

ainda se compreende, quando a Lei do Condomínio e das Incorporações (Lei 4.591/64) autorizou a venda *extra-judicial*, por leiloeiro público, de bens imóveis, sem distinguir se pertencentes ou não a menores e interditos, hipótese mais grave, porque aí a intervenção do Juiz só se opera “a posteriori”. Vale acentuar, ainda, que na prática judiciária o citado texto não tem tido aplicação, designando-se leiloeiro público, mesmo em se tratando de bens imóveis, quando ocorre a hipótese do art. 972 do C.P.C.

34. PONTES DE MIRANDA, contudo, cogitando da venda judicial, preleciona que “a competência do serventuário é determinada pela lei de organização judiciária” (*op. cit.*, pág. 489). E o Código de Organização Judiciária do Estado da Guanabara (Resolução n.º 1, do T. J. G. B.) perfi-la a tese dos tratadistas citados, ao prescrever:

Art. 242 — Os Porteiros dos Auditórios realizarão as praças e os leilões:

III — Na venda ou arrendamento dos bens que total ou parcialmente, pertençam a menores sob tutela e a interditos, ou estejam gravados por disposições de testamento, doação ou dote;

Art. 243 — Poderão ser vendidos por leiloeiros:

IV — Os gêneros de fácil deterioração e difícil conserva.

35. Abstraido o problema de bens imóveis, excluídos do processo acessório de que se cogita, resulta também, do confronto entre os dispositivos citados, que na venda judicial poderá, a critério do Juiz, funcionar o Porteiro dos Auditórios ou o Leiloeiro Público, desde que não se tratem de bens gravados, ou pertencentes a menores sob tutela ou interditos, incumbindo ao Executado alegar o fato, para se opôr à intervenção do Leiloeiro, visto como a propriedade sempre se presume ilimitada (Código Civil, art. 527).

36. Oportuno mais uma vez salientar que *gêneros*, na linguagem técnico-jurídica não exprime apenas produtos comestíveis, mas qualquer *mercadoria*, isto é, bens móveis que não estejam fora do comércio, consoante lições de CARVALHO SANTOS (*v. supra*) e WALDEMAR FERREIRA (*Instituições de Direito Comercial*, 1952, 3ª ed., vol. II, — páginas 106/107).

37. Do exposto ressuma, salvo melhor juízo:

a) viável processualmente, em Executivo Fiscal, a venda judicial imediata de bens removidos, se deterioráveis ou de difícil guarda, entendidos tais conceitos com o elastério que lhes dão os processualistas referidos (*supra*, n.ºs 15 e 16) medida que poderá ser determinada *ex officio*, ou mediante provocação do Depositário, do Exequente ou do Executado

b) Lícita a intervenção do leiloeiro público, nos termos do art. 704 do C.P.C. e art. 242, n.º IV, do COJ-GB, desde que não se trate de bens gravados, ou pertencentes a menores sob tutela ou interditos, presumindo-se que não o sejam até prova em contrário.

*Sub censura*

Rio de Janeiro, 4 de junho de 1971.

MILTON FLAKS  
Procurador do Estado

**INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. EFEITOS “EX-TUNC”  
DE SUA DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DA LEI  
ESTADUAL N.º 824/65**

Os requerentes — entre os quais figuram dois ilustres companheiros. — obtiveram, com base na lei n.º 824/65 apostilas em que se lhes assegurava a incorporação de vencimentos de cargos em comissão.

A Administração, no entanto, sob o fundamento de que aquela lei era inconstitucional pela ausência da indispensável iniciativa do Governador, suspendeu os efeitos dessas apostilas e deu início ao processo de declaração direta da inconstitucionalidade do aludido diploma legal. Esse procedimento, afinal, a ser acolhido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal (Representação n.º 699-GB), para considerar dita lei inconstitucional.

Alguns dentre os atingidos pelo cancelamento das apostilas — que são os petionários — voltam, agora, para pleitear a manutenção dos mesmos atos, e o fazem estribados nas razões seguintes:

a) que a Lei n.º 824/65 “teve eficácia e produziu efeitos”;

b) que “o acolhimento da Representação 699-GB não implicou nulidade da Lei 824, mas em sua *revogação*, sendo assim válidos e eficazes todos os atos praticados com base naquela lei, *enquanto vigente e até a data de sua revogação*.”

Ainda em apóio à tese que defendem, os interessados indicam a lição de C. A. LÚCIO BITTENCOURT, que seria favorável ao critério segundo o qual o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei opera como revogação, com efeitos, portanto, *ex-nunc*, de onde se concluiria que teve ela validade e produziu efeitos enquanto não foi assim *revogada*.

Por fim, citam doutrina e jurisprudência onde se diz que as leis são presumidamente válidas até que os tribunais decidam o contrário.

I

Primeiramente, cabe dizer-se que não é merecedor de censura o ato do Executivo que antecipando-se, no caso, ao reconhecimento judicial da

inconstitucionalidade, suspendeu os efeitos de apostilas calcadas em lei elaborada em total desconformidade com os ditames da Constituição.

Veja-se a lição da Côrte Suprema quando diz que:

— É lícito aos Podêres Legislativo e Executivo anularem os próprios atos, quando inconstitucionais”. (Rec. Ext. n.º 61.342 — Rel. Min. ELOY DA ROCHA — *Rev. Dir. Administrativo*, vol. 93, págs. 191/193);

— “Os Podêres Legislativo e Executivo podem anular seus próprios atos quando os considerem inconstitucionais. Entretanto, a palavra derradeira, a respeito, caberá ao Poder Judiciário, sempre que oportunamente provocado.” (Rec. de Mandado de Segurança n.º 7.243 — Rel. Min. LUIS GALLOTTI — *Rev. de Direito Administrativo*, vol. 59, págs. 338/353).

Confirmam-se mais os seguintes arestos do Excelso Pretório: Rec. em Mandado de Segurança n.º 2.497 — *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 42, pág. 230; Rec. em Mandado de Segurança n.º 4.221 — *in Revista Trim de Jurisprudência*, vol. 2, pág. 386; Representação n.º 542, do Rio Grande do Norte — *D. J.*, de 26/9/63, págs. 910/911).

O mesmo entendimento foi assentado pela Consultoria Geral da República, em parecer que tem a ementa seguinte:

“A tese de que o Poder Executivo pode e deve negar cumprimento a leis que julgar inconstitucionais é francamente vitoriosa”. (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 82, páginas 358/364).

## II

O ponto nodal da questão é, porém, outro: o de se verificar a exatidão do que dizem os requerentes quanto à extensão e aos efeitos da declaração da inconstitucionalidade da lei; se êsse resultado (o da inconstitucionalidade) tivesse efeitos *ex-nunc*, seriam subsistentes aquelas apostilas declaratórias do suposto direito a êles conferido pela malsinada lei.

Nesse problema dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade, há que se pôr desde logo em destaque a existência, no direito constitucional, de dois grandes sistemas:

1.º) de tipo europeu, em que à lei inconstitucional se reconhece existência e são garantidas as suas conseqüências jurídicas até a constatação de sua inconstitucionalidade, que opera *ex nunc*;

2.º) o sistema norte-americano, em que uma vez reconhecida a inconstitucionalidade da lei, tem essa declaração, necessariamente, efeitos *ex tunc*,

pois a lei expedida em contravenção com a Constituição não existe para o direito e nenhum resultado produz.

Aliás, não consta que nos Estados Unidos se venha pondo em dúvida, pelo menos neste século, que a declaração de inconstitucionalidade de ato do Executivo, expedido em desacôrdo com a Lei Maior, possa ter outro efeito que o *ex tunc*:

“Hoje ninguém ousaria ali contestar êsse axioma, sôbre o qual assenta a harmonia dos podêres políticos da Constituição americana” (BUZOID, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade*, pág. 129).

A lição da doutrina e da jurisprudência norte-americanas, nesse passo, constitui até monótona reiteração, desde o clássico voto de MARSHALL no caso *Marbury v. Madison* (v. *Decisões constitucionais*, 1903, trad. de Américo Lobo, págs. 1/29), até os intérpretes que se lhe seguiram. Cita-se, por exemplo, COOLEY:

“When a statute is adjudged to be unconstitutional, it is as if it had never been. Rights cannot be built up under it; contracts wích depend upon it for their consideration are void; it constitutes a protection to no one who has acted under it, and no one can be punished for having refused obedience to it before the decision was made” (*Constitutional Decisions*, 1890, pág. 222).

WILLOUGHBY, no seu magistério, demonstra, inclusive, que quando a lei é declarada inconstitucional, não se está, a rigor, anulando-a, porque isso seria admitir-se degraus de validade legal. Pensar de modo diverso — diz êle — constituiria um ilogismo, pois o ato impugnado seria lei e ao mesmo tempo não o seria; por isso, a Côrte, quando repele o texto viciado, está

“...simply declared never to have been law at all, never to have been, in fact...” (*On the Constitution*, vol. 1.º, 1910, pág. 10).

E o grande constitucionalista invoca a definição do Juiz FIELDS no caso *Norton v. Selby Co.*:

“An unconstitutional act is not a law, it confers no rights, it imposes no duties, it affords no protection, it creates no

office; it is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed" (*Idem, ibidem*).

### III

O sistema constitucional brasileiro, como é de trivial sabedoria, filia-se, desde as origens da República, ao dos Estados Unidos, cujos princípios marcaram profundamente a Constituição de 1891, como fruto da doutrinação de RUI BARBOSA, e se repetiram nas Cartas de 1946 e 1967.

No que toca particularmente ao problema da declaração de inconstitucionalidade de lei, a lição da doutrina e jurisprudência pátrias sempre se orientou, tranqüilamente, para o mesmo entendimento dos grandes publicistas americanos no sentido de jamais negar efeitos *ex tunc* àquela declaração, mormente quando êsse resultado se obtém por via do *instituto da representação e a inconstitucionalidade ocorre exatamente durante o processo legislativo*.

Já RUI BARBOSA invocava a lição de MARSHALL para mostrar que o admitir-se efeitos à lei inconstitucional implicaria em se negar vigência, no mesmo período, à Constituição Federal, cujas regras ela havia contraditado.

Verifique-se ALFREDO BUZARD, quando mostra, nesse passo, a identidade dos sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano.

"O que afirma, em suma, a doutrina americana e brasileira é que a *lei inconstitucional não tem eficácia*, desde o seu berço, e não a adquire jamais com o decurso do tempo" (*Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade*, pág. 130).

Mas é no ensinamento lapidar do saudoso FRANCISCO CAMPOS que se encontra síntese desses princípios:

"Um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade, não é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexiste de direito ou é para o Direito como se nunca houvesse existido" (*Direito Constitucional*, vol. I, pág. 430).

Adiante, na mesma obra, esclarece êle que quando os Tribunais reconhecem a inconstitucionalidade de uma suposta lei, não a estão *anulando* ou *vetando*, e apenas declarando a sua *inexistência*. E esclarece que o efeito dessa declaração é exatamente de evitar não somente conseqüências

futuras como de apagar tôdas as conseqüências já produzidas pelo ato inconstitucional.

Aponte-se, por fim, mais uma vez o entendimento de BUZARD:

"Lei inconstitucional é, portanto, lei inexistente; absolutamente nula. A sentença que decreta a inconstitucionalidade, é predominantemente *declaratória*, não predominantemente constitutiva. A nulidade fere-a *ab initio*. Embora executória até o pronunciamento definitivo do poder judiciário, a sentença retroage os seus efeitos até o berço da lei, valendo, pois, *ex tunc*" (*Idem*, pág. 132).

### IV

Na espécie, a Lei n.º 824/65 — nula desde o nascedouro, pois ao seu processo legislativo faltou requisito essencial (iniciativa) — jamais existiu na ordem legal, era coisa nenhuma para o direito e não teve nem produziu efeitos no mundo jurídico. Admitir-se, como fazem os ilustres requerentes, que ela teve validade até ser declarada a sua inconstitucionalidade implicaria numa autêntica *contradictio in adjecto*: o ato do Legislativo seria e não seria lei, e mais, durante a sua presumida vigência, a Constituição por êle transgredida, estaria, curiosamente, com os seus efeitos suspensos, pois não poderiam coexistir os dois casos: o da Lei Maior e do ato inconstitucional que a ela se referia.

A declaração de inconstitucionalidade da Lei n.º 824/65 operou-se, portanto, com os efeitos inerentes a êsse processo, vale dizer, atingindo-a no seu nascedouro, de tal sorte que nenhum resultado ela realmente produziu.

É certo que os dignos postulantes citam em seu prol escólio da obra de LÚCIO BITTENCOURT (*O contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis*), em que aquêle publicista teria afirmado que a declaração da inconstitucionalidade implica em revogação.

Evidentemente, os interessados não atentaram para o texto de onde foi pinçada a citação. LÚCIO BITTENCOURT examinava então coisa totalmente diversa, a saber:

"... quando a lei, tachada de incompatível com a Constituição, já se achava em vigor por ocasião do advento desta" (*Idem*, pág. 131).

Aí, é curial que se trata de *revogação*, como conseqüência da inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, vale dizer, a partir da entrada em vigor da nova Carta Política.

Ora, aqui, no caso em plana, bem outra é a situação, pois a lei declarada inconstitucional foi expedida em 1965, contrariando normas da

Constituição de 1946. Na referência de LÚCIO BITTENCOURT, a lei preexistente antagonizou-se com a nova Constituição, foi *revogada* por infringir preceitos dessa última; aqui, a Constituição já determinava requisitos para o procedimento legislativo, que não foram obedecidos na elaboração da lei: declarou-se a sua *inconstitucionalidade*, a sua inanidade no mundo do Direito a partir do momento mesmo em que ela surgiu.

O ponto de vista de LÚCIO BITTENCOURT, aliás, ao contrário do que dizem os peticionários, não discrepa do pensamento dos demais juristas brasileiros. E éle o diz na mesma obra que os dignos reclamantes pretenderam trazer em abono de sua argumentação:

“Tem lugar a *inexistência da lei quando da sua elaboração não foram obedecidas ou observadas as formalidades constitucionais prescritas para o processo legislativo*. O assunto já constituiu objeto de nosso estudo, em capítulo anterior, onde mostramos a inconsistência da teoria que procura distinguir as cláusulas constitucionais em mandatórias e declaratórias, evidenciando que a *inobservância das fórmulas estabelecidas pela Constituição para a feitura das leis determina a sua inconstitucionalidade, e, em consequência, a sua inexistência*. A lei, no caso, não é nula, ou ineficaz, mas, simplesmente *inexiste como lei*” (*Idem*, pág. 133).

Quanto à doutrina e à jurisprudência trazidas à colação no requerimento em exame, em nada melhoram a posição dos requerentes. Diz-se, naquelas remissões, que a lei se presume válida até que os tribunais decidam o contrário. Na hipótese, aquêle advérbio, que garantiria a presunção da validade da lei, não pode mais ser invocado, porque o Supremo Tribunal Federal já decidiu em contrário, afirmando a inconstitucionalidade da lei, e, portanto, a sua inexistência.

Diante do exposto, entendo que o pedido deve ser denegado por absoluta falta de qualquer amparo legal.

Se aprovado êste parecer, e com a finalidade de melhor resguardar os interesses da Administração, sugiro que a êle se dê caráter normativo, tanto mais que se trata de tese jurídica de aplicação genérica.

É o meu parecer, s. m. j.

Rio de Janeiro, maio de 1971.

PETRÔNIO DE CASTRO SOUZA  
Procurador-Chefe  
da Procuradoria de Assuntos de Pessoa!

## PEDÁGIO. NATUREZA JURÍDICA. CONDIÇÕES PARA SUA COBRANÇA

### I — *A consulta*

A “*DERSA — Desenvolvimento Rodoviário S/A*”, empresa organizada com autorização do Estado de São Paulo e participação do Departamento de Estradas de Rodagem, para construir e explorar rodovias pavimentadas estaduais, mediante cobrança de pedágio, informando que após a Emenda Constitucional n.º 1, surgiram dúvidas quanto à constitucionalidade dessa arrecadação, consulta-nos:

- 1.º — Qual a natureza jurídica do pedágio?
- 2.º — Há incompatibilidade entre o pedágio e a Taxa Rodoviária Única, instituída pelo Decreto-Lei n.º 999/69?
- 3.º — É legítima a cobrança de pedágio pelo Estado ou por concessionário, após a Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969?
- 4.º — Pode a “*DERSA*” cobrar pedágio na “*Via Anchieta*” e na “*Rodovia dos Imigrantes*”?

### II — *Natureza Jurídica do Pedágio*

1. Antes de outras considerações cumpre-nos demonstrar que o pedágio é um *preço*, e não um *tributo*. É sabido que na moderna classificação dos ingressos formadores da receita pública entram dois gêneros de renda: os tributos e os preços. Os tributos se dividem em três espécies: *impostos, taxas e contribuições*. Os preços se repartem em três modalidades: *preços privados, preços semiprivados e preços públicos* (tarifas).

2. Os tributos são sempre imposições pecuniárias coativas sobre o contribuinte, quer se destinem ao atendimento das necessidades gerais da Administração (impostos), quer visem à remuneração de serviços específicos e divisíveis (taxas), quer objetivem à recuperação de gastos com obras públicas valorizantes de imóveis particulares (contribuição de melhoria). O que caracteriza e distingue o gênero *tributo* é a *coercibilidade estatal* na imposição e arrecadação de tôdas as suas espécies: impostos, taxas e contribuições. Por isso mesmo, no nosso ordenamento jurídico, todo tributo é privativo do Poder Público, e está sujeito aos requisitos constitucionais para sua imposição e cobrança.

3. *Os preços* — ao contrário dos *tributos* — são retribuições facultativas da aquisição de bens ou da utilização de serviços, transferidos ou prestados pela Administração Pública ou por seus delegados ou mesmo por particulares, a quem os adquira ou os utilize voluntariamente. Daí porque o preço tanto pode ser estabelecido e cobrado pelo Poder Público como pelo particular.