

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 Cervalho 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 CAMARAS CÍVEIS

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 sôbre 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, abriram os vizinhos, em edifício 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 edifício 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.

gado, porisso que “pouco importa para o caso que as frestas, seteiras, vãos ou óculos sejam abertos ou revestidos por material translúcido, porque em qualquer hipótese dúvida não existe de que são eles destinados à passagem ou servidão de luz. Desde que não obedecem às dimensões taxativas e expressas da lei, é um direito líquido do proprietário confinante, exigir que se desfaçam êsses vãos”.

Mas o voto vencido os admitia, como feitos, com a ressalva de que não importaria em servidão, nem daria direito à prescrição.

A maioria dos julgadores dêstes embargos adota a ressalva de que não importaria em servidão, nem daria direito à prescrição.

A maioria dos julgadores dêstes embargos adota a fundamentação dêsse voto e do parecer do Dr. Procurador Geral .

De frente, perpendicular ou oblíqua à janela, pois se entende como tal todo o vão de vista e luz, maior de 10 e 20 cms., o que a lei tem em vista é evitar o devassamento e as conseqüências dêle decorrentes.

Mas não se configura, ao caso, a hipótese de janela, pois abertura não há que torne possível o devassamento, dada a natureza dos tijolos, conseqüentemente nenhum vão existe, donde possa advir dano à propriedade vizinha. Trata-se de parede completada com tijolos translúcidos, acima de 1,80 m. do piso. Há, sim, que se equiparar a obra, pela sua natureza, àquelas que na regra do Código Civil não prescrevem contra o vizinho. Nada impede, assim, que o embargado, a todo tempo, levante edificações ou muro que venha a vedar a claridade que dos tijolos translúcidos resulte.

Expressivo se faz o acórdão da 2.^a Turma do Supremo Tribunal Federal, do qual foi Relator o Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, citado pelo voto vencido e no parecer do Dr. Procurador Geral: “Admitem-se aberturas para luz, a menos de metro e meio, desde que não permitam devassamento, não prejudiquem, de modo algum, o vizinho, nem lhe acarretem ao cabo de ano e dia, o dano irremediável, de não elevar nova construção na divisa”.

Êsse o sentido do voto vencido, pelo que recebem-se os embargos, para julgar todavia em parte procedente a ação, tão-só quanto à ressalva que nela se pede, assecuratória, em qualquer caso, ao A. do direito de levantar, a todo tempo que quiser, construção ou contramuro que vede a claridade obtida pela obra.

Por um lado o vizinho ofendido em sua propriedade pela obra do confinante tem ação para obstá-la em seu aspecto material ou objetivo, bem como para tolher a afirmação de direito subjetivo que começa a nascer com a transgressão dos direitos de vizinhança e de construir.

Sob outro ângulo de observação, o que constroi violando êsses direitos do confinante, por sua vez, vê nascer e prosperar um direito em seu benefício, sujeito a uma condição suspensiva, que verificada passa a complementar os pressupostos da aquisição definitiva do direito.

Há que exaltar um outro aspecto. O exercício do direito de construir, quando posto em ação de forma a que possa desatender às prescrições sobre vizinhança ou direitos de vizinhança por si só não deve ser tolhido ou impedido sem que haja protesto do vizinho atingido. A razão da assertiva

Custas na forma da lei.

Rio de Janeiro, 29 de outubro de 1952. — *L. Duque Estrada Júnior*, Presidente. — *Eurico Portela*, Relator designado. — *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*, vencido, com o voto seguinte: O A., ora embargado, propôs a presente ação contra os RR., alegando que os mesmos, construindo o edifício vizinho ao seu, abriram vãos a menos de metro e meio do prédio dos autores e de dimensões maiores de 10 cms. de largura sobre 20 cms. de comprimento.

Contestaram os RR., alegando não terem feito qualquer abertura, vão ou janela, mas, simplesmente construído uma parte da parede (20 cm. por 40 cm.) com tijolos de vidro, em vez de aplicar tijolos de barro; que êsses tijolos, com a espessura de 10 cm., e altura superior a 1 m,80, deixam passar claridade, mas não permitem visibilidade para o exterior.

O perito dos RR. entendeu não existirem vãos ou aberturas na mencionada parede, mas apenas substituição do material empregado na confecção dos tijolos que, em vez de matéria opaca (tabatinga cozida) é material translúcido (vidro); que, nos locais onde houve substituição dos tijolos, precisamente por não constituírem aberturas, não podem constar das plantas.

O perito do A. acha que se trata de vãos ou aberturas para luz, na forma do art. 573 do Código Civil; e que os mesmos, tendo dimensão superior à permitida pelo § 1.^o do art. 573, obstarão a que futuramente o proprietário vizinho venha a construir edifício que tolha a claridade de tais aberturas.

Esta última opinião é também o desempatador: “Todo espaço aberto em parede, para efeito de iluminação, embora fechado por qualquer tipo de esquadria, de madeira, de ferro ou de vidro, é considerado “vão”. No caso suas dimensões excedem de quatro vezes a área permitida pelo Código Civil e, calando-se, o proprietário A., não terá qualquer direito de construir na divisa com o prédio dos RR., findo o prazo da lei, isto é, de um ano e um dia”.

A sentença de primeira instância e o acórdão embargado adotaram a última opinião, enquanto o voto vencido, “ressalvado o direito de servidão e da prescrição aquisitiva”, dava em parte provimento ao recurso, para admitir a permanência da situação.

Agora, o acórdão vencedor, em grau de embargos, recebeu o recurso, nos termos do voto vencido, para julgar em parte procedente a ação, tão-só quanto

está na estrutura da lei. O vizinho lesionado tanto pode impedir a obra como nela convir. O Juiz dessa conveniência ou inconveniência, a lei define como sendo o próprio vizinho.

Êsse aspecto tem relevância sob o ângulo da responsabilidade do Estado efetivamente, ao Estado compete licenciar a execução da obra e fazer respeitar as posturas municipais. Todavia, a nosso ver, transcende de sua função e competência, a preservação dos direitos de vizinhança ora em exame. Se licencia obra que é embargada com êxito pelo vizinho, não responde civilmente pelo licenciamento, nem é solidário com o que constrói. Os direitos ou preceitos normativos de vizinhança, não são vedativos senão e realmente concessivos de proteção ao vizinho. Consentir pois, em obra que prejudique o vizinho, não envolve ferir direito de terceiros, visto que

à ressalva que nela se pede, assecuratória, em qualquer caso, ao autor, do direito de levantar, a todo tempo que quiser, construção ou contramuro que vede a claridade pela obra.

O que, posto:

A matéria de direito ventilada nestes autos tem sido objeto de porfiada controvérsia, como muito bem mostra o ilustrado advogado dos embargantes.

O art. 573 do Código Civil, somente admite que o proprietário exija se desfaça janela, sacada, terraço ou goteira sobre seu prédio até o lapso de ano e dia após a conclusão da obra.

Dessa disposição, segundo o art. 573, § 1., estão excluídas as frestas, seteiras, ou óculos para luz não maiores de dez centímetros de largura sobre vinte de comprimento.

O nosso legislador afastou-se assim 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 largura e comprimento que o proprietário desejar (DEMOLOMBE, 12, 536; AUBRY et RAU, II, § 196; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAVEAU, n. 1.029; PLANIOL et RIPERT, 3.916).

Segundo a tradição do nosso direito, “as seteiras deveriam ser praticadas em altura tal que só sirvam para a luz e não para a vista (LAFAYETTE, *Direito das Coisas*, § 126).

A doutrina tem procurado suprir esta omissão do nosso Código, sustentando que, se as seteiras ou óculos forem abertos em altura tal que permitam a visão, não serão permitidas, ainda que tenham as dimensões máximas da lei (CARVALHO SANTOS, 8, pág. 142).

Ao mesmo tempo, há tendência na jurisprudência no sentido de se adotar orientação do direito francês que permite óculos ou aberturas de qualquer dimensão desde que situados em altura tal que não permitam devassamento pela vista.

Parece-me entretanto que, contra esta última orientação, se ergue impe-

ao terceiro é que compete preservar-se da lesão e não ao poder concessivo impedi-la; tanto mais que a lei prevê e admite prescreva em favor do que constrói as servidões que cria, embora em prejuízo de vizinho.

Sintetizando: prevê a lei o direito do vizinho de embargar obra num prédio confinante que lhe prejudique a propriedade, trazendo-lhe ônus que a limitam. A construção de parede de tijolos, translúcida de vidro, representa uma lesão a esse vizinho, visto que superando as medidas do § 1.º do art. 573 do Código Civil, se constituem em vãos ou aberturas embargáveis. Exercitando o vizinho o embargo, duas são as conseqüências: mantém íntegro o seu direito de propriedade e impede se constitua uma servidão de luz em benefício do vizinho que constrói. Com relação ao agente passivo do embargo não lhe aproveita a abertura desde que não se fixe ela como uma servidão de luz, isto é, que prescreva contra o embargante; por isso que ao vizinho é lícito levantar parede ou contramuro que vede a abertura ou entrada de luz.

riosamente o texto do art. 573, § 1, limitando as dimensões dos vãos e aberturas, ainda que só para efeito de claridade e do devassamento.

Resta definir o que se deva entender como “frestas”, seteiras, óculos para luz, vão ou aberturas para luz”.

Sustenta o embargado que como tal deve ser considerada uma abertura feita numa parede de tijolos opacos preenchida por meio de tijolos translúcidos.

Parece-nos difícil sustentar este ponto de vista. Se a função do tijolo de vidro é deixar passar a luz, constitui uma abertura para luz.

Pouco importa que possa haver ou não devassamento pela vista sobre a propriedade vizinha. Disso não cogita o legislador, que tem como subentendida a proibição. O que ele permite, a título excepcional, é uma simples passagem de claridade. Dentro de certas dimensões.

Desde que a passagem exceda o máximo legal, não poderá ser vedado depois de decorrido ano e dia.

Tão evidente é a conclusão que o próprio voto vencido ao acórdão embargado contém uma ressalva: admite a subsistência dos óculos existentes no prédio em questão, “sem constituir servidão ou dar direito a prescrição aquisitiva”.

A esta ressalva do voto vencido aludem os embargantes para mostrar não haver prejuízo futuro contra o embargado, que a qualquer tempo poderá levantar sua construção.

Ora, uma tal ressalva já está revelando a iliquidez do direito dos embargantes.

Com efeito, se o A., propondo a presente ação para modificar a obra efetuada pelos RR., não tinha o direito de o fazer, em virtude do art. 572 do Código Civil, a sentença deveria limitar-se a declarar a ação improcedente.

Fazendo ressalvas a favor do autor, a sentença está reconhecendo indiretamente a procedência da medida judiciária pleiteada pelo autor e tentando evitar um prejuízo futuro para o mesmo autor: prejuízo, aliás, que não evitaria, porque uma ressalva não poderia prevalecer com inovação na lei.

Assim reconhece o Acórdão o direito do embargante de levantar parede que vede a entrada de luz, por conseqüência está exaltando a procedência do embargo e deixando por outro lado de reconhecer um direito atual do embargante.

Estabeleceu a decisão algo como uma servidão temporária de luz, isto é, manteve-a até que o vizinho se disponha a eliminá-la com parede ou contramuro.

Deixou-se o decisório levar por razões de equidade, não vendo na abertura uma lesão ao vizinho, por isso que lhe ressalvou a integridade do uso de sua propriedade e de seu direito de construir na divisa com o vizinho. Sob o aspecto juralístico do embargo razão teria o Acórdão, isto é, se visasse impedir a constituição de um direito de terceiro que vai onerar a propriedade do confinante, isto seria evitado pela ressalva do direito de construir na divisa ou fechar e vedar a abertura com parede ou contramuro.

Depois de lido o presente voto na assentada de julgamento dos embargos, a maioria do Tribunal, recebendo os embargos na conformidade do voto vencido do Acórdão embargado, ainda deixou melhor definida a situação esclarecendo que a presente ação havia sido julgada em parte procedente tão-somente quanto à supra citada ressalva, conforme o indica o acórdão supra.

Data venia, tal decisão é contraditória e importa em reconhecer a legitimidade do direito do A.

Ninguém propõe ação para obter ressalvas. No caso, a ação foi proposta, porque os RR. haviam aberto óculos para luz em dimensões maiores do que as permitidas pelo Código Civil e, se o A. não protestasse imediatamente contra o fato, perderia o direito de, mais tarde, levantar uma construção que vedasse a claridade que os RR. teriam obtido mediante a abertura de tais óculos.

O art. 573, § 2.º do Código Civil, é claríssimo: “Os vãos ou aberturas para luz (quando não excedam a dimensão máxima prescrita pelo § 1.º do mesmo artigo) não prescrevem contra o vizinho, que, a todo o tempo, levantará, querendo, sua casa ou contramuro. Ainda que lhe vede a claridade”.

A contrario sensu, se o vizinho consentir em vão ou aberturas para luz com dimensões maiores do que as permitidas (como aconteceria no caso dos autos), não poderia, decorrido um ano, levantar um contramuro que vedasse a claridade obtida pelo vizinho, que assim teria adquirido uma servidão de luz.

Abrindo óculos para luz mediante o artifício de tijolos de vidros, como o poderiam obter também pelo uso de vidros foscos, ou outras modalidades semelhantes, os RR. procederam de forma vedada pelo art. 573, § 1.º do Código Civil, devido às dimensões dos referidos óculos.

Não cabe aqui distinguir se tais aberturas “para luz” são ou não vedadas por vidros, e se tais vidros são ou não foscos, ou de maior ou menor espessura, transparentes ou opacos, colocados em altura maior ou menor.

E’ um assunto sobre o qual a jurisprudência não pode pretender fazer correções ou construções à margem da lei, por um motivo frio e implacável:

Não foi, todavia, de boa técnica jurídica a solução. O embargo visa o desfazimento da abertura e o direito ao seu exercício foi reconhecido, logo a solução seria seu fechamento, tal como o sentiu e proclamou o voto vencido.

A equidade só tem lugar quando não se antepõe a direito e, na hipótese dos autos isso ocorreu e vedado era decidir com seu apoio.

Não há lei que permita a existência temporária de aberturas que ultrapassem as franquias definidas no artigo 573, § 1.º, do Código Civil; nem que vincule o vizinho a suportá-las ou permiti-las enquanto não eleva parede vedativa na divisa. Incide pois a proibição na garantia constitucional do art. 141, § 2.º que vicia o decisório. Impôs-se ao embargante um ônus temporário não previsto em lei e ao revés que a lei lhe dá ensejo de combater e pretender que se elimine. O Acórdão não resiste à pecha de inconstitucionalidade e de omissivo do reconhecimento do direito postulado.

OSVALDO GOULART PIRES
Juiz no Distrito Federal

se rejeitar a pretensão de quem queira embargar a abertura dum óculo para luz na construção vizinha pelo simples pretexto do mesmo ser vedado por vidro, opaco, o vizinho, dentro de um ano, adquirirá o direito de que, no futuro, não se erga nenhum contramuro ou parede que vede a sua claridade.

Assim, entendendo, é que o acórdão vencedor, apesar de seus propósitos modificativos da regra legal, foi fatalmente conduzido a julgar a ação procedente, contrariamente aos seus próprios fundamentos.

Rejeitei por isso os embargos.

4.º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS

RECURSO DE REVISTA N.º 3.012 NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 5.237

Não cabe pedido de assistência em execução de sentença, salvo concordância da parte contrária.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de revista n.º 3.012, no agravo de instrumento n.º 5.237, de que é recorrente João Joaquim da

COMENTÁRIO

Na fase executória do julgado não é possível admitir-se o pedido de assistência, mesmo crismado de litisconsórcio, que no caso se equipara (artigo 93 do Código de Processo Civil). Executa-se aquilo que foi julgado, sem modificação ou ampliação. Assim dispõe a lei, de modo expresso:

“A sentença deverá ser executada fielmente, sem ampliação ou restrição no que nela estiver disposto. Compreender-se-á todavia como expresso o que virtualmente nela se contenha”.

A tese já foi exaustiva e superiormente apreciada por ELIEZER ROSA no 1.º volume desta *Revista*. Neste comentário temos somente o objetivo de relacionar as mais recentes decisões.

Últimamente vem ocorrendo que grupos de funcionários, aproveitando-se de julgados proferidos em favor de titulares de situações mais ou menos assemelhadas, procuram ingressar na execução, numa tentativa de evitar os longos debates judiciais.

A Fazenda do Distrito Federal, assaltada por verdadeira avalanche de pedidos assistenciais, defendeu a tese da impossibilidade de se requerer assistência processual na fase executória. Inclusive porque, a “vista” que se lhe abre, de três dias, é de todo insuficiente para o exame da qualidade funcional e das razões alegadas, contrariando inclusive, o direito do Estado, que goza do quádruplo do prazo para contestar.

Executa-se o que foi julgado, isto é, cumpre-se a sentença que conde-

Silva Júnior e é recorrida a Prefeitura do Distrito Federal, acordam os Juizes do Quarto Grupo de Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça, em conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento.

João Joaquim da Silva Júnior interpõe recurso de revista contra acórdão da 7.^a Câmara Cível no agravo de instrumento n.º 5.257, alegando que o mesmo, negando intervenção de terceiro na causa, equiparado ao litisconsorte,

nou a Fazenda à assemelhação dos vencimentos daqueles que promoveram a ação. Não se pode executar condenação inexistente; a Fazenda não teria sido condenada a equiparar os vencimentos dos assistentes a de quaisquer outros funcionários, ainda que autores no feito.

Alguns doutrinadores e comentaristas convêm em que a assistência pode ser deferida mesmo na fase executória, mas não encontramos conformidade entre essa opinião e a lei. Daí porque não a aceitamos. Se a lei condiciona ao fato da sentença poder influir na relação jurídica entre qualquer das partes e terceiro a admissibilidade de sua intervenção como assistente equiparado ao litisconsorte (artigo 93 do Código de Processo), não sabemos como tolerar-se *post* sentença a intervenção do assistente, eis que a influência já se terá exercido de modo definitivo.

Ainda com relação à assistência na fase processual que vai da decisão de primeira a de segunda instância, por tolerância poder-se-á admiti-la, por isso que a "sentença" no caso será o "acórdão", que, se mantiver a já proferida, a ela se incorporará, e, se a reformar, substitui-la-á na execução.

A lição de GUILHERME ESTELLITA encontra-se lançada à pág. 134 de sua "*Coisa Julgada — Fundamento Jurídico e Extensão aos Terceiros*":

"Outra conseqüência da limitação da eficácia da coisa julgada à lide que foi decidida pela sentença está em que, embora as partes sejam as mesmas, a decisão entre elas pronunciadas não vale, nem para um objeto diverso, nem para um diverso interesse. Só para aquêles interesses que foram decididos na lide, é que a coisa julgada impera".

Outro aspecto merecedor de realce é o da imprescindibilidade da aquiescência do executado quanto ao pedido assistencial na fase executória. O Código de Processo Civil é claro e positivo em seu artigo 88 ao determinar que, na hipótese de afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito, as partes poderão admitir o litisconsórcio *quando de acôrdo*.

Doutrina e Jurisprudência não discrepam no entendimento do preceito, aliás disposto de forma cristalina, a dispensar interpretações.

PONTES DE MIRANDA afirma simplesmente:

"Tem de estabelecer-se por acôrdo expresso ou tácito dos litigantes ("*Comentários*", vol. 1, pág. 343).

E o egrégio Supremo Tribunal já decidiu, em acórdão unânime de sua Primeira Turma, sendo relator o Ministro ANIBAL FREIRE:

adotou tese divergente da seguida pela 6.^a Câmara Cível, em acórdão publicado na Rev. de Jurisprudência, vol. 100, pág. 67.

Esse acórdão divergente foi apontado pelo Des. Vicente Faria Coelho em seu voto vencido ao acórdão ora recorrido.

Não é de se modificar o acórdão recorrido, porquanto a intervenção de terceiro, como está expresso no art. 93 do Código de Processo Civil, somente

"O litisconsórcio fundado em ponto comum de fato ou de direito é *absolutamente facultativo*" (*in* "Revista Forense", vol. 108, pág. 500).

Os repositórios de jurisprudência ainda mencionam:

"Tratando-se de uma afinidade de questões, por um ponto comum de direito ou fato, não está a parte obrigada a aceitar o litisconsórcio ativo ou passivo, que nesse caso tem sempre caráter facultativo" ("Revista Forense", vol. 102, pág. 494).

"A simples semelhança de situações de fato, ou a invocação de um mesmo fundamento legal para apoio de todos os pedidos, não chega a constituir razão para o litisconsórcio passivo, desde que recusada pelo réu" ("Revista dos Tribunais", vol. 177, página 870).

Muito se bateu a Fazenda do Distrito Federal pela manutenção do seu ponto de vista. Felizmente, com o mais amplo êxito, muito embora, a princípio, com o entendimento contrário de ilustre Juiz de primeira instância. O inegável arbítrio do magistrado não poderá se alongar a tal ponto de tornar letra morta a clara restrição do artigo 88 do Código de Processo, que exige o acôrdo das partes para admissão de terceiro. Caso contrário, a Fazenda, que conta com o quádruplo do prazo para contestar, veria reduzida ao curto período de três dias sua oportunidade para rebater pretensões por vêzes as mais absurdas.

A se afastar inteiramente o disposto no artigo 88, ter-se-ia pela frente a seguinte incongruência: o litisconsorte, maior que o assistente, pois comparece para amparar direito passível de vulneração — teria sua posição condicionada à concordância das partes, ao passo que o assistente, na fase executória, que pretende simples extensão do julgado em seu benefício, estaria em posição sensivelmente superior. Bastaria o arbítrio do Juiz, ficando a Fazenda sem a menor possibilidade de defesa, desprovida de recurso específico, salvo o ensejo de uma reclamação. A admissão de assistente na fase executória, resolvida mediante simples despacho, não propicia sequer o recurso *ex-officio*, contrariando a regra de que toda decisão final contra a Fazenda não dispensa recurso de ofício (acórdão do Supremo Tribunal, *in* "Diário da Justiça", 1 de dezembro de 1952, pág. 5.399).

Se o funcionário propusesse ação própria contra a Fazenda, para o fim de obrigá-la a alterar seus vencimentos, abriria a esta oportunidade de defender-se, isto é, de provar a improcedência do pedido e, no caso, se

deve ter lugar "quando a sentença haja de influir na relação jurídica entre qualquer das partes e o terceiro". Prolatada, portanto, a sentença, cessa a possibilidade daquela assistência.

Além disso, como bem observou o Dr. Procurador Geral, em seu parecer transcrito a fls. 13 v., se se admitisse assistência em fase de execução, violaria a norma do art. 891 do Cód. de Processo, e obrigaria a um novo recurso *ex-officio*.

Custas pelo recorrente.

Rio, 9 de novembro de 1955. — *Mário Guimarães Fernandes Pinheiro*, Presidente. — *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*, Relator.

Julgada procedente a ação, de apelar para a superior instância, com o gôzo ainda do recurso *ex-officio*. Poder-se-á admitir, com a anuência da Fazenda, a assistência antes da sentença de 1.^a instância, e, excepcionalmente, antes do julgamento da segunda instância, ainda na dependência de concordância. E isso porque a sentença a executar haveria de referir-se ao assistente e, dêste modo estaria respeitado o princípio consignado no artigo 891 da lei processual.

Aliás, êsse entendimento tem a apoiá-lo diversos arestos dos nossos Tribunais, entre os quais:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recurso extraordinário n. 17.437 — Distrito Federal.

Relator — Ministro Lafayette de Andrada.

No julgamento se decidiu sobre o pedido de assistência feito pelo Ministro Abner Vasconcelos, sendo indeferido sob o fundamento de que o processo estava em execução e, portanto, findo. Não mais seria possível a assistência de vez que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

Reclamação n. 1.001.

8.^a Câmara — Rel.: Des. Eduardo Souza Santos. Reclamante: Prefeitura do Distrito Federal. Reclamado: Juízo da Terceira Vara da Fazenda Pública.

"Diário da Justiça" de 12 de agosto de 1953.

Decisão — "Não é de se admitir o pedido de assistência na fase de execução. Julga-se procedente a reclamação para cassar o despacho que a deferiu. Assim decidem tendo em vista que na fase em que se encontra dita ação — execução — não é admissível a intervenção de assistência.

GABRIEL DE REZENDE em seu "Curso de Direito Processual Civil" diz: "A intervenção é admitida em qualquer fase do processo, antes porém do julgamento definitivo" (Unânime).

4.^a CAMARA CÍVEL

RECLAMAÇÃO N.º 1.603

E' incabível a intervenção litisconsorcial na fase da execução, notadamente nas causas contra a Fazenda Pública.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de reclamação n.º 1.603, sendo reclamante Prefeitura do Distrito Federal e reclamado Dr. Juiz da 1.^a Vara

Agravo de Instrumento n. 4.257.

6.^a Câmara — Rel.: Des. Narcélio de Queiroz. Agravante: Inah Catunda e outros. Agravada: Prefeitura do Distrito Federal.

Registro do acórdão — 10 de outubro de 1953.

Decisão — "É indamiável a assistência na fase de execução de sentença" (Unânime).

Reclamação n. 1.048.

2.^a Câmara — Rel.: Des. Xenócrates de Aguiar. Recorrente: Prefeitura do Distrito Federal. Recorrido: Juízo da Terceira Vara da Fazenda Pública.

Registro do acórdão — 16 de julho de 1953.

Decisão — "Não é de ser admitida assistência na fase de execução do julgado, notadamente nas causas contra a Fazenda Pública, nas quais se impunha o recurso de officio" (Unânime).

2.^a Câmara — Rel.: Des. Omar Dutra. Recorrente: Prefeitura do Distrito Federal. Recorrido: Juízo da Terceira Vara da Fazenda Pública.

Registro do acórdão — 14 de setembro de 1953.

Decisão — "Na fase executória do julgado não é possível admissão de assistente. Principalmente nos julgados contra a Fazenda Pública, que exige a duplicidade por imposição do recurso *ex-officio*.

A jurisprudência tolera a admissão de assistência em segunda instância, quando não há oposição, mesmo porque o acórdão examinará a afinidade de fato e de direito" (Unânime).

É, pois, inadmissível a intervenção litisconsorcial na fase executória, máxime quando fôr executada a Fazenda Pública. Sua acolhida, mediante simples despacho, importaria na sumária supressão de duas instâncias.

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

da Fazenda Pública, acordam os Juizes da 4.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça julgar procedente a reclamação, para cassar o despacho reclamado.

O despacho reclamado é o de fls. 12.

Em execução de sentença proferida contra a Prefeitura do Distrito Federal, depois de homologado o cálculo e requerida pelos exequentes a expedição de precatório, Antônio José Diamantino e outros funcionários da reclamante requereram e o Dr. Juiz admitiu sua intervenção na execução como assistentes dos autores exequentes, a fim de que se officiasse à executada para que estendesse a êles as vantagens concedidas pela sentença exequenda aos autores exequentes.

A reclamação procede.

Como já tem decidido êste Tribunal, é incabível a intervenção litisconsocial na fase da execução.

Sua admissão importaria a sumária supressão de duas instâncias, importando ainda, nas causas contra a Fazenda, como a de que tratam os autos, a supressão do recurso de officio, sem a interposição e julgamento do qual nenhuma sentença é exequível contra a Fazenda Pública.

Rio, 17 de setembro de 1954. — *Estácio Corrêa de Sá e Benevides*, Presidente. *Roberto Medeiros*, Relator. *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*.

1.^a CÂMARA CÍVEL

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 1.059

Mandado de segurança. A Lei n.º 665, de 30 de novembro de 1951, determinou, em favor das professoras de ensino primário, a contagem, como tempo de exercício efetivo, do lapso de

COMENTÁRIO

Arrogaram-se as impetrantes, professoras primárias jubiladas ou em vésperas de o ser, diplomadas pela antiga Escola Normal sob o regime do Decreto n. 2.100, de 14 de janeiro de 1919, o direito de perceber, fazendo integrar a seus proventos, os aumentos quinquêniais de 20% relativos ao período em que aguardavam nomeação para o magistério da Municipalidade.

Aquela época, em face da inexistência de vagas nas escolas primárias, as diplomandas da antiga Escola Normal aguardavam por muitos anos se ensinasse o aproveitamento. A recente Lei n. 665, de 30 de novembro de 1951, de nítido caráter beneficiário, determinou se computasse êsse tempo — em que as diplomandas aguardavam aproveitamento — como *de efetivo exercício* para efeito de jubilação.

Parecer inicial, favorável, da Procuradoria Geral da Prefeitura, levou o Executivo a, interpretando extensivamente o favor, aduzir aos proventos de aposentadoria, calculados parcialmente sobre tempo de serviço não prestado (Lei 665), os aumentos quinquêniais relativos a êsse mesmo período.

tempo entre a diplomação e a nomeação, para efeito de jubilação, não incluindo nem expressando qualquer outro efeito ao benefício concedido.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança número 1.059, em que são impetrantes Avelina Dias de Sá Brito e outras, e infor-

O exame posterior, pelo Tribunal de Contas, não deu pela ilegalidade da extensão, o que somente ocorreu em face do reexame levado a efeito pela própria Procuradoria.

Coube-nos, por força de distribuição, a apreciação de processo administrativo em que requerentes, na mesma situação funcional, pleiteavam identidade de tratamento. O parecer que proferimos vai aqui transcrito:

PARECER 113 — GPA

O estudo dos presentes autos enseja, de plano, o desate de uma preliminar, que temos por prejudicial ao exame do mérito. Sobre ela, aliás, recebemos expressa determinação do Dr. Procurador Geral, que deseja apreciação direta.

Trata-se da indevida e ilegal concessão de aumentos quinquêniais calculados sobre períodos de não prestação de serviço público.

A recente Lei Municipal n. 665, de 20 de novembro de 1951, determinou o cômputo, *como de efetivo serviço, mas unicamente para efeitos de jubilação*, do tempo em que as diplomadas da Escola Normal sob o regime do Decreto n. 2.100, de 1919, aguardaram aproveitamento.

Por força de interpretação latíssima, amparada em pronunciamento do anterior Procurador Geral, que entendeu consequência obrigatória da jubilação o deferimento de aumentos quinquêniais, veio o Executivo Municipal a manifestar-se *ultra petita*, concedendo quinquênios a quem se apresentara simplesmente requerendo a jubilação.

A interpretação não se justificava. E a ampliação consequente deu margem a que o Executivo praticasse ato administrativo inequivocamente ilegal, exigidor de imediata providência anulatória.

E realmente. Determinou a Lei Municipal n. 665:

Art. 1.º — “As professoras do Ensino Primário que concluíram o curso na antiga Escola Normal, sob o regime do Decreto n. 2.100, de 14 de janeiro de 1919, *contam para efeito de jubilação*, como efetivo exercício, o tempo decorrido entre a data da diplomação e o da nomeação para adjuntas.”

Não haveria, pois, como se incluir período de inação em vantagem de melhoria, para as professoras diplomadas no regime do Decreto n. 2.100, que, de resto, muito ao contrário do que se pudesse presumir, não cuidava da distribuição de matérias no curso letivo, mas previa tão-somente a forma do aproveitamento no magistério primário da municipalidade.

mante o Exmo. Sr. Prefeito do Distrito Federal, acordam os Juizes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, denegar a segurança impetrada, pagando as requerentes as custas como de lei.

O favor outorgado pela Lei n. 665 não autorizaria senão a exegese restritiva, que deflui do emprêgo da expressão — “para efeito de” — inequivocamente impeditiva de conclusões outras.

Aliás, não haveria como se admitir extensão em face do critério tradicional da legislação municipal no tocante à concessão de aumentos quinquenais, sempre sujeitos ao crivo do “exercício efetivo do serviço público”.

O regime de aumentos quinquenais na Prefeitura — Vem o Decreto-lei n. 1.944, de 1939, pela primeira vez, estabelecer o sistema de reajustamentos sucessivos e proporcionais para os funcionários ocupantes de cargos isolados:

Art. 8 — “Para os cargos isolados e indicados nas tabelas anexas, haverá no fim de cada quinquênio de *efetivo exercício* a partir de 1 de janeiro de 1940, um aumento de vencimentos correspondente a 1/5 do vencimento inicial atribuído a cada índice, na referida tabela.”

Há um aspecto de prêmio e indenização pela negativa do direito de acesso. Mas a contraprestação exigida pelo Estado é a do desempenho real e efetivo de serviço público.

A constatação da afirmativa é evidenciada, anos mais tarde, pelo Decreto-lei n. 9.909, de 17 de setembro de 1946, que veio fixar o critério da concessão de aumentos quinquenais para os membros do magistério. Condição-os ao “tempo de serviço prestado na docência *efetiva* da classe” por sua vez bitolado em número mínimo de horas de aula, fixado para os professores primários da Municipalidade em vinte e duas.

Admitir aumento quinquenal computado sobre período em que o indivíduo não era funcionário é contrariar frontalmente o critério legal.

Lei Municipal n. 62 — 14 de novembro de 1947:

Art. 4 — “Os vencimentos dos professores de curso primário estão sujeitos ao regime especial de aumentos quinquenais correspondentes a vinte por cento (20%) dos vencimentos relativos ao padrão inicial da carreira.

§ único — A cota do aumento quinquenal será adicionada ao vencimento *a partir do dia imediato àquele em que* o professor primário completar um *novo quinquênio*, até o máximo de cinco quinquênios.

Art. 5 — *Para efeito de aumento quinquenal será computado o tempo de serviço prestado:*

I — Como professor de curso primário, na docência efetiva de classe, inclusive no ensino de educação física, música, canto orfeônico e trabalhos manuais;

Alegam as impetrantes, que são professoras diplomadas na antiga Escola Normal, sob regime do Decreto n.º 2.100, de 14 de janeiro de 1919, que o ato do chefe do Executivo Municipal, consubstanciado no Decreto

II — Como professor de curso primário extranumerário-mensalista, na docência efetiva da classe;

III — No exercício da função de sub-diretor ou diretor do estabelecimento de ensino primário;

IV — No exercício de atividade de caráter técnico-educativa em departamentos ou serviços da Secretaria Geral de Educação e Cultura;

V — Na qualidade de professor “extra-classe”, em virtude de laudo médico e pelo prazo que o laudo indicar.

Art. 6 — *Para efeito de aumento quinquenal não será computado o tempo de serviço prestado em funções de caráter puramente administrativo, salvo se o professor primário estiver classificado como “extra-classe”, de acordo com o item V do artigo 5.*

Art. 7 — Para obter o primeiro aumento quinquenal, o professor primário deverá satisfazer a condição de ter feito estágio de, pelo menos dois anos em zona rural ou de um ano em zona rural e de dois anos em zona suburbana remota e de difícil acesso”.

Lei Municipal n. 304 — 20 de dezembro de 1948.

Art. 6 — “Os cargos de Professor de Curso Primário Supletivo e de Professor de Curso de Continuação e Aperfeiçoamento estão sujeitos ao regime de aumentos quinquenais, correspondentes a vinte por cento (20%) dos vencimentos relativos aos valores dos respectivos padrões.

§ 2 — Será computado, para efeito de aumento quinquenal, o tempo de serviço prestado na docência efetiva de classe.

§ 3 — Computar-se-á, também, para efeito de aumento quinquenal o tempo de serviço prestado;

I — Como professor de ensino de adultos, no turno, na qualidade de antigo contratado ou de extranumerário-mensalista, em docência efetiva de classe.

II — Como diretor de escola para adultos ou em qualquer cargo de direção ou fiscalização relativa ao ensino noturno municipal”.

Lei Municipal n. 523 — 14 de novembro de 1950.

Art. 12 — Para efeito de concessão de gratificação de magistério, bem como de aumento quinquenal a que se refere o artigo 10, contar-se-á o *tempo líquido de exercício*;

n.º 12.637, de 3 de outubro de 1954, lhes violou direito líquido e certo, assegurado pela Lei n.º 665, de 30 de novembro de 1911, de perceber, integrando seus proventos, os aumentos quinquenais de 20%, relativos ao período em que aguardaram nomeação para o magistério.

- a) — em cargo de magistério, inclusive em caráter de interinidade e como contratado, extranumerário-contratado, ou extranumerário mensalista;
- b) — na direção ou subdireção de estabelecimento de ensino, parque de recreação ou colônia de férias;
- c) — em função de professor ou técnico de educação extranumerário-mensalista;
- d) — na função de médico especializado em educação física;
- e) — em chefia de serviço ou comissão técnica ligados à especialidade;
- f) — dos funcionários em geral a serviço das especializações”.

Lei Municipal n. 567 — 12 de janeiro de 1951.

Art. 4 — “Os atuais cargos e funções de médicos do QP e do QS da P.D.F., efetivos, interinos e extranumerários aca-so existentes, bem assim do Montepio, serão transferidos em cargos isolados, padrão O e funções isoladas referências XXXI, a cuja remuneração base serão acrescidos e incorporados, para todos os efeitos; vinte por cento de cinco anos, até o quinto quinquênio *contados da data em que seus ocupantes iniciarem o exercício da atividade de Médico como servidor, sem prejuízo de vantagens outras*”.

Lei Municipal n. 570 — 29 de janeiro de 1951.

Art. 3 — Para efeito de aumentos quinquenais de que trata o artigo anterior, *será computado o tempo de serviço prestado a partir da nomeação ou admissão no cargo ou função de engenheiro, arquiteto ou agrônomo.*”

Ressalta de pronto, em tôdas as posteriores manifestações legislativas outorgadoras dos benefícios quinquenais, a severa exigência da efetiva prestação de serviço público.

Este o critério. Esta a tradição. O favor da Lei n. 665 é do cômputo de tempo no decurso do qual, por vêzes dez anos, as diplomadas da antiga Escola Normal aguardaram aproveitamento. Mas para o efeito expresso e limitado de jubilação.

O *exame da apreciação legislativa* — Há evidência em que a Lei Municipal n. 665 originou-se do Projeto de lei n. 347, de 1951, que, por

Dispõe a Lei n.º 665, de 30 de novembro de 1951, no art. 1.º: “As professoras do ensino primário que concluíram o curso na antiga Escola Normal sob o regime do Decreto n.º 2.100, de 14 de janeiro de 1919, contarão, para

sua vez, decorreu de anterior investida, consubstanciada no Projeto de lei n. 3, de 1949.

A apreciação dos pareceres formulados ao ensejo dos projetos ns. 3 e 47 referidos, vem em abôno e apoio das conclusões a que chegarei.

Após considerações várias, propôs a seus pares a ilustre vereadora Lígia Lessa Bastos a discussão, e conseqüente aprovação, do seguinte dispositivo (projeto que se individualizou como n. 3-1949):

Art. 1.º — “As professoras primárias que se matricularam na antiga Escola Normal sob o regime do Decreto n. 2 100, de 14 de janeiro de 1919, contarão tempo, para efeito de jubilação, a partir da data em que deveriam ser nomeadas adjuntas de 3.ª classe como se houvessem completado os cinco quinquênios”.

Inequívoca negação ao regime tradicional de aumentos quinquenais, por força de evidente intenção da proponente, que desejava a jubilação e os quinquênios como constantes do favor.

Em boa hora manifestou-se contrária a comissão de Justiça, alertada contra mais essa indevida bonificação. O parecer concluía:

“A contagem do tempo de serviço não prestado pela ausência de categoria funcional, representa *computar o que não existe*. Além de não ter amparo em qualquer dispositivo legal, subsistiria o projeto como uma forma *sui generis* de legislar, criando regalias de precedentes perigosos para o serviço público.

A lei não é um contrato do Estado com o indivíduo nem instrumento de compromisso bilateral cuja revogação esteja sujeita à manutenção permanente de direitos transitórios como o diploma que os confere. O uso do direito está circunscrito ao período de duração da lei. Assim sendo, esta Comissão é de parecer que o projeto não pode ser apreciado por ferir os princípios elementares de direito e por contrariar as normas tradicionais do processo administrativo.”

Frustrada a tentativa, tornam os Autores do projeto com nova pretensão, mas já evidenciando recuo à anterior intenção, ao pretenderem somente o atendimento do tempo decorrido entre as datas da diplomação e aproveitamento para efeito exclusivo de jubilação.

Tão clara a intenção do legislador que é desautorizada a interpretação *latu sensu* — a conduzir, como de fato conduziu, à prática de ato administrativo em discordância ao comandamento legal e, por força de conseqüência, com vício de ilegalidade.

A *anulação do ato administrativo* — Tempestiva, neste momento, a invocação dos mestres. E, entre eles, SEABRA FAGUNDES:

efeito de jubilação, como de efetivo exercício, o tempo decorrido entre a data da diplomação e a nomeação para adjuntas”.

Como o Tribunal de Contas do Distrito Federal, no exercício de suas atribuições de órgão verificador da legalidade dos proventos dos funcionários

“Objeto do ato administrativo, que é o seu conteúdo jurídico, não estando adstrito aos limites pretraçados na lei, o ato é nulo.” (“Contrôle judicial dos atos administrativos”, 2.^a ed., págs. 88, n. 34).

É certo que os atos administrativos de que, para o particular, resultem direitos, ou situações jurídicas individuais — ou *une situation juridique subjective*, como se expressa DUGUIT — não podem, em princípio, ser reformados pela própria administração pública. São os casos de *revogação* por alteração de critério administrativo.

Mas por outro lado, menos certo não é que se reconhece à administração pública o direito de reversionar as suas próprias decisões. O que se deve operar forçosamente — o direito aí torna-se em dever — quando tais atos forem inequivocamente ilegais — ou, na frase de VELASCO, *quando los que anulan o modifican alguna infracción manifesta de ley* (“El acto administrativo”, pág. 225).

É a doutrina prestigiada por PEDRO LESSA, em veneranda declaração de voto: “Não há disposição de lei nem princípio de direito que vede à administração a reforma ou cassação dos seus atos ilegais, visto como de ato nenhum direito pode emanar para as pessoas em benefício das quais foi realizado o ato ilegal.” (*in* “Estudos de Direito Fiscal”, de SÁ FILHO, pág. 261).

Esse princípio, em verdade, acolhido na alta administração pública, tem sido igualmente proclamado no Supremo Tribunal Federal (“Revista Forense”, vol. 96, pág. 312).

A atuação de ofício é, inclusive, imposta por força de dispositivo legal: Dispõe o Decreto Municipal n. 4.927, de 30 de junho de 1934:

Art. 7 — § único — “Pode entretanto o Chefe do Executivo Municipal, *motu proprio*, ou mediante representação dos chefes de repartição, modificar ou reformar qualquer decisão que reconheça injusta ou prejudicial ao interesse da Fazenda Municipal”.

Em se tratando de anulação, o aspecto se oferece diverso do da revogação. Aquela, tendo origem em vícios na formação do ato, ou seja, na sua inconformidade com a Lei, importa em afirmá-lo ilegal, e, por isso mesmo, sem vida jurídica. Este, o raciocínio do emérito SEABRA FAGUNDES, em artigos publicados nos volumes I e II da “Revista de Direito Administrativo”. Prossegue o raciocínio do mestre: “Ora, sendo assim, há de concluir-se pela impossibilidade de gerar efeitos, pois o que é nulo é juridicamente inoperante.

públicos aposentados, houvesse negado registro e considerado substancialmente nulos os atos pelos quais a administração, com base na citada Lei n.º 665, havia deferido proventos de aposentadoria com concessão de aumentos quin-

4. A pronúnciação da nulidade opera *ex tunc*. Se o ato, desde a origem, carece de validade, não pode haver gerado direito a ninguém.”

Conseqüência da conclusão: — se alguém recebeu do erário por força de ato ilegal, ainda de boa-fé, pode ser compelido a repor o indevidamente embolsado.

A justificativa da atuação retificadora da administração está em haver constatado não só a infração frontal ao dispositivo legal, mas ainda no reconhecimento de se haver ferido o interesse público. Daí, dizer BIELSA que a administração exerce, em tais casos, “um poder de polícia incidente sobre os seus próprios atos”.

O REEXAME DA FIXAÇÃO DOS PROVENTOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS

Por força de princípio constitucional, compete aos Tribunais de Contas a verificação da legalidade dos proventos dos funcionários públicos aposentados. Para o Distrito Federal o preceito é ainda repetido na Lei Orgânica:

Art. 20 — “Ao Tribunal de Contas compete:

-
- II — Efetuar o registro prévio ou posterior, conforme a lei estabelecer, dos atos da administração municipal, de que resulte obrigação de pagamento, como sejam:
 - a) — concessão de pensão, aposentadoria ou disponibilidade de funcionário”.

O órgão fiscalizador, que inicialmente aquiescera ao registro dos proventos de jubilação — computando — quinquênios calculados sobre tempo de serviço público não prestado — veio posteriormente a retificar sua decisão, acolhendo o saneador pronunciamento do relator, ministro JOÃO LYRA FILHO, aqui também transcrito:

“Ao fundamentar o pedido de reconsideração do ato denegatório do Registro da refixação de provento de inatividade da professora aposentada Wolfanga Storino Alvares de Azevedo, o Sr. Secretário Geral de Administração realçou que este próprio Tribunal de Contas, em decisão proferida na forma do relatório que me coube apresentar, relativa a processo análogo, em que era beneficiária Jerecê Galvão de Albuquerque, adotou conclusão diametralmente oposta, definindo-se a favor do registro.

O Corpo Instrutivo, então favorável ao registro do ato de refixação, justificou-se com a invocação do “acúmulo de processos dessa natureza,

qüenais computados sôbre o tempo de serviço não prestado, resolveu o Prefeito baixar o Decreto n.º 12.637, de 30 de outubro de 1954, considerando insubsistentes os decretos concessivos dos aumentos impugnados.

o que impediu o exame dos mesmos, tão minucioso e atento quanto fôra de desejar”, assinalando que ao mesmo equívoco fôra levado, então, o próprio e eminente antigo Procurador EDGAR DE ARRUDA. Devo proclamar, todavia, a minha responsabilidade direta, e maior, na solução que a hipótese mereceu. O Plenário fiou-se na linha errada do meu próprio voto. É do meu dever esta confissão.

Proclamo meu erro e confesso-me culpado. Por estar persuadido do erro, retornei ao encontro da razão, valendo-me do meritório esclarecimento do nobre Procurador PAULO FILHO. Minha razão avivou-se, ainda mais, ante a ciência que anima o substancioso parecer oferecido à autoridade administrativa pelo órgão jurídico da Prefeitura e só agora, com a juntada do processo de Marietta Mourão Vieira, trazido ao conhecimento do Plenário.

Segundo a própria Procuradoria Geral da Prefeitura, os aumentos qüenais referentes à fixação em causa constituem uma concessão indevida e ilegal. A Lei n. 665 determinou o cômputo, como de efetivo exercício, *mas, unicamente, para efeitos de jubilação*. A interpretação aplicada pelo poder administrativo, a cujo equívoco fui atraído, não encontra amparo na citada Lei n. 665. O voto que proferi no processo de cujo julgamento se pede reconsideração corrige o erro em que anteriormente incidi. Não volto atrás da correção havida. A interpretação acolhida pelo Poder administrativo, eis a fulminante reserva da Procuradoria Geral, *“deu margem a que o Executivo praticasse ato administrativo inequivocamente ilegal, exigidor de imediata providência anulatória.”*

O cabimento da anulação do ato administrativo ilegal é sustentado por aquêle órgão jurídico, a despeito de parecer, ao Secretário Geral de Administração, contrariamente, com base em ensinamento de SEABRA FAGUNDES, que “as numerosas situações pessoais alcançadas e beneficiadas pelo ato vicioso — e desde que êsse ato tenha produzido já os seus efeitos — podem aconselhar a subsistência dos seus efeitos”. É que os “atos administrativos são abonados por uma presunção de legalidade, de modo que, só muito excepcionalmente, poderão ser fulminados *de ofício*, com a declaração de nulidade”.

Peço vênia para recordar a existência de atos viciosos e atos nulos, enquadrados em hierarquia distinta. O ato administrativo que viola a Constituição ou a Lei não é só vicioso, por insuficiência de forma, mas nulo, por si mesmo, por falta de substância. O ato nulo, por infringência à Constituição ou à Lei, não pode remanescer. A subsistência dos seus efeitos é repelida por via judicial e deve ser contida, quando produz ônus financeiro, pelo Tribunal de Contas competente para registrá-lo, ou negar-lhe registro.

Não tendo sido abrangidas na incidência dêsse Decreto n.º 12.637, certo é que as requerentes não sofreram violação no direito de que se dizem titulares, devendo, assim, o pedido ser entendido como manifestação de “justo

Na hipótese corrente, explica-se a intervenção acauteladora dêsse Tribunal de Contas. A beneficiária teve a sorte de ver que o pronunciamento do Poder Administrativo se harmoniza com seu interesse em jôgo, na base do reconhecimento de um direito contestado. Contra ambos é que se erige a censura do órgão fiscalizador, no dever antipático de interromper a prática ilegal e invalidá-la definitivamente, a menos que, mediante registro sob reserva, venha a ser o ato ratificado pelo Poder Legislativo, ou venha a ser judicialmente reparada a decisão em contrário que êste Tribunal houver por bem proferir, à vista do pedido de reconsideração.

O Poder Administrativo, face ao disposto na letra *g*, do art. 30, da Lei Orgânica, no qual se configura o crime de responsabilidade, ante os atos que atentarem contra a guarda ou emprêgo legal dos dinheiros públicos, tendo contra si a indicação do próprio órgão jurídico que lhe deve arrimar a razão de direito, será juiz da conveniência de manter-se indiferente aos efeitos que aquêles atos possam produzir na oportunidade que couber à Câmara dos Vereadores para considerá-los, ante o disposto no art. 20, § 1.º, da mesma Lei Orgânica.

Não fôra a presença ativa do Tribunal de Contas, todo ato administrativo que produzisse efeitos financeiros, abonados ou não por uma presunção de legalidade, seria tido como definitivamente legal, quando beneficiasse o interesse privado, sem contrariar senão o interesse público, porque o poder administrativo não invalidaria, *ex-officio*, um ato que presume legal, nem o beneficiário se lembraria de argüir, em juízo, contra a substância de interesse por êle próprio aceito. Não há dúvida que todo ato administrativo é abonado por uma presunção, mas a exceção à regra parece declarar-se na hipótese dêstes próprios autos, tão certo se afigura a destruição do critério presuntivo, ante a advertência do próprio órgão jurídico consultado, que se alegou na demonstração de que é ilegal o ato ora considerado.

É evidente que o poder administrativo, mesmo quando presuma legal o ato, com apoio do órgão a que incumbe esclarecê-lo, não se dispõe, via de regra, a anulá-lo. Ao Tribunal de Contas é que incumbe apreciar essa presunção, quando determina efeitos financeiros, sem editar, como definitivo, seu pronunciamento adverso, eis que ao litígio entre seu entender e a conclusão da autoridade administrativa, sobrepairá, para dirimir, a soberana decisão da Assembléia, quando aquêle poder insiste na conclusão própria. Se, ao contrário, o poder administrativo se submete ao entender do Tribunal de Contas, renunciando à sua própria convicção, em que se converte a presunção originária do ato, o que me toca presumir, ante a admissível presença da beneficiária em Juízo, à procura do reconhecimento do direito contestado, é que a defesa do erário, levantada pelo referido Tri-

receio" de sofrer a aplicação da doutrina esposada pelo Chefe do Executivo Municipal, que, em suas informações, contesta a legitimidade da pretensão das impetrantes.

Verdade é, todavia, que não se pode imputar ao Prefeito abusiva, ou errônea aplicação do diploma legal, se limitou a regulamentá-lo de acôrdo com

bunal de Contas, seja sustentada pelo próprio órgão a que incumbe a representação judicial dos interesses distritais.

Ainda recentemente, outro processo trazido à pauta ensejou-me recordar sabida lição de direito administrativo, aplicável à hipótese; refiro-me ao contrato celebrado em decorrência da concessão do serviço de feiras. Então, aludi a que o ato vicioso é afetado por insuficiência de forma, algumas vezes sanável, e a que o ato nulo se invalida por violação insanável da lei. A anulação é inerente ao ato a que faleçam requisitos substanciais de validade. Aqui, não se cuida de revogação, mas de anulação.

A anulação se concretiza ante o vício originário, que o poder administrativo não se dispõe a reconhecer. Na hipótese, como assinalou a Procuradoria Geral e retificou a Procuradoria desse Tribunal, a lei foi violada; o ato praticado com violação da lei é manifestamente nulo. A anulação do ato, conforme a lição de PRESUTTI, faz retroagir os efeitos, ao oposto da revogação, determinada por oportunidade ou conveniência. Como ensina o próprio SEABRA FAGUNDES, o ato nulo não pode gerar efeitos, por ser juridicamente inoperante. Se o ato, desde a origem, carece de invalidez, não pode haver gerado direito a ninguém.

Em conclusão, o órgão jurídico da Prefeitura reconhece que "se alguém recebeu do erário por força de ato ilegal, ainda que de boa-fé, pode ser compelido a repor o indevidamente embolsado". "A justificativa da atuação retificadora da administração está em haver constatado não só a infração frontal ao dispositivo legal, mas ainda no reconhecimento de se haver ferido o interesse público. Daí dizer BIELSA que a administração exerce, em tais casos, um poder de polícia incidente sobre os seus próprios atos." Então, remata o mesmo órgão: "que se proceda à anulação dos atos praticados em favor da concessão de aumentos quinquenais computados sobre tempo de serviço não prestado".

O douto Procurador PAULO FILHO, enfileirando-se na mesma linha, não diz menos, embora sucintamente, recordando que "não há direito adquirido com base em ato nulo, nem se escreve o direito contra a lei; a lei é a tutela do direito". "Ao poder administrativo cabe", são as conclusões do eminente Procurador desse Tribunal, "anular o ato ilegalmente praticado, mediante a reposição de direito, na forma do art. 116 do Estatuto". Sigo a opinião de ambos os órgãos e contrariamente às indicações do nobre Secretário Geral de Administração, repetindo ULPIANO: — "É duro, mas assim está escrito na lei (*durum hoc est sed ita scripta est*). O ato denegatório do registro é de ser mantido".

a exata e fiel exegese do seu texto e com respeito à jurisprudência administrativa, firmada pela Côrte de Contas.

Indubitável é, com efeito, que a Lei n.º 665, conforme emana da literalidade de seus termos, determinou a contagem, como de efetivo, como *exempli gratia*, para concessão de aumentos quinquenais.

O voto do Ministro LYRA FILHO, proferido no processo 1.029-53, encontra-se transcrito no "Diário Oficial", seção II, de 14 de maio de 1954, fôlhas 3 522.

A ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA E OS PRONUNCIAMENTOS DO PODER JUDICIÁRIO

Observando a decisão definitiva e disciplinadora do Tribunal de Contas, órgão competente para fixar os critérios de aposentadoria, passou o Executivo a negar a concessão dos quinquênios pelo tempo de serviço não prestado.

Como consequência, reclamaram as professoras ao Judiciário, por via de inúmeros mandados de segurança, de cujos resultados damos notícia ao final.

O Executivo municipal defendeu-se, informando que a observância ao decisório do Tribunal de Contas se fizera em obediência à Lei Orgânica, que traça a competência daquele órgão fiscalizador. Não haveria, pois, como se inquirar de ilegal e abusivo qualquer decisão administrativa que apenas se limitara a observar critério emanado de boa origem.

É realmente. Ao regular a competência do Tribunal de Contas, a Constituição de 1946 incumbiu-lhe, no artigo 77, III, *julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões*. Da posição peculiar do Tribunal de Contas no mecanismo do Estado resulta que suas decisões são obrigatórias para os órgãos administrativos (ressalvada a hipótese de recurso para o Legislativo). Conseqüentemente, não pode a Administração *reverter* aquelas decisões.

Assim o disse CASTRO NUNES, em voto de 1944, no Supremo Tribunal. Tratava-se de montepio militar, concedido originariamente a uma irmã do morto. Mais tarde, o Tesouro reconheceu o direito da viúva desquitada e lhe deferiu o montepio. A esse propósito, assim se manifestou o eminente especialista: "Se essa decisão, iniludivelmente administrativa, é suscetível de apreciação judiciária e pode, portanto, vir a juízo e ser anulada pelos tribunais, não o pode fazer o Tesouro, porque o Tribunal de Contas — órgão posto de permeio entre os poderes para vigiar a execução das leis de meios é o fiscal constitucional daqueles que as aplicam, dos que têm poder de despender, isto é, do Poder Executivo, é tribunal sobranceiro à própria Administração. *A Administração não pode invalidar os seus atos.*"

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, acolhendo os fundamentos de direito invocados pela Procuradoria Geral da Prefeitura, denegou as seguranças impetradas. Vale anotar as decisões, uma das quais é a que leva o presente comentário:

Nesse sentido, aliás, decidiu a Oitava Câmara Cível dêste Tribunal, em 21 de dezembro de 1954, a julgar o mandado de segurança n.º 971, *ut acórdão* por certidão a fls. 24 dêstes autos.

8.ª Câmara Cível — Mandado de Segurança n. 971.

- *Impetrantes* — Wolfanga Storino Alvares de Azevedo e outras.
- *Informante* — Prefeito do Distrito Federal.
- *Relator* — Des. E. de Souza Santos.
- *Decisão* — unânime.

2.ª Câmara Cível — Mandado de Segurança n. 1.136.

- *Impetrante* — Alba de Barros Vasconcellos Giesta.
- *Informante* — Prefeito do Distrito Federal.
- *Relator* — Des. Omar Dutra.
- *Decisão* — unânime.

4.ª Câmara Cível — Mandado de Segurança n. 1.097.

- *Impetrante* — Aracacy Andrade Garcia.
- *Informante* — Prefeito do Distrito Federal.
- *Decisão* — unânime.

Supremo Tribunal — Recurso Ordinário n. 3.216.

- *Recorrentes* — Wolfanga Storino Alvares de Azevedo e outras.
- *Recorrido* — Prefeito do Distrito Federal.
- *Relator* — Ministro Nelson Hungria.
- *Decisão* — unânime (Tribunal Pleno).

As decisões referidas reconheceram, implicitamente, que o ato primitivo, concessor da vantagem, fugia realmente ao expresso limite da lei. Ato viciado, exigidor de pronta correição, em boa hora produzida pela Côte de Contas.

Em face dos reiterados pronunciamentos do Judiciário, parece, pois, implícita no pensamento dos doutos a irrevogabilidade das decisões do Tribunal de Contas pela própria Administração — quando se tratar de atos de sua expressa competência (pertinentes à receita e à despesa financeiras) —, conclusão que nos parece irrecusável ante os termos da Constituição e da Lei Orgânica vigentes. Nada mais fez o Executivo do que determinar administrativamente o cumprimento do decisório do órgão fiscalizador, que deu pela ilegalidade da concessão pretendida pelos jubilados.

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

Improcede, portanto, a segurança impetrada, se as requerentes não ostentam o direito líquido e certo, de que se dizem titulares, e se não se pode divisar ameaça de ilegalidade ou abuso de poder do ato incriminado.

Rio de Janeiro, 3 de agosto de 1955. — *Romão Côrtes de Lacerda*, Presidente. *João Coelho Branco*, Relator. *Hugo Auler*.

2.ª CÂMARA CÍVEL

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 1.109

Não sendo ilegal o ato da autoridade coatora, denega-se o mandado impetrado. Infração de licença de localização, concedida a título precário, autoriza a medida da polícia administrativa, e improcedência do mandado de segurança, por não ser líquido e certo o direito do requerente.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança número 1.109, sendo requerente C. Carvalho V. Melo e informante o Sr. Prefeito

COMENTÁRIO

Neste caso do Mandado de Segurança n. 1.109, a seqüência dos fatos — em resumo — deu-se da seguinte maneira:

Inicialmente o impetrante requereu licença para funcionar com

“pequena oficina de marcenaria e carpintaria e compra e venda de material para êsse fim”.

Processado o pedido, a Secretaria do Interior e Segurança da Prefeitura, após exame, principalmente por se tratar de zona residencial, concedeu o alvará para que o impetrante pudesse

“funcionar com negócio de pequena oficina de marcenaria e carpintaria, sem motor, serviço manual, com uma só pessoa”.

O despacho concessor da licença usou do seguinte teor:

“Concedo a licença para início, *sem uso de motores e a título precário*”.

do Distrito Federal, acordam os Juizes integrantes da 2.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, em negar o mandado requerido.

O requerente é licenciado para estabelecer pequena oficina, e ainda de compra e venda de material para êsse fim. A licença, porém, foi concedida a título precário, com proibição de uso de motor.

Estava o impetrante no gozo dessa licença, quando o Delegado Fiscal da 12.^a Circunscrição Municipal, lhe fêz saber de que, de acôrdo com o despacho do Sr. Prefeito, exarado no processo 7553128-54, efetuará a interdição definitiva do estabelecimento (cassação do alvará de licença) caso não fôsse cumprido o prescrito no edital apresentado e afixado no estabelecimento.

A infração foi constatada e lavrado o auto de infração do uso de motores, o que era proibido pelo alvará de licença, e, isso por se tratar de zona residencial, ter que zelar pelo sossego público, dado o forte ruído de motores.

No corpo de qualquer alvará de licença lê-se, impressa, a ressalva — “enquanto satisfizer as exigências da legislação em vigor”.

Não obstante esta norma geral, baseada no art. 1.^o, § 2.^o, da Lei 563-50, o alvará expedido em favor do impetrante continha, ainda, sob o tópico “restrições”, a seguinte declaração expressa: “A título precário — sem uso de motores”.

Restrição de resto redundante, porém cuidadosa, mostrando da parte da administração o zelo no respeito ao direito de vizinhança, por se tratar de zona residencial.

Apesar disso — a licença fôra expedida em 17 de outubro de 1952 — já em 17 de janeiro de 1953 o Diretor do Departamento de Fiscalização recebia reclamações dos moradores locais. Verificou-se, então, uma série de transgressões: uso de motores e serras circulares. O carpinteiro retirou os motores e ganhou tempo. Voltou a usá-los mais tarde, dando motivo a um segundo processo de reclamação, de que resultou, afinal, o cancelamento do alvará.

Dessa cassação surgiu o pedido de *writ* no qual um infrator (art. 1.^o, § 2.^o, da Lei 563, art. 554 do Código Civil e art. 25, § 3.^o, do Código de Obras) apela para o Judiciário sob a alegação de estar ferido em direito líquido e certo.

O acórdão unânime da 2.^a Câmara Cível, relatado pelo desembargador OMAR DUTRA, vem apenas confirmar a jurisprudência já existente, de modo definitivo, no sentido de que a “infração de licença de localização, concedida a título precário, autoriza a medida da polícia administrativa, de cassar a licença, e o descabimento do mandado de segurança, por não ser líquido e certo o direito do requerente.”

O acórdão reconhece, mais uma vez, o direito da administração de exercer o *poder de polícia*, seguindo a hermenêutica de outras Câmaras e de doutrinadores, como CAIO TÁCITO (O Poder de Polícia, *in Rev. de*

Não cumprida a determinação, a Prefeitura propôs a ação de demolição no Juízo da 4.^a Vara da Fazenda, onde o impetrante tem defesa.

Por sua vez, o impetrante requereu interdito proibitório contra a Prefeitura.

Tudo isso demonstra a falta de liquidez e certeza do direito do impetrante, quando êle mesmo declara que pode provar a falsidade do fundamento que deu causa à medida do Sr. Prefeito, dado como coator.

O ilustre Dr. 4.^o Sub-Procurador, em seu parecer declara que a licença que foi concedida ao impetrante, era a título precário; não lhe dando, portanto, qualquer direito, e muito menos o direito líquido e certo que possa ser protegido por meio de mandado de segurança.

Diante do exposto, não há outro remédio senão denegar a medida impetrada. O Sr. Prefeito usou da medida de polícia administrativa, autorizada em lei, ato legal, por isso mesmo.

Distrito Federal, 17 de novembro de 1955. — Homero Pinho, Presidente.
Omar Dutra, Relator. Hugo Auler.

Dir. Administrativo, vol. 27, pág. 10); SEABRA FAGUNDES (O Contrôlo dos Atos Administrativos, nota 12-A ao n. 97, pág. 306); CASTRO NUNES (Teoria e Prática do Poder Judiciário, págs. 614 e 616).

Acresce ainda salientar que toda licença para funcionamento é concedida a *título precário*, mesmo que expressamente não conste do texto do alvará a condição; mas simplesmente pelo disposto no art. 1.^o, § 2.^o, da Lei n. 563-50, *verbis*:

“O alvará expedido para a concessão de licença só será mantido quando se verifique o implemento das condições legais”.

Dispositivo sábio, de vez que seria evidentemente ridículo emprestar ao portador do alvará qualquer noção de direito adquirido, ainda quando inadimplente ou infrator. Seria, sem dúvida, o caos. Se, *in casu*, feriu-se o direito ao sossego público, fôrça do ruído dos motores. Executivo e Judiciário vieram amparar os prejudicados. Outros houve em que a infração atingia a saúde da população, prontamente calçada com base no Código Sanitário.

É Deus nos livre que a lei não autorizasse ou apoiasse a Administração Pública no sentido da repressão de abusos tais, mediante a prerrogativa do poder de polícia administrativa, conquistada da legislação liberal que, vigia e policia a liberdade de cada um, *se et in quantum* não se opere a invasão da liberdade do outro.

Êste, o alcance da decisão unânime proferida no Mandado de Segurança n. 1.109.

CARLOS R. M. DE LAET
Advogado da P.D.F.

4.^a CÂMARA CÍVEL

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 6.391

Mandado de segurança. Realização de obras em imóvel declarado de utilidade pública, para desapropriação. Fixação do estado físico da coisa. Artigo 26, parágrafo único, do Decreto-lei número 3.365, de 1941. Ressalvada a não indenizabilidade das benfeitorias, não se justifica a oposição da autoridade expropriante. Reformula-se a sentença e concede-se a segurança. Voto vencido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de petição n.º 6.391, em que são agravantes José Joaquim Pereira Júnior e outros, e agravada a Prefeitura do Distrito Federal:

Acordam os Juizes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em, vencido o Des. Bulhões Carvahdo, que negava provimento, dar provimento ao recurso e conceder a segurança, para o fim de, satisfeitas as exigências legais e ressalvada a não indenizabilidade das benfeitorias, ser expedida aos impetrantes, pela impetrada, a licença para a realização das obras.

Custas pela impetrada.

E assim decide a Câmara, pela sua maioria, pelos fundamentos que se seguem.

COMENTÁRIO

O acórdão, admitindo que benfeitorias úteis possam ser feitas pelo proprietário, em prédio desapropriado, sem necessidade do consentimento do expropriante, pois “a autorização do expropriante se faz necessária, não para que o proprietário possa realizá-las, mas para que, de futuro, sejam elas incluídas no valor da indenização”; e, em consequência, não reconhecendo à Prefeitura o direito de negar licença para benfeitorias que tais — não esposou, *data venia*, a melhor tese.

A razão está com o juiz de primeira instância e com o voto vencido, que, infelizmente, seu ilustre signatário não quis desenvolver, com o brilho habitual.

Abstraiamos, neste comentário, da questão do cabimento, ou não, da medida intentada — o mandado de segurança; e admitamos que as benfeitorias de que se trata possam realmente ser capituladas como das *úteis* e não sejam das *necessárias*, como poderão fazer crer referências a “prédio parcialmente destruído por incêndio” e a “substituição, na loja incendiada, do forro de madeira por uma laje de cimento armado”.

Fiquemos com o princípio proclamado pelo acórdão para discuti-lo *em tese*.

Mais liberal, nesse ponto, apesar de decretada em época de Estado-forte (de onde se vê que, mesmo assim, não deixaram de progredir a con-

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelos agravantes contra ato do Diretor do Departamento de Edificações da Prefeitura, que lhes negou licença para reforma no imóvel à rua Senador Pompeu, 240, de que são proprietários, sob a alegação de que o imóvel fôra declarado de utilidade pública, para desapropriação. O imóvel tem sido declarado de utilidade pública por vários decretos municipais, a partir de 1938, datando o último decreto-lei de 21-5-1953, e o prédio nêle construído foi parcialmente destruído por incêndio, em 30-1-1951. Sustentam os impetrantes que a autoridade expropriante não pode impedir que o proprietário realize benfeitorias, úteis e voluptuárias, no imóvel, quando preenchidos os requisitos legais de respeito ao direito de vizinhos, obediência aos preceitos administrativos, declaração expressa da não indenizabilidade das benfeitorias e não tornarem estas irrealizável a desapropriação. O que, assim, não se lhes pode negar direito à construção que pretendem, pois se trata, no caso de benfeitorias úteis em que aquelas exigências são satisfeitas, acrescentando que se propuseram a assinar nos termos de responsabilidade para com a P.D.F., em que desistiram de toda e qualquer indenização, e que a construção, simples reforma e substituição, na loja incendiada, do forro de madeira por uma laje de cimento armado, não poderá prestar, eventualmente, aos fins da desapropriação, tornando-a irrealizável ou difícil. O diretor do Departamento de Edificações da Prefeitura, em suas informações de fls. 30, confessa haver negado a licença e esclarece que do seu despacho, cabe recurso para o Secretário Geral da Viação e Obras e para o Prefeito. A Prefeitura, por sua vez, em sua defesa de fls. 33-35 argúi: a) que não foram esgotados todos os recursos administrativos; b) que a matéria é

ceituação e o atendimento dos direitos e dos interesses individuais), que as anteriores, para as quais nenhuma benfeitoria feita após a declaração da utilidade pública seria indenizável (Decreto 353, de 1845, art. 26; Decreto n. 4.956, de 1903, art. 32, § 2.º) — a lei de desapropriações atualmente vigente, Decreto-lei 3.365, de 1941, dispõe no § único do art. 26:

“Serão atendidas as benfeitorias necessárias feitas após a desapropriação; as úteis, quando feitas com autorização do expropriante”.

Diga-se desde logo que a disposição é um tanto romântica, quando admite que o expropriante possa assentir em melhorias no bem para, depois, ter de pagar mais por êle. Mas que o pedido de autorização, pelo proprietário, ao expropriante, está nela implícito — está.

Consequência clara do texto da lei é, para o expropriante, o poder de conceder ou negar a licença solicitada. Do contrário não haveria que solicitar nada.

“Tal aquiescência fica ao livre juízo da Administração” — entende SEABRA FAGUNDES (“Da desapropriação no direito brasileiro”, n. 383). E note-se que ao referir-se à *administração* e não à *expropriante*, tinha em vista a hipótese, que no caso também ocorre, de ser o expropriante a mesma entidade competente para licenciar a obra.

de alta indagação; e c) que está implícito no texto do art. 26, parágrafo único, invocado, o poder de não consentir do expropriante. A sentença de fls. 38-40, embora tenha repellido as duas preliminares suscitadas pela agravada, ou seja a do descabimento da medida impetrada, por ensejar o ato malsinado recurso administrativo, e a de ser a matéria de alta indagação, por entender que a matéria é exclusivamente de direito — no que andou com evidente acerto — denegou a segurança, considerando que se a lei garante ao poder expropriante, face à declaração de utilidade pública, a fixação do estado físico da coisa expropriada, permitindo-lhe não consentir em sua modificação, é por demais evidente que pode proibir e impedir, a seu critério a modificação, embora garantido ou forrado contra possível desatendimento do preceito ou proibição, e que, portanto, nada mais lícito que a expropriante negar a licença para a execução das benfeitorias no imóvel declarado de utilidade pública.

Isto pôsto:

Não pode, de modo algum, prevalecer a tese esposada pela decisão recorrida, à vista do que dispõe o parágrafo único do art. 26 do Decreto-lei número 3.365, de 21 de junho de 1941. Não resta dúvida que, com a declaração de utilidade pública, o direito individual de propriedade decai de sua plenitude, mas permanece com o seu titular, eis que não há transferência de domínio. Isso vale dizer que o proprietário continua no uso e gozo do bem, apenas não podendo dê-lo dispor plenamente. Surge, com a declaração da utilidade, o período que os autores denominam de *crítico ou suspeito* e que se estende desde esse momento até o pagamento do preço, quando se finda o processo de transmissão da propriedade, quando o poder público expropriante a incorpora ao

A não consideração dessa circunstância foi que levou o acórdão ao equívoco de admitir que a Prefeitura possa proceder, no caso, como uma entidade *bifronte*, autorizando, por seu Departamento de Edificações, as benfeitorias e, ao mesmo tempo, desconhecendo-as, pelo de Desapropriações.

Fôsse a União, por exemplo, a expropriante — e negasse a licença; e, alheia ao fato, licenciasse a Prefeitura as obras. Aí sim, teria aplicação a tese do acórdão: feitas sem autorização do expropriante, não seria seu valor incluído na indenização.

Mas — repetamos — no caso a Prefeitura é a expropriante e é também quem deve, ou não, licenciar as obras.

Se a lei diz que serão indenizáveis as benfeitorias úteis se feitas com autorização do expropriante, é claro que este, se não quer pagar a indenização a ela correspondente, deve negar a autorização. Se a concede, tem que indenizar — que a lei não lhe dá alternativa.

Entende o acórdão que a Prefeitura, no caso, não correrá esse risco proque o proprietário está pronto a assinar um termo de responsabilidade exonerando-a da obrigação de pagar tal indenização.

É, porém, de se admitir como boa, prestante, útil e valiosa uma tal ressalva *contra legem*?

Se a lei diz tão taxativamente aquilo que diz: concordou, paga — não é possível contorná-la por meio de uma cláusula exonerativa qualquer.

seu patrimônio, tornando-se, então, titular do direito de propriedade. Por outro lado, com a declaração, ou melhor, da declaração de utilidade pública, fluem conseqüências implícitas e explícitas. Estas últimas se encontram discriminadas em vários dispositivos do já citado Decreto-lei n.º 3.365, de 1941. Entre elas se destacam os seguintes: a) a autorização para a autoridade administrativa expropriante penetrar no prédio ou prédios objeto da declaração, podendo até, para esse fim, recorrer ao auxílio de força policial (artigo 7.º); b) início do prazo de caducidade (5 anos) da declaração (art. 10); c) fixação do estado físico da causa, sobre o qual será calculado o valor de indenização (art. 26); d) desobrigação do poder expropriante de indenizar as benfeitorias voluntárias, bem como as benfeitorias úteis, por êle não autorizadas que porventura faça o proprietário (art. 26, parágrafo único).

Da enumeração dessas conseqüências explícitas do decreto de declaração de utilidade pública e, em especial das que decorrem do texto do art. 26, parágrafo único, citado, chega-se à conclusão de que a lei não veda a realização de benfeitorias em imóvel declarado de utilidade pública, e tanto não as veda que escreve, no mencionado parágrafo único do art. 26, que sejam atendidas as benfeitorias necessárias feitas após a desapropriação e, ainda, as úteis, quando efetivadas com a sua autorização. Destarte, em se tratando dessas últimas, a autorização do expropriante se faz necessária, não para que o proprietário possa realizá-las, mas para que, de futuro, sejam elas incluídas no valor da indenização. Em conseqüência, o poder expropriante não tem o direito de proibir ou impedir a realização dessas benfeitorias, máxime se os expropriados, como procede no caso vertente, se prontificam,

Porque iria, além do mais, a Prefeitura abrir mão de um *direito* que lhe concede a lei para sujeitar-se à *concessão* de um particular?

Quem pode negar licença para a realização das benfeitorias pode também tornar efetiva essa negativa — o que se dará sempre que seja de sua competência a concessão da licença.

Atitude drástica, de quem tem nas mãos a faca e o queijo — sempre dirão alguns. Mas dirão injustamente, sem considerar que tudo isso se aplica às *benfeitorias úteis*, cujo conceito vamos encontrar no Código Civil, art. 63, § 2.º: — “as que aumentam ou facilitam o uso da coisa”.

Quando se tratar de *benfeitorias necessárias*, “as que têm por fim conservar a coisa ou evitar que se deteriore” (§ 3.º do cit. art.) — o proprietário estará dispensado de pedir autorização a quem quer que seja e a Prefeitura, se negar a licença, poderá ser responsabilizada.

A Prefeitura é uma só e há de agir, por seus diversos departamentos, em consonância com os seus legítimos interesses. Foi por isso que não concedeu licença para as obras pretendidas.

Bem fizeram a sentença de primeira instância e o voto vencido em justificar essa decisão administrativa. E, mais uma vez *data venia*, não foi feliz a Egrégia 4.ª Câmara Cível em, por maioria, autorizar as obras.

ROBERTO PINTO FERNANDES
Advogado da P.D.F.

de logo, a assinar seu termo exonerando a Prefeitura, ou mais precipua-mente, êle expropriante, de indenizá-los. Na presente hipótese, em que a agravada, a Prefeitura, é, ao mesmo tempo, o poder expropriante e a auto-ridade competente para conceder a licença para as benfeitorias projetadas, o direito de não indenizar essas benfeitorias. Nada além disso, a não ser legítima, não encontra amparo em lei, não podendo ela indicar o parágrafo único do art. 26 em seu prol. O que importa ao expropriante é se assegurar o direito de não indenizar essas benfeitorias. Nada além disso, o não ser que a realização destas viesse a impossibilitar a desapropriação, a torná-la irrealizável, o que não sucede. Desta maneira, previamente declarado pelos expropriados que desistem de qualquer indenização e ressalvada, pois, como se vê, a não indenizabilidade das benfeitorias, a não concessão da licença é ato injustificável, ilegítimo, ferindo direito líquido e certo dos impetrantes, os ora agravantes.

Rio de Janeiro, 23 de setembro de 1955. — *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*, Presidente. *Carlos de Oliveira Ramos*, Relator. *Alberto Mourão Russel*.

Francisco Pereira de Bulhões Carvalho. Vencido. Trata-se de imóvel declarado de utilidade pública e a cuja reconstrução se opõe o Poder Municipal, fundado no art. 26, parágrafo único do Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, que condiciona as benfeitorias úteis ao consentimento do expropriante.

7.ª CAMARA CÍVEL

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 5.048

Não cabe contra o ato da autoridade pública, que determina a fiscalização, a fim de constatar a incidência, ou não, do imposto de vendas e consignações sobre determinada transação. Confirmação da sentença recorrida. Nos mandados de segurança, ou nos

COMENTÁRIO

O “emprego de materiais por empreiteiros ou construtores, nas empreitadas ou construções”, contém os pressupostos da venda mercantil e a ela se equipara, ficando sujeito ao imposto sobre vendas e consignações.

Seu pagamento, a teor da lei, cabe ao construtor, empreiteiro, artífice ou profissional, que são contribuintes específicos, submetidos, portanto, ao regime da inscrição fiscal, da qual a escrita e a fiscalização são os corolários naturais.

Verificado o *ato-base* do emprego de materiais, ao fisco não cumpre indagar à conta de quem a obra se executa — se do proprietário ou do promitente-comprador; impõe-se-lhe, tão-sómente, o dever de constatar se quem a executa reveste essa qualidade de empreiteiro, construtor, artífice

recursos das sentenças nêles proferidas, é obrigatória, no Tribunal de Justiça, a intervenção da Procuradoria Geral.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição n.º 5.048, em que figuram como agravante a Empresa de Construções Gerais S. A., e como agravada a Prefeitura do Distrito Federal:

Acordam os Juizes da 7.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso confirmando a sentença agravada, pelos seus fundamentos, pagas as custas pelo agravante.

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra o ato do Sub-Inspector Mercantil Mário Fragoso de Lima Campos e do Controlador Mercantil Heitor Brandon Schiler, funcionários do Departamento de Renda Mercantil da Prefeitura do Distrito Federal, sob a alegação de que os mesmos, ilegalmente e com abuso de poder, deram início a procedimento fiscal contra a impetrante, com o propósito de autuá-la por sonegação do imposto de vendas e consignações, relativamente a construções executadas em terreno de sua propriedade, à rua das Laranjeiras ns. 414 a 442, objeto de promessa de venda ao Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas. Sustentou a impetrante que, em decorrência de tal promessa de compra e venda, não se caracteriza, no caso, um contrato de empreitada para sujeitá-la ao imposto mencionado previsto na Lei n.º 687, de 29 de dezembro de 1951. Prestando informações, afirmam os apontados como coatores que estão procedendo a exames nos livros e documentos da suplicante, no sentido de apurar se as transações realizadas entre ela e o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas, com a intervenção do Banco Nacional de Descontos, da Caixa de Mobilização Bancária e da Cia. de Serviços de Engenharia, estão, ou não, sujeitas às disposições da Lei n.º 687, de 29 de dezembro de 1951, acrescentando que só depois de concluídos os exames é que se poderá constatar, ou não, a infringência da citada lei. O Dr. Juiz *a quo* denegou o mandado de segurança, por não haver ato ilegal capaz de ser coberto por tal medida. E com razão está a sentença recorrida. Não houve autuação da impetrante pela infração apontada pelo Fisco; se tivesse havido,

ou profissional, pois o ato correspondente da tributação emana do exercício da mercancia, configurado e aperfeiçoado através dessa qualidade do agente executor.

Não se nega esta qualidade.

Sustenta-se, porém, que as construções feitas pela impetrante em terreno da sua propriedade, mas prometido vender a outrem, não caracteriza o contrato de empreitada para sujeitá-la ao pagamento do tributo.

Se as fizesse para si, por certo que a incidência seria descabida.

Mas como as acessões industriais se incorporam ao solo, é difícil conciliar a idéia de construção própria com essa outra do direito real resultante da promessa de compra e venda, unificando-as para o efeito de subtrair a operação do campo da incidência fiscal.

a matéria aqui argüida deveria ter sido usada como defesa, pelos meios regulares. Apenas os funcionários indicados como coatores deliberaram fazer uma verificação, a fim de que ficasse constatado haver, ou não, a incidência do imposto, nos termos da Lei n.º 687, de 29 de dezembro de 1951. É óbvio que contra o simples ato de fiscalizar, que é a função exercida pelos imetrados, impossível é conceder-se mandado de segurança. O Fisco não pode ser tolhido em sua ação. De sorte que sem entrar na matéria de haver ou não incidência do imposto de vendas e consignações no ato praticado pela requerente do *mandamus* confirma-se a sentença que o denegou porque, realmente, não cabe mandado de segurança contra o ato de agentes fiscais do Departamento de Renda Mercantil da Prefeitura do Distrito Federal, que determinou se proceda a fiscalização, a fim de constatar se determinada transação está ou não, sujeita a imposto, de acordo com a lei.

Preliminarmente, a Câmara decidiu, em face do parecer do Dr. 2.º Sub-Procurador do Distrito Federal, que em mandados de segurança, quer originários, quer em grau de recurso, perante o Tribunal de Justiça, funciona obrigatoriamente a Procuradoria Geral nos termos da Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

Distrito Federal, 23 de junho de 1954. Antônio Vieira Braga, Presidente. Vicente de Faria Coelho, Relator. Mem de Vasconcelos Reis.

Posto conciliáveis, como poderá o fisco, todavia, positivar a natureza da construção e concluir pela conciliação dos elementos fundamentais da operação?

É óbvio, que só através da fiscalização.

Conta-se, a *priori*, apenas com o fato concreto do emprêgo de materiais; e desde que dêle se passe à indagação conseqüente da natureza da obra ou da qualidade do executor, necessariamente se terá dado início ao procedimento fiscal, que consiste nisso de colher informações e examinar os livros e documentos relacionados com o imposto.

Ninguém, em bom senso, poderá negar êsse direito de indagar, portanto o de fiscalizar, que corresponde ao dever tributário de pagar.

Fazê-lo, como o pretendeu a impetrante, equivale transformar o contribuinte em árbitro da lei e das suas próprias ações, mesmo quando estas tendam à sonegação ou à fraude; e obstar o exercício regular da fiscalização por meio de mandado de segurança, seria mais que negar êsse direito, porque se estaria não apenas deformando, mas convertendo essa heróica arma contra a opressão da autoridade em odioso instrumento de opressão contra ela.

AMILCAR LAURINDO RIBAS
Juiz no Distrito Federal

PARECERES ADMINISTRATIVOS

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. POSTOS DE GASOLINA EM LOGRADOURO PÚBLICO

Pelo art. 1.º da Lei municipal n. 2.418/21, foi o Prefeito autorizado a “contratar um serviço de fornecimento a varejo de gasolina, por meio de postos, bombas, tanques ou outros aparelhos modernos, que a seu juízo melhor correspondam a êsse fim e aos interesses públicos, instalados no sub-solo dos logradouros públicos do Distrito Federal, sem prejuízo do trânsito público e do tráfego de veículos”.

Acrescentou a mesma lei no art. 10:

“O contrato a que a presente lei se refere será feito pelo prazo máximo de 30 anos, sem privilégio de qualquer espécie para o contratante, nem proibição para a continuação do comércio a varejo ou por atacado devidamente licenciado...”

As palavras “sem privilégio de qualquer espécie para o contratante” não têm nem podem ter outra significação senão a de não obstante o contrato autorizado, ficava a Municipalidade com a atribuição de, ou por si mesmo, ou por aquêles com quem viesse a efetuar outros contratos, executar serviço idêntico, isto é, o de fornecimento a varejo de gasolina, por meio de postos, bombas, tanques ou outros aparelhos, instalados no sub-solo dos logradouros públicos do Distrito Federal. E ainda toda a legislação municipal atesta que, concedido um *monopólio ou privilégio exclusivo*, é o texto expresso da lei que o confere, ou consigna a proibição de ser efetuado outro contrato semelhante.

TIDMAN (*A Treatise on State and Federal Control of Persons and Property*, vol. 2, § 208, págs. 948-9) doutrina na conformidade da jurisprudência americana:

“In accordance with the ruling of the Supreme Court of the United States, in the Charles River Bridge v. Warren River Bridge, the grant of a franchise is universally held in this country not to be exclusive, unless it is expressly declared to be exclusive in the charter or law, under which the franchise is acquired. In such a case, the grant of a parallel and compe-