstitucionalidade de normas da Lei 133, de 1948 e 260, dêste mesmo ano.

Girou a razão de decidir em tôrno do princípio o § 1.º do art. 141 da Constituição, ou seja o de que todos são iguais perante a lei. Invocou, também, o art. 186 da Constituição: "A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde". Finalmente, se entrosou na decisão a regra do art. 184, que diz: "Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei estabelecer".

Em síntese, o raciocínio do Acórdão é o seguinte: se os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros; se todos são iguais perante a lei; se a primeira investidura em cargo de carreira se dá por concurso; inconstitucional é limitar o concurso a determinados funcionários, por ferir êsses preceitos constitucionais.

Façamos, inicialmente, justiça ao Acórdão, ao acentuar que, em tese, o princípio que o informa é exato e verdadeiro. Mas vejamos os comentários que êle comporta.

"Todos são iguais perante a lei" diz a Constituição. Dizem os doutrinadores e o aceita o Acórdão, que tal princípio não importa em fixar a igualdade absoluta. A igualdade em foco é relativa.

célio de Queiroz, Milton Barcelos, Machado Monteiro e Sousa Santos, acolhendo a arguição de inconstitucionalidade do preceito contido no art. 6.º, da Lei n.º 133, de 14 de outubro de 1948 e no § 2.º do art. 11 da Lei n.º 260, de 26 de novembro dêse mesmo ano.

Custas *ex-lege*.

E assim decidem porque dispondo o referido art. 6.º daquela primeira lei, que — "Fica o Prefeito autorizado a prover efetivamente, no cargo inicial da carreira, mediante concurso de títulos, os médicos nomeados interinamente para o cargo vago e os extranumerários, que estejam no exercício de suas funções na data da promulgação desta lei, desde que o requeiram dentro de trinta dias"; o § 2.º do art. 11 da segunda que — "Ficam também, considerados na expressão "extranumerários" do art. 6.º da Lei n.º 133, de 14 de outubro de 1948, os médicos, que tenham sido admitidos e estejam em exercício de qualquer função na Prefeitura do Distrito Federal de 18 de setembro de 1946, como se pretende, por isso que êste diz respeito a outra situação, ou seja o da igualdade dos cidadãos, independentemente das condições de fortuna e posição social pela inexistência de privilégios de raça, casta ou classe, relativamente às vantagens e ônus instituídos pelo regime democrático, porém, contra o preceito contido no seu art. 186 e que diz respeito à primeira investidura em cargo de carreira e em outros que forem em leis determinados.

O princípio contido no § 1.º do art. 141, da atual Constituição, reprodução do § 2.º do art. 72 da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, ou seja

Nada mais exato e verdadeiro, de que não há igualdade absoluta no terreno jurídico. Podemos mesmo fazer a ousada afirmação: não há, em qualquer terreno, igualdade absoluta. Talvez mesmo possamos dizer, filosoficamente, que o encanto da vida terrena, está na desigualdade entre os seres e as coisas. Na descoberta de fatores de desigualdade entre coisas e seres, aparentemente semelhantes, é que reside o interesse e o encanto de viver entre seres e coisas. A igualdade estereotipada traria o desencanto, a rotina, a bitola estreita da vida e, conseqüentemente, o desestímulo à pesquisa, ao conhecimento e à própria vida.

A desigualdade física, moral e intelectual é a regra entre os homens. Não seria um princípio constitucional, uma regra normativa, que traria o nivelamento dessas desigualdades, de caracteres, de mérito e demérito, de competência e de incapacidade.

Quando os doutrinadores afirmam que tal igualdade não é absoluta, querem dizer que devemos tratar igualmente as coisas semelhantes e desigualmente as dissemelhantes. Esta é que é a igualdade relativa, a igualdade realmente adotável e a que a lei se refere.

O amparo da lei, com vistas à igualdade, deve ser geral e sem restrições, mas os encargos e as obrigações di-lo CARLOS MAXIMILIANO — devem ser, não iguais, o que redundaria em injustiça — e sim, proporcionais (DUGUIT, v. II, § 95, p. 17 e 22).

A lição precisa de MARNOCO E SOUZA, bem define a igualdade de que falamos:

de que *todos são iguais perante a lei*, jamais foi entendido, como traduzindo a absoluta igualdade de direitos e obrigações para todos os indivíduos membros do Estado, como nô-lo mostram os arts. 38, parágrafo único, n.º I, 80, 9, parágrafo único, n.º 1, 99; 132, ns. I e II e outros mais e que referem-se respectivamente, aos cargos de deputado e senador, exigindo para êsses cargos a condição de brasileiro, nos têrmos dos ns. I e II do art. 123, terem nascido no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, não residindo êstes a serviço de seus países, os filhos de brasileiro ou brasileira nascidos no estrangeiro, se os pais estiverem a serviço do Brasil, ou não o estando vierem residir no país, caso em que, atingida a maioridade, deverão, para conservar a nacionalidade, optar por ela dentro de quatro anos, o que equivale dizer, os chamados brasileiros natos, de Presidente da República e Vice-Presidente; de Ministro do Supremo Tribunal Federal, que, além dêsse requisito, deve ter também o de notável saber jurídico e elevada reputação; e da exclusão do direito de voto.

A igualdade a que se refere o art. 141, no seu § 1.º, sempre foi entre nós entendido não gerar desigualdade para o gôzo e garantias individuais, as condições de fortuna e posição social, dada a inexistência, entre nós, de privilégios de raça, casta ou classe, como bem assinala JOÃO BARBALHO, comentando o § 2.º do art. 72 da Constituição de 1891, ao escrever: "*todos são iguais perante a lei*". Isto é, os direitos que a Constituição assegura são os mesmos para todos os indivíduos; os meios, e recursos estabelecidos para garanti-los competem igualmente a todos. Não há, perante a lei republicana, grandes,

"O direito de igualdade unicamente se pode admitir no sentido de uma paridade de direitos numa correspondente paridade de condições" (*Constituição Política da República Portuguesa*, p. 50 — 1).

Pelo que vimos, sente-se que o princípio constitucional em exame, deve ser entendido e aplicado no sentido de escoimar a lei de privilégios de ordem individual, racial, de herança, fortuna, crença, sexo, etc. Por seu caráter de direito público o comando constitucional elimina a interêsse privado exclusivista, o privilégio abrogado de eras priscas. O sentido da lei há de ser geral, quando muito dirigido a um grupo despersonalizado, jamais a um indivíduo, a um interêsse determinado, etc. A redundância de que se acusou a Constituição de 1934, no elenco que fiz das desigualdades existentes entre os homens, nada mais era que a reafirmação do princípio de igualdade relativa que enunciava e que *ad abundantiam*, quis exemplificar, para melhor se fazer entendida; no exemplo, não há superfluidade e sim ratificação prática de um princípio que se enuncia precedentemente.

Contendo essa orientação de igualdade, enuncia a Constituição êste outro princípio, que possibilita a todos os brasileiros a investidura em cargos públicos. Há todavia uma restrição ao princípio — observados os requisitos que a lei estabelecer. Será a restrição uma negação do princípio da igualdade? Não, evidentemente não. É, sem a negação da igualdade absoluta, que inexistente e que seria desarrazoado e paradoxalmente, uma desigualdade. A restrição nada mais é que a reafirmação da relatividade da igualdade a que alude a Constituição.

nem pequenos, senhores, nem vassallos, patrões, nem plebeus, ricos, nem pobres, fortes, nem fracos, porque a todos irmana e nivela o direito. Não existem privilégios de raça, casta ou classe, nem distinções quanto às vantagens e ônus instituídos pelo regime constitucional. E a desigualdade proveniente de condições de fortuna e de posição social não tem que influir nas relações entre o indivíduo e a autoridade pública, em qualquer de seus casos. A lei, a administração, a justiça serão iguais para todos".

PONTES DE MIRANDA, insigne jurista, que honrou esta casa, com a sua grande cultura e agudeza, depois de demonstrar que o preceito contido no § 1.º do art. 141 é um caso supra-estável, mostra que o "direito de igualdade perante a lei" não é absoluto, sofre exceções, quando escreve na sua obra — *Comentários à Constituição de 1946* — "Todos são iguais perante a lei, a Constituição de 1934 superfluamente acrescentara — Não haver privilégios nem distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou do país, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas" — A igualdade perante a lei civil é em certos casos, supra-estatal; perante a lei de direito público, não; ou, pelo menos, raramente. Por outro lado, o conceito de igualdade é, *a priori*, preexiste, como dado lógico efetivo das Constituições. A lei não o pode alterar, nem refazer: o § 1.º do art. 141, constitui direito fundamental absoluto. Mas o direito de igualdade, perante a lei, sofre exceções: há ordem econômica, o Estado pode impor as restrições mais profundas, a aquisição de certos bens por estrangeiros, ou determinadas terras, com intuito de proteção ao interêsse nacional ou de simetria social".

Ao lado da garantia de todos os brasileiros terem acesso aos cargos públicos, há o interêsse do Estado em escolher os que melhor atendam às necessidades de seus serviços, aos que possuam mais capacidade; melhor técnica; excelência de caráter e moralidade; melhor condição física etc. Duas outras condições ou restrições impõe a Lei básica: inspeção de saúde e concurso.

Na primeira se aferem as condições físicas de sanidade; na segunda as condições de capacidade, competência, técnica, etc.

Aquela igualdade ampla, absoluta, irrestrita a que a interpretação puramente literal poderia conduzir, restou bastante reduzida, no âmbito da matéria em exame, pelas restrições que lhe fazem os arts. 184 e 186 citados.

Acresce ainda que o comando constitucional do art. 184 importa em norma em branco, ou aberta, ao legislador ordinário ou comum. Quem vai estabelecer os requisitos de acesso aos cargos públicos? É a lei ordinária, a lei comum. A bitola de ação do legislador ordinário, na espécie, só encontra limites nos princípios teóricos e normativos do sistema da lei maior. Fora disso é êle livre para legislar em benefício das necessidades dos serviços públicos, cujas condições de investidura vai ditar, para bem e melhormente provê-los de pessoal habilitado.

A arregimentação de pessoal para o serviço do Estado tem sido feita através vários processos:

- a) livre escolha do poder competente;
- b) livre escolha, com aprovação de outros poder;

Como se vê, não só por aquêles exemplos como por êstes, dados por PONTES DE MIRANDA, a igualdade a que se refere o § 1.º, do art. 141, da Constituição, não é a igualdade absoluta, compreendendo indistintamente a todos os cidadãos, porém, uma igualdade, absoluta dentro da relatividade, subordinada em muitos casos, tal como no caso vertente, a requisitos especiais, pertinentes às condições da cidadania, ou técnicas, ou de capacidade para o exercício de certas e determinadas funções.

Neste último caso está o de investidura em cargo de carreira para o qual o art. 186 da Constituição exige o concurso, processo democrático para a seleção das capacidades no setor administrativo dos que exercem função pública.

Limitar-se a investidura em cargo de carreira, como é a de médico, da apelada, àqueles que exerçam êsse cargo interinamente, ou que não o exercendo, nêle é provido, tão-sòmente porque pertença ao quadro dos funcionários municipais, é fraudar o preceito constitucional e ferir, portanto, o princípio da igualdade, perante a lei, assegurado àqueles que, preenchendo as condições técnicas, ou melhor, ao grupo de indivíduos que as tenham, estabelecendo uma desigualdade proibida pela Carta Magna.

Nem se diga que não há violação do preceito constitucional, por dispensada não ter sido a formalidade do concurso, porque êste não é uma mera formalidade de ordem administrativa, porém, um processo de seleção, procedido entre todos aquêles, que pertencem a um grupo de indivíduos, com presumida capacidade para o exercício da função do cargo na administração pública.

- c) provas de habilitação sob diversas formas (concurso, etc.);
- d) sorteio;
- e) eleição.

Temos tido em uso todos êsses sistemas, alguns de aplicação restrita a determinadas atividades. No entanto, o mais geral, o de mais ampla repercussão quantitativa é o concurso. É êle o meio normal de provimento dos cargos públicos e especificamente os do quadro (carreira).

Tal sistema atende, por sua própria natureza seletiva e estrutura geral, aos princípios básicos do recrutamento do pessoal para o serviço do Estado e já por nós enunciados antes.

A organização dos concursos para provimento de cargos públicos obedece, em geral, a um regulamento que se organiza especificamente para cada concurso, seguindo êle as normas gerais previstas em lei. Êsse regulamento é que alinha as exigências específicas para admissão a concurso, as provas de seleção e seus valores e, finalmente, a classificação dos candidatos. Desde que admita o regulamento que quaisquer candidatos que preencham suas condições específicas possam concorrer, obviamente atendeu ao princípio da igualdade inserto na lei maior. Todos os que estiverem em idênticas condições serão tratados com igualdade de direitos.

Dissemos algures que as funções técnicas especializadas, via de regra, além das condições gerais de habilitação e as especiais ao seu exercício, exigem um estágio probatório de eficiência pessoal do servidor, para que se dê a sua integração no serviço, representando êsse estágio verdadeira

Daí decretar-se, como se decreta, a inconstitucionalidade do art. 6.º da Lei n.º 133, de 14 de outubro de 1948, e do § 2.º do art. 11 da Lei n.º 260, de 26 de novembro dêste mesmo ano.

Rio de Janeiro, 5 de agosto de 1954.

Ari de Azevedo Franco, Presidente.

Mem de Vasconcelos Reis, Relator.

Romão Côrtes de Lacerda, vencido, pois rejeitava a arguição. Como bem argumenta o acórdão, as leis em aprêço cuja inconstitucionalidade se alega, não atentam contra o princípio do art. 141, § 1.º, da Constituição, que assegura a igualdade perante a lei; também não são contra o art. 184 que torna os cargos públicos acessíveis a todos os brasileiros, pois essa acessibilidade, como se vê do texto, é subordinada às condições que a lei estatuiu, donde se tira que o legislador pode estabelecer essas condições segundo sua discricção. Assenta o acórdão que violam as ditas leis o art. 186 que exige concurso para a investidura na primeira classe, de qualquer carreira. Mas as leis questionadas exigem o concurso; além da exigência dêste, condicionam, como o permite a cláusula final do art. 184, a mais uma condição: já ser funcionário da Prefeitura. Ora, a lei pode, a par do concurso, estabelecer outras condições que o legislador, a seu critério, julgar convenientes; e foi o que êle fez. Para a douda maioria, o art. 186, tem por fim estabelecer a igualdade perante a lei, tanto assim que o acórdão, depois de haver firmado que as leis em aprêço não ofendem o princípio da igualdade, resulta, no final, a êste, para julgá-lo violado. Ora, a exigência do concurso tem por objetivo garantir sejam os

prova de seleção de pessoal e, em geral, é complemento e condição do próprio concurso de provas.

A assertiva é verdadeira. Há serviços públicos especializados e técnicos que exigem, para sua boa execução, não só habilitação legal para o exercício das funções; mas, também, a adaptação do servidor ao serviço, a demonstração de sua eficiência pessoal e profissional. Objetivamente podemos dizer: não basta ser médico, para poder funcionar em serviço de pronto socorro, de radiologia, de cirurgia de urgência, de otorrinolaringologia, etc. Todos sabemos que o recrutamento desse pessoal especializado se faz em várias fases. Admite-se o profissional na qualidade de interno, ou interino, para um estágio probatório ou de adaptação e só depois tem lugar o ingresso na carreira através o concurso. Sustentar-se que qualquer profissional médico está em paridade de condições com o médico interino, ou interno dos serviços, após um certo período de estágio no serviço, é desacolher a teoria da igualdade ditada pela Constituição, visto que não há paridade de condições entre êles e logo, injusto seria tratá-los com paridade de direitos. O estágio, a interinidade, a condição de interno, é um pré-concurso quer os candidatos sejam interinos, estagiários, internos ou extra-numerários, o que lhes corresponde, não é tratar desigualmente coisas semelhantes, ao revés é dar paridade de direitos aos que estão em paridade de condições.

Como vemos, o Acórdão enfrentou a tese da igualdade constitucional num plano puramente teórico. Dizendo-a não absoluta, mas relativa, não

cargos iniciais das carreiras providos por quem tenha *competência* técnica ou profissional, e não assegurar a todos os brasileiros, sem mais condições, a obtenção dos empregos. Assim, o que a lei não pode é dispensar o concurso apurador das habilitações profissionais; mas, pode estabelecer, para o ingresso, outra condição. Feito o concurso, os funcionários a quem êle se limita podem, até, não lograr aprovação; então, é que a administração terá que chamar a concurso pessoas que não tenham a condição de interinas nos cargos a preencher. O fim da disposição constitucional — apuração de habilitações para o exercício dos empregos — estará preenchido. O art. 186 não reza que o concurso será aberto a todos; não veda que a lei ponha outras condições, além da de possuir diplomas, como seja a de já ter exercido ou estar exercendo o cargo, de ter certo tempo de exercício, ou outra, como o permite o art. 184, parte final. Ter o art. 186 como proibitivo da criação de outras condições de acesso, além de equivaler a incluir nêle o que nêle não figura, é ir contra o art. 184, parte final. De tudo isso se verifica que, pelo menos, a infringência do texto pelas leis em aprêço não é *beyond all reasonable doubt*, de modo a poder ser anulado pelo Judiciário.

Narcélio de Queiroz, vencido, de acôrdo com o voto do Des. Romão Lacerda.

Homero Pinho — Apesar de ter sido, no acórdão, omitido o meu nome na illustrada companhia dos vencidos — fui, também, pela rejeição da arguição de inconstitucionalidade, como se poderá verificar da certidão de julgamento às fls. 149 que, nesse ponto retifico. Estou inteiramente de acôrdo com o

atingiu o grau de relatividade que nela se contém realmente. Na aplicação comentada, da teoria à hipótese que julgou, apartou-se da realidade prática da causa da exigência técnico-especializada dos serviços que o concurso ia preencher. Deslumbrou-se do estágio como condição seletiva de pessoal, a que corresponde uma verdadeira prova de suficiência, em pré-concurso. Sustentando, embora a relatividade da igualdade que dependia, applicou-a no sentido absoluto. Não seguiu a sábia lição de MARNOCO E SOUZA; o que bem define o conteúdo do art. 141, § 1.º :

“O direito de igualdade unicamente se pode admitir no sentido de uma paridade de direitos numa correspondente paridade de condições” (op. cit., p. cit.).

Não se pode sustentar que um médico não afeito ao serviço público especializado da carreira médica, não provado na função pelo estágio, através seu exercício, esteja em paridade de condições para provê-la que aquêle outro, que, além de médico, reúne condições de exercício, há longo tempo, na função que se vai preencher por concurso. Some-se a isso que o concurso é de títulos, o que redundaria mostrar que a prova seletiva, profissional ou de suficiência já se fêz através a aprovação no estágio derivado da interinidade ou do exercício do cargo como extranumerário.

A decisão, pois, malgrado teòricamente, em tese, exata, foi pouco feliz na aplicação da tese ao caso concreto, que era um caso especial e que, por isso, possibilita regras especiais de seleção de pessoal. Exato e preciso é o voto vencido e o nome ilustre de seu prolator e dos que o acompanharam dispensam que o sustentemos em seus termos.

claro e brilhante voto do douto Sr. Desembargador Romão Côrtes de Lacerda que, por isso mesmo, *data venia*, subscrevo.

Milton Barcelos — Vencido, pois sempre tenho intentado, apoiado em CASTRO NUNES e em PONTES DE MIRANDA, incontestáveis mestres do Direito Constitucional, que deve o Juiz se abster de decretar a inconstitucionalidade das leis que não sejam manifestamente contrárias à Constituição Federal. A Administração Pública não pode sofrer limitação em seu âmbito de ação, senão em casos excepcionais, sendo esta a lição dos doutores e cujos princípios se consolidaram em torrencial jurisprudência.

Com a doutrina e a jurisprudência está o voto do Des. Romão Côrtes de Lacerda, que subscrevo sem restrição.

Mário dos Passos Machado Monteiro — Vencido. Subscrevo, *in totum*, o voto do Des. Romão Lacerda.

Sousa Santos — Vencido, de acôrdo com o voto do Des. Romão Côrtes de Lacerda.

TRIBUNAL PLENO

APELAÇÃO CÍVEL N.º 7.483 — (Embargos)

Jornalista — Isenção de impôsto nos termos do artigo 27 das Disposições Transitórias da Constituição Federal — como deve ser interpretada.

O disposto no artigo 27 das Disposições Transitórias da Constituição Federal não pode ser entendido, num sentido amplo de modo a compreender situações não visadas pelo Legislador Constituinte. Na falta de lei ordinária regulando a espécie constitucional, cabe ao Poder Judiciário interpretá-la no seu verdadeiro sentido. Assim, só aos jornalistas que exercem essa profissão como meio de subsistência é que se pode atribuir o favor outorgado pelo citado dispositivo constitucional.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos à apelação cível n.º 7.483, em que é embargante Cadmo Carlos de Moura Brandão e embargada a Prefeitura do Distrito Federal:

Acordam os Juizes, em Tribunal Pleno, por maioria, em rejeitar os embargos.

COMENTARIO

Sensível ao poder e à influência dos homens de imprensa, o legislador constituinte não lhes regateou favores de ordem monetária: deu-lhes, com quebra do primado da igualdade, êsse duplo privilégio odioso porque o é, de não pagar os impostos gerais (art. 203) e nem os particulares, relativos ao imóvel da sua residência (art. 27 do A.D.C.T.).

Na verdade, impõe-se a confirmação do acórdão embargado constante a fls. 76. A concessão de isenção de imposto de transmissão de propriedade concedida aos jornalistas, por força do art. 27 das Disposições Transitórias da Constituição Federal, não significa, na falta de lei ordinária, que se conceda discricionariamente tal prerrogativa a quem quer que se apresente e se intitule jornalista. Tal a exegese ministrada pelo eminente Sr. Desembargador José Duarte, precisando a *ratio legis* do dispositivo e razão não existe para que o julgador se desvie do caminho indicado por essa mesma *ratio legis*, e dê uma interpretação afastada do critério teleológico.

No caso dos autos, o embargante pretendeu com um impresso, que mais tem o aspecto de um folheto de reclame de remédios homeopáticos do que de jornal, achar-se aparelhado do direito que o citado dispositivo constitucional atribui aos verdadeiros jornalistas. O órgão de publicidade em que se fundamenta o embargante para haurir a sua qualidade de jornalista é órgão de *propaganda de distribuição gratuita*. Não colhe o argumento de se tratar já de um direito adquirido, porisso que a embargada já o admitira como jornalista e deferira antes o seu requerimento de isenção. Não colhe esse argumento, força é dizê-lo, atento a que o requerimento caducara, pela expiração do prazo concedido, de modo que não pode ser êle invocado como um direito

A exceção desvela uma casta, de existência impossível com o conteúdo de uma Constituição dita democrática.

Mas não é dela que se vai cuidar.

Vai se ver, tão-somente, até onde atua a isenção temporária dos impostos predial e de transmissão do imóvel adquirido para residência de *jornalista*, assim considerado, para êsse efeito, “aquêlê que comprovar estar no exercício da profissão de acôrdo com a legislação vigente ou nela houver sido aposentado” (§ único, art. 27).

Exercer uma profissão, implica na idéia de trabalho efetivo e permanente num determinado ramo de atividade.

Havendo-se por jornalista, a teor do conceito genérico, todo aquêlê que escreve em jornal ou lhe presta serviço de natureza intelectual, segue-se que a qualidade ou condição se perfaz pela efetividade da função.

Embora assim identificando o beneficiário da franquia, o constituinte se absteve de definir e delimitar o exercício da profissão, que não o fêz especificamente, senão de modo indireto e genérico, regulando as condições de trabalho do jornalista (Const. das Leis do Trabalho, arts. 302 e segs.) e fixando-lhe a remuneração mínima (Dec.-lei 7.037-44).

Duas foram as categorias de jornalista aí estabelecidas: a dos *profissionais* inscritos no registro comum de profissão jornalística e a dos *não profissionais* inscritos no registro especial, de caráter puramente declaratório (art. 313).

Entende-se por *não profissionais*, os que exercem a atividade jornalística visando fins culturais, científicos ou religiosos; e por *profissionais*, a *contrario sensu*, os que a exercem pelo seu fim econômico, a dizer-se como meio predominante e normal de vida.

adquirido. A fundamentação do acórdão embargado está perfeita, em razão do que, a despeito da nova documentação, impõe-se a sua rejeição.

Rio de Janeiro, 20 de outubro de 1954. — *Toscano Espínola*, Presidente, com voto. — *Dr. Miguel Maria de Serpa Lopes*, Relator. — *Narcélio de Queiroz*, vencido, pois recebia os embargos, para restaurar a sentença na conformidade de meu voto proferido no julgamento da apelação.

Dr. Homero Pinho, vencido. — Coerente com os meus votos anteriores concedendo mandatos de segurança em casos semelhantes, neste recebi os embargos para restaurar a sentença como, aliás, já o havia explanado em o voto que proferi às fls. 91.

Francisco Pereira de Bulhões Carvalho, vencido. — O requerente é jornalista profissional, registrado no Ministério do Trabalho, portador de carteira profissional, sócio do Sindicato de Jornalistas Profissionais, trabalhando há muitos anos na Revista “A voz da homeopatia” (fls. 7). Esta não é mero folheto de propaganda, como sobeja o acórdão, mas uma revista de cêrca de 60 páginas (fls. 21) e bem impressa, encontrando-se nos autos vários de seus exemplares (fls. 102, 125 e seg.).

Oscar Tenório, vencido, de acôrdo com o voto do Des. Bulhões Carvalho.

Só a êstes, como é óbvio, a franquia se endereça, porque só a êles se reconhecem os direitos resultantes do exercício remunerado e *profissional do jornalismo*.

Os demais, conquanto jornalistas, não fazem do jornalismo uma profissão, um fim em si mesmo.

Fazem-no como meio a êsse fim.

Mas como não é o meio, mas o fim, que distingue as duas categorias de jornalistas, torna-se irrelevante a demonstração da qualidade profissional quando colidente com a própria natureza da publicação a que adere, desde que o registro comum, embora habilitando o jornalista ao exercício da profissão, nele não o investe, desde logo, por emanação espontânea e necessária.

Pode-se ser jornalista, sem ser profissional; e pode-se ser profissional, sem estar no *exercício da profissão*.

O que configura o exercício profissional, por força de exclusão dos fins gratuitos, é a efetiva prestação de trabalho substancialmente remunerado.

Tal pressuposto, todavia, não pode ser encontrado numa publicação de distribuição gratuita, qual “A Voz da Homeopatia” tratada pelo acórdão, que nada mais é que um folheto de propaganda das virtudes homeopáticas.

Seu fim é de ordem científica e seus redatores seguem-lhe a natureza, divulgando os seus conhecimentos sem fazer profissão dessa divulgação escrita e esporádica.

Não há, pois, como estender-lhes a franquia, que é de conteúdo estrito, como tôda a exceção.

AMILCAR LAURINDO RIBAS
Juiz no Distrito Federal

Omar Dutra, vencido. Coerente com os votos anteriores concedendo mandados em casos idênticos.

Faustino Nascimento, vencido, de acôrdo com o voto do Exmo. Sr. Desembargador Bulhões Carvalho e por entender estar aprovada a qualidade de jornalista profissional do requerente da segurança.

Roberto Medeiros, vencido, por considerar cabal a prova de ser o requerente jornalista profissional.

Gastão de Macedo, vencido, de acôrdo com a motivação do voto do Des. Homero Pinho, a fls. 91.

A. Sabóia Lima, vencido, de acôrdo com o voto do Des. Bulhões Carvalho.

Guilherme Estelita, vencido, de acôrdo com o voto do Des. Bulhões Carvalho.

4.º GRUPO DE CÂMARAS CIVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N.º 10.111 — (Embargos)

Não incide na proibição do artigo 573 do Código Civil a colocação de tijolos de vidro em paredes construídas nas linhas divisórias, desde que não permitindo devassamento não prescrevam o vizinho, que, a todo o tempo, poderá vedar a claridade que dêles resulte.

Ementa do voto vencido:

— *O nosso legislador afastou-se da orientação do Código Civil francês que, no art. 677, só estabelece restrições quanto à altura em que a abertura para luz deva ser colocada em relação ao soalho do pavimento e não às suas dimensões, que poderão ter a largura e comprimento que o proprietário desejar — Contra esse ponto de vista, ergue-se imperiosamente o texto do art. 573 do nosso Código Civil, limitando as dimensões dos vãos e aberturas, ainda que só para efeito de claridade e sem devassamento — Se*

COMENTÁRIO

O Acórdão em comentário fixou uma curiosa solução jurídica para a incidência do art. 573 do Código Civil.

Por esse dispositivo legal é lícito ao proprietário confinante embargar a construção do vizinho que transgrida os preceitos nêle contidos. Assim, lhe é permitido exercitar o embargo quando o vizinho tenta fazer aberturas para luz maiores de dez centímetros de largura sobre vinte de comprimento, sob pena de prescreverem contra êle e se constituir servidão aparente de luz.

Temos que considerar no aplicar a norma os progressos dos materiais e técnica de construção que hoje dominam. Ao tempo da confecção do Código não existiam, nem se usavam materiais de vidro como alvenaria, de tal arte que o legislador quando raciocinava em termos de entrada de luz,

a função do tijolo de vidro é deixar passar a luz, constitui óculo ou abertura para luz. O Código não distingue se as "aberturas para luz", a que alude, são ou não vedadas por vidros, e se tais vidros são ou não fôscos, ou de maior ou menor espessura, transparentes ou opacos, colocados em altura maior ou menor.

— *Se alguém consentir em aberturas para luz com dimensões maiores do que as permitidas, em prédio vizinho, não poderá, decorrido um ano, levantar contramuro que vede a claridade obtida pelo vizinho, que assim terá adquirido uma servidão de luz. E basta tal consequência para impedir que a jurisprudência queira fazer construções ou correções à margem da lei.*

Vistos, relatados e discutidos os presentes embargos de nulidade e infringentes do julgado, nestes autos de apelação cível n.º 10.111, em que são embargantes Flávio Garcia de Sousa e Edgar Garcia de Sousa e embargado Francisco Barroca:

Acordam os Juizes do Quarto Grupo das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por maioria de votos, vencidos os Desembargadores Relator e Sílvio Martins Teixeira, em receber os embargos, na conformidade do voto vencido.

A menos de metro e meio de sua propriedade, diz o A. embargado, abriam os vizinhos, em edificio que estão construindo, na própria parede divisória, vão ou aberturas para luz, maiores de 10 centímetros de largura por 20 de comprimento, e pedem, porisso, que se as reduza às dimensões legais, sem prejuízo de, a todo tempo, com construção que fizerem, vir a vedar-lhes a claridade, tudo nos termos dos arts. 573 e 576, do Código Civil.

Mostremos que os RR. embargantes, para maior claridade do edificio em obras, construíram uma parte da parede 20 x 40 cms. com tijolos de vidro, em vez dos de barro, em altura superior a 1,80 m., sem que dêles resulte devassamento, dada a espessura dos tijolos (10 cms.).

A sentença, com a procedência da ação, determinou fôssem reduzidos às dimensões legais os vãos abertos, e assim também entendeu o acórdão embar-

só podia fazê-lo tendo em vista vãos ou aberturas, frestas, seteiras ou óculos. Era inimaginável que se pudesse erguer uma parede translúcida, uma parede de tijolos de vidro.

Nesse aspecto o julgado aqui, corretamente considerou a parede de tijolos de vidro como vão ou abertura para luz, que realmente é face à terminologia usada pelo código.

Os direitos em debate na espécie têm que ser examinados sob vários ângulos, quanto às consequências jurídicas que dêles derivam.

Realmente, as regras que a respeito vigoram em nosso código são a um tempo preservativas e concessivas de direito, isto é, têm força, quanto ao decisório, constitutiva positiva e mandamental negativa, que se afirma no descumprimento do preceito em condenatória e executiva.