

No voto do Exmo. Sr. Ministro Alfredo Bernardes ainda se observa:

“Por demais, como bem ressalta a sentença apelada, os créditos dos ministérios militares são automaticamente registrados no Tribunal de Contas, e, ainda, as obras contratadas, fazendo parte, como faziam, do “Plano Especial de Obras Públicas e Aparelhamento da Defesa Nacional”, instituído pelo Decreto-lei n.º 1.058, de 19 de janeiro de 1939, escapavam ao contróle do Tribunal de Contas, *ex vi* da Portaria n.º 35, de 28 de março de 1942, do próprio Tribunal”.

Na arguição do recorrente vai aí mais uma violação da lei, pois o ajuste é anterior ao Decreto-lei n.º 1.058, de 19 de janeiro de 1939.

Trata-se, porém, apenas de um dos fundamentos do duto voto vencedor do Exmo. Sr. Ministro Alfredo Bernardes.

A objeção não alcança todo o argumento e diz respeito à questão de entrada em vigor de lei, sobre que não ocorreu pré-questionamento nos autos.

E o Plano Especial, ao que se alega a fls., instituído anteriormente ao ajuste.

O caso não comporta o apêlo extremo pela letra *a*. E porque não se haja demonstrado que as espécies versadas nos arestos indicados como exemplares do dissídio, paragonáveis sejam à dos autos, deixo, preliminarmente, de conhecer do recurso.

VOTO

O Sr. Ministro *Rocha Lagôa*: Snr. presidente, conheço do recurso e lhe nego provimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: não conheceram do recurso, manifestando-se vencido o Sr. Ministro *Rocha Lagôa*.

Deixou de comparacer o Exmo. Sr. Ministro *Edgar Costa*, por se achar afastado, em exercício no Tribunal Superior Eleitoral sendo substituído, pelo Exmo. Sr. Ministro *Afrânio Costa*.

II — TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA GUANABARA

TRIBUNAL PLENO

APELAÇÃO CÍVEL N.º 12.659

Mandado de segurança. Incompetência ratione materiae, preliminar desprezada. Motivos da rejeição.

Ilegalidade ad causam, preliminar que envolve o mérito. É essencial examinar, fixar, admitir o direito invocado, para, depois, saber se quem o alega é seu titular, isto é, o possui, líquido e certo, incontroverso. Quem recorre ao mandado de segurança deve ter direito próprio, ou seja individual, atual, perfeitamente definido.

Inteligência do art. 319, § 1.º do Cód. do Processo Civil. É, também, indispensável que, quem o invoca, pertença a uma categoria de pessoas indeterminadas, mas à qual compete o direito que,

PARECER DO PROCURADOR GERAL

- 1.º APELANTE: *Presidente da Câmara de Vereadores do Distrito Federal*
- 2.º APELANTE: *Mesa Diretora da Câmara do Distrito Federal*
- 1.º APELADO: *General Angelo Mendes de Moraes por si e na qualidade de Prefeito do Distrito Federal*
- 2.º APELADO: *Luiz Pinheiro Paes Leme*

Ação popular estatuída no art. 141, § 38 da Constituição Federal; 2 — Apelação — Prazo; 3 — Incompetência ratione materiae — Inexistência; 4 — Legitimidade ad causam — Litisconsórcio necessário; 5 — Gênese e evolução da ação no direito brasileiro; 6 — Auto-executividade do preceito constitucional; 7 — Rito processual; 8 — Objeto da ação — Atos administrativos de Assembléa Le-

então se individualiza naquêle que se destaca de seu grupo, de sua categoria, e vem a juízo.

O mero interesse moral, como a defesa de direito de terceiro, não ampara o mandado de segurança.

Direito subjetivo — sua expressão no caso concreto.

Inexistência do direito líquido e certo, ou de qualquer direito, em relação ao impetrante do mandado de segurança. O Judiciário não interfere no puro domínio da moral, nem dita normas de comportamento a outro Poder. Sentido do art. 76 do Código Civil. Ao Judiciário, por igual, não cabe apreciar em tese, e totalmente, a Resolução n.º 39 da Câmara de Vereadores do Distrito Federal, para dizer de sua imoralidade e desconveniência.

Mandado de segurança e ação popular, são inconciliáveis e não se podem confundir num mesmo processo. Menos ainda poderá o Juiz processar o mandado de segurança, deixando em apenso a ação popular, com a simples inicial, e por fim, julgando-a como se fôra o próprio mandado. Admitira-se o autor da ação popular, como assistente no mandado, e o impetrante dêste, em nenhuma hipótese, poderia ser considerado litisconsorte na ação, que não teve sequer andamento, e na qual se ataca ato que teve a colaboração do requerente do mandamus.

Atos que cabem no poder discricionário e sobre os quais não se exerce contróle judicial.

Não se examina o ato ou a lei em tese. Impõe-se o caso concreto, em que se apresenta a lesão do direito. Não se pleiteia contra a lei, mas contra o ato que viola a lei, ou fere direito, ou transgride a Constituição.

A presunção é, sempre, em favor da lei e da legalidade do ato, e na dúvida subsistem uma e outra.

gislativa; 9 — Pressupostos; ato nulo, ou anulável, e ato lesivo; 10 — Lesão do Patrimônio público; 11 — Nulidade de ato administrativo por desvio de poder e por violação de lei; 12 — Violação da Constituição; 13 — Inconstitucionalidade de Resolução Legislativa infringente do art. 186 da Constituição; 14 — Contróle jurisdicional de constitucionalidade de atos executivos e legislativos; 15 — Procedência da ação.

1. O vereador Dr. Luiz Pinheiro Paes Leme, fundado no art. 141, § 24, da Constituição Federal, impetrou mandado de segurança, a fim de que fôsse cassada, por imoral, inconstitucional e atentatória de direito líquido e certo do impetrante, a Resolução Legislativa n.º 39, de 30 de outubro de 1950, da Câmara de Vereadores do Distrito Federal.

O General Angelo Mendes de Moraes, a seu turno, Prefeito do Distrito Federal e ainda na qualidade de cidadão, fundado no

Ato administrativo e ato legislativo. Doutrina e complexidade do assunto. A criação de cargos públicos decorre, constitucionalmente, e sempre, de uma lei. Não foge a essa regra a organização das Secretarias das Casas Legislativas. É invariavelmente, uma lei que cria e extingue cargos, faz reestruturações e reformas, fixa vencimentos.

No exercício da competência privativa relativa à organização de suas Secretarias, exercendo, ainda, poder discricionário, não sofre o Legislativo qualquer restrição, nem interferência de outro Poder. Arguição de inconstitucionalidade, restrita ao art. 186 da Constituição. Seu descabimento na espécie pela razão óbvia de que se não acolhe a alegação, em tese, contra o ato ou a lei em si, sem o caso concreto, e ainda porque o ato da Câmara tem fundamento constitucional.

Ação popular, suas características. Impossibilidade de confundir-se com o mandado de segurança. É nula a sentença que a julgou, sem lhe dar processamento autônomo.

Disposição auto-aplicável, quais se devem entender. O § 38 do art. 141 não se inclui nessa categoria.

Questão que se controverte. Todavia, enquanto não regulamentada impõe-se a aplicação do art. 291 do Código de Processo Civil, porque às partes e ao juiz não é permitido escolher ou traçar o rito às ações. Isto é preestabelecido em lei.

Relevância, pelo seu objeto e seus efeitos, da ação popular. Aspectos que foram assinalados por NELSON CARNEIRO, SEABRA FAGUNDES e PHILADELPHO AZEVEDO, notadamente êste, no que tange à responsabilidade civil, à solidariedade, à execução.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação, em que são apelantes, Presidente da Câmara de Vereadores do Distrito Federal e a Mesa Diretora da mesma Câmara e como apelados o Dr. Luiz Pinheiro Paes Leme e o General Angelo Mendes de Moraes, etc.;

art. 141, §§ 24 e 38 da Constituição Federal, propôs ação popular com rito de mandado de segurança, para o fim de ser decretada a “nulidade de todos os atos praticados conseqüentemente e cumulativamente às Resoluções n.ºs 39 e 40, inclusive as próprias”.

No R. Despacho de fls. 169 verso, o M. M. Dr. Raimundo Macedo, então em exercício, com incontestável fundamento nos arts. 116 e 155 do Código do Processo e atendendo a que havia conexão de pedido, induzindo unidade formal de julgamento, ordenou a cumulação dos processos, de decisão que não foi nem é objeto de controvérsia, não tendo sido contra a mesma impetrado qualquer recurso.

Na R. Sentença de fls. 171-176, o M. M. Dr. Geraldo Irineo Joffily, julgou procedente ambos os pedidos, como foram formula-

Acordam os juizes do Tribunal de Justiça, em sessão plena, por unanimidade em desprezar as preliminares argüidas, quanto à intempestividade e impropriedade dos recursos e incompetência *ratione materiae* e, por maioria, dar, como efetivamente dão, provimento às apelações para, reconhecendo a ilegitimidade *ad causam*, relativamente ao apelado Luiz Paes Leme, cassar a segurança que lhe foi concedida, visto que não é o mesmo titular de direito amparado pelo *mandamus*; e, anular, como anulam, a sentença apelada em parte que se refere à ação popular, julgada como se fôra mandado de segurança, cumprindo ao Juiz processá-la e julgá-la, como fôr de direito.

Está a fls. 279 o extenso relatório da causa, que se adota, como roteiro da decisão, pois que ali se expõem os fatos e as alegações, tais como existem no processo e nada foi omitido, que pudesse interessar à discussão.

Argui-se, preliminarmente, assim, a intempestividade dos recursos interpostos, como a sua impropriedade. Englobam-se, porém, os assuntos.

Foram interpostas apelações. Entendem, porém, os apelados, que se trata do recurso em sentido estrito. E, por isto, teriam sido manifestados fora do prazo.

Antolha-se-nos o contrário, isto é, o recurso adequado é o de apelação, conforme jurisprudência dêste Tribunal.

É de advertir, então, no que respeita à tempestividade que, recurso ou apelação, estariam ambos, rigorosamente, no prazo, visto como êste se conta da data da publicação da sentença, o que ocorrera em 25 de Janeiro. Ora, um recurso fôra interposto no dia 24 de Janeiro, e outro em 1.º de Fevereiro.

Se o prazo fôsse de cinco dias, teríamos de atender ao que dispõe o art. 27 do Código de Processo Civil excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o de vencimento. Em caíndo o último dia em feriado, dilata-se ou prorroga-se até o dia útil, que se seguir. Destarte, o prazo de 5 dias iria até 30, inclusive.

Em se tratando de apelação, o prazo é de 15 dias, e somente se escoaria em 10 de fevereiro.

dos, reconhecendo a nulidade de todos os atos praticados em consequência das Resoluções n.ºs 39 e 40.

Dessa R. decisão recorreram o Presidente da Câmara do Distrito Federal (fls. 193) e a Mesa Diretora da mesma Câmara (fls. 210).

2. Não procede, a nosso vêr, a preliminar suscitada pelo 2.º Recorrido (fls. 217) de serem intempestivos os recursos manifestados.

O início do prazo no caso, que é o presente, em que a sentença não é proferida em audiência de instrução e julgamento, é marcado, no Distrito Federal, pela publicação dela no "Diário da Justiça" (Código de Processo Civil, arts. 28, 168, § 1.º, e 812).

Assim, se a R. sentença só foi publicada em 25 de janeiro, como afirma o próprio Recorrido a fls. 218, só dessa data começou a fluir o prazo legal para recorrer. E, se os recursos foram ma-

É de lembrar, ainda, que o art. 393 do Código de Organização Judiciária dispõe sobre os prazos, dilatando-os, enquanto o *Diário de Justiça* fôr publicado à tarde.

Isto posto, preliminarmente, são conhecidos ambos os recursos como apelações.

E não se creia que melhor sorte tenha a segunda preliminar, relativa à incompetência *ratione materiae*, do Juiz que proferiu a decisão recorrida. Também se rejeita.

Pretende-se que a Vara da Fazenda Pública não é privativa para mandados de segurança da natureza do que estamos julgando. Não nos inclinamos a esta solução, visto como, à época, aquela Vara era competente para julgar as causas contra atos da autoridade municipal, inclusive mandados de segurança. O assunto tornou-se pacífico e se não distinguíam entre causas ou demandas que coubessem naquela competência exclusiva, e as que se deferem à competência comum ou ordinária. Não se trata, é bem de ver, de um privilégio de fôro, senão de uma especialização, que está arrimada, precisamente, ao princípio *ratione materiae*.

Nem se objeta que, na espécie, não há, pròpriamente, autoridade municipal, contra a qual se impetre a medida, mas existe, isto sim, um Poder, ou o Presidente de uma Assembléia ou Câmara — entidade política — contra quem é o mandado requerido. Isso não importa ao caso, pois que, de qualquer maneira, o mandado de segurança visa a uma entidade de direito público e de âmbito municipal. A Câmara Legislativa estava sujeita, nesse particular, àquela jurisdição, em sendo demandada, da mesma sorte que o estava o Prefeito, que é o Executivo Municipal. A ação, como o mandado de segurança, embora endereçada a determinada autoridade ou mesmo ao Legislativo, interessa à Municipalidade do Distrito Federal, e êste como qualquer unidade da Federação, está na esfera da União (art. 1.º, § 1.º da Constituição Federal).

O que se apresenta como terceira preliminar, tomando-lhe a roupagem vistosa, é, inevitavelmente, matéria que se penetre do mérito, e da tal jeito

nifestados em 24 de janeiro (por antecipação) e em 1 de fevereiro (fls. 193 e 210), são oportunos, atendendo-se às regras prescritas no art. 27 do Código de Processo Civil e nos §§ 6.º e 7.º do art. 393 do Código de Organização Judiciária, e ainda aceitando a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal, segundo a qual o recurso cabível é o recurso estrito do art. 11 da Lei n.º 191 com o prazo de cinco (5) dias, e não o de apelação. (LUIZ MACHADO GUIMARÃES, *Comentário ao Código de Processo Civil*, 1942, v.º IV, n.º 362, página 353; *Arquivo Judiciário*, v.º 96, págs. 11, 206, 208 e 355).

3. Improcede, do mesmo modo, a preliminar articulada pelos Recorrentes, ao vêr dos quais nulo é o processo por incompetência *ratione materiae* do Juízo Julgador.

Basta recordar a competência límpida e insofismável das Varas da Fazenda Pública para processar e julgar, não só as causas em

com êle se identifica e mistura, que se torna impossível discutir a arguição, sem uma incursão no que constitui o pedido mesmo, o fundo da questão, a substância do mandado.

Assim, vejamos que se argui a ilegalidade do vereador Paes Leme, para impetrar o mandado de segurança, uma vez que não tem êle direito subjetivo líquido e certo, ameaçado ou violado, pelo ato do legislativo, que é objetivado no *mandamus*.

Da mesma sorte, diz-se, não tem qualidade para estar em Juízo, na ação popular, o General Angelo Mendes de Moraes, Prefeito do Distrito Federal.

É claro, de uma claridade que incomoda, que antes de indagar quem é o titular do direito que se invoca, cumpre averiguar qual o direito invocado, se êle existe e se reveste aquêles pressupostos de certeza e liquidez, que justificam a proteção pelo mandado de segurança, no caso de ter sido violado ou achar-se ameaçado. Mostra-se impossível a dissociação dessas questões, afim de decidir, preliminarmente, se o vereador Paes Leme, é ou não parte legítima.

Ao ilustre Dr. Sub-Procurador no seu esmeradíssimo parecer afigura-se muito simples a hipótese, que a juízo seu, não dará ansa a controvérsia. Isto porque na opinião do então Procurador da República, hoje Ministro LUIS GALLOTTI a legitimidade *ad causam* tem assento no § 1.º do art. 319 do Código de Processo Civil. Essa legitimidade consiste na prova do caráter legal do autor ou do réu, em Juízo. Quem invoca um direito deve demonstrar que é seu titular e, como tal, pode propor a ação ou contestá-la.

O art. 319 estatui que, quando o direito ameaçado ou violado, couber a uma categoria de pessoas indeterminadas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança. A lei atinge todos que se compreendem na mesma categoria, porque são elos da mesma cadeia.

Até aí nenhuma objeção procederia. Estaríamos todos de acôrdo, uma vez que se procura resolver a questão pela questão ou seja a legitimidade pelo que está expresso na lei: ocorrendo o que a lei exige há legitimidade. Mas, resta apurar o sentido da expressão — categoria de pessoas indeterminadas — e se nela se inclui, inequivocamente, quem postula, ou seja o Vereador

que a Fazenda Pública do Distrito Federal fôr interessada, como também os mandados de segurança contra atos das autoridades municipais, para logo e logo concluir que essa prejudicial só poderia ter sido argüida no pórtico do recurso com o escopo único de subtrair do exame do julgador o mérito da causa.

4. Há ainda a preliminar da ilegitimidade de parte do vereador impetrante para requerer o *mandamus*. Sustentam, com efeito, os recorrentes ser êle parte ilegítima para pedir a segurança, por que “nenhum direito subjetivo, líquido e certo do impetrante está ameaçado ou foi vulnerado pelas resoluções malsinadas”.

Poder-se-ia replicar a essa prejudicial, sustentando, como já sustentou, certa feita, o Ministro LUIS GALLOTTI, quando Procurador

Paes Leme. O principal, pois, o fulcro da questão, é fixar a categoria de pessoas às quais se referem as Resoluções, e, depois, afirmar, com a consciência tranqüila, que nela se encontra o apelado.

O caso concreto, pois, é que permitirá a averiguação seguinte: 1.º qual o direito que compete a uma categoria de pessoas indeterminadas; 2.º se quem requer o mandado de segurança estará aí contemplado.

O direito seria o referente à condição do funcionário público da Secretaria da Câmara, e o apelado não é funcionário daquela Secretaria.

É pacífico que somente poderá requerer mandado de segurança o titular do direito. O interêsse de agir é a *ratio agendi*, que se não confunde com a capacidade para estar em juízo.

Qualquer pessoa, embora indeterminada, ou seja não expressamente mencionada, nominalmente referida, mas pertencente a uma classe, a um grupo, a uma categoria, poderá usar do mandado, mas é obrigada a demonstrar que *seu direito* líquido e certo fôra ferido pelo ato do Poder Público, precisamente, porque *êsse seu direito* é o mesmo que assiste a todos, naquela classe, naquele grupo, naquela categoria.

THEMISTOCLES CAVALCANTI doutrina: o princípio dominante, ainda aqui, é o mesmo do direito processual consagrado no art. 76 do Código Civil. A página 142 de sua apreciável obra aquêle jurista nos oferece exemplos persuasivos.

Se não contestaria que, sob êsse aspecto, titular de direito diz-se o mesmo sujeito de direito, aquêle que tem a personalidade civil, ou aptidão reconhecida pela ordem jurídica para exercer direitos e contrair obrigações. Não se trata, porém, de *capacidade civil*.

Se isso não é passível de controvérsia, resulta tranqüila, ainda, e por demais, que não bastará invocar o art. 319, mas é essencial provar a existência de *um direito* e a violação ou ameaça. O uso do mandado de segurança não pode, também, ser indeterminado, sem individualização. Nunca o foi; não o será.

É correntio na jurisprudência que só o titular de um direito líquido e certo pode impetrar o mandado de segurança, no qual *não se pleiteia*, mas

Geral da República, que a legitimidade *ad causam* do impetrante tem pleno assento no § 2.º do art. 319 do Código de Processo Civil, *ex-vi* do qual, “quando o direito ameaçado ou violado couber a uma categoria de pessoas indeterminadas, qualquer delas poderá requerer mandado de segurança”. (apud SEABRA FAGUNDES, *O Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 2.ª ed. 1950, n.º 69, nota 2, pág. 203).

Poder-se-ia, outrossim, invocar o apêlo jurisprudencial de V. Acórdão do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, prolatado em hipótese de acentuada paridade com a presente, e em que se concluiu que “o Vereador tem qualidade para pleitear a revogação, por meio de mandado de segurança, de ato manifestamente ilegal, decorrente da aplicação de *Resolução* votada pela Câmara Municipal de que faz parte e sancionada pelo Prefeito”. (Ac. da 4.ª Câmara

exibe-se logo o direito a ser defendido, como assinalara o Dr. Procurador Geral da República no Mandado de Segurança n.º 1.000.

É de primeira intuição que as pessoas visadas por êsses atos — as Resoluções Legislativas — poderiam ter direitos violados, isto é, os funcionários da Secretaria da Câmara, já existentes ao tempo da reestruturação, se atingidos pelas nomeações, promoções, transferências, teriam qualidade para recorrer à Justiça, que então examinaria o seu caso à luz do direito e da jurisprudência, que é, aliás, severa no que respeita a atos envolvendo o poder discricionário.

Todavia, a êsses que eram funcionários, se poderia atribuir um direito do qual seriam titulares, e se lhes facultaria assim, usar o mandado de segurança em nome e no interesse próprio — *rerum in iudicium deducto* — pois que caberia à Justiça examinar a ilegalidade do ato ou a incompetência de quem o praticou.

Está-se a ver que, mesmo em face do art. 319, quando alguém vem a juízo, seja nas ações comuns, seja no mandado de segurança, deve ser titular de um direito, e direito evidente, palpável, capaz de merecer a proteção legal.

Seria um rematado absurdo supôr que, qualquer indivíduo, sem pertencer à categoria de pessoas destinatárias do ato ou atingidas pela lei, pudesse, por mero interesse cívico, moral, ou mesmo por um impulso de justiça social, invocar êsse art. 319 e pleitear o remédio legal, como patrono, advogado voluntário, e desinteressado de uma entidade política, de um Poder, pretendendo evitar escândalos, defender a sua moralidade, e elevá-lo no conceito público. Não; assim nunca se fizera ou entendera, e por mais que se haja abusado do mandado de segurança, ainda não atingimos essa anomalia ou singularidade, abandonando o campo jurídico e penetrando no domínio da moral ou da política.

Ninguém pode arrogar-se direitos que lhe não pertencem, nem vir a Juízo sem legitimidade *ad causam*.

Destarte, afirmamos que o impetrante não alegou, nem defende direito seu, violado ou ameaçado, assim como não pertence à categoria de funcionários da Secretaria da Câmara de Vereadores, que, no caso em debate, são

Cível na Apelação n.º 41.193, de 25 de abril de 1949, *in Revista dos Tribunais*, 180-631).

Mas não urge insistir nem debater a questão, porque ela já foi superada pela propositura posterior, no caso, da ação popular.

Admitindo, com efeito, *ad argumentandum tantum*, a falta de qualidade do vereador para o *mandamus*, não haveria, todavia, como recusar-lhe êsse atributo para a ação popular ajuizada, na qual lícito lhe é assumir posição litisconsorcial, com fundamento nos artigos 88 e 93 do Código do Processo Civil.

Se nos próprios termos do direito e da garantia individual inscritos no § 38 do art. 141 da Lei Fundamental, cabe a qualquer cidadão propôr aquêlo pleito, certo é, por via de consequência, como já observa SEABRA FAGUNDES, em magnífico estudo sobre a Ação

os que se acham em evidência, e por isto mesmo, seriam os únicos interessados diretos, abrangidos pela reestruturação decorrente da Resolução n.º 39. É inatendível o argumento que se apoia sem firmeza no art. 319 do Código de Processo Civil. Manifesta a equivocidade com que se usara dêle.

Não consta que haja alguém, com direitos absolutos *in abstracto*, capazes de enquadrá-los em toda e qualquer categoria de pessoas ou grupos, que possam ser prejudicados por atos do Poder Público. Seria criar a figura metamorfoseante de quem, a qualquer título, e a seu arbítrio, se diria sujeito de direito, que sob nenhum aspecto, legal e positivo, direta e pessoalmente lhe tocasse, adaptando-se a tôdas as situações.

Também, ao que nos parece, não é facultado a qualquer pessoa, sob pretexto de que tem *interesse moral e cívico*, vir a Juízo pleitear, por mandado de segurança, a anulação de atos da administração pública ou do poder Legislativo ou de qualquer de seus agentes ou representantes. Êste o ponto sensível, vivo, ativo da questão.

Extranho raciocínio aquêlo que semelhante coisa deduzisse do princípio processual a que se fizera menção (art. 319 § 1.º). Seria isso a vulneração de tudo quanto se há, secularmente, assentado em tema de aquisição, exercício e defesa de direitos.

CASTRO NUNES, ao examinar o assunto, oferece-nos um exemplo: “cinco indivíduos aprovados em concurso realizado para o provimento de uma determinada função pública e dentro do prazo de validade do mesmo, ocorrendo a vaga que deve ser, na forma da lei, preenchida por um dos cinco à escolha do Governo, sucede que êste provê com pessoa diversa. Um dos cinco é atingido. Não se dirá que, individualmente, êste ou aquêlo, seja o nomeado, mas os cinco têm direito a que dentre êles seja escolhido um”.

Imaginemos, aproveitando êsse exemplo, que o apelado, que não estava entre os cinco, alegando a ilegalidade ou mesmo a inconstitucionalidade daquêlo provimento, impetrasse o mandado de segurança, para invalidar o ato de nomeação. Estaria êle naquela categoria de pessoas indeterminadas — os cinco que fizeram o concurso? Não. E como poderia requerer o *mandamus*, na defesa de direitos de terceiros?

Popular, que “Qualquer Membro da Comunidade que esteja em situação jurídica igual à do Autor poderá intervir na demanda, pois, quando a interferência se não justificasse pela “comunhão de interesses”, explicar-se-ia pela influência da sentença em relações jurídicas de que participa, como parte da coletividade, o terceiro. Com a intervenção se pode reforçar, dentro do processo, o ponto-de-vista da coletividade, defendendo-o melhor e produzindo prova mais completa. Como, também, se pode obstar que o abandono da lide pelo Autor a leve à perempção, evitando-se que a sua negligência ou malícia cause dano à coisa pública”. (*Revista Forense*, 112-12).

Igualmente, NELSON CARNEIRO, em erudita e recente dissertação com que concorreu à livre docência na Faculdade de Direito da

No parecer n.º 664, sobre Mandado de Segurança, que no momento, transita no Senado, e já aprovado, se inclui a hipótese em que a defesa de direito violado ou ameaçado interesse a mais de uma pessoa. Embora, ainda, não caiba a nenhuma, qualquer delas poderá ampará-lo mediante essa medida. Justifica-se essa emenda, precisamente, com um exemplo extraído da obra de CASTRO NUNES.

O § 1.º do art. 319 usa de uma redação que não propicia sofismas: *quando o direito... couber*. Logo, é indispensável que caiba, realmente, incontrovertidamente, à categoria de pessoas, na qual se encontra quem o alega.

O § 1.º do art. 6 da Lei n.º 191 já dispunha nesse sentido e se referia ao direito que se não tivesse *individualizado*. Existia, potencialmente. Era um direito que competia, *indeterminadamente*, a diversas pessoas e poderia, conseqüentemente, ser *individualizado*. É fundamental, em qualquer caso, de modo absoluto, que se invoque direito seu, ou de sua categoria.

Mais uma vez, CASTRO NUNES ajuda a solução, com a clareza que lhe é peculiar; a distinção constitucional tem por fim a tutela de direitos, para proteger direitos — direito que há de ser do próprio impetrante, e não *mero interesse*, admitida a diferença corrente na exposição da doutrina.

Se o que através êle o que se exercita é, sempre, um direito subjetivo *do particular* contra o poder público, tal direito só tem real existência, quando individualizado no titular, isto é, quando êste tenha *interesse direto na prestação*. É, pois um interesse tipicamente individual, ao contrário de interesse geral que é da substância da ação popular.

Não basta que fiquemos no puro terreno das abstrações, do indeterminado. Será mistér uma relação objetiva, uma concretização, uma projeção no titular do próprio direito, que se alega e para o qual se pede proteção.

Em suma, o direito não pode ser de terceiro, nem se pode pedir a segurança pelo mero interesse da lei, ilegalidade objetiva (*Mandado de Segurança*, in *Arquivo Judiciário*, vol. 40, pág. 501).

O princípio pacífico é que o autor deve ingressar em Juízo, com um interesse econômico ou moral, legítimo e atual. Essa é a legitimidade do sujeito ativo.

Bahia, observa: Nas ações populares civis, caracteriza-se, entre os diversos autores, um litisconsórcio unitário, que o Juiz — como ocorre com o passivo, no caso do art. 91, 1.ª parte, do Código de Processo Civil — decretará de ofício. Interessados que são todos os demandistas na solução da mesma relação jurídica, em idêntico pé de igualdade, justo será que, por força de preceito legal, obtenham a mesma sentença" (*Das Ações Populares Civis no Direito Brasileiro*, 1951, n.º 30, pág. 41).

5. Oriundas do Direito Romano, persistiram em nosso direito clássico as *populares actiones*, destinadas à defesa das coisas públicas, segundo o testemunho de CORRÊA TELES, LOBÃO, MANOEL INÁCIO CARVALHO DE MENDONÇA e JOÃO MENDES, invocados por

Não há direito sem titular. O direito é imanente à pessoa, que o adquire, exercita, conserva, transfere e defende. Quem o alega, porém, deve possuí-lo incontestemente.

Daí deduzimos, e de certo deduzirão outros, que bem pelo contrário, o Vereador Luiz Paes Leme nenhum direito líquido e certo possui, afim de merecer, como merecera, acolhida no pretório, através do mandado de segurança, que se concedera, pelo exposto, absolutamente desajudado de conteúdo. Incredibilíssimo é que haja obtido a segurança impetrada, nos termos em que fôra formulado o pedido, e com apóio num direito subjetivo que jamais existiu.

Assentariamos, talvez, em examinar a questão, diga-se por demasia, se êle figurasse entre os funcionários atingidos pelo ato legislativo, que, assim, diretamente, o prejudicara. Isto mesmo dependeria de outras circunstâncias, que deveriam ser apreciadas no caso concreto.

Nunca, porém, em se arvorando de patrono de um interesse moral, ou mesmo de possuidor desse interesse, e requerendo até contra os que foram, liberalmente, aquinhoados pelo ato combatido. Aí está a fio de prova inexistência de qualquer direito seu, vinculado nos efeitos e às conseqüências, ainda as mais remotas, daquela Resolução.

Em que pese a respeitável opinião do Dr. Sub-Procurador, não é aceitável o parecer do ilustre representante do M. P. quando diz que a questão de ilegitimidade estaria superada pela propositura da ação popular. O motivo jurídico, legal, lógico, dessa superação não se consegue identificar à superfície. Tenta-se, então, uma suposição: talvez que se tencione sustentar que a ação popular, precisamente, porque é *uma ação*, deveria absorver o mandado de segurança, tomar-lhe a posição, e, neste caso o Dr. Luiz Paes Leme ficaria, compulsoriamente, jungido a ela como aliado, que abdicava da invocação do direito próprio e pessoal, para ser considerado, apenas, um cidadão, o que não pedira, nem aceitara, tanto assim que, nas próprias razões de apelação perseverara no seu petítório, insiste nos seus argumentos, defende o seu ponto-de-vista. Compele-se, assim, sumariamente, o impetrante do mandado de segurança a uma posição que lhe não convém, nem pleiteou.

Aquela inferência, nos advém do fato de que no parecer mais se porfia, realmente, na defesa da ação popular, que o mandado de segurança, e nesta

PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, em excelente monografia (*Ensaio sobre a Ação Popular*, S. Paulo, 1939, n.º 10, pág. 29).

No Código Civil, a aprovação da restrição contida no § único do art. 76, defendida por CLÓVIS, não obstante os esforços em contrário de ANDRADE FIGUEIRA, importou, segundo a maioria dos Autores, na prescrição das referidas ações de nossas instituições civis. (CLÓVIS, *Comentários*, V.º II, observ. n.º 3, ao art. 76; Idem, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª Ed., 1929, § 72, pág. 359; ESPÍNOLA, *Manual Código Civil*, 1923, v.º III, parte 1.ª, n.º 24, pág. 132; Idem, *Anotações ao Código Civil*, 1918, v.º 1, n.º 124, pág. 219; JOÃO LUIZ ALVES, *Código Civil Anotado*, 2.ª ed., v.º 1.º, 1925; pág. 110;

primazia lobriga-se uma razão lógica para fixar o pensamento daquela superação. Eis, no entanto, uma controvérsia, excusada neste processo de mandado de segurança.

Se bem atina-se com a exatidão dos argumentos do digno Dr. Sub-Procurador, convém lembrar que o Dr. Luiz Paes Leme estaria desobrigado de provar a legitimidade *ad causam* no mandado de segurança, uma vez que poderia ser considerado *cidadão* na ação popular, proposta pelo General Mendes de Moraes.

Outrossim, em nenhum caso poderia ser obrigado a considerar-se parte na ação popular, a que não aderiu, sendo, ao invés, o General Mendes de Moraes, quem pediu para ser admitido como assistente no mandado de segurança, assistência que lhe fôra recusada (fls. 169) e, depois, na referência inexpressiva de um despacho, concedida.

Em ambos há que examinar, autônomoamente, a questão de legitimidade, pois que não nos parece que do fato de, em determinado feito alguém ser parte legítima, não se infere que, necessariamente, noutro, quem era ilegítima, por extensão, se torne legítima. Essa maleabilidade acomodatória ainda não vingou em processualística.

O Vereador Paes Leme só cuidou do mandado de segurança e sua intenção está manifestada com muita clareza. Não existe, em direito, essa faculdade do Juiz mudar a substância das coisas, compelindo o impetrante de mandado de segurança a considerar-se autor ou litisconsorte na ação popular, ação que, siquer, não teve processamento, como se evidenciará oportunamente.

A simples razão de reconhecer o despacho de fls. 169 v. que há conexão de pedidos, induzindo a unidade do julgamento, não será suficiente para proclamar a legitimidade do Vereador Paes Leme, ou lhe *atribuir direito próprio líquido e certo*, o que é a questão a resolver, primordialmente.

Se verdadeira a solução alvitrada pelo eminente Dr. Sub-Procurador teríamos duas inconseqüências. É a primeira que perderia seu objeto o mandado de segurança, que por um passe de mágica se transformaria em ação popular, mudando-se os fundamentos do pedido, compulsoriamente. A superação, se

FERREIRA COELHO, *Código Civil Comentado*, v.º VII, n.º 39, pág. 122; CARVALHO SANTOS, *Código Civil Interpretado*, v.º II, 2.ª ed., 1936, pág. 252; COSTA MANSO, *Votos e Acórdãos*, 1922, pág. 292).

A Constituição de 1934 as incluiu, porém, no art. 113, n.º 38, entre os princípios asseguradores dos direitos e garantias individuais. CLÓVIS manteve suas restrições, mas reconheceu o caráter democrático da ressurreição (*Arquivo Judiciário*, v.º 24, página E do suplemento).

A Constituição de 1937 não as manteve, do mesmo modo que as aboliu o regime autoritário italiano. (CINO VITTA, *Diritto Amministrativo*, 3.ª ed., 1949, v.º 1, pág. 197).

Ressurgiram, todavia, na Magna Carta de 1946, que, repelindo emenda supressiva de IVO DE AQUINO, como certifica o Desembar-

bem entendemos as coisas, nesta refutação concreta e bastante, equivaleria a fazer desaparecer o mandado em que Paes Leme quer e pede coisa diversa da ação popular. Esse processo de endosmose processual ainda não tem pro-sélitos.

Consistiria a segunda em que, sem se aperceber convenientemente, dos termos expressos e da parte conclusiva da sentença, o douto parecer não vislumbrou, o que era para ver, claramente, isto é, unificara-se de tal maneira o julgamento que, afinal, a decisão recorrida *considerou ambos os mandados de segurança, concedeu ambas as seguranças impetradas*, só atendeu a isto, somente a isto (fls. 176).

É de fácil averiguação. Diz a sentença apelada a fls. 176: "Por êsses motivos e na conformidade da parte final do despacho de fls. 174 julgo procedente *ambas as seguranças impetradas como foram requeridas*, reconhecendo a nulidade de todos os atos praticados em conseqüência das Resoluções 39 e 40." A referência ao final do despacho de fls. 174 deixara tudo no ar, pois que, nesse despacho, muita coisa se diz e alguma tradição se esboçara. É nêle que se reconhece a *autonomia dos pedidos*; que se determina o *processamento em separado*, o que se não fêz; ainda nêle se declara a *inexistência de conexão* de causas, e, por fim se remata na *conexão de pedidos*, cuja autonomia já se proclamara, de início. A unidade de julgamentos, fôra, no entanto, o que se tivera em mira.

É muito para notar que a ação popular ficara adstrita à inicial e figura em apenso ao mandado de segurança, sem qualquer processamento autônomo sem citação de todos os que foram mencionados como réus. A sentença apelada lhe reserva uma modestíssima referência, e única — aquela que se contém no relatório à pág. 171 e o despacho a fls. 2 do apenso.

De comum, entre os pedidos havia, apenas, o interesse de invalidar a Resolução n.º 39. Mas, por motivos substancialmente diferentes. Não obstante, mais algumas coisa se pretendia na ação popular — a nulidade também da Resolução n.º 40. No mandado, Paes Leme invocava o direito de pertencer a uma Câmara moralizada: era o interesse moral que inspirava o seu gesto. Na ação popular Mendes de Moraes, como cidadão, queria e quer anular atos lesivos do erário municipal, defendia o patrimônio. O despacho de fls. 169 v.

gador JOSÉ DUARTE (*A Constituição Brasileira de 1946*, III, páginas 62-63), assim as consagrou no § 38 do art. 141:

"Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista".

Genuína concepção democrática, incontestável manifestação de solidariedade social, garantia jurídica do cumprimento dos deveres estatais, a *actio popularis*, foi com precisão, definida pelo Prof. RECAREDO FERNANDEZ DE VELASCO, como a ação exercitada por

reconhece que não há conexão e *que são diversas as causas de pedir*. Vale atentar neste passo para julgar com acêrto.

Convenhamos em que tudo já vem muito confuso desde o início porque contaminado sobretudo da onda demagógica.

No nosso direito, o mandado de segurança não tem o caráter de ação popular, o que em outros países se reconhece, como na Espanha. Existe incompatibilidade manifesta e irritante entre ambos.

Basta considerar que, no mandado, se apresenta concretamente o direito líquido e certo, atual, individualizado, enquanto na ação se pleiteia um direito. Quem proclama, ainda, que se não confundem é o Venerando Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n.º 1.000, tendo como relator o eminente Ministro EDGARD COSTA. Nêsse mandado os requerentes se estribavam no § 38 do art. 141 da Constituição, pretendendo invalidar o ato legislativo, sob pretexto de ser lesivo ao patrimônio da União. Desde logo o ilustre Relator acentuou que não estava em causa direito subjetivo do requerente, mas de interesse geral.

Aliás advirta-se que o General Mendes de Morais, talvez temeroso do êxito da ação popular, formulara o pedido de assistência no mandado de segurança, porque havia estreita afinidade nas questões de fato e de direito (fls. 2 ap.). O Vereador Paes Leme nada pedira em relação à ação popular.

Releva observar mais uma vez que a ação popular jamais poderia influir na ilegitimidade de parte do Vereador Paes Leme. As partes têm autonomia no feito e cada uma deve ser legítima na causa que propõe, uma não comunica a outra a sua legitimidade ou ilegitimidade. A legitimidade *ad causam* não é líquido que se transfira de continente pela ação de vasos comunicantes.

É de bom alvitre ler o despacho do Dr. Juiz a fls. 169: "Há dois pedidos que diferem em seus fundamentos, não há conexão na causa de pedir, que é o que induz o litisconsórcio. Se diversos são os pedidos, diversos podem ser os julgamentos. São, portanto, autônomos os pedidos formulados pelas partes requerentes, *pelo que devem processar-se em separado*. Todavia, conquanto não haja litisconsórcio, e conseqüente *unidade do processo*, há um ponto comum na pretensão: o fim visado, o que exige *julgamento em conjunto*, pelo mesmo Juízo".

pessoa indeterminada contra a atuação que o Estado imprime aos serviços públicos. (*La Accion Popular en el Derecho Administrativo*, Madrid. 1920, pág. 51).

O eminente CARLOS MAXIMILIANO, depois de reavivar a definição de PAULO — "*eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur*", isto é, ação para amparar o direito próprio do povo —, depois de recordar o conceito sobre ela de JHERING — "*válido baluarte que o direito pode opôr contra a inércia e a má-fe por parte daqueles que presidem à coisa pública, — declara com a costumeira firmeza: "Em boa hora, portanto, a Constituição Brasileira de 1946 restabeleceu, no art. 141, § 38, do Estatuto fundamental, o prestígio do grande instituto judiciário liberal e mo-*

O mais principal de tôdas as coisas é que aceitar a superação do mandado de segurança pela ação popular, equivale a arbitrariamente preferir o feito que deve ter a proeminência. E supor que as partes legítimas em uma causa, o são em outras, é coisa singular que subverte tôda a processualística. O mandado de segurança foi distribuído em 11 de novembro de 1950 e despachado em 14, e a ação popular distribuída em 12 de janeiro de 1951.

Ainda é certo que o Dr. Sub-Procurador entende que admitida a ilegitimidade de parte em relação ao mandado, dar-se-ia o litisconsórcio necessário (art. 88 e 93 C. D. V.) na ação popular. Aqui o equívoco é gritante. O litisconsórcio necessário resulta da vinculação de muitos litigantes a uma lide pela comunhão de interesses ou resultado final. Não poderia haver litisconsórcio, que foi negado pelo despacho já examinado, e se houvesse não seria necessário porque somente o é aquêlo que assenta na comunhão de interesses — o que não existe no caso concreto.

Na espécie há considerar, ainda, que o General Angelo Mendes de Morais, sendo Prefeito, a quem competia cumprir a lei, na parte relativa ao pagamento, vem a Juízo, opor-se a essa mesma lei, a fim de anulando os seus efeitos, impedir, precisamente, o que reputa assás oneroso — o pagamento dos vencimentos fixados. Esse o ato lesivo do patrimônio. Aí, no entanto, desveste-se da qualidade de Prefeito, do caráter oficial, para pleitear como mero cidadão, mas, com essa atitude outra coisa, de certo não visava senão, encontrar uma fórmula para não cumprir a lei, ou para opor o que, como Prefeito não lhe era lícito: um veto à reestruturação.

É, sob êsse aspecto, uma fórmula original de que se vale o Executivo para investir contra o Legislativo. O cidadão investido de uma função pública, que significa o Executivo Municipal, quiçá não possa, assim, abstrair de seu cargo — no qual colabora com o Legislativo — para atacar, por ação, os atos dêsse Poder.

E inexistente comunhão de interesses, ainda, porque o Vereador Paes Leme deixara bem claro, nitidamente expresso o seu pensamento, que se fixa, antes de tudo, primacialmente, na esfera moral — qual seja o direito de pertencer a uma Câmara moralizada e defender o bom nome da Câmara dos Vereadores. Enquanto isso o General Mendes de Morais quer, por ação popular, a nulidade de atos lesivos do patrimônio municipal.

dernamente reintegrado na sua eficiência romana". (*Revista dos Tribunais*, 181 — 522).

Ação exercida por pessoa indeterminada, isto é, por qualquer cidadão (*quisque de populo*), como membro da comunidade e em defesa do interesse geral (*ut cives et universi*), e não particularmente, em prôl de interesse privado (*ut cives et singuli*).

Não há, portanto, falar aqui em ilegitimidade de parte se os Autores são dois cidadãos, dois simples cidadãos, transformados, para usar da expressão de BIELSA, em colaboradores, em processo de caráter público, do contrôle da legalidade política, e administrativa da ação estatal. (*Derecho Administrativo*, 4.^a ed., 1947, T IV,

Se é certo que ambos alegam a inconstitucionalidade da Resolução porque houve violação do artigo que determina a prestação de concurso, é bem de apurar-se que os fins visados e os fundamentos, são, palpavelmente, diferentes.

O autor da ação popular confessa-se, *individual ou particularmente interessado* na anulação, porém, estranho aos efeitos da Resolução n.º 39, que lhe não afeta os direitos. O Vereador Paes Leme invoca seu *direito subjetivo*, para atacar essa Resolução. O General Mendes de Moraes, não alega, senão, o interesse geral, que é da essência da ação popular.

Com isso tudo que lembramos e alinhamos, não tencionamos, senão, orientar o raciocínio para ir, logicamente, deduzindo no sentido de resolver as várias questões que se suscitam nestes autos num tropel de argumentos, procurando erigir de dificuldades a solução da espécie em exame.

A que escôpo visara o mandado de segurança? Está expresso que se pede a nulidade do ato legislativo, que se denomina Resolução n.º 39, segundo a qual se procedera à reestruturação do funcionalismo da Secretaria da Câmara Legislativa do Distrito Federal, daí decorrendo nomeações, promoções, transferências, aposentadorias e fixação de vencimentos. Há pluralidade de efeitos e não um só efeito. Fique isto muito claro, porque sem particularizar não será possível julgar com acerto.

Alega-se, então, como fundamento do pedido que êsse ato escandaloso e imoral comprometera a própria dignidade da Câmara e *não poderá subsistir por isso mesmo*. Eis aí, no seu principal aspecto — o *punctum pruviens*.

A pretensão está, assim, muito clara, em linguagem simples, embora veemente, na inicial de fls. 2. Diz, então, o impetrante com tôda a ênfase que *tem o direito de pertencer* a uma Câmara moralizada, conceituada perante a opinião pública, direito que o parecer do Dr. Procurador reconhece e proclama, ao ponto de declarar que, se lhe faltasse qualidade para o *mandamus*, não se lho poderia recusar à ação popular (fls. 247).

O ato denegriu a Câmara, vejam bem a expressão e acompanhem a consequência, e aquêles que o repeliram, achando-se moralmente habilitados para *repelir a ofensa*, podem recorrer ao mandado de segurança. *Daí o interesse*

n.º 872, nota 8, pág. 308; e *Estudos de Derecho Publico*, 1950, vol. 1, pág. 1952).

6. Não nos parece ter fundamento a advertência, de que o princípio constitucional não é ainda aplicável, porque depende de regulamentação por lei ordinária.

Outra tem sido, em verdade, a conclusão, a que têm chegado a doutrina e a jurisprudência.

O saudoso Ministro PHILADELPHO AZEVEDO, analisando o mesmo princípio inserto na Carta Magna de 1934, já dizia: *“ainda que não interdita por falta de regulamentação, como ficou demonstrado na hipótese análoga do mandado de segurança, desde logo empregado em profusão, fôrça é reconhecer que a ação popular só será freqüentemente exercida, quando o Poder Legislativo minudar os seus requisitos, forma e efeitos, em lei especial, semelhante à de*

moral do impetrante em resguardar seu próprio nome. Nada mais seria mister para caracterizar e definir a pretensão do apelado.

Depois, é que se argui a inconstitucionalidade daquela mesma Resolução n.º 39 (fls. 6), porque violava a Constituição e a Lei Orgânica, esta no art. 34 e aquela no art. 186.

A um relance de olhos se evidencia que nenhum direito ampara o requerente. Atalhando ao sofisma diremos que não nos podemos capacitar de que a qualidade de Vereador, ainda que dos mais solícitos e incansáveis no zêlo da coisa pública, lhe outorgue essa faculdade de pedir aos Tribunais que lhe garantam o direito de ser digno e honrado, como membro de uma Câmara moralizada ou seja o direito de pedir à Justiça que imponha àquela corporação política, que é um Poder, um comportamento que seja compatível com o conceito de dignidade que o requerente entende ser o único compatível com a moralidade própria, pessoal.

Essa parte estaria, puramente, no âmbito da moral e, ajuizá-la, com pretensão de obter êxito, se não é temeridade, constitui uma sigularidade a que não nos inclinariamos, em nenhuma hipótese, por mais entranhado que fôsse o nosso espírito cívico, lobrigando na espécie, realmente, um escândalo jamais visto. A Justiça seria, então, necessária a recepção de um critério de moralidade, mas ela nada tem a ver com a regulação da conduta humana, segundo os preceitos de ética que preferir, e, muito menos, lhe cumpriria influir na atuação de um Poder, com o escôpo de acomodá-lo a procedimentos morais. Nenhum desconchavo se mostraria maior do que preocuparmo-nos com estudos de psicologia coletiva e de ética para traçar regras ou ditar orientação ao Legislativo, que só deve contas ao povo que o elegeu.

Menos, ainda, nos compenetrarmos de que lhe assiste, a êle Paes Leme, direito líquido e certo, ou qualquer direito, mesmo difuso e sombreado, para pleitear a nulidade de ato legislativo ou mesmo administrativo, do qual, atual ou remotamente, direta e pessoalmente, lhe advenha algum prejuízo, ou qualquer dano. A razão é óbvia: *êle não é interessado nesses atos*, dos quais participou, votando, embora, contra a Resolução. Não pertence a uma categoria indeterminada de pessoas à qual afetem êsses atos.

n.º 196, que prescreveu normas processuais para o mandado assegurado de direitos líquidos e certos”. (*Arquivo Judiciário* v.º 42, página 47, suplem.).

THEMÍSTOCLES CAVALCANTI assera incisivamente: “O § 38 institui a ação popular. O preceito é de aplicação imediata, auto executório. Não depende para o seu cumprimento, de regulamentação legal, o que, evidentemente, não exclui qualquer iniciativa legislativa nesse sentido”. (*A Constituição Federal Comentada*, 1949, v.º III, página 265).

No julgamento do Mandado de Segurança n.º 1.000, em 28 de setembro de 1949, os Ministros EDGAR COSTA, HAHNEMANN GUIMARÃES, RIBEIRO DA COSTA e OROZIMBO NONATO deixaram claro

O Ministro ABNER VASCONCELLOS, no Mandado de Segurança requerido por Jamil Kantúk ao V. Supremo Tribunal Federal, indeferiu liminarmente o pedido por sua inaplicabilidade ao interesse que se pretendia resguardar.

Disse o insigne juiz nesse despacho que, quem requer o mandado *deve ser possuidor de um direito incontroverso*. Não o justifica o fato de a Constituição declarar no art. 141, § 38 que qualquer cidadão é parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União. Neste caso, concebe-se o interesse moral do art. 76 do Cód. Civ. Mas, entre a *ação proposta, sob esse caráter e o mandado de segurança, visando o mesmo fim, não há paridade. Este recurso não substitui o outro*. Pressupõe o primeiro, com toda liquidez, uma *relação jurídica própria* de quem requer a medida excepcional. O interesse público *não se particulariza como pertencente ao patrimônio individual*, capaz de se enfeixar na órbita restrita do mandado de segurança (M.S. n.º 158 — 2.ª ed.). Esse despacho, juridicamente certo, vale uma lição.

O controle judicial, sem pretensões de usurpações, não se poderia exercer, no caso concreto, e sequer não comportaria um mais detido exame, pois que se alega direito líquido e certo sem que haja, da parte de quem o argui, a qualidade de titular de um direito, que lhe dê esse acesso ao pretório.

A não ser, com efeito, assim, teríamos de acolher os mais disparatados pedidos, e as pretensões mais extravagantes, que se acobertassem sob a etiqueta de *direito líquido e certo*. O mandado de segurança deixaria de ser uma medida excepcional e constitucional, de grande alcance, para se constituir uma panacéia.

Não nos passara despercebido que se aduz ter o Vereador Paes Leme legitimidade para pedir o mandado de segurança, porque tem *um direito subjetivo*. A proposição por si só nada exprime. Pediria demonstração.

Exposta, aí, uma confusão a que não queremos aderir, com a cumplicidade do silêncio. A que vem essa referência enfática ao direito, em relação a quem não se mostra titular de nenhum *direito enquadrável no remedium juris*? A vara mágica é que faz aparentemente do que não é, o que é.

Fala-se em direito subjetivo, como se isso fôra um pronto alívio para todos os males ou um conceito que se amoldasse, ao sabor dos interesses, a qualquer situação.

o sentir de ser a norma constitucional auto-exequível, se *self-executing* (Arquivo Judiciário, 93-161).

O próprio Desembargador ANTÃO DE MORAES, afirmando embora que “o direito de propôr ação popular depende de regulamentação, não pode deixar de reconhecer, em indistigável contradição com essa conclusão, que “as garantias constitucionais são de execução imediata”. (*Rev. Dir. Administrativo*, 16-327). Os princípios consagradores dos direitos e garantias dos cidadãos não podem cair em negro esquecimento e eterno sono, embalados pela indiferença, pelo comodismo, pela transigência e pela irresponsabilidade. Se alguma invocação urge aqui fazer são as palavras de ALCORTA:

Direito subjetivo nada tem a ver com a noção filosófica do subjetivo. Direito subjetivo significa que corresponde a um sujeito, no qual se reconhece aptidão para determinar-se a vontade para exercer sua determinação no campo jurídico. Se corresponde a um sujeito, é um direito que pertence a alguém, que é seu titular, não só por ser uma entidade jurídica à qual se lhe pode atribuir, como por ser uma personalidade moral, consciente e responsável de seus atos.

Direito subjetivo, que é um conceito individualista, exprime a faculdade que todos os indivíduos têm para agir — *facultas agendi* — ao contrário do direito objetivo que é a *norma agendi*.

Quando declaramos ser proprietário, cidadão, funcionário, credor, temos, individualmente, juridicamente, uma qualidade que afirma o direito subjetivo como poder de movermo-nos em uma dada esfera de ação, ou seja na esfera jurídica garantida pela norma, e invocando, precisamente, uma daquelas qualidades.

O direito subjetivo nasce com a norma, donde resulta o ordenamento jurídico, e por obra dêsse ordenamento é que adquire força de poder jurídico. Esse ordenamento não é, porém, criação arbitrária. Resulta de causas históricas e sociais.

O direito individual é o direito no sentido subjetivo. Só as pessoas são sujeitos de direitos. O direito individual é um atributo, um poder, uma prerrogativa de pessoa em sociedade. Deve, porém, em qualquer caso, esse direito existir e pertencer à pessoa, ou ter um sujeito.

Destarte, não exprime nada essa afirmação pretenciosa de que o impetrante tem direito subjetivo. Terá, evidentemente, não só um, porém, muitos direitos subjetivos, em relação a fatos, coisas, pessoas, com as quais tenha qualquer vínculo jurídico. Conjecturalmente, assim se compreende, porque se trata de quem tem personalidade, posição social, família, interesses patrimoniais, negócios, relações civis, deveres e exerce um cargo eletivo. Isso, portanto, genéricamente.

“No basta reconocer los derechos individuales, es menester garantizarlos, ha dicho Laboulaye; y tal es el objeto de las constituciones modernas.

Las cartas no tienen un encanto magico; no se hace la felicidad de los pueblos imaginando cualquier sistema, que no es casi siempre sinó un recuerdo del pasado. La mejor constitución es aquella que garante la seguridad mayor al individuo: en otros términos, la que conserva mejor la libertad”. (Las Garantias Constitucionales, 2.ª ed 1897, pág. 35).

7. Mais procedente do que a primeira não é a segunda advertência dos recorrentes, atinente à impropriedade do rito processual seguido pela ação.

No já aludido julgamento do Mandado de Segurança n.º 1.000, o Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES afirmava que “a ação popular,

O que se indaga, porém, e não se prova como cumpria, é qual seja o seu direito individual, líquido, certo, incontroverso, no caso ocorrente. Nenhum se lhe indica em condições de ser amparado pelo *mandamus*.

Eis o essencial.

À sagacidade casuística do magistrado não escapam essas minúcias, conceituais e objetivas, que não raro acodem no bojo dos processos, peçados de sutilezas e do sofismas, que, muita vez, procuram empanar a evidência.

Que o Vereador Paes Leme tem direitos subjetivos em relação à Resolução n.º 39 negar-se-á de pés juntos e obstinadamente. Esquadrinhamos, procuramos com rigor, investigamos a fundo e nada encontramos que nos possa demover dessa convicção.

Dissipa-se dêsse jeito essa confusão com que se tentara criar o clima de turvação da claridade que apresenta, à farta, profusamente, a questão em debate. Procura-se, baldamente, fugir à essência da questão, ao objeto do mandado de segurança, à pretensão do postulante.

Não vem, agora, fora de ponto registrar que essa Resolução n.º 39 não poderia ser atacada por mandado de segurança, ainda que o Vereador Paes Leme pudesse ser reconhecido titular de um direito, *ad argumentandum*. É assunto que se agita por demais, visto como a preliminar liquidaria tudo.

Isso porque essa Resolução tem fôrça de lei e é ato privativo da Câmara Legislativa, ato de um Poder, refletindo a sua vontade e criando uma situação jurídica, geradora de direitos, obedecendo a um critério de oportunidade e de conveniência, ou seja a um discricionarismo aceitável e inevitável, em casos análogos.

Ao discutir o Projeto relativo ao Mandado de Segurança, no Senado, fôra apresentada uma emenda — a de n.º 11, que visa à proibição dêsse remédio contra atos de autoridade, no uso de poderes discricionários, salvo quando o ato não fôr de sua competência ou houver excesso de poder. Nesses casos, o exame judicial se limitará a êsses aspectos. Na justificação ficara esclarecido que “é do nosso sistema político caberem aos poderes públicos — Legislativo, Executivo e Judiciário — na prática de certos atos inerentes à função, poderes discricionários, quanto à sua conveniência e oportunidade, não sendo lícito ao judiciário apreciar o mérito do ato, mas sômente a sua legalidade”.

de que cuida o § 38 do art. 141 da Constituição, *pode ser ajustada ao processo sumaríssimo do mandado de segurança*”. Igualmente, o Ministro OROZIMBO NONATO acentuava: “Dou à palavra *pleito* do art. 141, § 28 da Constituição sentido amplo, de modo a poder ajustá-la até, em certas hipóteses, pelo menos, à *feição sumaríssima do mandado de segurança*”.

Na sua esmerada dissertação, adverte NELSON CARNEIRO: “Errará, todavia, o legislador ordinário, se ao complementar o dispositivo constitucional, lhe imprimir um rito processual, sem a necessária maleabilidade para socorrer situações emergentes, que se não compadeçam, por exemplo, com a marcha vagarosa que, apesar

Diz-se discricionário porque de seu critério e de sua vontade, exclusivamente, depende agir ou não agir, segundo a necessidade ou o imperativo do momento, e exigências dos serviços públicos. Existe a seu favor o poder discricionário de agir, como e quando entender, porque nenhuma lei determina o contrário ou fixa princípios restritivos.

A Constituição contém expressa uma limitação, a que não devemos ser indiferentes. Está no § 4 do art. 141, *in verbis* — o que se não poderá excluir da apreciação do Judiciário é a lesão do *direito individual*. Eis o único comando. Nenhuma lei poderá vedar êsse exame. É preciso, pois, que se trate, em qualquer caso, de *lesão de direito individual*. Constitucionalmente, é isto imposto ao Judiciário.

Aquela ilegalidade, que cabe na esfera da competência judiciária, se manifesta, apenas, de duas maneiras: a incompetência ou o excesso de poder, que é uma exorbitância da própria competência, ou seja ir além do que lhe compete, fazer mais do que lhe é lícito fazer.

Nunca se admitiu, entre nós, que o Judiciário pudesse descer a certas indagações para verificar se, entre duas ou mais possibilidades legais de soluções, é mais acertada a escolhida pela administração pública, embora esteja o juiz convencido de que uma outra, não adotada, atenderia melhor ao interesse coletivo (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 14, pág. 79).

Sempre, portanto, que a discussão girar em tórno de uma questão de conveniência pública ou de oportunidade, a administração se move com plena liberdade, imune de intromissão do Judiciário (VITOR NUNES LEAL).

O Poder Judiciário, no Brasil, jamais se arrogou, observa SEABRA FAGUNDES, o contrôle da razoabilidade e conveniência dos atos de legislatura, quer da administração, sendo êsse um traço a considerar entre a *judicial review* dos americanos e a nossa apreciação jurisdicional.

Já na vigência da Constituição de 1934 se discutira sôbre o cabimento do mandado de segurança contra atos legislativos, e julgara-se que não era aplicável êsse *remedium juris*. Certa vez, votando em caso concreto, o ilustre Ministro BARROS BARRETO declarou: preliminarmente não cabe a medida pleiteada porquanto ela visa um ato legislativo. O mandado de segurança tem em mira o ato de qualquer autoridade, mas, de natureza administrativa. Não constitui, portanto, remédio hábil para anular os atos legislativos, mormente

de tôdas as reformas, continua a caracterizar o processo ordinário. Se o que se pretende é colocar “cada cidadão no seu pôsto de interessado, solidário com o Estado, não sômente no instante em que vota na eleição de seus representantes e governantes, mas também na defesa constante de seu patrimônio, de seus recursos particulares”, o curial será que se lhe assegure o direito de, em cada caso, valer-se do remédio processual, que fôr o próprio e, até o mais urgente” (*Ob. cit.*, n.º 26, pág. 38).

Não haveria, demais disso, qualquer nulidade a decretar, não só porque da impropriedade da ação não emana a nulidade do processo (Código de Processo Civil, art. 276), como também porque

dentro do quadro de sua constitucionalidade". Fôra nesse sentido o parecer do Dr. Procurador Geral da República, o eminente jurista THEMÍSTOCLES CAVALCANTI.

A jurisprudência não tem admitido a medida, assinala SEABRA FAGUNDES, quando não haja o dispositivo legal impugnado se concretizado ou não tenha sido aplicado por meio de um ato administrativo, mesmo de natureza formal (pág. 108). É que o mandado de segurança objetiva os atos executórios, situações jurídicas criadas ou modificadas por meio de providências administrativas, cuja eficácia seja imediata, como aquelas, mesmo por omissão, que hajam *desrespeitado direitos individuais, assegurados pela Constituição ou pelas leis...* Contra o ato executório é que se deve promover a ação judicial e não contra a tese afirmada pela lei, cuja execução depende da autoridade administrativa.

No Mandado de Segurança n.º 937 resolvera o Colendo Supremo Tribunal Federal não tomar conhecimento do mesmo porque o pedido tinha em vista, apenas, a inconstitucionalidade da lei, sem ato concreto da administração. Entender de outro modo, sublinhava o eminente relator, Ministro ANIBAL FREIRE, seria estender ao Poder Judiciário a prerrogativa do veto, que é privativo do Executivo.

Estamos em face do que é, e não do que deva ser. A orientação dos tribunais é carregada nesse sentido e, por isso mesmo, precata-se a Justiça. se não imiscuindo em assuntos que refogem à sua competência jurisdicional, o que evita, salutarmente, o atrito de poderes ou a invasão de atribuições.

O exame, pelo Judiciário, de matéria concernente à nomeação ou promoção, ou qualquer ato que atinja direta e pessoalmente o funcionário público, somente será facultado, *in concreto, in casu* e por provocação do interessado, cujo direito haja violado ou esteja ameaçado.

A proposição que não sofre contradita é, pois, de que a inconstitucionalidade ou só a nulidade ou ineficácia de uma lei, em tese, jamais se admite reconhecida pelo Judiciário.

Neste passo, sentimos que a curiosidade geral indaga qual a lei, que, em tese, se quer seja declarada ou fôra declarada inconstitucional. É a Reso-

nenhum prejuízo sofreram os Suplicados, já que a defesa se desenvolveu e ampliou em todos os aspectos, sem cerceamentos nem restrições.

Acresce que da decisão que determinou a junção dos processos nenhum recurso foi, *opportuno tempore*, interposto.

8. Na Constituinte de 1934, dizia a justificação da emenda viçtoriosa e consagradora da *Actio popularis*. "É ela parte integrante das *garantias individuais*, e, ao mesmo tempo, faz parte do conjunto de *medidas coercitivas da hipertrofia de qualquer* dos outros poderes políticos". (*apud* ARAUJO CASTRO, A Nova Constituição Brasileira, 1936, 2.ª ed. pág. 380).

Combatendo a admissibilidade da lide popular, sem limitações, freios ou condições, LEVI CARNEIRO reconhecia, não obstante, a

lução n.º 39, que se deseja integralmente nulificada. É um ato legislativo que se pede e obtem seja desfeito na sua integralidade, em conjunto, totalmente.

São dois, por conseguinte, os defeitos da pretensão: 1.º) com o mandado se pretendia, e obtivera, sem dificuldade a anulação geral, total, integral, da Resolução, sem qualquer caso concreto de direito individual violado; 2.º) essa pretensão atinge um ato legislativo.

Além disso, e para coonestar o pedido que se afigura lide temerária, duas arguições se fazem; uma relativa ao escândalo sem precedente, à imoralidade deslavada, que, visando satisfazer a interesses políticos e pessoais dos Vereadores, caracteriza a Resolução. Outro, de mais vulto: está tocada ela do *virus* de inconstitucionalidade. Iremos por partes, e na ordem da arguição.

Quanto ao primeiro aspecto, parece-nos fora de dúvida e ocorre a todos, sem qualquer hesitação, que não se mostra, não se prova, e virtualmente, não há qualquer direito líquido e certo para pleitear-se a invalidade da Resolução. Nem porque seja lei, resolução, decreto, regulamento, considerado injusto, inoportuno, imoral, escandaloso, em geral, poderá qualquer pessoa pedir, judicialmente, sua nulidade. Redundantemente já dissemos e supèrfluamente reafirmamos essa elementaríssima coisa, que sequer não mereceria longo debate.

Às vèzes não há pinturas assás fortes para retrazar os excessos e desmandos que se ocultam numa lei. Mas, se facilitada a via judiciária a quem quer que fôsse, para, a seu bel-prazer, alegar vícios intrínsecos, subjetivos, e da órbita moral, e postular a anulação da lei, por sem dúvida, teríamos transformado a Justiça em desaguadouro das paixões e dos conflitos partidários, dos caprichos e das oposições, das malquerenças e das vindictas.

"O legislador, quando formula regras gerais e abstratas, necessariamente, tem de utilizar, em proporções variáveis, conforme a matéria a regular, conceitos do mundo do ser e do mundo do dever ser". Age segundo a convicção que possui do melhor modo de atingir ao interesse público. É um dever, e um dever jurídico" (*Rechtslicht*).

Os excessos que ferem direitos, interesse próprio — *peculiar interest* — em particular, somente serão corrigidos, quando concretamente se verifique

necessidade de facilitar a todos os cidadãos a provocação judiciária sôbre a *ilegalidade* ou *inconstitucionalidade* de atos do Governo ou do Legislativo, ou sôbre *atos lesivos do patrimônio nacional*, (*Pela Nova Constituição*, 1937, págs. 336-337 e 499).

A verdade é que o nosso Direito Público, quer na Constituição de 1934, quer na de 1946, acolheu a ação popular em termos amplíssimos, investindo *quisque de populo* do direito de atacar judicialmente todo e qualquer ato, unilateral ou bilateral, das administrações, ou também de particulares, que afetem, ou possam afetar, o patrimônio público.

Não se diz no preceito constitucional, observa THEMÍSTOCLES CAVALCANTI "qual o ato suscetível de anulação, mas, por isso mesmo,

o dano, a lesão, coisas que em regra, *a priori*, e abstratamente, não se presumem, nem a Justiça perpetraria o desprimor de proclamar, como decorrentes da lei.

Há na feitura das leis razões de ordem subjetiva, políticas, econômicas, morais, sociais, que somente ao legislador cabe examinar, porque é essa a sua missão. O Judiciário jamais lhe poderá impor uma norma de comportamento, nem lhe ditar fórmulas técnicas a que se submeta, nem ainda lhe prescrever uma dose de moralidade e de comedimento na prática de certos atos. Assunto é esse que não divide, nem poderia dividir, as opiniões, nem é suscetível de controvérsia, digna do Pretório.

Há a considerar vários fatores para um pronunciamento de valor. A lei, em tese, não é, por si mesma, imoral ou escandalosa. Na sua aplicação é que podemos sentir o seu malefício, os seus inconvenientes, a ausência de conteúdo ético, o agravo a direitos individuais, o ônus que representa para o bem-estar social. Por isso mesmo, unicamente, os atos decorrentes delas e seus efeitos, é que podem legitimar, em determinados casos, um remédio judicial *in specie*.

Os Tribunais, repita-se, não lhe examinam a exorbitância ou arbitrariedade, em tese. Querem ver quais os direitos que foram violados pela sua inseqüência ou demasia. Saber até onde vai, e como surge a utilidade da lei ou a sua desconveniência, não é tarefa de juiz, que bem se compenetra de sua missão e não tenciona ir além dos limites traçados à sua competência. O aspecto puramente moral ou nìmiamente político, não se sujeita à sua área de apreciação e julgamento.

No Projeto sobre Mandado de Segurança, já aprovado no Senado, o sentido da jurisprudência se refletira salutarmente, pois que a emenda n.º 17 tornara manifesto que o mandado de segurança não cabia contra a lei ou ato do poder público, considerado em tese, mas, apenas, quanto à sua aplicação ao requerente. Nessa oportunidade fôra salientado que o Venerando Supremo Tribunal Federal se pronunciara a respeito. Acentuara-se, ainda, que a limitação não se funda na maior ou menor extensibilidade dêsse *remedium juris*, mas resulta da própria natureza da função jurisdicional e alcança, portanto, todo o processo judicial, qualquer que seja o rito, inclusive o man-

deve compreender todo e qualquer que seja a autoridade ou a pessoa natural ou jurídica que o haja praticado". (*Comentários*, vol. III, pág. 266).

Tendo em vista o caso em exame, inegável é que os atos pelos quais as Câmaras, na organização de suas secretarias, nomeiam funcionários, não são atos legislativos, mas atos administrativos sujeitos ao *judicial control*.

E assim é porque, como assinala ALCINO DE PAULA SALAZAR, invocando DUGUIT, as funções jurídicas do Estado só se discriminam e se caracterizam do ponto-de-vista material e não formal, considerados os atos em sua natureza íntima, "*abstraction complete faite de l'organe, de l'agent qui est intervenu*". Portanto, sob o ponto de-vista objetivo, o ato administrativo "não tem como pressuposto

dado de segurança. Avivara-se nessa ocasião, o famoso caso do mandado de segurança decidido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal e requerido contra o Decreto-lei n.º 9.609, de 1946 (*Revista Forense*, vol. 113, pág. 402).

Não vem a pêlo essa obstinada invocação ao interesse moral, nem êle teria essa virtude miraculosa de mudar a essência das coisas e inovar numa matéria assás correntia e debatida. O que havemos de examinar, sempre, é o bem jurídico, que é amparado pela norma, ditado pelo preceito. Um bem somente ético, ou estético, não o seria, a menos que, em casos expressos, no seu conteúdo seja um bem jurídico. É o que se aprende em prolegômenos de filosofia do direito.

A regra do art. 76 do Código Civil até hoje não suscitou controvérsia e a exegese que lhe é pertinente não tem variado. Não se cogita, ali, de interesse puramente moral, sem estar ligado a fatos, coisas, situações, pessoas. Isto é o que nos vale, porque coloca a Justiça fora das cogitações puramente metafísicas, éticas, religiosas e ideológicas.

Evidente que não há direito sem moral, e quando examinamos, no caso concreto, o preceito, a norma jurídica aplicável, poderemos inquirir do conteúdo ético. Estamos, porém, libertos de catecismos, de conceitualismos, de escolas, de filosofias.

A Câmara Legislativa do Distrito Federal se atribuem fatos, em abstrato: quiseram os Vereadores, atender a interesses políticos e pessoais de seus parentes e correligionários. Apenas alegações. Fatos, sem provas. É possível o Judiciário impregnar-se dêsses assuntos, intrometer-se nessas questões domésticas, investigar nesse terreno quase de consciência? Não; absolutamente não. O *mandamus*, nessa hipótese, seria uma enormidade, porque é gritante a imiscibilidade do Judiciário com os problemas puramente morais.

No que se refere à inconstitucionalidade não é menos certo que a segurança descabe, desafina, destôa. Esse contrôle judiciário que, no dizer de HAMILTON, não constitui um pressuposto de ascendência, é uma prerrogativa que muito nobilita os tribunais, mas não é, assim, absoluto, com registro para todos os sons, ao sabor de qualquer arguição.

um determinado órgão normalmente incumbido da administração; pode provir indiferentemente de qualquer dos poderes ou órgãos do Estado: do legislativo, do judicial, como do executivo". (*Conceito do Ato Administrativo*, 1945, págs. 19 e 28).

Nesse sentido, salientava EPITÁCIO PESSOA: "A atribuição que a Carta Constitucional confere a cada Câmara é simplesmente a atribuição *executiva* de nomear seus empregados, e não a função *legislativa* de criar para êsses empregados um regime diverso daquele a que a lei geral sujeita os demais funcionários". (in AURELINO LEAL, *Teoria e Prática da Constituição Brasileira*, vol. I, 1925, pág. 282).

Daí concluir CASTRO NUNES que os atos, que as mesas das Câmaras, como poder executivo dessas corporações, praticam na esfera de suas atribuições administrativas, são da mesma natureza ad-

É um truismo que temos um governo de leis e não de homens — *government of the law and not of the men*.

Pode ver-se, e facilmente se verá, o que, a tal respeito, escrevera CAMPBELL BLACK em *American Constitutional Law*, ed. 2.^a, n.º 4: a expressão constitucional significa, conforme a Constituição, autorizado pela Constituição, não colidente com qualquer dos seus preceitos, porque é ela a lei fundamental do Estado.

Ao contrário, pois, o inconstitucional é o desconforme à Constituição, o que ela não autoriza, o que com ela se choca.

BIELSA doutrina: quando os tribunais declaram a inconstitucionalidade se limitam a não aplicar a lei ao caso concreto (vol. 4, pág. 329, n.º 886).

Correntemente, e contra a técnica, costuma-se dizer que os tribunais anulam a lei. É uma censurável impropriedade.

Já DICEY advertira: naturalmente diz-se que a Suprema Corte pronuncia a invalidade dos atos do Congresso. Mas, de fato não é assim. Esse tribunal nunca profere sentença alguma sobre atos do Congresso.

Apenas a lei não se aplicará à espécie, porque inconstitucional — *not that the law is null and void, but that the law will not be enforced in that case*.

Não se pleiteia contra a lei, dizia o venerando Ministro LAUDO DE CAMARGO, o que se legitima é o ato contrário à lei ou fundado em lei inconstitucional (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 8 de novembro de 1935).

Parece-nos, ponderava, agudamente, o ilustre Ministro HAHNEMANN GUILMARÃES, indiscutível que não cabe mandado de segurança para, por meio dêle, apreciar-se a validade das leis em face da Constituição, o que era admissível em face da Constituição de 1934. Mas, não o permite o art. 141, § 24.^a da Constituição atual, que torna impossível o mandado para apreciar a validade das leis nesse caso.

Ainda, e sempre, a presunção é um favor da lei ou da legalidade do ato. Na dúvida subsistem uma e outra. A prova do contrário se oferecerá, em juízo. A lei é uma emanção da representação e da soberania política do

ministrativa dos praticados pelo Poder Executivo; e esses atos, não legislativos, mas oriundos de autoridades legislativas, autorizam o mandado de segurança. (*Do Mandado de Segurança*, 2.^a ed., 1948, n.º 53, págs. 102-105).

SEABRA FAGUNDES, igualmente, depois de asseverar que, “como há atos legislativos, por natureza, que emanam dos poderes Executivo e Judiciário, também existem atos materialmente administrativos, que não são praticados pela Administração Pública e sim pelos órgãos legislativo e judicante. Assim, quando a Câmara Federal ou o Conselho Federal nomeiam funcionários de suas secretarias praticam atos tipicamente administrativos”, — infere com clareza: “Tratando-se de atos de conteúdo nitidamente administrativo, emanados dos poderes legiferante e judicante, que só formalmente se dirão atos legislativos ou judiciários (tais os de nomeação

povo, diz BIELSA, e só pode perder a sua eficiência diante da jurisdição contenciosa e no caso concreto, que reclama a sua aplicação.

O corpo legislativo é o juiz constitucional de seus próprios poderes e a sua maneira de interpretá-los é obrigatória para outros ramos do governo (*The Federalist*, 1888, pág. 485).

Quando é possível resolver-se a controvérsia por outros motivos, independente da questão constitucional, assim procedem os juizes. É a lição dos maiores constitucionalistas americanos, e jamais se contestara essa verdade, com a prata de casa e de boa liga, capaz de ser aceita sem contraste. Isto visa a evitar a ação perturbadora da área do Legislativo, o que se verificaria, com frequência, se acolhidas, levemente, tôdas as prestações que objetivam à ineficácia ou invalidade das leis.

Os tribunais não atribuem, de ordinário, motivos ilegais aos legisladores; um propósito inconstitucional deve resultar claro, evidente, do próprio ato. As leis, por exemplo, que sejam contrárias ao espírito da Constituição, ou que, embora não contrariando os seus preceitos, repugnam às regras democráticas, estariam fora de qualquer apreciação do Poder Judiciário. Não sabemos quais dizem e sustentam coisas diversas.

De fácil averiguação é que a competência da sindicância judicial, não pode transcender da órbita normal de apreciação dos casos concretos, em que se mostra patente a violação do direito individual, por um preceito que é infringente da Constituição. Haja vista os precedentes, que abundam nos julgados mais expressivos.

Consulte-se o maior repertório de direito americano — *Ruling Case Law* — sempre atualizado, pois que já publicado o volume de 1950, e nêle se topam, à farta, enumeradas as presunções em favor da constitucionalidade das leis (*Constitutional Law* § 98).

Escreveu VITOR NUNES LEAL — os princípios que orientam a aplicação do *judicial control* assentam na presunção de legitimidade da interpretação

de pessoal de secretaria), a questão se mostra simples. Sendo materialmente administrativos, o seu regime há de ser o mesmo dos atos peculiares à Administração. Tanto quanto os desta são ajuizáveis através de mandado de segurança”. (*O Contrôlo dos Atos Administrativos*, 2.^a ed., n.ºs 19 e 98, páginas 46 e 312).

THEMÍSTOCLES CAVALCANTI segue autorizadamente na esteira dêsses conceitos e, em dedução que se enlva à perfeição na hipótese presente, declara que a *Resolução Legislativa* da natureza da que deu origem e causa a êste pleito, “não tem a generalidade da lei, não cria direito novo, não tem o caráter orgânico que é a essência da lei; pode se dizer que desta só tem a forma. É um decreto legislativo, porque, na sua essência, se equipara aos atos puramente administrativos de natureza executiva”. (*Tratado de Direito Administrativo*, 2.^a ed., vol. I, pág. 416, vol. II, pág. 228).

E o Ministro OROZIMBO NONATO, em síntese lapidar, já afirmou no C. Supremo Tribunal: “Se o ato é da Câmara, é do Par-

preferida pelo legislador. Sõmente nos casos em que a inconstitucionalidade seja ostensiva ou evidente, é que o Judiciário a deve declarar (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 7, págs. 383/393).

Repousa essa presunção no intransgredível princípio, que o próprio Judiciário aceita e proclama, *cardinalis venti* — de que nenhum dos órgãos do govêrno pode invadir a esfera de ação de outro, e por isto não declara a inconstitucionalidade de um ato senão quando a sua impugnação seja fundada em texto determinado ou específico, em contrário à Constituição. Jamais se examinara a inconstitucionalidade em tese.

Devemos insistir em um ponto que se faz capital: seja no regime das Constituições flexíveis, assim como nos sistemas das que são regidas, não se poderá a rigor classificar de inconstitucional, qualquer ato do legislativo. É essencial a lesão de um direito, decorrente de ato ou texto expresso.

Por aí se vê quanto é ilusória a persuasão de que pode ser objeto de apreciação e julgamento do Judiciário, através do mandado de segurança, bastando, apenas, que se argúa qualquer inconstitucionalidade conjectural.

Tenhamos contato com TIEDMANN, que se acha entre os que mais se esmeram e porfiam em defender os melhores e mais sólidos princípios do direito público moderno. Em sua obra *The Unwritten Constitution of the United States*, Londres, 1890, pág. 330, êle escreve: O parlamento é legalmente supremo, e, assim é, em qualquer govêrno da Europa, seja republicano ou monárquico. Nenhum ato de tais govêrnos pode ser inconstitucional no sentido americano, pois que tais govêrnos têm poder de mudar as Constituições à vontade. Nos Estados Unidos, porém, tendo sido o próprio povo que elaborou e promulgou a sua Constituição, só êle podendo alterá-la, e mudá-la; qualquer ato das legislaturas ou do Congresso, que transcende os preceitos da Constituição será inconstitucional e nulo.

Em WILLOUGBY lemos: é dever ou privilégio de um cidadão, individualmente, recusar obediência a uma lei, se, mediante cuidadosa apreciação e investigação, a considera inconstitucional, o que fará, porém, a seu próprio risco, e se está errado, sofrerá a consequência.

E, com mais cabimento aqui ressaltamos, com JAMES YOUNG o mais recente expositor de direito constitucional norte-americano, em seu livro *The*

lamento, mas tem conteúdo administrativo, admite-se o mandado de segurança; se o ato é do juízo, mas tem conteúdo administrativo, também se admite.” (*Revista de Direito Administrativo*, 9-163).

Ninguém poderá, portanto, em sã mente, tentar subtrair a espécie ao contrôle jurisdicional, alegando a inadmissibilidade da ação popular intentada.

9. Avançando até onde permite, em seus amplíssimos lindes, o preceito constitucional, assera o Desembargador SEABRA FAGUNDES: “A ação popular, tal como a delinea o texto da Constituição, impõe a interferência do Judiciário em setor relevante, até aqui quase ou totalmente subtraído ao seu contrôle: o da moralidade do ato administrativo. Com efeito. Indagando se o ato é lesivo

New American Government and its Works, 4.^a ed., págs. 219-220, a seguinte opinião: Aquêles cujos direitos não se acham atingidos pela lei, não podem levantar a questão de inconstitucionalidade.

Aqui não se condenaria, judicialmente, uma lei, como na Inglaterra, porque repugnante à razão — *common right and reason* (KENT, *Commentaries*, I, pág. 485, ed. 1867).

TEMÍSTOCLES CAVALCANTI em seus *Princípios Gerais de Direito Administrativo* é de opinião que a atribuição dada aos tribunais de organizar as suas secretarias são atos administrativos, e acrescenta que o mesmo sucede em relação ao Poder Legislativo, cuja competência administrativa está expressamente reconhecida no art. 41, § 2 da Constituição, hoje revogada.

Qual porém o ato legislativo que teremos de examinar? A Resolução n.º 39 é um Ato administrativo, dizem os apelados. Discutamos o assunto, pôsto não seja, substancialmente, necessário à solução do caso concreto.

A teoria dos atos administrativos mergulha na teoria dos atos jurídicos, pelo que diz que são êles aplicações de princípios gerais fixados pela teoria geral de direito, com as peculiaridades inerentes à organização do Estado.

Todos os atos consumados pelo poder público, ou seus agentes, para assegurar a gestão dos serviços públicos, são sempre atos administrativos, pela mesma razão porque todos os fatos de execução de tais serviços constituem aplicação de leis ou regulamentos administrativos e cumprimento de ordens dadas por autoridades da administração (DUGUIT, *Transformation du pouvoir*, pág. 151-156). Então, o mérito do ato administrativo constitui um aspecto do procedimento da administração, de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por êle exercida, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento (SEABRA FAGUNDES, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 23, pág. 1).

Por isso mesmo a medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário, sõmente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou de excesso de poder (*Op. cit.*, página 15).

ou não ao patrimônio de uma das pessoas que nêle participam (pessoas de direito público ou sociedade de economia mista), o juiz terá de ater-se antes a um critério moral (examinando as vantagens ou desvantagens do ato decorrentes, a honestidade da operação, etc.), que de legalidade (conforme às prescrições legais sôbre competência, formação e conteúdo dos atos contratuais, etc.). É auspiciosa essa possibilidade que se abre ao contrôle jurisdicional da boa gestão do patrimônio público. E só por existir já se pode esperar maior cuidado no dispôr e fazer aplicação dos dinheiros do povo”. (*Revista Forense*. 112-13).

E, conceituando a lesão, como pressuposto da ação, acrescenta: “O caráter lesivo do ato administrativo só poderá ser devidamente apreciado em espécie. Entretanto, a legislação ordinária e os arestos

Na decisão que se lê à pág. 98 da citada *Revista*, o Tribunal de Justiça da Bahia tornou à tese: que o decreto-lei em foco contivesse iniquidades. Não cabe aos juizes repará-las. Só ao Poder Legislativo toca fazê-lo. É doutrina sabida e assente de que ao Poder Judiciário não compete apreciar o mérito dos atos administrativos, senão, exclusivamente, no seu aspeto de legalidade.

O elemento formal predomina na conceituação do ato administrativo, e se analisa atendendo ao motivo, objeto, fim, e a manifestação da vontade. Pode ser tomado, no entanto, no sentido material ou simplesmente no formal.

Para ROLLAND, em sentido geral e comum, *l'acte administrative, c'est l'acte de l'administration.*

MEUCCI, define: *Atto amministrativo è una attuazione dell'autorità amministrativa o una azione, un fatto, dell'amministrazione che si riferisce alla sua funzione.*

Ato administrativo nada mais é que a ação de uma autoridade administrativa levada a cabo em virtude de uma faculdade de soberania, com o escopo de obter um efeito jurídico.

NELSON CARNEIRO, acentuara que é tormentosa a controvérsia que lavra na doutrina sobre o conceito de ato administrativo, como doutamente demonstrou ALCINO DE PAULA SALAZAR. É no entanto êsse o terreno que se palmita, para se extrair a convicção de um suposto direito *liquido e certo*.

No parecer de CIRNE LIMA, não estão os atos administrativos sujeitos à censura prévia ou ulterior do Poder Judiciário, no que tange à sua conveniência ou oportunidade. Alguns, entretanto, independem dessa censura, ainda relativamente à sua conformidade ao direito: são os *atos executórios*. Exemplo: a assinatura de um título, expedido de acôrdo com a lei. A executoriedade do ato administrativo, portanto, pode definir-se como uma especial manifestação da eficácia do mesmo, pelo qual êles imponham deveres e restrições aos particulares.

Desde logo, seja observado que se baralham e confundem coisas de si mesmas diferenciadas. A seara não está livre do jôio. O dever é separá-los.

interpretativos do texto constitucional (salvo legislação ordinária sobre o assunto), poderão fixar critérios genéricos capazes de servir de base à apreciação da lesividade das medidas, que onerem o patrimônio das pessoas de direito público ou de sociedade nas quais o Estado componha também o capital.

Na falta, porém, dos subsídios legislativos e jurisprudencial, devem entender-se, em sentido estrito, como atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das autarquias e das sociedades de economia mista, aquêles que, importando alienação ou aquisição de bens a título oneroso, ou fazendo recair qualquer ônus sobre os bens dessas entidades, se mostrem ruinosos ou menos decentes à vista das suas cláusulas reguladoras.

Dizemos, em sentido estrito, porque a lesividade comporta uma maior extensão, sendo mesmo de esperar que a exegese jurisper-

A Resolução n.º 39, em que pese a opinião dos mais doutos, que respeitamos e não acolhemos, é um ato legislativo. Estamos obstinados nesta convicção. É, a nosso ver, a submissão do fato à lei. É uma pura aplicação de preceito constitucional.

CASTRO NUNES é dos que entendem que no texto constitucional sobre a competência da Câmara para nomear os seus funcionários, há um ato administrativo.

O equívoco está, porém, em examinar-se isoladamente aquêlê artigo e não distinguir os atos que se podem praticar, com apóio naquela disposição.

É integral a nossa discordância, porque quem nomeia, na Resolução, ou no Decreto legislativo, é a Câmara, é o Poder, é a entidade política, que age como expressão da soberania popular. Na sua ação coletiva, na manifestação conjunta de sua vontade, no ato que exprime o voto de toda a corporação, não há, não pode haver, um ato administrativo, tal como se entende na doutrina.

Dariamos o nosso apoio àquele sentir se o ato fôsse praticado pela Mesa, e não objeto de uma Resolução, de um Regulamento, que emana do próprio Poder, e pela maioria de seus membros.

A função exercida poderá não ser legislativa, como dizia EPITÁCIO PESSOA, entendendo que era executiva, mas é um ato legislativo no sentido de sua emanação, e de sua expressão. Não será a lei substancial, comum, porém, uma lei especial, *sui-generis*, que é forma de pronunciamento do corpo que é típica e constitucionalmente legislativo.

Onde, porém, encontramos o argumento mais forte e ao qual ainda se não respondera, talvez, porque se não atentara nêlê, é no art. 65 da Constituição, que no inciso n.º IV define a competência do Congresso Nacional: *criar e extinguir cargos públicos e fixar-lhes os vencimentos, sempre por lei especial*. Eis a regra: *somente por lei* e sempre por lei especial podem ser criados e extintos os cargos públicos. Essa lei tem a tramitação regimental de tôdas as leis ordinárias, ou os característicos de uma lei formal.

dencial do texto da Carta Política não lhe atrofie o conceito. E, dentro dessa maior amplitude, perfeitamente compatível com a natureza e finalidade da ação destinada a apreciá-la, ter-se-ão como lesivos os atos que, mesmo indiretamente, firam o patrimônio público ou assemelhado, *tais como os de admissão abusiva de pessoal (forçando as normas orçamentárias) com finalidades eleitorais*". (*Idem*, pág. 13).

O Desembargador ANTÃO DE MORAES, porém, impugna a interpretação literal e liberal, entendendo não ser dado ao Poder Judiciário apreciar a oportunidade, a conveniência, a justiça do ato, porque só lhe cabe dizer da legalidade dêle, acrescentando: "Mas, *lesão* de direito só há quando a *lei* é postergada. Vamos repetir, agora, no original, as palavras de RANELETTI: "*l'art. regola il caso della contestazione per un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa e lesione del diritto vi può essere*

Reforçando êsse preceito vem o art. 67 e diz: “a *iniciativa das leis*, res-salvados os casos de competência exclusiva, cabe...” e mais categòricamente no § 2.º: ressalvada a *competência da Câmara dos Deputados, do Senado, e dos tribunais federais*, no que concerne aos respectivos serviços administrativos, compete, exclusivamente ao Presidente da República a *iniciativa das leis* que criem empregos em serviços existentes...

De que cuidam êsses textos? Evidentemente, gramaticalmente, de lei que cria empregos, modifica serviços existentes, fixa vencimentos. A Constituição só fala em *iniciativa das leis*. Mas, faz a ressalva concernente à Câmara, ao Senado, aos Tribunais. Na submissão lógica de uma interpretação gramatical o que se reservará a essas entidades, fôra, nem mais nem menos, a *iniciativa sobre a lei* de criação de cargos.

Aos tribunais, quando exercem essa prerrogativa, determina o art. 97, que proponham ao Legislativo a criação de cargos. Surge, então, a lei, criando-os, extinguindo-os, reestruturando-os, de acòrdo com a proposta e, ainda, com a liberdade de lhe alterar a proposta. É, assim, uma lei. Não é outra coisa, ou não cuida de ser. Isto porque está expresso na Constituição. Nenhum cargo se cria ou extingue jamais, senão, em virtude de lei.

Quando se trata de serviços da Câmara ou do Senado, não poderia haver uma exceção no que respeita à dispensa de uma lei criadora de cargos e fixadora de vencimentos. Êste é o ato essencial, que gera direitos e define a posição jurídica dos funcionários aos quais se conferem certas funções. O princípio é o mesmo.

Apenas se nota uma diferença: como se trata do Poder que legisla, cabendo-lhe a privatividade, exerce essa competência exclusiva por uma forma mais simples — uma resolução ou um decreto legislativo. Mas, sujeito, como *qualquer lei*, à proposição, aos pareceres das Comissões, à discussão, à votação, à promulgação. Não depende do Executivo, que nela não interfere, para lhe apôr a sanção, pois que êste direito lhe daria, por igual, o do veto e isto importaria na invação da esfera de ação de outro Poder, em assunto que lhe é exclusivo.

Pergunta-se, então: a lei criando cargos públicos, votada pelo Congresso, sancionada pelo Presidente da República é um ato administrativo? Sê-la-á

solo per illegittimità dell' atto, non per la sua inopportunità o non convenienza”. (Revista de Direito Administrativo, 16-320).

A divergência doutrinária entre os dois antigos magistrados e ilustres juristas envolve *questio iuris* de alta relevância e consiste, com mais propriedade, em saber se, para o exercício da ação popular, basta que o ato seja lesivo ao patrimônio público, ou se é necessário seja êle também nulo ou anulável.

PONTES DE MIRANDA deixa entrever que se filia à corrente dos que entendem só ser cabível a ação contra ato lesivo que também seja nulo ou anulável, quando define: “O § 38 cria a ação popular atribuída e exercível por brasileiros (cidadão, aí, é o brasileiro), em se tratando de ato nulo ou anulável de que haja decorrido ou

se se trata de lei cuja iniciativa coube ao Supremo Tribunal Federal? As respostas serão negativas. E porque, então, afirmar que as resoluções, os atos legislativos que emanam daquele Poder, com a mesma finalidade constitucional — criar cargos e fixar vencimentos — sejam administrativos? Na sua feitura houve o mesmo processamento peculiar a qualquer lei.

No entanto, obstinam-se em chamá-los de atos administrativos porque o seu fim é, realmente, organização de serviços da Secretaria. Ora, a criação de cargos, as reformas, em qualquer Ministério, operada em razão de leis específicas, têm o mesmo objetivo — organizar serviços. Não há administração, não há governo, sem serviços públicos. Jamais se diriam administrativas as leis a elas concernentes. A lei que criou recentemente mais nove Desembargadores no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e a que aumentou o quadro de Generais do Exército, seriam atos administrativos? É uma carreira que se altera, são cargos que se criam, são serviços que se modificam em razão da necessidade e conveniência do momento. É preciso haver uma lógica na apreciação dos fatos.

Os que se apegam demasiado ao exame do conteúdo teriam de, coerentemente, declarar que *todas as leis que criarem serviços, extinguirem cargos públicos, instituirem funções*, serão meros atos administrativos.

Teriam mesmo de ir mais longe, e até atender aos *efeitos do ato*, para afirmar que êle é administrativo, seguindo a opinião de DEMOGUE que, na apreciação dos efeitos do ato, na relação entre as causas, no elemento vital do ato e suas conseqüências, transigirá com a teoria subjetiva e admitirá entre as conseqüências sociais e a manifestação da vontade, concordância de causa e efeito, para caracterizar o ato administrativo.

Na generalidade, a nomeação é um ato executório da lei que criou o cargo ou a função. O Legislativo cria o cargo; o Executivo faz a nomeação. No caso, porém, da Câmara, como do Senado, se ela própria nomeia é porque não há outro poder a quem possa confiar ato que é de sua competência exclusiva. Sucede então, que a mesma lei de criação do cargo, cogita da nomeação. Nem por isto o segundo ato, intrinsecamente ligado ao primeiro,

possa decorrer dano à União, aos Estados-Membros ou aos Municípios”. (Comentários à Constituição, vol. III, pág. 381. No mesmo sentido: PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, *ob. cit.*, pág. 36, n.º 73).

Nêsse sentido se orientou o E. Tribunal de Justiça de São Paulo, ao confirmar R. sentença do MM. Dr. José Frederico Marques, em que êsse ilustrado Magistrado, depois de afirmar que “o contròle judiciário, nas ações populares contra atos lesivos, apenas pode ser exercido se êsse ato fôr também nulo ou anulável. O julgamento, por isso, é feito “par étapes”, examinando o juiz, primeiramente, se o ato atacado é nulo ou anulável. Feita essa primeira operação, emitirá seu juízo de valor dizendo se o ato nulo ou anulável foi também lesivo ao patrimônio público. Entender o contrário, além de infringir a letra da norma constitucional, seria introduzir a subversão de competência entre os poderes estatais,

imane a êle, indispensavelmente executável pelo próprio Legislativo, deixa de ser lei sua, lei de criação, lei de organização de serviços.

A resolução em causa tem o preâmbulo: Dá novo Regulamento à Secretaria da Câmara do Distrito Federal e adota as providências decorrentes. Vêm, então, a extinção de cargos, a criação, aposentadorias, denominações novas, transferências, promoções, fixação de vencimentos. Eis como se define um ato legislativo com apoio no Tit. I, cap. II, das Leis, art. 14.

Observa-se a Lei Orgânica, no art. 40, no que respeita a promoção, elevação de vencimentos, gratificações adicionais, remoções.

Tudo, aliás, obedeceu a um ante-projeto de Regulamento da Secretaria, que foi aprovado.

O art. 14 da Lei Orgânica, dá à Câmara Legislativa a iniciativa das leis, ressalvados os casos de competência do Prefeito e das Comissões. Também, confere à Câmara a atribuição privativa de criar empregos e fixar os vencimentos.

Jamais se controvertera que a nomeação e exoneração de um funcionário seja um ato administrativo. Mas, não é isto que se discute. O que se sustenta é que sendo êste ato praticado, exclusivamente, privativamente, por um Poder e somente se admitindo êste ato por meio de lei, resolução ou regulamento, perde êsse ato a característica de administrativo, porque é, antes de tudo, uma lei ou resolução, produz efeito por si mesma, pela força de sua emanção, pelo império, e só depende de um ato executório, que é a expedição de títulos e a conseqüente posse.

Nenhuma contradição há em anotar, por exemplo, a posição de FRANCISCO CAMPOS, que, em geral, sustenta que não é a categoria do órgão que qualifica a natureza do ato. Para êle a qualificação do ato resulta não da qualidade do sujeito, de que êle emana, mas de seu conteúdo ou da natureza do objeto ou da relação sobre a qual incide.

Evidentemente, assim é, nos casos comuns, em que a lei cria o cargo, e o Executivo é que nomeia, e nesses casos a lei não menciona as pessoas que

que a Constituição quer harmônicos e independentes, cada um com esfera própria e peculiar de atribuições”, — conclui: — “A lesão patrimonial a que se refere o § 38 do art. 141 não alterou o sistema anterior, visto que a menciona o texto tão-só para lastrear a qualidade de agir, ou *“legitimatío ad causam”* de qualquer do povo. Sem ato lesivo, não pode haver ação popular, embora êsse ato seja nulo ou anulável; existindo, no entanto, a lesão, o juiz só a apreciará, se antes verificou a invalidade do ato, por ser nulo ou anulável”. (*Revista dos Tribunais*, 181-843/844).

Na espécie, poder-se-á adotar essa corrente mais rigorista, porque, a nosso vêr, estamos em face de atos manifestamente ilegais, manifestamente inconstitucionais, e manifestamente lesivos do patrimônio público.

10. A lesão do erário na resolução incriminada, na reforma malsinada, evidencia-se na simples expressão numérica dos cargos

serão investidas na função. Ou far-se-á concurso, ou é o provimento de livre nomeação. Nós, neste Tribunal, apenas nomeamos.

A questão, aliás, do contrôle administrativo, como salientou o eminente professor CELESTINO DE SÁ FREIRE BASILIO, na conferência que produziu na Ordem dos Advogados, é matéria de controvérsia difícil de resolver, e está dividida em dois campos, fundamentalmente opostos.

Na sua opinião, no Brasil, em face da separação dos poderes, a jurisdição da constitucionalidade e da legalidade dos atos administrativos é que tem sido consagrada, como jurisdição de eficácia. Assim, o contrôle se exerce no tocante à sua eficacidade (art. 141, § 3.º da Constituição) e em face do art. 36, § 2.º, ainda da Constituição, são insuscetíveis de apreciação judiciária os atos efetivados pela administração em cumprimento de norma legal, uma vez atendidos os princípios acima mencionados. Eis, então, que a jurisprudência fixou a distinção dos aspectos de “oportunidade e arbítrio”, de um lado, e “legalidade”, do outro.

O art. 40 da Constituição dispõe: a cada uma das Câmaras compete dispôr, em regimento interno, sobre sua organização, política, criação e provimento de cargos.

É a matéria de competência regulada, que domina todo o sistema constitucional.

No art. 67, já invocado noutro passo, ainda se cuida da competência exclusiva para criar empregos, aumentar vencimentos, etc.

É princípio que se reproduz em tôdas as Constituições estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal. Dentro dessa competência, há um critério de discriminabilidade, extralegal.

“Como é pacífico, é o interesse público e não o individual dos funcionários que inspira e traça limites à ação do legislador a criar ou suprimir carreiras, restringir ou ampliar os respectivos graus, agravar ou favorecer as condições de acesso (FRANCISCO CAMPOS, *Revista de Direito Administrativo*, vol. I, pág. 278). “O legislador, então, tem uma larga dose de arbítrio e discricção” ao regulamentar o assunto.

Aqui, convém ponderar, o que aproveita à espécie em exame: Se a própria organização do serviço em carreira, de alcance maior, ficou deferida

criados, consoante os dados insertos nas iniciais dos pleitos e até agora não contestados: Basta assinalar que, para uma garage de 6 automóveis, existem 50 funcionários e que êstes atingem, em sua totalidade, a mais de 800 servidores. *Nulla est maior probatio, quam evidentia rei.*

Aí está o exemplo frisante e típico de lesão, e lesão no sentido legal e não apenas no moral, porque na magistral lição do Prof. FERNANDES DE VELASCO, a administração causa lesão ao interesse geral, o poder lesa o patrimônio público, não apenas quando faz o que a lei ordena, mas ainda quando faz o que a lei ordena de maneira diversa do ordenado, excedendo-se, não mantendo a proporção entre meios e fins e incidindo em desvio de poder:

para a órbita legislativa dos governos locais, por mais forte razão se há de concluir que assim também acontece *com as estruturas*. (CARLOS MEDEIROS SILVA, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. X, pág. 344).

E, prossegue: sôbre a conveniência de se integrar uma carreira em vários escalões, ou de privá-lo posteriormente de um ou mais elos, sejam iniciais, intermediários ou finais, é, ainda, o legislador local o único árbitro”.

“Amputar a carreira de um ou mais cargos, para torná-los isolados, modificar a forma de provimento dos cargos isolados, de maneira a dar ou tirar a estabilidade de seus ocupantes, são providências permitidas ao legislador, sempre que o interêsse público o reclame. Em tais casos as situações individuais serão asseguradas, sempre que as leis de hierarquia superior o determinem. No silêncio destas é a conveniência administrativa que ditará a orientação a seguir em cada caso”.

Não há, em outros termos, direito à carreira, conforme a doutrina vitoriosa (*Revista de Direito Administrativo*, vol. III, pág. 194-247).

O brilhante voto do proecto Ministro OROZIMBO NONATO nos embargos na apelação n.º 7.387 — caso dos funcionários municipais de S. Paulo — é de valia excepcional.

O douto jurista-juiz, PHILADELPHO AZEVEDO, não negou que, qualquer que seja a concepção doutrinária sôbre a natureza jurídica da função pública, é de reconhecer-se a liberdade de ação do Estado para inovar na organização dos serviços públicos e nas vantagens e deveres dos funcionários, limitada a ação da administração pelos direitos assegurados em lei, e a do legislador pelos direitos assegurados pela Constituição.

Há, na falta de preceito expresso, em favor da administração, o poder discricionário de agir ou deixar de agir, segundo a conveniência ou oportunidade. O *status* funcional modifica-se por lei, e como exercício da livre atividade do Estado.

Conviria lembrar, e lembremos com senso de oportunidade, que, mais ou menos essas idéias, foram encampadas pelo acórdão unânime da Sétima Câmara, na apelação n.º 6.908, visto como fôra mantida a sentença de primeira instância que abundara em considerações mui pertinentes ao assunto.

“*El sujeto activo de las relaciones ocasionadas es el Estado, la Administración. Su posición intermedia entre la norma y la nación, convierte sus actos en actos jurídicos que a un tiempo son deberes y poderes: deberes frente a la ley, poderes frente a la nación. Pero sólo ejercita su poder cuando traducen órdenes o son facultades explícitamente contenidas en la ley. La ley impone el deber, y este se cumple como derecho, porque la materia de su actividad es la nación. Según esto, la obligación en el Estado tiene una fuente: la ley; pero puede quebrantar de dos maneras su obligación y lesionar el interés general: no haciendo lo que la ley ordena (o hacerlo de manera distinta a como lo ordena, sin respetar la forma*

Estava em causa, exatamente, uma reestruturação: aquela dos médicos feita pelo Decreto-lei n.º 1.944.

Ora, se assim é em relação à administração, quer dizer em se tratando de um Poder, ou seja do Legislativo, que age segundo preceito constitucional, sem limitações outras além das que existem na mesma Constituição?

Vejamos bem que êsses atos emanem de uma lei e só o legislador se atribui aquela faculdade de arbítrio ou discricção. Ninguém poderia ditar normas atinentes à reestruturação da Secretaria da Câmara, nomeações, promoções, transferências, fixação de vencimentos de seus funcionários.

Porque essa reforma se fizera, ninguém dirá, aprioristicamente, que há direitos violados, que foram feridos direitos adquiridos. Só na ação própria é que se examina a lesão existente.

Mas, como mencionamos anteriormente, o Regimento Interno, referido em preceito constitucional, é forma de manifestação da vontade da Câmara. Esclareçamos convenientemente o assunto, afim de afastar quaisquer dúvidas, e como ilustração desta decisão.

O regimento é lei da Câmara, ninguém objetará o contrário.

Êle só não poderá violar os direitos fundamentais, nem transpor os limites emanados da própria Constituição. Dentro dêsses limites não sofre controle a faculdade reguladora, regimental, disciplinadora dos próprios serviços e da própria atividade.

Em tema de regimentos parlamentares não há, entre os vários povos, nenhuma divergência. É o consenso geral dos parlamentos. As *standigs orders* das Casas do Congresso dos Estados Unidos e Inglaterra, não se distanciam dos regimentos que no Brasil, na França, na Itália, na Bélgica, em qualquer país regulam a matéria de seus serviços internos.

No Brasil, desde o art. 6 do Ato Adicional que o assunto é considerado. Ali, falava-se em *economia interna*, expressão que bem definia o alcance e o conteúdo do regimento: é a lei da própria casa, dos negócios seus, exclusivos, privativos, internos.

prevenida), o haciendo lo que la ley no autoriza, excediéndose de su capacidad y no manteniendo la proporción entre medios y fines que debe conservar el acto discrecional. En el primer caso realiza un *acto ilícito*, en segundo hay una *desviación de poder*, en los dos se quebranta su normalidad jurídica”. (*Ob. cit.*, pág. 55).

11. E dessa cristalina e lapidar conceituação da lesão do patrimônio público exsurge e assoma desde logo a *ilegalidade* e a *nulidade* do ato, porque, se todo ato administrativo tem, como elemento essencial, o *fim de interêsse público*, a sua falta constitui *desvio de poder*, vício capital que o invalida. “O desvio de poder — define o Prof. MARCELO CAETANO — é o vício que afeta o ato administrativo praticado no exercício de poderes discricionários, quando êstes hajam sido usados com *fim* diverso daquele para que a lei

RUY BARBOSA, que *ex-professo* versou o assunto, certa vez proclamara: o regimento é a lei das legislaturas. Não há nenhuma diferença essencial entre a lei sob a expressão de regimento parlamentar, e a lei sob a expressão legislativas. As instituições que abaixo dessas duas formas se consagram, apresentam em comum o caráter de *império e inviolabilidade*, a respeito dos entes, individuais ou coletivos, a cujos atos e relações tem por objeto servir de norma.

“O regimento é uma lei de caráter específico, e circunscrita à economia da assembléia, regulando e disciplinando situações objetivas de sua administração e orientando os seus trabalhos”.

“Espécies de um só gênero entre si não se distinguem uma da outra, senão na origem de onde procedem, no modo como se elaboram, na esfera onde tem de imperar porque a lei é o regimento da nação, decretado pelo seu corpo de legisladores, o regimento é a lei de cada um dos ramos da legislatura por êle mesmo ditado a si mesmo”.

“Há um laço obrigatório criado para aquêles sôbre quem se destina a imperar cada uma dessas anunciações da legalidade”.

“Pouco importa que, no caso dos regimentos parlamentares, ela resulte, para cada uma das Câmaras, da sua própria autoridade. Quando mesmo se tratasse, então de um fato meramente voluntário, não seria menos rigorosa a inquebrantabilidade a respeito do vínculo, a que se submete uma das Câmaras pela adoção de seu regimento; porque nos atos jurídicos, a obrigação voluntariamente assumida se transforma em lei intransgredível para os que livremente se lhe sujeitaram. Mas, *ao organizarem os seus serviços*, as assembléias legislativas obedecem a um *dever constitucional*, inerente à natureza dêsses corpos deliberantes, em cujo seio revela necessariamente assegurar nos debates a ordem e no voto a ordem e a liberdade”.

Quem mais bem diria sôbre a matéria? É RUY quem afirma ser um *dever constitucional* a organização dos serviços da Secretaria da Câmara, ou das assembléias.

os conferiu”. E, depois de observar que a doutrina do desvio do poder pode considerar-se homologada do abuso do direito já sancionada no campo do direito privado, acrescenta: “O desvio do poder, portanto, é uma espécie de *ilegalidade* e não, como alguns pensam, mera *imoralidade administrativa*”. (*Manual de Direito Administrativo*, 2.^a ed., 1947, n.ºs 298 e 308, págs. 485 e 466).

Sabido é que, no direito francês, o *recurso* por desvio de poder (“*recours pour détournement de pouvoir*”) é o nome que toma o *recurso por excesso de poder* (“*recours pour excès de pouvoir*”), quando êste se funda na *ilegitimidade do fim*. DUGUIT, para quem o “*Recours pour excès de pouvoir, la grande et originale création de la jurisprudence française, domine aujourd'hui tout le droit public*”, acrescenta: “*Il ne suffit plus pour être valable que l'acte administratif émane de l'agent compétent; il faut encore que celui-ci en le faisant se détermine par le but qu'avait en vue la loi en lui*

Sucede, no entanto, que, por ser o Regimento Interno uma lei de caráter mais permanente, que se não pode nem deve mudar a qualquer momento, e sob qualquer pretexto, evidentemente a criação de cargos, as modificações da Secretaria, coisas que atendem ás necessidades e circunstâncias do momento, se reservam para outra forma de deliberação da Câmara. São, por isso, utilizados os decretos ou as resoluções, que, por igual, se reputam manifestações de império, projeção da vontade do Poder Legislativo, deliberando, ainda, a êste respeito, criando relações jurídicas, autorizando pagamento de vencimentos, sendo obrigatórias *erga omnes*.

A Câmara Legislativa do Distrito Federal terá de merecer, e merece, indubitavelmente, o mesmo tratamento que dimana da sua Lei Orgânica, que é a sua Constituição. O art. 1.º dessa lei estatui: o Distrito Federal será administrado por um Prefeito nomeado pelo Presidente da República e terá uma Câmara eleita pelo povo, com funções legislativas. Na Seção I se cuida — *Do Poder Legislativo* — Da Câmara de Vereadores.

No art. 83, § 1.º, n.º III do Regimento Interno, que é a lei da Câmara, nas suas relações internas, se dispõe que a Resolução legislativa é destinada a regular as matérias de caráter político ou administrativo, sôbre que deva a Câmara pronunciar-se, em casos concretos. Na letra *b* fala-se em assuntos de economia interna da Câmara, que não exijam abertura de crédito.

No art. 6.º da Lei Orgânica, e no art. 13, § 4 ainda da mesma lei, se declara que compete à Câmara dispôr, em regimento interno, sôbre a organização, polícia, criação e provimento de cargos de sua Secretaria. Assim, usa-se de uma faculdade constitucional e legalíssima.

Tudo isso, à letra, se cumpre. Nada nos admira que se queira e tente demonstrar o contrário, quando os fatos são de uma evidência solar.

A Resolução n.º 39, ato de vontade da Câmara, aprovado pela maioria, após seu processamento regimental, é expresso: Fica aprovado, como Regulamento da Secretaria da Câmara do Distrito Federal, para todos os efeitos, o elaborado pela Comissão Especial de funcionários constituída pela Portaria n.º 108, de 4 de maio de 1949, e dado a conhecer sob forma de anteprojeto,

donnant cette compétence. Ce but est en définitive toujours le même: le bon fonctionnement du service à la gestion duquel est préposé l'auteur de l'acte.

On comprend maintenant comment il n'y a plus, comment il ne peut plus y avoir d'actes discrétionnaires ou de pre-administration. Quelque étendue que soit la compétence d'un administrateur, l'administré a toujours le pouvoir de lui demander compte des motifs qui l'ont déterminé; le conseil d'État est compétent pour apprécier ces motifs et pour annuler l'acte s'il juge qu'il a été inspiré à l'agent par un but qui n'était pas de sa compétence. Peu importe d'ailleurs le rang qu'occupe l'agent, que ce soit le président de la République ou le plus humble des fonctionnaires. Peu importe l'acte dont il s'agit. Il n'y a pas un acte fait par un agent administratif quelconque qui puisse échapper au contrôle juridic-

aos Vereadores, no opúsculo impresso no Departamento da Imprensa Nacional, com as seguintes modificações, abaixo enumeradas.

Destaque-se este fato: a Resolução n.º 39 teve em mira, principalmente, aprovar o Regulamento de sua Secretaria, que teria, posteriormente, de ser publicado para entrar em execução.

Está, pois, a matéria regulada em lei, e não padece dúvida que a Câmara Legislativa é livre e incontrolável no exercício dessa sua competência privativa de reestruturar a sua Secretaria, criar e extinguir cargos, modificar carreiras, aposentar, promover, transferir, fixar vencimentos.

Nenhum outro poder poderá lhe tirar normas de ação, regras de procedimento, impor restrições. Os limites, se existem, defluem da Constituição, e quando delas procedem, são verdadeiras proibições (*injunctions*) de certos atos.

COSTA MANSO teve ensejo de asseverar que em se tratando de um poder discricionário, limitado, apenas, pela Constituição, o juiz ou tribunal só poderá intervir na organização dos serviços internos de outro poder, quando seja ofendido algum direito emanado ou amparado pela Constituição (*Revista dos Tribunais*, vol. 42, pág. 5).

BIELSA, que examina a ação do legislativo, em relação à arbitrariedade, sustenta — *sin embargo, esta potestad legislativa, que non reconoce limites legales, puede tenerlos juridicos y morales pues el legislador tiene ante si principios de derecho vivo, un orden de cosas susceptibles de variar, necesidades sociales que deve satisfacer y conflictos de interesse que debe resolver* (vol. II, n.º 362, ed. 1947). Mas, essas razões de ordem jurídica, em abstrato, êsses motivos de âmbito social, êsses imperativos morais, escapam à apreciação do Judiciário.

Pelo que aqui temos dito, poder-se-á afirmar que, no exercício dessa atribuição discricionária, age o Legislativo, porque, segundo MICHOU — *procede livremente, não havendo um comportamento a que esteja antecipadamente obrigado por uma regra de direito objetivo* (*Étude sur le pouvoir descriptif de l'Administration*, 1913, pág. 10).

tionnel du but". (*Les transformations du Droit Public*, 1913, páginas 190 e 208).

Bem se compreende, assim por que no direito italiano, CINO VITTA, afirma ser o vício de excesso de poder mais grave do que o de violação da lei: "*In sostanza l'atto viziato l'eccesso di potere é manifestamente irrazionale ed ingiusto, e l'eccesso di potere appare vizio piu grave della semplice violazione di legge*". (*Diritto Amministrativo*, 3.ª ed. 1950, vol. II, pág. 516).

12. Não procede, porém, essa observação do Professor da Universidade de Turim, quando a lei de fundo violada é a própria Constituição, por isso que nenhuma outra eiva pode mais indelévelmente macular o ato do que a de inconstitucionalidade.

Aquí, no caso presente, provada a inconstitucionalidade das resoluções incriminadas, desaparece o último e derradeiro argumento, a que se arrimam os seus defensores e cuja inconsistência demons-

CARLOS MEDEIROS DA SILVA já fizera sentir em brilhante parecer que a faculdade privativa resulta do vocábulo — nomear — de significado preciso e restrito, e só excepcionalmente poderia o Judiciário interferir nos atos que decorrem dessa competência, para os examinar e invalidar. Quando o faz, porém, terá de ater-se ao caso concreto, ao direito individual.

Jamais se permitiria qualquer apreciação, que se fundasse em princípios doutrinários, porque êstes não cerceiam a ação do legislador, acrescenta aquê jurista. A fonte imediata do direito é a lei.

O entendimento compreensivo dos textos postos à prova, na mais ampla argumentação, excusaria maior delonga. Poderá, no entanto, acontecer que nem todos suponham que esteja o problema suficientemente esclarecido e que haja mais alguma coisa a respigar.

E, reafirmando que "*cada una de las Camaras del Parlamento aja guardado siempre con grand celo su autonomia y su facultad de regular sus propios derechos, privilegios y procedimientos*", volvamos à matéria do Regimento para aclarar um ponto primordial: quer na esfera federal, quer na estadual, quer na municipal, o Regimento Interno no art. 18, n.º III é que se refere à matéria.

FERRARA, ao notar que a função legislativa, pode sofrer limites políticos e sociais, que reagem por maneira diversa que não as jurídicas, acentua que a autoridade judiciária não poderá recusar a observância das leis considerando-as ilegítimas por seu conteúdo (*Trat. de Dir. Civ. Ital.*, vol. 1, pág. 103).

Quem possui a atribuição privativa, quanto discricionária, de criar o cargo, não está inibido de definir a natureza das funções, a categoria do emprêgo, a forma da investidura, as exigências de aposentadoria, as condições de exercício. O Judiciário nada tem a ver com isso, a menos que haja, concretamente, um direito violado. Fora disso o princípio da separação dos poderes impõe uma atitude de abstenção, um alheamento do que faz o outro Poder, igualmente independente.

CARLOS MAXIMILIANO, com a sua irrecusável autoridade resolveu a questão de maneira magistral, quando proferiu o discurso de 15 de dezembro de

tramos: o de que se trata de atos legislativos e não atos administrativos da assembléias. Qualquer ofensa à Magna Carta vicia e invalida a própria lei.

Em verdade, quando a lei de fundo violada pelo órgão público, que, no exercício de sua competência, atuou fóra e além dos lindes legítimos, é a lei das leis, desanuviam-se quaisquer dúvidas, porque, em nosso regime, se o ato de um dos poderes e a própria lei se encontram em conflito aberto e manifesto com a Constituição, incorrem e incidem ato e lei na censura do Judiciário, que lhes deve decretar a nulidade ou a inaplicabilidade por inconstitucionais.

13. Não se nega nem se contesta que, *ex-vi* do que estatuem o § 4.º do art. 13 e § 1.º do art. 14 da Lei Orgânica do Distrito Federal (Lei n.º 217, de 15 de Janeiro de 1948), compete à Câmara de Vereadores dispôr, em regimento interno, sôbre a sua organiza-

1919, na Câmara Federal. Ele o transcreve em seus *Comentários à Constituição*. Mostra o acatado jurista como é livre à Câmara regular essa matéria, conforme lhe convém.

A Comissão de Constituição e Justiça, do Senado, no parecer que emitiu, precisamente sobre um *Projeto de Resolução*, que mandava efetivar funcionários da Secretaria, arrimou-se à opinião de CARLOS MAXIMILIANO e abundou em considerações outras, que demonstram a segurança da tese que vimos expondo e defendendo, como podemos e devemos: o amplo e absoluto poder que, em face da Constituição, têm as Casas do Congresso, e também a Câmara Legislativa do Distrito Federal, de organizar os respectivos serviços na forma e pelo modo que melhor lhes convier'. (*Diário do Congresso*, 14-7-1951, pág. 5.247).

Estava em curso, no Senado, um projeto de Resolução, disciplinando esse assunto e já agora a temos aprovada e cumprida. Nesse parecer se sustentara que o dispositivo de exceção, contido na Constituição, *retira o funcionalismo da Câmara e do Senado das normas traçadas pelo Título relativo aos Funcionários Públicos, na mesma Constituição*. Podem essas regras ser adotadas, porém, *não são obrigatórias* e enfrentando o argumento que *se baseia no art. 186*, tal como no caso que discutimos, concluiu que a sua obrigatoriedade não atinge aos funcionários das Casas do Congresso, porque, expressamente, o art. 40 lhes atribui *dispor sobre o provimento de cargos*. Daí, ser facultado *dispor de maneira diferente*. No item 12 desse parecer tem-se a prova irretorquível de que os precedentes acolhem esse ponto de vista.

Não obstante esses ensinamentos, pretende-se envolver o Judiciário nessa contenda, que tem a nosso ver, um aspecto nimamente político, e surgiu em virtude de notória divergência partidária. Assim, sob pretexto de *desvio de poder* quer-se, a pés juntos, que se declare insubsistente uma Resolução Legislativa, que aprovou e tornou obrigatório um Regulamento, que organiza ou reestrutura a Secretaria.

Destarte, o que se visara, e transitòriamente se obtivera, fôra, em resumo, anular em massa, todos os atos decorrentes dessa Resolução ou contemplados

ção, polícia, criação e provimento de cargos de sua secretaria, tomando a iniciativa das resoluções legislativas respectivas.

Mas o que se nega e contesta é que a Câmara, sob color de reorganizar seus serviços, incida, como vimos, em indiscutíveis ilegalidades, por excesso de poder e desvio de fins legítimos e morais, lesão enormíssima para o patrimônio público; o que se nega e contesta é que, no exercício dessa atribuição privativa, a corporação legisferante se olvide que estamos em regime de poderes limitados, em que lícito não é à própria lei ordinária violar os princípios constitucionais da lei fundamental; o que se nega e contesta, além disso, é que aquela faculdade permita "se estabeleça uma categoria privilegiada de servidores isentos, para o seu provimento no cargo, das exigências gerais e comuns a todos os funcionários públicos", dado que "as disposições constitucionais, pelo menos estas, são de

nêsse Regulamento. É a anulação total do ato legislativo. Desfaz-se simplisiticamente a manifestação de vontade de um Poder, em assunto que é de sua absoluta competência, e isto porque esse ato é escandaloso e imoral e viola o art. 186 da Constituição.

Faz-se tranquilo o princípio de direito constitucional de que o poder de legislar é ilimitado, sofrendo, apenas, as restrições constitucionais (*Ruling Case Law-Constitutional Law of Congress*, vol. 6, pág. 153). Em relação à organização da Secretaria o princípio não sofre alteração.

Bastaria insistir no refrão de que há um critério de oportunidade e conveniência de que se faz juiz único o poder que tem a faculdade de nomear, demitir, promover, reestruturar.

No parecer que no Senado emitiu o ilustre Senador ALUISIO DE CARVALHO, a respeito do Projeto de Mandado de Segurança, se observa que a Constituição não concede a medida contra todos os atos, mas apenas submete a essa eventualidade *tôdas as autoridades*. Como acentuam opinantes na matéria, deve distinguir-se da "qualidade" das autoridades de que emanam de atos, a "natureza" dos mesmos atos, sobre considerar-se que a norma constitucional dá o remédio contra o ato de qualquer autoridade, menos o praticado ilegalmente ou com abuso de poder.

Não se oculta, nem sequer se dissimula a consequência a que iríamos ter se, tão cândidamente, fôssemos sustentar a intromissão do Judiciário nesses assuntos de economia interna de outro Poder, sem que lhe fôsse presente, em processo regular, um caso flagrante de direito individual, certo e líquido, violado ostensivamente.

Nenhum Tribunal tem sido mais destemeroso nos seus pronunciamentos, e por isso mesmo mais cauteloso e regrado nas suas opiniões, do que a Suprema Corte dos Estados Unidos, na qual temos ido aurrir grandes ensinamentos, que só ela, os soube dar, ao mundo. Lá, todavia, nunca se excedera à medida de sua competência, para vulnerar o prestígio e autoridade de outro Poder, porque, entendem os notáveis juizes americanos, que, também, é seu

aplicação obrigatória para todos os funcionários públicos e, portanto, para aquêles que integram *as secretarias das Câmaras legislativas*". (THEMÍSTOCLES CAVALCANTE, *Comentários*, vol. II, página 27).

A Constituição Federal dispõe no artigo 186:

"A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde".

Comentando essa norma fundamental, diz PONTES DE MIRANDA: "Do art. 186, também se tira que os poderes públicos estão inibidos de qualquer nomeação para postos de carreira das repartições administrativas, *incluídas as repartições administrativas dos corpos legislativo e judiciário*, sem o concurso de provas ou de títulos; a falta de um dos dois pressupostos faz nula, por inconstitucionalmente

dever manter ileso os direitos e a ação constitucional das demais autoridades, salvaguardar-lhes o prestígio e fortalecer-lhes a ação — dentro da legalidade.

Aquí, até hoje, guardada a mesma linha de comportamento, só examinamos os casos, as espécies, nitidamente, de caráter privado, ou seja quando há um direito individual atingido por lei manifestamente inconstitucional, ou se existe, sem subterfúgios, o que se chama um *direito adquirido* — também assunto que já há sofrido a sua deformação.

Aquêles sábios *fathers* — como eram chamados os convencionais que, em Filadelfia, estruturaram êsse monumento jurídico que é a Constituição dos Estados Unidos da América — pensaram encontrar uma fórmula que pudesse servir de remédio às usurpações e, também, de advertência aos desmandos. Na grande Convenção tentara-se a criação de um Conselho de Revisão, do qual participariam elementos do legislativo e do judiciário. Defendera-o WILSON, com as seguintes palavras: o Judiciário deve ter uma oportunidade de advertência contra as usurpações, projetadas contra os direitos do povo e dêle próprio. Tem-se afirmado que os juizes como definidores das leis terão uma oportunidade de defender os direitos constitucionais. É de ponderar esta observação: êste poder dos juizes não vai, porém, tão longe. As leis injustas, podem ser imprudentes, podem ser perigosas, podem ser destrutivas, todavia, podem não ser inconstitucionais, de modo a justificar a recusa de sua aplicação pelos juizes — *and yet may not be so unconstitutional as to justify the judges in refusing to give them effect.*

Deixemo-los ter uma participação no poder de revisão e eles terão uma oportunidade de conhecer aquêles defeitos de uma lei e refreiar, pelo pêso de suas opiniões, os pontos de vista impróprios da legislatura (ELLIOT, *Debates on the adoption of the Federal Constitution*, 1907, vol. V, pág. 151).

Outro convencional, ELSWORTH, apoiara essa idéia com as seguintes observações: a ajuda dos juizes dará mais sabedoria e segurança (*wisdom and firmness*) ao executivo. MADISON, também aderira a essa corrente.

dade, a nomeação”. (*Comentários à Constituição de 1946*, vol. IV, página 158).

Não obstante a clareza da regra constitucional, que foi reproduzida no art. 34 da Lei Orgânica, infringiu-a, manifesta e flagrantemente, a questionada Resolução n.º 39, que, na pletera de criação de cargos, não se deteve ante os *cargos de carreira*, referentes a oficiais legislativos, redatores revisores, redatores de ata, oficiais de pesquisa, bibliotecários e datilógrafos, em número total de 311 (fls. 163), e cujo provimento, pelo menos em grande número, se fêz sem concurso.

Não negam os recorrentes que as nomeações foram feitas sem concurso, o que vale dizer que confessam a ilegitimidade constitucional delas. Procuram, todavia, justificar-se, afirmando que *muitas* delas (não *tôdas*) foram feitas por via de transferência. Mas os Estatutos dos Funcionários Públicos Cívics, quer o da União (De-

A prudência, porém, dos convencionais americanos repelira essa inovação. GERRY, MARTIN e outros combateram-na com êxito. O primeiro advertia: o Conselho está combinado e misturando entre si a legislatura e outros órgãos. Está instituindo uma coalisão imprópria entre o legislativo, executivo e o judiciário. Está fazendo dos juizes, estadistas e colocando-os como guarda dos direitos do povo.

A lógica dos fatos é mais forte que a lógica das idéias. As inconveniências apontadas fizeram malograr a proposta e evitar-se que o Judiciário fôsse chamado a imiscuir-se nas questões de revisão das leis injustas, perigosas ou destrutivas. Assim resolvendo, houvera a preocupação de evitar a tirania de qualquer dos Podêres.

ORDRONNAUS salienta que na Constituição americana houve o propósito de não permitir que qualquer órgão do govêrno se tornasse instrumento de opressão. A respeito mesmo do Judiciário êle diz que não pode ir além, no exercício de sua jurisdição, da órbita das suas atribuições específicas, ou seja além dos casos de natureza judicial (*Constitutional Legislation on the United States*, 1891, pág. 208).

Eis o que está fixo e cristalizado como direito público.

Vulgarizara-se a opinião de que, para manter os poderes separados, independentes e harmônicos, era mister traçar-lhes, definir-lhes a área de competência, o que impediria excessos e indevidas incursões. A Constituição brasileira não se divorciou dessa orientação doutrinária, e, desde 1891, que perseveraram os constituintes brasileiros em manter intangível o princípio da separação, assim como aquêle da competência definida.

Demais disso, MARTIN ponderara que um conhecimento da humanidade e dos negócios legislativos, não faz presumir que pertença, em mais alto grau, aos juizes do que à legislatura. E quanto à constitucionalidade das leis é assunto sôbre que se pronunciará o juiz no seu caráter oficial... É necessário que o Judiciário tenha a confiança do povo e esta se perderá, desde logo, se a juizes fôr confiada a tarefa de censurar as medidas populares da legislatura (ELLIOT, op. cit., pág. 347).

creto-lei n.º 1.713, de 28 de outubro de 1939, art. 67), quer o do Distrito Federal (Decreto-lei n.º 3.770, de 28 de outubro de 1941, art. 70), só admitem a transferência para cargo do mesmo padrão de vencimentos ou igual remuneração, mediante prévia prova de habilitação, e, nos casos referidos, as que porventura se fizeram, o foram sem a satisfação dessa prova de habilitação e para cargos de maior remuneração, porque, sendo a Resolução n.º 39 datada de 30 de outubro de 1950, logo no dia seguinte, 31 de outubro, era promulgada a Resolução n.º 40, complemento daquela, elevando os padrões de vencimentos de todos os funcionários. Não se pode deixar de, pelo menos, lamentar tão evidente *faus legis* em ato oriundo de direção de assembléia legislativa.

Mas ao Poder Judiciário é que cabe opôr o corretivo apropriado a êsse processo indireto de iludir e inutilizar as proibições ou li-

Ora, poderia o Judiciário conhecer da Resolução n.º 39 e apreciar, *in genere*, a sua eficácia, dizendo da sua moralidade ou desconveniência? Absolutamente não. Seria lícito examiná-la, é certo e já foi dito, se algum funcionário atingido por esse ato em seu direito líquido e certo, viesse pedir reparação.

Jamais ser-lhe-ia facultado — ao Judiciário — sem provocação de um caso específico, examinar a lei, ou a Resolução, porque, em abstrato, em tese, em si mesma e por si só, se apresente ela, no sentir de algum cidadão, ainda o mais credenciado, como escandalosa ou imoral, uma cornucópia de favores, um expediente político, um indecoroso arranjo entre vereadores e seus parentes e amigos.

Praza aos céus nunca tenhamos, sob esse aspecto, sempre muito escabroso e cercado de surpresas, de sair da serenidade de nosso ambiente para interferir na agitação das questões políticas e nos atos discricionários da administração. Guardemos o nosso penacho, sem abdicar das nobres prerrogativas que nos cabem e para usá-las com o costumado escrúpulo, a que nos habituamos, nos momentos próprios.

Vem à justa a lição lapidar do eminente Ministro OROZIMBO NONATO: não se admite mandado de segurança contra a lei em tese, como por exemplo, o destinado a subtrair o imposto ao regime de emergência estabelecido pela lei do inquilinato. O exame da lei, no mandado de segurança, *só se faz por via de consequência*, quando argüida a inconstitucionalidade de um ato, se fundada na inconstitucionalidade da lei. Esse voto, proferido na vigência da Constituição de 1946, se lê na *Revista Forense*, vol. 113, pág. 402. E, também, e sobretudo, nesse mandado o Dr. Procurador argüira que contra ato legislativo não cabia aplicação desse *remedium juris*. O Ministro OROZIMBO NONATO considera grave a ponderação, citando a opinião de SEABRA FAGUNDES, quando este jurista sustenta que sobre a tese a *jurisprudência não chegou a dar resposta cabalmente satisfatória*.

mitações constitucionais, por artifícios mais ou menos fraudulentos ou engenhosos, destinados a ladear ou flanquear o texto da lei, procurando passar além do alcance dos seus termos. “Todo artifício ou processo de evasão a um texto constitucional se terá por inconstitucional e em tudo equiparado à violação direta e manifesta da Constituição” (FRANCISCO CAMPOS, *Direito Constitucional*, 1942, página 36).

14. Na ordem jurídica, a Resolução inquinada desviou-se dos fins a que devia objetivar, fraudou a lei, infringiu a Constituição:

É, portanto, inconstitucional. E ato ou lei inconstitucional é ato ou lei nula e inexistente, não produzindo qualquer efeito. *Quod nullum est nullum producit effectum*.

Em casos como o destes autos é que bem se compreende por que, ainda agora, o Prof. PINTO FERREIRA, da Faculdade de Direito de Recife, preconiza “o retorno a RUY BARBOSA”, fundador da democracia individualista de 89 e precursor da democracia social de

Vale registrar esse reparo por ser de quem é, de repeti-lo que o poderia fazer com a sua autoridade, sublinhando claramente a indecisão dos arestos. Forçoso é não abstrair por completo desse ensinamento.

Considerava, também, o insigne Ministro que o entendimento do Professor AUGUSTO MEIRA abrira a porta a desmedimento que transformaria um *remedium juris excepcional* e heróico em alexitério de aplicação difusa e universal, tornando, para lembrar a expressão do eminente CARVALHO MOURÃO, “a quintessência, a concentração química da confusão jurídica”.

Valemo-nos dessa remissão porque orienta e ampara esta decisão, que visa, apenas, atingir a verdade, sem disputar originalidade, coisa que vai rareando nos julgados pela razão óbvia de que eles vão haurir subsídios na mesma doutrina e na jurisprudência, que se faz pacífica, e novidades não se inventaram sobre a matéria.

SEABRA FAGUNDES é de parecer que os atos legislativos sejam formais ou materiais, não se subtraem ao mandado. Cita CASTRO NUNES, em *Mandado de Segurança*, pág. 80. Observa, no entanto o douto Ministro OROZIMBO NONATO que o problema do Mandado de segurança contra atos do Poder Legislativo (como do Judiciário) tem que ser decantado, para insular-se o assunto único que merece ser ponderado, e que diz respeito ao ato tipicamente, caracteristicamente, legislativo (a lei) ou o ato tipicamente, caracteristicamente judiciário (as sentenças)... E essa depuração está feita com singeleza e acerto por LUIZ MACHADO GUIMARÃES (*Revista Forense*, vol. IV, página 386).

Admita-se, em princípio, e *ad argumentandum* que o ato legislativo possa ser objeto do controle judiciário, uma vez que se apresente contaminado do vício de inconstitucionalidade. Convenha-se por igual, e somente para prosseguir no raciocínio, que o impetrante seja parte legítima para argüir aquele defeito substancial.

nosso dias (*Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*, 1951, vol. I, pág. 13).

Recordemos-lhe desse catecismo do Direito Público Brasileiro que são os *Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, três regras fundamentais de integral aplicação ao caso presente:

1.ª) — “O Poder de fazer a lei não compreende o de reformar a Constituição.

Toda lei, que cerceie instituições e direitos consagrados na Constituição, é inconstitucional.

Por maioria de razão, inconstitucionais são *as liberações não legislativas* de uma Câmara, ou de ambas, que interessarem esfera vedada ao poder legislativo”.

2.ª) — “Toda medida, legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência nula.

Atos nulos da legislatura não podem conferir poderes válidos ao executivo”.

Fixemos, por isso mesmo, a inconstitucionalidade que se argüira como mais apregoadada, que demonstrada proposição. É essencial que se tome contato com ela.

Está expresso na inicial: a Resolução n.º 39 teria feito nomeações, em cargo inicial de carreira, sem preceder concurso. Essa a única, a exclusiva arguição de inconstitucionalidade, o que restringe a êsse ponto a apreciação do Juiz, que exorbita indo além.

A posição do problema já inculca uma desorientação no pedido, à qual se não subtraíra o recorrido. Isto porque o art. 186 é específico, refere-se, unicamente, a nomeação em cargos iniciais de carreira. Faz-se mister demonstrar que há a instituição de carreira e isto não se cumpriu. Além disso, cumpre advertir que na Resolução, e no Regulamento que ela aprovou, não se cogita, apenas, de nomeação, ou de instituir carreira. Há promoções, transferências, aposentadoria, novas nomenclaturas, fixação de novos padrões de vencimentos, cargos isolados, matéria que o Judiciário não esmiuça e que não está subordinada ao art. 186.

Entretanto, tudo fôra, de cambulhada, totalmente anulado, *ex radice*, desfeito, tornado ineficaz, com apoio no único art. invocado — o 186! A inconstitucionalidade, assim, abrangerá tudo, contaminará integralmente a *reestruturação*. Matéria estranha à Constituição, que é regulada em lei ordinária — promoção, aposentadoria, transferência, que estão disciplinados no Estatuto dos Funcionários Públicos, como em leis que reformam serviços públicos — fôra contemplada na pleiteada nulidade da Resolução n.º 39. Opor-se-ia a semelhante proceder o acórdão do Venerando Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança n.º 1.029, reconhecendo a necessidade do serviço público e proclamando que os funcionários que já pertenciam ao quadro da carreira não eram obrigados a concurso. Pois bem, até os que já eram do quadro, já exerciam funções públicas, foram atingidos pela sentença que tudo invalidou.

Essa observação seria quiçá suficiente para destacar a insustentabilidade do julgado, que fêz a raza na Secretaria da Câmara Municipal, não deixando pedra sobre pedra.

3.ª) — “Aos tribunais federais compete declarar a nulidade dos atos legislativos por quebra da Constituição Federal.

Essa declaração, regularmente provocada, corresponde, para as justiças da União, não só a um direito legal, como a um dever inevitável”. (*Ob. cit.*, págs. 39, 47 e 87).

Se temos alguma dúvida sobre a nobre missão, que em nosso sistema político, incumbe ao Judiciário, de preservar a integridade da Constituição das usurpações e invasões de quaisquer assembléias, tumultuárias ou arbitrárias, ou sobre a ineficácia das resoluções inconstitucionais das legislaturas para *criar cargos*, urge que releiamos esta página na *Anistia Inversa*:

Detenhamo-nos, porém, nas nomeações, sem concurso abstraindo do restante, que representa a enormidade. Formular a proposição é tornar patente, mais uma vez, que o ilustre Vereador Paes Leme é intruso neste domínio. Ele não é funcionário, não foi atingido pelas nomeações que se fizeram. É êle, como se confessa, um ativo e eficiente membro da Câmara Legislativa, e não pertence ao quadro da Secretaria reestruturada, com a Resolução n.º 39.

Todavia, a arguição nasceu sob mau signo, e estava destinada à inviabilidade. Não vingou, como vingara na primeira instância, onde o equívoco maior ocorrera, visto como a declaração de inconstitucionalidade não se manifesta em tese, é de mister o caso concreto, patenteando o direito líquido e certo do interessado, que sofreu a lesão, e que invocando o art. 186 da Constituição pede a reparação.

Ademais, se mesmo estivéssemos em face de uma espécie, de um caso concreto, ainda a inconstitucionalidade se diluiria, pois não houve a transgressão do art. 186, a menos que a vegetação do sofisma alcançasse a subversão das coisas que a respeito se tem assentado, assim na doutrina, como na jurisprudência.

A malsinada Resolução, à qual não devemos, como juizes, tecer lóas ou fazer censuras, que refogem à nossa missão de examinar os fatos e declarar o direito, tratara da reforma ou reestruturação da Secretaria da Câmara, e, além do ponto de vista assinalado no parecer do eminente Senador VILLASBOAS, ao qual já fizemos menção, é de ponderar que, em se operando reformas ou reestruturações, podem os cargos iniciais ser providos independentemente de concurso, ainda que se instituem carreiras, por isso que estas surgem, exatamente, com a criação, com o seu aparecimento, e não é possível aguardar o lento processo dos concursos, e as ultiores promoções dentro da carreira, para ter organizado o serviço ou a Secretaria. Antes, não há qualquer direito adquirido que possa ser violado.

“Se o arbítrio do congresso fôsse soberano, como pretendem os nossos demagogos, imbuídos no ranço das franquezias revolucionárias de 1793, os atos dêle não teriam aquilatador: estariam acima da Constituição. Esta continuaria apenas a gozar de uma primazia teórica, desmentida praticamente pela onipotência das maiorias parlamentares. Felizmente os organizadores da República, no Brasil, como nos Estados Unidos, enxergando que “os governos constituídos por eleição, quando não refreidos não são menos suscetíveis de exorbitar do que os designados por acidente do berço”, colocaram acima da vontade política das facções a imparcialidade jurídica dos tribunais. Dêste modo instituiu-se nêles um filtro à pureza constitucional das nossas leis.

Êsse filtro opera a eliminação das leis viciosas mediante a averbação de nulidade. A nulidade é, pois, nos

Nenhum preceito existe na Constituição que obste esse procedimento. Poderia a Câmara declarar cargos isolados os de carreira, ou proceder de modo contrário, transformar as funções, efetuar transferências, dar novas designações, fixar vencimentos diversos. O assunto é, sempre, regulado em lei ordinária, que é suscetível de derrogação e revogação, atendendo às conveniências e reclamos do serviço público. Não há esse tabú a que se curvam os intransigentes defensores do funcionário, em detrimento do interesse público.

Porque se atribuir ao legislador intuítos inconfessáveis? GASTON JEZE ensina: não se pode presumir que os agentes públicos usem os seus poderes para atingir um fim diferente do que é visado pela lei orgânica de sua competência. São pressupostos da condição de agir que não podem ficar ao sabor de um juízo meramente pessoal, e subjetivo, mas, que pede pela sua gravidade provas reais, indestrutíveis, inequívocas.

Em relação ao legislativo, ainda mais ampla se faz essa presunção, porque o legislador age, sempre, auscultando as necessidades sociais e políticas, exercendo um mandato do povo, buscando servir ao bem-estar coletivo e, pela administração, através de seus órgãos, é que se atinge a esses fins.

Em CARLOS MEDEIROS lemos o seguinte: “Como se vê, a recomendação genérica é adotar-se o princípio da formação de carreira, que não tem caráter absoluto. Ao legislador local fica larga dose de arbítrio e discricão ao regulamentá-lo”. Desta forma se manifestou o jovem e respeitável jurista em parecer sobre a lei municipal de S. Paulo, que cuidou da transformação de cargos isolados de livre provimento, em comissão, por funcionários ou pessoas estranhas ao funcionalismo, de provimento efetivo, independente de concurso (*Revista de Direito Administrativo*, vol. X, pág. 342).

Se nessa reforma da Secretaria as nomeações foram escandalosas, e se os vencimentos fixados se consideram excessivos ao Judiciário não cabe qual-

atos da legislatura, como nos da administração, o corretivo da inconstitucionalidade.

O princípio é que leis inconstitucionais não são leis. “O ato legislativo é o querer expresso da legislatura, ao passo que a Constituição é o querer expresso do povo. A este cabe a supremacia. Se o ato legislativo o contradiz, irritado será: Não é lei”. “Um ato inconstitucional do congresso, ou de qualquer legislatura de estado, não é lei (is not law): não confere direitos; não estabelece deveres; não cria proteção; não institui cargos. É, juridicamente considerado, como se nunca tivesse existido”. (2.^a ed., 1896, págs. 13-14).

15. Estes conceitos expressos antes do raiar do século têm ainda hoje, a viveza e a exuberância dos cânones imortais, mesmo porque cada vez mais se fortalece e se estende, na moderna ordem jurídico-constitucional, o contróle de constitucionalidade das leis.

quer pronunciamento a respeito e sob esse pretexto seria incurial pretender invalidar, coisa que lhe não compete, a Resolução n.º 39.

No parecer da Comissão de Justiça do Senado, o qual figura como relator o ilustre Senador VILLASBOAS, ficara assentado que a Câmara e o Senado não estavam, na organização de sua Secretaria, obrigados ao que dispõe o art. 186 da Constituição.

Porque seja esse o entendimento das duas Casas do Congresso Nacional é que têm sido nomeados, sem concurso, os seus funcionários. Recentemente fizera-se a reestruturação da Secretaria do Senado, alterando padrões, dando a novos cargos denominações diversas, efetivando 70 funcionários interinos (“O Globo” de 6 de setembro de 1951).

A Resolução de 10 de setembro de 1951 — vejamos bem a *Resolução* — de autoria do Senador GALLOTTI mandara efetivar todos os interinos, independentemente de concurso e contra isso se insurgira o Senador FERREIRA DE SOUSA, que foi vencido.

Mas, não é preciso ir muito longe, buscando exemplos ou precedentes. Aqui mesmo, neste Tribunal, e ao que nos consta em vários outros, quando se dera execução ao art. 97, n.º II da Constituição Federal, nomeamos livremente, sem concurso, sem atender a requisitos de idade, sem aplicar o Código de Promoções, sem subordinação ao princípio do art. 186 da Constituição. É de crer que não haja um critério bifronte, ou de dois pesos e duas medidas. Ainda recentemente, com a Lei 1.301, foram, sem concurso, preenchidos vários cargos — que, pelo Código de Organização Judiciária, era exigido.

A latitude que se empresta ao mandado de segurança, permitindo-se que um cidadão, sem interesse pessoal e direto, anule um ato legislativo, desfaça total ou integralmente uma reforma de Secretaria feita por um Poder, é, indubitavelmente perturbadora do princípio da separação dos poderes, representa aquilo que se quer censurar: um excesso, uma demasia, que quase se diria uma usurpação de funções ou de competência.

Diz o Prof. CARLOS OLLEDO; “El que los antecedentes históricos del control de constitucionalidad de las leyes haya que buscarlos en más remotos tiempos es cosa distinta y compatible con la afirmación de que fué en la anterior postguerra cuando se extendió como sistema recogido en las nuevas ordenaciones juridicoconstitucionales. Si nos detenemos a examinar la razón de esa generalización, podemos llegar a la consecuencia de que permanecieron inalterables los fundamentos teóricos de que nació la institución, pero adquirieron un sentido históricopolítico mas preciso. Fué una de las consecuencias del processo de juridización y, al mismo tiempo, instrumento institucional de su presupuesto, *la soberanía del Derecho*, plasmado en el orden constitucional jurídico formal”. (*El Derecho Constitucional de la Postguerra*, 1949, pág. 131).

Na França, vemos o eminente constitucionalista MAURICE DUVERGER preconisar o aperfeiçoamento sempre maior do contróle jurisdicional da legalidade dos atos executivos e da constitucionalidade.

Cabe, ainda, refletir que a sabedoria do nosso regime repousa, precisamente, nêsse equilíbrio que permite o exercício dos três poderes, sem que os seus órgãos se atritem ou se disputem a supremacia. Isto mesmo tem o mérito de conservar intangível o prestígio, a harmonia e a independência dêsses poderes.

A salutar posição do Judiciário, sem outra força, além de sua autoridade moral cristalizada nos seus arestos, que obrigam a todos, destaca-se, sobretudo, porque se não imiscui em questões que se lhe não submetam estritamente ao seu julgamento e dentro da pauta legal de sua competência.

Temamos, e receiemos que algum dia não seja assim, por que seria o começo de nosso desprestígio e debilidade.

Atingimos, agora, senão o ápice, pelo menos o aspecto mais destacado por onde poderíamos haver começado, dirimindo a controvérsia.

No Mandado de Segurança n.º 1.000 (*Arquivo Judiciário*, vol. 93, pág. 161) o provento Ministro EDGAR COSTA fôra o relator. Visara-se uma ato da Mesa da Câmara dos Deputados e do Senado sôbre subsídios.

Argumentara-se com a inconstitucionalidade e sustentara-se o cabimento da ação popular. A defesa consistira em que a Mesa do Senado e a sua Comissão Diretora não praticaram o ato que lhes é atribuído. Assim, a Mesa e a Comissão Diretora da Câmara dos Deputados, estiveram em foco como sucede no presente caso. O decreto legislativo é ato do Congresso Nacional, e não da Mesa da Câmara. Talqualmente, a hipótese que prende a atenção dêste Tribunal, pois que a Resolução n.º 39 não é um ato da Mesa, e menos da Comissão Diretora: emanara do próprio legislativo.

Cita-se CASTRO NUNES: o interesse do cidadão em preservar o interesse público é, também, um direito subjetivo, de caráter público, exercido *ut civis*. O que assegura o § 38 do art. 141 é um direito cívico. O que, porém, se garante no § 38 é restrito ao cidadão pleitear a invalidação dos atos lesivos, não o direito subjetivo do autor, mas o interesse geral. *A ação não pode ser substituída pelo mandado de segurança.*

dade das leis, a fim de que a Constituição e as leis não sejam simples e vazias palavras sem significação na ordem social: "Un contrôle juridictionnel complet doit comprendre deux degrés: 1. en premier lieu, un contrôle de la légalité des actes du pouvoir exécutif, qui vise à empêcher les abus de l'Administration par rapport aux lois votées par le Parlement: le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État, tel qu'il existe em France, fournit un très bon exemple d'une telle organisation; 2. En second lieu, un contrôle de la constitutionnalité des lois, de façon à empêcher le Parlement de violer les dispositions contenues dans la Constitution et la Déclaration des Droits: le système américain peut ici servir d'illustration. Ce dernier contrôle n'est pas moins indispensable que le premier. Sans lui, d'ailleurs, la notion de Constitution perd toute sa raison d'être; de même qu'une loi ne serait rien, s'il n'y avait pas les tribunaux pour la faire respecter, ainsi la

Assentiram nesse voto os eminentes Ministros que participaram dêsse memorável julgamento.

Aprouve ao Relator, o ilustre Sr. Ministro EDGAR COSTA, com segurança de raciocínio, não conhecer do mandado porque não é meio idôneo à finalidade buscada por êle. Clarividentemente proclamou: o que pretendem os requerentes é o reconhecimento judicial de ser o ato que impugnam lesivo do interesse público, porque baseado em lei inconstitucional, e interessando a êles impetrantes, como elementos integrantes da coletividade.

"Sabido é que êsse dispositivo (art. 141, § 38) instituiu a chamada ação popular, que não se confunde, nem se identifica com o mandado de segurança. Há entre elas um traço diferencial que é fundamental: ao passo que o mandado de segurança é uma garantia concedida a todos, indistintamente, a faculdade conferida no § 38 é restrita ao cidadão.

"O primeiro visa a proteção *de direitos individuais* não amparados por *habeas corpus*. Na sua distinção constitucional, como observa CASTRO NUNES, tem por fim tutelar direitos, proteger direitos — direitos que não de ser do próprio impetrante e não mero interesse (notem bem a expressão — não mero interesse). Se o que através dêles se exercita é sempre um direito subjetivo do particular contra o poder público, tal direito só tem realmente existência, como diz SEABRA FAGUNDES, quando individualizado no titular, isto é, quando êste tenha interesse na prestação, ou por outras palavras, quando o ato atinja *imediatamente êste titular, e não quando a legalidade do ato só lhe possa interessar remotamente, como parte da sociedade*".

Está a opinião talhada à justa, como manto que se corta aprimoradamente para corpo perfeito.

Nesse voto, que fôra acolhido pela unanimidade dos Juizes, precisamente, com êsses argumentos, estaria feita a diagnose da espécie em exame. Existe, aliás, uma série de julgados do mesmo sentido — *aut rerum perpetuo similiter judicarum auctoritatem*.

Neste processo misturam-se, com visível incompatibilidade, coisas mui diversas. Aqui não cabem palavras, mas afirmações corroboradas pelos fatos.

Constitution n'est qu'un mot, s'il n'y a pas de contrôle de la constitutionnalité. A quoi sert, en effet, de rédiger un texte destiné à poser des limites aux volontés des gouvernants, si nulle procédure n'est prévue pour réprimer les violations de ce texte?". (*Manuel de Droit Constitutionnel et de Science Politique*, 5.^a ed., 1948, página 180).

Nos Estados Unidos e em países outros, positiva-se a evolução liberal, na doutrina, na jurisprudência e já na legislação, quanto aos meios de provocar a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade, passando-se do sistema do controle por via de exceção para o sistema da *ação declaratória*. (GEORGES BURDEAU, *Traité de science politique*, 1950, vol. III, n.ºs 219 e 220, pág. 426; GEORGES H. JAFFIN, *Evolução do Controle Jurisdicional das leis nos Estados Unidos* e EDUARDO JIMENEZ DE ARECHAGA (HIJO), *A Ação De-*

Vemos o litisconsórcio recusado, mas, afinal, admitida a assistência; temos o mandado de segurança processado, e a ação popular constando, apenas, do apenso ao qual o Dr. Juiz mandara juntar informações prestadas pelo Presidente da Câmara. O autor de ação popular passou a figurar, apenas, como assistente no mandado de segurança.

Não se deslembrou o douto Ministro EDGAR COSTA de examinar o argumento da lesividade e dissera, então, a propósito, que se a disposição é auto-aplicável, ainda seria assunto a *ventilar em oportunidade própria, que foge à discussão, no momento.*

No debate havido, é certo que o integérrimo Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES sustentara que a ação popular pode ser ajustada ao processo sumaríssimo de mandado de segurança, mas considerou inidôneo o mandado em que se impugnara a constitucionalidade de uma lei, desde que o ato impugnado é, apenas, o cumprimento de dispositivo legal, sendo excluída a alegação de ofensa a direito líquido e certo, pois que a pretendida lesão decorre de um ato *rigorosamente legal.*

Esclarece esse voto um outro aspecto da querela, qual seja o de mostrar-se, no caso dos autos, o ato como decorrência de uma lei, isto é, da Lei Orgânica e do Regimento Interno.

O insigne Ministro OROZIMBO NONATO, como sempre claro e exato, admitia o processo sumaríssimo do mandado de segurança para a ação popular, entendia que a disposição era auto-aplicável. Todavia, não concedia o *writ* porque não havia *ato administrativo* a ser adversado pelo *mandamus*. E este ato administrativo está na base do pleito, é um dos elementos, um dos extremos, *remedium juris* excepcional.

claratória de Inconstitucionalidade na Constituição Uruguia de 1934, in Revista Forense, vol. 86, págs. 280 e 291).

No Direito Brasileiro, como atesta LÚCIO BITTENCOURT dilata-se e alarga-se o conhecimento da arguição do vício da inconstitucionalidade e, em qualquer processo, seja de que natureza fôr, é possível levantar a questão constitucional; em qualquer ação, qualquer processo, sem exceção, até por via de reclamação". (CASTRO NUNES); e, quando se trata de *ação popular* — e é a hipótese — para anular ato lesivo ao patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista, não se exige demonstre o autor *legítimo interesse* relacionado a uma situação jurídica real. (*O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, 1949, pág. 103).

Assim é e deve ser, porque, conforme observava TOCQUEVILLE, há um século, "le pouvoir accordé aux tribunaux américains de se prononcer sur l'inconstitutionnalité des lois forme encore une des plus puissantes barrières qu'on ait jamais élevées contre la tyrannie

O ilustre Ministro RIBEIRO DA COSTA acentuara que faltava ao requerente legitimidade para estar em Juízo, a legitimidade *ad processum.*

Destarte, sob qualquer aspecto, examinado nêsse notável julgado, perguntamos a nós mesmos se o caso dos autos não estaria, de antemão, condenado à improcedência manifesta. Pois se assim entendera o Colendo Supremo Tribunal Federal, porque lhe iríamos ao arrepio em assunto tão magistralmente discutido e resolvido?

No que concerne ao contrôlo de inconstitucionalidade, não se esboça divergência possível. Intratável é a qualquer exame judicial, o caso em que, como o presente, se objetiva, antes de tudo, e por atacado, invalidar a lei, em tese, ou atacar o ato legislativo, sem aplicação específica, concreta, individual.

Não é indemarcado o campo na sindicância de inconstitucionalidade. Quando se tentara na Constituição incluir a disposição que dispuña que o Poder Judiciário negaria aplicação às leis que, implícita ou explicitamente, entrassem em conflito com a Constituição ou os princípios nela estabelecidos, o Senador ATILIO VIVAQUA fizera sentir que era isso desnecessário, a menos que se desse outro sentido: para declarar a inconstitucionalidade da lei, *em tese.*

E, com essa ponderação, caiu a emenda.

CASTRO NUNES reflete a opinião corrente: só no caso concreto é declarada a inconstitucionalidade (*Da Fazenda Pública*, n.º 12, pág. 82). É um julgamento que obedece às regras que lhe são peculiares. Em primeiro lugar a atitude mental do juiz mais propenso a validar a lei do que a pô-la de parte no julgamento, em virtude do princípio de constitucionalidade, que acompanha as normas expedidas pelo Poder Legislativo... Em segundo lugar, e por via

des assemblées politiques". (*De la Démocratie en Amérique*, 1864, T. I., pág. 172).

Bem se compreende a grandeza e a insuperável responsabilidade dessa missão apostolar nas instituições democráticas, bem se alcança todo o sentido daquelas palavras de "um dos titans da emancipação americana" — "A mais pura glória deste país está na possibilidade de anularem-se, em seus efeitos, pelas sentenças dos tribunais, as leis transgressivas da Constituição" (*Atos inconstitucionais*, pág. 167) — desde que em mente se tenha que o Poder Judiciário, controlando as demasias e os excessos dos demais poderes, obsta ao advento dos malefícios daqueles processos normais a que BURDEAU, com duvidosa propriedade, denomina "sanções jurídicas inorganizadas", *id est*, a resistência à opressão, a resistência às leis injustas, a revolução, e que são inconciliáveis com o perfeito funcionamento do regime constitucional do *Estado de Direito.*

Em razão do exposto, sendo as Resoluções incriminadas, caracterizadamente contrárias a disposições expressas da Constituição e

de consequência, a arguição nos tribunais coletivos supõe, por determinação constitucional, *integrado na sua composição o colégio judiciário*.

O Professor JAMES YOUNG, notável e moderno expositor em sua obra — *The New Government and its works*, ed. 4.^a págs. 219-220 — nos familiariza com os princípios dominantes na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Ei-los: *a*) a presunção é a favor do ato. Ser-lhe-á favorável o benefício da dúvida; *b*) se se pode aplicar e interpretar a lei ou o ato, razoavelmente, num sentido harmônico com a Constituição, tal forma será observada pelo Tribunal; *c*) se o caso pode, com propriedade, resolver-se por outros motivos independentemente da questão constitucional, assim se procederá. Os juízes naturalmente, preferem não considerar a invalidade da obra dos legisladores; *d*) aquêles, cujos direitos se acham envolvidos ou atingidos pela lei não podem levantar a questão de constitucionalidade. A jurisdição do tribunal estende-se a casos de direito e de equidade. Um caso não se apresenta ao Tribunal senão levado pelas partes diretamente interessadas; *e*) os Tribunais não atribuirão, de ordinário, motivos ilegais ao legislador — um propósito inconstitucional deve resultar claramente do ato; *f*) se só uma parte do ato viola a Constituição, os Tribunais declaram inválida, apenas, essa parte, ficando o resto em vigor... Muitos atos federais recentes, contêm a cláusula de separabilidade (*separability clause*), estatuinto que se alguma parte for considerada inválida, subsistem as demais; *g*) uma lei pode ser imprudente (*unwise*) ou injusta, mas ainda assim constitucional. Muitas leis loucas e até prejudiciais, são válidas e de aplicação obrigatória, porque se acham compreendidas na esfera de ação da autoridade do legislador.

Em que, como, de que maneira, quando, diferem o entendimento e a esclarecida interpretação do Supremo Tribunal Federal a respeito desse elenco de princípios que se cristalizam nos arestos mais famosos da Suprema Corte dos Estados Unidos? Amofinam-se e consomem-se na vã tentativa de demonstrar o contrário do que se expõe, com segurança e fidelidade.

a princípios nela consagrados, cabe, a nosso parecer, ao Poder Judiciário declarar esse vício que indelévelmente as macula e invalida, a fim de que a Câmara de Vereadores, de tantas e tão elevadas tradições de nobreza política, ajuste a reforma de seus serviços internos às lindes constitucionais, como de boa ética legislativa.

Opinamos, destarte, pelo não provimento dos recursos.

Distrito Federal, 26 de julho de 1951. — JOÃO COELHO BRANCO — 1.^o Sub-Procurador.

PETIÇÃO INICIAL

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 2.^a Vara da Fazenda Pública.

O Prefeito do Distrito Federal, General Angelo Mendes de Moraes, em cumprimento ao indeclinável dever que lhe impõe o

É de acreditar-se que continuemos a aceitar aquelas advertências salutaras, porque: 1.^o) aquêles direitos não se acham atingidos pelo ato e, por isto não é possível surgir a questão de inconstitucionalidade; 2.^o) os tribunais não atribuirão motivos ilícitos, ou ilegais aos legisladores; 3.^o) uma lei pode ser imprudente, louca, mas constitucional; 4.^o) o juiz não aprecia nem censura os atos da legislatura, sob o ponto de vista moral, abstrato, de conveniência ou oportunidade.

Adverte com propriedade THEMISTOCLES CAVALCANTI: Como demonstrou MARSHALL, se o Poder Judiciário pudesse conhecer de tôdas as questões constitucionais, anularia o Legislativo. Se pudesse resolver tudo o que dissesse com os tratados e leis, usurparia as funções executivas e o Legislativo e o Executivo seriam absorvidos pelo Judiciário (*Mandado de Segurança*, pág. 101).

Pode acontecer que a lei seja daquelas cujo conteúdo se confunda com o ato administrativo, como, por exemplo aquêles em que houvesse o objetivo de anular uma concessão de serviços públicos ou desconhecer direito assegurado pela Constituição. Mas, mesmo nesta hipótese, contra o ato executório é que se deve promover a ação judicial... (op. cit., pág. 108).

Diante de premissas assás consistentes — e isto adquire um caráter de maior eminência na discussão — poder-se-ia insistir no cabimento do mandado de segurança, considerando-se como tal, ainda a própria ação popular, que lhe está à ilharga?

Justificar-se-ia a sentença apelada que anulou as Resoluções ns. 39 e 40, e tornou sem eficácia, de uma assentada, o Regulamento da Secretaria da Câmara e todos os atos que eram de reestruturação, planejada, discutida, aprovada pelo legislativo municipal e promulgada pelo Presidente?

Custa realmente a entender que assim se haja decidido, quando jamais se poderiam relegar a segundo plano, a complexidade, a origem, a forma, a natureza dessas Resoluções e as suas consequências.

inciso IV, § 1.^o, art. 25 da Lei n.^o 217, de 15 de janeiro de 1948, dita Orgânica, — qual o de “promover e defender todos os interesses do Distrito Federal” — e ainda em sua qualidade de cidadão, a V. Ex.^a vem requerer, com fundamento nos §§ 38 e 24 do art. 141 da Constituição Federal, uma AÇÃO POPULAR com rito de *mandado de segurança*, contra inúmeros atos da Câmara dos Vereadores do Distrito Federal e de sua Mesa Diretora, alguns constantes da Resolução n.^o 39 (publicada no *Diário Oficial* de 31 de outubro de 1950, seção II) e outros que a esta foram subseqüentes (inclusive constantes da Resolução n.^o 40), baixados não só em evidente infringência do disposto no art. 186 da Constituição Federal, mas ainda em inequívoca lesividade ao patrimônio público.

Assistência

E o fazendo, requerer mais seja admitido à qualidade de Assistente no mandado de segurança impetrado perante esse Meretís-

Pelo menos, no nosso modo de compreender as coisas, consideramos tudo isso juridicamente insustentável, razão por que, reconhecendo a ilegitimidade *ad causam*, damos provimento às apelações, a fim de cassar a segurança concedida ao Vereador Dr. Luiz Paes Leme.

Quanto à ação popular, por igual, são providos os recursos interpostos, para anular a sentença apelada na parte em que a ela se refere, julgando-a, sem haver um processamento autônomo, e como se fôra mandado de segurança.

É a propósito dessa ação, que ficara na inicial, com o simples despacho que se limitou a admitir a assistência anteriormente negada, sem que fôsse deferida, passando o seu autor a interferir no mandado de segurança e deixando à margem a sua causa, impõem-se algumas considerações, afim de que fiquem explícitos os motivos da decisão.

Devêra ter tido a ação popular processamento autônomo e nunca ter sido absorvida, com fôra, no mandado de segurança requerido, anteriormente, pelo Dr. Luiz Paes Leme. O despacho de fls. 169, que se poderia considerar um saneador, determinou que a ação popular fôsse distribuída por dependência e processando-se em separado, negando ao seu autor o litisconsórcio no mandado de segurança (fls. 169).

Vale notar que fôra o próprio autor — General Angelo Mendes de Moraes — que, reconhecendo, talvez, pouca confiança no seu pedido, admitira a hipótese de ser essa ação recebida como *writ of mandamus*. Eis as suas palavras: “*não havendo processo para a ação popular o mandado de segurança deve ser o meio utilizado*”. E mais adiante, acrescenta: “a possível falha de rotulação do remédio utilizado não impedirá êsse M. Juiz conceder a segurança *impetrada*, relegando a plano secundário possíveis arranhadelas a um menos recomendável exagêro de forma, e, se ainda não aceita, pedia-se que, em *apenso*, a ação popular fôsse *processada* por haver conexão de causas”.

Se a sentença apelada preferiu a primeira solução, isto é, recebeu e julgou a ação popular, como mandado de segurança, não poderia fazê-lo,

simo Juízo contra a mesma Câmara Legislativa pelo Vereador Luís Paes Leme.

Sendo presente uma estreita afinidade nas questões de fato e de direito que se apreciam nesta e naquela solicitação, evidencia-se consultar ao interesse público, a assistência requerida, simplificando o trabalho judiciário quando enseja a discussão, no mesmo pleito, de questões de similitude natureza, oriundas da mesma causa.

A estreita conexão de causas fundamenta a invocação do art. 88 do Código de Processo Civil.

A segurança já impetrada

Admitindo o mandado de segurança como “o meio de provocar o contrôlo jurisdicional sobre ato de qualquer autoridade que, por ilegalidade ou abuso de poder, viole ou ameace direito líquido e certo”, o Vereador impetrante justificou amplamente a medida. Deu como

visto como naquele *remedium juris* se não admite a mencionada ação, como reconheceu o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança n.º 1.000.

A Constituição, no art. 14, § 38, permite a qualquer cidadão, e não a qualquer do povo, pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios.

É essencial a um exato raciocínio, verificarem-se a natureza e os fins dessa ação.

Surge como uma ação instituída na defesa do patrimônio ou seja de um conjunto de bens e valores econômicos, capazes de apropriação por determinada pessoa (Senador FERREIRA DE SOUZA).

Se damos às coisas os nomes convenientes — e aqui não cabe o reparo de que *le nom ne fait rien à la chose* — e o fazemos de acôrdo com a sua natureza e especificação, para que bem se conheçam, entendam e distingam de outras coisas, claro resulta que, chamando-a de *ação popular* — queremos significar que êsse procedimento, tècnicamente, é um litígio, é uma demanda, é uma causa, um pleito, na acepção mais ampla, pois que se ataca o que se considera nulo ou anulável e se pretende seja essa nulidade ou anulação decretada. Mas sem o contraditório não é isso possível.

RUY BARBOSA, quando apreciou o art. 60 da Constituição de 1891, desenvolveu, a respeito, sábias considerações, e mostrara que não há ação sem contraditório, sem dilação, sem forma garantidora da lealdade do debate e da unidade processual.

O elemento histórico mostra-nos que o inciso 42 do Projeto da Grande Comissão, na Constituição de 1946, mereceu alguma discussão e a primeira voz que se fizera ouvir fôra a do Senador FERREIRA DE SOUZA, que procurou fixar o sentido da palavra patrimônio, inserta no texto. IVO DE AQUINO propoz a supressão da disposição, pois reconhecia não haver vantagem na revivência dessa ação, objetando-lhe FERREIRA DE SOUZA que o preceito é de fundo

direito violado aquêle que titula de pertencer a uma Câmara Legislativa honesta e moralizada.

Na verdade, o impetrante visou precipuamente o objetivo: anular a Resolução n.º 39, ruinosíssima aos interesses do Erário municipal. O fim justificando os meios, esclareceu o direito subjetivo violado.

Todavia, a inexplicita declaração não impede o reconhecimento de irrecusável o fundamento do § 38, art. 141, da Constituição Federal:

“Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista”.

A possível falha na rotulação do remédio utilizado não impedira êsse Meretíssimo Juízo, porém, de conceder a segurança im-

essencialmente democrático, grandemente moralizador de uma justiça. Aproveitou-se, assim, a emenda do Senador FERREIRA DE SOUZA, que mais visara à redação. Nenhum outro subsídio se nos depara na elaboração desse texto.

É essa ação uma medida tipicamente jurisdicional e judicial, e daí o seu nome de ação, diverso daquele outro que no § 39 trata do direito de petição caracteristicamente administrativo.

No conceito de BIELSA, essa ação é uma forma de educar o povo, exigindo-lhe colaboração no controle da legalidade sobre as *atividades administrativas*.

Na sua origem, em Roma, sob o regime republicano, se instituiu essa ação para proteger a sociedade e a coisa pública, interessando-se nelas o cidadão, como se próprios os interesses defendidos. Sob o primeiro aspecto — defesa da sociedade — tínhamos a ação de caráter criminal, e no segundo caso — se cogitava do ponto-de-vista patrimonial. Era um meio de adquirir a consideração pública e alcançar honras. Sob o Império era, sobretudo, um favor. As acusações contra homens poderosos, como a de Cícero contra Verres, eram um caminho aberto aos candidatos a funções públicas. A criação do advogado do fisco, sob o Império, absorvera a ação popular, que somente figurava na legislação, mesmo na de Justiniano, como decorativo remanescente do regime republicano.

Trata-se de uma ação, ninguém o contestará. O interesse de agir, diz CASTRO NUNES, está na condição de membro da coletividade, agindo por ela, na preservação do bem público.

Avivaremos, então, que, como ação, não pode deixar de ter um rito próprio e invariável, porque não é lícito às partes, e menos ao Juiz, atribuir-lhe forma especial, segundo as suas preferências. A forma, como garantia de isen-

petrada (tão gritante a imoralidade praticada, inequívoco o prejuízo aos cofres da Municipalidade e indiscutível o interesse público), relegando a plano secundário possíveis arranhadelas a um nunca recomendável exagêro da forma. Suprirá, com a faculdade que lhe é outorgada, o errôneo encaminhamento, em benefício do Direito e da Moral, não negando a interferência do judiciário em setor relevante, até aqui quase totalmente subtraído ao seu controle: o da moralidade dos atos legislativos, sejam eles materiais ou formais. Com efeito. Indagando se o ato é lesivo ou não, o juiz terá de ater-se antes a um critério moral, atendendo ao delineado no texto constitucional.

Todavia, e se assim não fôr entendido, procedente será o presente requerimento (a ser processado em apenso aos autos daquele mandado de segurança, pela evidente conexão de causas).

ACÇÃO POPULAR — SEU CABIMENTO EM RITO DE MANDADO DE SEGURANÇA — O CONTRÔLE JURISDICIONAL

Sem entrar na apreciação da necessidade ou não da regulamentação do § 38 acima invocado e transcrito, que a quase totalidade

ção, de ordem, de lealdade, de unidade e de justiça, é essencial à apuração da verdade, em todos os pleitos. Essa forma é *pre-estabelecida em lei*. Não há arbítrio para impô-la; não se improvisa; não se admite *ad-hoc*. Os processos acessórios preventivos ou preparatórios que são os mais simples, são regulados em lei, têm a sua forma.

NELSON CARNEIRO, em sua brilhante tese *Das ações populares civis no direito brasileiro*, versa a questão com muita agudeza e filia-se à corrente que entende ser auto-aplicável o art. 141, § 38. No entanto, êle mesmo à pág. 11 acentua: como a ação popular, *em regra ordinária*, se pode revestir de algum rito especial, melhor será que, apenas, se ressaltem, na futura legislação, aquêles aspectos processuais, que, de qualquer forma se não harmonisem às disposições legais em vigor.

Alude o ilustre deputado e jurista ao Projeto que o Senador FERREIRA DE SOUZA apresentou em 1.º de Outubro de 1947, e que tomara o n.º 25.

Entendemos, a despeito da *communis opinio doctorum*, que não estamos em face de uma disposição auto-aplicável. O eminente Ministro EDGAR COSTA dera a entender, no seu voto, que a controvérsia estava aberta. Inclinamo-nos a aceitar a opinião daqueles que exigem a regulamentação e negamos ao juiz, impor-lhe, a seu sabor, êste ou aquêle rito processual, sob pretexto de que se lhe não dera forma especial em lei complementar.

NELSON CARNEIRO assinalara, entre outras coisas, a necessidade de se não deixar entregue o interesse público que justifica essa ação, indefinidamente, à discricção dos particulares, a segurança e a estabilidade das relações jurídicas. Assim, também, anotara a preocupação de "*que não se tornassem instrumentos de designios particulares*, e não fôsem aquêles interesses prejudicados pela *imprudência, demasiada precipitação e pela má-fé dos demandistas*".

São observações que merecem ser meditadas e denotam desde logo, a relevância do assunto a que se pretende emprestar uma solução acomodatória, tão ligeira e perigosa, processando-se uma ação dessa natureza, como se fôra um mandado de segurança.

Não nos convencemos de que essa matéria, cuja magnitude está evidente, acarretando conseqüências políticas, jurídicas, sociais e administrativas as mais

dos tratadistas, por entendê-lo *self executing*, tem por dispensável. desde logo invoca o requerente os insignes pronunciamentos dos Ministros OROSIMBO NONATO e HAHNEMANN GUIMARÃES, quando no ensejo do julgamento do mandado de segurança popular n.º 1.000, que versou sobre a inconstitucionalidade do aumento de subsídios outorgados aos membros do Parlamento.

"Dou à palavra *pleito* do art. 141, § 38, da Constituição, *sentido amplo*, de modo a poder ajustá-lo até, em certas hipóteses, pelo menos, à *feição sumariíssima do mandado de segurança*" (OROSIMBO NONATO).

"Parece-me que a ação popular, de que cuida o § 38 do art. 141 da Constituição, pode ser ajustada ao *pro-*

extensas e graves, êle que se anulam atos lesivos do patrimônio, atos que serão contratos, concessões, relações jurídicas constituídas, e que muita vez já produziram efeitos, possa caber no rito sumaríssimo do mandado de segurança que, no cível, pelo texto Constitucional, substitue o *habeas-corpus*, pedindo, por isso mesmo, a celeridade, a dispensa de escusadas formalidades que embaraçam o respeito, a garantia, ao direito atual, certo, líquido e incontestável, sem dependência de provas, nem alta indagação, nem de contraditório.

Ê solução que nos despraz como juizes. Além disso, tanta razão há para não aderirmos a êsse entendimento que faríamos notar que, quem usa do mandado de segurança já se apresenta com o seu direito líquido e certo, palpavelmente concretizado, individualizado. Existe, por outro lado, tangível, evidente, o ato de violação manifesta ou de ameaça iminente e flagrantíssima. Ê de mister, realmente, uma solução quase de plano, *juris ordine non servato*. Tudo já é, ou não é certo, certíssimo. A desafinidade, pois, com uma ação de nulidade é a mais gritante que se poderá imaginar.

Na ação popular o cidadão vem *pleitear*, inicia uma lide contra o Poder Público, demanda e desfazimento de atos, de concessões, de contratos, nos quais se empenham a palavra, o crédito, o prestígio, o bom nome da autoridade de quem êles emanaram. Ê de ordinário um ato jurídico de efeitos relevantes, porque ninguém virá intentar uma ação dessa natureza por questões de nonada. O Poder Público, a administração tem, na defesa de suas prerrogativas e pela responsabilidade que lhe cabe, o máximo interêsse em defender-se amplamente, e oferecer provas, se necessárias.

Êsses, e outros motivos, devem pôr-nos de sobreaviso no arriscar a última palavra, lançando uma afirmação, como se estivéssemos diante de um dogma processual.

cesso sumaríssimo do mandado de segurança" (HAHNEMANN GUIMARÃES).

Escorado em tão insígnies opiniões, a coberto encontra-se o requerente de se lhe acoimarem a prática de alguma heresia jurídica.

Não regulamentado o preceito do § 38, e assegurado ao cidadão qualidade para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público — conseqüentemente sob o rito processual cabível na espécie — incontestemente que ao cidadão é deferida ação *in genere*. Ação no sentido genérico, destinada a remover qualquer situação contenciosa, ilegal ou viciada, perante o Poder Judiciário.

Ê realmente. O raciocínio é claro e não receia contradita. A lei maior estatuiu a ação popular. Inexistindo lei complementar que estabeleça processo para definir direito na ação popular, o mandado de segurança — processo sumário — é meio utilizável.

A Constituição, outorgando remédio amplo à defesa do patrimônio coletivo, evidentemente não pretendeu cingi-lo ao rito ordinário, em que mais se atende ao interêsse privado, pela larga

Ter-se-á, parece-nos, de admitir o contraditório e não satisfaz uma simples informação, como acontece no mandado de segurança. Impôr-se a liberdade da mais ampla defesa e, em muitos casos, não se agitam, somente, questões de direito, porém, há matéria de fato que reclama, inevitavelmente, dilação probatória.

Se é possível na ação popular a apreciação mais ampla, inquerindo-se mesmo de matéria de fato, como admitir-se o processo sumaríssimo do mandado de segurança? Entregar-se-á à celeridade dêsse rito a sorte de uma ação daquela natureza? E ficará o Poder Público de mãos peadas?

Se com o mandado de segurança já vamos observando os abusos e a criação de uma mentalidade anti-estatal que, a serviço da demagogia, vê em todo ato da autoridade pública uma arbitrariedade, um abuso de poder, uma ilegalidade, que supor das ações populares se tantas facilidades se lhes franquearam? As lides temerárias seriam meios de que se valeriam o capricho e o descontentamento, as divergências políticas e os impulsos demagógicos, para molestar a autoridade pública, e mais do que isso, para lançar a dúvida sobre atos jurídicos, perfeitos e acabados, e sem o mais razoável fundamento pedir-lhe a nulidade. A vigilância do interêsse público exercer-se-ia à maneira das conveniências ocasionais ou pessoais e estaria frustrado o desígnio constitucional.

Afigura-se-nos que resolver da maneira contrária, isto é, negar a imprescindibilidade de um rito próprio e mais solene, mais acautelador, da ação popular, é fazer estalar as juntas do tradicionalismo judiciário e romper com princípios universais, que propugnam a maior garantia dos julgamentos, através da observância de formas processuais convenientes, prescritas, em lei, intransgredíveis, imodificáveis, obrigatórias, consoante a natureza do direito que se tutela e do bem jurídico que se ajuiza e defende.

dilação probatória. Sendo quando a própria defesa do bem público o exigir. Mas, se neste (rito ordinário), tudo se converte atendendo ao interêsse individual, naquele (rito sumaríssimo), em que predomina o interêsse público, pode-se buscar o remédio para reivindicá-lo.

O bem comum exige pronta defesa — desvalia do processo ordinário.

Não se diga que na ação popular-mandado de segurança há um direito subjetivo que exclui a ação popular *in genere*, por isso que inexistente sujeito ativo determinado. Êle o é, evidentemente, determinável, certo unicamente o autor do ato lesivo ao patrimônio estatal.

O direito não exige que o sujeito seja determinado *a priori* (ativo), mas determinável no ato de exigir a obrigação, como acontece nos títulos ao portador, no direito à recompensa.

Mutatis mutandis, idêntica a situação do *habeas corpus*, remédio outorgado a qualquer que entenda agir em proteção ao di-

Vemos o Código de Processo Civil, nos limites de toda simplificação possível, estatuir sobre o rito das ações, sem deixar arbitrio ao juiz, nem preferência à parte.

Aquela fórmula simplista, pois, seria um incitamento à desenvolta atividade dos que têm a volúpia de molestar a administração pública ou saciar o furor satânico de seu facciosismo que não se incomoda com os interesses do Estado, porque só atende à transitoriedade de suas conveniências políticas e partidárias. Com efeito: políticos ou partidários, porque é uma ilusão supor que qualquer cidadão, alheio a esses interesses, vá abalar-se para propor ação popular, assumindo-lhe os riscos e os encargos. Aqui terá, como em Roma, o aspecto já salientado de chamar sobre si a atenção pública. É profundo erro psicológico supor que as coisas se passem de outra maneira.

CASTRO NUNES houvera a perspectiva do assunto, ao dizer que a ação será, processualmente, a que couber para a anulação do ato lesivo. Assim, ele não deixara à vontade das partes escolher o rito.

THEMISTOCLES CAVALCANTI entendera que o mandado da segurança, quanto ao processo se equipara à ação especial e ao *habeas-corpus*. No entanto, ele observa que a ação sumária especial tinha um rito mais simples e seus resultados foram deficientes, quase nulos (pág. 34).

Opugnar-se-á que, com outro rito, a ação popular terá sua solução protelada, e eterniza-se o feito. A isso faremos vários reparos.

É o primeiro que a presunção é, sempre, em favor da legalidade do ato, de sua legitimidade, de sua incensurabilidade. Ninguém afirmará o contrário. Exatamente, na ação é que se irá provar, concludentemente, a lesividade argüida, porque nunca se dissera *a priori* que os atos fossem praticados contra o interesse público e o patrimônio. Quem o afirma, deve prová-lo.

Logo, se existe essa presunção não vemos porque essa celeridade que se defende, essa precipitação com que se deseja considerar assunto tão importante.

Depois, convenhamos em que a presunção é, ainda, de que se não eternizem os pleitos. Quando há morosidade da justiça, ou advem de procedimento

reito de liberdade. Indeterminação do sujeito em defesa do interesse coletivo.

SEABRA FAGUNDES, o festejado mestre do Direito Público, em artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo* (vol. 6, página I), apreciou detidamente o problema. Vale a transcrição de algumas passagens:

Na ação popular, diz êle, “o autor assume um papel comparável, sob certos aspectos, ao do substituto processual: age no uso de um direito processual próprio (o direito à ação popular individualiza-se em qualquer indivíduo, que resolva agir, judicialmente, na defesa do interesse coletivo) para a salvaguarda do direito objetivo em favor da causa pública. O beneficiário ou os beneficiários da sentença serão indeterminados: serão aquêles aos

culposo do juiz que negligencia, não faz justiça pronta, não sabe e não pode cortar a chicana, ou cabe a responsabilidade aos demandistas, às partes, e como interessadas, só elas podem acelerar ou retardar as lides.

Deve ser ponderada a razão de NELSON CARNEIRO que não se inclinou a êsse extremo de abolir-se o rito mais solene. O que êle advoga é que se imprima um rito processual, com a *necessária maleabilidade* a fim de socorrer situações emergentes, que se não compadeçam com a marcha vagarosa, que, apesar de todas as reformas, continuam a caracterizar os processos. (*Op. cit.*, pág. 38).

Adotar-se-á por isso, um processo em que se não exagerem as formalidades, mas o qual se não pretiram as essenciais, como a contestação, a defesa, a dilação probatória.

Descobrimos, ainda, e a muitos teria ocorrido, que a solução, por enquanto, está na regra processual do art. 291 do Código de Processo Civil, ou seja, é o processo pleno, a ação ordinária.

Isto significa que, sobrevivendo uma nova ação, teremos de aplicar o Código de Processo Civil, até que nova lei ordinária possa disciplinar de maneira diversa o seu processamento. Ao arbitrio do juiz é que não ficará, e jamais ficara, a escolha do rito a observar-se na propositura de uma ação. O juiz não tem preferências, nem possui poder normativo. A lei não lho confere, e, ao invés, prudente e expressamente lho recusa, no art. 291 citado, estatuinto: o processo ordinário regulará as ações *para as quais êste Código não prescreva rito especial*. Ela fôra casuística, mas, como algo ficaria, presumivelmente, fora de seu ângulo de previsão, fixou essa regra intransponível.

Argumento é êsse ao qual nunca acertamos de ver resposta satisfatória.

Nem às partes, nem ao juiz, fôra fácil e facultado mudar o rito das ações. É sabidíssimo o que ocorria anteriormente, e como se pronunciavam os tribunais, quando os interessados pretendiam convencionar o rito da ação.

quais possa eventualmente aproveitar a exegese jurisdicionalmente fixada.

Quando não se personaliza o interesse, quando o que age em juízo propugna pela legalidade no interesse de todos, sem estar ferido diretamente pela violação da lei, longe de haver subjetividade, só compatível com o “provento determinado”, o pedido envolve uma solução de ordem genérica, ou seja, sem consideração de pessoa, destinada a solucionar *um assunto e não um caso individual*”.

E prossegue:

“Na ação popular, o sujeito material ativo da relação jurídica é a coletividade e não qualquer dos seus membros. A êstes, o papel que cabe, individualmente, é o de promoventes da atuação de direito de todos. A sua posição assemelha-se à do substituto processual, titular dum direito de ir a juízo em nome de outrem. E se a capaci-

Sobre isso não flutuavam as opiniões, porque sobrelevava o princípio de ordem pública.

Impõe-se uma detida meditação sobre o assunto que é de excepcional relevância. SEABRA FAGUNDES menciona, como passível de ataque por essa ação, matéria que só por si basta para exigir grande reflexão. De sua parte, o eminente e saudoso juiz PHILADELPHO AZEVEDO mostrara a complexidade do assunto sobretudo no que concerne ao conceito de funcionário público e quanto à responsabilidade civil, e solidária, que são coisas atinentes a essa ação, conseqüência da sentença.

É de parecer o ilustre Dr. Sub-Procurador que não se faz mister a regulamentação ou lei complementar. Mas, êle mesmo lealmente, salienta que outra tem sido a conclusão da doutrina e da jurisprudência. Logo, com as suas próprias palavras, excusado seria insistir no tema, se não fôra a necessidade de justificar amplamente esta decisão.

No estudo que se lê à pág. 318 da *Revista de Direito Administrativo*, volume 20, e no qual as lições de RUX ilustram a cada passo o raciocínio do escritor, sobre disposições executíveis, *proprio vigore*, se topam lições proveitosas, das quais não nos devemos alheiar.

As disposições proibitivas ou negativas não necessitam de regulamentação — *prohibitory provision in a Constitution are usually self-executing*. Se não fôra assim ficaria a Constituição sem aplicação imediata. É certo, no entanto, que ela não se executa a si mesma, a não ser na parte de instituição. Antes, requer a ação legislativa, para lhe tornar efetivos os preceitos — *the Constitution does not enforce itself, but requires legislative actions to make its provisions effective*.

Não é a disposição auto-aplicável, quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas *através dos* quais se logre dar a êsses princípios vigor de lei. *It is not self-executing, when it merely indicates principles, without leaving down rules by means of which those principles may be given force of law.*

dade de agir se difunde por todos os componentes de um grupo ou coletividade, o pronunciamento resultante da iniciativa de qualquer desses elementos exaure a possibilidade de ajuizamento por parte dos restantes, pois o que a cada um competiria não era mais que promover êsse mesmo pronunciamento.

A sentença, promovida por um só, faz direito, na espécie, para todos, à semelhança do que sucede nos casos de litisconsórcio necessário. Há, nessas circunstâncias, como que um litisconsórcio tácito. Todos aquêles a quem competiria o mesmo direito de agir do autor se supõe partes na demanda, como integrantes, que são, do grupo ou coletividade”.

Dada a latitude dos textos, tem-se a indistinção quanto à natureza da função exercida pela autoridade, seja ela portanto, exe-

E não se creia que estamos a divagar, por conta própria. Não. Ampararamo-nos, com segurança inabalável, no ensinamento de RUX. Ora, ninguém dirá que constitui, de si mesmo, um todo completo, em si mesmo, uma disposição constitucional, onde se confere certa magistratura uma função judiciária, mas nada se lhe diz sobre a maneira de a exercer. Aplicando o raciocínio ao caso da ação popular, diríamos que o § 38 assegurando ao cidadão o direito de pleitear, teria lhe dado o direito de usar de *uma ação*, porque de outro modo não se *pleiteia* a nulidade ou anulação de atos do Poder Público. Mas, sobre essa ação não se dispõe, no tocante ao exercício, competência, efeitos, prazos de decadência ou prescrição. É indisputável que não lhe caberia isso, porque matéria estritamente processual. Ora, no Código de Processo anterior à Constituição, não fôra prevista essa ação. Logo, a disposição constitucional não é auto-aplicável, exigindo, pela sua transcendência, uma regulamentação. O mais que se lhe confere, com absoluta exatidão jurídica, é aplicar-se, enquanto não vem a lei complementar, o art. 291 invocado.

Nunca, porém, submetê-lo ao rito do mandado de segurança, equipará-la a êsse. Então, nem se precisaria falar neste assunto em parágrafo destacado, e bastaria no próprio § 24, que trata do mandado de segurança, incluir a matéria de que cuida o § 38.

Em vários passos da Constituição há referência a *causas, ações, litígios*. Ao mandado de segurança, porém, se outorga o *tratamento próprio*. Assim, na primeira hipótese vemos os arts. 101, X, letras d, e, j e k; art. 101, II, letra b e III; art. 104, I, letra a e II, letra a, e por fim, art. 201 e §§. Sob o segundo aspecto temos o art. 101, I, letra i, art. 101, II, art. 104, I, letra b e art. 141 § 24. Não há confusão possível.

cutiva, legislativa ou judiciária. Certo, pois, *noemine discrepante*, que atos de órgãos legislativos autorizam o contrôle.

Mesmo os pouco que negam a possibilidade de apreciação do ato legislativo em si mediante mandado de segurança, não encontram dificuldade em relação àqueles materialmente administrativos — formalmente legislativos (tais os de nomeação de pessoal, de secretaria). Para êstes, a Resolução n.º 39 estaria, admitido tão rigorista conceito e afastadas interpretações moralizadoras que um zelo de forma justificaria em técnica, a salvo do contrôle jurisdicional. Únicamente os atos administrativos, de nomeação de pessoal, praticados em infração do art. 186 da Constituição Federal, estariam sujeitos à censura do Judiciário.

Não se argumente, pois, com a tese da impraticabilidade do mandado de segurança para apreciar a inconstitucionalidade do ato legislativo. É, hoje, realmente, quase que tranqüila a orientação da doutrina e da jurisprudência no sentido da idoneidade do mandado de segurança para o exame e julgamento da constitucionalidade da lei. Como adverte OROSIMBO NONATO, quando a lei fala em “ilegalidade ou abuso de poder”, compreende tôdas as formas de ilegalidade: ofensa da lei ordinária e ofensa da lei maior. “Se a

No Código de Processo Civil o mandado de segurança tem um rito especial, distinto das ações, e para estas, a seu turno, se prescreve um processo adequado.

Os direitos individuais, aquêles que constituem a personalidade, os direitos do indivíduo que BLACKSTONE denomina *absolute rights of the individual*, e os alemães *recht Einzelner*, êsses têm em si mesmo as garantias de ações e procedimentos adequados à sua defesa e ao seu exercício, remédios já incorporados à legislação, em função das relações, dos fatos, das situações que salvaguardam, reconhecem ou defendem.

A regra é confiar ao legislativo a elaboração das leis que ponham em atividade os princípios constitucionais. O contrário supor, isto é, admitir que a Constituição por si mesma se execute, sem providências especiais, seria pôrmo-nos em divergência com a doutrina e o curso normal dos exemplos. *To assume that a Constitution is to be construed, to carry into action the provisions it contains, without aide of special enactment by the legislative body, is out of usual examples.* Atentem bem na expressão — *to assume that a Constitution is to be construed* — isto é, admitido que a interpretação de uma Constituição...

Eis porque entendemos que o § 38 não é exequível *proprio vigore*, no que respeita ao rito que se deve admitir, prazo de decadência ou prescrição etc. Não é supérfluo o auxílio supletivo da lei nesse caso, em que vários aspectos devem ser regulados.

Cuida-se de nulidade, na generalidade dos casos, de atos jurídicos.

Haveria uma razão que abona o douto Ministro OROZIMBO NONATO, e RUY já o assinalara: quando o Poder Legislativo não estabeleça medidas especiais em sua defesa êsse direito, pela simples razão de existir, encontra nos remé-

ofensa da lei ordinária rende ensejo ao remédio presentâneo e eficaz do mandado de segurança, a da lei constitucional mostra-se ainda mais grave e clama, ainda mais alto, pela aplicação do remédio heróico”.

Todavia, a só invocação do § 38 do art. 141 da Constituição Federal afasta as pêias das restrições que porventura se apresentassem, tais as do direito líquido e certo (§ 24) e as da exigência de direito subjetivo. Todo o conjunto dos atos praticados pela Câmara dos Vereadores estará presente à apreciação do judiciário, já que a ação popular, muito justamente para sua integral sobrevivência, estaria livre de quaisquer pêias, a ela possibilitada a apreciação de todo o ato — legislativo ou simplesmente administrativo — desde que lesivo ao patrimônio público.

“É dentro da maior amplitude com que deve ser entendido o texto constitucional, tais os extremos a que pode atingir a lesividade do ato, perfeitamente compatível, aliás, com a natureza e finalidade da ação destinada a apreciá-la, ter-se-ão como lesivos os atos que, mesmo indiretamente, firam o patrimônio público tais como os de

diões gerais do direito comum os meios de se desafrontar, reparar ou manter (LOBINGIER, *Constitutional Law*).

De acôrdo. Não hesitaríamos em subscrever o asserto. Mas, os *remédios comuns* ou gerais, de direito processual existente, são vários e o que mais se adequaria ao caso, evidentemente, seria o do art. 291 citado, porque o rito que é privativo, especial, reservado a determinadas relações, ou para proteger certos fatos jurídicos, não se aplica por extensão à generalidade, aos demais não regulados. A aplicação é restrita, inampliável. Impossível criar nuanças nas regras processuais imperativas, explícitas e cogentes.

As declarações constitucionais de direito, diz RUY, estão na categoria daqueles que pelo só fato de existirem têm e merecem a proteção comum, atuam *ipso jure*.

Não assim em atinência com o direito do *cidadão*, que não surge, como os primeiros, do direito natural, e é uma criação da lei. Depende, por isso mesmo de regulamentação.

Baldam-se as tentativa para equipará-los ou assemelhá-los. A personalidade, por si mesma, tem direitos; o cidadão, necessita, em face da Constituição, provar a sua qualidade, porque a ação não é concedida a qualquer do povo. A cidadania está disciplinada no Tít. IV, Cap. I da Constituição. O § 28 não prescinde do que ali se estabelece.

A justiça americana não considerava auto-aplicáveis as disposições constitucionais de vários Estados, como Pensilvânia, Michigan, Califórnia, Louisiana, *que autorizavam o pleito contra o Estado*, porque era mister que a lei dispusesse sôbre a jurisdição e lhe traçasse o processo. *Until there is any rights conferred under such a provision must lie dormant, because the means by which they be enforced are not supplied* (TUCKER, cit. *Cyclop.*, 752).

Para não ter exequibilidade imediata uma norma da lei fundamental, que autoriza o uso de uma ação, tanto monta deixá-la *sem processo*, nem juiz,

admissão abusiva de pessoal (forçando as normas orçamentárias) com finalidades eleitorais” — SEABRA FAGUNDES.

Nem de outra forma poder-se-ia admitir uma apreciação ao ato legislativo que se denominou Resolução n.º 39, independentemente dos atos administrativos que se lhe seguiram, TAL a RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO com que se apresentam em estreita conexão. Difícilmente poderia o Judiciário tão-sómente julgar da validade dos atos praticados, se defeso lhe fôsse entrar na economia interna daquele Legislativo, sem apreciar o evidente abuso de direito com que foi utilizado o *ukase* da competência privativa, o excesso de poder a que se arrogaram os representantes do Distrito Federal.

“A respeito da atuação do legislativo em face da Constituição, poder-se-á aplicar, *mutatis mutandi*, os ensinamentos doutrinários acerca do excesso ou do *desvio*

quanto dar-lhe juiz, deixando-a sem o processo (RUY BARBOSA, *Ação Cível Originária* n.º 7, págs. 31-55).

Disposição executável por si mesma é a que *ministra* a norma, ou os meios, pelos quais se possa exercer e proteger o direito, que ela dá, ou cumprir o dever, e desempenhar o encargo, que ela impõe. *A self executing provision is one which supplies the rule or means by which the given may be enforced or protected, or by which a duty enjoined may be performed* (TUCKER, *Constitutional Law*, IV n.º 48, Cyclop, 753).

O juiz terá de adscrever-se ao que existe expresso na lei. Destarte, se não está regulamentado o preceito, a única solução seria aplicar o art. 219.

E, porque estamos firmes na convicção de que se não contrapõe a essa clara proposição, ou a êsse simples raciocínio, qualquer razão de maior conta ou relevância jurídica, reafirmamos que o art. 141, § 38 só entra em atividade plena, com o concurso auxiliar ou suplementar (*ancillary legislation*). É suficiente considerar o seu conteúdo e a sua designação técnica de — ação — assim como deve ser levado em conta o seu fim — *the intrinsic nature of the provision itself* — o que é tudo no caso que se apresentar perante a Justiça.

No texto invocado não há o imperativo de auto-execução — *then it become the imperatives duty of judicial tribunal to declare itself executing*.

E a propósito dêsse desacôrdo lembraria, mais uma vez, o saudoso PHILADELPHO AZEVEDO que, embora partidário da auto-execução, mostra a necessidade de uma regulamentação e não defende, em nenhum passo, o processo sumaríssimo. Ele diz que a ação só será freqüentemente exercitada, quando o Poder Público minudear os seus requisitos, forma e efeitos, em lei especial. Trata êle da responsabilidade dos funcionários públicos e indaga sobre a posição do Presidente da República, problema de maior interêsse a fim de

do poder da autoridade pública, em face do princípio da legalidade, pelo qual se rege a administração do Estado de Direito. O Poder Legislativo, tal como a administração pública em face daquele princípio, está limitado ao círculo de atividades que lhe traça a Constituição e quando o traspassa, por qualquer forma, procede ultra vires, sendo ineficaz, por contrário ao direito, o ato violador" (C. A. LÚCIO BITTENCOURT, *Constitucionalidade das leis*, página 84.

Não se argumenta, pois, com o § 4.º, art. 13 da Lei Orgânica. O absolutismo não é mais admitido, mesmo na esfera privada de cada um dos Podêres, desde que autorizado qualquer cidadão a provocar a interferência do contrôle sempre que procedimentos ruinosos vierem ultrapassar as fronteiras do razoável, ferido o critério da normalidade.

Cabível a exemplificação: criando a Resolução n.º 39, para a conserva e movimentação de 6 automóveis, cinquenta cargos, que

ser apreciada a responsabilidade civil. Alude à citação do autor da lesão em detrimento do Estado, e a sua condenação como devedor solidário. Não se esquece de uma referência à execução da sentença. Menciona, ainda, a dificuldade em relação aos membros do M.P., serventuários da Justiça, Ministros de Estado, Congressistas. ("Jornal do Comércio" de 22 de maio de 1937).

Enxergar-se-á, por aí, nêsse translúcido panorama, como será complexa, relevante e delicada uma ação popular. Isso não obstante, sobre entender-se o texto auto-aplicável, ainda se deseja que o rito seja *sumaríssimo*, ou que a ação tenha as virtudes, a celeridade e o imperativo do mandado de segurança sucedâneo, no cível, do *habeas-corpus*.

O ilustre Dr. Sub-Procurador socorre-se à opinião de ANTÃO DE MORAIS, quando êsse magistrado diz que as garantias constitucionais são de execução imediata. Nenhuma contradição existe. Antes, RUY BARBOSA houvera afirmado a mesmíssima coisa. A diferença é que êle se refere a garantias constitucionais, individuais, ligadas à pessoa. No § 48, porém, há um direito cívico, uma faculdade de agir ou não, conferida, somente, ao cidadão.

Creemos que é incontrastável o sentir de BONECASSE: *il est d'évidence que la doctrine se ramène à un afflux d'opinions individuelles: malgré les courants connus qui peuvent traverser ces opinions à un moment donné, elles sont radicalement privées de la qualité de source formelle des règles de droit* (*Precis de Droit Civil*, pág. 28, ed. 1938).

Ensina FERRARA: *Perfino da comunis opinio doctorum non ha alcuna esterna autoritá vincolante*.

O caso dos autos foram examinados sem influência de quaisquer opiniões ou de preconcebidos, abstraída a matéria estranha à causa ou sem nítido

incluem desde o de "Chefe do Serviço de Transportes" (padrão PL-4) até os seis de "Lavadores" (padrão I), prevista uma despesa mensal que ultrapassa de longe a casa dos Cr\$ 180.000,00, praticou-se ato evidentemente lesivo ao erário público. Não se pode cogitar simplesmente dos atos administrativos de preenchimento dos claros abertos, mas positivamente do absurdo praticado, que se pretendia inviolável sob a cobertura da competência privativa. Tão absurdo o gravame, que mais econômico seria a aquisição mensal de um automóvel, dispondo-se graciosamente do substituído. O abuso de direito, o excesso ou desvio de poder com que agiu a Câmara dos Vereadores, lesando profundamente o patrimônio público, justifica, com amplitude de razões, conseqüentemente afastados fundamentos outros de técnica processual, o deferimento do contrôle ora requerido.

"A missão do Juiz é fazer justiça; não deve êle, pois, sacrificar a Justiça, embaraçando-se em fórmulas rígidas e inflexíveis" (COSTA MANSO).

Como, nesse particular, o que importa é não permitir que se fruste o contrôle jurisdicional, único meio de preservar o interêsse

interêsse processual. Julgamos segundo a lei e quaisquer que sejam os resultados, bons ou maus, grandes ou nulos. *Lex res surda, inexorabilis.*

Vem a talho redizer que a sentença apelada não cogitou, pròpriamente, da ação popular e reuniu ambos os pedidos no mandado de segurança. Daí resultara, até, a coisa estranha de ter o General Angelo Mendes de Moraes pedido a nulidade da Resolução n.º 40, que fôra, precisamente, de iniciativa do Vereador Paes Leme. Assim, compelira-se êste, numa flagrante anomalia processual, a aceitar a *assistência* do autor da ação popular, que atacava a sua própria obra, que contra êle, implicitamente, investia. Está nos autos a discussão da Resolução n.º 40, na Câmara Legislativa.

Ainda em tema de ação popular, quem, com muita propriedade, oferece o X da equação, é SEABRA FAGUNDES no trecho transcrito pelo Sr. Dr. Sub-Procurador: "ato lesivo só poderá ser apreciado devidamente *em espécie*... Na falta, porém, de subsídios legislativos e jurisprudenciais, deve entender-se em *sentido restrito*, como ato lesivo do patrimônio... que importando alienação, ou aquisição de bens a título oneroso ou fazendo recair qualquer ônus sobre bens dessas entidades, se mostrem ruinosos ou menos decentes à vista das suas *cláusulas reguladoras*".

No seu entender, serão lesivos, também, os atos de admissão abusiva de pessoal (forçando normas orçamentárias) *com finalidade eleitoral*. Surge, aí, matéria de fato, que reclamaria a prova do fim, visto como se não presume, evidente, inequívoca, abusiva a nomeação com propósitos inconfessáveis ou objetivos eleitorais. Essa modalidade envolve responsabilidade, que está a reclamar um cuidadoso exame da hipótese, e das provas oferecidas.

coletivo, que admitida seja a tese ora pretendida de se aplicar à ação popular autorizada pela Constituição Federal tão-sòmente o rito sumaríssimo do mandado de segurança. De outro modo, a se alongar o demorado curso ordinário, aberto a todos os interessados, funcionários da Câmara prejudicados com a reestruturação e recém-admitidos a defender os absurdos e ilegais provimentos, tudo agravado por uma sucessiva e maliciosa elaboração de atos, praticamente nenhum o efeito, o tempo tudo encobrendo com o manto do esquecimento.

Qualidade bastante teria o requerente para a propositura de ação direta. A simples invocação do inciso IV, § 1.º, art. 25 da Lei Orgânica do Distrito Federal, evidencia que a norma não se lhe erige em simples obrigação, mas lhe é imposta em caráter de DEVER INDECLINÁVEL. Prefere, todavia, a ação popular, onde também requer como cidadão, juntando-se a todos seus jurisdicionados que unissonamente, clamam pela anulação das imoralidades praticadas.

E o remédio cabível é o utilizado. O da ação popular. Com rito sumaríssimo — *o interêsse público o exige e determina.*

Ainda de grande valia uma final apreciação de SEABRA FAGUNDES, a propósito dos benefícios trazidos com o novo dispositivo cons-

A cada passo, encontramos novos motivos, argumentos novos, que robustecem o ponto de vista que vimos sustentando, de que se não podem assemelhar, nem nos fins, nem nos fundamentos, nem no processo, nem no interêsse jurídico, nem nas conseqüências, o mandado de segurança, relativo ao direito *individual lesado*, e a ação popular, com um interêsse geral e uma pretensão que, ainda, será objeto de maior investigação, de prova e de final declaração de procedência ou não.

Enquanto isso, estamos a discutir com princípios doutrinários, com respeitáveis opiniões, com meras abstrações e não com princípios legais ou regras jurídicas, que obrigam, as quais jamais endossariam aquela assemelhação, a salsada que se fizera, o amálgama, a mistura que se nota na decisão recorrida.

A razão engana menos que a ciência. Estamos, assim, com a boa razão, fiel à tradição, atreitos à sistemática processual, exatos na aplicação da lei e na observância da jurisprudência. A ciência, de *jure constituendo*, que se anime e aventure a construir o novo direito, a maneira que se lhe afigure a mais curial de agir o cidadão, judicialmente, no exercício do direito que lhe confere o § 30, em discussão.

A máxima de que não há uma lesão de direito (*wrong*), sem um remédio, não significará, como às vêzes se supõe, que existam remédios para cada lesão moral ou política. É a lição de DICEY, em *The Law of the Constitution*, ed. 7.ª, pág. 54.

A lesão de direito individual, essa, por certo, tem na lei remédios próprios.

Ainda vem a pêlo a lição de SEABRA FAGUNDES, quando condena a ação popular que pretendesse, por uma solução geral, ou total, invalidar os mais diversos atos, uns legislativos, e outros executórios, alguns argüidos de imorais, e outros de ilegais, êstes criando direitos, aquêles reconhecendo e mantendo situações jurídicas já definidas, todos, adotando um critério de oportunidade e de conveniência, dentro de uma competência exclusiva e à luz de uma faculdade discricionária, que nenhum contestaria.

titucional. Louvando a auspiciosa possibilidade que se veio abrir ao contrôle jurisdicional da boa gestão do patrimônio público, desde logo augurou melhor aplicação dos dinheiros do povo:

"A nós, se nos afigura que, num país como êste, onde a educação política atravessa um estágio primário, agravado hoje, nas suas conseqüências, pelos hábitos de um regime de governo pessoal, a ação popular, admitida à larga, poderia exercer relevante papel no aperfeiçoamento da mentalidade pública e política, chamando os cidadãos a cooperar, ativamente, na prática de um regime de legalidade política e criando para os agentes executivos o hábito da submissão à ordem legal. O seu concurso à educação política do povo, incutindo-lhe o sentimento de participação ativa e constante do governo, e dos administradores, aprimorando-lhes a noção de responsabilidade pela

É chegado o ponto de indagarmos, nessa verdadeira aventura judiciária, que fora essa segurança, em que nos alicerçaríamos para dizer à Câmara Legislativa do Distrito Federal: tenhais mais contenção nos vossos atos e mais escrúpulos nas vossas leis; deveis adotar os mais rigorosos critérios de moralidade nas vossas reformas e reestruturações; impõe-se mais comedimento nos vossos gastos, mais proibidade nas vossas ações de mandatários do povo, mais pudor nas vossas nomeações; o que fizestes não está, apenas, errado, mas é um escândalo, não contém um resquício de moralidade, é um crime; desfazemos todos os vossos atos, mesmo os que se referem a situações jurídicas já preexistentes, porque não poderá vingar esse desmando e devemos, como juizes, coibir o vosso abuso, intencional e criminoso; é patente a vossa responsabilidade; se quiserdes, tereis a liberdade de elaborar nova reforma, mas aqui fica a advertência: sejais fiéis ao que vos recomendamos, pois que se novamente claudicais, aqui estaremos, vigilantes, para corrigir o renovado escândalo.

Vale, ainda, salientar que fôra tanta a precipitação neste processo, e tamanha a insegurança no decidir, que as coisas mais estranhas se passaram, e não devem, por isto mesmo, e não podem, ficar em silêncio, porque geram perplexidades.

Assim, os atos, todos eles, foram anulados pela sentença. Não houve, no entanto, um pronunciamento frontal sobre a inconstitucionalidade. Não se precisam os fatos. Há uma só referência ao art. 186 da Constituição (fls. 176), ponto nevrálgico da Resolução n.º 39, isto é, fizeram-se nomeações sem concurso, em cargo inicial de carreira. Nada se dissera; nenhuma fundamentação; sequer um fato. A isto, somente a isto, estava adstrita a arguição de incons-

amplitude do reexame jurisdicional dos seus procedimentos, seria apreciável”.

M É R I T O

Desrespeito à Constituição Federal, à Lei Orgânica do Distrito Federal, às Leis Ordinárias e ao Regimento Interno da Câmara dos Vereadores

“Prometo manter, cumprir e fazer respeitar a Constituição da República, a Lei Orgânica do Distrito Federal e as demais leis em vigor, exercer com dignidade o mandato que o Povo me confiou e promover, quanto em mim couber, o bem público e a prosperidade do Distrito Federal”.

Este, o inteiro teor do compromisso de honra solenemente assumido pelos Vereadores do Distrito Federal ao momento de se empossarem nos cargos a que os conduziu o Povo desta metrópole.

Jamais foi verificado tão integral descumprimento a uma promessa formal como a que se deu com a aprovação da Resolução n.º

titucionalidade. Fôra, no entanto, anulada a Resolução n.º 40, que dispõe, apenas, sobre a elevação de um escalão nos padrões de vencimentos dos funcionários da Secretaria — proposição que fôra apadrinhada pelo Vereador Paes Leme — a qual Resolução nada tinha com o art. 186.

Em relação à Resolução n.º 39, como se tratava de uma reestruturação, que já está disciplinada no Regulamento aprovado, *muitos dos funcionários da Secretaria* aproveitados, já exerciam funções públicas, já figuravam no quadro do pessoal, ou seja, tinham situação jurídica definida, e não estavam obrigados a concurso. Verificaram-se, também promoções, transferências e aposentadorias, segundo as regras do Estatuto dos Funcionários Públicos. Sem embargo disso, e a despeito de haver a inicial do mandado de segurança fixado *restritamente a sua arguição* de inconstitucionalidade, fundada no art. 186 da Constituição a sentença decretou a nulidade de tudo. Isto que é primordial, não querem enxergar. É com os fatos que se discute e, com eles e a lei, é que se julga.

Mas não é tudo. A sentença havia resolvido que o Presidente da Câmara, pelo fato de ter praticado um ato regimental ou seja a promulgação da Resolução — o que completa a lei (art. 104 do Reg. Interno), incorrera em responsabilidade penal. Não é mister explicar que seja promulgação, e demonstrar que esta se faz quase automaticamente, porque o Presidente não tem o direito de veto. É ele o porta-voz, o representante da Câmara legislativa, em sua manifestação coletiva, mas não tem a faculdade de alterar ou impugnar leis e resoluções, que o plenário aprova.

No entanto, o que se nos depara é, positivamente, incrível. Vejamos os autos. O General Angelo Mendes de Moraes, por seu ilustre patrono, dedu-

39, quando não só a Constituição da República, mas também a Lei Orgânica e leis menores foram flagrantemente desobedecidas e violadas com a utilização de expedientes maliciosos, postos em prática em evidente lesividade ao bem público e à prosperidade do Distrito Federal.

O Regimento Interno vigente (Resolução n.º 37, de 1949) não se limitou exigir o pronunciamento solene daquelas palavras, que implicam num expresse respeito à intangibilidade dos preceitos constitucionais, institucionais e legais. Foi além. Estatuíu como atribuição expressa do Presidente a de “observar e fazer observar a Constituição da República, a Lei Orgânica do Distrito Federal e este Regimento Interno” (art. 19, inc. 18).

As dificuldades oriundas de uma tumultuação nos trabalhos, da inversão das normas legislativas, do desconhecimento das atas elaboradas, tudo aliado à impossibilidade de uma exata apreciação do elemento “cronologia” — *até à presente data vêm sendo publicados expedientes datados de 31 de outubro* — impossibilita um minucioso e detalhado exame.

A simples verificação do enunciado sob n.º XI da Resolução n.º 39 — “são providos, por nomeação, promoção ou transferência

zira embargos de declaração à sentença. Isto tinha um escôpo: dizer o Dr. Juiz se a nulidade abrangera, também, as Resoluções, em si mesmas, ou unicamente os atos delas decorrentes.

O Dr. Juiz rejeitou os embargos, pois que a sentença estava suficientemente clara, mas, valera-se da oportunidade para, na forma do art. 265 do Código de Processo Civil, declarar que a sentença continha *erros materiais*, que deveriam ser corrigidos, o que passou a fazer. Êsses erros, serão inexatidões materiais, lapsos manifestos ou erros de escrita.

Sucede, porém, que se inovara na sentença, a pretexto dessa corrigenda. Assim, havia o Presidente da Câmara sido declarado incurso no art. 319 do Código Penal, e com a correção vieram mais dois crimes — os dos arts. 312 e 217; sem embargo de ser o Presidente um mandatário do povo, tencionava-se submetê-lo a processo por crimes funcionais.

Confrontem-se as sentenças lançadas a fls. 171 e a que, depois, surgira dactilografada a fls. 183 e se notarão os acrescentamentos indevidos, que tomaram o nome de correção de erros materiais.

Não se notara que o *pivot* da Resolução era o Regulamento aprovado, e que o Vereador Paes Leme juntara ao pedido um anteprojeto de Regulamento. Quando deu entrada e foi despachado o mandado de segurança, *não estava publicado aquêlê Regulamento*, inexistia, pois, o que era fundamental.

Há, também, na sentença, e como fundamento de decidir, uma referência à Indicação n.º 646 (fls. 176) que a Câmara aprovou e ela própria desrespeitou. O que seja "Indicação" está expresso no art. 98 do Regulamento Interno onde consta, ainda, o seu processamento. Só tem valor, realmente, quando, aceita pela Comissão Diretora, é convertida em projeto e aprovado pelo plenário. Antes, vale, como mera sugestão. Aliás, mesmo aprovada, não obrigaria, senão moralmente, a Câmara, que poderia, por outro ato legislativo revogá-la, como se faz em relação a qualquer lei, no sentido formal.

sem alteração de vencimentos" — salienta os expedientes utilizados em tentativa de escápula ao inflexível texto do art. 186 da Constituição Federal:

"A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar, efetuar-se-á mediante concurso precedendo a inspeção de saúde".

Sem falar no vício decorrente da prática, em um só dispositivo, de atos de natureza diversa — criação e provimento — confundindo-se atribuições diversas, de vez que em um mesmo diploma se procedeu à criação de cargos, o provimento dos mesmos mediante nomeações, readaptações, transferências e promoções, — a burla foi evidente. A clareza do postulado constitucional não admite sofismas que o ilidam.

O princípio (aliás repetidas vêzes lançado em letra de fôrma no regulamento aprovado pela Resolução n.º 39 — art. 1.º), encerrando uma norma altamente moralizadora, tem que ser respei-

Custas *ex- causa*.

Rio de Janeiro, 26 de dezembro de 1951.

Toscano Espinola Filho, Presidente, sem voto.

José Duarte, Relator.

Milton Barcellos, vencido, desprezava a preliminar de intempestividade do recurso de vez que a sentença não foi publicada em audiência e sua intimação tinha a regra geral que a faz depender de publicação no *Diário de Justiça*.

Igualmente, rejeitava a preliminar de inidoneidade do mandado de segurança e da inviabilidade da ação popular antes de sua disciplina por lei ordinária. Sempre entendi que dispositivo legal é *executório* e não impede que a ação popular assuma o rito sumaríssimo do mandado de segurança, e que aliás é reclamado pelo seu próprio caráter de urgência. Nêsse mesmo sentido de modo expresso e categórico já se pronunciaram no Supremo Tribunal Federal quatro dos seus mais eminentes Ministros — OROZIMBO NONATO e HAHNEMANN GUIMARÃES, EDGAR COSTA e RIBEIRO DA COSTA — os quais entenderam ser auto-exequível, *self-executing* (*Arquivo Judiciário*, 93/161).

Os dispositivos constitucionais que dependem de regulamentação, constituiriam letra morta, se os Tribunais negassem vida e fôrça aos mesmos dispositivos. A vontade soberana do Constituinte, ficaria à mercê do legislador ordinário, que recusando-se a regulamentar o dispositivo não lhe imprimiria o sôpro de vida para a sua fiel observância. Neste sentido, já proferi, quando Juiz da 2.ª Vara de Família, decisão, dando cumprimento a um preceito constitucional, sôbre a validade do casamento religioso, e vi com satisfação man-

tado, mesmo à custa de uma quebra de competência privativa estatuída em lei institucional. Quanto mais não seja, pela simples razão da hierarquia das leis.

Pouco importa, dentro dos princípios técnicos que regem o assunto, a forma ou o modo porque se desrespeitou a Constituição: verificado o desrespeito, impõe-se a correção. Inobservou-se uma condição específica imposta pela Carta Magna, ao se utilizar maliciosamente de dispositivos outros de leis ordinárias, em fraude grosseira, para se chegar ao mesmo fim. A transferência de funcionários — fato permitido (Estatuto dos Funcionários) — examinada em função de investidura operada na mesma data, ressalta desde logo a burla ao dispositivo constitucional exigidor de concurso para primeira nomeação em cargo de carreira.

É evidente que o expediente grosseiro e malicioso não impede a decretação da inconstitucionalidade do ato, descabidas quaisquer indagações outras. Num país como o Brasil, de tipo constitucional americano, os podêres do Parlamento cedem à supremacia da Constituição, em que pese a competência exclusiva outorgada em relação certos atos.

Por outro lado, há que se atentar pertinentemente às restrições que os artigos 13 (§ 4.º) e 14 (§ 1.º) da Lei Orgânica, trazem à

tida a minha decisão por unanimidade do Egrégio Supremo Tribunal Federal. Entre os doutos, encontramos ainda as judiciosas ponderações de ALCORTA: "No basta reconocer los derechos individuales, es menester garantizarlos, ha dicho Laboulaye; y tal es el objeto de las constituciones modernas. Las cartas no tienen un encanto mágico: no se hace la felicidad de los pueblos imaginando cualquier sistema, que no es casi siempre sinó un recuerdo del pasado. La mejor constitución es aquella que garante la seguridad mayor al individuo: en otros términos, la que conserva mayor la libertad". (*Las Garantías Constitucionales*, 2.^a ed., 1897, p. 3).

THEMISTOCLES CAVALCANTI, em sua esplêndida obra — *Constituição Federal comentada*, 1949, vol. 3.^o, pág. 265, é bastante incisivo ao afirmar: "O parágrafo 38 institui a ação popular. O preceito é de aplicação imediata, auto-executório. Não depende para cumprimento de regulamentação legal, o que, evidentemente, não exclui qualquer iniciativa legislativa nesse sentido".

Igualmente, reconhecido a *legitimitatio ad-causam* dos recorridos. Dispõe o art. 2.^o do Código de Processo Civil que para propositura de uma ação em juízo é necessário o interesse econômico ou moral e tal requisito ocorre em relação aos recorridos, quer quanto ao mandado de segurança quer quanto à ação popular, devendo notar-se que com a unidade processual acertadamente determinada na primeira instância, as duas ações como que se fundiram, entrosando-se mutuamente. É um direito subjetivo líquido e certo por parte do recorrido Luiz Pinheiro Paes Leme, que é Vereador na Câmara Municipal, o de impugnar os atos que pela exação administrativa de sua Presidência ou Mesa Diretora possam redundar em maiores encargos para o erário Municipal.

competência privativa da Câmara dos Vereadores, no tocante à criação e provimento de cargos. Restrita a competência no que concerne à organização dos serviços administrativos da Secretaria, torna-se evidente que a criação de *cargos auxiliares* foi executada *contra legem*.

Outro ponto que merece apreciação é o que diz relação aos artigos 83 e 104 do Regimento Interno da própria Câmara:

Art. 103 — § I — III — "Resolução legislativa se destina a regular as matérias de caráter político ou administrativo, sôbre que deve a Câmara pronunciar-se em casos concretos, tais como:

b) Assuntos de economia interna da Câmara, que não exijam abertura de crédito".

III — Resolução legislativa, em caso de ato que diga com a economia interna da Câmara, desde que não abra crédito..."

Pela própria conceituação, a Resolução se destina a regular as matérias de caráter administrativo, especialmente sôbre assuntos

Maiores encargos êsses que êle, como contribuinte, irá parcialmente suportar. Para impetrar mandado de segurança, assiste-lhe não só interesse moral como principalmente o econômico. De seu lado, o recorrido General Angelo Mendes de Moraes então Prefeito do Distrito Federal tem inquestionavelmente direito à ação popular, defendida na Carta Política de 1946, como evidenciou de modo irresponsável o nobre Procurador Geral do Distrito, e apoiando-se, entre outros autores na esplêndida lição de SEABRA FAGUNDES, o qual afirma: "qualquer membro da comunidade que esteja em situação jurídica igual à do autor poderá intervir na demanda, pois, quando a interferência se não justificasse pela *comunhão de interesses*, explicar-se-ia pela influência da sentença em relações jurídicas de que participa, como parte da coletividade, o terceiro. Com a intervenção, pode reforçar, dentro do processo, o ponto-de-vista da coletividade, defendendo-o melhor e produzindo prova mais completa. Como, também, se pode obstar do abandono da lide pelo autor a leve à perempção, evitando-se que a sua negligência ou malícia cause dano à coisa pública" (*Revista Forense*, 112/12). Idêntico conceito, se encontra, em PONTES DE MIRANDA, secundado por NELSON CARNEIRO, em concurso na Faculdade de Direito da Bahia, o qual assim se manifesta: "Nas ações populares civis, caracteriza-se entre os diversos autores, um litisconsórcio unitário, que o Juiz — como ocorre com o passivo, no caso do art. 91, 1.^a parte, do Código do Processo Civil — decretará de officio. Interessados que são todos os demandistas na solução da mesma relação jurídica, em idêntico pé de igualdade, justo será que, por força de preceitos legal, obtenham a mesma sentença" (*Das Ações Populares Civis no Direito Brasileiro*, 1951, n.^o 30, pág. 41).

É de se notar, ainda, que não tenha o menor relêvo a arguição de nulidade por falta de funcionamento de um dos procuradores da Municipalidade, pois o próprio Órgão Executivo desta é quem impugna os atos da recorrente.

de economia interna QUE NÃO EXIJAM ABERTURA DE CRÉDITO.

Simplex *pro memorial*. A nota oficial da Mesa Diretora, amplamente divulgada pela imprensa desta Capital, dá a conhecer ter sido aprovado em discussão final o Projeto de Lei n.^o 396, autorizativo — ABERTURA DE CRÉDITO especial de Cr\$ 2.800.000,00 para atender, nos meses de novembro e dezembro, à despesa decorrente da reforma.

Mas mesmo que assim não fôra, a falta de abertura de crédito — ainda que posteriormente provocada — vem comprovar, inequivocamente, o artifício do qual se valeu a Câmara para atingir seus objetivos, através de ato inidôneo.

O requerente pede ainda a atenção dêsse Meretíssimo Juízo para o título do Regulamento aprovado em que são fixadas as atribuições dos funcionários nomeados em função das quais poderá ser observada a conveniência, por exemplo, da criação do cargo de "marmorista", de "relojoeiro", de "borracheiro" e de "caixa" (quanto a êste último, se se descobrir onde lhe foram fixadas atribuições).

De meritis, negava em parte provimento ao recurso. Ainda mesmo que se queira sustentar que o art. 186 da Constituição não é aplicável a cargos novos criados em reformas administrativas não há disfarçar que o próprio Regimento da Câmara dos Vereadores não permitia que fôssem baixadas as Resoluções impugnadas de modo por que o foram, isto é, sumariamente e importando abertura de crédito, e, ainda, em contrário a recente indicação n.º 645, pela qual ficavam extintos os cargos vagos e os que se vagassem bem como proibida a criação de novos cargos, era de comensinha evidência a desnecessidade dos cargos criados, e se prevalecessem as resoluções impugnadas o corpo administrativo daquela Câmara Municipal seria uma sucessão de sinecuras e com grave e permanente prejuízo para a Fazenda Municipal. Nem mesmo os recorrentes se abalçaram atentar uma justificação dos seus atos, cuja nulidade, ainda mais se acentua por ausência de motivos determinantes. É certo que o Poder Judiciário não pode entrar na apreciação da conveniência de atos administrativos, mas pode analisá-los quando eles importam um desvio ou excesso de poder, como bem acentuou o Dr. Procurador Geral, invocando a lição de DUGUIT e CINOVI. Segundo ensina este último, — pode dizer-se compreensivamente que o ato é viciado de excesso de poder quando vai de encontro aos escôpos que a lei só prefixou ao atribuir o poder da que se trata a Administração Pública ou quando expede provimentos além daqueles que a Lei reconhece à Administração Pública para os ditos fins” (*Direito Administrativo*, vol. I, pág. 406, ed. 1937).

Antes de tudo, como adverte PAPPALARDO (*L'excesso di potere amministrativo*), o excesso de poder é vício inerente à causa do ato, que não pode estar em antinomia com o fim de utilidade pública que a lei teve em mira ao conferir o poder. Assim, quando a causa falha, é ilícita ou falsa, tem-se no sentido próprio o desvio do poder, que acarreta a insubsistência do ato.

O prejuízo ao patrimônio público, conforme amplamente divulgado, justifica o exame.

As duas centenas e tanto de lugares criados, com suas inevitáveis conseqüências, vieram acarretar um aumento que V. Ex.^a facilmente apurará, cotejando as verbas constantes dos projetos de orçamento apresentados anterior e posteriormente às Resoluções ns. 39 e 40, em que pese a apresentação englobada da verba “pagamento de pessoal da Secretaria” neste último.

Finalmente, MM. Dr. Juiz, uma última apreciação:

A cerrada oposição levada a efeito por uma pequena e louvável minoria, vem ensejar a observação dos abusos praticados, inclusive abrangendo a reforma de um Regulamento de mais de 30 anos, que em menos de trinta minutos foi visceralmente alterado, num desconhecimento integral de seus próprios termos, tudo embalado sob um regime de urgência deferido de pronto.

A utilização do regime de urgência pela Câmara de Vereadores para a aprovação da Resolução n.º 39 veio violar flagrantemente o dispositivo que o autoriza, *in verbis*:

RANELLETI ensina que quando se torne iminente pelo ato administrativo um grave prejuízo para a coletividade, deve ser esse ato declarado nulo. Os atos administrativos segundo a lição de ROMANO, *Corso di Diritto Amministrativo*, pág. 287, não estão sujeitos ao rigorismo da lei civil, pois nêles o que é prevalente é a causa ou motivo de utilidade pública; em face dessas razões, e ainda fundado nos mesmos argumentos expendidos pelo Dr. Procurador Geral, e que adoto como motivo de decidir, entendo que é inexpugnável a conclusão da sentença recorrida.

Negando, em parte, provimento ao recurso, mantinha a segurança concedida, sem a procedência de punição criminal dos responsáveis.

Sady Cardoso de Gusmão, vencido, nos termos do voto supra e de acôrdo com as considerações abaixo, que me permito acrescentar:

Acompanhei com a máxima atenção o voto do Sr. Desembargador Relator, verdadeira monografia sôbre as matérias estudadas.

Data vênia da maioria, mantinha a segurança concedida, não tanto em razão do mandado requerido pelo Dr. Luiz Pinheiro Paes Leme, mas, principalmente, em face da ação popular conexa e que, afinal, o Dr. Juiz acolheu com o caráter de assistência.

A ação popular foi intentada sob a forma de mandado de segurança, como está expresso no pedido.

A Constituição da República no inciso 38 do art. 141 visou conceder a qualquer cidadão o direito de promover a anulação de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

É uma forma de *legitimatío ad causam*, eminentemente democrática, como se vê do próprio texto: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação, ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União e demais pessoas de Direito Público.

Esse é direito de alta relevância, verdadeira garantia constitucional, a que se não podem opor, normas do Código de Processo Civil, anterior à Constituição.

Este, no mesmo artigo 141, § 24 estabeleceu que: “para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas-corpus*, cenceder-se-á mandado de

Art. 102 — II — I — “Urgência — importando dispensa das exigências regimentais, só para projeto, indicação ou requerimento de INTERESSE PÚBLICO, *cujos efeitos não comportem demora, exigindo deliberação e execução imediatas*”.

Sem entrar na apreciação da imprescindibilidade de uma imediata execução — a Câmara assim agiu exatamente na véspera de sua longa hibernação — não se pode atinar com as eventuais justificativas que possam ser trazidas a debate. A debate e passíveis de se verem submetidas ao crivo do “interesse público”.

segurança, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

Lavra no campo de doutrina e de processualística viva polêmica sobre o conceito de ação, terçando armas aqui e ali os juristas alemães: WINDCHEID, KOHLER, WACH, VON THUR e muitos outros; e entre os italianos, CHIOVENDA, FUGLIA, CARNELUTTI, ANGELITTI e vários outros.

O certo é que a doutrina distingue, dentro do mesmo conceito, dominando nas distinções, critérios subjetivos e objetivos, ou sejam: o do direito de ação em ser, ou subjetivo, como poder de provocar o órgão jurisdicional e pedir a prestação jurisdicional devida pelo Estado; a ação em si, objetivamente considerada, representando um interesse ou direito (conteúdo material) oponível a terceiro, por intermédio do juiz com pedido de sentença (*petitio*, intenção de autor), por via de instrumento adequado (elemento formal).

Donde a necessidade da existência de: a) um poder primário; b) um interesse que pode ser material ou moral; c) uma pretensão suscetível de reconhecimento em sentença; d) uma forma ou instrumento adequado (ações e remédios padrões, ou estilizados nos Códigos).

Não vemos por que afastar a possibilidade de excluir do âmbito do mandado de segurança a referida ação popular, qualificada constitucionalmente como direito de promover a anulação de ato lesivo ao patrimônio do Estado

O poder de ação existe como direito subjetivo público, poder conferido pela Constituição, art. 141, § 38 já citado; o interesse, idem, moral e econômico e, mais do que isso, interesse público; idem o direito a pedir sentença, única forma de obter a anulação do ato lesivo ao patrimônio público, compondo todos os requisitos da ação, menos o formal.

As duas vias formais, ou instrumentos se mostram, todavia, no processo: a ação ordinária, em relação a atos que peçam provas mais complexas e difíceis, ou nos casos de menor exigência; o mandado de segurança, se líquido e certo o direito, e a demora para acarretar dano irreparável ou imediato (*como na hipótese ocorre*).

O direito público outorgado pelo art. 141, § 38 da Constituição pode, assim, excepcionalmente, ser exercido, como o foi, por meio de mandado de segurança.

Nem mais necessário para que fique patenteado o integral vício que eiva as Resoluções ns. 39 e 40.

Inconstitucional, portanto, os atos praticados cumulativa e conseqüentemente à Resolução n.º 39, que dizem respeito à criação de lugares inteiramente desnecessários e o preenchimento dos mesmos, votados e promulgados aquêles pela Câmara dos Vereadores sob os protestos mais vivos de uma respeitável minoria, que se bateu denodadamente contra sua aprovação, produzindo seus ilustrados componentes trabalhos de persuasão jurídica e de apêlo moral. Estão

Assim, não há como falar em ação popular não procurada. O objetivo da mesma era idêntico ao do mandado de segurança já intentado e o juiz considerou, afinal, o mesmo como assistência ao anterior.

Válidas as formas, ter-se-ia de verificar se cabia ou não a medida pleiteada.

Ainda neste passo estou com o voto vencido.

A Constituição não limitou o direito de que se trata. Nem mesmo do seu âmbito exclusivo o ato legislativo, que a prudência do Desembargador Relator afasta de qualquer apreciação, apesar de competir ao Judiciário declarar a inconstitucionalidade das leis.

Não reputo apoio seguro aos Constitucionalistas do regime da Constituição de 1891, à falta de preceito similar, naquele magno diploma legal.

A verdade é, entretanto, que o ato de que se trata provém do Legislativo Municipal, em forma legislativa da resolução, cujo conteúdo é administrativo.

Se dita resolução causasse danos a outros funcionários, o Judiciário poderia revê-la para assegurar direitos a particulares; poderia declarar a inconstitucionalidade, com as suas conseqüências.

Como, porém, somente está em foco o interesse público e do erário, o Poder Judiciário nada pode fazer, apesar de legalmente provocado.

O Voto do Desembargador Relator ofusca pelo seu brilho, porém tal fulgor não chega a apagar ou destruir os sólidos fundamentos da sentença e dos votos dos juizes que me precederam no julgamento.

De fato, a resolução se refere aos quadros da Secretaria do Legislativo da Cidade. Mas, tomou aspectos graves, que não quero adjetivar de outro modo, tendo por demonstrado não haver necessidade alguma dos cargos criados, com provimento sem concurso, em contrário ao disposto na Lei Orgânica e na Constituição da República, art. 186.

O ato, por isso mesmo, era lesivo do erário ou patrimônio público, condição de exercício da ação popular, e feria as leis, inclusive o próprio Regimento da Câmara Municipal, como acentuou o Desembargador Revisor.

O Prefeito não tinha o poder de veto. A matéria escapou assim a qualquer *contrôle* dêste e do Senado.

essas manifestações nas páginas do *Diário Oficial*. Emocionaram a opinião pública, em que pese um inexplicável silêncio de grande parte da imprensa local. Todos deveriam ser sensíveis ao abalo de prestígio, de dignidade e da necessidade do Poder Legislativo.

REQUERIMENTO

Em face das razões acima desenvolvidas, em que o requerente tentou, *prima facie*, evidenciar o abuso cometido pela Câmara dos Vereadores do Distrito Federal, com irrecusável prejuízo para o patrimônio no Distrito Federal, conseqüentemente em dano a todos os munícipes, requer:

Discricionariedade absoluta e intangível, própria do regime, é o ponto de vista da maioria.

Mas, a lei impõe freios e medidas a todos os poderes da Nação. Estes não são ilimitados, ou absolutos *ad infinitum*.

Os órgãos do Executivo sofrem controle do Judiciário e até em certos casos do Legislativo e do Senado; os órgãos jurisdicionais, os membros da judicatura, têm responsabilidade civil e penal, como também os do Poder Executivo.

Os membros do Legislativo não têm tal responsabilidade. E como atuar o controle constitucional nos casos de aberta violação à Constituição, das leis e do próprio Regimento Interno da Câmara, se não há alguém com interesse simplesmente egoístico para impugná-lo, e ao povo não é dado reclamar, nem mesmo com base em preceito constitucional expresso, pelo menos para o Judiciário?

Há de o Poder Judiciário cruzar os braços, fechar os ouvidos, ao reciamo da opinião pública, através formas legais enquadradas na Constituição, em homenagem a princípios que se tornariam nocivos e vazios, se não houvesse melhor remédio que o *laissez faire*?

É verdade que a maioria assenta seu respeitável critério no sistema político, de modo a arredar o princípio constitucional, traçando-lhe os limites a que a lei expressamente não alude.

Data vênia de maioria, entendemos prevalecer de qualquer modo aquêle alto preceito da expressão nitidamente democrática, em bem da comunhão e

1 — Caso V. Ex.^a entenda deferir a assistência: — a decretação de nulidade de todos os atos praticados conseqüentemente e cumulativamente às Resoluções ns. 39 e 40, inclusive as próprias.

2 — Caso V. Ex.^a assim não entenda:

— a concessão de medida liminar;

— a citação da Câmara dos Vereadores do Distrito Federal, na pessoa de seu Presidente, Sr. Murilo Lavrador, e bem ainda da Mesa Diretora da mesma Câmara, na pessoa de todos os seus membros componentes.

Para responderem aos termos desta ação popular com rito de mandado de segurança — ação que será julgada procedente, com integral amparo no § 38 do artigo 141 da Constituição Federal.

MM. Dr. Juiz:

O Prefeito do Distrito Federal, pelos seus jurisdicionados, não pode, mas EXIGE JUSTIÇA.

Distrito Federal, 30 de novembro de 1950. — *Gustavo Philadelpho Azevedo*, Advogado da P. D. F.

do interesse público, sempre que no uso discricionário do poder se insinue o abuso, à ilegalidade, o excesso manifesto, consoante a doutrina.

E aqui respondemos a uma observação de quem muito nos merece, a propósito da intervenção de outrem na organização da Secretaria do Tribunal, que só a este compete.

Admitiria a intervenção em caso de ilegalidade ou abuso. Não há poderes ilimitados *ad infinitum*. E, dêste modo, seria de atender a quem com os olhos postos na causa pública, esquecido de seu interesse pessoal, por interesse público, por amor à pátria e às instituições viesse bater às portas do Tribunal, para o reconduzir no caminho da verdade e da retidão.

Dêste modo de ver não abdicaria em hipótese alguma, a menos que possamos ser convencidos de erro.

Quando falha o controle da opinião pública, base do regime democrático, que valha ao menos a ação popular, em mãos firmes, por isso que esta não encontra limitações rígidas na Lei Maior, cuja guarda cabe ao Poder Judiciário.

Mantinha, dest'arte e por êstes fundamentos e mais com elementos constantes do voto do Desembargador Revisor e outros do processo, a sentença recorrida.

Narcélio de Queiroz, vencido. Neguei provimento ao recurso, para manter a decisão recorrida, nos termos do parecer do ilustre Dr. 1.º Sub-Procurador Geral, e de acordo com os votos anteriores.

Emanuel Sodré. Êstes autos me foram remetidos precipitadamente, pois devera terem ido, em primeiro lugar, ao Desembargador Mem Reis, que votou antes de mim e também vencido. Aqui vai o meu voto: Vencido, por entender que ao Vereador Pais Leme, como a qualquer contribuinte, cabia o direito de pleitear a nulidade do ato, tão danoso aos cofres municipais e, portanto, aos que para êles contribuem. No mérito, confirmava a sentença apelada, menos na parte em que mandou processar criminalmente o Presidente da Câmara dos Vereadores.

Como bem acentuou o Dr. 1.º Sub-Procurador Geral do Distrito, o Dr. COELHO BRANCO, em seu realmente notável parecer de fls. 23 a 277, o que se nega e contesta que aquela Câmara, a pretexto de reorganizar os seus serviços, incida em indiscutíveis ilegalidades, por excesso de poder e desvio de fins legítimos e morais, com enormíssima lesão para os cofres públicos, estabelecendo uma categoria de privilegiados e menoscabando as exigências comuns a todos os funcionários públicos. Tão *sôfregas* ilegalidades trouxeram êste *espantoso* resultado: para servir a 50 vereadores há verdadeira multidão de 806 funcionários. Faço minhas, *data venia*, as palavras daquele erudito parecer e as dos não menos elucidativas considerações dos votos vencidos que precederam ao meu, nos pontos por êste adotados. O que o Tribunal decidiu, em sua maioria, foi tão somente julgar parte ilegítima o impetrante do mandado de segurança, cassar a parte da sentença que o concedeu e mandar *se processe* regularmente à ação popular. Como, porém, não acolhi a preliminar de ilegitimidade, externei desde logo o que penso a respeito do mérito, como fiz por ocasião do julgamento.