

ATO ADMINISTRATIVO — PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO — CONTRÔLE JURISDICIONAL — AÇÃO POPULAR

— O Poder Judiciário, chamado a pronunciar-se sobre o valor jurídico do ato administrativo, deve dizer se é legal ou ilegal. Não pode entrar no exame do seu merecimento, para achá-lo bom ou mau, justo ou injusto, vantajoso ou prejudicial.

— A liberdade de deliberar, que a função discricionária cria para a Administração, exclui a formação de qualquer direito público subjetivo dos administrados.

— Além de não ter execução imediata, por depender de regulamentação, é absolutamente certo que o disposto no artigo 141, § 38, da Constituição que instituiu a ação popular não pode abranger atos praticados antes de sua vigência.

— O direito de acionar faz parte do direito substantivo e se incorpora ao direito adquirido.

— Interpretação do art. 141, § 38, da Constituição; idem do art. 13, § 9.º, da lei n.º 221, de 20-11-1849.

PARECER

1. Expõe a consulta que por escritura pública de 29 de setembro de 1942, oito acionistas da Sociedade Anônima “O Estado de S. Paulo” venderam as suas ações à Fazenda do Estado de S. Paulo. Na ocasião da escritura, o pa-

trimônio da Sociedade estava na posse do Governo, que havia, por intermédio do "Dip", nomeado um diretor para o jornal, investindo-o também dos poderes de gerência e administração. Os acionistas, informa a consulta, realizaram a venda sob coação.

2. Em 7 de setembro de 1945, depois da queda da Ditadura, o Interventor Federal no Estado baixou o decreto-lei n.º 15.273, de 6 de dezembro de 1945, em cujos termos se lavrou a escritura de 7 de dezembro de 1945, que desfez o negócio contido na de 29 de setembro de 1942.

3. Agora, sob alegação de que a escritura de 6 de dezembro de 1942 foi prejudicial aos interesses da Fazenda, o Partido Social Progressista propôs uma ação ordinária para retornar à situação criada pela escritura de 1942.

4. Em face dessa exposição e dos documentos que a instruem, pergunta-se no primeiro quesito: "O Interventor Federal tinha poderes para expedir o decreto-lei n.º 15.273, de 6 de dezembro de 1945?"

A lei orgânica do Governo Provisório instituído pela Revolução de outubro de 1930 — dec. n.º 19.398, de 11 de novembro de 1930 — prescreveu no art. 1.º: "O Governo Provisório exercerá discricionariamente em toda a sua plenitude as funções e atribuições não só do poder executivo, como também do poder legislativo, até que, eleita a assembléia constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do país."

Os Estados seriam governados por Interventor Federal, dispondo o art. 11, § 2.º: "O Interventor terá, em relação à Constituição e leis estaduais, deliberações, posturas e atos municipais, os mesmos poderes que por esta lei cabem ao Governo Provisório, relativamente à Constituição e demais leis federais, cumprindo-lhe executar os decretos e deliberações daquele, no território do Estado respectivo."

5. Dos textos transcritos decorre, portanto, que o Interventor Federal exercia todas as funções legislativas e executivas, sem nenhuma exceção ou limitação. Sobreveio, entretanto, o dec. n.º 20.348, de 29 de agosto de 1931, instituindo os Conselhos Consultivos e estabelecendo normas para a administração local. Este decreto contém tudo quanto o Interventor Federal não podia

praticar (arts. 10 a 12). Com relação à hipótese da Consulta só interessa o disposto no art. 10, letra f: o Interventor podia transigir e celebrar acordos, mesmo antes de julgado o feito em última instância, mas precedendo audiência do Conselho Consultivo.

6. Ao dec. n.º 20.348, de 29 de agosto de 1931, sucedeu o decreto-lei n.º 1.202, de 8 de abril de 1939, que dispôs, novamente, sobre a administração dos Estados e Municípios. A inovação mais importante foi a do art. 5, pelo qual a função legislativa do Interventor passou a ser feita em colaboração com o Departamento Administrativo, nome com que se designou o Conselho Consultivo. O art. 32 condicionou à aprovação do Presidente da República a série de atos que enumerou. O art. 33 destacou os atos proibidos; e o art. 34 subordinou o contrato de concessão de serviço público a prévia e expressa autorização do Presidente da República. Em nenhum texto desse decreto se proíbe o contrato de que trata a escritura de 7 de dezembro de 1945, referida na Consulta, nem se subordina a mesma à aprovação do Presidente da República.

7. O decreto-lei n.º 1.202, atrás mencionado, sofreu várias alterações decorrentes do decreto-lei n.º 5.511, de 21 de maio de 1943. O Departamento Administrativo padeceru novo batismo: passou a chamar-se Conselho Administrativo. Esclareceu-se, no art. 5, que o Interventor podia "praticar todos os atos necessários à administração e representação do Estado e à guarda da Constituição e das leis."

8. Novas modificações foram introduzidas pelo decreto-lei n.º 7.518, de 3 de maio de 1945. Mas, ainda aqui, nada se colhe que possa fundamentar qualquer objeção ao contrato de 7 de dezembro de 1945, que se pretende anular.

9. Finalmente, o decreto-lei n.º 8.219, de 26 de novembro de 1945, extinguiu os Conselhos Administrativos, cujas funções ficaram incorporadas às do Interventor, com a só limitação de serem referendados por todos os Secretários do Governo os atos praticados no exercício das atribuições que tinham os Conselhos extintos.

10. O decreto-lei n.º 15.273, de 6 de dezembro de 1945, que se impugna, foi expedido pelo Interventor Federal com

observância de tudo quanto exigem os decretos do Governo da República já assinalados. Foi referendado por todos os Secretários de Estado. Está, por conseguinte, dentro da mais estrita legalidade.

Respondendo, assim, afirmativamente, ao primeiro quesito: “O Interventor Federal tinha poderes para expedir o decreto-lei n.º 15.273, de 6 de dezembro de 1945.”

11. Indaga o segundo quesito: “A escritura de 7 de dezembro de 1945 foi lavrado de acôrdo com o decreto que a autorizou?”

A resposta afirmativa é de rigor absoluto. Uma simples acareação dos dois atos revela, sem sombra de dúvida, que um é reflexo exato do outro. Nem mais, nem menos. Correspondência escriptural.

12. E’ dêste teor a terceira pergunta: “Consta do decreto que a venda de 29 de setembro de 1942 foi realizada em condições que a viciaram de nulidade?”

No caso afirmativo: essa confissão do Governo pode ser discutida na ação proposta para o efeito de ser declarada inoperante?”

A escritura de 7 de dezembro de 1945 foi baseada no decreto-lei n.º 15.273, de 6 de dezembro de 1945. Se êsse decreto-lei é válido, a escritura, sob êsse aspecto, não é nula. O vício principal que a petição inicial da causa argúi é, exatamente, a nulidade do decreto-lei n.º 15.273; por isso, logicamente, pediu a declaração da nulidade do decreto e da escritura. Se provarmos, portanto, que o decreto não pode ser apreciado pelo Poder Judiciário, provado também fica que, ante êsse ângulo da questão, a escritura igualmente escapa ao contrôlo judiciário.

13. O decreto-lei n.º 15.273 desdobra-se em dois atos distintos: ato legislativo e ato executivo. Como ato do poder legislativo, que o Interventor encarnava, só pode ser apreciado pelo Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade. Isso que era permitido pelas Constituições de 24 de fevereiro (arts. 59 § 1.º, letras a e b e 60, letra a), foi também autorizado pela Constituição de 1934 (art. 76, n. III, letras a, b e c); e, ainda, pela Carta de 10 de novembro de 1937 (art. 101 n.º III, letras a, b e c). Êste dispositivo continuava em

vigor, quando se lavrou o decreto-lei n.º 15.273.

E’ êste decreto manifestamente inconstitucional? Não é. Já vimos que foi expedido dentro dos poderes que cabiam ao Interventor Federal pela legislação orgânica promulgada pelo Presidente da República. Êste podia expedir, livremente, decretos-leis (arts. 14 e 180 da Carta de 1937). De outro lado, a autonomia dos Estados resultava dos arts. 8 e 21 da mesma Carta de 1937, que declarou, nesses artigos, competir privativamente aos Estados organizar os serviços de seu peculiar interesse, decretar a Constituição e leis respectivas, bem como exercer todo e qualquer poder, que lhes não fôsse negado, explícita ou implicitamente, pela Constituição federal.

Tudo, pois, quanto fêz o Interventor Federal estava dentro de suas atribuições legais, não sendo dessarte inconstitucional, e, muito menos, manifestamente inconstitucional, o ato que êle baixou.

14. Mas, se o ato legislativo é inatacável, sê-lo-á igualmente o ato do Poder Executivo? Sem dúvida, porque êste da mesma forma guardou todos os dispositivos legais a êle aplicáveis. Sendo assim, pode o Poder Judiciário apreciar o mérito da confissão, a que alude o quesito? Não, absolutamente. E’ o que vamos demonstrar. Se a lei só pode ser apreciada pelo Poder Judiciário sob a face da constitucionalidade, também o ato administrativo só fica sujeito ao contrôlo judiciário do ponto de vista da legalidade. O Poder Judiciário, chamado a pronunciar-se sôbre o valor jurídico do ato administrativo, só pode dizer se êle é legal ou ilegal. Não pode entrar no exame de seu merecimento, para achá-lo bom ou mau, justo ou injusto, vantajoso ou prejudicial, porque êle não é um super-administrador e apenas um órgão destinado, no caso, a verificar se a lei foi ou não cumprida. A conveniência, oportunidade, utilidade, justiça, equidade, e considerações semelhantes, não são de sua competência. Quem o diz é uma das maiores autoridades contemporâneas, Ranelletti, professor de direito administrativo da Universidade de Milão, em sua obra clássica *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, n. 238, pág. 337, quarta edizione, Milano, 1934:

“Mas, a questão da legitimidade assinala também o limite do poder do juiz na apreciação do ato administrativo. Não lhe é permitido conhecer do *mérito* do próprio ato, isto é, de sua conveniência, oportunidade, utilidade, justiça, equidade e aspectos semelhantes. Isto decorre da própria disposição que estudamos, porque, pelo art. 5, o juiz, em geral, pode e deve não aplicar os atos administrativos *só em quanto não sejam conformes com a lei*; e o art. 4 rege o caso da contenda por um direito, que se pretende *lesado* por um ato da autoridade administrativa. Ora, *lesão* do direito só pode haver pela ilegitimidade do ato, não por sua inoportunidade ou inconveniência. Ante a questão da utilidade ou conveniência do ato, não pode haver, afinal, uma questão de direito, mas somente de interesse; e tais questões exorbitam da competência judiciária. A questão de mérito é questão de administração. Se o juiz ordinário pudesse conhecer do mérito do ato administrativo, fazia obra de administrador, violando com isso o princípio da separação e independência dos poderes judiciário e administrativo.”

15. Esta lição decisiva, podia ser amparada pela torrente das autoridades. Não há, contudo, necessidade. O que importa é saber se no Brasil o direito é o mesmo. Certo que é. Basta ler o que escreve Seabra Fagundes, *O Controle jurisdiccional dos atos administrativos*, n.º 65, pág. 116:

“Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdiccional, o *mérito* dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão somente, sob o prisma da *legalidade*. Esse é o limite do controle quanto à extensão. O mérito compreende as questões relativas ao acerto, à justiça, à equidade, etc.. Tais aspectos envolvem *interesses* e não *direitos*. Ao Judiciário não se submetem os interesses, que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por ele. O mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, “faría obra de administrador, violando, com isso, o princípio de separação e independência dos poderes”. Os elementos que o constituem são dependentes de critério político e meios técnicos peculiares ao exercício

do poder administrativo, e estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdiccional. A análise da legalidade (*legitimidade* dos autores italianos) tem um sentido puramente jurídico. Cinge-se a verificar se os atos da administração obedeceram às prescrições legais expressamente determinadas, quanto à competência e manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma.”

Em nota, mostra Seabra Fagundes ser, nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

16. A Constituição de 18 de setembro de 1946 terá dito coisa diferente? Se o dissesse, não poderia ser invocada para anular ato anterior a ela, como abaixo se verá. A verdade, contudo, é que nada diverso pode resultar do art. 141, § 38, que é o fundamento da causa. Reza esse

“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.”

Mas, *lesão* de direito só há quando a lei é postergada. Vamos repetir, agora, no original, as palavras de Ranelletti:

“*L'art. 4 regola il caso della contestazione per un diritto che si pretende leso (o grifo é do autor) da un atto dell'autorità amministrativa, e lesione (o grifo é sempre do autor) del diritto vi può essere solo per illegittimità dell'atto, non per la sua inopportunità o non convenienza.*”

17. Tratando-se de ação popular é natural supor que o legislador leu alguma coisa da literatura jurídica correspondente. Se consultasse, por exemplo, a ótima monografia de Luè, *Azione popolare*, publicada na *Enciclopedia Giuridica Italiana*, veria que o relator de uma das leis italianas, precisamente a que nos interessa, por se tratar de uma ação popular *corretiva*, escreveu (pág. 1.454):

“Os tribunais não podem julgar de questões da alçada da autoridade administrativa, mas somente decidem se foram ou não violadas as leis e, em consequência, qualquer direito da instituição pública ou das classes em cujo benefício se criou a instituição.”

Adiante (pág. 1.456):

“Há, observa Lucchini, direitos consistentes apenas em faculdades legais, direitos que existem virtualmente enquanto não são executados com ato de vontade da pessoa deles investida, a qual deve julgar da conveniência de usar destes direitos, porque o exercício pode ser conveniente ou inconveniente e algumas vezes danoso. Quando se trata de corpos morais, de quem deve provir este juízo e este ato de vontade? Da parte do ente somente, ou pode também provir da parte do autor popular? Suponhamos um contrato a que se pode irrogar nulidade total ou parcial. Deduzi-la é exercer os direitos do ente, não há dúvida, mas poderá sempre o autor popular, só porque genericamente habilitado a exercer os direitos do ente, pleitear esta nulidade? Se se responder sim, repontaria certamente a conclusão de que o juízo da conveniência ou não de exercer certos direitos seria retirado da representação legal do ente e apresentado ao primeiro popular que saltasse fora com a ação popular. Ora, além de que com a declaração da nulidade não se protegeriam, eventualmente, os legítimos interesses da entidade, poderiam também surgir colisões entre o autor popular e terceiro que tivesse interesse em fazer declarar alguma nulidade.”

Até aqui Luè expôs as dúvidas de Lucchini. Em seguida comenta:

“Na verdade, se isto é possível, não cremos, porém, que os temores de Lucchini sejam justificados pela prática. De qualquer maneira, as limitações, que ele sugerisse, para evitar que com a ação popular, sob color de curar dos interesses do ente, não se queira senão satisfazer paixões... não nos parece que se devam repelir.

As limitações, que quereria introduzidas, distinguem-se em explícitas e implícitas, sendo as primeiras as que a lei estabelecesse e implícitas as dependentes da iniciativa que deve ter a representação do ente: a) quando exercer ou não certos direitos depender de um juízo de conveniência porque, para usar de linguagem familiar, isso tanto pode dar em bem como em mal; b) quando retirar esta liberdade de juízo da administração levaria a exaurir-la ou diminuir-lhe a autoridade.”

18. Do exposto, decorre que nem por se tratar de ação popular se deve dei-

xar de atender à regra de que o juízo da conveniência ou não do ato administrativo é a autoridade que o expede. Ficou, assim, bem estabelecido que o decreto-lei em questão só pode ser examinado sob o aspecto da constitucionalidade quanto à lei e sob o aspecto da ilegalidade quanto ao decreto do Executivo, excluída, porém, qualquer apreciação de mérito. De outro lado, ficou igualmente provado que esse ato não padece nem de inconstitucionalidade nem de ilegalidade. O decreto-lei em foco é, portanto, isento de qualquer vício.

Mas, a escritura que nêle se baseou, é, da mesma forma, livre de nulidade? O ato jurídico só é nulo: a) quando praticado por pessoa absolutamente incapaz. O Interventor Federal tinha plena capacidade civil e jurídica e a Fazenda do Estado foi devidamente representada; b) quando fôr ilícito ou impossível o seu objeto. O objeto da escritura, cessão de ações de uma sociedade anônima, com ajuste de contas e quitação plena e geral, é objeto escoimado de qualquer censura de direito; c) quando não revestir a forma prescrita em lei. A transmissão por escritura pública e a transferência nos livros da sociedade eram as únicas formas exigíveis na espécie; d) quando fôr preterida alguma solenidade que a lei considere essencial, para a sua validade. Nenhuma solenidade foi preterida; e) finalmente, quando a lei o declarar nulo ou lhe negar efeito. E' hipótese de todo estranha ao negócio jurídico em exame.

19. Não faltou, assim, nenhuma formalidade externa. Também as condições de fundo se encontram tôdas: coisa, preço, consentimento e demais exigências legais. Não há por onde se ataque esse ato, feito com tôdas as cautelas e rigores que os mais exigentes reclamam em casos análogos. Qual é, então, o vício dessa escritura? E' que o negócio não foi bom para o Governo. Foi prejudicial à Fazenda Pública, porque as quantias despendidas pelo Tesouro, que foram restituídas, não cobrem o valor real da empresa. Examinemos, com alguma atenção, esse argumento. Se se tratar de uma transação — e abaixo demonstrarei que outra coisa não é — a alegação não tem nenhum significado jurídico. Analisemos, toda-

via, a matéria a uma luz preliminar. Não é possível aplicar com exatidão o direito se não se conhecer bem o fato. Vejamos o fato.

20. Em sua crua realidade, a realidade viva que todos sabem, o acontecimento se passou como narra Hubert Herring, em sua obra *Good Neighbors*, pág. 141, Yale University Press, New Haven, 1941. Dou preferência a esse escritor porque, sendo estrangeiro, não pode ser tachado de paixão política ou interesse pessoal. Diretor do *Committee on Cultural Relations with Latin America*, durante cêrca de vinte anos viajou pela América latina, sendo, portanto, perfeito conhecedor dos países sul-americanos. Oçamos a sua narrativa, na qual um ou dois equívocos secundários, não alteram a verdade que se contém nos pontos substanciais:

“Vejamos o caso d’“O Estado de São Paulo”, por muitos de seus setentas anos o jornal mais influente do Brasil, gozando de uma posição comparável à do *New York Times*, nos Estados Unidos, ou à da *Prensa*, na Argentina, ou à do *Frankfurter Zeitung*, na Alemanha pré-Hitler. Sua tradição, reluz em independência inflexível, zelo democrático e jornalismo excelente. O proprietário e diretor, Júlio Mesquita Filho, era neto do fundador. Em 1930, apoiou Vargas, julgando ser ele o mais indicado guia da nação. Em 1932, sustentou Vargas contra os seus próprios amigos de São Paulo. Em 1937, quando Vargas estabeleceu sua ditadura com uma nova constituição, Mesquita denunciou o ato como uma apostasia. Daí a introdução de dois censores no jornal e a ordem de que Mesquita se submettesse. Mesquita não cedeu, sofreu seis meses de cadeia e depois foi exilado. Entrementes, o pessoal da redação se houve como pôde, sob continuas ameaças. Em março de 1940, a polícia invadiu o edifício e “descobriu” uma provisão de metralhadoras e munição. (Note-se, esta descoberta foi anunciada pelo rádio do governo às 8 horas da noite, tres horas antes da invasão d’*O Estado*). Dezesete membros da redação foram presos por dois dias, depois soltos. O jornal e a sua oficina, propriedade valiosa, foram confiscados para a nação e logo depois reabertos sob a direção de Abner Mourão cuja fervida

simpatia pela Itália e Alemanha é confirmada por seu amigos de São Paulo. Pode-se encontrar a narrativa desta conjuração nos jornais de Nova York de 28 de março de 1940, cuidadosamente divulgada como uma conspiração “comunista” jugulada, em tempo no nascedouro.”

21. Ponderemos agora, raciocinando serenamente como convém à boa solução de um problema jurídico. Estávamos no reinício da legalidade recém-instalada. Era tudo quanto havia de mais natural que os governantes procurassem resolver logo os casos que maior alarme e escândalo provocaram. Para essa solução, era impossível afastar o critério político e moral que havia de influir necessariamente no critério econômico. Essa apreciação não devia sem dúvida afastar-se das boas regras administrativas. Uma destas, porém, é a apreciação discricionária que cabe sempre à autoridade quando delibera os seus negócios. A discricionariedade é vinculada ou livre. Vinculada, quando a autoridade está adstrita à observância de regras estabelecidas, dentro de cujos limites não pode sair. Livre quando age apenas dentro de seu critério e prudência, tendo em vista o interesse publico. O poder discricionário foi criado para permitir que a Administração Pública não fique tolhida pelo Poder Judiciário em sua liberdade de contratar e expedir atos administrativos. Dentre tantas noções, que poderíamos invocar, baste-nos, pela autoridade de quem a subscreve, Constantino Mortati, professor da Universidade de Messina, o qual assim se expressa (*Potere discrezionale* no *nuovo Digesto Italiano*, v. 10, p. 77):

“O conceito de poder discricionário foi elaborado pela doutrina sobretudo em vista das exigências da prática judiciária e, pois, com referência especial aos atos suscetíveis de impugnação em via jurisdicional. De maneira particularmente difusa tem sido estudada a discricionariedade na função administrativa do Estado justamente pelo interesse particular que isso representava no sentido de delimitar o exame dos juizes quanto aos atos pertencentes a aquela função.”

O poder discricionário não é ilimitado, não se confunde com o arbitrio. O administrador há de imprimir um

sentido jurídico aos seus atos e procurar conformá-los com o interesse público. Entretanto, no exercício da faculdade discricionária é ele quem delibera livremente: só ele tem competência exclusiva para julgar quando o procedimento administrativo realiza o interesse público e se inspira no sentimento do direito. Dentro dessa linha de ação, a liberdade é plena. Michoud, professor da Universidade de Grenoble, na monografia fundamental que escreveu (*Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, pág. 10, Paris, 1913) ensina: "Há poder discricionário tôdas as vêzes que uma autoridade age livremente, sem que a conduta a seguir lhe seja ditada antecipadamente por uma regra de direito."

E' por isso que os administradores não podem apelar para o Judiciário com o escopo de syndicar da justiça ou injustiça, da conveniência ou inconveniência do ato. E' porque a liberdade de deliberar, que a função discricionária, cria para a Administração, exclui a formação de qualquer direito público subjetivo dos administrados. Em poucas palavras disse tudo Rodrigues Queiró no ótimo ensaio *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo*, * Coimbra, 1940, p. 2: "Onde há direito a um determinado comportamento da administração cessa para esta o poder discricionário. Direito subjetivo e poder discricionário são conceitos antitéticos."

O professor Marcelo Caetano, da Faculdade de Direito de Lisboa, em seu excelente *Manual de Direito Administrativo*, n.º 298, p. 612, esclarece luminosamente a insindicabilidade judicial do ato discricionário:

"Os atos discricionários, quando praticados com o fim legal, não criam situações contenciosas, pois que na lei que confere a competência para os praticar não se estabelecem garantias de que o interessado possa prevalecer-se para se arrogar um direito à legalidade."

"A liberdade da administração tem como contra-partida a ausência de direitos dos administrados. Logo, não há possibilidade de se dar o choque de in-

teresses deflagrador do contencioso — salva sempre a hipótese do desvio de poder."

"E a administração conserva normalmente liberdade para ajuizar da oportunidade e da conveniência da prática dos atos, aspectos estes que, por isso, estão subtraídos ao contencioso, conforme dizia o Código de 1896, art. 326."

22. Sendo assim, quando a Administração contrata, só ela julga se o contrato convém ou não convém, se é oportuno ou inoportuno, se é vantajoso ou prejudicial, nada podendo, sob esse prisma reclamar os administrados do Poder Judiciário. Vejamos, ainda, sobre a matéria, a opinião de Michoud, obra citada, p. 58:

"No que concerne aos atos positivos, deve-se, como dissemos, distinguir os atos de autoridade e os atos de gestão. Chamamos ato de gestão os que não impõem aos terceiros nenhuma obrigação ou restrição de direito fora de seu consentimento. A Administração, com respeito a estes atos, tem, em regra, a sua ação livre como um particular. Esta liberdade decorre do caráter discricionário das medidas a tomar enquanto a lei não lhes ponha limite. O poder discricionário será, portanto, aqui a regra, e o poder vinculado pela lei a exceção."

"Isto se aplica, primeiramente, aos atos de gestão do patrimônio privado das pessoas morais administrativas. E' oportuno lavrar um contrato, construir ou reparar um imóvel, arrendar a um locatário de preferência a um outro, explorar diretamente ou por intermediário? Tôdas estas questões, e outras análogas, não são em princípio suscetíveis de nenhum debate contencioso. A Administração, a seu respeito, é o órgão de uma pessoa moral independente em sua esfera de ação como o seria um particular na sua: a escolha que ela dota, entre as diversas decisões que pode eleger, é indiferente ao direito. Submetê-la à sindicância de um tribunal seria tirá-lo de seu papel de juiz e confiar-lhe a missão de um administrador superior."

23. Esta solução consubstancia a tradição de nosso direito e a legítima construção constitucional. Quanto à tradição, é suficiente recordar o que dispunha o art. 13, § 9, da lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894:

(*) Nota da Red.: Trabalho publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 6, p. 41 e vol. 7, p. 52.

“Verificando a autoridade judiciária que o ato ou resolução em questão é ilegal, o anulará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor.

“a) Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativos em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, *abstendo-se de apreciar o merecimento de atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade;*

“b) A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário, somente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva, ou do excesso de poder.”

A lei, assim, punha-se de acôrdo com o art. 15 da Constituição de 24 de fevereiro, que criou, harmônicos e independentes entre si, os órgãos da soberania nacional. E' forçoso da mesma maneira conciliar com o art. 36 da Constituição federal vigente o disposto quanto à ação popular no art. 141, § 38. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio público. Contudo, o Poder Judiciário não deve sair de sua esfera de competência, invadindo a função discricionária da Administração para, fazendo as vezes de administrador, julgar o mérito dos contratos feitos pela Administração. Julgue o Poder Judiciário o que pode e deve julgar: apenas a face constitucional ou ilegal do negócio jurídico. Se a Constituição não foi ofendida, se a lei não foi violada, o negócio pode não ter sido bom para a Administração, mas escapa a qualquer vício de direito. E' válido e deve ser mantido. Esta a conclusão a que chegará, infalivelmente, a construção jurídica, ou seja, a correta e harmônica inteligência dos dispositivos constitucionais.

24. O decreto-lei n.º 15.273, de 6 de dezembro de 1945, encerra a confissão de que o negócio jurídico, constante da escritura de 29 de setembro de 1942, continha nulidade visceral. Essa confissão não esbarra em nenhuma regra jurídica contrária. Brotou da consciência jurídica da Administração, que a volta do regime de liberdade despertou. Foi ditada pela função discricionária

orientada pelo sentimento do direito e pelos imperativos da moral administrativa. Não pode, por conseguinte, sofrer contrôlle judiciário.

Fica, por essa forma, respondido o terceiro quesito: salvo a sindicância de constitucionalidade ou de ilegalidade, o Poder Judiciário não pode apreciar, em seu merecimento, nem o decreto-lei nem a escritura que nêle se baseou.

25. O teor do quarto quesito é concebido nestes termos: “A escritura de 1945 foi uma transação entre as partes? Essa transação foi realizada para os fins do art. 1.025 do Código Civil, segundo se infere das letras a e b do art. 2.º do decreto-lei n.º 15.273 e da cláusula 6.ª da escritura?”

Trata-se caracteristicamente de uma transação convencional. As partes não lhe deram este nome. Não importa: *non sermoni res, sed sermo rei subjectus est*. Como bem explica Dias Ferreira, *Código civil português anotado*, v. 3, p. 269, Coimbra, 1898: “E' só o objeto e não a forma ou o nome que dá a natureza ao contrato de transação.”

Ora, o objeto do negócio jurídico de que se trata não foi, na realidade, nem venda nem cessão. Foi pura e simplesmente uma transação, operada nos termos do art. 1.025 do Código Civil, para prevenir litígio mediante concessões mútuas. O art. 147 do Código Civil prescreve ser anulável o ato jurídico por vício resultante de coação. A escritura de 29 de setembro de 1942, pela qual a Fazenda do Estado adquiriu as ações da sociedade anônima “O Estado de S. Paulo”, padecia desse vício. Restabelecido o regime legal, tornou-se certo que os interessados promoveriam a anulação desse ato e o pedido de perdas e danos. O Governo, em um gesto louvável de honestidade administrativa, reconheceu o vício e antecipou-se à solução judicial, poupando, por essa forma, o vexame moral e os prejuízos materiais que dela decorreriam, dando, ainda, com esse gesto, plena satisfação à consciência jurídica da coletividade. Por essa forma, não se fez uma venda e tão pouco uma cessão. Admitiu-se a nulidade do ato e cumpriu-se, pura e simplesmente, o disposto no art. 158 do Código Civil: “Anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes dêle se achavam...”

E' exato que as partes não disseram isto na escritura, mas foi o que fizeram.

26. O decreto-lei n.º 15.273, de 6 de dezembro de 1945, confessou a coação nestes termos: "Essa aquisição efetuou-se, entretanto, contra os princípios de ordem jurídica e política que regem nas organizações democráticas, assim como no trato e relações dos povos civilizados."

Aí, como se vê, em termos amplos e enérgicos, profligou-se a execução de um negócio em que as partes, que fizeram a cessão, não tinham liberdade de escolha, não podiam adotar solução diferente, premidas pela necessidade imperiosa e irresistível de evitar consequências ainda mais desastrosas para o seu patrimônio. Em seguida, no art. 1.º o decreto-lei, embora dando a forma de cessão e transferência de ações, na realidade determinou a rescisão do negócio anterior, tanto que não se cogitou de preço, senão apenas de reembolso das quantias despendidas pelo Tesouro e do pagamento de outras a que tinha direito. Isto é de tal modo exato — que não se tratou de venda e cessão, mas de desfazer o contrato antecedente — que o art. 2.º o declarou em palavras expressas, quando, além do termo de transferência das ações, determinou que se lavrasse "escritura pública de desfazimento da convenção pactuada."

27. Com a cessão das ações é claro que ficava, de fato, desfeita a transação precedente. Para a aquisição de todo o patrimônio da sociedade anônima, não havia necessidade de qualquer outro ato. Para que, então, essa exigência da escritura pública? Evidentemente: para realizar a transação convencional pactuada, mediante, de um lado, a rescisão do negócio anterior e, do outro, a renúncia a qualquer outra reclamação. Lá está, no art. 2.º, que a escritura, chamada de desfazimento, havia de consignar: "a) que à transferência precedeu ajuste de contas em plena harmonia entre as partes; b) que, em consequência, os adquirentes, inteiramente satisfeitos como se acham, obrigam-se a nada mais reclamar ou demandar da Fazenda do Estado de São Paulo; c) que continuam a cargo da sociedade anônima "O Estado de S. Paulo" todas as suas dívidas, especificamente a hipotecária que tem com a

Caixa Econômica Federal desta cidade."

O disposto nas letras *a* e *b* tornou nítido o intuito de transigir, prevenindo e obstando litígio futuro. Essas condições todas do decreto-lei n.º 15.273 constam da cláusula 6 da escritura, da qual também consta (cláusula 8): "Que por virtude da cessão e transferência, que ora, se pactuam, fica desfeita e rescindida a escritura de 29 de setembro de 1942."

Esta cláusula final não teria significado jurídico, seria excrescência absolutamente inútil, se não visasse efeito estranho ao que normalmente produz uma simples cessão e transferência de ações de sociedade anônima: êsse efeito era anular a cessão antiga e reverter as partes à situação anterior.

28. Houve, portanto, para bem assinalar a transação convencional: a) a rescisão do negócio, repondo-se as partes na situação em que se achavam antes dêle; b) ajuste de contas; c) plena e geral quitação.

Em um negócio desta natureza não se apura o valor real dos bens transmitidos. A natureza simplesmente declaratória da transação dispensa êsse exame, porque o que essa figura jurídica intenta é colocar cada interessado na situação que por direito lhe compete. Diga-o Clóvis Beviláqua, ao art. 1.027, observação n. 2:

"A transação não é um ato aquisitivo de direitos. E' meramente *declarativo* ou *recognitivo*. Entende-se, por isso, que a parte, que transige, não adquire o objeto da transação da outra parte; que não é, portanto, sucessora dela; que uma não faz à outra cessão de direitos."

A transação pode ser oportunidade de uma aquisição de direito, explica Clóvis Beviláqua, mas não será a causa dessa aquisição.

29. Resumindo. Tratando-se de rescisão voluntária de negócio anulável, não há falar em valor maior ou menor dos bens transmitidos, porque o art. 153 do Código Civil não leva em conta êsse valor. Restituídas as partes ao estado anterior, fica cada qual com o que é seu, valha mais, valha menos. Aliás, isso decorre da índole da transação, contra a qual não cabe alegar prejuízo ou lesão. E' matéria elementar, bastan-

do ouvir o comentário n. 6 de Carvalho Santos, ao art. 1.025:

“Exigindo-se concessões recíprocas, não se exige, todavia, que essas concessões ou sacrifícios sejam iguais de parte a parte. Assim, uma parte pode renunciar muito e receber pouco; pode renunciar a tôdas as suas pretensões, enquanto que a outra não renuncia senão uma parte. A desigualdade dos sacrifícios não é exclusiva da reciprocidade de concessão, que permite vislumbrar no ato o caráter essencial da transação (Paul Pont, ob. cit., n. 473).”

A circunstância de uma das partes retirar do acôrdo feito com seu adversário uma vantagem considerável não dá a êste o direito de pretender, que, em realidade, o ato contém uma liberalidade, e que a êste título êle não poderia valer senão com observância das formas prescritas para a doação (Paul Pont, ob. e loc. cit.).”

Dou, em consequencia, resposta afirmativa ao quarto quesito.

30. Indaga-se no quinto quesito: “Nos termos do art. 1030 do Código, essa transação pode ser anulada pela ação proposta?”

Dispõe o art. 1.030 do Código Civil: “A transação produz entre as partes o efeito de coisa julgada, e só se rescinde por dolo, violencia ou êrro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa.”

Não houve dolo. Não houve violência. Não houve êrro essencial, nem quanto às pessoas, que eram as que deviam, de fato, figurar na transação, nem quanto ao objeto da mesma, pois as partes quiseram, efetivamente, realizar a transação nos termos expressos em que foi feita.

O quinto quesito merece, pois, resposta negativa.

31. Fassemos ao sexto quesito: “O direito assegurado a qualquer pessoa pelo art. 141, § 38, da Constituição de 1946, pode ser exercido contra atos praticados antes da vigência desta Constituição? A chamada ação popular, de que trata o referido art. 141, existia nas Constituições de 1891, 1934 e 1937?”

Vejamos primeiramente a segunda parte da pergunta. O direito romano conheceu as ações populares que, segundo alguns praxistas, passaram para o nosso direito, podendo qualquer do povo intentá-las para conservação e de-

fesa da coisa pública. Como escreve Clóvis Beviláqua, observação n. 3 ao art. 76 do Código Civil, a controvérsia sobre se a ação popular continuava ou não a existir, desapareceu: o Código Civil, como resulta do elemento histórico, não a acolheu. A Constituição de 24 de fevereiro não continha palavra a respeito. A de 16 de julho de 1934 criou-a, todavia, como se vê do art. 113, n. 38: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.”

A Carta de 10 de novembro de 1937 não reproduziu esta disposição, nem fez qualquer outra referência às ações populares, que, assim foram suprimidas. O professor Paulo Barbosa de Campos Filho escreveu excelente *Ensaio sobre a Ação Popular*. Após sustentar no texto (p. 37) que as ações populares foram proscritas pela Carta de 10 de novembro, escreve em nota:

“De acôrdo com a melhor doutrina, as ações populares não se podem entender existentes sem lei que as autorize e senão para os casos que a mesma lei predetermine. Ainda, pois, que se quisesse sustentar que a disposição do art. 113, n. 38, da Constituição de 34 não colide com a nova Constituição e que, por isso, não é de se entender revogada por esta, abolida estaria, ainda assim, a ação popular *constitucional*, por falta de lei expressa que lhe desse vida.”

Tem inteira razão o professor Paulo Barbosa. A ação popular constitucional (outra não havia em nosso direito após o Código Civil) foi abolida pela Carta de 10 de novembro. Isto é inegável em face de seu art. 183: “Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explicita ou implicitamente, não contrariam as disposições desta Constituição.”

Ora, as ações populares contrariam explicitamente a Carta de 10 de novembro, diploma autoritário, que bem pouca guarida deixou para as franquias do povo. As ações populares são incompatíveis com um regime de autoridade, pois são um índice democrático de alta intensidade. Demonstrou-o brilhantemente Fernandez de Velasco, professor da Universidade de Murcia, na bela monografia que escreveu sobre

La acción popular en el derecho administrativo, Madrid, 1920. Sem reproduzir tudo quanto êle aduziu para por em relêvo o “sentido democrático de la acción popular”, limito-me a dar, no próprio original, a conclusão (p. 72):

“La acción inmediata de la actividad administrativa del Estado sobre sus ciudadanos, no puede ser más visible; por consiguiente, tampoco más evidente la necesidad de que funcione la acción popular, cuyo sentido democrático resalta, de todo lo dicho, innegable.”

Não foi menos preciso Clóvis Bevilacqua na conferência que fêz sobre a *Constituição e o Código Civil* (Arquivo Judiciário, v. 34, pág. 6 do suplemento):

“No livro referente aos *atos jurídicos*, surgem as ações populares, que não tiveram entrada na codificação civil, após detido exame da sua desnecessidade.

“Qualquer cidadão, determina o art. 113, n. 38, da Constituição, será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.”

“Sem negar o caráter democrático dessa ressurreição, receio que nos venham daí inconvenientes, que a boa organização do Ministério Público evita.

“Para funções dessa classe, a sociedade possui órgãos adequados, que melhor as desempenham do que qualquer do povo.”

As ações populares, portanto, foram revogadas pela Carta de 10 de novembro por incompatibilidade absoluta. E’ o que também reconhece Castro Nunes, *Poder Judiciário*, pág. 574:

“Nosso direito constituído não admite as chamadas *ações populares*, que o direito romano conheceu — *De popularibus actionibus* (Dig., L. 47, tit. 23), destinadas à conservação e defesa da coisa pública e intentada por qualquer do povo.”

A obra de Castro Nunes foi publicada na vigência da Carta de 10 de novembro.

32. Outro aspecto preliminar da questão: a ação popular ressurgida no art. 141, § 38, da Constituição vigente é *self-executing*? Não depende de regulamentação por lei ordinária?

No ensaio do professor Paulo Barbosa, p. 36, nota 73, lemos que Levi Car-

neiro era partidário da introdução da ação popular em casos de ilegalidade ou inconstitucionalidade, mas com algumas cautelas que verificou, surpreso, haverem sido desprezadas:

“E, por isso, êle mesmo, que aplaudira a idéia inicial de se facilitar a provocação de manifestações judiciais sobre a *ilegalidade ou inconstitucionalidade* de atos do Govêrno, do legislativo, ou de atos lesivos do patrimônio nacional, confessou-se, afinal, surpreso, ao ver ressurgir a admissão da lide popular, *sem freios, sem restrições e sem ressalvas de qualquer espécie.*”

Quem lê as monografias especializadas do assunto, por exemplo, a já citada de Luè, na *Enciclopedia Giuridica Italiana*, ou a de Tommaso Bruno, no *Digesto Italiano*, verifica o sem número de dificuldades de ordem prática que o exercício dessas ações acarretam. E’ ela transmissível ativa e passivamente, pode ser objeto de sucessão, a título singular ou universal, ou de cessão? Tôdas podem ser objeto de transferência, ou só as de caráter patrimonial? E’ imprescindível? Pode terminar mediante desistência, renúncia ou transação? Na expressão *qualquer cidadão* se inclui o Ministério Público? Os menores e interditos podem propor a ação por intermédio de seu representante legal? A mulher casada pode fazê-lo com ou sem autorização do marido? Se mais de um autor propuser a ação ao mesmo tempo, qual o que deve preferir? Os cidadãos de outro Estado ou Município, embora sem qualquer interesse direto, também são titulares da ação? A residência ou domicílio não são requisitos para intentá-la? Em que têrmos pode produzir a coisa julgada? Como deve ser executada?

Segundo se vê, não são poucas as dificuldades. Costa Manso, em voto magistral, assim estudou o assunto (*Votos e Acórdãos*, pgs. 294):

“Se a coletividade pudesse ser prejudicada pela sentença, a ação seria anarquisadora e cheia de perigos, pois o Estado ficaria até exposto a conluios fraudulentos entre autores e réus, agindo de concerto para obterem decisões contrárias ao interesse público. E’ por isso que, em alguns países, como na França e na Itália, a ação popular dos Romanos foi transplantada, mas com o

devido cuidado, regulando-se-lhe prudentemente o uso, de modo a só poder ser utilizada pelos contribuintes do Município, quanto aos bens comunais, e isso mesmo depois de constituída em mora a administração local, e de obtida uma autorização especial do poder superior. Mas nós, que não temos leis regulando a espécie, nem poderíamos adotar as normas obsoletas do Direito Romano, não devemos considerar subsistente uma instituição perigosa e má, senão inútil, dada a organização atual do ministério público.”

Essa função anarquizadora, a que alude Costa Manso, não é temor vão. Tommaso Bruno (*Azione Popolare*, pág. 973) lembra que as ações executivas ou as execuções de sentença não devem ser objeto de ação popular. Do contrário, *“ogni cittadino dovrebbe potere obbligare l'ente a consegnargli tutti quegli atti esecutivi, che sono in sue mani per agire coattivamente contro i debitori.”*

Num país de educação política pouco mais que rudimentar, como o nosso onde, por paixão política ou ódios pessoais, não se recua ante a prática das maiores violências e desatinos, não é absurdo pensar no que seria a vida administrativa da União, do Estado ou do Município, se os adversários do governo se dessem mãos para impugnar, judicialmente, todos os atos administrativos. A hipótese não é gratuita. Está na obra do professor Velasco, já citada, pág. 69:

“Por último, se arguye contra la acción popular, que, dado su fundamento, tendría el inconveniente de originar un numero infinito de recursos. Aunque exagerada, la observación parece exacta. Cada acto administrativo podría ser impugnado por el ejercicio de la acción popular. Pero esta dificultad de orden práctico no puede menoscabar el sentido jurídico de la institución. Y, si esta es justa, debe ser aceptada. Además, el inconveniente puede reducirse mucho, mediante la cautio iudicatum solvi, prudentemente aplicada.”

33. Ninguém contesta que as garantias constitucionais são de execução imediata. Mas, tratando-se, como no caso, de instrumento perigoso, cujo exercício pode acarretar consequências danosas, nada impede e tudo aconselha que um ato legislativo ordinário determine o modo e o meio prático de reali-

zar o que o dispositivo constitucional preceitua (Carlos Maximiliano, *Comentarios*, pág. 117, 3.^a edição). Rui Barbosa colheu, de um julgado americano, a regra que resolve a difícil questão. Se o texto pode ser executado sem necessidade de qualquer regra auxiliar, por conter em si tudo quanto é necessário para sua boa e correta aplicação, pode ser pôsto em prática imediatamente. Do contrário, deve aguardar a regulamentação (*Constituição Federal*, v. 2, pág. 492):

“uma disposição constitucional é executável por si mesma, quando, completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta, e realizar tudo o que exprime.”

Ante o que vimos acima, ninguém dirá nem que o texto seja completo nem que lhe seja supérfluo o auxílio de uma lei complementar, para que dê brotem os benefícios esperados, sem esbarrar em dificuldades e produzir perigos, que essa lei pode e deve evitar.

34. Daí o não ter sido executado o disposto no art. 113, n.º 38, da Constituição de 1934. Informa Paulo Barbosa, lugar citado, p. 37, que em 14 de maio de 1936, o deputado Teotônio de Barros apresentou um projeto regulando o processo das ações populares instituídas pela constituição, em 20 de abril de 1937, o deputado Ferreira de Sousa ofereceu outro projeto substitutivo, que não teve andamento por haver sobrevido a Carta de 10 de novembro. O Instituto dos Advogados de S. Paulo aprovou uma proposta do professor Paulo Barbosa, publicada no seu ensaio, em apêndice, na qual, após reconhecer que a ação popular da Constituição de 1934 “não chegou, é certo, a ter aplicação, por falta de lei que traçasse o perfil da nova ação, regulando-lhe o exercício”, fez votos, não acolhidos, para que Código de Processo adotasse a ação popular, regulando-lhe o exercício “em condições que estimulem, por um lado, a iniciativa do particular em defesa do interesse público e impeçam, por outro, que essa mesma iniciativa possa acobertar interesses menos legítimos, que se escondam sob a capa de ação no interesse público.”

Em conclusão. O direito de propor ação popular depende de regulamentação. Não pode ainda, por isso, ser exer-

cido. Como diz Cooley, *Constitutional Limitations*, p. 121, Boston, 1903, "rights in such a case may lie dormant until statutes shall provide for them."

35. Examinemos agora a questão da retroatividade, de que cogita a primeira parte do quesito. Em uma das peças, que instruem a consulta, lê-se o argumento de que a ação popular tem efeito retroativo, porque a Constituição vigente não contém disposição idêntica à da Constituição de 1934, cujo art. 18 das Disposições Transitórias vedava qualquer apreciação judiciária dos atos do Governo Provisório, interventores federais e mais delegados do Governo. Não procede o raciocínio, porque nem o art. 18, citado, visou impedir o exercício da ação popular, nem a falta de dispositivo idêntico na atual Constituição teve por escopo permitir o uso da ação popular. Isto, por uma razão evidente: porque nem a ação popular da Constituição de 1934, nem a da Constituição de 1946 podiam ter por objeto atos anteriores às mesmas, dado que ambas vedam a aplicação retroativa das leis. E vamos ver que aplicar retroativamente o direito de ação é violar, abertamente, essa proibição.

36. A Constituição de 18 de setembro de 1946 protegeu especialmente, no art. 141, n.º 3, o direito adquirido. Para atingi-lo, portanto, mediante aplicação retroativa da lei, mister seria que esta o declarasse expressamente. Oïçamos Ranelletti, *Istituzioni di diritto pubblico*, n.º 221, p. 322, 7.ª ed.:

"As leis dispõem somente para o futuro. Não têm efeito retroativo, salvo por disposição expressa da própria lei, ou pela natureza da mesma, como na interpretação autêntica da lei precedente e nas leis penais mais benignas."

Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, v. 1, p. 189, 4.ª ed. confirma:

"A eficácia imediata, ainda quanto a relações em via de desenvolvimento, é no nosso campo a regra: por isso, os elementos de tais relações, particularmente, o conteúdo, são modificados pela lei nova e as próprias relações podem ser por ela interrompidas. De tal regra se livram somente as relações que garantem direitos absolutos e perfeitos, sempre que a própria lei não estabeleça, de modo expresso, a imediata aplicação também a estes direitos."

Espínola e Espínola Filho, *Tratado*,

v. 2, p. 233, assim reproduzem a melhor doutrina do assunto, escrevendo no regime da Carta de 1937:

"Tôda a questão de direito transitório, ou de direito intertemporal, é hoje entre nós de interpretação, não devendo o juiz, em nenhum caso, admitir que a nova lei suprimiu o direito adquirido, deixando-o sem reparação, se essa lei o não declarar em termos expressos e precisos: com o que, aliás, na generalidade dos casos, essa lei será injusta e contrária à consciência social."

37. A doutrina é a mesma ainda que se trate de leis constitucionais ou de ordem pública. Uma grande autoridade no-lo ensina (Black, *Construction and interpretation of the laws*, p. 26, 2.ª ed.):

"É regra invariável que uma lei deve ser interpretada de modo a atingir somente o futuro, salvo se as palavras usadas, ou o escopo manifesto dos autores da lei, por sua excessiva clareza, afastarem tôda a dúvida e exigirem que tenha efeito retroativo... *Idênticas razões levam a interpretar da mesma forma as cláusulas constitucionais.*"

O fato de ser a lei de ordem pública em nada impede a aplicação do princípio da irretroatividade, pois as normas de direito público, tanto quanto as de direito privado, não podem ter efeito retroativo. É o que doutrina, com a sua autoridade magistral, Santi Romano, *Corso di diritto amministrativo*, p. 71, 3.ª ed:

"A opinião, em certo tempo muito difundida, que o princípio da irretroatividade fôsse peculiar ao direito privado, mas não ao direito público, pode considerar-se já agora abandonada."

Não se contesta que o poder constituinte seja absoluto, embora não o deva ser contra o direito. Contudo, se a norma não fôr expressamente retroativa, para que o direito adquirido se entenda atingido, é necessário que isso decorra de maneira absolutamente indubitável, por meio, como diz Chioven-da, *Istituzioni*, v. 1, n.º 27, "di accuratissima interpretazione". Não o contesta Carlos Maximiliano (*Direito Intertemporal*, p. 325):

"O poder constituinte é absoluto. Todavia, para destruir direito individual anteriormente granjeado, pressupõe entre este e a norma suprema indubitável incompatibilidade."

Esta lição vem estribada nas autoridades de Willoughby, Brice, Black e Cooley.

38. Todavia, o direito de não ser demandado por uma ação inexistente ao tempo do contrato, constitui direito adquirido?

Sem dúvida nenhuma. Começemos por uma autoridade de direito administrativo, Ranelletti, na monografia em que tratou *ex-professo da Efficacia delle norme giuridiche amministrative nel tempo*, na *Rivista di diritto civile*, 1914, p. 64. Tratando dos efeitos do contrato, escreve:

“A eficácia jurídica da relação permanece regulada, por toda a sua vida, pela lei sob cujo império se formou.

Segundo esta lei, por isso, devem ser estabelecidos os efeitos que a relação pode produzir; e regulados não só os efeitos, que a relação produziu no passado, senão ainda os efeitos futuros, que se verificarem sob o império da lei nova. Também estes efeitos, na verdade, conquanto novos e, portanto, eventos novos, devem considerar-se já regulados pela lei anterior, porque toda a relação jurídica concreta se prende, como a sua figura abstrata, típica, a um instituto jurídico, que, por direito, é reconhecido com um dado conteúdo e regulado em todos os seus efeitos. Toda a relação jurídica particular, por isso, nasce completamente regulada na sua eficácia, do nascimento à extinção, pelo direito objetivo do tempo em que se formou e, se este o consentir, pela vontade das partes.”

Esta teoria de que o conteúdo do ato jurídico não pode ser alterado pela lei nova é também exposta por Faggella, *Retroattività delle leggi*, p. 192, Torino, 1922:

“Não é duvidoso que as leis reguladoras das relações constituídas no exercício da atividade privada entre o Estado ou outro ente público e os particulares sejam normalmente irretroativas. Isso porque a posição das partes, dos particulares e dos entes, é igual. Os cidadãos têm o direito de exigir, no que lhes concerne, o respeito das consequências e dos efeitos jurídicos dos fatos e dos atos segundo as leis em vigor ao tempo em que estes fatos e atos aconteceram e, portanto, o respeito de seus direitos. Nesta esfera de atividade, o Estado ou outra entidade não pode fazer prevalecer o próprio interesse em

dano dos cidadãos. As novas leis, não declaradas retroativas, não podem destruir os direitos destes, atribuindo aos fatos jurídicos passados consequências diversas, tolhendo ou modificando os efeitos que tinham em virtude do antigo regulamento jurídico. Assim, em toda a matéria contratual, os efeitos dos negócios jurídicos convencionais devem ser regulados como entre privados, segundo a lei sob cujo império esses negócios se formaram, salvo, é claro, uma disposição contrária.”

39. A lei nova não pode, portanto, modificar o conteúdo do ato jurídico. O direito de acionar faz parte desse conteúdo? Sem dúvida nenhuma. Pacifici-Mazzoni, v. 1, p. 275, n.º 66, 5.ª ed., após mostrar que a ação se identifica com o direito e também se torna adquirida quando este o seja, escreve:

“Por isso, consoante o princípio fundamental da irretroatividade das leis, somente em face de um direito adquirido as ações são reguladas pelas leis vigentes ao tempo em que nasceram os direitos aos quais servem... *Com tais leis, pois, deve decidir-se se uma dada ação é ou não admissível*; de que ação se deve usar para exercer o direito controvertido; quem tem capacidade de promovê-la; contra quem deve ser proposta; se pode ser intentada contra um terceiro; se a lide pode ser denunciada e a quem.”

Gabba, *Retroattività delle leggi*, V. 4, p. 457, não é menos incisivo ao ensinar que a ação segue a sorte do direito adquirido, a que adere, devendo ser julgada “exclusivamente segundo a lei vigente no dia em que o direito civil controvertido foi adquirido.

“Conforme esta lei, deve-se pois decidir *se uma dada ação é admissível*, ou qual ação se deve escolher para exercer o direito controvertido, quem é competente para promovê-la, contra quem pode ser proposta, se se pode agir por toda a dívida contra um só dos condutores, se, como observa Dalloz, se pode agir contra um terceiro, a quem se pode ou se deve denunciar a lide e questões semelhantes, que propriamente concernem à índole e extensão do direito adquirido. Por outras palavras, a doutrina das ações, que dão causa ao processo civil contencioso, não pertence ao direito processual, mas antes ao direito civil; e, do ponto de vista transi-

tório, é regulada pelos princípios gerais, expostos nas precedentes partes da presente obra.”

Não se deve, assim, confundir o rito processual das ações que, sem dúvida, se regem pela lei nova, com o direito de acionar. Ali a matéria é de processo. Aqui, é de direito civil (Roubier, v. 2, p. 698; Gaetano Pace, *Il diritto transitorio*, p. 502).

40. A ação popular, no caso da consulta, é uma ação de nulidade. Essas ações, com especialidade, só se referem a casos futuros, pela razão evidente de que os contratos são válidos ou nulos conforme a lei do tempo em que se fizeram. Gaetano Pace, na esplêndida obra atrás referida, p. 499, assim explica a matéria:

“A lei pode querer subordinar o uso da ação ao momento (e, portanto, ao fato jurídico substancial) do nascimento de uma dada relação. Pode ser o caso, acima recordado, de uma lei que introduza ação para os créditos de jogo ou apostas. Ou, ainda, o caso de uma nova lei sobre ações de nulidade ou de anulabilidade de um determinado contrato. Em meu parecer, nestes casos, a vontade legislativa de subordinar a ação à *condicio juris* da futura estipulação deve ser presumida. A razão de tal opinião consiste nisto: que se trata, nestes casos, de normas feitas para regular a existência, a validade ou eficácia dos contratos. Ora, as novas normas sobre os contratos se presumem, na dúvida, ditadas só para os contratos futuros. Uma lei, de fato, que introduza, revogue ou modifique a ação de nulidade ou de anulabilidade por erro, dolo ou violência, ou por outro vício de capacidade ou de forma, etc., não faz senão estatuir sobre os efeitos de um certo processo formativo anormal do contrato, e não é, portanto, substancialmente, senão uma lei sobre os efeitos dos contratos. Ora, as leis sobre os contratos se presumem, na dúvida, ditadas só para os futuros negócios.”

41. O efeito imediato das leis de processo, portanto, só abrange a forma processual e não o direito de ação. Com muita clareza, disse-o Gianturco, *Sistema*, v. 1, p. 146, 3.^a ed.:

“As ações se regulam pela lei do tempo em que nasceram os direitos a que se referem... Porém, quanto à forma processual, segundo a qual as ações ou

exceções devem ser processadas, aplica-se imediatamente a lei nova.”

Esta é a doutrina sempre seguida no Brasil, em nada importando, portanto, para nós a opinião de alguns escritores de processo que, pelo fato de considerarem a ação direito autônomo, acham que deve ser regulada pela lei do tempo em que se exerce (Pestalozza, no *Nuovo Digesto Italiano, Disposizione transitorie*, p. 56). E' de notar-se que ainda nos livros mais recentes publicados na Itália não se aceita a teoria processualista. Haja vista, por exemplo, a última edição das *Istituzioni di diritto civile* de Dusi, posta em dia pelo professor Sílvio Romano, na qual se lê (v. 1, § 24, nota 5):

“Que a ação, no sentido substancial, seja parte imanente do direito subjetivo e não direito autônomo, é opinião tradicional, que se filia à definição: “*Actio nihil aliud est quam jus persequendi iudicio quod nobis debetur.*”

42. Clovis Bevilacqua, em comentário ao art. 75 do Código Civil, escreveu que “a ação é parte constitutiva do direito subjetivo”. Foi neste sentido que se empregou a palavra ação naquele artigo do Código Civil (Cf. Espínola e Carvalho Santos, comentários ao referido art. 75).

O direito de acionar, portanto, segundo a lei brasileira, faz parte do direito substancial e se incorpora ao direito adquirido. Por isso, escreveu muito bem Carlos Maximiliano, na quarta edição de seus *Comentários à Constituição Brasileira*, v. 3, n.º 509-A, p. 55:

“O direito de acionar é substantivo ou material; adjetivo ou processual é, apenas, a norma que regula o modo de propor e fazer prosseguir a ação.”

Esta opinião foi apoiada com um acórdão do Supremo Tribunal Federal, relatado por Pedro Lessa (*Revista do Supremo Tribunal Federal*, v. 15, p. 231); e fôra brilhantemente sustentada por João Monteiro, *Doutrina das Ações*, n.º 10.

43. Assim, não havendo dúvida de que, no direito brasileiro, o direito de acionar se regula pelo direito substantivo, vejamos o que pensam os nossos escritores quanto à retroatividade. Fraga, *Instituições do Processo Civil*, v. 1, p. 89, escreve:

“Quanto ao direito de ação ou a possibilidade inerente a todo o direito de se fazer valer em juízo, *facultas agen-*

di, é indisputável que está sob o império do princípio referido, porque se todo o direito, na frase de Brinz, é conjunto ao direito de agir e se aquêle é em regra liberto da ação da lei nova, outro tanto se dá com este. Acresce que, melhor ponderando, verifica-se que o direito de ação é o mesmo direito com o poder inerente de atuar quando lesado, portanto, como todo direito adquirido, acha-se êle fora do campo da aplicação da lei nova."

Gusmão, *Processo*, v. 1, p. 24, 2.^a ed. ensina:

"Quanto ao direito de ação ou à ação no quanto subjetivo (*Jus perseguendi* ou *facultas agendi*) é fundamental e absoluto o princípio da irretroatividade da lei nova."

Finalmente, Carlos Maximiliano, *Direito intertemporal*, n.º 230, p. 274, leciona:

"Consequências do direito adquirido são as ações para o declarar, resguardar ou restabelecer; porém não os atos processuais — a forma de agir; estes, por conseguinte, se regem pelos preceitos atuais; aquelas, pelas da época do advento do direito material.

A doutrina das ações inscreve-se no Direito Intertemporal *Civil* e segue as regras concernentes a este, não do Direito Intertemporal *Processual*..."

44. E' tempo de finalizar esta parte. Vimos que a lei nova não pode ofender o conteúdo do direito adquirido. Ora, permitir que esse direito seja atacado por meio de uma ação, que não havia ao tempo em que se constituiu, é necessariamente diminuir a eficiência desse direito. Vimos que as ações são consequências ou efeitos do direito. Seguem, portanto, o destino destes. Se estes se regem pela lei antiga, também pela lei antiga hão de se reger as ações. Vimos que a ação é de direito material e que não sofre o influxo da lei nova. Ora, na época em que se lavrou a escritura que se pretende anular (7 de dezembro de 1945) vigorava no Brasil a Carta de 10 de novembro de 1937, que aboliu a ação popular. Os titulares do negócio jurídico realizado por meio daquela escritura, têm o direito de não permitir que esse negócio seja combatido por uma ação que não existia ao tempo em que foi concluído. A esse resultado seguro e incontestável conduz toda a argumentação até agora expendida. Assim, além de não ter execução imediata,

além de depender de regulamentação, é absolutamente certo que o disposto no art. 141, § 38, da Constituição em vigor não pode abranger atos praticados antes de sua vigência. Fica, por essa forma, respondido o sexto quesito.

45. O último quesito está assim concebido: "Qual é o valor jurídico dos atos praticados pelos coagidos? êsses atos, pelos quais o coagido se submete ao coator, chegando até a facilitar a ação deste para evitar mal maior, importam na validade do contrato a que dão origem?"

A liberdade de querer é o pressuposto fundamental das relações de direito privado. O direito não protege os atos violentos e detesta de tal maneira a força injusta, que antigamente a ação para anular os atos que padeciam desse vício era concedida "*magis in odium inferentis quam in favorem spoliati*". O princípio básico é que enquanto perdura a violência nada pode obter válidamente o violentador do violentado, o espoliador do espoliado. Lá está no art. 183, n.º X, do Código Civil: o raptor não pode casar com a raptada, enquanto esta não se ache fora de seu poder e em lugar seguro. Lá está no art. 497: os atos violentos não autorizam a aquisição da posse, senão depois de cessar a violência. Lá está no art. 178, § 9, n.º V: não existe prescrição de atos violentos, a não ser do dia em que cessar a violência. Esta regra é universal. Vejamos o direito francês. O art. 1.115 do Código Napoleônico não permite a confirmação de atos violentos senão depois de terminada a violência. Comentando o dispositivo, os seus civilistas estendem a regra a quaisquer atos cometidos em estado de violência. E' o que dizem Planiol-Rippert et Esmein, V. 3, n.º 305:

"O ato realizado sob o império da violência, do dolo ou do erro não se torna válido se, confirmando-o, seu autor permanece ainda sob a influência do mesmo vício de consentimento."

Aubrey et Rau, v. 4, § 337, p. 437, 5.^a ed.: "deflui do mesmo princípio que as nulidades oriundas da violência, do erro ou do dolo, de que se acha inquinado o consentimento do obrigado, não se podem sanar senão após a cessação da violência e a descoberta do erro ou do dolo."

Baudry et Barde, v. 3, n.º 2007: "a nulidade que resulta da violência não

pode ser extinta por uma confirmação senão depois que cessou a violência.”

Colin et Capitant, v. 2, n.º 461: “A confirmação de um ato jurídico anulável ou rescindível necessita de uma primeira condição essencial: que o vício, que macula o ato, já não exista no momento do ato confirmativo. Com efeito, se não fôsse assim, a confirmação apresentaria imperfeição idêntica à do ato que se trata de consolidar. Já vimos uma aplicação desta idéia no art. 1.311, segundo o qual o menor precisa tornar-se maior para poder confirmar, eficazmente, o ato praticado na menoridade. Igualmente, o art. 1.115 nos diz que a confirmação de um ato nulo por causa de violência não se pode realizar senão quando a violência cessar. Idêntica solução deve ser admitida para todos os casos de vícios de consentimento ou de incapacidade.”

46. Se passarmos a Portugal o direito não varia. É do que nos dá notícia o professor Alves Moreira, *Parte Geral*, p. 518:

“No art. 696 preceitua-se que o contrato nulo por incapacidade, erro ou coação, pode ser ratificado, tendo cessado o vício ou o motivo da nulidade, e não ocorrendo outro, que invalide a mesma ratificação.

Sendo a ratificação um negócio jurídico, exigem-se para ela os mesmos requisitos por parte do ratificante que para o negócio jurídico anulável. E’ necessário, pois, não só que haja cessado o vício ou motivo que determina a nulidade dêste, mas que não se dê qualquer outro vício que invalide o novo ato jurídico.”

47. No Brasil, não se pensa diferentemente. Martinho Garcez, *Nulidades*, parte geral, n.º 125, lembra:

“Cessando a violência e aprovando o violentado, expressa ou tácitamente, o contrato, deixando prescrever a restituição que deve ser pedida no prazo de 10 anos, depois de cessada a violência, fica purgado o vício do contrato.”

O professor José Augusto César, *Atos Jurídicos*, p. 116, escrevendo sobre os requisitos da confirmação, ensina: “que a confirmação seja extreme de quaisquer motivos de anulabilidade especialmente do vício da declaração de vontade que se vai confirmar. E’ óbvio que um ato viciado por violência, por ex., não pode ser confirmado pela par-

te que continua sob a ação da violência.”

48. A escritura de 29 de setembro de 1942 foi realizada quando as partes, que fizeram a cessão, estavam ainda sob o regime da força, bastando salientar que os bens, que o esbulhador adquiriu, continuavam em seu poder em consequência do esbulho. Se êsse ato não fôsse anulável por expressa disposição do art. 98 do Código Civil, onde se condena, peremptoriamente, a violência moral ou *vis compulsiva*, sê-lo-ia pelo princípio de direito que ficou exposto: enquanto dura a violência nada pode fazer o violentado para sanar a posse do violentador. O direito considera acorrentada a vontade dêste; e sem vontade livre nenhum ato jurídico é válido. Se o contrato principal é inválido, os atos acessórios seguem a mesma sorte e jamais podem concorrer para escoimá-los do vício original. O professor Funaioli, em sua bela obra *La teoria della violenza nei negozi giuridici*, Roma, 1927, mostra que qualquer negócio jurídico pode ser praticado sob coação (p. 132):

“Qualquer negócio pode ser provocado por violência.

Seja para constituição, modificação ou extinção de um direito.

Seja de direito de família ou patrimonial, bilateral ou unilateral, entre vivos ou por causa de morte, a título oneroso ou gratuito, principal ou acessório, solene ou não solene, de mera administração ou disposição, preparatório ou definitivo.”

Ora, como pode realizar-se qualquer dêsses negócios, uma compra e venda, uma hipoteca, um matrimônio, a constituição de uma sociedade, sem a colaboração e participação do interessado? Os atos preparatórios do negócio padecem do mesmo vício que o ato principal pelo princípio da conexão jurídica (Funaioli, p. 153 a 155). Até, diz Funaioli, os próprios negócios jurídicos autônomos podem, em certos casos, ser atacados por violência, se o violentado os realizou para poder satisfazer o negócio desejado pelo forçador. Quanto mais as entrevistas, as cartas, os atos que preparam e antecedem o negócio. Se êsses preparatórios foram realizados por iniciativa do coagido, nem por isso deixaram de se contaminar do vício que irradia do contrato principal para todos os seus acessórios. E’ preciso ter

noção muito restrita do que seja violência moral, para afirmar que o coagido nada pode fazer no sentido de realizar o negócio sem que concorra para a validade dêste. Se fôsse assim, um matrimônio, por exemplo, jamais poderia ser anulado por coação, porque sem a colaboração da vítima no preparo dos papéis o ato seria irrealizável. A violência moral (*vis compulsiva*) visa extorquir uma declaração da vontade, mas não a exclui. Não se deve confundir-la com a violência física (*vis absoluta*). Aqui o ato não seria apenas anulável. Seria nulo, ou, melhor, inexistente, por ausência completa de vontade. Domat, *Oeuvres*, v. 1, p. 388, Paris, 1835, explica bem a situação do coagido, que fica “num estado em que não pode usar de sua liberdade para tomar o partido de conservar o que se lhe pode fazer perder; porque, conquanto seja verdade que êle pode, se quiser, sofrer o mal de que é ameaçado, a razão determina sua liberdade no sentido de sofrer a perda e de se livrar, por êste mal menor de outro maior, que sua resistência atrairia. Por isso, pode dizer-se que não é livre e que é forçado, já que não poderia usar, prudentemente, de sua liberdade, para eleger o partido de resistir à violência e expor-se à morte ou a outros males para conservar seus haveres; porque, afinal, o que repugna à prudência é contrário ao bom uso da liberdade, dado que êste bom uso é inseparável da razão como a vontade é inseparável da inteligência.

“Pode-se aquilatar por esta observação sobre a liberdade necessária nas convenções, que se a violência é tal que a prudência e a razão obrigam o que se quer coagir a abandonar algum bem, algum direito ou interesse, de preferência a resistir, o consentimento que êle dá a uma convenção que o despoja de sua propriedade, para se garantir da força, não oferece o caráter de liberdade necessária para obrigar-se, devendo anular-se o que, nesse estado, pratica contra o seu interesse.”

Esta passagem, de tanto senso, mostra que a coação não desaparece pelo fato de o coagido querer o ato. Quer, porque não há outro remédio. A razão lhe aconselha a ceder, diante da impossibilidade de proceder diversamente, prevenindo, assim, males ainda maiores. Como diz, lapidarmente, Funaioli (página 170):

“Quem defronta um mal grave, que pode afastar consentindo, quer consentir e, ainda, está intimamente convencido da conveniência de consentir.”

49. Fica, dessa guisa, respondida a última pergunta: o concurso do coagido com o coator, para realizar o negócio e atalhar piores consequências, nenhuma influência tem para expurgar o contrato do vício que o macula. São atos necessários, preliminares indispensáveis, sem o que o negócio não se poderia concluir. O que importa não é inquirir se o coagido fez isto ou aquilo, porque sem a vontade dêste o negócio jurídico não teria existência. Atenda-se para a definição de violência moral dada por Funaioli (p. 22): “*violenza morale è dunque energia diretta a creare coattivamente l'altrui volere.*”

O violentado, portanto, quer o ato, cedendo à imposição do violentador. E' tão necessária para a existência jurídica dêsse vício a colaboração da vontade do violentado, que é justamente êsse o aspecto principal que Funaioli divisa na célebre passagem de Paulo, notável, diz êle (p. 186), “per la profonda indagine psicologica che racchiude”; “*quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui*”, isto é, pois, ainda que não houvesse querido, se estivesse em liberdade, contudo quis violentado.

50. E' inútil, portanto, indagar o que fez o coagido para preparar e executar o contrato viciado. O que importa é verificar se o estado de coação permanecia ou cessara. Se permanecia, se não havia cessado, nenhuma confirmação do ato, tácita ou expressa, seria possível. O art. 98 do Código Civil prevê, declaradamente, o temor de dano aos bens como um dos motivos pelos quais a coação pode viciar a manifestação da vontade. E êsse motivo pode ser até, para apreciação jurídica da força, tão relevante como a própria vida. Transcreverei as próprias palavras de Funaioli (p. 250): “*Niuno può negare che un pericolo sia qui presente: la grave rressura economica può non essere per nulla meno apprezzabile del rischio della vita.*”

Concluindo, direi que a aquisição feita pelo esbulhador, da propriedade que esbulhou, em pleno domínio da força, antes que esta cessasse pela restituição da posse e, pelo contrário, com a firme

resolução de não restituir, tolhendo ao proprietário a liberdade de não vender, se quisesse, ou de vender a outrem, collocando-o, dessarte, inteiramente à mercê d'ele coator, é compressão que o direito e a moral repudiam sem a menor indulgência. Semelhantes extorsões da vontade, quando cometidas pela própria

autoridade pública, só são possíveis em épocas de espessa escuridão jurídica, como a que envolveu o Brasil no período da ditadura.

São Paulo, 24 de agosto de 1948. —
Antão de Moraes, Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.
