AÇÃO POPULAR — NACIONALIDADE E CIDADANIA — TÍTULO DE ELEITOR

— Não é parte legítima para propor a ação popular quem não é eleitor.

— Interpretação do art. 141, § 38, da Constituição.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

José Saraiva *versus* Francisco Rodrigues Lastire e a Municipalidade de Araraquara
Apelação cível n.º 44.817 — Relator: Sr. Desembargador PRADO FRAGA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 44.817, da comarca de Araraquara, em que é apelante José Saraiva e apelados Francisco Rodrigues Lastire e a Municipalidade de Araraquara:

Acordam em Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, adotado o relatório de fls., negar provimento ao recurso, por unânimidade de votos, ficando assim confirmada a decisão recorrida, pelos seus jurídicos fundamentos.

Custas pelo apelante.

O autor José Saraiva provou que é brasileiro, isto é natural do país. Não provou, porém, que é eleitor, isto é, cidadão brasileiro. Pelo contrário, confessou expressamente, em seu depoimento pessoal, que "não é eleitor" (fls.). Aliás, isso vem certificado a fls., pelo Escrivão Eleitoral da comarca.

Uma coisa é a nacionalidade, outra a cidadania.

O projeto de "Ciudadania y Naturalización", elaborado pela Seção de Direito Constitucional do Instituto Argentino de Estudos Legislativos, estabelece com notável nitidez a distinção entre nacionalidade e cidadania.

Em lúcido preâmbulo a êsse projeto dizem os Drs. Quintana e Villegas que a primeira particularidade que se nota no projeto é justamente essa distinção. E explicam que a nacionalidade afeta especialmente o direito civil, e é o vínculo que une o indivíduo a uma determinada nação, como conseqüência do seu nascimento; enquanto que a cidadania é vínculo jurídico-político que une ao Estado o indivíduo que reune as condições fixadas pela lei sôbre a matéria. Ainda que pareça sutil a distinção — especialmente nos países em que os direitos civis são conferidos igualmente aos nacionais e estrangeiros — não deixa por isso de ser pràticamente conveniente e tècnicamente exata. E tal distinção permite harmonizar situações que, de contrário, pareceriam insolúveis; pode-se ser cidadão sem ser nacional (o estrangeiro naturalizado); pode-se ser nacional sem ser cidadão (os menores); pode-se perder

a cidadania, mas não se pode perder a nacionalidade, porque esta surge de um fato (o nascimento) independente da vontade do indivíduo (*Ciudadania y Naturalización*, publicação da "Federatión Argentina de Colegios de Abogados", Buenos Aires, 1938, pág. 10/11).

Conforme vem exposto no mesmo preâmbulo, o projeto adotara a doutrina defendida pelo Dr. Dana Montaño, em sua erudita dissertação "Ciudadania y Nacionalidad". Declara, entretanto, êste brilhante jurista que a nacionalidade pode ser, como a cidadania, originária ou adquirida. Ambas podem ter recíproca influência em seus respectivos campos de ação, mas são relações de natureza diferente, que se podem adquirir, conservar ou perder, separada e independentemente, por diversas causas e razões. Daí a utilidade imediata de sua distinção (*Ciudadania y Nacionalidad*, Santa Fé, 1938. pág. 27).

Entre nós, Araujo Castro, em seu excelente *Manual da Constituição Brasileira*, publicado em 1918, lembra que a Constituição de 1891, a exemplo da Constituição Americana, nenhuma distinção fazia entre nacionalidade e cidadania.

Com efeito, Barbalho, em seus valiosíssimos comentários, explica que o projeto A. Brasiliense, distinguia duas qualidades, a de brasileiro e a de cidadão brasileiro. O do Govêrno (com o qual nesta parte conformou-se o Congresso Constituinte) não distinguiu assim, estatuindo êle que todos os que são brasileiros (natos ou naturalizados) têm a qualidade (condição, estado) de cidadão brasileiro. E destarte o texto da Constituição não separa a condição de brasileiro da condição de cidadão (ob. cit., 2.ª ed., pág. 386 — cf. Parecer sôbre Cidadania e Nacionalidade, *in* "Boletim Oficial da Ordem dos Advogados", Seção de São Paulo, n. 34, pág. 395).

Uma simples leitura da atual Constituição Federal, demonstra claramente que bem outra foi a sua orientação, pois o Capítulo I, do Título IV, trata "da nacionalidade e da cidadania", en-União, dos Estados, dos Municípios, das o mesmo assunto era disciplinado sob o título "Das Qualidades do Cidadão Brasileiro".

A Constituição Federal vigente não identifica, como o fazem Quintana e Villegas, o conceito de nacionalidade como o de naturalidade. E, na realidade a naturalidade é que decorre de um fato — o nascimento, enquanto que a nacionalidade deflui de uma disposição constitucional, que a concede ou suprime.

A primeira, a nacionalidade, liga-se à nação a que pertence o indivíduo; a segunda, a naturalidade, prende-se ao país de origem isto é, do nascimento.

Por isso é que a Constituição trata da perda e reaquisição da nacionalidade (arts. 130 e 137).

Mais acentuada é ainda a diferença entre cidadania e nacionalidade estabelecida pela mesma Constituição.

Comentando o citado Capítulo I, do Título IV, diz Temístocles Cavalcânti que surge, desde logo, uma questão doutrinária da maior relevância, a saber: a definição dos conceitos de "nacionalidade" e de "cidadania". A distinção, declara êle, é aqui bem nítida, não só no título mas ainda no desenvolvimento do capítulo onde se precisam os direitos e deveres dos nacionais e dos cidadãos (*A Constituição Federal Comentada*, vol. III, pág. 5).

Espínola e Espínola Filho também afirmam que: "Em nosso sistema legislativo, o conceito de cidadania está reservado à qualidade de possuir e exercer os direitos políticos" (*A Nova Constituição do Brasil*, 1946, pág. 397).

A qualidade de possuir e exercer direitos políticos é privativa do eleitor. Cidadão e eleitor são palavras sinônimas, em nossa Constituição vigente, como bem se infere dos seus arts. 131 e seguintes.

Não sendo o autor, ora apelante, eleitor, não pode ser considerado cidadão, sendo, pois, parte ilegítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da quanto que, na Constituição de 1891,

entidades autárquicas e das sociedades de economia mista (art. 141, § 38).

Essas considerações são suficientes para negar-se provimento ao presente recurso, sem que seja necessário invocar os outros motivos de decidir, largamente desenvolvidos, com erudição e brilho, na sentença de fls., ora confirmada.

São Paulo, 27 de março de 1950. — *Pedro Chaves*, Presidente com voto. — *Prado Fraga*, Relator. — *J. R. A. Valim.*

SENTENÇA

Vistos, etc.

I. José Saraiva propôs a presente ação ordinária de nulidade do "Têrmo de renovação do contrato de locação do prédio do Hotel Municipal, lavrado em 22 de dezembro de 1947", — contra Francisco Rodrigues Lastire e o Município de Araraquara, com fundamento no art. 141, § 38, da Constituição Federal, e no art. 114 da Lei Orgânica dos Municípios (lei estadual n. 1, de 18 de setembro de 1947), alegando, em resumo, o seguinte:

a) que, a 21 de outubro de 1947, dirigiu Francisco Rodrigues Lastire à Prefeitura Municipal de Araraquara um requerimento em que, fazendo considerações em tôrno de sua situação de inquilino do prédio do Hotel Municipal, de propriedade do Município, solicitou a feitura do respectivo contrato, mediante as condições usuais e aluguel mensal de Cr$ 3.000,00;

b) que a Diretoria do Expediente e Pessoal opinou contra o referido requerimento e o Prefeito Municipal o encaminhou, em 8 de novembro de 1947, acompanhado de uma justificação, à Comissão Especial de Assuntos Municipais que, por sua vez, submeteu à deliberação da Assembléia Legislativa do Estado o Projeto de Resolução n. 1.989, de 1947, o qual foi unânimemente aprovado em 22 de novembro de 1947;

c) que em 9 de dezembro de 1947 o Prefeito Municipal baixou a lei n. 135, reproduzindo os têrmos daquela Resolução, e no dia 22 dêsse mês lavrou o respectivo têrmo de renovação;

d) que não se trata de prorrogação, nem de renovação de contrato, e sim de um novo contrato;

e) que o contrato é nulo porque não houve concorrência pública, nos têrmos do art. 108, da Lei Orgânica dos Municípios;

f) que o ilustre deputado Dr. Pereira Lopes deixou-se influenciar pelas informações do Chefe do Executivo araraquarense e, daí opinar favoràvelmente pela renovação de um contrato de arrendamento já findo há sete anos;

g) que êsse têrmo representa, para o Município de Araraquara, um ato altamente lesivo para seu patrimônio, porque devendo o prédio ser locado por Cr$ 12.000,00 mensais, o Município deixará de receber essa renda, pelo prazo do contrato;

h) assim, quer sôbre a impossibilidade de um contrato ser renovado após à sua extinção, quer sôbre a impossibilidade de "renovar-se" contratos de locação de bens municipais, é evidentemente nulo — de pleno direito — o "Têrmo" de 22 de dezembro de 1947.

A petição inicial veio instruída com os documentos de fls. e os réus foram regularmente citados (fls.).

Francisco Rodrigues Lastire apresentou a contestação de fls., pedindo a absolvição da instância porque não tendo o autor se alistado como eleitor, não podia ser considerado cidadão e, conseqüentemente, falta-lhe o legítimo interêsse para invocar os preceitos da Constituição Federal, art. 141, § 38, e os da Lei Orgânica dos Municípios, art. 114.

Ainda como preliminar argumentou que se deveria completar a relação jurídico-processual com a citação do verdadeiro interessado, para vir a Juízo assumir a responsabilidade que lhe deve caber pelo desfêcho desta demanda. Êsse interessado, que é o autor real da demanda, outro não é senão o vereador Sr. Francisco Pedro Monteiro da Silva, proprietário da Granja Mineira e do qual José Saraiva é simples empregado, exercendo o ofício de capataz, e não o de administrador. Não tendo o Sr. José Saraiva idoneidade financeira

para o pagamento das custas e para satisfazer às demais responsabilidades de ordem econômica, resultantes dêste processo, impunha-se o chamamento a Juízo do verdadeiro interessado. Francisco Pedro Monteiro da Silva.

Quanto ao mérito, articulou:

a) que o preceito do art. 108 da Lei Orgânica dos Municípios, lei estadual n. 1, de 18 de setembro de 1947, com relação à sua aplicabilidade ao presente caso, foi interpretado pela própria Assembléia Legislativa que o promulgou e, portanto, em face dêsse caso, de interpretação autêntica, — basta para excluir a hipótese de qualquer violação dêsse preceito;

b) que é arbitrária a distinção entre locação e contrato, porque a locação é um contrato, que não se confunde com o instrumento;

c) a realidade é que o contrato não se extinguiu em 19 de junho de 1940, tendo sido prorrogado por tempo indeterminado, continuando em pleno vigor tôdas as suas cláusulas e condições, com a elevação do aluguel de Cr$.... 2.000,00 para Cr$ 3.000,00;

d) que são inteiramente procedentes os argumentos usados na justificação do projeto de lei autorizando a Municipalidade a fixar em 10 anos a duração dessa locação, porque a estabilidade do inquilino no prédio estava assegurada pela lei federal n. 9.669, de 29 de agôsto de 1946, que tem inteira aplicação a essa locação;

e) que não se deve confundir as garantias dêsse decreto com o direito de renovação assegurado pelo decreto n. 24.150, de 20 de abril de 1934, pois as regras dêste decreto é que não se aplicam às locações em que sejam partes a União Federal, os Estados, os Municípios e as Autarquias;

f) que o réu Francisco Rodrigues Lastire gastou mais de Cr$ 160.000,00 nas obras de conservação e melhoria do prédio pertencente à Municipalidade;

g) que assim, as vantagens dessa fixação de prazo e da realização dessas obras pelo inquilino são manifestas, tanto mais que o prédio em questão custou cêrca de Cr$ 240.000,00 e a renda de Cr$ 3.000,00 mensais proporciona juros para êsse capital que excederiam à taxa permitida pela nossa legislação. A contestação foi instruída pelos documentos de fls.

O Município de Araraquara também contestou a ação, articulando:

a) que ao ser avençada a prorrogação do contrato, houve rigorosa obediência aos preceitos legais e ficaram plenamente assegurados e salvaguardados os interêsses e direitos do Município;

b) que não ocorreu inobservância das disposições legais, pois não se aplica ao caso o estatuído no art. 108 da Lei Orgânica dos Municípios, — consoante o princípio proclamado no art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil (decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942), pois houve lei especial autorizando o contrato, isto é, a Resolução n. 1.989, de 22 de novembro de 1947, da própria Assembléia Legislativa do Estado;

c) por outro lado, no caso, a locação perdurava mediante prorrogação tácita, de acôrdo com o art. 1.195, do Código Civil;

d) que não se tratando, em hipótese alguma, de arrendamento novo, que justificasse a concorrência imposta pela Lei Orgânica dos Municípios, essa lei não seria aplicável ao caso, ainda que não houvesse resolução especial autorizando a renovação;

e) que os preços a que o autor alude serão aluguéis de prédios novos, ou de primeiras locações, cujo valor é reservado às partes o arbítrio de fixar; não é, evidentemente, o caso do Hotel Municipal, cuja locação já é antiga e o valor é defeso ao Município alterar, arbitràriamente;

f) o que o autor objetiva, com sua argumentação sôbre o preço que, no seu entender deveria ser cobrado pelo aluguel do Hotel Municipal, é arrastar a Fazenda Municipal à prática do "câmbio negro" de aluguéis;

g) que o prédio do Hotel Municipal foi construído com o objetivo urbanístico e fins turísticos. Assim não foi edificado para constituir fonte de renda da municipalidade, sendo certo que,

nas sucessivas administrações por que tem passado o Município de Araraquara, e ainda nas gestões Lafayette Müller Leal, Dr. Mario Arantes de Almeida e Dr. Camilo Gavião de Souza Neves, jamais o aluguel excedeu de Cr$.. 3.000,00 mensais. Ofereceu, com sua contestação, os documentos de fls.

A apreciação das preliminares argüidas na contestação de fls. foi remetida para final e o processo foi julgado saneado (fls.), notificando-se os peritos — compromissados de há muito, — para apresentarem o laudo cinco dias antes da audiência, nos têrmos da lei, o que foi feito, como consta de fls.

Na audiência os peritos prestaram esclarecimentos (fls.), prestando depoimentos pessoais o autor (fls.) e os réus (fls.). Em seguida, inquiridas foram duas testemunhas Plínio de Carvalho e Dorival Alves, arroladas pelo autor (fls.).

Encerrada a instrução, as partes sustentaram, oralmente, os memoriais de fls., reproduzindo os argumentos iniciais.

Êste é o relatório.

Depois de tudo visto e bem examinado, passo a decidir.

II. Antes do Código Civil, Corrêa Telles (*Doutrina das Ações*, 5.ª edição, § 14, nota 18), Lobão (*Tratado dos Interditos*, § 113, nota 4), Manuel Inácio Carvalho de Mendonça (*Rios e Águas Correntes*, n. 85) e João Mendes (*Curso de Direito Judiciário*, 1.ª edição, 3.ª pág. n. 71), consignavam a permanência das ações populares no direito pátrio, como testemunha o Prof. Paulo Barbosa de Campos Filho (*Ensaio sôbre a Ação Popular*, pág. 29, edição de 1939).

Nesse rol ainda se pode incluir Teixeira de Freitas (*Doutrina das Ações*, § 11), Carvalho de Mendonça (J. X., *O Direito*, vol. 87, pág. 18, nota 59) e Leví Carneiro, (*O Jornal* Rio), que sustentavam a utilidade da ação popular e seu uso atual, no que são apoiados pelo eminente Desembargador Seabra Fagundes (*Revista de Direito Administrativo*, vol. VI, outubro de 1946, pág. 6).

III. Por ocasião de se discutir o Projeto de Código Civil na Câmara dos Deputados, o Conselheiro Andrade Figueira defendeu as ações populares e Clóvis Beviláqua sustentou a doutrina do Projeto, feita com apoio nas autoridades e na forma atual da organização do Poder Público (*Trabalhos da Câmara*, vol. IV, págs. 221/222 e 278).

João Luís Alves, em comentário ao art. 76, parágrafo único do Código Civil (vol. 1.º, pág. 110, 2.ª edição de 1935), transcreve: "Andrade Figueira, pretendendo que se mantivessem as obsoletas "ações populares", bateu-se pela supressão do parágrafo único dêste artigo. A ela opôs-se a Comissão da Câmara, com as seguintes considerações: "A doutrina desta alínea está conforme à organização do Estado moderno que se diversifica do antigo, no qual os indivíduos muitas vêzes assumiram, como diz Mattirolo, o caráter de representantes da coletividade, propondo ações que a ela competiam. Hoje, o Estado, as províncias e as comunas constituem pessoas distintas dos indivíduos que os compõem e o exercício das ações que interessam a essas pessoas jurídicas é confiado a oficiais ou funcionários especialmente incumbidos de velar pela defesa dos direitos da coletividade. Por isso desapareceram do direito civil moderno as ações populares, cujo objeto, em parte, entrou para a esfera do direito criminal, passou a constituir matéria de prescrições policiais, em parte converteu-se em direito pertencente aos indivíduos, quando são êstes diretamente lesados, e em parte constitui direito das coletividades, como pessoas jurídicas de direito público. Não tinham uma função apreciável a exercer, no direito civil moderno, as ações populares" (*Trab. Com. Câmara*, vol. 5, pág. 105).

IV. Na vigência do Código Civil, a ação popular continuou sofrendo severas críticas (Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, pág. 359. 2.ª edição de 1929, e *Código Civil*, 1.º vol., com. ao art. 76 e parágrafo único; Eduardo Espínola, *Manual do Código Civil*, vol. 3.º, Parte Primeira, n.º 25,

e *Breves Anotações*, pág. 219, n.º 124; Costa Manso, *Votos e Acórdãos*, pág. 295), mas Carvalho Santos (*Código Civil Interpretado*, vol. II, pág. 252) em certo sentido, admite a ação popular, que reaparece agora no nosso direito, consagrado em texto constitucional, apesar da censura de Clóvis Beviláqua (*Rev. dos Tribunais*, vol. 97, pág. 35).

Com esta breve notícia da ação popular, vejamos o caso dos autos.

V. O dispositivo constitucional invocado pelo autor — art. 141, § 38 — é reprodução fiel do art. 113, n.º 38, da Constituição Federal de 1934.

Se para aplicação dêste último dispositivo fôra apresentado pelo deputado Teotônio Monteiro de Barros Filho, em sessão de 14 de maio de 1936, o Projeto n.º 2 regulando o processo de tais ações instituídas pela Constituição, e até recebeu emenda substitutiva do deputado Ferreira de Souza (*Diário do Poder Legislativo*, de 15 de maio de 1936), — evidente que idêntica regulamentação seria necessária para aplicação do texto vigente.

Admitida a *actio popularis* pelo processo ordinário (art. 291, do Código de Processo Civil), a ação estaria prejudicada pela preliminar argüida na defesa de fls., de que é indispensável a qualidade de cidadão como uma das condições para a propositura da ação popular.

VI. Segundo o art. 141, § 38, da Constituição Federal de 1946, argumenta a defesa que sòmente o cidadão pode pleitear perante os poderes públicos competentes. E, em abono desta tese cita a lição de Pedro Calmon, (*Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, 1946, pág. 264), e conclui que não sendo o autor cidadão, não é parte legítima.

Mas o autor impugnou tal argumento, fundado nos comentários de Pontes de Miranda (*Constituição de* 1946, vol. 3.º, pág. 13). Acrescente-se que êste autor (ob. e vol. citados, pág. 381) ainda disse: "O § 38 cria a ação popular, atribuída e exercível por brasileiros ("cidadão", aí, é o brasileiro)".

Carlos Maximiliano limita-se a dizer: "A prerrogativa inserida no § 38 cabe, apenas, aos cidadãos, isto é, aos brasileiros" (*Comentários à Constituição Brasileira*, edição de 1948, vol. III, pág. 172).

Como se verifica, nossos modernos constitucionalistas não ferem, de frente, a tese da distinção entre "nacional" e "cidadão". Entretanto, o problema sempre existiu. Mas a despeito de tal omissão na doutrina atual, dúvida não há de que uma das condições da ação popular é a investidura do autor na qualidade de cidadão.

Pimenta Bueno observava que a qualidade de nacional ou brasileiro adquire-se segundo a lei civil, precede e é distinta da de cidadão ativo (*Direito Público Brasileiro*, edição de 1857, pág. 448).

Alguns intérpretes da Constituição de 91 adimitiam a distinção entre "nacional" e "cidadão". Assim Soriano de Souza (*Princípios gerais de direito público e constitucional*, 1893, págs. 389-390); Rodrigo Otávio e Domingues Viana (*Elementos de Direito Público e Constitucional*, 1913, ns. 34 e 38); Araújo Castro reporta-se à opinião de Estrada (*Curso de Derecho Constitucional*. vol. I, pág. 112), para concluir que cidadania não é sinônimo de nacionalidade (*Manual da Constituição Brasileira*, edição de 1918, pág. 286, e *A Constituição de* 1937, pág. 249, edição de 1938); o Desembargador Carlos Xavier, em comentário à Constituição de 1937, diz: "O art. 115 distingue a nacionalidade da cidadania, qualidade esta que se deve adquirir mediante o título de eleitor" (*A Constituição do Estado Novo*, pág. 269, edição de 1938).

Rodrigo Otávio argumenta com muita propriedade: "Um dos pontos em que, na doutrina, como na lei, é mister precisar bem claramente as noções, é o que se refere à nacionalidade e cidadania, que são coisas distintas, que podem coexistir, ou deixar de coexistir no mesmo indivíduo (A Constituição do Império distinguia, no art. 9.º, duas classes de cidadãos, ativos e não ativos.

Os cidadãos ativos são aquêles a quem ela concede o exercício dos direitos eleitorais; e não ativos aquêles a quem ela nega êste exercício, embora gozem de todos os outros direitos de cidadão — individuais, privados, administrativos e políticos). Cidadania é o direito de cidade; o que outorga o exercício dos direitos políticos. A mulher só a tem em virtude do Código Eleitoral de 1932. Não a tem o menor, e o indivíduo que, nos têrmos do art. 71, § 2.º, *b*, da Constituição a tenha perdido por aceitação de emprêgo ou pensão de Govêrno estrangeiro sem licença do Poder Executivo. Eis aí as pessoas que têm a nacionalidade brasileira e não têm a cidadania brasileira" (*Manual do Código Civil*, vol. 1.º, pág. 89, n.º 80, edição de 1932).

A Constituição Francesa de 1791 acolheu a classificação de cidadãos passivos e cidadãos ativos, que João Barbalho sustenta ter sido aceita em nosso direito público (*Constituição Federal Brasileira*, edição de 1902, págs. 286-287; edição de 1924, págs. 384 a 386).

Cidadão é o nacional no gôzo dos direitos políticos, segundo a lição do imortal Rui Barbosa (*Comentários à Constituição Federal*, vol. V, págs. 147-154, edição de 1934, Saraiva).

Realmente, em tôda sociedade organizada há duas ordens distintas de direitos: os que decorrem das relações pessoais de seus membros entre si — direitos individuais; e os que dimanam das relações dêstes para com o Estado — os direitos políticos. Os primeiros são acessíveis a quem quer que seja (nacionais e estrangeiros). São direitos conferidos ao homem como membro do corpo social. Os segundos, ao contrário, são direitos característicos, conferidos ùnicamente àqueles que compõem o corpo político pròpriamente dito. São, pois, direitos individuais, de que gozam indistintamente nacionais e estrangeiros, e direitos políticos, de que gozam ùnicamente os nacionais cidadãos (João Barbalho, *Comentários à Constituição Brasileira*, art. 71, § 1.º, págs. 394-395 da 2.ª edição de 1924; Teixeira de Freitas, *Consolidação*, Introdução, nota 224, págs. 127-8; Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, *Tratado de Direito Civil*, vol. V, pág. 332, n.º 109, edição de 1940).

A interferência do cidadão no exercício do poder público e no interêsse patrimonial da Prefeitura Municipal, constitui uma das características dos direitos políticos, que o autor não goza, — por não ser eleitor (fls. e confissão de fls.).

O Desembargador Seabra Fagundes argumenta que se deve atribuir ao texto questionado — § 38 do art. 141, da Constituição Federal, — sentido restrito (nacional no gôzo dos direitos políticos). A referência que se faz a cidadão nesse inciso, — em meio a muitos outros, deve traduzir uma intenção limitativa. Tanto mais quanto se encimou o Capítulo I, do Título IV, com a expressão "Da nacionalidade e da cidadania", — distinguindo-se, pelo menos aí, entre a qualidade de nacional e a de cidadão. Se a exegese gramatical é, em regra, a pior, porque a letra mata e o espírito vivifica, não se segue que não tenha, também, a sua oportunidade. E, quando oportuna, só por isso passa a ser a melhor (*Revista de Direito Administrativo*, vol. VI, outubro de 1946, pág. 18).

No mesmo sentido o notável jurista Alaim de Almeida Carneiro: "Nossa Constituição, aliás, distinguiu, os conceitos, tanto assim que denominou o Capítulo I, do Título IV, "Da nacionalidade e da cidadania" (*Revista de Direito Administrativo*, vol. VIII, abril-junho de 1947, pág. 365).

Não é só pela epígrafe que se pode fazer a distinção dos conceitos entre nacional e cidadão: pelas próprias disposições constitucionais é evidente a diferença entre um e outro.

A Constituição Federal de 1946 determina, no art. 129, quais os indivíduos que são "brasileiros"; e no art. 130 prevê os casos em que o brasileiro perde a nacionalidade. Passa, então, no art. 131 a definir quais os brasileiros que são eleitores (são eleitores os brasileiros maiores de 18 anos que se alistarem na forma da lei). Estabelece

os motivos da suspensão ou perda dos direitos políticos (arts. 135 e 136) e da inelegibilidade (art. 139).

Claro está que, na técnica da Constituição Federal de 1946, o conceito de cidadania está reservado à qualidade de possuir e exercer direitos políticos e essa qualidade se adquire mediante o título de eleitor, que habilita a participar da vida política ativa da nação.

Ora, falhando essa qualidade ao autor, o mesmo carece do direito de ação.

VII. Mas não é só. Para um período transitório, a Constituição Estadual de 1947 estabeleceu que — enquanto não fôssem empossados os prefeitos e vereadores, — a Assembléia Legislativa funcionaria como legislativo municipal (art. 3.º, inciso II, das Disposições Transitórias).

Na ordem jurídica interna a Constituição é a lei máxima e foi nesse período e por êsse órgão legislativo soberano do Estado, que se aprovou, em 22 de novembro de 1947, a Resolução n.º 1.989 (fls. e fls.).

Êsse ato não foi impugnado pelo autor e não o poderia ser.

Resolução, como ato administrativo do Poder Legislativo, é a proposição que, consagrando medida de caráter administrativo ou político, de interêsse individual ou transitório, destina-se a ser transformada em resolução legislativa que, sancionada ou promulgada, constitui decreto legislativo (art. 40, do decreto n.º 3.191, de 7 de janeiro de 1889).

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 (Temístocles Cavalcânti, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. I, pág. 416, edição de 1948).

Leis e Resoluções. Êstes dois vocábulos, diz Aurelino Leal, são empregados no sentido formal, porque o capítulo da Constituição em que êles se encontram, estabelece justamente a forma pela qual os atos do Congresso se tornam leis ou resoluções. Nem por isso, entretanto, deixam de compreender as leis no sentido teórico.

E ainda: "Embora o direito republicano se conservasse, no tocante às resoluções, no mesmo domínio do direito monárquico, isto é, quanto aos fatos que por elas deveriam ser regidos, o segundo só lhes dava o nome de resoluções enquanto pendiam do voto do legislativo. Depois de sancionadas eram decretos. Quanto às leis, pròpriamente ditas, chamavam-se durante a discussão, decretos, e, após a sanção, leis" (Aurelino Leal, *Teoria e Prática da Constituição Federal*, págs. 860 a 865, edição de 1925).

Uma vez aprovada a Resolução n.º 1.989 pela Assembléia Legislativa do Estado (fls.), passou a ter fôrça obrigatória (Rodrigo Otávio e Paulo D. Viana, *Elementos de Direito Público e Constitucional*, pág. 136, n.º 142, edição de 1919).

Ora, se o órgão da soberania legislativa diz que existe uma resolução nova, falando solenemente no uso do poder cuja investidura recebeu da Constituição, êle interpõe o seu testemunho oficial para afirmar a existência daquela resolução, que se torna desde logo exequível.

Efetivamente, dando cumprimento ao referido ato legislativo, o Prefeito Municipal promulgou a lei n.º 135, de 9 de dezembro de 1947, reproduzindo fielmente os dispositivos da Resolução n.º 1.989 (vide fls.).

Duplo é o fim da promulgação: autenticar a resolução e comunicar-lhe fôrça executória ou obrigatória potencial. Como ensina Paulo de Lacerda, "Paralelamente, dois são também os seus efeitos: a certeza da existência da resolução e a sua exequibilidade" (*Princípios de Direito Constitucional*, vol. II, pág. 360, n.º 545).

Assim, a ação jamais poderia vingar. O pedido deve ser interpretado restritamente (art. 154, do Código de Processo Civil). Ora, a Resolução n.º 1.989 e a lei n.º 135 não constituem objeto do pedido de nulidade, entretanto, elas existem e de sua subsistência

é que decorrem os efeitos consumados no Têrmo de 22 de dezembro de 1947 (fls.). O autor pretende anular simplesmente o efeito, — mantendo intactas suas causas.

VIII. A lei dispõe que o cidadão pode pleitear perante o Poder Judiciário a anulação do ato administrativo, depois que o agente hieràrquicamente mais graduado — o Governador do Estado — haja se pronunciado sôbre o recurso, nos têrmos do parágrafo único do art. 3.º das Disposições Transitórias da Constituição Estadual: "Qualquer cidadão poderá recorrer dentro de dez dias, dos atos dos Prefeitos para o Governador do Estado, que se pronunciará a respeito dentro de quinze dias, ouvida a Assembléia."

Decorrido o prazo estabelecido nesse dispositivo — que é o prazo de decadência — extingue-se para qualquer cidadão o direito do recurso administrativo e cessa, também, a competência da autoridade superior para apreciar o ato.

Assim, quando a lei fixa o prazo de dez dias, dentro do qual o cidadão pode exercer o seu direito de recurso, o faz com o intuito de evitar demandas judiciárias, isto é, para que tudo se resolva dentro da esfera administrativa.

O Poder Judiciário é o último a ser invocado. Mas, extinto o prazo para o recurso administrativo, já não é dado ao cidadão pleitear pelos meios judiciários. O direito se exauriu pelo decurso do tempo, e, em conseqüência, a respectiva ação.

Uma vez que o cidadão podia usar do recurso administrativo previsto no parágrafo único do art. 3.º, das Disposições Transitórias da Constituição Estadual, e se não o fêz oportunamente, queixe-se de sua própria inércia. Assim, estava extinto o direito de qualquer cidadão pelo decurso de dez dias.

IX. Poder-se-ia objetar, ainda, com o Desembargador Seabra Fagundes, que "ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do contrôle jurisprudencial, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhes examinar, tão sòmente sob o prisma da legalidade. Êsse é o limite do contrôle quanto à extensão. O mérito compreende as questões referentes ao acêrto, à justiça, à eqüidade, etc. Tais aspectos envolvem interêsses e não direitos. Ao Judiciário não se submetem os interêsses que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais acaso feridos por êle" (*O Contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, pág. 116), — apoiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal: "Os atos das autoridades administrativas sujeitos ao exame do Poder Judiciário, só podem ser considerados por êste sob o ponto de vista de sua legalidade, não de seu mérito intrínseco, ou seja de sua justiça ou injustiça' (*Arquivo Judiciário*, vol. 41, pág. 301; idem, vol. 43, pág. 451).

A respeito dessa tese acentuou o insigne Costa Manso: "A função dos tribunais judiciários é assegurar a aplicação da lei. Não lhes compete examinar, sob o aspecto intrínseco, os atos legislativos ou administrativos, para declará-los oportunos ou inoportunos, convenientes ou inconvenientes, justos ou injustos, conforme a princípios científicos ou dêles divorciados" (*Rev. dos Tribunais*, vol. 119, pág. 386 e *Revista Forense*, vol. 78, pág. 495).

Como se verifica, o ato administrativo, até há pouco quase subtraído ao exame do Poder Judiciário, pode agora, por meio da ação popular, ser controlado pela Justiça.

Mas escapa ao contrôle do Poder Judiciário o exame do ato administrativo, sem que a administração pública tenha — até a última instância — sido chamada a sôbre êle se pronunciar.

Na espécie, a Resolução n.º 1.989 foi aprovada em 22 de novembro de 1947 pela Assembléia Legislativa (fls.), a lei n.º 135 foi promulgada em 9 de dezembro de 1947 (fls.) e o Têrmo foi assinado em 22 de dezembro de 1947 (fls.).

Contando-se dêste último o prazo de dez dias, para o recurso administrativo, verifica-se seu têrmo no dia 2 de janeiro de 1948.

Se não bastassem êsses fundamentos para demonstrar o carecimento de direito do autor, ainda restaria a improcedência dos argumentos da inicial.

X. Quanto ao parecer contrário do Diretor do Expediente e Pessoal é o mesmo meramente opinativo e o Prefeito não estava ao mesmo subordinado. Sujeitá-lo ao parecer seria inverter a ordem hierárquica das funções, o que é um absurdo.

O então Prefeito, — Sr. Dorival Alves — agiu com absoluta honestidade e correção, submetendo o caso à apreciação superior: à Comissão de Assuntos Municipais (fls.). Esta, por sua vez, demonstrou a improcedência dêsse parecer, argumentando:

"Embora a Lei Orgânica determine a realização da concorrência pública para a locação de imóveis (art. 108), essa exigência é limitada pelo interêsse do Município, principalmente agora que o inquilino tem sua permanência garantida *ex-vi* do decreto-lei federal n.º 9.669, de 29 de agôsto de 1946" (fls.).

Afinal essa Resolução foi aprovada pela Assembléia Legislativa (fls.).

Como disse a defesa, estamos diante de um caso de interpretação autêntica da Lei Orgânica dos Municípios, sôbre a aplicação do disposto no seu art. 108. Para o caso, em concreto, dispensou-se a concorrência pública e, na verdade, esta não seria possível, porque não se trata de primeira locação. Admitir a concorrência seria admitir a possibilidade de outro locatário, sem rescisão da locação com o atual ocupante do prédio, Sr. Francisco Rodrigues Lastire. Tendo êste seus direitos de locação garantidos, seria ilegal e injusto expulsá-lo do imóvel.

Com ou sem concorrência, está garantida a permanência do locatário no prédio.

É certo que as regras do decreto n.º 24.150, de 20 de abril de 1934, não se aplicam às locações em que o Município fôr parte (art. 32), mas daí não se segue que o próprio Município esteja vedado de reconhecer a valorização do imóvel, pelo fundo de comércio criado pelo locatário e lhe renove o contrato de locação.

Tôda a indústria hoteleira é mercantil: grandes hotéis, hotéis, hotéis-restaurantes, albergues, pensões de família, palácios, cafés-restaurantes, etc. formam fundos de comércio (Gaston Cendrier, *Le Fonds de Commerce*, pág. 23, 6.ª edição de 1934, Paris).

Além do fundo de comércio, foi imposta ao locatário a obrigação de executar, por sua conta e independente de reembôlso, as obras de reforma e pintura do prédio, orçadas em Cr$ 100.000,00 (fls.), sendo certo que, segundo os peritos das partes, o Sr. Francisco Rodrigues Lastire dispendeu a quantia de Cr$ 163.700,00 (fls.). Logo, gastou mais do que estava obrigado.

XI. O decreto-lei n.º 4.598, de 20 de agôsto de 1942, pelo art. 1.º "congelou" o preço dos aluguéis, em todo o território da República. E leis posteriores (n.º 5.169, de 1943, n.º 6.739, de 1944, n.º 7.466, de 1945 e o atual n.º 9.669, de 1946) admitiram certas alterações de aluguéis, mas sempre subordinadas às taxas legais.

Portanto, inoperante a imaginação do autor, quanto ao suposto preço do aluguel pelo qual o prédio do Hotel Municipal poderia ser locado.

XII. A locação é contrato consensual, que se estabelece indepentemente de instrumento. Em havendo contrato escrito, nos têrmos do art. 1.195 do Código Civil, continuando o locatário na posse da coisa locada, sem oposição do locador, a locação por fôrça de presunção legal, se considera prorrogada (*Rev. dos Tribunais*, vol. 127, pág. 131).

Inócua, a meu ver, qualquer discussão sôbre se no caso deveria fazer-se renovação da locação ou novo contrato, porque tanto a Resolução n.º 1.989, como a lei n.º 135, determinaram que se renovasse a locação, e assim foi feito pelo Têrmo. Êste não podia alterar os atos originários, dos quais era apenas conseqüência. Portanto, o têrmo que o autor impugna não é discricionário. Assenta-se numa razão de legalidade, de legitimidade, que não foi atacada pelo autor.

Todo o magnífico esfôrço expendido pelo nobre patrono do autor está perdido, tanto mais tendo em vista que o próprio autor, em depoimento pessoal, confessou (fls.) quase todos os itens das contestações e as duas testemunhas arroladas pelo autor — Plínio de Carvalho e Dorival Alves (fls.) — vieram a Juízo e confirmaram vários fatos articulados pelas defesas dos réus.

XIII. De outro lado, não seria admissível o chamamento do vereador, Sr. Francisco Pedro Monteiro da Silva, para completar a relação jurídica processual. Esta se estabelece entre as partes e o Juiz. Êste — o Juiz — ordenará a citação de terceiros, diz o art. 91, do Código de Processo Civil, para integrarem a contestação.

Na hipótese dos autos a situação é inversa; o réu é que pediu a citação de terceiro para assumir a posição de litisconsorte ativo, a fim de impor a êste a responsabilidade pelas custas e desfêcho desta demanda. Essa pretensão não é possível por meio dêste processo.

Aliás, se o Sr. Francisco Pedro Monteiro da Silva ocultou-se por detrás do autor, é porque pretendia que êste assumisse pessoal e diretamente a responsabilidade do desfêcho da demanda e, na verdade, só o autor poderá ser alcançado.

XIV. O autor, propondo a presente ação, não agiu no exercício regular de um direito seu, e, como ficou demonstrado, não possuia qualidade para assim agir. Logo, estava bem ciente de que, com o processo iria molestar os réus e, assim, não se pode negar procedimento malicioso ao autor, que se tornou responsável pelos honorários de advogado, nos têrmos dos arts. 63 e 64, do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, julgo improcedente a ação e condeno o autor — José Saraiva — ao pagamento das custas do processo e fixo em 10 %, sôbre o valor da causa, a taxa de honorários de advogado dos réus.

Para ser lida e publicada na audiência designada para hoje.

Araraquara, 5 de maio de 1949. — *Vercingetorix de Castro Garms.*