

II — TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

Tribunal Pleno

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 2.023

(Distrito Federal)

Mandado de segurança contra ato omissivo. Prazo de decadência. Não havendo prazo certo fixado em lei para que a autoridade administrativa se pronuncie, não há que falar em decadência do direito de requerer mandado de segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo em mandado de segurança n.º 2.023 — Distrito Federal, em que é agravante Humberto Martins Corrêa, agravada a União Federal (Diretor Geral da Fazenda Nacional).

Acordam os Ministros do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, por maioria de votos, dar provimento ao agravo, na conformidade das notas taquigráficas retro que dêste passam a fazer parte integrante.

Rio, 11 de janeiro de 1954. — *Cunha Vasconcelos*, Presidente. — *Mourão Russell*, Relator.

COMENTARIO

Indiscutível o acêrto do acórdão, que adotou os jurídicos fundamentos do voto proferido pelo eminente Ministro Cândido Lobo. Se a autoridade administrativa, ao tempo em que lhe foi submetido o requerimento do impetrante, não tinha prazo legal para decidí-lo, é óbvio que não havia, também, data certa em que se pudesse considerar caracterizado “ato omissivo”, ilegal ou abusivo, violador de direito do requerente. Dessa forma, sem termo inicial, não se tinha como nem de quando contar o prazo de 120 dias do art. 18 da Lei n.º 1.533, de 31-12-51, e, conseqüentemente, não ocorreu decadência do direito à impetração de segurança.

Parece que, em primeira instância, se confundiu a data do nascimento do direito material aos benefícios da Lei n.º 1.200, de 1948, o qual

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cândido Lobo — Sr. Presidente, trata-se de mais um caso de aplicação da Lei n.º 200. A sentença agravada assim decidiu o caso:

Admitido que a lesão do direito da impetrante, se acha materializado com a omissão, por êste sofrida, da parte da Administração Pública, quanto à extensão à sua pessoa, dos benefícios da Lei n.º 200, logo que esta começou a vigorar, isto é, 15 de fevereiro de 1948, e admitido, igualmente, que o presente pedido vise a reparação da arbitrariedade então praticada, temos que proclamar caduco o direito à segurança, pelo enorme decurso do tempo.

Já a preliminar argüida, de impropriedade da medida pelo não esgotamento dos recursos na esfera administrativa, não tem procedência. Leia-se a propósito o brilhante voto vencedor, perante o egrégio Tribunal Federal de Recursos, do Sr. Ministro Cunha Vasconcelos, no recurso de mandado de segurança n.º 1.279, publicado no D. J. de 21-6-52, fls. 2.752 do apenso.

Entretanto, ainda que não se tivesse manifestado a caducidade apontada e que se desejasse atribuir a ilegalidade à recusa do Dr. Diretor em decidir o requerimento do impetrante, tomando essa atitude como indeferimento, não poderia o pedido de mandado de segurança ser objeto de conhecimento judicial, por não caber tal medida contra procrastinação de despacho, para o qual não existe prazo fixado em lei.

Em verdade, tão lesiva do direito do individuo é a omissão, como o ato omissivo ilegal. Mas é necessário que a omissão também seja ilegal e para que êste vício se caracterize é indispensável que, ou o dever seja de cumprimento imediato, ou determine a lei qual o prazo em que é exigível. De outro modo seria desfaçatez constranger a autoridade a proferir um despacho para o qual não tem tempo marcado. O resultado se mostraria contraproducente, pois o mandado judicial obriga-la-ia, quando a braços com acúmulo de serviço a postergar outros interesses, talvez mais valiosos, para atender ao da parte que se cansou de esperar, quando não porque dotada de temperamento sôfrego, e fêz valer sua voz por intermédio da justiça. E se, na ausência de fixação legal, ficasse o prazo a critério do Juiz, mais calamitosa se tornaria a situação e injurídico o expediente, porque o próprio Magistrado se veria

surgiu com a própria Lei que o criou, com o direito ao mandado de segurança, que surge com a violação ou com a ameaça àquele direito.

No caso, a injustificável demora, de cêrca de oito meses, em decidir o requerimento do impetrante, quando não se taxasse, pròpriamente, de ilegal, visto não haver prazo para tal decisão, constituiu, evidentemente, um *abuso de poder* da autoridade administrativa, prejudicial ao eventual titular de direito líquido e certo, de forma a autorizar o pedido de segurança (art. 1.º da cit. Lei). Ademais, se, naquela altura, não chegou a ocorrer violação do direito do impetrante, pelo menos já se justificava o receio dêste em vir a sofrer dita violação, o que mais evidenciado ficou nas informações prestadas pela própria autoridade coatora, “manifestando seu ponto de vista contrário à pretensão do impetrante”, conforme esclarece a respeitável sentença transcrita no relatório do venerando acórdão.

perplexo, pois nem tãda a sabedoria do mundo o faria decidir com acêrto, assim como seria reprovável tentar medi-lo ao sabor do acaso.

O fato de haver a autoridade respondido quanto ao mérito e manifestado seu ponto de vista contrário à pretensão do impetrante, ainda não justifica o mandado de segurança. A autoridade, provocada a se manifestar extemporaneamente, não julgou de bom alvitre limitar-se às preliminares, ou apenas mostrou-se cortês. Penetrar o julgador no mérito só porque o informante o fêz, seria referendar a deturpação da medida especial. A ação ordinária, se o impetrante possuir o direito alegado, melhor assegurará êsse direito.

Pelo exposto, julgo improcedente o presente pedido de mandado de segurança e condeno o impetrante nas custas.

Por aí se vê que o Dr. Juiz *a quo* negou a segurança por não caber tal medida contra procrastinação de despacho para o qual não existe prazo fixado em lei.

A fls. 30 a douta Subprocuradoria Geral opinou pela manutenção da decisão recorrida.

E' o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cândido Lobo — Sr. Presidente, estou perfeitamente identificado com o voto do Dr. Ministro Henrique D'Ávila no mandado de segurança n.º 739. Não tendo a autoridade administrativa dado solução ao requerido pelo interessado não há como se falar em decadência do direito de requerer mandado de segurança (*Diário de Justiça* de 17 de outubro de 1951, página 3.376).

E' que não havendo prazo certo fixado na lei para que a autoridade administrativa se pronuncie, o direito de requerer a segurança não pode ser havido como decadente. O impetrante requereu os benefícios da Lei n.º 200, em 1951, Processo n.º 91.414, requerimento conforme diz a inicial, dirigido ao Diretor Geral da Fazenda Nacional, a fim de que fôsse apostilado seu título de nomeação. O requerimento é de 20 de agosto de 1951 e acrescenta a inicial que tem

Hoje, felizmente para o funcionalismo público, semelhante situação não pode ocorrer, porquanto o vigente Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, no parágrafo único do art. 166, cortou a possibilidade de abuso na demora das decisões sôbre requerimentos dos funcionários, fixando o prazo, improrrogável, de 30 dias para a decisão, de maneira que, expirado êsse prazo, sem solução do pedido, se caracteriza o *ato omissivo* violador de direito, daí se contando o prazo de decadência do direito à impetração de mandado de segurança, ao menos para compelir a autoridade a manifestar-se sôbre o requerimento.

MANOEL DE CASTRO CERQUEIRA
Juiz no Distrito Federal

a data de 16 de abril de 1952. Como já são decorridos meses sem que seu requerimento seja despachado, o impetrante é levado a pleitear o seu direito perante o Poder Judiciário.

A sentença, entendeu que de 20 de agosto de 51 a 16 de abril de 52, isto é, da data do requerimento ao Diretor Geral até a data do presente mandado, havia ocorrido a caducidade e assim julgou o pedido.

Em face e de acôrdo com meus votos anteriores, discordo da sentença. O impetrante pediu ao Diretor Geral em 20 de agosto e esperou até abril uma decisão. Ela não veio, nem a favor nem contra. O processo administrativo ficou na gaveta do Diretor. O impetrante veio ao Judiciário em abril e veio a tempo. Trata-se de segurança contra *ato omissivo*.

Não era possível o Diretor ficar sem prazo para decidir o caso. E desde que ato algum havia, nem a favor nem contra, não há, no caso, termo essencial, não se podendo falar em intempetividade ou em caducidade se não existe termo a fim de poder iniciar a contagem do prazo. Na omissão, não há início de prazo.

Assim, conheço da segurança e reformo a decisão determinando que baixem os autos a fim de que o Dr. Juiz *a quo* julguem o mérito do pedido como entender de direito.

O Sr. Ministro Djalma da Cunha Melo — Nego provimento. Conclusão certa, a da sentença.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, vencido o Sr. Ministro Djalma da Cunha Melo, deu-se provimento, para determinar que o Dr. Juiz *a quo* julgue o mérito. Os Srs. Ministros J. F. Mourão Russell, J. J. de Queirós, Aguiar Dias e Alfredo Bernardes, votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não tomou parte no julgamento, por motivo justificado, o Sr. Ministro Elmano Cruz. Não compareceu, por motivo justificado, o Sr. Ministro Henrique D'Ávila. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Cunha Vasconcelos.

1.^a Turma

APELAÇÃO CIVEL N.º 4.114

(Distrito Federal)

Ação cominatória para o efeito de demolição de construção dita prejudicial à visibilidade de monumentos tombados pela Diretoria do Patrimônio Histórico Nacional; sua improcedência face ao laudo pericial, que nega a alegada invisibilidade e à circunstância

da existência de alvará de licença para construção, preenchidos os requisitos legais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n.º 4.114, do Distrito Federal:

Acordam os Juizes da 1.^a Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria de votos, na conformidade das notas taquigráficas retro, em dar provimento à apelação, para o efeito de, reformando a sentença, haver a ação como improcedente.

Custas *ex-lege*.

Rio, 7 de dezembro de 1954. — Sampaio Costa, Presidente. — Vasconcelos Filho, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — A União Federal propôs, perante o juízo da 2.^a Vara da Fazenda, nesta capital, em março de 1949, uma ação cominatória contra o Dr. Manoel Mendes Campos, para o efeito de compelir o suplicado a demolir os quatro últimos pavimentos de um edifício de apartamentos então em construção na esquina da ladeira da Glória com a rua Almirante Baltazar. Isso pretende, a autora, sob o fundamento de que a construção em causa reduz a visibilidade do Outeiro da Glória e a Igreja que ali existe, bens tombados pela Diretoria do Patrimônio Histórico Nacional. Esclarece a suplicante, que os referidos 4 pavimentos foram construídos já vigente

COMENTARIO

Para desatender a reclamação demolitória, o acórdão começou por estabelecer uma falsa relação de vizinhança e acabou por dissociar a unidade paisagística formada pelo outeiro e pela igreja, que o encima, tornando restrita à obra singularmente tombada todo o conceito jurídico da visibilidade.

Mas que direito de vizinhança pode existir entre o dono da construção e a entidade estatal incumbida de preservar as preciosidades históricas e artísticas?

O acórdão não o define.

Limita-se a profligar a morosidade da atividade do Estado, repetindo, pela voz de IHERING, esta elementar e correntia verdade, paradoxalmente havida por não contemplada pelo nosso direito positivo:

“Celui que se sent lesé dans son droit par une construction pareille, doit parler en temps oportun, c-à-d, au début de la construction”.

Em tal preceito da limitação, no tempo, do direito de ação, é que se funda, desenganamente, todo o sistema da decadência e da prescrição, atuando

o Decreto municipal n.º 9.293, de 23-7-48, pelo qual foi aprovado o projeto n.º 4.865, que modificou o de n.º 4.005, de 25-10-44, e que fixou em 6 pavimentos e na altura total de 20 metros e setenta centímetros as edificações em terrenos circundantes do Outeiro. Invoca, a apelada, o art. 18 do Decreto-lei n.º 25, de 30-11-37, para sustentar que a demolição se impõe, de vez que a construção teria sido levada a cabo sem autorização do serviço do patrimônio.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 8-74, que serão referidos e examinados, oportunamente.

O apelante contestou de fls. 81-98, sustentando que o art. 18 do Decreto-lei n.º 25 não justifica e nem autoriza o pedido de demolição, pois que o edifício em causa não perturba a visibilidade da coisa tombada, conforme provará inspeção serena no local; que o imóvel substituiu outro anteriormente ali existente, sem que jamais se houvesse argüido a alegada turbação.

A contestação foram juntos os documentos de fls. 95-112.

A fls. 118 o despacho saneador, definitivo.

Os laudos da vistoria levada a efeito estão: o do perito do ora apelante à fls. 137; o da apelada, a fls. 161; o do perito do juízo a fls. 420.

O Juiz assim decidiu:

“Embora a contestação não o tenha argüido, sou forçado, em homenagem ao notável saber jurídico do elaborador da petição inicial, a criticar a inicial. Começa ela por dizer que ia propor uma ação ordinária, termina por acertar com a cominatória, mas acertando às cegas, porque é da índole da cominatória a pena pecuniária

te nas relações privadas, mas insusceptível de operar como norma supletiva nas relações dependentes de autorização do poder público.

O poder que deve autorizar, se não foi solicitado a fazê-lo, jamais perde a oportunidade de falar.

Essa manifestação é que gera o direito à execução da obra planificada.

Mas como não se concebe que uma causa se extinga antes de criado o seu efeito, segue-se que o Estado, em qualquer tempo, pode dizer da desconformidade da obra levantada sem a necessária licença, reclamando a sua demolição.

O pecado original do acórdão, e que degenerou em outro de sentido mais lato, consistiu nisso de transplantar uma matéria de direito público para o campo restrito do direito privado de vizinhança.

Para fazê-lo, impunha-se encontrar os polos antagonísticos representados por duas propriedades vizinhas, uma delas abusivamente usada em detrimento da outra.

O prejuízo não era de ninguém, mas de todos.

Não sendo possível singularizar o vizinho, a quem, singularmente, a construção carece de interesse, ter-se-ia de formar o elemento de relação mediante a inaceitável ficção da vizinhança do Estado, derivada do seu poder preservativo.

ria e esta não foi pedida em forma de preceito, limitando-se a inicial a pleitear demolição e introdução de melhoramentos na obra impugnada, o que constitui o pedido específico, a que, a cominatória, se conjuga a pena. No rigor técnico desejado, a petição seria inepta. Mas atendendo ao brocardo: “*Narra mihi facta, dabo tibi jus*”, e até porque a contestação não feriu o ponto, deixo de tirar do fato qualquer conseqüência. *No mérito*, o réu não contesta a existência do Decreto-lei n.º 25, de 1937, nem o levantamento da obra contra o parecer do S. P. H. A. N. (e não há a autorização, exigida por lei, onde há parecer contrário). Apega-se, porém: a) à licença da Prefeitura para a obra; b) ao fato de que o conceito de visibilidade é relativo; c) aos princípios da desapropriação; d) a princípios de responsabilidade civil contidos no Código Civil. A licença da Prefeitura não podia, como não pode, investir o terreno em que influi outro órgão da administração. Concedida que seja a licença e passando por alto facilidades que se advinham, mas que é penoso comentar — o máximo que pode estabelecer é que não há objeção da Prefeitura, no que toca aos requisitos que ela é encarregada de fiscalizar. A matéria de competência do S. P. H. A. N. fica íntegra, para pronunciamento dêste, sob pena de atribuir-se que a Prefeitura lhe corrija os desacertos, em função de instância mais alta. Sucede, porém, que a própria Prefeitura não podia dar tal licença, em face do que dispõe o seu Código de Obras, expresso em proibir construções na encosta da ladeira da Glória, na forma levada a efeito pelo réu. Ato em violação da lei, o do

Tal ficção, todavia, repugnou ao próprio acórdão, tanto que acabou desprezando a premissa da inoportunidade da reclamação para solver a controvérsia através desta simples indagação objetiva: se a construção impede ou reduz a *visibilidade da Igreja*.

Deu-se pela solução negativa.

Mas o conceito jurídico da visibilidade ressurgiu comprimindo o deformado da sua aplicação restrita e inadequada à parte estrutural e arquitetônica da igreja, a dizer-se à obra humana, que a natureza realça, embeleza e integra.

Uma se identifica à outra, completando-a e lhes dando a harmonia da própria identificação.

E assim como não seria possível suprimir a moldura de um quadro sem ofender o sentido estético da obra exposta, também não se pode abstrair o outeiro sem desfigurar a preciosidade tombada, tirando-se-lhe a moldura característica.

O estranho e mais grave pecado do acórdão, todavia, não foi êsse da abstração deformista da obra — que corre à conta da sua errônea e estreita concepção de visibilidade — mas êste outro do ilogismo e da contradicção, que o levou a dar pela improcedência da ação sob fundamento de que a construção não impede e nem reduz a visibilidade da obra tombada, embora reconhecendo que “dois prédios velhos, em ruínas, que fi-

Prefeito que concedeu a licença é nulo. Não há nulidade mais frisante do que a que decorre de infração do mandamento legal. O conceito de visibilidade, na lei, não é relativo, no sentido em que o quer o réu. Tal visibilidade é até absoluta. Bem entendido: a partir da lei que tenha tombado a coisa. A visibilidade é a que a coisa apresentava a esse tempo. Simples, mas intuitivo. Os princípios da desapropriação não podem ser invocados no caso em discussão. O réu não perderá a propriedade. Sofrerá sanção por ter deixado de atender a que o direito de construir não é absoluto, como não o é o próprio direito de propriedade. Deixou o réu de atender, em construindo, a um preceito da lei. Se alguma coisa lhe acontece, a si mesmo deve imputar a causa. Por esta mesma Vara, já correu ação em que o proprietário pedia indenização a título de desapropriação, por coisa tombada. O Supremo Tribunal Federal, por acórdão que se encontra a pág. 590 da *Revista Forense*, negou-lhe qualquer direito a tal indenização. Os princípios de responsabilidade civil lembrados pelo réu são, em relação às pessoas de direito público, obsoletos. A matéria é hoje regulada pelo art. 194 e seu parágrafo único da Constituição. Hoje, não é mais lícito encarar civilisticamente o problema, que é de direito administrativo e se acha resolvido por um critério de direito administrativo, não sendo certo, como ainda agora se sustenta, que o preceito constitucional revigorou o art. 15, porque éste subordina a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público à culpa de seus agentes e a Constituição prescinde dêsse elemento, sufragando,

cam à frente do patamar onde está situada a igreja, êsses não se botam abaixo, não obstante perturbarem, muitas e muitas vezes mais, a visibilidade do outeiro e da Igreja, do que aquêle edificio sobre que se discute.”

Se perturbam muitas vezes a visibilidade da igreja, é que a construção há-de perturbá-la alguma vez.

Não sei que estranha dialética possa demonstrar que o mesmo obstáculo que perturba a visão de uma coisa, não a impeça e nem a reduza.

Perturbando-a, logicamente a impede ou a reduz; e se a impede ou reduz, a visibilidade perde na sua relatividade e não será a mesma que se cuida preservar.

O conceito da visibilidade é singular, porque posto em relação de certa coisa, num determinado tempo.

Daí poder-se dizê-lo estático, por incluir a ambientação pre-existente; e premunitório, por precatar contra aquilo que não deve existir, mas se quer que exista.

Ora, os dois velhos edificios trazidos à colação pelo Julgador exatamente para demonstrar aquilo que se entendeu indemonstrado, pre-existiam à lei e ao tombamento, compondo a ambientação da preciosidade histórica e artística.

Mesmo que não a compusesse, não seria a pretensa falta de uma necessária demolição, tendente a melhorar a visibilidade e a apresentação

quando não seja a doutrina do risco administrativo, pelo menos a da culpa administrativa ou da falta de serviço. Tais princípios não foram mal invocados, deve ser dito. Foram, apenas, mal endereçados, porque a União, órgão que interveio no assunto, não concorreu para a construção e até a vetou. Quem deu, ilegalmente, a licença foi a Prefeitura, na série de erros, abusos e torpezas que a municipalidade irá pagando, pelos anos afora. Mas os princípios da responsabilidade civil levam sempre em conta a culpa do prejudicado. E não é possível negá-la, quando o réu, ciente da impugnação do S. P. H. A. N., persistiu no propósito de levantar a obra e a levou a cabo, em tôda a sua altura. Em suma: o réu construiu sem autorização do S. P. H. A. N., não lhe valendo, porque não a substitui, a licença da Prefeitura; a obra prejudica a visibilidade do conjunto do outeiro e da Igreja, como assevera a perícia (laudo desempatador); a proibição legal deve ser rigorosamente observada, dado que se trata de preceito de direito público, estritamente formal, sendo descabido invocar normas do direito civil, de fundo utilitário; a desapropriação é invocação impertinente, na espécie; a responsabilidade civil do Estado, como tôda responsabilidade civil, não se configura quando o ato acaso danoso provém de falta do próprio prejudicado, como no caso; obedecesse o réu à impugnação do S. P. H. A. N. e não seria obrigado à demolição. Julgo procedente a ação e condeno o réu na forma da inicial”.

Apelou o Dr. Manoel Mendes Campos, com as longas razões de fls. 444 e seguintes, sustentando e ampliando, pela crítica à sentença, a contestação de fls.

da obra, que haveria de servir de justificativa para o erro maior de piorá-las ainda mais, mediante a autorização de novas construções.

Não impressiona, de outra parte, a circunstância de pertencerem êsses velhos edificios à própria Irmandade, que se não confunde com o Serviço de preservação.

Aqui é o Estado, obrando na sua função educativa e cultural; ali é o proprietário, protegido por aquela função, mas procurando colher da coisa o seu maior rendimento econômico.

Embora concorrentes, não raro os interesses colidem.

Prova-o a desesperada luta do Mosteiro de São Bento do Rio de Janeiro para construir um edificio de doze andares no seu terreno da rua D. Gerardo, com fundos para o morro de S. Bento.

O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico reduziu para nove o número de pavimentos, sobrevivendo a demanda para a anulação do ato, que me tocou decidir na 2.^a Vara da Fazenda Pública.

Dei pela sua improcedência, assim tornando expressa a minha idéia sobre a matéria aqui também versada:

“A restrição do uso da propriedade não encontra moldura mais incisiva que a proibição genérica, e tranqüilamente havida por legal, de cons-

A União respondeu às fls. 460 e seguintes, arguindo, de início, o impedimento do ilustre patrono do apelante, o Dr. Plínio Pinheiro Guimarães, pela circunstância de exercer esse causídico a função de Juiz do Superior Tribunal Eleitoral, impedido, assim, de patrocinar contra a União.

VOTO

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Sr. Presidente, a matéria preliminar apresenta-se tal qual, sem precisão inexcedível, referiu, da tribuna, o nobre advogado. Ela não tem, não pode ter, a menor procedência. Sobre o assunto escrevi estas considerações em meu voto:

“A preliminar levantada pelo Dr. Procurador da República e a que não aludiu o Dr. Subprocurador Geral, é, a meu ver, de todo improcedente, porque: 1.º, o despacho saneador (Código de Processo Civil, art. 204, decreto-lei n.º 4.565, de 11 de agosto de 1945, art. 22), julgou regular a representação das partes (fls. 118) e transitou em julgado (Cód. de Proc. Civil, art. 891); 2.º o artigo 197 da Constituição Federal, determinando que as incompatibilidades do artigo 48 se estendem, no que fôr aplicável aos membros do Poder Judiciário, a letra do n.º II, artigo 48, não se aplica aos membros do Poder Judiciário, os quais, pela própria natureza de suas funções, não podem patrocinar quaisquer causas e, assim, tão pouco “patrocinar causa contra pessoa jurídica de direito público tão pouco pode ter aplicação aos advogados, nomeados para o Tribunal Superior Eleitoral, assim nomeados pelo no-

truir prédios de mais ou de menos de certo número de pavimentos em determinados logradouros.

“Nessa fixação, que tem por único limite o bem comum e a estética da harmonia arquitetônica, opera de modo preliminar o poder de discricção da autoridade administrativa.

“Estabelece-se a norma e, desde logo, todos os proprietários da região abrangida à ela ficam obrigados.

“Assim como o poder municipal pode determinar, *a priori*, a maneira de utilização das propriedades compreendidas num dado plano urbanístico, também o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico pode ditar normas genéricas ou singulares para a preservação das coisas tombadas e postas à sua guarda.

“Aí a restrição será mais radical, porque o tombamento já traduz o interesse público e o resguardo nem sempre exige sacrifício uniforme para todos os proprietários vizinhos.

“E porque haja essa desigualdade teórica é que o arbítrio terá de apresentar-se mais forte e mais ostensivo na realidade prática.

“É que a obra ou monumento devem permanecer imutáveis dentro de um ambiente que se altera e se renova a cada momento.

tável saber jurídico e a reputação ilibada, obrigados a servir por dois anos, mas que recebem apenas a gratificação de Cr\$ 300,00 por sessão (Código Eleitoral, art. 193); 3.º) o dispositivo constitucional, art. 48, II, *d*, veda ao deputado ou senador “patrocinar causa contra pessoa jurídica de direito público” quando, no caso vertente, autora é a União; 4) o pedido do Dr. Procurador da República para que este egrégio Tribunal não conheça da apelação não é ainda de processualmente admitir-se, porquanto, se prevalecesse a incompatibilidade arguida, o processo deveria anular-se desde a contestação; 5.º) finalmente, se existisse, que não existe, a incompatibilidade arguida, a consequência única seria a de perda do cargo no Tribunal Eleitoral, conforme decorre do citado artigo 48, § 1.º da Constituição.

Pelos motivos expostos, rejeito a preliminar do Dr. Procurador da República.

A sentença apelada, ainda antes de julgar o mérito da questão faz a seguinte crítica à inicial da causa: “Embora a contestação... seria inepta (fls. 438, pr.). Não tem razão. A ação cominatória, contestada, tem o curso ordinário (Código de Processo Civil, artigo 303, § 2.º) e, no caso presente, não cabe a alternativa da pena pecuniária como é expresso no artigo 302, XI, letra *a* do dito Código e se vê, ainda, do mesmo Código, art. 305. Ademais, a impropriedade da ação não importa nulidade do processo (art. 376) e a ação proposta, nos termos em que o foi, era a única cabível. Dados os termos da própria sentença, nada tem que decidir este egrégio Tribunal, sobre este ponto

“Luta o passado contra o presente, para subsistir no futuro.

“O presente de hoje, será o passado de amanhã, e o hoje e o amanhã formarão juntos para a apoteose dos séculos vindouros.

“Mas essa festa de tôdas as épocas não chegará a realizar-se, se os homens de todos os tempos não tiverem força para resistir àquele embate e não elaborarem os planos para resguardar os marcos das civilizações.

“As demandas se sucedem para demover as restrições impostas e em cada uma delas, juizes e peritos novos, com idéias multiformes e sem a visão do todo, acabariam por deformar o plano.

“Este o perigo, que se resolve por um prudente poder discricionário de preservação no tempo, e não na época.

“A época representa o caso esporádico, dado à solução de técnicos convocados para a verificação acidental de um determinado aspecto; o tempo é o próprio plano de conjunto do Serviço, que se desfiguraria e pereceria mediante sucessivas e parciais alterações.

“Este, pois, o limite do arbítrio.

“Mas como as condições de redor se alteraram substancialmente, crescendo os obstáculos visuais em torno do monumento, impôs-se a alteração do plano primitivo.

da causa, sendo ainda de observar o não fundamento jurídico da crítica doutrinária.

Sobre o mérito da causa, eis as minhas considerações:

"O Prefeito, Dr. Henrique Dodsworth, que já havia construído o Plano Inclinado, para acesso ao morro da Glória, em 1943, organizou o projeto de fls. 45, 245 e 246, para a Escola Monumental da Igreja de N. S. da Glória do Outeiro" e de reloteamento e alinhamento da rua Almirante Baltazar, rua do Russel e Ladeira da Glória".

Ouvii sobre esse projeto a Imperial Irmandade de N. S. da Glória do Outeiro e o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (fls. 244 e 249), procurando assim cumprir o artigo 489 do decreto municipal n.º 6.000, de 1.º de julho de 1957, que "estabelece o Código de Obras do Distrito Federal e dá outras providências" (fls. 359).

A Irmandade atendeu à solicitação do Prefeito (fls. 146 e seguintes, fls. 244 e seguintes), fazendo o mesmo o serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional com o ofício de fls. 517, de 27 de junho de 1943 (fls. 73), ao qual acompanhou a informação de fls. 249 e 69.

Nesse projeto, aprovado pelo Prefeito, Dr. Henrique Dodsworth, figurava o gabarito de dez pavimentos para o prédio que no lote em causa fôsse construído (fls. 45, 245, 246) e, como a execução do dito projeto importava a permuta de vários terrenos da Prefeitura por outros pertencentes a particulares, foi o dito projeto

"Nisso não vai qualquer ofensa ao direito do A., que era nenhum, porque deixou de levantar, no prazo legal, a obra licenciada.

"Também não se exorbitou no poder de discricão, porque a revogação do plano, e a sua substituição por outro, não atingiu as situações já definitivamente constituídas e se compreende, porisso mesmo, nos exatos limites desse poder.

"Diz-se que houve a exorbitância, porque a construção projetada não impede e nem reduz a visibilidade do monumento.

"Os peritos do autor e desempatador abonam a afirmativa, mostrando que a visibilidade atual do Mosteiro é nenhuma do ângulo de terra e chegando o último deles ao extremo de estabelecer a premissa de que o seu tombamento não se deve à "beleza arquitetônica de sua fachada, mas sim pela riqueza de seus interiores com trabalhos de talha dourada, pinturas, esculturas, etc., que vêm da data remota de 1586".

"O valor histórico reside nesta longevidade, e daí a sua inscrição no Tombo Histórico; mas o seu valor como preciosidade de arte erudita, está no conjunto harmônico do variado conhecimento humano aplicado na sua execução, e daí a sua inscrição no Tombo das Belas Artes (fls. 35).

autorizado pelo decreto federal n.º 2.289, de 16 de dezembro de 1946, transcrito de fls. 103 a fls. 104 v.

A Sociedade Amigos do Outeiro da Glória conferiu ao ex-prefeito, Dr. Henrique Dodsworth, o título de sócio honorário (fô-lhas 173; fls. 156). Note-se.

O decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937 (organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional), estatui no artigo 18:

"Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança de coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nêlo colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto".

E o artigo 1.º do § 1.º dispõe:

"Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro livros do Tombo de que trata o artigo 4.º desta lei.

Conforme se vê da certidão de fls. 68, foi apenas tombada:

"A Igreja da Imperial Irmandade da Glória do Outeiro, situada no Outeiro da Glória".

"Não são os interiores ou a peculiaridade arquitetônica, pois, que valem, por si sós, como relêvo e expoente susceptíveis da proteção estatal: o que se protege e se preserva é a magnificência histórica e artística de todo o conjunto da obra, que perderia suas características se lhes subtraísse qualquer das partes que compõem o seu todo.

"Abstraídas essas características, o interesse histórico e artístico acabaria por desaparecer, tal como o desapareceria o das Pirâmides do Egito se recobertas por fino mármore ou do Coliseu de Roma, se repostas em condições de ser utilizado.

"Para bem guardá-las, todavia, não basta manter intocada e visível a obra, mas é mister criar-lhe uma ambientação compatível e estabelecer-se, em consonância com ela, o conceito dessa visibilidade.

"O sentido material tomado pelos dois peritos, é simples parcela da soma dos elementos que entram na sua composição.

"Não pode ser a própria soma.

"Se o monumento é inacessível, realmente, à vista dos que se encontram ao pé da construção que se cuida levantar, daí não se segue que deva ser autorizada por inocuidade ao fim que se tem em vista.

"É inócua aos que nada vian, mas não o é a outros que agora guardam a visão do conjunto, como resulta evidente das próprias fotografias com que se pretendeu demonstrar o contrário.

Ora, no citado officio de fls. 73, o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (vide parecer de fls. 249 e 69), não aludia sequer a estar o prédio de 10 pavimentos na vizinhança da Igreja e que, ao ser construído, diminuiria a visibilidade da mesma Igreja. Vou ler o officio de fls. 73 (ler) e o longo parecer a fls. 249 e 69 (ler). Pelo que não reclamou a prévia autorização do dito serviço para a construção do imóvel.

Com base no projeto de loteamento e alinhamento aprovado com o n.º 4.005, de 25 de outubro de 1944 (fls. 45, 245 e 246), a que já me referi, a Prefeitura deu licença para a construção do edificio, a 22 de maio de 1945 (fls. 37). E o edificio começou a construir-se.

Ao Prefeito, Dr. Henrique Dodsworth, sucedeu o General Mendes de Moraes. O antigo Secretário e depois Provedor da Irmandade, firme na sua deliberação de limitar os pavimentos do edificio tão somente a seis andares, apesar de o parecer da própria Comissão religiosa opinar por 8 andares (fls. 248 e 155), começou a assediar o Prefeito e o Diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional com sucessivos requerimentos, telegramas e officios (fls. 13, 20, 25, 28, 31), no interesse, dizia, das tradições do Outeiro da Glória (fls. 15), a singeleza do Outeiro da Glória (fls. 16), do seu aspecto tradicional e paisagístico (fls. 23).

O Prefeito General Mendes de Moraes, expediu o decreto n.º 9.293, de 23 de junho de 1940 (fls. 47), decreto êste que "estabelece condições para a defesa paisagística do Outeiro da Glória".

"Pouco importa que essa visão fôsse tomada de pavimentos elevados de outros vários prédios da região, porque a consideração predominante é dessa perda e ela é inegável.

"Mas o que sobreleva, sobretudo, não é tanto a especiosidade objetiva dêsse detalhe, mas a ofensa à susceptibilidade psicológica e estética.

"A construção, levantada ao pé do morro, teria por conseqüência a sua continuidade, que acabaria por estrangulá-lo, como ocorreu com outros da cidade, notadamente o Morro da Viúva, eliminando a moldura do monumento e tirando-lhe, portanto, a necessária ambientação.

"Perderia, de outra parte, essa harmonia das proporções com os edificios vizinhos, reduzindo-se a grandiosidade, que se quer realçar, pelo chocante contraste da desproporção com grandeza maior.

"Isto bastaria para impedir a construção.

"E também justificaria a exigência de área livre para manter a boa visibilidade da via normal de acesso.

"O remédio do proprietário, se desconforme com a interdição, não será levantá-la, mas demandar o resarcimento correspondente, a teor do art. 5, letra *b*, do Dec.-lei n.º 3.365, de 21-VI-41."

AMILCAR LAURINDO RIBAS
Juiz no Distrito Federal

Conforme se vê da planta de fls. 36, foram limitados a 6 os pavimentos para as construções da área compreendida entre as ruas Almirante Baltazar, o trecho da rua do Russel, do início ao número 111 e a ladeira da Glória (fls. 46).

Em construção o prédio em causa, oficiou o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional à Prefeitura e ao Provedor da Irmandade, segundo consta dos documentos que passo a ler (fls. 71 e 72).

Pela primeira vez, alegou-se a necessidade de preservar-se a visibilidade e a necessidade de prévia autorização daquele Serviço para a construção aludida.

Ao officio de fls. 72, do Diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional respondeu o Secretário Geral da Viação e Obras Públicas, a fls. 37, e nos termos que passo a ler (ler).

Tenaz o antigo Secretário e, depois, Provedor da Irmandade diligenciou, imediatamente, em officio junto ao Diretor do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a 17 de novembro de 1944, nestes termos: (fls. 63 - ler).

A 26 de janeiro de 1949, dirigiu-se o Diretor daquele Serviço ao Ministério de Educação e Saúde com o officio de fls. 11, que também leio (ler).

Como se vê, o que o Serviço tratava de defender era o conjunto paisagístico do Outeiro da Glória. Mas, note-se que êsse conjunto paisagístico não fôra tombado, sim, e apenas "A Igreja da Imperial Irmandade da Glória do Outeiro, situada no Outeiro da Glória, Distrito Federal" (fls. 68): (ler).

E, em face da lei n.º 25, apenas em relação à Igreja é que há de julgar-se a causa, nos termos expressos do art. 18 dessa lei. Repito a transcrição do artigo 18:

"Sem prévia autorização do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da cousa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade"...

Nem a vizinhança, nem o que há de entender-se, nas cidades, por construções capazes de impedir ou reduzir a visibilidade da coisa tombada, estão definidas na lei.

O perito da União (fls. 163, 2.º quesito) afirma que:

"A extremidade N. E. da Igreja dista em planta da extremidade S. O. do edificio cêrca de 63 metros".

A fls. 422 diz o perito desempatador:

"Cêrca de sessenta metros na horizontal - o afastamento entre a Igreja e o edificio".

E', pois, de admitir-se como de simples êrro de datilografia a distância de 53 metros a que se refere o perito do réu a fls. 140.

Ora, anotando a lei portuguesa, semelhante ao mesmo decreto-lei n.º 25, escreveu o Dr. Marcelo Caetano, Manual de Direito Administrativo, 2.ª ed., n.º 229, pág. 355:

"A construção e reconstrução a qualquer instalação permanente ou transitória nos terrenos adjacentes aos monumentos nacionais só são permitidos mediante autorização ministerial. A zona serviente parece que deverá ser delimitada em cada caso até o máximo de 50 metros (decreto n.º 20.895, arts. 26 e 45).

Ora, dista o edifício Mempos 63 metros da Igreja.

O perito do réu assim define a vizinhança (1er fls. 143), o da União dá êste conceito (1er fls. 163).

O perito desempatador não se pronuncia (fls. 423).

Porque o edifício em causa está situado na esquina da rua Almirante Baltazar com a ladeira da Glória, no sopé do Outeiro da Glória, distante embora 63 metros da Igreja, admito que está situado na vizinhança da dita Igreja, embora, na ausência de qualquer lei a respeito.

Admitido que o prédio de dez pavimentos, construído no sopé do Outeiro, na rua Almirante Baltazar, esquina da ladeira da Glória, impede ou reduz a visibilidade da Igreja, único bem tombado, qual a atribuição, no caso, do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional?

Cumprida desde logo negar a sua autorização para a construção do prédio constante da planta de fls. 45, a que alude o decreto federal n.º 22.288, de 16 de dezembro de 1946 (fls. 103, 103 v.).

Sómente depois que o Prefeito General Mendes de Moraes, a instâncias reiteradas do obstinado secretário e depois Provedor da Irmandade, aprovou a planta de fls. 46, foi que surgiu a negativa da autorização (fls. 13 e 11).

Requerida a demanda em 29 de março de 1949 (fls. 2), citado o réu a 5 de abril imediato (fls. 79 v.).

Ora, a 5 de abril de 1949, as paredes do imóvel já se achavam erguidas e 65% da obra feita (fls. 140, 422), negando-se a responder ao quesito o perito da União (fls. 163).

Que direito tem o vizinho contra o proprietário das construções erguidas em seu prejuízo?

Responde Ihering (*Oeuvres Choiesies*, trad. Meulenare, vol. 2, pág. 118):

"Celui que se sent lésé dans son droit par une construction pareille, doit parler en temps oportun, c-à-d, au début de la construction".

Foi o que não ocorreu no caso dos autos.

Não julgo, entretanto, que a tardia oposição da União seja razoável bastante para haver-se a A. por falta de ação. Não existe no nosso direito preceito algum no sentido do que ensina Ihering.

Basta decidir-se se o prédio Mempos, de dez pavimentos, situado na vizinhança da Igreja, impede ou reduz a visibilidade da mesma Igreja.

E' êste o ponto nevrálgico do litígio. De sua solução depende a procedência ou improcedência da demanda.

O perito do réu responde assim ao 1.º quesito da União:

"O perito, para responder ao presente quesito, colocou-se (1er fls. 137).

O louvado da União, a propósito do mesmo quesito, assim opinou:

"O referido edifício impede... a visibilidade do panorama (1er fls. 161).

O desempatador respondeu:

"Os quesitos 1.º, 2.º e 3.º... é desprezível senão mesmo nula (1er fls. 421, 423 e transcrever fls. 72).

"CÓPIA AUTENTICADA, MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E SAÚDE, 25. of. 1088, 2 de dezembro de 1948, Diretor Geral do S.P.H.A.N. Secretaria de Viação e Obras Públicas do Distrito Federal: — Construção e entrada da Ladeira da Glória. Senhor Secretário Geral: Tendo em vista a necessidade de preservar a visibilidade da Igreja N. S. da Glória e do conjunto paisagístico em que se situa êsse templo, cumpro o dever de consultar V. Exa. sobre a possibilidade de se aplicar à construção do edifício ora em andamento na entrada da ladeira da Glória, de iniciativa e sob a responsabilidade do Dr. Manuel Mendes Campos, o disposto no Decreto Municipal n.º 9.293, de 23 de julho do corrente ano, que limitou o gabarito das construções naquela área da cidade. Ocorre-me ponderar a V. Exa. que a licença em tempo concedida para o levantamento, ali, de um edifício cujas proporções prejudicam sensivelmente a visibilidade do Outeiro da Glória e de sua tradicional igreja — bens êsses tombados como parte integrante do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional o foi sem prévia audiência desta repartição quanto ao respectivo projeto de construção, como estabelece o art. 18 do Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937. Em tais condições, quer parecer que a aplicação do citado decreto-lei n.º 9.293, viria fazer remédio adequado à situação, justificando-se tanto mais quanto já pelo Decreto n.º 6.000 a edificação em torno do Outeiro da Glória era objeto de exigências especiais da Municipalidade. Agradecendo de antemão o valioso empenho que, por certo, terá V. Exa. em resguardar as condições de apresentação do valioso conjunto paisagístico e monumental do Outeiro da Glória, sirvo-me do ensejo para reiterar-lhe as expressões do meu elevado apreço e estima (a) *Rodrigo M. F. de Andrade*. A. S. Excia. Doutor João Gualberto Marques Pôrto, Secretário Geral de Viação e Obras Públicas da Prefeitura do Distrito Federal".

Como se vê, nem o perito da União, nem o desempatador não fundamentam convenientemente os seus laudos, e isso era e é preciso para que sejam atendidos (Ribas, Proc. Civ., arts. 457-473; Almeida e Sousa Notas e Melo, livro 1.º, t.º 227, scholio n.º 3; Código de Processo Civil, art. 256, parágrafo único, com a redação do art. 1.º do decreto-lei n.º 8.570, de 8 de janeiro de 1946).

Também é certo que o Juiz não está adstrito ao laudo que é simples parecer (Cód. de Proc. Civil, art. 258; João Monteiro, Proc. Civil, § 180), podendo julgar em contrário (Ramalho, Praxe Br., § 215, Ribas, Proc. Civ., art. 473; Almeida e Sousa, Trat. em aditamento às Segs. Lins., § 40).

Ora, sobre impedir ou reduzir a visibilidade da Igreja o edifício Mempos, é decisiva a resposta do Secretário Geral de Viação e Obras da Prefeitura, a fls. 32:

“Além disso o requerente em sua exposição... sendo verdadeiros estes argumentos (ler fls. 32).

A guerra, sem treguas, movida pelo antigo ex-Providor ao proprietário do prédio Mempos (fls. 14 e 15) é injusta, contra a verdade dos fatos e o direito.

O edifício em causa não impede ou reduz a visibilidade da Igreja. A Igreja “tem tôdas as suas faces visíveis, de um número praticamente infinito de pontos, que situados em tôda a vastidão dos jardins do Russel, Glória, Praça Paris, oferecem inúmeros aspectos, que, sem trocadilho, glorificam sua beleza (fls. 142 *in fine* a 143).

A construção do réu, já terminada, não impede nem reduz a visibilidade da Igreja. E’ o que mostraram o Secretário da Prefeitura e o perito do réu.

E’ o que também é notório. Notoria non sunt probanda (Cód. Proc. Civ., art. 211).

A beleza do templo destaca-se nítida desde a Praça Paris.

Não hão de ser demolidos os quatro pavimentos do edifício Mempos, todo concluído e acabado. Ele não impede nem reduz a visibilidade da Igreja.

Da rua do Catete, em qualquer de suas partes, não é visível a Igreja; o mesmo acontece na rua da Glória. De além da Praça Paris, os arranha-céus também não permitem que se admire o templo. Mas, uma cidade não há de ser um espaço vazio só para contemplar-se, de todos os pontos, à mercê de apreciadores excêntricos, a coisa tombada? ..

Reformo, assim, a sentença apelada, para, dando provimento à apelação, julgar a ação improcedente.

Sr. Presidente, a situação jurídica é a que foi exposta. Não houve, como se disse, tombamento do outeiro, mas tão somente da igreja. À vista disso, os zeladores da igreja, aquêles que amam as tradições, as poucas tradições da cidade, quiseram ampliar os efeitos dêsse tombamento, abrangendo o outeiro. Quanto à elevação do intuito, não há que se negar, ou fazer qualquer restrição; mas, daí a pretender-se a extensão do efeito legal, vai distância muito grande.

Aquí estamos para apreciar aspectos da legalidade, ou ilegalidade. Entretanto, circunstâncias há em que a observação direta e os argumentos de fato também concorrem para a definição de situações de direito. Foi assim pen-

sando, Sr. Presidente, que o humilde Relator desta causa se dirigiu ao outeiro da Glória, com o propósito de observações. Verificou, então, o que, aliás, está aqui na planta que consta do memorial.

O outeiro da Glória tem a forma de ferradura imperfeita, com a frente para a Ponta do Calabouço. A perna direita dessa ferradura é mais prolongada; e, na sua extremidade, está o edifício. A perturbação da visibilidade só poderia dar-se para quem se colocasse na extremidade também esquerda do platô, em que está construída a Igreja e olhasse para o ponto em que começa a rua do Catete, no Largo da Glória. Mas, Sr. Presidente, o perito disse bem — e é exato — a visibilidade da igreja, nesse ponto, é nula, não por causa do edifício, mas porque o frondoso arvoredo do Jardim da Glória, composto, principalmente, de desenvolvidos oitis, não permite que, da esquina da rua do Catete, se veja o outeiro, nem o próprio edifício em causa. Quanto ao mais, a visibilidade é ampla. Curioso, curiosíssimo, é que a única turbação real de visibilidade é constituída por dois imóveis velhos, em ruínas, que se colocam à frente do outeiro, na rua que lhe passa embaixo, ou seja, no ápice (não sei se digo bem assim) da ferradura; e êsses dois edifícios são, exatamente, propriedade da irmandade. Então, o edifício que fica numa extremidade — e ainda que perturbasse a visão seria num mínimo inconseqüente — edifício novo, que acompanha o desenvolvimento da cidade, deveria ser demolido, enquanto os dois prédios velhos, em ruínas, que ficam à frente do patamar onde está situada a igreja (observação que qualquer pode fazer) êsses não se botam abaixo, não obstante perturbarem, muitas e muitas vezes mais, a visibilidade do outeiro e da igreja, do que aquêles edifícios sobre que se discute? ,

Sr. Presidente, dou provimento à apelação e reformo a sentença, pelas razões que expendi.

O Sr. Ministro Djalma da Cunha Melo — Irroga-se ao réu, ora apelante, infringência do imposto no art. 18 do Decreto-lei n.º 25, de 1937.

A Prefeitura do Distrito Federal porém, ao que deflui dos documentos de fls. 38 até 44, estabeleceu para o local um gabarito de dez pavimentos e licenciou a construção nessa conformidade. Dir-se-á que isso não implicava em suprir outorga do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Sim, se o Presidente da República, em decreto, não houvesse prestigiado o projeto em que se discriminou para o local do edifício o aludido gabarito (vide Decreto n.º 22.286, de 1946).

Dou provimento.

O Sr. Ministro João José de Queirós — Sr. Presidente, em março de 1949 propôs a União Federal, contra Manoel Mendes Campos, uma ação cominatória visando a demolição dos quatro últimos pavimentos do Edifício Mempos, então em construção à rua Almirante Baltazar, esquina da Ladeira da Glória. Visava o feito a defesa do patrimônio histórico e artístico constituído pela Igreja e Outeiro da Glória. A denominação Almirante Baltazar desapareceu, pois essa rua se acha, hoje, incorporada à rua do Russell, integrando o seu início. A construção se ultimou, tem agora o nome de “Edifício Torrosêlo” e é o n.º 32 da rua do Russell.

A sentença de primeira instância, da lavra do ilustre Juiz Aguiar Dias, julgou a ação procedente pelos seguintes fundamentos, em síntese:

a) nulidade da licença concedida pela Prefeitura, para a construção, primeiro, porque a autorização deveria ter sido previamente pedida ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, nos termos do art. 18 do Decreto-lei n.º 25, de 30-11-1937; segundo, porque infringiu, a licença concedida pela Prefeitura, o disposto no § 1.º do art. 409 do Código de Obras do Distrito Federal (Dec. n.º 6.000, de 1-7-1937);

b) a obra prejudica a visibilidade do conjunto do Outeiro e da Igreja, como assevera a perícia (laudo de desempate);

c) a proibição legal deve ser rigorosamente observada, sendo descabido invocar normas de direito civil, de fundo utilitário;

d) não ser caso de desapropriação, por continuar a propriedade com o réu, bem como não se configurar a responsabilidade civil do Estado, dado que o dano advirá de falta do próprio prejudicado, que não obedeceu à impugnação do Serviço federal.

O eminente Ministro Cunha Vasconcelos, relator da apelação interposta pelo réu, reformou a sentença, entretanto. Entendeu S. Excia., após eruditas e extensas considerações, o seguinte, em resumo:

a) apenas a Igreja — e não o Outeiro da Glória — está tombada no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional;

b) embora admita, frente à indefinição da lei (art. 18 do citado Decreto-lei n.º 25), que a construção impugnada esteja na “vizinhança” da coisa tombada, não lhe impede nem reduz a visibilidade;

c) a autorização da Prefeitura foi dada com base no projeto de alinhamento n.º 4.005, de 25-10-1944, que permitia, no lote correspondente, construção de 10 pavimentos;

d) só depois de licenciada a construção, a 22-5-1945, é que foi expedido o Decreto n.º 9.293, de 25-6-1948, limitando a seis pavimentos os permitidos na área em que se acha o edifício impugnado;

e) teria a União, propondo a ação somente em abril de 1949, perdido a oportunidade de fazê-lo, em face dos princípios que regem o direito de vizinhança.

O Revisor, não menos ilustre Ministro Cunha Melo, acompanhou o Relator, por entender que o ineficiente Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico nada tinha a ver com a construção.

Com tôdas as vênias devidas aos ilustres votos vencedores, tenho para mim que todo o acerto está com o douto Juiz de primeira instância.

De início, não é demais repetir, com a sentença recorrida, o inteiro descabimento de qualquer invocação de regras ou princípios de direito privado. A espécie incide inteira e exclusivamente, no campo do direito público e se rege pelo que dispõe o direito administrativo pertinente. Impertinente, por outro lado será falar em desapropriação do edifício já construído com infringência das normas legais. A desapropriação será o caminho para a recuperação do conjunto paisagístico do histórico Outeiro, somente no que toca às construções anteriores à legislação local e federal aplicáveis.

A Igreja do Outeiro da Glória foi regularmente tombada a 4 de maio de 1938, nos termos do Decreto-lei n.º 25, de 30-11-1937 (fls. 68).

Consoante expressamente dispõe o art. 18 dêsse diploma:

“Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade... sob pena de se mandar destruir a obra...”

Ora, como se verificou com a perícia e reconhece o eminente Relator em seu voto, a construção impugnada está na “vizinhança” da Igreja, que é o bem tombado. Sendo certo que, no caso, se desprezou o necessário licenciamento prévio, o resultado será a destruição da obra, na parte, pelo menos, como quer a apelada, que impede ou reduz a visibilidade do bem tombado.

O conceito de *visibilidade*, para os fins da proteção legal dispensada às coisas de valor histórico ou artístico, não se limita à simples percepção ótica. Determinada obra poderá permitir a visão física, em nada a reduzindo, no sentido material, quanto ao bem tombado. Este, entretanto, embora continuando fisicamente visível, poderá vir a ser altamente prejudicado por construção que se faça em sua vizinhança, quer como resultado da comparação entre as respectivas dimensões, quer por prejudicar, o novo edifício, o conjunto paisagístico que emoldura, tradicionalmente, o bem tombado. Não só isso. A própria diferença de estilos arquitetônicos, quebrando a harmonia de conjunto imprescindível à obra de arte integrada no aspecto urbano, poderá, no sentido legal, reduzir a “visibilidade” da coisa protegida.

Esse é o espírito do art. 18 do Decreto-lei n.º 25. E é por isso que não apenas as construções, mas, também, anúncios e cartazes são proibidos. Imagine-se, por exemplo, um anúncio de “Coca-Cola” colocado acima da torre da Igreja da Glória...

No que toca a êsse templo, de enorme valor histórico e artístico, não é jurídico nem razoável limitarmos o conceito legal de “visibilidade” a aspecto meramente ótico. Mas, mesmo assim, como acentua a sentença recorrida, a perícia demonstrou, pelo voto de desempate, que a obra impugnada prejudica a visibilidade da Igreja e do Outeiro.

Dir-se-á que o Outeiro não foi tombado pelo Serviço. Seria desnecessário. Ele, evidentemente, se integra no conjunto histórico e artístico “Igreja de Nossa Senhora da Glória do Outeiro”. Não só a invocação religiosa, como a tradição e a própria realidade material tornam disassociáveis a Igreja e o Outeiro. Dá-se, no caso, o mesmo que com as várias Igrejas de N. S. da Penha. São inseparáveis do penedo ou rocha em que estão construídas.

E mesmo que assim não fôsse. Há legislação local categórica a respeito, muito anterior ao irregular licenciamento. Diz o § 1.º do art. 489 do Código de Obras do Distrito Federal (Decreto n.º 6.000, de 1-7-1937):

“Fica expressamente proibido o levantamento nas encostas dos morros da Glória e de Santa Teresa e nos terrenos que os circundam, de qualquer edifício ou construção que pelas suas proporções possam encobrir ou ocultar a parte alta do Outeiro da Glória e a Igreja que o domina e os principais aspectos panorâmicos locais”.

Maior clareza e mais segura proteção seriam difíceis. Assim, ao ser aprovado o loteamento n.º 4.005, a 4-10-1944, de que resultou a malfadada

licença para construção de um edifício de 10 pavimentos na encosta do Outeiro, a 63 metros apenas da Igreja, não só foi desrespeitada a legislação federal pertinente (art. 18 do Decreto-lei n.º 25), como se fraudou a legislação local vigente. Note-se que o citado Decreto n.º 6.000 tem o caráter de diploma legislativo e não de ato do Poder Executivo.

Também contrário ao irregular licenciamento é o Decreto local n.º 9.293, de 23-7-1948, que, estabelecendo "Condições para a Defesa Paisagística do Outeiro da Glória", aprovou o gabarito máximo de seis pavimentos para as construções nas suas encostas.

O licenciamento anterior, além de irregular é nulo, não poderia acarretar direito supostamente adquirido à construção além do limite fixado. Trata-se de medida de interesse público, prevalente sobre qualquer conveniência particular. Quando muito, se regular o licenciamento da Prefeitura (o que não ocorre, repita-se), teria o réu, contra a Prefeitura, um discutível direito a ressarcimento, aliás já repellido, em tese, na sentença recorrida.

Assim, por todo o exposto, com as vênias devidas, nego provimento ao apêlo, para manter a sentença por seus fundamentos e conclusão.

E' o meu voto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria de votos, deram provimento à apelação, vencido o Sr. Ministro João José de Queirós. Impedidos os Srs. Ministros Mourão Russel e Aguiar Dias.

1.ª Turma

APELAÇÃO CÍVEL N.º 4.318

(Distrito Federal)

Vencimentos de funcionário público federal — Pela lei, não podiam ser inferiores aos salários dos servidores estaduais ou municipais incumbidos de serviço análogo — Se o Estado, ou o Município, no regime centralizador da Carta de 1937 e com infringência do decreto-lei sobre o assunto, pagava melhor a seus empregados, uma vez comprovada a inobservância o Estado-Membro é que deveria ser compelido a baixar esses vencimentos e não a União a elevar os de seus servidores — Ao Judiciário é que não cabe ajudar infringências outras, por igual nocivas, dilatar a esfera da ilegalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n.º 4.318, do Distrito Federal, apelante Astrogildo José Wanderley e outros, apelada a União Federal, etc.

Acorda a Primeira Turma, do Tribunal Federal de Recursos, por maioria de votos, negar provimento à apelação, na forma e pelos fundamentos do relatório e votos constantes de fls. 272 até 277 e 279 até 288. Custas pelos apelantes.

Rio, 20 de outubro de 1954. — *Cunha Vasconcelos*, Presidente. — *Djalma da Cunha Melo*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro *Djalma da Cunha Melo* — A sentença apelada consta de fls. 234 até 237 e refere bem o que se passou nos autos até o momento em que foi prolatada. Ei-la:

"Astrogildo José Wanderley e outros, fiscais aduaneiros, propuseram a presente ação ordinária contra a União Federal para o fim de lhes ser reconhecido o direito de serem seus vencimentos equiparados, com tôdas as vantagens, aos fiscais de renda do Estado de S. Paulo, uma vez que há nas Alfândegas o regime de quotas, e condenada a ré ao pagamento da diferença entre as vantagens auferidas pelos fiscais de S. Paulo e as auferidas pelos suplicantes, no último quinquênio, custas e honorários de advogado. Fundamentam o seu pedido no Decreto-lei n.º 5.527, de 28-5-1943, à vista dos Decretos-leis ns. 13.838, de 24-1-1944 e 14.654, de 11-4-1945, da Interventoria de S. Paulo, que estabeleceram para os fiscais de renda vencimentos superiores aos dos autores. Contestando a ação a ré arguiu preliminarmente a prescrição do direito dos autores e, quanto ao mérito, que o Decreto-lei n.º 5.527, de 1943, estabelecia a proibição, e não que os vencimentos dos servidores da União Federal seguissem os padrões mais altos dos servidores estaduais (fls. 34 a 40). Falaram os autores sobre a preliminar (fls. 43 a 47). Por despachos de fls. 148 v. e 194 v., foram admitidos os assistentes de fls. 49, 52, 55, 65, 70, 73, 76, 80, 83, 86, 97, 101, 104, 107, 141, 144, 157, 161, 167; 170; 177 e 189. Saneado o processo (fls. 229 v.), realizou-se a audiência de instrução e julgamento e o que nela ocorreu consta do termo junto por cópia às fls. 232. Isto pôsto: Durante a vigência da Carta de 1937, encontrava-se o país sob o regime das interventorias nos Estados (art. 176, parágrafo único). A Administração nos Estados regulava-se, então, de acôrdo com o que dispunha o

COMENTÁRIO

O V. Acórdão em exame sustentou, em síntese, que não podendo o Estado, *ex vi legis*, remunerar com vencimentos superiores funcionários que exerçam funções análogas às de servidores federais, que têm vencimentos menores, a consequência da desatenção ao preceito normativo não é o aumento ou equiparação dos vencimentos dos servidores federais aos dos estaduais análogos, mas, sim, a compulsão do Estado ao atendimento da norma. Daí chegar à improcedência da pretensão de equiparação exercitada por servidores federais.

A par da argumentação já expendida no V. acórdão, poder-se-ia aditar-lhe mais alguns subsídios ilustrativos.

Decreto-lei n.º 1.202, de 8-4-1939, ficando a sua legislação subordinada à aprovação do Presidente da República (art. 32) ou do Departamento Administrativo (art. 17), de nomeação daquele (art. 13). Essa aprovação — em qualquer dos casos, visava, evidentemente, a uniformização administrativa nos moldes estabelecidos pela legislação federal. Ainda quando em vigor esses dispositivos, o Decreto-lei n.º 5.527, de 28-5-1943, que dispõe sobre o vencimento, remuneração e salário dos servidores nele indicados, estabeleceu que não poderiam os Estados, Municípios, Territórios, Prefeitura do Distrito Federal, Autarquias, Órgãos Paraestatais, atribuir aos servidores ou empregados, vencimentos, remuneração ou salário superiores aos dos servidores civis da União, observada a identidade, semelhança ou equivalência de funções (art. 1.º, § 1.º). Procurou-se, assim, com esse preceito, a uniformização em relação a vencimentos, remuneração ou salário dos servidores civis, quer da União, como das demais entidades. Procurou-se tomar como padrão de vencimentos o dos servidores civis da União. Nenhuma, pois, das entidades referidas poderia elevar padrão de vencimentos acima dos que percebiam os servidores civis da União. Como já entendi em sentenças anteriormente proferidas (*D. Just.* de 9-8-952, fls. 8.424 e de 20-8-952, fls. 8.833), o dispositivo do § 1.º do art. 1.º do Decreto-lei n.º 5.527 citado aplica-se a todos os servidores civis. Nem seria admissível quisesse esse preceito equiparar tão somente os vencimentos dos extranumerários, deixando de lado os demais servidores civis expressamente por êle mencionado. Já na vigência, entretanto, da Constituição de 1946, não mais se poderá admitir o mesmo princípio, diante da cessação do regime de intervenção a que estavam subordinados os Estados e, conseqüentemente, os Municípios e também o Distrito Federal, fruto do regime instituído pela Carta Política de 1937. Atualmente, porém, como salientou o Ministro Mourão Russel, não mais pode a União impedir a qualquer Estado que retribua os seus funcionários como bem entender. Não é crível que fique a União subordinada aos Estados e estes a algum município afortunado que possa, por sua abastança, ou deva, por peculiar padrão de vida, nele reinante, remunerar melhor seus servidores, como afirmou o M. M. Aguiar Dias, em recente sentença. Querer fazer prevalecer ainda, diante da Constituição de 1946, o regime da Carta de 1937, é não respeitar a organização constitucional do país. Na hipótese dos autos, o problema não se enquadra, de fato, na vigência da Cons-

Realmente o comando normativo que restringe ou limita o exercício de um direito ou de uma capacidade legislativa, por sua própria natureza é norma restritiva e como tal, não pode ser interpretada ampliativamente.

Além disso a norma vedativa de direito ou de capacidade de exercício de direito ou de autoridade, ao invés de ser concessiva de faculdade é, realmente, constrangedora. Conseqüentemente, nada concede ou dá no terreno jurídico aquisitivo de direitos ou faculdades e se não dá direito ou concede faculdade, não pode ser arguida para o fim de obtenção de benefícios, direitos ou faculdades. Sua destinação, seu âmbito de incidência é exclusivo no sentido de restringir direitos e obliterar exercício de faculdade.

Não há operação de hermenêutica ou de lógica jurídica capaz de lastrear ou fundamentar uma aquisição de direitos ainda em norma vedativa de di-

tuição atual, pois, os decretos que trouxeram aumento aos fiscais de renda de S. Paulo, aos quais os autores e assistentes pretendem semelhança de funções, trazem data anterior à Constituição de 1946. Todavia, ainda assim, não prevalece a pretensão dos autores, por isso que o disposto no § 1.º do artigo 1.º do Decreto-lei n.º 5.527 citado, tem verdadeiramente o caráter proibitivo. Estavam os Estados impedidos de aumentar ou de estabelecer vencimentos superiores aos dos servidores federais. Se o fizessem estariam desrespeitando a lei e assim deveriam ser os mesmos tornados sem efeito pelo Governo Federal, de vez que aquêles funcionários não gozavam do privilégio da irreductibilidade dos vencimentos. Não se poderá, no caso dos autos, concluir pela aprovação implícita do Presidente da República, porque os decretos, indicados pelos autores, do interventor de S. Paulo, não eram daqueles que dependiam, para a sua vigência, da aprovação do Presidente da República (V, art. 32 do Decreto-lei n.º 1.202, de 8-4-1939). No caso presente, portanto, a solução viável seria, como se acentuou, a redução dos vencimentos dos funcionários que obtiveram aumento em flagrante desobediência à lei federal, mas nunca, corrigir esse desrespeito à lei com a equiparação dos vencimentos do funcionalismo federal. Pelas razões expostas, julgo, pois, improcedente a presente ação. Custas *ex-lege*".

Depois de proferida a sentença, surgiram mais litisconsortes nos autos.

No tempo próprio, apelaram os autores e litisconsortes, alegando, nas razões de fls. 258 até 263, isto: (lê).

Recebida a apelação, o Procurador da República, à guisa de contra-razões, pediu a fls. 26v. a confirmação do decidido na 1.ª instância.

Subindo os autos, dêles se deu vista à Sub-procuradoria Geral da República que exarou acêrca o parecer seguinte e constante de fls. 269 e 270, contrário ao provimento da apelação: (lê). É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Djalma da Cunha Mello — No julgamento da Apelação Cível n.º 2.499, proferi o voto seguinte:

reito ou de exercício de direito ou faculdade. Se se diz que ao Estado é vedado remunerar melhormente servidores que tenham funções análogas aos da União, de modo algum se pretende criar um direito para qualquer desses servidores, muito menos impor a União a obrigação de elevar os vencimentos de seus servidores para equipará-los aos de igual categoria dos Estados.

Acresce, ainda e sobretudo, que essa melhoria de vencimentos concedida pelo Estado aos seus servidores o foi contra dispositivo expresso de lei. Logo, essa superação de retribuição é juridicamente uma ilegalidade. Conseqüentemente, de uma ilegalidade não pode surgir um direito para quem quer que seja. O direito nasce da lei, da boa e regular aplicação da norma, mas jamais tem ou pode ter origem em um fato ou circunstância, em si ilegal e violador da lei.

Conheço do recurso *ex-officio* e dou ao mesmo provimento, para julgar improcedente a ação. Os Estados que integram a Federação não estão impedidos de fixar os vencimentos do seu funcionalismo, ou ao menos restritos nessa fixação. Veja-se ao propósito o art. 18 da Lei das Leis. Nem a União tem que pagar a seus empregados considerando o que percebem pelo exercício de funções idênticas os servidores estaduais e municipais. A triste exceção contida no § 3.º do art. 26 da Constituição já foi tirada de curso, já foi pelos meios regulares, legítimos, cancelada. O Decreto-lei n.º 5.527, de 28 de maio de 1943, condizia com o regime centralizador da Carta de 1937, não resistiu ao clima da Constituição de 1946. Mesmo êsse decreto vedava ao Estado-membro remunerar seus servidores com proventos melhores do que os percebidos pelos servidores de funções idênticas no quadro da Administração Federal, obrigava o Estado-Membro a guardar conformidade, no concernente, com os padrões de vencimentos federais, não pode ser convocado para produzir o efeito oposto, ou seja, para compulsar a União a reajustar os vencimentos de seus servidores na base do que recebem os funcionários de serviços estaduais e municipais equivalentes. O que o recorrido pretende é portanto uma inversão do problema. Se a União estabeleceu no seu direito positivo do regime da Constituição de 1937, que o Estado não poderia dar vencimentos superiores, para os seus servidores, aos estabelecidos pela União para os cargos de igual categoria, da mesma nomenclatura, constatando-se inobservância o Estado é que seria compelido a baixar êsses vencimentos, não a União a elevar os seus. O contrário representaria uma compreensão inferior da situação do Estado Federal em face dos Estados integrantes da Federação. Por outro lado, também não é o Judiciário o órgão incumbido de aumentar vencimentos. Cresce, desenvolve-se, hoje, no País, uma doutrina nesse sentido: — os aumentos de vencimentos estabelecidos pelo Judiciário. Não estou por ela.

Pela Constituição, art. 65, parte geral e inciso IV, quem fixa vencimentos é o Legislativo, não o Judiciário. Como consectário do exposto, tenho como prejudicado o recurso voluntário dos autores.

A orientação dêsse voto foi adotada pelo Tribunal Pleno, no julgamento dos Embargos pertinentes.

Curiosamente essa circunstância, isto é, a da ilegalidade dos vencimentos erigidos em padrão para a pretensão majorativa, representa obstáculo intransponível, para a arguição com fulcro em princípios gerais de estrutura político-jurídica, que determinam igual remuneração para, semelhantes, atividades funcionais. É obstáculo porque o vencimento padrão ou paradigma da pretensão não é um direito do que o percebe, mas uma ilegalidade de quem os fixou ou concedeu e com base nela, não é possível criar o direito à assemelhação. O que cumpre fazer é o reverso, reconduzir o fato à bitola da lei.

Poder-se-ia ainda argumentar com a chamada interpretação a contrário senso, isto é, se o servidor estadual não pode perceber vencimento maior que o federal de função análoga, conseqüentemente o servidor federal não pode ser remunerado inferiormente ao estadual de idênticas funções e atri-

Pelos fundamentos dêsse voto, confirmo a decisão apelada.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcellos — Dou provimento ao recurso para haver a ação como improcedente, na conformidade do voto que proferi como relator na Apelação Cível n.º 2.499, cujo teor será transcrito, conforme determine, em seguida ao voto que estou proferindo.

“Procede a preliminar de intempestividade, da Ré. Publicada, a sentença, em audiência de 11 de outubro de 1949, com plena ciência das partes (fls. 40 e 59), a apelação só veio em 21 de novembro (fls. 78). Não conheço assim, dêsse recurso. Examinando, entretanto, a hipótese, frente ao recurso necessário e à apelação dos autores. Fundam-se, êstes, no Dec. Lei n.º 5.527, de 28/5/43. Sobre as questões de fato, dúvida não se levantou no curso do processo, inclusive sobre as tabelas de fls. 11 a 13. Resulta, pois: 1.º) a firmeza decisiva do pedido inicial quanto aos cargos exercidos pelos autores; 2.º) a exata semelhança de cargos exercidos por servidores do Estado de S. Paulo, idênticas aos dos demandantes; 3.º) a certeza de aumentos de vencimentos de hipótese se aplicar o direito invocado. A prova documental (fls. 14 a 17) ficou integral, sendo decisiva, pois. Juridicamente, eis a espécie: ordenou o Dec.-Lei n.º 5.527, do Governo Federal, que os Estados e outras entidades de direito público unificassem classificação, nomenclatura e salários de cargos e funções para seus próprios servidores nos moldes em que o fizesse a União para seus quadros (art. 1.º), e com um “não poderão atribuir” significativo, quanto a vencimentos, obrigou as referidas entidades a equiparar aquêles vencimentos aos que percebessem funcionários federais, idênticos, semelhantes ou equivalentes às funções (§ 1.º do cit. art. 1.º). E, para êsse fim, dispos, a lei, que tais entidades se articulassem com os órgãos próprios da administração federal (§ 2.º do mesmo art. 1.º). Transparentes, pois, a intenção do legislador e o alcance da lei. Resulta, ainda, inequívoco, que a União não obrigaria, como obrigou, às outras pessoas de direito público, sem que também ela se obrigasse a manter um padrão justo e adequado para seus servidores, *federal e modelo*. Ou isso, ou a inutilidade da lei, o que não é de se admitir. O Dec.-Lei n.º 5.527 nasceu de uma exposição de motivos aprovada pelo Presidente da República em 26/5/43 e publicada no Diário Oficial de 31 seguinte. Expressamente, buscou-se estabelecer um regimen de igualdade de tratamento em

buições. A assertiva, sem dúvida, é exata na sua conclusão, por via da própria norma em exame. No entanto, isso não importa em dizer que, se o servidor estadual, com infringência da lei, tem vencimento superior ao de servidor federal de idêntica função, êste, necessariamente, terá que obter equiparação em razão dêsse fato consumado. O fato existe e o fato gera direito, é o entalhe físico do direito subjetivo. Mas, para que tenha essa eficácia há que ser conforme ao direito, há que ser lícito, moral. Na hipótese é de ilícito por isso que é *contra legem* se assim é, embora exista, não tem a faculdade de gerar direito, nem para quem o desfruta e muito menos para terceiros.

A aparente oportunidade ou pertinência da interpretação a contrário senso, não se confirma na realidade.

Não é possível tirar um direito de uma norma que não concede di-

tudo que se referisse à administração do pessoal no serviço público, principalmente quanto ao problema da justa remuneração (textual), dando-se destaque, quanto aos Estados, às discordâncias entre o nível de remuneração de seus servidores e os da União, apontando-se a circunstância como razão de preferências prejudiciais ao serviço público federal. Ora, as exposições de motivos auxiliam a reconhecer o fim primitivo da lei (Carlos Maximiliano, Hermenêutica, n.º 168). Procurando racionalizar serviços públicos, o Governo realizava a racionalização do próprio poder, problema inerente a qualquer regime de direito contemporâneo. Nenhum, pois, no particular, o destaque entre os regimens de 1937 e o de 1946. Se, pois, aquêlê decreto-lei se propôs ao desígnio de racionalizar o serviço público civil, só por absurdo se conceberia que na atualidade constitucional se desprezasse o sistema da Lei estudada. Isso negaria ao Estado mesmo. A feliz invocação de Duguit é dos demandantes: "... *l'état n'est pas, comme on a voulu le faire et comme on a cru quelque temps qu'il l'était, une puissance qui commande, une souveraineté; il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernantes*", em tôrno disso, "*qui est capital!*" se desenrolando "*tout le droit publique moderne*" (*Traité*, 3.^a ed., tomo 2.^o, § 8.^o, pág. 59). E o nobre juiz sentenciante invocou ainda, nessa ordem de idéias, Gaston Jèze, em 1947 e Waline, em 1946. Assim, pois, o decreto-lei em estudo; a tendência racionalizadora que nele se sufragou; a concepção do Estado serviço público, tudo isso mostra, sob critério adequado, lógico e sufragável, a constante do direito no sentido: a) de que a lei em caso era obrigação também imposta ao Estado Federal; b) de ser inconcebível que um problema ligado à natureza e índole do Estado de Direito e da democratização não se impusesse à atualidade constitucional, quando a União (§ 1.^o do art. 1.^o da Constituição) compreende, precipuamente, os Estados e supervisiona, de muitas maneiras, interesses locais, o que resulta do conjunto do art. 5.^o da Carta citada, podendo celebrar acórdos para a realização de serviços seus com os Estados e para isso precisa saber a quem os confie com possibilidade de êxito para uma racionalização em termos adequados, consoante o art. 18, § 3.^o, etc.; c) de que, enfim, o princípio federativo nada pode ter a ver para tornar defêso o ideal de ordem uniformizadora, apenas esta se processando por meios legais diversos

reito; mas, sim, que o restringe. Se o fizermos, a operação hermenêutica não será a contrário senso, mas ampliativa. Já vimos que é vedado ampliar a norma restritiva de direito, mesmo porque só se poderia ampliar a própria restrição. De modo algum se poderia criar um direito ampliando uma restrição, sob pena de se estar fazendo não uma interpretação; mas um trabalho criador ou legislativo.

O que se disse a título de interpretação a contrário senso é antes a pesquisa de uma recíproca e esta não é verdadeira, é um artifício, uma injurisdicidade.

Certa a tese vencedora do acórdão, exata sua conclusão.

OSWALDO GOULART PIRES
Juiz no Distrito Federal

dos de ontem, ou com abandono, hoje, das normas indicadas nos Decretos-leis ns. 1.202, 3.070, 5.439 e 4.511, diplomas êstes que mostram que, no regimen de 1937, a União se impunha padronização de vencimentos a seus próprios servidores, idêntica, em termos, aos que impunha, ou aceitava, ou ratificava, para Estados Membros. O que se cancelou, isto sim — foi a articulação obrigatória com os órgãos da administração federal, conforme a referência do art. 1.^o, § 2.^o do citado Dec.-lei n.º 5.527. Ao tempo, entretanto, tal parágrafo fazia da União o que fôsse dos Estados, desde que ela mandasse que antes fizessem. Resta examinar a situação jurídica consumada em favor dos autores, isto é, os denominados direitos adquiridos, garantidos pela própria Constituição vigente (art. 141, § 3.^o). Não persiste, embora, o Dec.-lei n.º 5.527; seus efeitos produzidos persistem e não podiam ser cancelados do patrimônio dos particulares pois que inclusive os públicos individuais subjetivos, a objetivarem-se, se adquirem mediante ato que pode ser do adquirente, ou de outrem. No caso, tal aquisição nasceu da lei editada, com inteira validade na data em que surgiu, e, como fato integrativo, de duas circunstâncias provadas nestes autos: uma, porque os autores mantiveram e mantêm suas posições de funcionários públicos federais; outra, porque os de iguais categoria e função no Estado de S. Paulo, tiveram aumento de vencimentos encampados pela ré, a própria União — aumentos que os autores não conseguiram, administrativamente, apesar do direito apurado. E tais aumentos são dos que se dizem atuais porque completamente adquiridos, não se confundindo com os futuros, ou aqueles cuja aquisição não se acabara de apurar. Não entra em linha de conta, muito menos, qualquer idéia de direito definido, futuro, porque sua aquisição não prendia somente de arbitrio dos autores como sujeitos dêles; e, menos ainda, de direito futuro, não deferido, porquanto não se subordinava a fatos ou condições fá-líveis, que se não houvessem realizado em concreto. Adquiridos, persistiram. Nem leis posteriores poderiam cancelar êsses direitos já realizados, ou concretizados, porque a isso se opunha e se opõe a regra garantidora do § 3.^o do art. 141 da Constituição. A Sentença de 1.^a instância, porém, ficou incompleta, pois não deu aos autores os atrasados pedidos. Ora, se o direito existia, se era certo e não foi criado, mas reconhecido pela sentença e se o excluiu a ré, o termo inicial reivindicatório recua à data própria, que é a indicada na inicial, que ficou dentro dos cinco anos anteriores. "O que caracteriza o direito é a garantia, a segurança", frizam mestres, entre os quais Pontes de Miranda. (Sistema de Ciência Positiva do Direito, pág. 214), o que é diverso da coação como característica: "segurança das situações atuais", bem assim "no mudar de situação, garantia nas expectativas e nas variações". Investigando-se, indutivamente, um caso como o de que tratam os autos, vê-se, através da lei, e, por vêzes, a despeito dela, "a regra que deve ser aplicada". (A. e ap. cit. p. 285). Não considero, pois, na hipótese, a idéia de ato condição que impeça o largo reconhecimento do direito pelo passado, certo que a retroação não vai além do decreto-lei analisado, nem dos cinco anos anteriores ao aforamento da lide. Pelo exposto, pois, dou provimento à apelação dos autores para o fim especificado, mantendo, no mais, a sentença, extensiva aos litisconsortes a situação reconhecida".

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negou-se provimento ao recurso, vencido o Sr. Ministro Cunha Vasconcellos. Não tomou parte no julgamento, por motivo justificado o Sr. Ministro Elmano Cruz. O Sr. Ministro Aguiar Dias votou de acôrdo com o Relator.

1.^a Turma

APELAÇÃO CÍVEL N.º 4.733

(Distrito Federal)

Funcionários públicos federais — No regime centralizador da Carta de 1937, não podiam perceber vencimentos inferiores aos dos servidores estaduais e municipais de funções análogas — Se, desobedecendo a isso Estado ou Município, aumentasse a remuneração de seus servidores, a consequência só podia ser a compulsação, do recalcitrante, ao cumprimento da dita lei, não a contingência pretendida, de ter que elevar a União os proventos dos seus empregados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Apelação Cível n.º 4.733, do Distrito Federal, apelante *ex officio* o Juiz da Fazenda, apelantes voluntários a União Federal e Gil Figueiredo e outros, apelados os mesmos, etc.:

Acorda o Tribunal Federal de Recursos, 1.^a Turma, por unanimidade de votos, prover ao recurso de officio e à apelação da União Federal, para julgar improcedente a ação, ficando prejudicada, em consequência, a apelação dos autores, tudo na forma e pelos fundamentos do relatório e votos constantes de fls. 140 até 144 e 146 até 149. Custas na forma da lei.

Rio, 13 de abril de 1954. — *Macedo Ludolf*, Presidente. *Djalma da Cunha Mello*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro *Djalma da Cunha Mello* — A sentença apelada consta de fls. 121 até 123 e está assim redigida:

"... Gil de Figueiredo e mais outros 47 oficiais administrativos do Ministério da Aeronáutica propuzeram a presente ação ordinária contra a União Federal pleiteando equiparação de vencimentos a funcionários de igual carreira da Prefeitura do Distrito Federal e a outros, também de igual carreira, da parte Suplementar do Quadro III do Ministério da Viação e Obras Públicas, lotados no Departamento dos Correios e Telégrafos. Fundamentam a pretensão no Dec.-lei n.º 5.527, de 28-6-43, revigorado pelo de n.º 9.010, de

28/2/46, e Lei Municipal n.º 464, de 6/7/50, no que tange à equiparação aos vencimentos dos funcionários de idênticas categorias da Prefeitura do Distrito Federal, bem como invocam a Lei n.º 1.229, de 13/11/50, que alterou as carreiras do Quadro III do Ministério da Viação e Obras Públicas, Departamento dos Correios e Telégrafos, tudo ainda com base no art. 141, § 1.º da Constituição Federal. Dizem os AA. que ocupam cargos da carreira de Oficial Administrativo do Ministério da Aeronáutica com padrões de vencimentos que vão das letras "H" a "M", enquanto aqueles funcionários municipais e federais, também oficiais administrativos, tem suas carreiras padronizadas com vencimentos das letras "J" a "O" não se justificando, face ao princípio constitucional e ao art. 1.º do Decreto-lei n.º 5.527, citado, a desigualdade flagrante, eis que tanto os autores como aqueles outros oficiais administrativos têm funções iguais na administração pública. Defende-se a União, por seu ilustre doutor 1.º Procurador da República, alegando que no atual regime federativo brasileiro não há lugar para subordinação de entidades politicamente autônomas e ainda menos do Poder Federal ao local, de modo que a União não está obrigada a equiparar vencimentos de seus funcionários aos da Prefeitura do Distrito Federal, mesmo porque o Decreto-lei n.º 5.527, de 1943 proíbe aos Estados terem funcionários com vencimentos superiores aos de servidores da União com identidade, semelhança ou equivalência de funções. Por isso entende que, sem em vigor tal preceito, a Prefeitura seria quem estava desrespeitando a lei. Finaliza a contestação por afirmar que falta ao Poder Judiciário competência para fixar padrões de vencimentos, devendo assim ser julgada a ação improcedente. O processo se acha saneado a fls. 117 v. e 118, quando designada esta audiência de instrução e julgamento, à qual apenas compareceu o doutor advogado dos autores, que arrazoou o feito. E' o que me cumpre relatar a respeito do caso desenvolvido nestes autos. Pelo que se viu no relatório supra, afora a norma constitucional do art. 141, § 1.º, os AA. invocam dois fundamentos legais para justificar sua pretensão. O primeiro diz respeito ao Decreto-lei n.º 5.527, de 1943, revigorado pelo de n.º 9.010, de 28-2-1946. Acolho a defesa da União neste ponto, quando sustenta que não está subordinada às decisões ou atos do Poder Municipal, na organização política e administrativa nacional. Os Decretos-leis em apreço, na verdade, subordinam os Estados, Municípios, Territórios, a Prefeitura do Distrito Federal, as Autarquias, e os órgãos paraestatais, no que se relaciona com padronização de vencimentos de seus servidores, no mesmo nível dos servidores civis da União observada a identidade, semelhança ou equivalência de funções. *Data venia* — da opinião de outros julgadores, entendo que a subordinação do Prefeito do Distrito Federal ao Governo da União não existe ao ponto de responsabilizar esta pelos atos daquele. O Prefeito, se nomeado pelo Presidente da República, governa o Distrito com autonomia relativa, tanto mais quanto a legislação distrital está a cargo do órgão legislativo local. Passando ao exame do segundo fundamento do pedido, temos como certo de que o art. 141 § 1.º da Constituição determina a igualdade de todos perante a lei, ou seja, no dizer de Carlos Maximiliano, uma paridade de direitos numa correspondente paridade de condições, o que equivale a dar um tratamento igual a todos em idênticas condições. A União, efetivamente, com a Lei n.º 1.229, de 13 de no-

vembro de 1950, deu aos oficiais administrativos do Quadro III do Ministério da Viação e Obras Públicas, lotados no Departamento dos Correios e Telégrafos, vencimentos que vão das letras "J" a "O", embora passando-os do Quadro Permanente para o Quadro Suplementar. Anteriormente ao referido Decreto era absolutamente idêntica à dos AA. a situação daqueles Oficiais Administrativos beneficiados com a Lei n.º 1.229, então padronizados das letras "H" a "M", como é fácil de verificar pelo próprio Quadro constante da Tabela n.º XXXIV, anexa à referida Lei. O princípio da isonomia no campo do direito administrativo já se acha abundantemente consagrado, como se tem manifestado fartamente os julgados de primeira Instância e de nossos Tribunais. Antes mesmo de consagrado na atual Constituição, o princípio da igualdade jurídica já estava implantado no nosso Direito Constitucional. A regra da igualdade de vencimentos para idênticas funções, ou iguais atribuições, já vem sendo observada na administração pública, por força de lei, há mais de 20 anos; o Decreto n.º 5.022, de 28-12-1928, já ordenava a igualdade de vencimentos para os cargos de iguais atribuições, nas diversas repartições federais. Não se pode pôr em dúvida de que as atribuições, as funções e as responsabilidades dos Oficiais Administrativos do Ministério da Aeronáutica são idênticas às dos Oficiais Administrativos do Ministério da Viação e Obras Públicas e de outros Ministérios da União. A própria designação do cargo assim indica. Nestas condições, temos de reconhecer aos AA., os mesmos direitos dados pela Lei n.º 1.229, de 13 de novembro de 1950, aos Oficiais Administrativos do Quadro III do Ministério da Viação e Obras Públicas, parte Suplementar, lotados no Departamento dos Correios e Telégrafos, inclusive quanto aos vencimentos a partir da data em que foram concedidos aumentos decorrentes da nova padronização das letras "J" a "O" aos mencionados Oficiais Administrativos daquele quadro. Assim considerando e atendendo ao mais que consta dos autos, Julgo Procedente a ação e condeno a União Federal a fazer as apostilas nos títulos de nomeação dos AA; e a pagar as diferenças de vencimentos atrasados, juros da mora a partir da citação e custas, nos termos do pedido, excluídos honorários de advogado, eis que a ré não se houve com culpa, tanto assim que não consta lhe tenha sido feita qualquer reclamação administrativa a respeito do caso. Recorro de ofício para o Egrégio Tribunal Federal de Recursos."

Os autores apelaram, alegando: (lê). .

Também apelou a União: (lê).

Recebidas as apelações foram a seguir contrarrazoadas: (lê).

Subindo os autos, deles se deu vista á Subprocuradoria Geral da República, que assim se externou acerca:

"A M. Sentença a fls. 121-123 está fadada, seguramente, à reforma total, desde que deu aplicação, data venia indevida, ao princípio de isonomia consagrado no artigo 141, parágrafo 1.º, da Constituição.

Ao propósito é, já agora, torrencial e tranqüila a Jurisprudência do Colendo Tribunal, firmada ainda uma vez no julgamento unânime de ontem, no Recurso de Mandado de Segurança n.º 2.866.

Não valem, portanto, neste passo, considerações de maior.

Incabível o acêno àquele postulado constitucional, incabível, igualmente, é, por motivos vastamente conhecidos, o apelo dos AA. — aliás desacolhido na

M. Sentença, — no Dec-lei 5.527, de 28/6/43, reduzido às suas verdadeiras proporções desde o julgamento dos Embargos da União nos autos de Apelação Cível n.º 2.499.

Insiste a Apelação de fls. 124 na prevalência dos efeitos que atribuem àquele diploma.

Nesse particular, não merece conhecimento, desde que, favorável como lhes foi a Sentença, não podiam os AA. recorrer da mesma. O recurso não visa, portanto, a obter nova decisão, mas decisão acrescida de outro fundamento, o que é inadmissível.

E quanto à pretensão de honorários não haveria o que dizer, ainda que remota se apresentasse a possibilidade de confirmar-se a procedência da ação. Mas nem isso acontece."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Djalma da Cunha Mello — A situação tipo em julgamento coincide plenamente com a da lide sôbre que versava a Apelação Cível n.º 2.499, decidida por esta Turma em 6 de março de 1951. Proferi, então, êste voto:

Conheço do recurso *ex-officio* e dou ao mesmo provimento, para julgar improcedente a ação. Os Estados que integram a Federação não estão impedidos de fixar os vencimentos do seu funcionalismo, ou ao menos restritos nessa fixação. Veja-se ao propósito o art. 18 da Lei das Leis. Nem a União tem que pagar a seus empregados considerando o que percebem pelo exercício de funções idênticas os servidores estaduais e municipais. A triste exceção tida no § 3.º do art. 26 da Constituição já foi tirada de curso, já foi pelos meios regulares, legítimos, cancelada. O Decreto-lei n.º 5.527, de 28 de maio de 1943, conduzido com o regime centralizador da Carta de 1937, não resistiu ao clima da Constituição de 1946. Mesmo êsse decreto vedava ao Estado-membro remunerar seus servidores com proventos melhores do que os percebidos pelos servidores de funções idênticas no quadro da Administração Federal, obrigava o Estado-membro a guardar conformidade, no concernente, com os padrões de vencimentos federais, não pode ser convocado para produzir o efeito oposto, ou seja, para compulsar a União a reajustar os vencimentos de seus servidores na base do que recebem os funcionários de serviços estaduais e municipais equivalentes. O que o recorrido pretende é portanto uma inversão do problema. Se a União estabeleceu no seu direito positivo do regime da Constituição de 1937, que o Estado não poderia dar vencimentos superiores, para os seus servidores, aos estabelecidos pela União para os cargos de igual categoria, da mesma nomenclatura, constatando-se inobservância o Estado é que seria compelido a baixar êsses vencimentos, não a União a elevar os seus. O contrário representaria uma compreensão inferior da situação do Estado federal em face dos Estados integrantes da federação. Por outro lado, também não é o Judiciário o órgão incumbido de aumentar vencimentos. Cresce, desenvolve-se, hoje, no País, uma doutrina nesse sentido: os aumentos de vencimentos estabelecidos pelo Judiciário. Não estou por ela. Pela Constituição, art. 65, parte geral e inciso IV, quem fixa vencimentos é o Legislativo, não o Judiciário. Como conseqüência do exposto, tenho como prejudicado o recurso voluntário dos autores.

Com base nesse voto, dou provimento às apelações necessária e voluntária, para haver como improcedente a demanda, ficando prejudicada, em consequência, a apelação dos autores.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Deram provimento, unânimemente, ao recurso de officio e apelação da União, ficando prejudicada a dos autores. Votaram de acôrdo com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Revisor e Macedo Ludolf.