

REVISTA

**D
E
D
I
R
E
I
T
O**

N.º 5

Ano II

Volume 5

1968

Órgão do Ministério Público do Estado da Guanabara

Esta revista pertence
ao acervo
da

REVISTA DE DIREITO

Governador do Estado: Emb. FRANCISCO NEGRÃO DE LIMA
Secretário do Estado de Justiça: A. B. COTRIM NETO

Procurador Geral da
Justiça

Diretor
Secretário

Dr. LEOPOLDO BRAGA
PAULO DOURADO DE GUSMÃO
SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

Comissão de Redação

Clóvis Paulo da Rocha
Lúcio Marques de Souza
Jorge Guedes
Rafael Cirigliano Filho
Simão Isaac Benjó

Tôda correspondência deve dirigir-se à Procuradoria-Geral da Justiça do Estado da Guanabara, Av. Nilo Peçanha, 12, 2.º andar, sala 208.

A responsabilidade dos artigos publicados é exclusivamente de seus autores.

REVISTA DE DIREITO

do Ministério Público do Estado da Guanabara, criada pelo
Decreto "E" n.º 1.174, de 2 de agosto de 1966

ANO II — N.º 5 — MAIO-AGOSTO — VOL. 5 — 1968

MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA GUANABARA

Procuradoria-Geral da Justiça

Dr. LEOPOLDO BRAGA — Procurador-Geral da Justiça

PROCURADORES DA JUSTIÇA

Alcílio Dardeau de Carvalho	Hermano Odilon dos Anjos
Amaro Cavalcanti Linhares	(Adjunto do Procurador-Geral)
Antônio de Pádua Chagas Freitas	Hermenegildo de Barros Filho
Antônio Joaquim Pires de Carval-	João Baptista Cordeiro Guerra
ho e Albuquerque Júnior	Joaquim Alfredo Ribeiro Mariano
Arnaldo Rodrigues Duarte	José Francisco de Oliveira Diniz
Arnóbio Tenório Wanderley	Lúcio Marques de Souza
Caetano Pinto de Miranda Monte-	Maurício Parreiras Horta
negro Netto	Newton Marques Cruz
Celso de Barros Franco	Paulo Chermont de Araújo
Clóvis Paulo da Rocha	Paulo Dourado de Gusmão (Dire-
Emerson Luiz de Lima	tor da Revista de Direito)

CURADORES

CURADORES DE ACIDENTES DO TRABALHO

Alberto de Almeida e Albuquerque	Plácido Eduardo de Sá Carvalho
Eugênio de Vasconcelos Sigaud	Raphael Cirigliano Filho
Jorge Guedes	Ruy Arantes Antunes

CURADORES DE AUSENTES

José Vicente Ferreira	Mário Tobias Figueira de Mello
José Vicente Pereira	(Diretor da Secretaria)
	Nerval Cardoso

CURADORES DE FAMÍLIA

Alvaro Duncan Ferreira Pinto	Roberval Clementino Costa do
Antônio Augusto de Vasconcelos	Monte (Adjunto do Procurador-
Neto	Geral)
Joel Ferreira Dias	Silvério Pereira da Costa
Regina Maria Correia Parizot	

CURADORES DE MASSAS FALIDAS

Amílcar Furtado de Vasconcelos	Joaquim Corrêa Marques Filho
Jefferson Machado de Góes Soares	Sebastião Ernani Salviano

CURADORES DE MENORES

Nelson Pecegheiro do Amaral	Raul Caneco de Araújo Jorge
-----------------------------	-----------------------------

CURADORES DE ÓRFÃOS

Antônio da Costa Marques Filho
Francisco Habib Otoch

Laudelino Freire Júnior
Oswaldo de Moraes Bastos

CURADORES DE REGISTROS PÚBLICOS

Carlos Dodsworth Machado

Everardo Moreira Lima

CURADORES DE RESÍDUOS

Carlos Octávio da Veiga Lima
Eládio de Carvalho Werneck

Marcelo Maria Domingues de Oliveira
Paulo de Salles Guerra

PROMOTORES PÚBLICOS

Alberto Canellas
Antônio Cláudio Bocayuva Cunha
Antônio Ricardo dos Santos Netto
Antônio Vicente da Costa Júnior
Armando de Oliveira Marinho
Arthur Maciel Corrêa Meyer
Carlos Alberto Tôrres de Mello
Carlos Maximiliano Netto
Carlos de Novaes Vianna
Cyro de Carvalho Santos
Eduardo Guimarães Salamonde
Fabiano de Barros Franco
Fernando José Pessoa da Silva
Hélio Cezar Penna e Costa
Hortêncio Catunda de Medeiros
Humberto Piragibe Magalhães
José Murad Lasmar
José da Silveira Lôbo
Júlio Agostinho Horta Barbosa de Bergallo

Luiz Eduardo Guimarães Rabello
Luiz Facca
Mário de Carvalho Pereira
Mário Portugal Fernandes Pinheiro
Mariza Clotilde Vilela Perigault
Martinho da Rocha Doyle
Maurílio Bruno de Oliveira Firmo
Mauro Campello
Mozart Mattos
Myriam Steinbruch Roismann
Newton de Barros e Vasconcellos
Paulo Frederico Bandeira de Mello
Thedim Lôbo
Pedro Henrique de Miranda Rosa
Rafael Carneiro da Rocha
Victor André de Soveral Junqueira Ayres
Wilson de Andrade Campello

PROMOTORES SUBSTITUTOS

Albino Ângelo Santa Rosa
Antônio Francisco Feteira Gonçalves
Carlos Eduardo Bernardi Montaurry Pimenta
Carlos de Mello Pôrto
Edgardo Tenório
Heitor Pedrosa Filho
Hélcio Baptista de Paula
Luiz Brandão Gatti
Luiz Carlos Couto Maciel
Luiz Fernando Cardoso de Gusmão
Mariana Herescu de Araújo

Marly Martin Mazzuchelli
Newton Lourenço Jorge
Plínio Bento de Faria
Rodolfo Antônio Avena
Sergio de Andréa Ferreira (Diretor do Núcleo de Assist. Judiciária e Secretário da Revista de Direito)
Sérgio Demoro Hamilton
Severino Alves Moreira
Simão Isaac Benjô
Wilson Cavalcante de Farias

DEFENSORES PÚBLICOS

Adolpho Lerner
Ana Laura Hess Bittencourt

Ângelo Moreira Glioché
Antonio Paiva Filho

Arion Sayão Romita	Luiz Roldão de Freitas Gomes
Assy Mirza Abraham	Luiz Sérgio Wigderowitz
Carlos Alberto de Bulhões Mattos	Manoel Carpena Amorim
Carlos Alberto Ponzo	Mário Slerca Júnior
Carlos Augusto Vianna de Albuquerque	Nader Couri Raad
Celso Fernando de Barros	Otto Frederico Campean
David Milech	Oziel Esmeriz Miranda
Gastão Lobão da Costa Araújo	Pedro Nogueira Fontoura
Guy Benigno Brasil	Renato Pereira França
Hamilton Carvalhido	Rodolpho Carmello Ceglia
Hélio da Veiga Sarmento Osório	Rosa Déa Veiga da Silva
Humberto Paschoal Perri	Ruth Sarah Hirschfeldt
Ivan Rezende Pereira Leal	Salua Bunahum
Jacyr Villar de Oliveira	Sérgio Castanheira
João Marcello de Araújo Júnior	Sylvio Tito Carvalho Coelho
Jocymar Dias de Azevedo	Télius Alonso Avelino Memória
José Carlos da Cruz Ribeiro	Valneide Serrão Vieira
Juary Silva	Vera de Souza Leite
Luiz Gonzaga de Noronha Luz	Waldy Genuíno de Oliveira
Neto	

CONSELHO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Dr. Leopoldo Braga
 Dr. Hermenegildo de Barros Filho
 Dr. Arnóbio Tenório Wanderley
 Dr. Antônio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque Júnior
 Dr. Raphael Cirigliano Filho

ÍNDICE

DOCTRINA:

	Págs.
• GIORGIO DEL VECCHIO — Perenidade do Direito	3
• LEOPOLDO BRAGA — Direito Penal Internacional	6
• HAROLDO VALLADÃO — Pirataria aérea — I — Captura ilícita das aeronaves em voo. II — Delito novo, freqüente e muito grave. III — Primeira classificação: pirataria. IV — Definição internacional de pirataria, somente para dar aos Estados direitos de polícia e de jurisdição sobre os piratas em alto-mar. V — Definição internacional evoluída, para abranger a pirataria aérea, embora ainda restrita. VI — Definição das Leis internas, mais ampla, próxima ao caso da captura das aeronaves em voo. VII — Falta de atualização das convenções internacionais e dos textos internos sobre a matéria em causa. VIII — Lei dos Estados Unidos em 1961. IX — Convenção de Tóquio de 1963. X — Criação de um novo delito internacional. XI — Denominação e definição do novo delito	34
• PAULO DOURADO DE GUSMÃO — Direito Autoral	43
• SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA — O Estado e o Juízo Arbitral ..	47
• LUÍS IVANI DE AMORIM ARAÚJO — Natureza Jurídica do Espaço Epi-Atmosférico	57
• JORGE ALBERTO ROMEIRO — Revisão Criminal: Enobrecimento da Magistratura	71
• J. C. SAMPAIO DE LACERDA — O Direito Comercial, Base da Estrutura Jurídica e Econômica da Comunidade Internacional ..	80
• FERNANDO WHITAKER DA CUNHA — O Estado-Órgão	89
• LUIZ ANGELO DOURADO — Climatologia e Criminalidade	95
• GILBERTO POVINA CAVALCANTI — O Loteamento no Direito Brasileiro	98

PARECERES:

Dolo eventual. Culpa consciente, culpa grave e dolo eventual — de ROMÃO CÔRTEZ DE LACERDA (com comentário de J. B. CORDEIRO GUERRA)	105
A aplicação imediata da lei nova significa que os prazos nela estabelecidos se aplicam, desde logo, a todas as relações jurídicas sobre as quais incide. — A lei, destinando-se ao futuro, não pode alcançar situações pretéritas. Quanto aos prazos prescricionais que, pela aplicação da lei antiga, terminariam mais cedo do que lhes aplicando a lei nova, é admissível, como norma transitória, a aplicação da lei anterior, atendendo-se ao espírito da nova legislação que pretendeu reduzir e não ampliar os prazos. — de ARNOLDO WALD	108

Responsabilidade Penal. Esquartejamento. Doença mental.	Págs.
— de JORGE GUEDES	117
Inadmissibilidade do recurso. Inocorrência da argüida negação de vigência a textos legais e ao art. 150, § 3.º, da Constituição do Brasil, porém, sua razoável interpretação, ao abrigo do Registro 400, da Súmula. Dissídio jurisprudencial também inexistente: hipóteses diversas ou calcadas em outras razões (Registros 283 e 284, da Súmula), sendo inaplicável ao caso epígrafado o Registro n.º 416, da Súmula, que se refere a ação de desapropriação finda.	
— de ROBERVAL CLEMENTINO COSTA DO MONTE	126
Regime de bens de sírios casados, na Síria, na Igreja dos Melkitas Católicos Orientais é o da comunhão.	
— de CUSTÓDIO TOSCANO	129
1 — A questão: ação penal sobre inquérito desarquivado — Acórdão do Supremo Tribunal Federal e votos dos Ministros Hermes Lima, Nunes Leal, Ribeiro da Costa, Hahnemann Guimarães e Gonçalves de Oliveira. 2 — Pensamento anterior, dos Ministros Orozimbo Nonato e Pedro Chaves. 3 — Viabilidade do desarquivamento: o ponto no então Tribunal de Justiça do Distrito Federal e no atual Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara: votos dos Desembargadores Eurico Peixão, Didier Filho e Murinho Pinheiro. 4 — A questão no Tribunal de Justiça de S. Paulo e no Tribunal de Alçada — divergências. 5 — Na doutrina: Vicente de Azevedo e Walter Acosta. 6 — Os arts. 18 e 28 do Código de Processo Penal. A opinião de Serrano Neves. 7 — Outros textos legais: o Código de Organização Judiciária do Distrito Federal — hoje do Estado da Guanabara; o Código do Ministério Público de Minas Gerais; o Código do Ministério Público do Estado da Guanabara. 8 — O poder de correição da Procuradoria Geral: vigilância, fiscalização da aplicação da lei. A lição de Crisólito de Gusmão. 9 — O desarquivamento e o princípio da indisponibilidade da ação penal pública. Os arts. 5.º, 6.º, 17, 40, 25, 42 e 576 do Código de Processo Penal. 10 — O art. 29 do Código: ação subsidiária negada: acórdão do Supremo, com relatório do Ministro Evandro Lins. A questão na 1.ª Conferência de Desembargadores. 11 — Os direitos do indiciado no inquérito e com o arquivamento. Conclusões.	
— de MARTINHO DA ROCHA DOYLE	134

JURISPRUDÊNCIA:

— Fraude no pagamento por meio de cheque. Cheque pós-datado. Tal circunstância desnaturo o cheque e não permite se configure o crime do art. 171, § 2.º, n.º VI do Código Penal <i>Habeas corpus</i> concedido	143
— Cheque sem provisão de fundos. Crime de dano. O seu momento consumativo é o da recusa do pagamento pelo sacado. Valor exegético da rubrica do art. 171, § 2.º, n.º VI, do Código Penal. Conflito de jurisdição julgado procedente para declarar a competência do Juízo onde se constatou a falta de provisão de fundos do cheque emitido	143
— Cheque. Não tendo sido dado como ordem de pagamento à vista, mas como garantia de dívida, para desconto futuro, não configura o crime previsto no art. 171, § 2.º, n.º VI, do Código Penal. <i>Habeas corpus</i> concedido	150

	Págs.
— Cheque sem fundos — Pequeno valor. Réu tècnicamente primário. Estatísticas alarmantes e tendências para sujeitar o fato a sanções administrativas e não penais. Ausência de justa causa para a condenação. <i>Habeas corpus</i> concedido	154.
— Cheque sem fundos. Presunção de ter sido emitido em sua função legal. Cabe à defesa providenciar a prova do desvio de finalidade no uso do cheque	155.
— O pagamento do valor do cheque antes do oferecimento da denúncia desautoriza a condenação por crime previsto no art. 171, § 2.º, n.º VI, do Código Penal. Reiteração de critério jurisprudencial. Provimento do recurso	157.
— 1 — Cheque sem fundos. Ressarcimento do prejuízo. Inexistência de justa causa para o procedimento criminal. 2 — <i>Habeas corpus</i> concedido	158.
— <i>Habeas corpus</i> — 1) — Pena. Individualização. Atendimento das circunstâncias do art. 42 do C. Penal para a graduação da pena extraída do conjunto da fundamentação da sentença. Pena-base: desnecessária sua fixação expressa, quando não haja agravantes ou atenuantes legais que a alterem. 2) — Cheque sem fundos — Não há identidade jurídica entre emissão e endosso, sendo inadmissível sua equiparação, para efeitos penais, sob pena de atentar-se contra o princípio da reserva legal. 3) — Concurso de pessoa, na emissão de cheque sem fundos. Hipótese do crime de estelionato <i>caput</i> do art. 171 do Código Penal. Matéria de prova insuscetível de ser dirimida em <i>habeas corpus</i> . Recurso não provido	159.
— O paciente não auferiu vantagem ilícita com a emissão do cheque, que foi pago	161.
— Estelionato. Cheque sem fundos pago antes da denúncia. Inexistência de fraude. <i>Habeas corpus</i> concedido	162.
— 1) — Cheque sem fundos. Competência do Juízo do domicílio do banco sacado. 2) — Precedentes do S.T.F.: CJ. 2784, HC 41.061, R.H.C. 41.993, CJ. 2.845, HC 42.112, CJ. 3000, R.H.C. 43.194, CJ. 3.148, R.H.C. 44.229	163.
— Cheque sem fundos. Resgate após a denúncia. Valor apreciável. <i>Habeas corpus</i> denegado (HC. 44.746, 24-4-67)	164.
— Cheque sem fundos — Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos (Súmula 246). <i>Habeas corpus</i> concedido	165.
— Os cheques foram pagos antes do oferecimento da denúncia	166.

NOTAS:

— Ministério Público Federal e Estadual: Organização e atribuições (SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA)	167
— O artigo 86 da Lei 4.215: sua inconstitucionalidade (SÉRGIO FERRAZ)	179
— Cláusulas de Incomunicabilidade e Impenhorabilidade — Interpretação (CARLOS OCTAVIO DE VEIGA LIMA)	184
— Valor probante das Fotocópias, Cópias Fotostáticas e das Réplicas Xerográficas. (CARLOS DE MELLO EBOLI)	186
— Desembargador André de Faria Pereira. Dados biográficos (RUBEM MAXIMIANO FIGUEIREDO)	209

BIBLIOGRAFIA:

— M. Seabra Fagundes — O contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário-Forense, Rio, 4.ª edição (atualizada), 1967. (SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA)	211
---	-----

REVISTAS EM REVISTA	Págs. 212
----------------------------------	----------------------

LEGISLAÇÃO:

— Lei n.º 5.439 — de 22 de maio de 1968. Altera a Lei n.º 5.258, de 10 de abril de 1967, que dispõe sobre medidas aplicáveis aos menores de 18 anos pela prática de fatos definidos como infrações penais e dá outras providências	215 .
— Lei n.º 1.163 — de 12 de dezembro de 1966. Dispõe sobre o Estatuto do Pessoal Civil do Poder Executivo do Estado da Guanabara e dá outras providências	216 .
— Decreto "N" n.º 1.031 — de 22-3-1968. Regula a expedição de certidões e dispõe sobre requisição de processos administrativos	261A
— Decreto "N" 1.125, de 10-9-68 — Acrescenta dispositivo ao Decreto "N" n.º 1.031, de 22-3-68 que regula a expedição de certidões e dispõe sobre requisição de processos administrativos	263 .
<i>Índice de autores</i>	263
<i>Índice de assuntos</i>	267

D O U T R I N A

COLABORAM NESTE NÚMERO

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA — Juiz de Direito do Estado da Guanabara.

GILBERTO POVINA CAVALCANTI — Diretor de Unidade do Núcleo de Assistência Judiciária.

GIORGIO DEL VECCHIO — Professor da Universidade de Roma.

HAROLDO VALLADÃO — Catedrático de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da U.F.R.J.

J. C. SAMPAIO DE LACERDA — Juiz de Direito do Estado da Guanabara. Livre docente de Direito Comercial da Faculdade de Direito da U.F.R.J.

JORGE ALBERTO ROMEIRO — Juiz do Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara e Livre Docente de Direito Judiciário Penal da Faculdade de Direito do U.F.R.J.

LEOPOLDO BRAGA — Procurador-Geral da Justiça do Estado da Guanabara.

LUÍS IVANI AMORIM ARAUJO — Livre docente de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara.

LUÍZ ÂNGELO DOURADO — ex-Chefe do Serviço de Biopsicologia da Penitenciária do Estado da Guanabara e médico psicanalista.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO — Procurador da Justiça do Ministério Público do Estado da Guanabara.

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA — Promotor Substituto do Ministério Público do Estado da Guanabara e Professor da Faculdade de Direito da Universidade do mesmo Estado.

D O U T R I N A

1	Introdução
2	1. O Estado e a Nação
3	2. O Direito e a Moral
4	3. O Direito e a Economia
5	4. O Direito e a Política
6	5. O Direito e a Filosofia
7	6. O Direito e a Sociologia
8	7. O Direito e a História
9	8. O Direito e a Geografia
10	9. O Direito e a Psicologia
11	10. O Direito e a Pedagogia
12	11. O Direito e a Medicina
13	12. O Direito e a Arte
14	13. O Direito e a Literatura
15	14. O Direito e a Música
16	15. O Direito e o Teatro
17	16. O Direito e o Cinema
18	17. O Direito e a Televisão
19	18. O Direito e a Internet
20	19. O Direito e o Espaço Virtual
21	20. O Direito e o Futuro

PERENIDADE DO DIREITO (*)

GIORGIO DEL VECCHIO

A vida do direito resume-se em uma permanente luta contra o ilícito. Entretanto, as mais graves ofensas à justiça não decorrem da oposição às leis, mas sim por obra das leis mesmas. Assim, não só na Antigüidade, como também na época atual, as leis de alguns países pisoteiam e ferem os direitos essenciais da pessoa humana, apesar desses direitos estarem solenemente proclamados e garantidos nas Constituições de tais países. Até o princípio da igualdade jurídica dos cidadãos, unânimemente reconhecido como fundamental no Estado moderno, foi várias vezes violado em forma legal. É bem verdade que contra leis assim manifestamente iníquas se insurge a sã consciência de todos os povos, como sempre ocorre quando à lei natural se contrapõem comandos arbitrários, porque nenhum arbítrio pode fazer calar a voz que emana da natureza, nenhuma tirania pode sufocar o espírito naquilo que êle tem de absoluto, de eternamente válido. É verdade que por isso mesmo tais leis foram sucessivamente revogadas. Mas os fatos demonstram claramente que a justiça está longe de ter instaurado seu reino sobre a Terra, por isso ela conserva intato o seu valor — apesar dos esforços polêmicos da “teoria pura do direito”. A clássica antítese entre lei natural e lei humana persiste, com a obrigação categórica que dela decorre de defesa da primeira quando em conflito com a segunda.

Não é possível saber se algum dia tal conflito desaparecerá; se as exigências eternas da justiça serão, enfim, fielmente reproduzidas nas ordens positivas, e se serão por todos respeitadas e não transgredidas. Mas, supondo e esperando que tal ocorra, dever-se-á forçosamente concluir que, nesse caso, o direito terá

(*) Tirado, com autorização do autor, do livro “*Nuova Silloge di Temi Giuridici e Filosofici*”, editôra G. Giappichelli — Turim — Tradução de Maria Cecília Pereira Reis.

esgotado a sua função e desaparecerá do mundo? Alguns autores respondem afirmativamente; todavia, não é difícil descobrir o erro de tal tese. Eminentemente jurista francês, Lévy-Ülmann, partindo da observação óbvia de que a grande maioria dos seres humanos obedece a certos preceitos, abstendo-se, por exemplo, de matar, “por puro respeito à lei moral, e não por submissão às regras jurídicas”, admite a possibilidade de se atingir, o que para nós é desejável, uma “era sem violência”, que “seria necessariamente, por definição, uma “era sem leis”. Para concordar com tal opinião é necessário admitir que a lei realmente só existe quando há a possibilidade de sua transgressão. Mas a verdade é que, lei, moral ou jurídica, denota uma exigência perfeitamente válida de ser respeitada espontaneamente; nesse caso, a sanção nela implícita torna-se mera virtualidade potencial, em relação a uma hipotética violação, que, em tese, é sempre possível.

A origem desse erro está em não se ter compreendido exatamente a verdadeira relação entre moral e direito, ou seja, o paralelismo entre estas duas categorias éticas, que, tendo, idêntico fundamento, têm formas distintas, pois na moral o sujeito está preso por si, enquanto no direito, há relações entre vários sujeitos. A absorção do direito na moral ou, como se exprime Lévy-Ülmann a “identificação completa, da moral e do direito”, é portanto impossível, pois enquanto existir uma vida e uma sociedade humanas, será necessário definir-se o limite do lícito de cada um em relação a outros.

Análoga e igualmente errônea é a opinião de um conhecido jurista italiano, CARNELUTTI: “se não está morto, o direito morrerá, pois é mortal”. A “morte, prossegue o citado jurista, é a característica da insuficiência”. Ora, fica evidenciada a insuficiência do direito positivo quando o confrontamos com o direito natural. Mas, continua CARNELUTTI, também o direito natural é insuficiente, pois “prescreve o que não se deve fazer; porém, tal prescrição não basta para estabelecer a paz entre os homens”. Para ser “suficiente, o direito, positivo ou natural, precisaria não ser mais direito”. “O direito, na verdade, conclui CARNELUTTI, foi criado para os medíocres; os bons não necessitam dele e os maus não o receiam”.

Refutar tais afirmações seria supérfluo, principalmente porque estamos convencidos de que elas não têm muitos adeptos. Os juristas, muitas vezes, não vêem os caracteres verdadeiramente essenciais do direito, pelo fato de que a normalidade da vida suscita nêles menor interesse do que os incidentes patológicos ou de exceção a que a vida mesma dá lugar. O fato de que a maioria dos devedores cumprem as suas obrigações sem que seja necessário aos credores citá-los judicialmente; de que as relações familiares, como por exemplo, o dever dos pais de

educar a prole, não requer, a não ser em raros casos, a intervenção de juizes e de advogados; de que, finalmente, o direito seja, antes de tudo, o ordenamento pacífico, o princípio equilibrador e o critério regulador da convivência social para todos, e não exclusivamente para os “mediócras”, é verdade tão elementar que parece ser ocioso notá-lo. Mas, por isso mesmo, não deve ser esquecido por quem considera o direito mais como um acontecimento episódico, sem ver a sua realidade imanente e profunda.

Não é verdade que o direito impõe apenas obrigações negativas. Ele domina, juntamente com a moral, a totalidade da vida. Seus preceitos compreendem, além de abstenções, também prestações devidas a outro, sem excluir certas obrigações de socorro. É, entretanto, verdade que ele é por si só insuficiente para dirigir as ações humanas, motivo por que deve ser integrado na moral; mas também é verdade que a moral por si só não basta, devendo ser integrada no direito. Tal integração não deve ser eliminada, mesmo que se atinja um estágio social em que reine soberanamente o amor e em que regra alguma seja transgredida. O imperativo ético, tanto na forma jurídica, como na moral, vale, em qualquer estágio, enquanto existirem os seres aos quais se destina a norma. É um absurdo, repito, crer que tal imperativo tenha validade só quando ameaçado ou transgredido.

O direito, como exigência imanente da natureza humana, nasce inexaurivelmente na consciência, a qual, apesar da mutabilidade das situações histórico-sociais, reafirma sempre a necessidade do reconhecimento da pessoa de cada um e de uma coordenação dela com as demais. Se bem que sejam várias, e mesmo imperfeitas, as manifestações dêsse motivo fundamental, é sumamente significativo o fato de que ele acompanha invariavelmente a vida humana em tôdas as suas fases. Nunca se encontraram indícios de uma época histórica, até mesmo pré-histórica, em que não existisse um complexo de normas disciplinadoras das relações de convivência — normas impostas e observadas, mesmo sem qualquer formulação escrita, pela consciência pública coletiva, resultante dos dados da consciência singular. *Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*. Para abolir o direito, seria necessário abolir a humanidade.

DIREITO PENAL INTERNACIONAL

LEOPOLDO BRAGA

SUMÁRIO: 1 — Noções gerais e preliminares. Conceituação jurídica e determinação da matéria, seu conteúdo e objeto. *Direito penal internacional* e *direito internacional penal*. 2 — Denominação e sua origem. Arguição de impropriedade. Críticas. 3 — Definições do *direito penal internacional*. 4 — Da existência, ou não, de um verdadeiro "*direito penal internacional*". Controversias doutrinárias. Negações e afirmações. 5 — Fundamento jurídico. 6 — Posição e classificação do *direito penal internacional* no sistema geral das ciências jurídicas. Correntes e tendências em dissídio. *Direito internacional*, ou *direito interno*? *Direito público*, ou *direito privado*? 7 — Evolução e desenvolvimento histórico da matéria. Antiguidade. Idade Média. Idade Moderna. Revolução francesa. Legislações contemporâneas. 8 — Sistemas, doutrinas e princípios concernentes ao problema da eficácia da lei penal no espaço. Sistema da *territorialidade* da lei penal. Sistema da *personalidade* da lei penal. Sistema de *proteção dos interesses nacionais*, da *ubiquidade* ou da *competência real*. Sistema da *extraterritorialidade absoluta* da lei penal ou da *universalidade do direito de punir*. Exame e crítica. 9 — Aplicações em direito positivo. Sistemas dominantes nas legislações européias e americanas. 10 — Critério das legislações modernas. O Código Penal Brasileiro de 1890 e o Código Penal Brasileiro de 1940. 11 — O *direito penal internacional* e sua dinâmica nas relações entre os Estados. Tratados, acórdos e convenções internacionais. 12 — Marcos principais do *direito penal internacional* na América. Os Tratados de Montevideu e o Código Bustamante.

1 — Fala-se, freqüentemente, da existência de um "*direito penal internacional*", mas, no que concerne à sua conceituação jurídica, à sua natureza, ao seu conteúdo e objeto, ainda não se harmonizaram definitivamente os ensinamentos e opiniões dos estudiosos — penalistas e internacionalistas.

Em seu excelente opúsculo sob o título "*El Delito de Genocidio o Genticidio*", diz-nos FRANCISCO P. LAPLAZA:

"Desde los primeros cultores de la patética disciplina de los delitos y de las penas hasta los fundadores del derecho interna-

cional, fluye ininterrumpidamente el curso del pensamiento jurídico en torno a lo que ha dado en denominarse, con muy diversas acepciones, *derecho penal internacional*.

Preocupan, en un comienzo, los argumentos concernientes a la aplicación territorial o extraterritorial de las leyes penales y de los estatutos. Detiéndense en ellos, a fin de esclarecerlos, BÁRTOLO DE SASSOFERRATO, el más grande de los juristas anteriores a la edad moderna, y los penalistas motejados de *prácticos*: ALBERTO DE GANDINO, JULIO CLARO, PRÓSPERO FARINACCIO, IODOC DAMHOUDER, BENEDICTO CARPZOW, GUY ROUSSEAUD DE LA COMBE, DANIEL JOUSSE, etc. Más tarde, el célebre dominico FRANCISCO DE VITORIA, sobre la teoría de la *guerra justa* echó las bases del derecho de la guerra e hizo el primer análisis de sus usos lícitos e ilícitos. Al par que hay quien afirma que la noción de los delitos contra la humanidad se remonta hasta GROTIÓ.

BLACKSTONE, CREMANI, FILANGIERI y CARMIGNANI, entre otros, cumplen ya el examen de los delitos contra el derecho de gentes. Y JEREMÍAS BENTHAM, el amigo de RIVADAVIA, mudó el nombre del antiguo *jus gentium* por el de *derecho internacional*, insinuando, al mismo tiempo, la posibilidad de un *derecho penal internacional*.

Han convergido así, en un terreno en gran parte común, los estudios de egregios internacionalistas con el de no menos grandes cultores del derecho penal, sin contar a quienes descollaron en ambas disciplinas, como VON BAR, VON LISZT, BRUSA y DONNEDIEU DE VABRES" (1).

Ainda hoje, da leitura e confronto de livros, opúsculos, monografias, ensaios, artigos, etc., de autoria de inúmeros juristas que versaram o delicado tema, recolhem-se, freqüentemente, noções até certo ponto confusas, obscuras, díspares e, por vêzes, contraditórias, a começar pelo que respeita ao *objeto* mesmo da matéria. Basta assinalar-se que, enquanto uns — em maioria — colocam sob tal capitulação apenas o estudo do *direito penal comum, nacional, ou interno*, no campo das relações ou dos interesses internacionais, ou seja o exame dos "problemas do âmbito de validade das leis penais no espaço", segundo a expressão de JIMÉNEZ DE ASÚA (2), outros lhe dão por objeto o estudo da responsabilidade penal internacional dos Estados, dos governantes e seus agentes, pelas violações criminosas do *direito das gentes* ou *direito público internacional* (assunto êste mais ade-

(1) FRANCISCO LAPLAZA, *El Delito de Genocidio e Genticidio*, Buenos Aires, 1953, págs. 36 a 38.

(2) LUÍS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo 2.º (*Filosofía y Lei Penal*). Buenos Aires, 1950, pág. 941.

quando à denominação de “*direito público internacional penal*”), ou, ainda, o relativo à prática dos chamados “*delitos internacionais*” *stricto sensu* (pirataria, tráfico de mulheres ou de drogas estupefacientes, etc.), ou à repressão dos “*crimes contra a humanidade*” e dos “*crimes de guerra*”; — não faltando, finalmente, os que reúnem e tratam todos êsses assuntos, discriminadamente embora, sob a mesma, genérica e imprecisa, denominação de *direito penal internacional*.

Inversamente, é comum encontrar em trabalhos jurídicos publicados sob o título de “*direito internacional penal*”, matéria atinente à primeira das espécies supra-referidas, ou a tôdas elas sucessivamente.

Dessa aproximação, afinidade e interpenetração de matérias, no particular, podem citar-se expressivos exemplos:

SALVATORE ADINOLFI, em seu livro “*Diritto Internazionale Penale*”, se ocupa essencialmente do tema relativo aos limites de aplicação da lei penal no espaço, envolvendo problemas de competência e jurisdição repressiva, como se apura, *ab initio*, da própria definição que nos oferece, na qual apresenta a disciplina como sendo “*il complesso delle norme giuridiche che coordinano nel seno della Società Internazionale l'esercizio delle giurisdizioni dei varii Stati verso la più efficace repressione dei malefici, armonizzando gli attributi delle diverse Sovranità e garantendo i diritti naturali dell'umana persona*” (3).

Por sua vez, VESPASIANO V. PELLA, em seu famoso livro “*La Criminalidad Colectiva de los Estados y el Derecho Penal del Porvenir*”, — depois de dividir o *direito penal* em três ramos, a saber: a) o *direito penal comum*, compreendendo “o conjunto de regras que presidem ao exercício da repressão dos fatos atentatórios às bases mesmas da organização social em todo Estado civilizado”; b) o *direito penal nacional-político*, consistente no “conjunto de normas que presidem ao exercício da repressão dos atos ilícitos dirigidos contra a forma de govêrno e a ordem política de um determinado Estado”; e c) o *direito penal internacional*, a que chama de “terceiro e mais recente aspecto do direito penal”, — explica que “o *direito penal internacional*, em sua acepção clássica, mais não é do que uma simples ramificação, ou, melhor, um capítulo do *direito penal* existente em cada Estado”. E acrescenta: — “He aquí por qué nosotros creemos que la denominación misma de Derecho Penal internacional, que hoy se da a esta disciplina jurídica es *completamente defectuosa*. El derecho penal, en efecto, posee eminentemente un carácter de *derecho público*. En la calificación de *derecho penal inter-*

(3) SALVATORE ADINOLFI, *Diritto Internazionale Penale*, Milão, 1913, pág. 11.

nacional se evoca infalivelmente la idea de una disciplina de derecho público exterior destinada a reglamentar el ejercicio de las sanciones represivas en el dominio del derecho público internacional. Pues bien, este sentido es precisamente el único que el derecho penal internacional clásico no posee" (4).

LE FUR liga a idéia de um *direito penal internacional* à de *sanções do direito internacional* (5). Para VON LISZT, deve entender-se que *direito penal internacional*, em sentido próprio, são aquelas disposições penais que se ditam não para um Estado particular, mas para a própria comunidade dos Estados civilizados (6). Assim também para MAURICE TRAVERS, que divide o seu estudo em *direito penal internacional em tempo de paz e direito penal internacional em tempo de guerra* (7). JOSEPH DAUTRICOURT preferiu empregar a expressão "*direito penal universal*" para, sob a mesma, qualificar e classificar: a) crimes, contra a ordem pública, interna ou internacional; b) crimes contra a ordem pública internacional; e c) crimes contra a ordem pública universal (8). GRISPIGNI separa nitidamente as duas disciplinas, quando diz que "*por direito penal internacional só se podem entender aquelas normas que impõem aos Estados um dever jurídico relativo à repressão dos delitos, dever esse que pode consistir, ou na obrigação de executar determinados atos referentes a outros Estados (extradição), ou a ditar ou não ditar determinadas normas internas de direito penal*"; ao passo que "*de direito internacional penal, em sentido próprio, somente se poderá falar enquanto se trate de normas internacionais que prevejam uma sanção penal para os fatos juridicamente ilícitos dos Estados particulares*" (9). Do mesmo modo, ANTONIO SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN ensina que o *direito penal internacional* tem por objeto "o alcance e a eficácia da lei penal de cada nação dentro e fora do território" e que o *direito internacional público penal* diz respeito aos "delitos e às penas internacionais" (10). CONSTANTINO JANACCONE, em exce-

(4) VESPASIANO V. PELLA, *La Criminalidad Colectiva de los Estados y le Derecho Penal del Porvenir*, Madrid, 1931, págs. 219, 222-223 e 229.

(5) LOUIS LE FUR, *Précis de Droit International Public*, Paris, 1937, pág. 17.

(6) FRANZ VON LISZT, *apud* JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., tomo 2.º, pág. 623.

(7) MAURICE TRAVERS, *Le Droit Pénal International et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre*, Paris, 1921-1922. -1922.

(8) JOSEPH Y. DAUTRICOURT, *Nature et Fondement du Droit Penal Universel*, Bruxelas, 1950: — *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, 1951, vol. IV, n.º 3, págs. 1.176 a 1.178.

(9) FELIPE GRISPIGNI, *Corso di Diritto Penale*; tomo 1.º, págs. 375-376: — ASÚA, op. cit., tomo 2.º, págs. 622 e 624.

(10) ANTONIO SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2.ª ed., Havana, 1941, pág. 385: — *Derecho*

lente estudo, estabelece também a diferenciação entre o *direito penal internacional* e o *direito internacional penal* (11).

Refere NINO LEVI que alguns autores pretenderam propor uma distinção terminológica entre “*direito penal internacional*”, êste compreendendo as normas de direito penal interno em matéria internacional, e “*direito internacional penal*”, que compreenderia as normas internacionais em matéria penal. Formula refutações à pretendida distinção, arguindo, inclusive, que não vê por que se deva reconhecer autonomia ao estudo das normas internacionais referentes a matéria penal e concluindo que, em suma, “o direito internacional em matéria penal é, no caso, um capítulo do *direito penal internacional*”. Reconhece, todavia, com invocação de JANACCONE, de DONNEDIEU DE VABRES e de BUZA, que “...si distingue nel linguaggio più recente: a) *diritto penale internazionale* (che non é altro che il diritto penale nazionale “extraterritorializzato”); b) *diritto internazionale penale* (diritto penale formato dal diritto internazionale da applicarsi dagli Stati agli individui); e) *diritto penale interstatale* (diritto penale da applicarsi contro gli Stati)” (12).

Isto pôsto, convém advertir, desde logo, que, no desenvolvimento dêste sucinto escôrço, sòmente nos interessa o exame do primeiro daqueles mencionados aspectos, ou seja a acepção do *direito penal internacional* que apenas considera a projeção do *direito penal* comum no plano das relações internacionais.

2 — A originária autoria dessa denominação — “*direito penal internacional*” — é geralmente atribuída a JEREMIAS BENTHAM, consoante informam KÖNIG (13), FRANZ VON LISZT (14), ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS (15), FRANCISCO LAPLAZA (16), etc. E o seu famoso criador a teria empregado na acepção estrita a que acabamos de aludir.

JIMÉNEZ DE ASÚA qualifica de *imprópria* essa denominação e, demonstrando a procedência do assêrto com as críticas que lhe

Internacional Público, Havana, 1937, tomo IV, págs. 9 a 22: — *Droit International Public*, trad. franc. por Paul Goulé, Paris, 1937, tomo IV, páginas 3 a 17.

(11) CONSTANTINO JANACCONE, *Diritto Penale Internazionale e Diritto Internazionale Penale*, in *Rivista Penale*, novembro de 1946, pág. 397.

(12) NINO LEVI, *Diritto Penale Internazionale*, Milão, 1949, págs. 9, 10 e 11 e nota 31 à pág. 9.

(13) KÖNIG, *Gründzüge des internationalen Strafrechts*, Berlin. 1915, página 9.

(14) FRANZ VON LISZT, *apud* ASÚA, op. cit., tomo 2.º, pág. 622, nt. 1.

(15) ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, *Dogmática, Metodología y Sistemática del Derecho Internacional Penal*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, 1951, vol. IV, n.º 3, pág. 967.

(16) FRANCISCO LAPLAZA, op. cit., págs. 37-38.

têm sido feitas por numerosos tratadistas, menciona a de BINDING quando afirma que “é má e que se emprega *tão-só com o fim de abreviar*”; a de F. VON LISZT, de que é uma expressão “*completamente inapropriada*”; a de GARRAUD, quanto à “*falta de precisão*”, etc.; mas, além de sua impropriedade, ressalta que os aludidos escritores também falam de um “evidente divórcio entre a epígrafe e o conteúdo”; e aduz:

“Creemos improprio, en efecto, llamar Derecho penal internacional al estudio de las cuestiones suscitadas por los conflictos entre leyes nacionales de distintos Estados y por las relativas posibilidades de extraterritorialidad de algunos de sus preceptos. Nos parece muy exacto lo que dice BELING: — “Es corriente designar las consideraciones al respecto con el título de *Derecho penal internacional*, aunque no se trata en realidad de un verdadero Derecho internacional, sino más bien de derecho nacional alemán, y aunque los correspondientes preceptos juridicos no representan un género especial de *Derecho penal*, sino que sólo pueden enseñarnos, mediante una especie de corte transversal, ciertas particularidades del sistema jurídico-punitivo (*Gründzüge*, página 71)” (17).

Observa, no particular, NINO LEVI: — “L'espressione “*diritto penale internazionale*” va soggetta alle stesse censure a cui fu soggetta l'altra, analoga, “*diritto internazionale privato*”; l'obiezione è trionfale: il diritto o è interno o è internazionale, e se il diritto “*penale*” è interno, non è “*internazionale*”. Acrescenta, todavia, que, enquanto o direito internacional privado vive e prospera, malgrado deva seu nome ser, a rigor, precedido de um prudente “*chamado*” (“*cosidetto*”), o direito penal internacional parece que ficou sufocado sob o pêso dessa confutação terminológica (18).

3 — Muitas têm sido as definições do *direito penal internacional* formuladas ou propostas pelos doutrinadores. O mesmo ASÚA nos diz que, “ordinariamente, se compreendem sob a rubrica de *direito penal internacional* as regras do *direito nacional* referentes aos limites de aplicação da lei penal no espaço” (19). VON ROHLAND o conceituava como sendo “o conjunto de princípios de direito pelos quais o Estado, como membro da comunidade internacional, determina o valor territorial de suas normas e leis penais com relação às pessoas e aos bens jurídicos” (20). No dizer de MARTITZ, é “o sistema de regras de direito concernentes à aplicação ao estrangeiro do direito penal nacional, ou, me-

(17) JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., tomo 2.º, págs. 623 e 624.

(18) NINO LEVI, op. cit., pág. 5.

(19) JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., tomo 2.º, pág. 621.

(20) ROHLAND, *apud* ASÚA, op. cit., tomo 2.º, pág. 622.

lhor, do direito penal interno” (21). Para MEILI é “o conjunto de leis e princípios de direito que resultam do fato de que atos delituosos caíam ou pareçam cair sob o império de leis penais de Estados politicamente independentes uns dos outros” (22). Segundo F. DE MARTENS, é a série de “regras jurídicas que determinam as condições mediante as quais os Estados devem ajudar-se reciprocamente nos assuntos judiciais, com o fim de assegurar o exercício de seu poder penal no domínio da comunidade internacional” (23). GIULIO DIENA o define como sendo “aquela parte do direito internacional geral que compreende as normas que determinam a competência judicial e legislativa dos distintos Estados na repressão dos delitos e regulam os procedimentos que têm lugar entre os mesmos para se ajudarem mutuamente na administração da justiça em matéria penal” (24). E DONNEDIEU DE VABRES: “O direito penal internacional é a ciência que determina a competência das jurisdições penais do Estado face às jurisdições estrangeiras, a aplicação de suas leis criminais — leis de fundo e leis de forma — em relação aos lugares e às pessoas que elas regem, a autoridade, sobre seu território, das sentenças repressivas estrangeiras” (25). E ROLANDO QUADRI: — “Com o nome de *direito penal internacional* julgamos, portanto, poder-se referir com suficiente segurança ao estudo do modo pelo qual um determinado ordenamento jurídico interno com respeito à matéria penal procura resolver os problemas impostos ao Estado, do qual tal ordenamento é emanação, pelo fato de sua coexistência com outros Estados no quadro da superior comunidade internacional” (26).

4 — Mas, existe, realmente, um “*direito penal internacional*”? Ou, melhor, em que sentido se poderá falar de sua existência? Há, no particular, grandes vacilações, dúvidas e contravérsias, enconstradições, a cada passo nas obras dos penalistas e internacionalistas que se têm ocupado de seu estudo.

FRANZ VON LISZT, longe de aceitar sua real existência, alude ao “*suposto direito penal internacional*”, êsse que “contém normas interiores de cada Estado sobre a extensão territorial das leis penais” e que, segundo diz, “não pertence ao direito internacio-

(21) MARTITZ, idem, idem, pág. 622.

(22) MEILI, idem, idem, pág. 622.

(23) F. DE MARTENS, *Traité de Droit International*, ed. franc. Paris, tomo 3.º, pág. 5.

(24) GIULIO DIENA, *Derecho Internacional Público*, ed. espanhola, trad. de Trias de Bes e Molares, Barcelona, 1932, pág. 323.

(25) H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les Principes Modernes du Droit Pénal International*, Paris, 1928, pág. 3.

(26) ROLANDO QUADRI, *Diritto Penale Internazionale* — (vol. XI do *Trattato di Diritto Internazionale*, de PROSPERO FEDOZZI e SANTI ROMANO) — Pádua, 1944, págs. 2-3.

nal" (27). No entender de MANZINI, não existem nem delitos nem penas internacionais e, por isto, tampouco, existe um *direito penal internacional* propriamente dito (28). Para ENRICO FERRI "o *direito penal internacional*" existirá somente quando se organizar entre os Estados uma justiça penal comum aos mesmos" (29).

GEORGES SCELLE assim se manifesta a respeito: — "Nous sommes en présence des premiers linéaments d'un véritable Droit pénal international ayant à sa base des coutumes et des conventions. Mais il ne procure aucune solution, bien entendu, aux problèmes qui se posent, soit en matière de conflits de juridictions, soit en matière de conflits des lois pénales, soit en ce qui concerne l'autorité des sentences pénales étrangères, soit en ce qui concerne l'exécution des peines (règle *non bis in idem*, etc...). La situation est tout à fait analogue à celle du *Droit international privé*, et il n'y a aucune raison logique pour qu'elle en diffère. La distribution des compétences demeure, dans cette période classique, une loi étatique. Il n'y a pas, à vrai dire, de "*Droit international pénal*", il y a, dans chaque Etat, un Droit pénal interne, dont une extension se trouve qualifiée par antiphrase de "*Droit pénal international*", — sauf peut-être en ce qui concerne certaines normes, assez rares, que l'on peut considérer comme coutumières" (30).

Em contraposição, DONNEDIEU DE VABRES, VESPASIANO PELLA e outros autores, cada qual do seu ponto de vista, afirmam a existência do *direito penal internacional*. ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS acentua que as críticas põem em dúvida cada um dos três componentes de sua nomenclatura, mas opina que "de todo lo dicho hasta ahora se deduce la existencia de un doble *Derecho Penal Internacional*, el caracterizado por el objeto y el subjetivamente tal". E mais além: — "Sin entrar en detalles de *lege ferenda* resulta incuestionable, pues, la existencia de un *Derecho Penal Internacional* que lo sea en lo objetivo como en lo subjetivo, bien que por el momento se halle aún en su etapa de morfología cultural, como diluído en el normativismo secundario y endonórmico" (31).

Essas e outras opiniões precisam, todavia, ser recebidas e examinadas com cautela, pois alguns autores, como, neste passo,

(27) FRANZ von LISZT, *Derecho Internacional Público*, rev. por Max Fleischmann vers. de Domingo Miral, ed. espanh., Barcelona, 1929, pág. 317.

(28) MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Turim, 1933, tomo 1.º pág. 137.

(29) ENRICO FERRI, *Principii di Diritto Penale*, Turim, 1928, pág. 156, nota 1.

(30) GEORGES SCELLE, *Cours de Droit International Public*, Paris, 1948, págs. 957-958.

(31) QUINTANO RIPOLLÉS, trab. cit., in *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. IV, n.º 3, págs. 969 e 972.

MANZINI, PELLA e RIPOLLÉS, se referem, preferentemente, à matéria pertinente aos delitos e às penas internacionais, que melhormente se adaptaria à denominação de *direito internacional penal* ou *direito público internacional penal*; e isto confirma a confusão e dubiedade de conceitos a que aludimos no n.º 1. LE FUR se acha igualmente no número destes, quando alia a concepção do *direito penal internacional* à idéia de *sanções*" (32).

A existência de um *direito penal internacional*, em última análise, pode ser afirmada e entendida no sentido de um ramo da ciência jurídica que tem por objeto "*il diritto penale nei rapporti internazionali*", na expressão de NINO LEVI (33), ou, ainda, com diz ROLANDO QUADRI: — "...la materia del diritto penale internazionale è da individuare attraverso la natura dei compiti che la legislazione penale risolve". No entender deste último, o *direito penal internacional* não se deve limitar ao estudo dos problemas dos limites internacionais da pretensão punitiva do Estado ou da eficácia internacional da lei penal, ou do reconhecimento das sentenças penais estrangeiras, ou, ainda, da colaboração entre Estados em matéria criminal e em particular, do instituto da extradição, mas completar-se com o capítulo relativo à tutela penal dos interesses estrangeiros e internacionais (34).

5 — DONNEDIEU DE VABRES dá como fundamento do *direito penal internacional* a "*necessidade*" — "*necessidade evidente*" — "*de uma colaboração dos Estados para vencer a criminalidade internacional*". Após acentuar que as crescentes facilidades das comunicações, os progressos do automobilismo e da aviação, têm pôsto à disposição dos malfeitores muitos meios de transpor as fronteiras e fugir às buscas das polícias nacionais, ao mesmo tempo que se organizam e multiplicam quadrilhas internacionais de criminosos, sobretudo para a perpetração de "*delitos sociais*", tais como o tráfico de mulheres, a fabricação e a emissão de moedas falsas, etc., conclui o ilustre professor de Paris: — "*Il est urgent qu'à l'internationalisme du crime s'oppose l'internationalisme de la répression*" (35).

6 — Muito controvertida tem sido, em doutrina, a posição do *direito penal internacional* e sua classificação no quadro das ciências jurídicas.

Considera-o NINO LEVI "um ramo do direito interno em matéria internacional". E explica: — "Sendo a pena uma bem definida consequência jurídica do direito interno, em nenhum caso

(32) LE FUR, op. cit., pág. 17.

(33) NINO LEVI, op. cit., pág. 12.

(34) ROLANDO QUADRI, op. cit., págs. 3 e 4.

(35) DONNEDIEU DE VABRES, op. cit., pág. 1.

se pode falar de direito “*penal*” nas relações entre Estados; ainda que se pense, de fato, na admissibilidade de uma responsabilidade penal das pessoas jurídicas, e qualquer que seja o augúrio que se faça sobre o futuro de um direito internacional repressivo dos fatos ilícitos dos Estados, numa sanção de direito internacional jamais se poderá reconhecer uma “*pena*”. Por outro lado, o complexo de providências, repressivas ou preventivas, aplicadas à “luta contra a criminalidade internacional”, não se identifica com o direito penal; enquanto isso, não há dúvida que para a solução dos problemas práticos da prevenção e repressão penal nas relações internacionais concorram sobretudo convenções de caráter administrativo (acordos de polícias, permuta de dados de identificação, informações, etc.) (36).

ROLANDO QUADRI refuta a concepção *internacionalística* do direito penal internacional e o classifica como “*ramo do direito externo*”. E remata: — “Para nós, pois, os raros ramos do direito interno em matéria internacional são caracterizáveis mediante aqueles mesmos critérios que servem para caracterizar os poucos ramos do direito interno, no sentido de que todo ramo do direito interno vem a constituir objeto de consideração *internacionalística* em relação às tarefas conexas com a vida internacional, que êle resolve” (37).

Por sua vez, GIULIO DIENA entende que o *direito penal internacional* faz parte do direito internacional geral, e assim explana seu pensamento a respeito: — “Quanto ao direito penal internacional, há quem considere oportuno estudá-lo conjuntamente com o direito internacional privado, porque tanto num como noutro entram em jôgo interesses e direitos individuais, cuja aplicação compete aos magistrados dos distintos Estados e a ciência do direito internacional privado se refere aos conflitos de leis, sem distinção entre leis *civis*, *comerciais* ou *penais*. À primeira razão pode opor-se que os interesses dos particulares entram em ação, não só no que respeita a matérias relativas ao direito privado ou ao penal, senão também a respeito de matérias que pertencem sem dúvida alguma ao direito público internacional, como sucede, por exemplo, quando se trata de decidir se uma mercadoria de propriedade privada, seqüestrada a bordo de determinado navio durante uma guerra, pode ou não confiscar-se por um beligerante a título de contrabando de guerra. Quanto à segunda razão, não é exato que os magistrados nacionais sejam chamados a pronunciar-se unicamente nas relações internacionais acêrca de controvérsias de direito privado ou penal, porque dêles podem emanar decisões também para controvérsias relativas ao direito

(36) NINO LEVI, op. cit., págs. 1-2.

(37) ROLANDO QUADRI, op. cit., pág. 3.

internacional público (por exemplo, sentenças sôbre prêsas e sentenças relativas às prerrogativas dos agentes diplomáticos, etc.). E no que concerne à última razão, tenha-se em conta que os conflitos de leis assumem um caráter distinto segundo toquem ao direito privado ou ao penal: no primeiro caso, concernem especialmente a interesses privados e se referem aos Estados como tais, considerando-os sômente do ponto de vista de sua função legislativa; no segundo, os conflitos de leis põem em jôgo essencialmente interesses sociais, porque a função repressiva, como também os deveres do Estado e os direitos dos indivíduos, a tal respeito, entram no campo do direito público. Ademais, existem certos atos no exercício da função repressiva, como a extradição, que não podem efetuar-se sem que intervenham relações entre Estados. Finalmente, convém notar que as questões de direito penal internacional, diversamente das do direito internacional privado, não consistem, via de regra geral, em decidir qual a lei que deva aplicar-se em cada caso concreto, senão essencialmente em determinar qual a autoridade competente entre as várias autoridades judiciais de diversos Estados, segundo o princípio geral de que nenhum magistrado pode pronunciar uma pena que não esteja fixada pelas leis de seu próprio Estado, ainda que seja um estrangeiro o julgado, e ainda quando se trata de delito cometido no estrangeiro. Em virtude do exposto — remata o eminente professor de Pavia, — pode-se concluir que o *direito penal internacional* não deve ser reputado como uma parte do direito internacional privado. Aquêlo, igualmente a êste, constitui um ramo independente do direito internacional em geral, suscetível de especial estudo". Nota ainda que "tudo quanto diz respeito à repressão penal tem indubitavelmente caráter de *direito público*" (38).

A propósito, comenta e opina SALVATORE ADINOLFI: — "Esta disciplina se acha estudada em parte nas obras dos criminalistas e em parte nos tratados de direito internacional. O maior número das monografias estuda a extradição. Por tradição ela ocupa o pôsto no direito internacional privado, sob o qual os autores costumam compreender leis civis — comerciais — judiciárias — penais. Mas já tem sido salientando que a parte privada do direito internacional não pode compreender a *penal*. DIENA há muito desenvolveu claramente êste ponto, observando, além do mais, que em matéria penal os conflitos de leis põem em jôgo interesses essencialmente sociais, porque a função repressiva, como, de resto, os deveres do Estado e os direitos dos indivíduos a êsse respeito, entram no campo do direito público. Do que resulta que o *direito*

(38) GIULIO DIENA, op. cit., págs. 32 a 34.

internacional penal não pode, de nenhum modo, confinar-se no privado e deve ter um tratamento *autônomo*" (39).

Para DONNEDIEU DE VABRES "*o direito penal internacional é um ramo do direito público*". "Ele regula, com efeito, as relações do Estado com indivíduos, em face das quais tem por objeto delimitar a intervenção de seus tribunais, a aplicação de suas leis, o efeito de seus julgamentos". Acrescenta que "*o direito penal internacional*, — ao menos no estado atual de seu desenvolvimento — pertence ao *direito interno*", pois, "hoje, com efeito, cada Estado fixa unilateralmente, soberanamente, para uso de seus tribunais, suas regras de competência judiciária e legislativa" (40).

JIMÉNEZ DE ASÚA assim resume e critica essas várias tendências, para manifestar, afinal, sua autorizada opinião: — "Segundo concebamos o *Direito penal internacional* com um ou outro conteúdo, dar-lhe-emos pôsto diferente no sistema jurídico. Os que o fazem exceder de seu próprio caráter de regras sôbre a lei penal no espaço, o consideram como parte do direito internacional. Assim opinam, por exemplo, DIENA e VON LISZT (Tr., vol. II, pág. 105) (41). De sua parte, LAINÉ e WESTLAKE o relacionam com o direito internacional privado, e VON BAR, DESPAGNET-DE-BOECK e PELLA (pág. 236) o consideram como um dos ramos do Direito internacional público. Diversamente, FLORIAN acha que "o Direito penal internacional pertence ao Direito penal e não ao internacional" (*Parte geral*, I, pág. 218). Com muito melhor critério — e sem que o elogio da sistemática alcance as denominações por êle escolhidas — ANTONIO SANCHEZ DE BUSTAMANTE diferencia, ...quanto ao conteúdo e colocação dos ramos jurídicos, o "*Direito penal internacional*", que faz parte do Direito internacional privado, e o "*Direito internacional público penal*", que entra na esfera do Direito internacional público. Achamos expressado nosso critério nestas serenas e penetrantes palavras de DONNEDIEU DE VABRES, que situa exatamente o *Direito penal internacional* entre as ciências jurídicas: — "Não se deve isolá-lo nem do Direito internacional privado, nem do Direito internacional público; porém não se deve confundi-lo com nenhuma dessas disciplinas. Apresenta com o Direito internacional

(39) ADINOLFI, op. cit., pág. 11.

(40) DONNEDIEU DE VABRES, op. cit., pág. 3.

(41) JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., tomo 2.º, pág. 625. — Todavia, é de notar-se que o mesmo von LISZT, no seu *Direito Internacional Público* revisito por Max Fleischmann, assim se expressa: "El supuesto Derecho penal internacional no pertenece al Derecho internacional. Contiene normas interiores de cada Estado sobre la extensión territorial de las leyes penales." — (*Derecho Internacional Público*, ed. espanh., Barcelona, 1929, pág. 317, § 44).

privado uma certa comunidade de origem, uma semelhança de método... Porém o *Direito internacional privado* só supõe em presença interêsses particulares, e, diversamente, o Direito penal internacional põe em relação direta os indivíduos e o Estado. O primeiro pertence ao Direito privado; o segundo é um ramo do Direito público. Sem dúvida, também o Direito penal internacional está, com o *Direito internacional público*, em comunicação constante". Porém "o Direito internacional público é um direito *internacional*: na medida em que possui um valor positivo, auctore-o de acordos estabelecidos entre os Estados. Ao passo que no estado atual das relações internacionais, o Direito penal internacional positivo é o fruto de uma elaboração *unilateral*. Existem tantas jurisprudências como Estados interessados em regular suas relações de direito criminal com o estrangeiro. Hoje, o *Direito penal internacional* é um direito *interno*. Sem dúvida, chegará um dia em que, feito o acôrdo universal sôbre a repartição de competências penais, se lhe deverá reconhecer uma natureza diferente. Porém, no ponto atual de seu desenvolvimento científico, é impossível ver-se nêle mais do que um capítulo do *Direito criminal*" (42).

Como se vê, o problema da classificação do *direito penal internacional* no sistema geral das ciências jurídicas, oferece múltiplas dificuldades e está longe das possibilidades de qualquer acôrdo entre os autores.

A causa principal disso é a que bem salientou NINO LEVI: — "*il diritto penale internazionale appartiene ad una di quelle zone di confine tra le varie discipline giuridiche che più facilmente danno luogo ad una specie di conflitto di competenza tra gli studiosi*" (43).

7 — Segundo justamente observa o ilustre ASÚA, os problemas de *direito penal internacional* sômente surgem quando coexistem vários Estados. Por isto mesmo, no direito romano não se apresentaram nem se resolveram questões de limites espaciais do poder punitivo. Só se começou a discutir a applicabilidade das leis penais em relação ao *locus commissi delicti* quando se formaram *pequenos e autônomos territórios estatais*, dotados de soberania própria e competência penal (44).

De modo geral — informa êle — os povos antigos respeitaram o princípio da *territorialidade* das leis punitivas e para isso influía preponderantemente o conceito de *cidade*, o espírito de *cidadania*, de raça e de religião, encarnados na *Cidade* e que a tudo mais sobrepujava. Assim na velha Grécia, absorvida pelo

(42) Idem, idem, págs. 625 a 626.

(43) NINO LEVI, op. cit., págs. 6-7, nota 22.

(44) JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., tomo 2.º, pág. 628.

sentimento de *nacionalidade* e onde os estrangeiros eram considerados como inimigos e como bárbaros. Assim em Roma, onde o orgulho nacional a levava a considerar seu território como inviolável, sem reconhecer igual direito aos demais povos, e era absolutamente incontrastável o prestígio da lei romana. E, porque o cidadão romano ficava sempre sujeito à lei romana, ainda que houvesse cometido o delito fora de seu território, é deduzível que não só a *territorialidade das leis penais* foi, ali, efetivamente defendida como princípio representativo do poder romano, mas também a *personalidade da lei de Roma*. No direito germânico as leis conservavam *caráter pessoal*, de modo que cada indivíduo era julgado e punido no território estatal, segundo as leis da raça, clã ou nação a que pertencia.

Na alta Idade Média preponderou durante largo tempo o princípio de que a *lei penal era pessoal*: — “*quilibet est subditus legibus patriae suae et extra territorium*”: E, conquanto mais tarde, na Idade Média italiana, houvesse adquirido importância o *princípio da territorialidade das leis penais*, todavia, o princípio da *personalidade* foi mantido pelos escritores medievais. “Consideraram o cidadão vinculado às leis de seu próprio país, e atribuíram ao Estado potestade de punir seus próprios súditos por atos cometidos no estrangeiro, inclusive contra estrangeiros, já porque o juiz do lugar do delito não houvesse diligenciado castigar a ofensa, já porque o lugar do delito não podia gerar um vínculo de sujeição jurídica. A potestade jurisdicional do Estado nacional do réu, até para os atos cometidos no estrangeiro, foi geralmente admitida pelos *práticos*, para os quais as leis do Estado eram consideradas com caráter *pessoal*. Sem embargo, também trataram de solucionar casos de *territorialidade de lei punitiva*, vale dizer, o problema de *delitos cometidos em território nacional por um estrangeiro*”. Mais tarde, o advento das monarquias absolutas favoreceu o estabelecimento do *princípio territorial*, no sentido da aplicação geral da lei punitiva no território do Estado, mas “tendo como base a ficção de uma *quase-cidadania*, pela qual se considerava que o estrangeiro havia aceitado a lei do lugar pelo fato mesmo de seu delito” (45).

No início da Idade Moderna prepondera o *princípio territorial*. SUÁREZ sustenta que “a lei do território obriga aos forasteiros e hóspedes, enquanto moram ali em consciência, e do mesmo modo que obriga aos moradores” (*De legibus*, III, 33, 3). Mais tarde, na segunda metade do século XVIII, CESARE BECCARIA abraça a doutrina da personalidade das leis punitivas e sustenta que “a lei nacional deve seguir o cidadão como a sombra o corpo”. E esse parece que era também o critério imperante no antigo direito

(45) Idem, idem, op. cit., tomo 2.º, págs. 626, 627 e 628.

francês — escreve ainda ASÚA, explicando: — “as leis penais tinham caráter *pessoal*, pôsto que seguiam os franceses em qualquer parte onde residissem, do mesmo modo que as que regulavam seu estado e capacidade. Os estrangeiros que residiam no território do reino podiam — sem embargo — ser também, em certos casos, julgados pelos tribunais franceses por crimes cometidos fora das fronteiras da França. Em suma: a extensão da autoridade da lei penal fora do território parecia ser o traço característico da antiga legislação francesa” (46).

A Revolução francesa, consagrando, como diz ADINOLFI, os direitos do homem e a igualdade das nações, proclamou também estas duas máximas: “*Todo réu deve ser julgado no lugar do delito e por seus juizes*” e “*a nenhum outro Estado é permitido estender sua jurisdição contra êle*” (47). Prevalece, assim, o princípio da territorialidade das leis penais, que parece decorrer, ainda, do silêncio do Código Penal francês de 1791, mas se afirma positivamente no decreto de 3 de setembro de 1792, em termos como estes: — “*les peines ne doivent avoir lieu que là ou les crimes ont été commis*” ... “*il ne sera retenu sur les galères de France aucun étranger condamné pour crimes commis hors du territoire de France*” (48). Voltou, porém, a preponderar a doutrina da personalidade da lei, com o Código de 3 do brumário do ano IV, cujo art. 2 rezava: — “*Tout français qui s'est rendu coupable, hors du territoire de la République, d'un délit auquel les lois françaises infligent une peine afflictive ou infamante, est jugé et puni en France lorsqu'il y est arrêté*”. Essa mesma doutrina foi mantida — apesar da oposição de Treilhard — no art. 7.º do Código de Napoleão, *in verbis*: — “*Tout français qui se sera rendu coupable hors du territoire du royaume d'un crime contre un français pourra, a son retour en France, y être poursuivi et jugé, s'il n'a pas été poursuivi et jugé em pays étranger et si le français offensé rend plainte contre lui*” (49).

As legislações penais contemporâneas ou vigentes nos países europeus e americanos, em geral, adotam como princípio a territorialidade e como complementos a nacionalidade e a proteção, como, ainda, em certos casos, a comunidade de interesses. Entretanto a do Terceiro Reich alemão adotou por sistema básico o princípio da personalidade (50).

8 — Como já vimos pelo desenvolvimento dado à matéria no tocante à sua evolução histórica, vários sistemas, doutrinas ou teorias dividem as correntes do pensamento jurídico universal,

(46) Idem, idem, op. cit. tomo 2.º, páginas 632. 633.

(47) ADINOLFI, op. cit., pág. 40.

(48) Idem, idem, pág. 41.

(49) Idem, idem, págs. 41-42; — ASÚA, op. cit., tomo 2.º, pág. 633.

(50) JIMÉNEZ ASÚA, op cit., tomo 2.º, págs. 641 e 655.

no que concerne ao problema do efeito da lei penal no espaço, a saber:

I) — Sistema da *territorialidade absoluta da lei penal*. Funda-se na competência do *forum delicti commisi*. Consiste na afirmação de que aos diversos Estados da *Magna Civitas* corresponde o direito de jurisdição apenas em relação aos delitos cometidos em seu território. A respeito dêle explana COELHO RODRIGUES: — “É quase um axioma o princípio de que o direito penal, como atributo da soberania, não lhe deve transpor as divisas. Onde fôr infringida a ordem social, aí tem de ser reparada: 1.º), porque sem ordem pública não há garantia de direitos privados ou públicos. O Estado, não podendo consentir que cada um dos seus jurisdicionados se faça justiça, principalmente em matéria penal, assume a obrigação de castigar todo malfeitor; 2.º), porque a repressão deve ser exemplar tanto para o delinqüente como para o meio onde se desenrolou o fato, a fim de que a impunidade não sirva de propaganda da facilidade com que a lei se transgride; 3.º), porque o local da infração é onde se encontra a prova, os antecedentes são conhecidos, as testemunhas residem, mais facilmente pode o infrator defender-se e a justiça pública colher os elementos para a sua ação repressiva (51). Este sistema — ensina JIMÉNEZ DE ASÚA — afirma que a lei penal de um Estado deve aplicar-se a todos os delitos cometidos em seu território, sem atender à nacionalidade do autor nem à do titular do bem jurídico lesado. Em sua: a lei penal do país se aplica a todo o que nêle se ache — cidadão ou estrangeiro — e que cometa um ato punível no território estatal contra um bem jurídico qualquer, pertença êle a um cidadão ou a um estrangeiro. Salienta, ainda, o douto criminalista: a) — que no sistema *territorial* é ponto decisivo o lugar onde o delito se cometeu, o qual determina a aplicabilidade da lei punitiva; e o conceito jurídico de território delimita o âmbito em que a lei do país pode aplicar-se: *leges non obligant extra territorium*; b) — que o princípio da territorialidade se legitima pela consideração de que o Estado — salvo em casos excepcionais — não tem necessidade nem interesse em proibir penalmente os atos cometidos fora de seu território, porque a existência simultânea de outros Estados, com seus respectivos ordenamentos jurídicos, permite estabelecer as fronteiras da repressão penal que cada um dêles exerce em seu próprio território; c) — que, em contraposição, a exclusividade do princípio territorial leva a estabelecer que os delitos perpetrados fora do território não são puníveis pela lei do país; d) — que êsse princípio, em seu sentido absoluto, conduziria a verdadeiras monstruosidades

(51) MANOEL COELHO RODRIGUES, *A Extradicação*, Rio de Janeiro, 1930, págs. 11-12.

jurídicas, que têm tratado de evitar os códigos, ao proclamá-lo como base de seu regime espacial (52).

II) — *Sistema da personalidade da lei penal*. Também denominado *princípio de sujeição* ou *princípio da nacionalidade*, êsse sistema consiste, segundo GARRAUD, na afirmação de que a lei penal é *pessoal*: impõe-se a todos os nacionais, seja qual fôr o lugar em que a infração tenha sido cometida (53). Nêle predomina o critério da *nacionalidade*, no sentido e sob o fundamento de que o cidadão se acha sempre submetido à lei de seu país e lhe deve obediência, mesmo em território estrangeiro (54).

Todavia, como em sua forma *pura*, ou *absoluta*, o princípio *pessoal* conduz à inconveniente consequência de que a lei penal do lugar, mesmo no território do Estado, só é aplicável aos seus nacionais, e não também aos estrangeiros que ali residam ou se achem, criou-se, doutrinariamente, a ficção do "*subditus temporarius*", por virtude da qual, para os efeitos jurisdicionais da lei penal, os estrangeiros, durante sua permanência no território do Estado se consideram *súditos temporários* do mesmo e, por assim, obrigados ou sujeitos à lei local (55).

O sistema da *personalidade*, — fundado na regra "*Quilibet est subditus legibus patriae suae et extra territorium*", — se desdobra em duas modalidades, conhecidas por *princípio de personalidade ativa* e *princípio de personalidade passiva*. Na primeira, a lei penal de um Estado se aplica ao nacional que delinqüe no estrangeiro, seja qual fôr o titular do bem jurídico lesado, isto é, seja êle também nacional do Estado a que pertença o delinqüente, ou natural de outro qualquer Estado estrangeiro. Na segunda, a lei do Estado só se aplica ao cidadão que delinqüe no estrangeiro, quando a lesão punível tiver por objeto um bem jurídico de seu próprio Estado ou de seu concidadão (56).

Observa, com razão, JIMÉNEZ DE ASÚA que o princípio da *personalidade passiva* reveste com mais propriedade um aspecto do *princípio real*, ou de *proteção* (57).

III) — *Sistema de proteção dos interesses nacionais*, também chamado simplesmente *princípio de proteção* ou *princípio real*. Funda-se êle no pressuposto jurídico-político de que o Estado tem o direito e o dever de proteger e defender todos os bens

(52) JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., tomo 1.º, pág. 652.

(53) R. GARRAUD, *Compêndio de Direito Criminal*, trad. port. de A. T. de Menezes, Lisboa, 1915, tomo 1.º, pág. 127.

(54) JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., tomo 2.º, pág. 653.

(55) Idem, idem, tomo 2.º, pág. 653.

(56) GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro*, Parte Geral, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1932, pág. 77; — DIENA, op. cit., págs. 329-330.

(57) JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., tomo 2.º, pág. 654.

ou interesses jurídicos seus ou de seus nacionais; de modo que a aplicabilidade da lei penal se determina pelo critério da *nacionalidade do bem jurídico lesado* pela ação delituosa, pouco importando que esta se haja verificado no território nacional ou no estrangeiro (58). Aludindo à variada justificação teórica do sistema *real*, cuja tradição é antiga, informa ASÚA que a idéia que se apresenta mais espontaneamente ao espírito de seus postulantes e cuja permanência vem de longa data é a de que o Estado ameaçado exerce um direito natural de *legítima defesa*, — idéia essa que, nos tempos recentes, tem tido enorme desenvolvimento, sobretudo servindo para explicar o princípio de proteção contra os *delitos políticos*, mas com acentuada extensão aos delitos de direito comum (59).

Segundo DONNEDIEU DE VABRES, a idéia de que a proteção dos interesses do Estado deve regular a competência de seus tribunais repressivos exerceu papel importante na doutrina alemã desde meados do século XIX e teve, ali, como em outros países, defensores ilustres, como BERNER, ARNOLD, WÄCHTER, HEINZE, PESSINA, BINDING, VON LISZT, etc. Não obstante, o eminente professor da Universidade de Paris critica e combate a doutrina *realista*, reputando-a egoística e fundada em postulados contrários à verdade (60).

Um dos aspectos desse sistema é o que assenta, especialmente, na aplicação da “*teoria do resultado*” e segundo o qual, na clássica concepção de VON LISZT, o caráter da ação é determinado *pelo resultado produzido* ou que se teve em mira produzir; de modo que a aplicação da lei penal do Estado não se justifica apenas quando se trate de delito cometido em seu território, mas ainda quando nêle se produzirem os *efeitos* ou *resultados* de um delito praticado em território estrangeiro. Essa concepção, de grande voga na doutrina alemã e adotada no Projeto do Código Penal alemão de 1926-1927 (al. 1 ao § 8.º), mereceu a adoção do eminente Desembargador VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, no art. 9 do seu *Projeto de Código Penal Brasileiro*, in verbis: — “O crime, cometido no estrangeiro se reputa cometido no país, quando neste os seus efeitos se produzem. — A tentativa cometida no estrangeiro se reputa cometida no país, quando era intenção do delinqüente que neste os seus efeitos se produzissem” (61).

(58) GALDINO SIQUEIRA, op. cit., tomo 1.º, pág. 78; — ASÚA, op. cit., tomo 2.º, pág. 655; — DONNEDIEU DE VABRES, op. cit., págs. 25 e segts.

(59) ASÚA, op. cit., tomo 2.º, págs. 655-656; — DONNEDIEU DE VABRES, op. cit., pág. 87.

(60) DONNEDIEU DE VABRES, op. cit., páginas 91-92.

(61) VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA (Desembargador), *Código Penal Brasileiro*, in *Suplemento (Artigos Originaes) do Arquivo Judiciário*, anexo ao volume IX, n.º 6, de março de 1929; — COELHO RODRIGUES, op. cit., páginas 12-13.

GIULIO DIENA, justificando a orientação adotada pelo legislador italiano, argúi a tese das *duas competências do Estado*: a *principal* e a *accessória*. Diz êle: — “Há que reconhecer que todo Estado, na repressão dos delitos, tem uma competência *principal* e outra *accessória*. A competência principal existe não só a respeito de todos os delitos cometidos no seu território, como também para os delitos cometidos no estrangeiro, *mas que se dirijam contra a integridade política ou econômica do mesmo Estado*. Para os delitos desta última espécie, o elemento da territorialidade resulta do fato de que o ato delituoso tende a abater ou prejudicar algumas instituições necessárias ao Estado ou ao seu funcionamento dentro de suas fronteiras territoriais; corresponde, portanto, de maneira principal, ao Estado *diretamente* ofendido por um desses delitos a competência para reprimi-lo. Por isto, o Código penal italiano de 1889 estabelece (art. 4), que para os delitos desta natureza o julgamento, ainda que realizado no estrangeiro, pode reproduzir-se na Itália, se o Ministro da Justiça o requer, salvo o cômputo da pena já sofrida no país estrangeiro (art. 8). A competência *accessória* existe ou pode existir quando o autor de um delito cometido no estrangeiro se encontre no território do Estado, uma vez que a sua só presença aí é causa de alarma para a sociedade. Com efeito, é tal presença que, prescindindo dos casos em que existe competência principal, constitui, de conformidade com os arts. 5 e 6 do Código penal italiano de 1889, a condição necessária para poder proceder contra um individuo que cometeu um delito em país estrangeiro” (62).

IV) — *Sistema da universalidade do direito de punir*, também chamado “*princípio da justiça mundial*” ou “*sistema da extraterritorialidade absoluta da lei penal*”. “Baseado na universalidade do crime e no dever repressivo por parte do Estado, onde quer que seja encontrado um delinqüente”, e “partindo do conceito da solidariedade que existe entre todos os Estados, deduz a consequência de atribuir a cada um deles o direito de jurisdição sobre qualquer delito que se tenha cometido em qualquer parte do mundo”, isto é, “cada Estado, em nome da comunhão internacional e cultural que representa, toma a si o encargo de punir, pelo menos subsidiariamente, todos os delinqüentes que apreende, quaisquer que sejam os crimes e onde quer que tenham sido praticados”. Assim o conceituam COELHO RODRIGUES (63). GIULIO DIENA (64) e GALDINO SIQUEIRA (65).

(62) DIENA, op. cit., pág. 330.

(63) COELHO RODRIGUES, op. cit., págs. 8-9.

(64) DIENA, op. cit., pág. 329.

(65) GALDINO SIQUEIRA, op. cit., tomo 1.º, pág. 77.

Alguns autores, como GARRAUD, o denominam, também, “*sistema da ubiqüidade da lei penal*”: à ubiqüidade do delito deve corresponder a ubiqüidade da repressão (66).

Comenta GEORGES SCELLE que, em verdade, essa doutrina, cuja aplicação começa a ser feita em vários códigos estatais e a receber apoio dos mais eminentes juristas, está longe de ser nova, pois já havia sido expressada por GROTIUS, numa famosa sentença, tão sintética quão admirável, ao dizer que os Estados têm a obrigação “*aut dedere, aut punire*”. E remata: — “Extrader ou punir, tel est le dilemme que poisait déjà au XVII^{ème} siècle celui qu’on a nommé à juste titre le père du Droit des Gents parce qu’il en concevait intuitivement la signification profonde à l’époque même où l’exclusivisme étatique triomphant cherchait à l’étouffer. Livrer ou punir, extrader ou juger, *c’est la formule même du dédoublement fonctionnel* et l’affirmation de la solidarité internationale” (67).

ADINOLFI, depois de aludir ao velho princípio do *territorialismo*, — fundado na onipotência da soberania e por virtude do qual cada Estado limitava a repressão nos lindes de seu âmbito, rejeitando todo concurso à persecução dos malefícios consumados no exterior, — em contraste com o hodierno panorama da *sociedade internacional*, onde os povos não vivem mais no isolamento; antes, impelidos pelo maravilhoso desenvolvimento dos meios de transporte e de comunicação e iluminados pelas correntes do pensamento, tendem sempre a aproximar-se, unir-se e fraternizar, — expõe que essa mesma sociedade internacional (“*Magna Civitas*”), como todo organismo dotado de vida própria, deve poder conservar e desenvolver sua existência; e, dado que os delitos, conquanto praticados nos limites de um território, conturbam tôda a família humana, ofendem a consciência universal e abalam a noção de segurança tão necessária às relações internacionais, circunstâncias essas que se agravam com o espetáculo da impunidade, “a *Magna Civitas* tem o direito de pretender que cada Estado exercite a repressão de modo que o delito seja punido e que, segundo BECCARIA, não fique ângulo da terra onde o criminoso possa achar refúgio”. “A êste princípio” — remata o jurista italiano — “se liga a teoria do *cosmopolitismo*. WOLF a inaugurou, inspirando-se em Cícero; seguiram-na os criminalistas...” (68). Entre os autores que a esposaram, menciona ANTHON MATTEI e PINHEIRO-FERREIRA, de quem reproduz êstes conceitos: — “As lei penais não punem o criminoso porque, ao cometê-lo, afrontou tal ou qual país com o seu crime, mas porque ofen-

(66) GARRAUD, op. cit., tomo 1.º, pág. 127; — ASÚA, op. cit., tomo 2.º, pág. 657.

(67) GEORGES SCELLE, op. cit., pág. 958.

(68) ADINOLFI, op. cit., págs. 4, 5 e 6.

deu, na pessoa de sua vítima, a humanidade inteira. É, pois, punível por todos os tribunais, e, em tôda parte, o Ministério Público deve impor-se o dever de citá-lo perante o poder de seu país, cujas leis e cujos magistrados êle insultou, acreditando que, pela impunidade que lhe concederiam, se tornariam cúmplices de seu crime" (69).

Com respeito ao chamado "*princípio da justiça mundial*", ou "*universal*", em que se funda tal sistema, comenta JIMÉNEZ DE ASÚA que o Estado, que, firmado nessa doutrina, exercesse sua competência *universal*, não reivindicaria um direito soberano *próprio*, em face do ato que reprimisse ou perante seu autor, não obraria em defesa de seus interesses, mas apenas interviria, na falta de outro Estado, para evitar, no interesse humano, a escandalosa impunidade dos autores dos delitos; e como, assim, essa intervenção teria apenas um caráter *subsidiário*, no dizer de MIKLISZANSKI, pois só se manifestaria quando o Estado julgador tivesse o delinqüente em seu poder, seria mais próprio, então, falar-se de um *Direito penal de representação*, bem desenvolvido já por VON CLERIC e que assume mais exata referência quando se trata de punir o nacional que delinqüiu fora e que se refugiou em seu país (70).

Vários escritores ilustres se têm manifestado partidários dêsse sistema, especialmente entre os alemães, podendo mencionar-se, além de outros, GEYER, HAINZE, MOHL, HANBurger, HÄLSCHNER e os italianos CARRARA, FLORIAN, FERRI, etc.

Ensina DONNEDIEU DE VABRES (e com êle o mesmo ASÚA) que o aludido sistema da *universalidade do direito de punir* teve sua origem num texto do Código de Justiniano, C. III, 15, *Ubi de criminibus agi oportet*, 1, que, determinando as atribuições, em matéria penal, dos governadores do Império, dava, ao mesmo tempo, competência ao tribunal do lugar onde se perpetrou o delito e ao do lugar da detenção do culpado (*judex deprehensionis*) (71).

O aludido sistema tem tido, na doutrina, defensores e adversários. É apresentado por certos publicistas como sendo o sistema do futuro: "a repressão" — dizem êles — "não pode ser eficaz senão sob a condição de ter um caráter internacional, pois que o progresso da civilização tem internacionalizado o crime". Neste sentido, como informa GARRAUD, é a comunicação de FEUILLOLEY feita ao Congresso nacional de direito penal em 8 de junho de 1905 sôbre os "*Meios práticos de assegurar a repressão dos cri-*

(69) ADINOLFI, op. cit., pág. 7.

(70) ASÚA, op. cit., tomo 2.^o, pág. 657.

(71) DONNEDIEU DE VABRES, op. cit., pág. 135; — ASÚA, op. cit., página 657.

mes e delitos internacionais" (*Journ. de droit int. privé*, 1905, págs. 785 a 796) (72).

Alega-se, outrossim, que a prática dessa doutrina importa a negação ou supressão do *asilo territorial* (73).

Em contrário, sustenta VON LISZT, citado por GALDINO SIQUEIRA, que ela esquece a profunda diferença das leis penais mesmo entre Estados vizinhos; obriga o juiz a aplicar o direito estrangeiro, que lhe é desconhecido; não dá o devido aprêço às dificuldades de um processo penal, em que não se pode colher imediatamente a prova, e, apesar de tudo, não dispensa à ordem jurídica muito maior proteção do que a que resulta da expulsão do estrangeiro suspeito ou expatriado (74).

Mais veemente e severa é, a respeito, a crítica de COELHO RODRIGUES: — "Essa doutrina, que é a da escola italiana, pontificada pelo grande criminalista CARRARA e seguida por PINHEIRO DA FONSECA no seu *Curso de Direito Público*, repousa simplesmente na concepção de que "o Estado é o representante dos interesses gerais da humanidade", o que em nossos dias acabaria sendo a consagração do comunismo da IIIª Internacional e do sovietismo. Condena a extradição tanto na essência, como na prática. Desde que tenha havido uma infração às regras da justiça absoluta, nada há que ver com êste ou aquêle local onde os efeitos da violação repercutiriam, e sòmente se atende ao local onde se encontrar o infrator, para aí mesmo ser julgado pelos respectivos tribunais. Tal doutrina do Estado-humanidade de modo nenhum se coaduna com a realidade dos fatos, como muito bem ensina MAURICE BERNARD: "Quem diz Estado, diz personalidade dotada de vida própria... tendo costumes, aspirações, necessidades, portanto interesses particulares, dotada de uma legislação harmônica com êsses interesses e correspondente a tais necessidades... No dia em que não houver mais nada a considerar além da humanidade, será porque não haverá mais Estados; mas, enquanto êstes existirem, é falso dizer que representam a humanidade". O segundo fundamento dessa doutrina da *extraterritorialidade absoluta*, como diz SAINT-AUBIN, "não encerra senão uma parte da verdade; é exato dizer que o crime cometido em um Estado não deve deixar indiferentes as outras nações; que tal crime não violou sòmente uma ordem jurídica determinada, dita pela lei de um certo país, mas ainda a ordem considerada em si própria. Seria bem isso uma razão suficiente para dar a competência especial e principal ao Estado onde se refugiou o delinqüente?" (75).

(72) GARRAUD, op. cit., tomo 1.º, pág. 127, nota 1.

(73) DONNEDIEU DE VABRES, op. cit., pág. 137.

(74) GALDINO SIQUEIRA, op. cit., tomo 1.º, pág. 77.

(75) COELHO RODRIGUES, op. cit., pág. 9.

Considera-o, por seu turno, GIULIO DIENA “um sistema absolutamente inaceitável, não só pelas dificuldades práticas que se encontrariam em sua aplicação, como também sob o ponto de vista dos princípios jurídicos”, pois, “com efeito, não se pode prescindir das diferenças que existem entre as leis penais dos distintos Estados, nem se pode admitir que todos os Estados tenham o mesmo interesse na repressão dos delitos, ou que todos se encontrem nas mesmas condições para realizar na devida forma os atos inerentes à administração da justiça por qualquer delito em qualquer parte e por qualquer pessoa “praticado”, sendo, ademais, “um sistema que falha em sua própria finalidade, porque os delinquentes, devido mesmo à enorme multiplicidade de jurisdições competentes, lograriam com facilidade escapar a cada uma dessas” (76).

Igualmente, considera ASÚA que a doutrina da *justiça mundial*, conquanto reputada por alguns escritores como “um conceito generoso e sedutor”, parece ainda muito distante, porque supõe uma igualdade de civilização e uma unidade de legislação que muito tardará para conseguir-se”. A seu ver, “nesta hora é inaplicável como doutrina absoluta, e só pode defender-se, como *princípio complementar da territorialidade*, para aquêles delitos que lesem a comunidade de interesses”. Reconhece, não obstante, que, “em nossos tempos, essa tese vem tomando perspectivas novas, pois, por um lado se fala da *unificação do Direito penal* e se procura obtê-la em certa medida e em determinados setores de suas disposições, e, por outro lado, se insistiu, no após-guerra anterior, e se conseguiu no de agora, com um duro exemplo, instaurar um verdadeiro *Direito penal internacional*” (77).

9 — Na grande maioria das legislações penais dos Estados modernos vigora o sistema da *territorialidade da lei penal*, quando não em sua forma pura ou absoluta, ao menos predominantemente, atenuado, misto, ou combinado, em certos casos, com outras fórmulas complementares ou subsidiárias. É o adotado, como informa DIENA, na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, salvo o caso de algumas limitações e exceções acêrca de certos delitos especiais (78). Sua adoção foi, ainda, patrocinada e aprovada pelo Instituto de Direito Internacional, na 6.^a Regra da Reunião de Oxford, em 1880, onde se preconizava “a jurisdição do *forum delicti commissi*” (79).

Informa JIMÉNEZ DE ASÚA que em vários códigos penais vigentes na Europa e na América se tem reconhecido, como prin-

(76) DIENA, op. cit., pág. 329.

(77) ASÚA, op. cit., tomo 2.^o, pág. 659.

(78) DIENA, op. cit., pág. 329.

(79) COELHO RODRIGUES, op. cit., pág. 12.

cípio, a *territorialidade*, e como complementos a *nacionalidade* e a *proteção*, e, em certos casos, a *comunidade de interesses*, servindo de exemplo os códigos da Alemanha anterior à reforma nacional-socialista, da Itália, da Holanda, da Dinamarca, da Letônia, da Suíça, e sendo de notar-se que os recentes códigos penais da Bélgica e da Rússia soviética se contentam com formular o *princípio da territorialidade*. Como exemplos de códigos de Estados americanos onde a *territorialidade da lei penal* aparece explicitamente mencionada, indica os da Bolívia, do Chile, da Nicarágua, do Paraguai, da Argentina, do Panamá, do Peru, da Venezuela, do México, do Uruguai, de Cuba, da Colômbia, da Guatemala do Equador, do Brasil e de Costa Rica. Em muitos ou na maioria dos países o princípio *territorial* se completa como o de *proteção*, o da *personalidade* e o da *comunidade internacional* (80).

O sistema da *personalidade da lei penal*, em sua forma pura, absoluta ou exclusiva, raramente oferece exemplos nas legislações modernas. GARRAUD, escrevendo antes da reforma nacional-socialista alemã, chegou a afirmar que o mesmo não era adotado por qualquer legislação (81). DONNEDIEU DE VABRES, por sua vez, acentua o seu caráter *subsidiário*: — “Il n'est pas moins vrai que, dans l'opinion commune et dans l'état actuel des législations positives, la juridiction personnelle vient combler les lacunes que crée la défaillance ou l'impuissance de la juridiction territoriale. Elle s'ajoute à cette dernière. Elle revêt, relativement à elle, un caractère *subsidaire*, dont il y aura lieu de déterminer les effets” (82).

Entretanto, como regista ASÚA, no Terceiro Reich alemão adotou-se por sistema básico o princípio da *personalidade*, que apareceu no Projeto de Código nacional-socialista a cargo da comissão oficial de 1933-1934, não tendo ficado essa reforma em simples *intenção*, pois se converteu em lei pela Ordenança de 6 de maio de 1940 (83).

O sistema de *proteção dos interesses nacionais*, ou da *competência real*, chegou a ter expressão destacada no art. 7.º do Código de Instrução Criminal francês: — “Tout étranger, qui, hors du territoire de la France, se sera rendu coupable, soit comme auteur, soit comme complice, d'un crime attentatoire à la sûreté de l'État, ou de contrefaçon du sceau de l'État, de monnaies nationales ayant cours, de papiers nationaux, de billets de banque autorisés par la loi, pourra être poursuivi et jugé d'après les dispositions des lois françaises, s'il est arrêté en France, ou

(80) ASÚA, op. cit., tomo 2.º, págs. 634, 637 e 642.

(81) GARRAUD, op. cit., tomo 1.º, pág. 127.

(82) DONNEDIEU DE VABRES, op. cit., pág. 58, 68 e 69.

(83) ASÚA, op. cit., tomo 2.º, págs. 641 e 655.

si le Gouvernement obtient son extradition" (84). Ele se acha reconhecido, modernamente, em várias legislações, embora para certos casos e modalidades criminais, inclusive por aquêles povos que, como a Inglaterra, mantêm com mais rigor o sistema territorial (85). VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, na *Exposição de Motivos de seu Projeto de Código Penal* (justificação ao art. 9.º), invocara o Código Penal Argentino, que, no seu art. 1.º, n.º 1, declarou que suas disposições *se aplicam aos crimes cujos efeitos devam produzir-se no território da Nação Argentina, ou nos lugares submetidos à sua jurisdição* (86). No que concerne à *proteção dos nacionais* (crimes contra os bens jurídicos dos cidadãos), também denominada teoria da *personalidade passiva*, podem citar-se como exemplos o Código Penal sueco (§ 2 do cap. I), o japonês de 1903 (art. 9.º) e o turco de 1926 (art. 6.º) (87).

Para o sistema da *universalidade* ou da *extraterritorialidade absoluta da lei penal* propendem, no dizer de GALDINO SIQUEIRA, "o Código saxônio de 1855 e o Código austriaco de 1803, e, em menor grau, o Código húngaro e o italiano (88). O Código austriaco de 1852 manteve, com algumas modificações de forma, a disposição do anterior, mas com um caráter geral, abrangendo todos os crimes graves que são objeto de uma reprovação unânime e que sejam previstos pelas leis penais de todos os Estados, chegando a compreender até certas infrações de menor importância, tais como o roubo, a escroqueria e o abuso de confiança, quando o prejuízo excede de determinada taxa (89).

10 — Nas vigentes e mais modernas legislações, o princípio hoje dominante é o *misto*, ou *eclético*, o qual consiste, como explica o ilustre GALDINO SIQUEIRA, em temperar o princípio da *territorialidade* da lei penal pelo da *nacionalidade* ou pelo *princípio real* (90).

Misto foi o sistema adotado pelo Código Penal Brasileiro de 1890 (arts. 4.º e 5.º), estabelecendo a aplicabilidade da lei penal "a todos os indivíduos, sem distinção de nacionalidade, que em território brasileiro" praticassem "atos criminosos e puníveis", — incluindo-se na definição de território os portos e mares territoriais, os navios brasileiros em alto mar, os navios mercantes estrangeiros surtos em porto brasileiro, bem assim os navios de guerra nacionais em porto estrangeiro: — e, ao mesmo

(84) DONNEDIEU DE VABRES, op. cit., págs. 86-87.

(85) ASÚA, op. cit., tomo 2.º, pág. 662.

(86) COELHO RODRIGUES, op. cit., pág. 12.

(87) ASÚA, op. cit., tomo 2.º, pág. 662, nota 77.

(88) GALDINO SIQUEIRA, op. cit., tomo 1.º, pág. 77.

(89) DONNEDIEU DE VABRES, op. cit., pág. 154.

(90) GALDINO SIQUEIRA, op. cit., tomo 1.º, pág. 78.

tempo, a applicabilidade dela “ao nacional ou estrangeiro” que regressasse ao Brasil, espontaneamente ou por extradição, tendo cometido fora do país os crimes previstos nos seus capítulos I e II do título I, livro II, capítulos I e II, os de homicídio e roubo em fronteiras e não tendo sido punido no lugar onde delinqüiu (salvas as disposições dos tratados, — parágrafo único ao artigo 5.º).

Igualmente misto é o sistema adotado pelo vigente Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940), que, em seu art. 4.º, declara aplicável a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou que nêle, embora parcialmente, produziu ou devia produzir seu resultado”; e, a seguir, no seu art. 5.º, dispõe: — “Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: I — os crimes: a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; b) contra o crédito ou a fé pública da União, de Estado ou de Município; c) contra o patrimônio federal, estadual ou municipal; d) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; II — os crimes: a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; b) praticados por brasileiro. — § 1.º Nos casos de n.º I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro. § 2.º Nos casos do n.º II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: a) entrar o agente no território nacional; b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aquêles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável. — § 3.º A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior: a) não foi pedida ou foi negada e extradição; b) houve requisição do Ministro da Justiça”.

Como se vê, no atual sistema *misto* brasileiro, o princípio da *territorialidade* da lei penal se acha combinado, em certas e determinadas hipóteses, ou sob certas e determinadas condições, com o da *proteção dos interesses nacionais* (art. 4.º, *in fine*, e art. 5.º, n.º I, letras a), b), c) e d), e com o da *personalidade*, quer a *ativa* (art. 5.º, II, letra b), quer a *passiva* (§ 3.º do artigo 5.º). Coexistem, ali, os princípios da *territorialidade* e da *extraterritorialidade* da lei penal.

11 — As normas do *direito penal internacional*, por isto mesmo que concernem a interesses de mais de um Estado da *Magna*

Civitas, constituem objeto de tratados, convenções ou acordos internacionais.

O ilustre Prof. ERNST ISAY, antigo livre docente de Bonn e de Münster, discorrendo sobre o tema "*Direito internacional criminal e direito internacional judiciário*", dêste modo se externou: — "Ficam reservadas ao Estado as ações em seu território. Só nêle pode o Estado atuar, com exclusão de qualquer outro. As ações de particulares ficam-lhe subordinadas. Dai advêm duas conseqüências: a jurisdição, sob qualquer de suas formas, pertence ao Estado territorial e só a êle; as ações dos particulares são proibidas ou puníveis, de conformidade com as leis do território. Essas as regras fundamentais. Há, todavia, exceções. A jurisdição nacional não se estende a objetos a ela subtraídos pelo direito das gentes, tais como pessoas ou coisas sob o amparo da extraterritorialidade. O direito interno é, aí, um simples anexo ao das gentes. Por vêzes, o direito criminal e a persecução penal interna abrangem atos praticados no exterior. Isso pode repousar sobre ajustes, que criaram, para certos delitos, uma como justiça universal. Na ausência de tais convênios, há o perigo de violação de competências. Em princípio, é de se ter por vedada, sem licença do Estado em cujo território se cometeu o delito, a persecução do mesmo, uma vez que, dêsse modo, não teriam mais sentido os limites territoriais" (91).

Inúmeros tratados e convenções internacionais regulam e disciplinam os problemas de *direito penal internacional* entre os Estados do chamado Velho Mundo.

12 — Na América, podem indicar-se como sendo, no particular, os dois marcos mais importantes, o *Tratado de Direito Penal Internacional*, de Montevidéo, de 23 de janeiro de 1889, e o famoso *Código Bustamante*.

O primeiro, elaborado e concluído no curso dos trabalhos do Congresso Jurídico Sul-Americano (ou Congresso de Montevidéo) instalado na Capital uruguaia em 25 de agôsto de 1888, foi subscrito pelos Estados seguintes: Argentina, Bolívia, Paraguai, Peru e Uruguai. Compõe-se o seu contexto integral de cinquenta e um (51) artigos, incluídos os cinco das "*disposições gerais*"; e os cinco títulos em que está dividido têm, respectivamente, as seguintes epígrafes: "*Da jurisdição*"; "*do asilo*"; "*da extradição*"; "*do processo da extradição*" e "*da prisão preventiva*" (92).

(91) ERNST ISAY, *A Nova Territorialidade no Direito Internacional Público e Privado*, ed. brasileira da Empresa Gráfica da "Revista dos Tribunais" Ltda., São Paulo, 1943, pág. 44.

(92) DANIEL ANTOKOLETZ, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, 1938, tomo 1.º, pág. 342; — EDUARDO ESPINOLA, *Pandectas Brasileiras*, vol. 2.º (primeira e segunda parte, 1.º semestre de 1927), Rio

As disposições desse tratado foram ampliadas, mais tarde, pelo *Tratado sobre asilo e refúgio político*, firmado, também em Montevideo, a 4 de agosto de 1939, pelos mesmos Estados e mais o Chile, e constituído por um texto de 19 artigos (93).

O *Código Bustamante* é fruto do labor particular do saudoso sábio Professor ANTÔNIO SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, eminente jurisconsulto e internacionalista cubano, catedrático da Universidade de Havana e antigo membro do Tribunal permanente de Haia, votado à obra de codificação das normas do *direito internacional privado*, cujo êxito notável teve grande e universal repercussão.

O "*Código de Direito Internacional Privado*", do Professor BUSTAMANTE, foi por êle elaborado como relator de uma Comissão do Instituto Americano de Direito Internacional, reunido em 1924, em Lima. Uma vez elaborado e devidamente publicado, o projeto do aludido código foi aprovado pela mesma Comissão, em 1925, e, mais tarde, em 1927, o foi também, com pequenas modificações, pela Comissão Internacional de Jurisconsultos Americanos, que se reuniu no Rio de Janeiro. Submetido à deliberação da VIª Conferência Pan-Americana que, sob a presidência do mesmo notável internacionalista, se reuniu, em Havana, a 13 de fevereiro de 1928, e na qual tomaram parte todos os Estados americanos, foi o referido Código aprovado e convertido em Tratado, com a data de 20 de fevereiro, firmando-o todos os ditos Estados, embora alguns o fizessem com certas reservas. Ratificando-o, passaram a adotá-lo, como lei interna, o Brasil (por ato de 3 de agosto de 1929) e, mais, Cuba, o Panamá, a Bolívia, o Chile, o Equador, o Peru, a Venezuela, a Guatemala, a República Dominicana, Honduras, o Haiti, Salvador a Costa Rica e a Nicarágua (94).

Seu "*Livro Terceiro*" é consagrado à matéria "*Direito Penal Internacional*", tal como se lê na respectiva epígrafe, matéria essa distribuída em quatro capítulos, compreendendo os arts. 296 a 313. Todavia, a matéria pertinente à "*extradição*" faz parte do "*Livro Quarto*", êste sob a epígrafe "*Direito Processual Internacional*", e ali constitui o assunto do seu "*Título Terceiro*", artigos 344 a 381.

de Janeiro, 1927, págs. 22 a 25; — JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., tomo 2.º página 648.

(93) JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., tomo 2.º, pág. 648.

(94) RODRIGO OTÁVIO, *Direito Internacional Privado*, — *Manual do Código Civil Brasileiro*, do Dr. PAULO DE LACERDA, vol. I, Parte Segunda, Rio de Janeiro, 1932, págs. 31-32, nota 18 e 431 e segts.; — ESPINOLA, *Pandectas Brasileiras*, vol. cit., págs. 515 e segts.; — ASÚA, op. cit., tomo 2.º, páginas 648-649.

PIRATARIA AÉREA, NÔVO DELITO INTERNACIONAL

HAROLDO VALLADÃO

I — Captura ilícita das aeronaves em vôo. II — Delito nôvo, freqüente e muito grave. III — Primeira classificação: pirataria. IV — Definição internacional de pirataria, somente para dar aos Estados direitos de polícia e de jurisdição sobre os piratas em alto-mar. V — Definição internacional evoluída, para abranger a pirataria aérea, embora ainda restrita. VI — Definição das leis internas, mais ampla, próxima ao caso da captura das aeronaves em vôo. VII — Falta de atualização das convenções internacionais e dos textos internos sobre a matéria em causa. VIII — Lei dos Estados Unidos de 1961. IX — Convenção de Tóquio de 1963. X — Criação de um nôvo delito internacional. XI — Denominação e definição do nôvo delito.

I — Vou examinar fatos freqüentes, constitutivos de atentados à liberdade da navegação aérea, praticados por viajantes que, ilicitamente, por ameaça ou violência, se apoderam de uma aeronave em vôo, exercem seu contrôle, impedem sua exploração legítima, mudam sua rota e destino, perturbam sua circulação.

É a *capture illicite, the unlaw-seizure, le hijacking, el apoderamiento illicito, la intercepción*, a apropriação ilícita da aeronave em vôo.

Os fatos são conhecidos, nos Estados Unidos, na América Latina e, há quatro meses, a 30 de junho de 1967, na Europa e África, com o desvio da aeronave privada em que viajava o líder africano M. Tchombe, feita por um Boderman, que intimidou os pilotos ingleses com um revólver e conduziu o aparelho a Argel (1).

(1) GERALD F. FITZGERALD, "The Development of Internat. Rules Concerning Offences... on Board Aircraft" (Canadian Yearbook on Internat. Law, 1963, pág. 240/1, nota 24) faz a enumeração dos diversos casos. No "Keesing's Contemporary Archives", Ag. 5-12-1967, pág. 2282 e set. 30, out. 7, 1967, encontra-se a enumeração dos fatos até à liberação dos pilotos, referentes ao desvio do avião que conduzia Moisés Tchombe.

II — Se se considerarem de perto os fatos, constatar-se-á a presença de um delito nôvo e muito grave no qual, havendo violência ao aparelho, haverá, sobretudo e sempre, às pessoas, seja ao comandante e à tripulação, seja aos passageiros, obrigados, súbita e perigosamente, a ir a um lugar diferente do de seu destino.

Em tudo há uma ofensa muito importante a um bem comum universal, à liberdade das comunicações, à liberdade e à segurança do tráfico aéreo.

III — A primeira classificação internacional dada a êstes fatos ora examinados considerou-os como atos de pirataria.

A propósito da captura feita por um Cadin, a 9 de agosto de 1961, de uma aeronave da Pan-American, que ia do México à Guatemala e que conduzia o Ministro Turbay, dos Negócios Estrangeiros da Colômbia, aeronave desviada do seu destino para Havana, Cuba, o govêrno do México solicitou a extradição, baseando-se no Tratado de Extradição México-Cuba, de 25-5-1925, cujo art. 2.º enumerou entre os delitos passíveis de extradição, n. X, os praticados no mar e especificou: “como é conhecida e definida a pirataria segundo o direito internacional”. E na Colômbia, o Ministro dos Negócios Estrangeiros, o jurista Professor J. J. Caicedo Castillo, que reclamou a punição do crime ao govêrno do México, em nome do seu govêrno, qualificou também o fato como um *delito de pirataria*, num discurso no Senado a 9 de novembro de 1961.

Cuba, a princípio, recusou a extradição, por razões não ligadas ao problema mas, enfim, concedeu-a a 26 de novembro de 1961 e o criminoso foi julgado no México (2).

IV — Mas é preciso considerar que, no tempo do Tratado de Extradição México-Cuba, não existia uma Convenção Geral, plurilateral, dando uma definição de pirataria e estabelecendo uma pena para os piratas.

Clássicamente, segundo uma regra costumeira de direito internacional, os Estados, por uma exceção ao princípio da liberdade da navegação em alto mar, tinham o *direito de revistar os navios*

No Brasil um importante trabalho do Dr. JOÃO VICENTE CAMPOS foi feito na Sociedade Brasileira de Direito Aeronáutico e de Espaço, em 9 de agosto de 1967.

(2) Segundo informação verbal, obtida de um delegado mexicano, o criminoso foi condenado a uma pena muito pequena, considerada lacuna da legislação penal mexicana. O Código Penal Mexicano (D. Federal e Territórios Federais e Crimes Federais de 1931) pune a pirataria, art. 146 e 147, *aplicáveis, também, às aeronaves*, com prisão de 15 a 30 anos. Mas em divergência com os outros Códigos Penais da América Latina êle prevê diretamente, como pirataria, a captura de um navio por pessoas que estão a bordo.

suspeitos de pirataria e capturar aquêles que a praticavam, julgando os piratas, considerados fora do direito internacional, segundo as leis sôbre pirataria do Estado do navio captor (3). Era um direito e não uma obrigação para os Estados (4).

Falava-se mesmo na aplicação da pena capital (ser “enforcado no grande mastro”, lei inglêsa do séc. XVIII, *apud Ortolan, Diplomatie de la Mer*, I, pág. 235) aos piratas surpreendidos em flagrante delito.

Nos Tratados Bilaterais antigos do séc. XIX, incluídos os do Brasil com outros Estados, França e Estados Unidos, em vigor, Argentina e Uruguai (*Beviláqua*, II, § 204) está previsto para os piratas a denegação do asilo nos portos, a *obrigação de julgá-los* e a restituição dos navios roubados, sem definição do crime.

Nos Tratados Plurilaterais pan-americanos, o de Direito Penal Internacional de Montevidéu, 1889, art. 13 e 1940, art. 14, e o de Havana (Código Bustamante), art. 308, 1928, estabeleceram como princípio geral que a pirataria e outros delitos internacionais, *qualquer que seja o lugar de suas comissões* (Montevidéu, 1940), cometidos em alto mar, no ar livre e em territórios não organizados em Estados (Havana), são punidos pelo Estado autor da captura, sob reserva da solicitação de extradição pelo Estado no qual o delito se consumou (Montevidéu, 1940).

De fato, o direito internacional previu para os Estados, no que diz respeito à pirataria, apenas faculdades, direitos de polícia e de jurisdição extraterritoriais, excepcionais, em alto mar, contra os piratas. As definições de pirataria dadas por certos internacionalistas não visam à *definição do crime e à cominação da pena*: — matéria reservada às leis de cada Estado — mas sòmente à definição para dar aos Estados as atribuições citadas.

(3) Códigos de Direito Internacional: PETRUSHEVCH, art. XXIII; BLUNTSCHLI, art. 343/350; DUDLEY FIELD, art. 83/86; FIORE, art. 477; ORTOLAN, *Règles Internationales et Diplomatie de la Mer*, I (2.^a edição), 233 e segs.; HEFTER, *Le Droit Internat. Public de l'Europe*, 1866, p. 102; etc. Nos tempos atuais: BEVILAQUA, *Dir. Publ. Int.*, 1911 e 1934, § 205; STRUPP, K., *Dr. Int. Publ.*, I, 1930, p. 165; ROUSSEAU, DIP, 1953, p. 421; VERDROSS, 1955, p. 198; QUADRI, 1963, págs. 343/44 etc.

(4) A propósito é preciso ler as muito justas considerações do Trabalho da Harvard Law School sôbre pirataria. Eu me permito transcrever êstes períodos: “Properly speaking, then, piracy is not a legal crime or offence under the law of nations. In this respect it differs from the municipal law piracy which is a crime by the law of certain state. International law piracy is only a special ground of a state jurisdiction. In every state this jurisdiction may or may not be exercised by a certain state. It may be used in part only. How far it is used depends on the municipal law of the state, not on the law of nations. The law of nations on the matter is permissive only. It justifies state action within limits and fixes those limits. It goes no further”. (*American J. of Internat. Law*, Suplem. V, 26/759/760).

Neste sentido há uma célebre decisão do Judicial Committee of The Privy Council: “Em relação aos crimes definidos pela lei internacional, esta não visou a punir ou tentar puni-los. O reconhecimento dêles como crimes e o julgamento e punição dos criminosos são deixados para a lei de cada país. Mas, de acôrdo com a lei internacional, a jurisdição criminal da lei interna é, ordinariamente, restrita aos crimes cometidos em terra firme ou águas territoriais ou em seus próprios navios e aos crimes de seus nacionais em qualquer lugar que sejam cometidos, em alto mar por qualquer nacional ou em qualquer navio, porque uma pessoa, acusada de tal pirataria, coloca-se sob a proteção de qualquer Estado. Não é mais um nacional, mas um *hostis humanis generis* e, como tal, sujeito à jurisdição de qualquer Estado” (5).

Esta orientação foi confirmada pela Convenção de Genebra sôbre o Alto Mar, de 27 de abril de 1958 que, no art. 14, estabeleceu que “todos os Estados devem cooperar, na medida do possível, para a repressão da pirataria *em alto mar ou em qualquer outro lugar*, não dependendo da jurisdição de nenhum Estado” e, no art. 15, definiu os atos que constituem a pirataria.

Assim, podem existir e existem, freqüentemente, concepções diferentes de pirataria, seja internacional, seja das leis internas; a primeira para admitir a ação dos Estados em alto mar e a segunda para estabelecer a incriminação e punição pelos Tribunais de cada Estado.

V — Examinando-se as definições da maioria dos autores de direito internacional, pode-se fixar como característica geral de pirataria o roubo ou depredação contra coisas e pessoas, por violência, praticados por um navio em alto mar contra outros navios (6).

Na citada Convenção sôbre o Alto Mar, estendeu-se esta concepção para abranger também a pirataria aérea. Assim, o art. 15 e seu n.º 1, letras *a* e *b*, referem-se às *aeronaves piratas* e a letra *b* autoriza considerar como pirataria os “atos praticados em um lugar, não dependendo da jurisdição de nenhum Estado”. Esta última expressão, preconizada há muito por V. Palla (7), permite considerar como pirataria os atos oriundos de uma aeronave em vôo sôbre o alto mar ou sôbre um território sem proprietário.

Mas, por outro lado, a definição da Convenção Geral de Genebra é restrita, mantém uma orientação limitativa, quando exige para caracterizar os atos de pirataria que êles partam de um

(5) Amer. J. of Internat. Law 29 (1935) 141.

(6) Ver uma grande lista no curso de V. PELLA sôbre pirataria, Rev. da Academia de Direito Internacional (Haia), v. 13, pág. 106 e segs.

(7) Rev. Academ. Dir. Intern., v. 15, pág. 170.

navio ou de uma aeronave e que se dirijam contra um outro navio ou aeronave.

Ela exclui, assim, o célebre caso do navio português *Santa Maria*, que foi capturado em alto mar, violentamente, pelos passageiros Galvão e outros, que mudaram sua rota e o destino do navio, mas que não praticaram atos contra outros navios (8).

VI — As definições das leis internas são mais amplas, com imposições de penas severas, se bem que para um fim mais grave que o do direito internacional, ou seja, a *punição do crime de pirataria*.

Tomo como exemplo a qualificação dos atos de pirataria realizados pelo Código Criminal do Império do Brasil, 830, art. 82/84, reproduzidos pelo Código Penal da República, X, 1890, art. 104/106. Vêm-se previstos: art. 82, 1.º e 3.º (art. 104, § 1.º e 3.º): a depredação ou a violência no mar, genericamente, e ainda a apropriação por fraude ou violência contra o comandante de um navio, por um indivíduo pertencente à equipagem (9).

Nestes textos capitulam-se fatos próximos da captura ilícita da aeronave, que examinamos no presente estudo.

O Código Criminal do Império do Brasil influenciou, fortemente, o Código Espanhol de 1848 e, por seu intermédio, a maior parte dos Códigos dos Estados Latino-Americanos de origem espanhola (10).

Alguns ampliaram o n.º 3 do art. 82 do Código Brasileiro, para punir *quem quer que se aproprie de um navio por fraude ou violência contra seu comandante*; aí se está mais perto ainda das atuais apropriações de aeronaves em vôo.

É a redação dos Códigos Penais da Espanha, art. 250, da Bolívia, 1834, art. 166, 3.º, Honduras, 1906, 137, 3.º, Paraguai, 1910, 144; 3.º, Argentina, 1921, 198; 3.º, Peru, 1924, 271, 3.º, Colômbia, 1936, 2.º (com particularidades). Cuba, no Código de Defesa Social, de 1936, tratando dos Delitos contra a Liberdade e a Segurança dos Mares, considera também como pirataria a apropriação de um navio ou aeronave cubanos, artigo 166, D e 169, C.

VII — Mas, na verdade, deve-se constatar a completa falta de atualização, seja das convenções internacionais, seja das leis internas (salvo a lei dos Estados Unidos, v. n. VIII) num as-

(8) Dei parecer ao governo brasileiro, que foi seguido, no caso do navio "Santa Maria", 24-27 de janeiro de 1961.

(9) A lei francesa de 10 de abril de 1825 sobre pirataria tinha estabelecido, no art. 4, 1, um texto parecido ao do Código Brasileiro do Império.

(10) H. VALLADÃO, *Paz, Direito, Técnica*, Rio de Janeiro, 1959, p. 260.

sunto tão importante e tão urgente como os novos problemas de pirataria, em particular os da captura ilícita das aeronaves em vôo.

Há mesmo uma dissonância entre as Convenções Internacionais e as leis internas sôbre pirataria.

Nestas chega-se até, por exemplo, no nôvo Código Penal Brasileiro, a suprimir o crime de pirataria... Será que está ultrapassado? Fora de uso?...

E na Convenção de Genebra, se bem que de 1958, não se previa como ato de pirataria a apropriação de um navio ou de uma aeronave por um viajante, passageiro ou tripulante, por violência ou ameaça de violência contra o comandante...

Ainda uma vez os fatos marcham mais depressa que as leis.

VIII — Nos Estados Unidos, o problema foi devidamente considerado por uma nova lei de 5 de setembro de 1961 (Public Law 87-197; 87th Congress Last Session) com a adição de uma Seção i no Federal Aviation Act (Publ. Law 85-726) de 1958, sôbre "Aircraft Piracy", a Pirataria da Aeronave.

A definição do crime é: "Como foi usado nesta Subseção, o termo "aircraft piracy" significa qualquer seqüestro ou exercício de controle pela força ou violência ou tentativa de força ou violência e com maliciosa intenção, de uma aeronave de comércio aéreo" e a punição bastante severa — "Quem comete ou tenta cometer pirataria aérea, como o acima definido, será punido (A) — com a morte, se o veredito do júri recomendar ou, no caso de ser culpado ou inocente, se o defensor desistir do júri, se a côrte na sua discreção ordenar; ou (B) pela prisão por não menos de 20 anos, se a pena de morte não fôr imposta."

Voltamos à *pena capitale* estabelecida há séculos para os piratas do mar. A punição não deve ser excessiva, mas proporcional ou complementar, de acôrdo com os atos e os resultados contra as pessoas e as coisas.

Nem o grande rigor dos séculos XVI ao XVIII, nem a punição atual. Penas justas.

IX — Mas a Convenção de Tóquio, de 14 de setembro de 1963, "Relativa às Infrações e Certos Atos Praticados a Bordo das Aeronaves" constituiu-se, na matéria, uma decepção.

No seu art. 11 ela previu, contraditôriamente, o crime, sem estabelecer a pena e *sobretudo sem impor aos Estados contratantes a obrigação de o punir*.

O texto, único do Capítulo IV, Captura Ilícita das Aeronaves, limita-se, no caso onde "ilicitamente e por violência ou ameaça de violência uma pessoa muda a exploração de uma aeronave em vôo, dela se tenha apoderado ou exercido o controle, ou esteja a ponto de completar tal ato", a determinar que os Estados contratantes

“tomem tôdas as medidas apropriadas para restituir ou conservar o contrôlo da aeronave ao comandante legítimo”, permitindo, assim, “aos passageiros e à tripulação prosseguir sua viagem, logo que possível”, e restituindo “a aeronave e sua carga àqueles que têm o direito de as deter”. (11)

Nenhuma palavra sobre a punição dos autores do crime. E o mais grave é que o Projeto da Convenção organizado em Roma, em 1962, no art. correspondente n.º 4, continha esta alínea: “todo Estado contratante, sobre o território do qual a aeronave aterrisa após tal ato ou ameaça, deve assegurar, de acôrdo com suas próprias leis, a detenção do autor dêste ato ou ameaça”, inexplicavelmente retirado em Tóquio.

Este texto não é, entretanto, o que o direito exige, ou seja, o estabelecimento expresso da obrigação, para os Estados, de punir conforme suas próprias leis; o que não os permitia escusar-se de não fazer se suas leis não davam, neste caso, uma competência extraterritorial. Dependia, assim, da *existência* de tais leis (12).

X — A verdadeira e justa solução para o caso da captura ilícita das aeronaves é a criação de um nôvo delito internacional, como se tem feito com outros crimes, cuja punição corresponde à *proteção de um interesse humano de caráter universal*, no caso da liberdade e da segurança do tráfico aéreo, dos crimes contra a humanidade e, por isto, de punição universal.

A estes delitos se aplica a universalidade do direito de punir, a Justiça Penal Universal, a obrigação de punir e de fazê-lo pelo *judex deprehensionis*.

Eles têm sido e são o objeto de Convenções Internacionais, plurilaterais e pode-se citar em vigor as sobre: proteção dos cabos submarinos (14 de março de 1884); tráfico de mulheres e crianças (Paris, 18-5-1904 e 4-5-1910, Genebra, 30-9-1921); circulação e tráfico de publicações obscenas (Paris, 4-5-1910, Genebra, 12-9-1923); comércio e facilitação de uso de entorpecentes

(11) Se outros Códigos preferiram fazer somente uma remissão e, no que diz respeito à jurisdição, às regras de direito internacional, Costa Rica, 1941, art. 6, e Panamá, 1942, art. 8; um, o do Chile, prescreve a mesma pena aos crimes de roubo com violência ou intimidação às pessoas, 1874, art. 434; outro, o de Nicarágua, 1891, art. 142, a majoração das penas dos delitos comuns; enfim, os Códigos do Salvador, 1904, art. 115/119, e do Equador, 1936, art. 399/403, seguem os conceitos clássicos adotados em direito internacional para os direitos de polícia e de jurisdição sobre os piratas. A orientação brasileira de regular a pirataria no Código Penal não era nem foi a da Europa, onde se preferiu deixar, ou para o “Case Law” (Inglaterra) ou para as leis especiais (França, lei de 10-4-1825; Itália, Código da Marinha Mercante, art. 320/1 e 363 e para o México, nota anterior, n. 2).

(12) NICOLAS M. MATTE, *Droit Aérien-Aéronautique*, 2.^a edição, página 362, queria no art. 11 uma fórmula mais categórica.

(Haia, 23-1-1912, Genebra, 9-2-1925 e a última e única sôbre os entorpecentes, de Nova York, 30-3-1961); genocídio (ONU, 11-12-1948).

Note-se, por exemplo, a aproximação do nôvo delito internacional de captura ilícita de aeronave em vôo a um mais antigo, de ruptura ou danificação de um cabo submarino, com interceptação das comunicações telegráficas. Nos dois casos, protegem-se a liberdade e a segurança das comunicações entre os homens e os povos (13) e nunca sômente pessoas e coisas lesadas.

E, justamente, o que falta no direito de pirataria marítima é uma cláusula em Convenção Internacional, *obrigando, expressamente, os Estados a puni-la*, a estabelecer nas suas leis internas a respectiva punição. E, não a prevendo, a Convenção de Genebra sôbre o Alto Mar deixou uma grave lacuna, que não tem sido preenchida pela fraca disposição do art. 14, já transcrito, estabelecendo para os Estados “o dever de cooperar, *na medida do possível*, para a repressão...”, diferentemente das outras Convenções citadas para os delitos internacionais, que *impõem, formalmente*, aos Estados contratantes a obrigação de puni-los nas suas leis internas.

XI — A pirataria é, essencialmente, assalto, atentado, depredação, violência, banditismo, violação da liberdade e da segurança das comunicações seja em terra, a pilhagem das grandes rotas (14), seja sobretudo no mar e, particularmente, no alto mar, onde existe um deserto maior e, na ausência de um poder jurisdicional, um campo propício aos criminosos.

E então o direito internacional foi obrigado a reconhecer aos Estados os direitos de polícia e jurisdição sôbre a pirataria em alto mar e os próprios Estados a têm punido nas suas leis internas, enumerando as diferentes formas que ela assume.

Agora, assaltos praticam-se no e pelo ar e sobretudo no e pelo ar livre, constituem uma nova pirataria, a pirataria aérea, com graves perigos à liberdade e segurança do tráfico aéreo.

(13) Nos Estados Unidos, DUDLEY FIELD, de New York, no seu Código de Direito Internacional, considerou crime de pirataria a danificação dos cabos submarinos, § 83 e, também, as “de um caminho de ferro internacional, um canal, ou qualquer outra obra cuja neutralidade perpétua foi declarada”.

(14) Compreendem-se, perfeitamente, ainda hoje, em territórios que não se referem à jurisdição de nenhum Estado, os direitos de polícia e de jurisdição para todos os Estados sôbre os atos de banditismo cometidos nestes territórios. BYNKERSHOESCK, *Quest. Jur.*, publ. I, ch. XVII, falava da pirataria “sive mari sive terra”; CARRARA, *Dir. Pen. Parte Especial*, § 2144, comparava “os bandidos em terra aos piratas no mar”. Um julgamento da *Cour de l'Amirauté Anglaise* estabeleceu, também, tal comparação (opinião do Juiz Jonks, lembrada por FIORE, *Dir. Publ. Int.*, 2.^a edição francesa, I, 494).

No Brasil, com grandes regiões pouco povoadas e numerosas planícies, é muito fácil a *aterisagem clandestina*. O Brasil tem, assim, sido vítima de atos de pirataria aérea praticados por aviões privados, de matrícula dos Estados Unidos, que aterrisam e decolam de aeroportos clandestinos, construídos pelos co-autores e cúmplices em terra, para a prática de atos de contrabando e, mais grave, há alguns meses, para facilitar a evasão de contrabandistas americanos da prisão...

As diversas formas de atividades criminosas praticadas hoje no ar com violência ou fraude correspondem, naturalmente, com variações de ambiente e tempo, às formas clássicas de pirataria marítima, previstas no direito internacional e nas diferentes leis internas.

A Convenção Internacional que terá por fim o estabelecimento da obrigação, para todos os Estados, de punir a pirataria aérea, deverá, a exemplo do que se tem feito nas outras Convenções sobre os delitos internacionais, adotar uma fórmula genérica, deixando aos Estados a atribuição de definir os crimes e de estabelecer as penas nas suas leis internas.

Uma fórmula, naturalmente, sujeita a aperfeiçoamentos seria a de qualificar a pirataria aérea como todo ato pelo qual uma aeronave privada é utilizada para fins pessoais, ilícitamente, em violação de liberdade e segurança do tráfico aéreo, com violência, ameaça de violência ou fraude, ou uma aeronave privada é aprisionada em voo por uma pessoa a bordo que impede sua exploração, dela se apodera ou exerce seu controle, ou está a ponto de completar tais atos.

As últimas expressões cobrem o caso da captura ilícita das aeronaves e a primeira, *utilização*, compreende as diversas formas de uso da aeronave, também contra a liberdade e segurança do tráfico aéreo, para a facilitação e a prática ainda de outros crimes, especialmente o contrabando, evasão de detentos etc., em associação com outros criminosos em terra, chegando mesmo à decolagem e à aterisagem em aeroportos clandestinos.

As dimensões que me foram dadas para este trabalho me impedem de estudar outros problemas colaterais, como os da captura com fins políticos (15).

(15) Faço remissão ao parecer dado ao Governo do Brasil, no caso do navio "Santa Maria".

DIREITO AUTORAL

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

1. O direito autoral, protegido a partir do século XVII e construído pela Ciência jurídica com base nos princípios que regem a propriedade, é a faculdade que tem o autor sobre sua obra (literária, científica, artística ou qualquer outra produção da inteligência), de reclamar a paternidade da mesma, de impedir que outrem, sem sua autorização, a explore comercialmente, ou que outrem se diga seu autor. Recai, não só sobre a forma da obra, como, também, sobre as idéias apresentadas, sobre as palavras empregadas para representá-las, sobre as cores ou sons utilizados e sobre as combinações que dêles faça o artista ou músico, bem como sobre a forma de representação ou de adaptação no caso das obras dramáticas, destinadas ao teatro, ou das novelas para rádio ou televisão, ou sobre a forma de execução das composições musicais. A publicidade, depósito em registro próprio, enfim, a notória anterioridade da obra, é condição para reclamar o reconhecimento de sua paternidade. Assim, o autor tem o direito exclusivo sobre a obra cultural por êle criada. Ê êle o juiz de sua divulgação, publicação ou execução. Pergunta-se em um mundo como o nosso, em que a sociedade e o homem dependem, cada vez mais, da tecnologia e da ciência, será normal ou anormal, porque não dizer abusiva, a conduta de um cientista que, por questões científicas, morais ou religiosas, se negue a permitir divulgação de suas pesquisas, que poderiam melhorar as condições de vida da humanidade ou que poderiam, por exemplo, dar segurança ao homem? Age dentro dos limites normais de uso do direito o autor de biografia de um estadista que, tendo acesso a documentos particulares, desconhecidos, dos quais se serve em tal obra, que se nega a publicá-la ou a divulgá-la, apesar de tal publicação poder influir na revisão de processos? Pensamos que, em certas circunstâncias, comprovada a necessidade social da divulgação da obra cultural, o Estado pode intervir para divulgá-la, através de desapropriação, não só no caso das publicadas que o autor se negue a reeditar, como, também, das não publicadas, de que se tenha notícia ou conhecimento.

2. Qual a natureza desse direito? Forma especial do direito de propriedade, ou melhor, propriedade imaterial ou intelectual, pensam KOHLER, DERNBURG, AHRENS e IHERING; “direito de clientela”, conceitua-o ROUBIER; direito personalíssimo, afiança HEYMANN, enquanto outros negam-lhe tal qualidade, interpretando-o como privilégio sem o qual seria comprometido o desenvolvimento da cultura (GERBER). Há quem lhe dê a natureza de direito, não real, mas da personalidade, enquanto outros, como CLÓVIS BEVILÁQUA, tratam-no como propriedade imaterial. Já PHILADELPHO DE AZEVEDO considera-o “direito moral do escritor”.

Pensamos ter esse direito natureza complexa, pois apresenta elementos do direito real e dos direitos da personalidade; personalíssimo, enquanto manifestação da personalidade do autor; real, se abstrairmos esse aspecto, considerando a obra em si, resultante da atividade criadora. Encarando a obra como reflexo da personalidade do autor, projeção dessa personalidade, isto é, a personalidade objetivada em uma forma literária, através de um estilo próprio, o direito autoral, inegavelmente, é um dos direitos da personalidade, porque a tutela de tal direito é, em última análise, a tutela da própria personalidade em uma de suas manifestações. Mas, não podemos, nesse direito, pôr de lado a obra em si, enquanto objeto do direito dos contratos, passível de uso, gozo e disposição, sobre a qual o autor tem verdadeiro domínio. Nesse último aspecto, poder-se-ia considerá-lo objeto de propriedade imaterial ou intelectual, ou seja, direito real. Tendo em vista tais aspectos, preferimos considerar o direito autoral como direito misto. Inegavelmente guarda analogia com o de propriedade: é absoluto, pois é oponível a todos; é exclusivo, pois pertence só ao autor; comporta as faculdades de uso, gozo e disposição, resultantes do monopólio de exploração que a lei reconhece ao autor. Em todos esses aspectos, tem conteúdo patrimonial, mas dele se afasta, pelo aspecto moral que, com palavras de ROUBIER, “pertence ao escritor ou ao artista, em virtude de a obra ser emanção de sua personalidade e de resultar de suas qualidades de criador”. É o “direito para o autor fazer respeitar seu pensamento e suas concepções e também sua honra e sua personalidade”. O aspecto patrimonial é secundário em relação ao moral. Aquêle inexistiria sem este. Primeiro, surge a idéia, depois, a obra, que a encarna, sobre a qual o autor só pode ceder a difusão, e não a paternidade. É, pois, perpétuo. Assim, como qualificá-lo de direito real? Direito misto, formado por elementos do direito real e do direito da personalidade, é, a nosso ver, a qualificação mais adequada.

3. A lei protege a idéia e a forma dada pelo autor à obra, desde que originais. Tal originalidade é relativa, porquanto a cultura é a acumulação de conhecimentos e de experiências, ser-

vindo-se cada criador das conquistas ou das experiências passadas, a elas acrescentando algo de nôvo e pessoal. Nesse sentido, o autor tem direito exclusivo sôbre a obra. Esta é passível de transmissão: um pintor pode vender o quadro; o escritor pode contratar a divulgação do manuscrito, vendê-lo, doá-lo etc. Entretanto, a paternidade da obra, como dissemos, é inegociável. É passível, assim, de ser transmitida por atos intervivos ou *mortis causa*. Transmite-se, repitamos, a obra, o direito sôbre ela, jamais a autoria. Esta, já dissemos e repitamos mais uma vez, é intransmissível. Os sucessores têm direito a usá-la, dela gozar ou dispor, porém, não podem alterá-la ou atribuir autoria a outrem. Portanto, a obra, como objetivação de um momento criador da personalidade, é alienável; mas a autoria, não. A alienação desta repugna à moral, sendo contrária aos ideais da cultura, enquanto a alienação daquela, é possível. Portanto, no direito do autor, deve-se distinguir a autoria — manifestação da personalidade, um dos direitos da personalidade, da obra. Esta pode ser uma simples poesia, ou um tratado de metafísica, um desenho, uma música, uma pintura, escultura, enfim, qualquer obra literária, artística ou científica. O autor tem sôbre ela o monopólio de exploração. Só êle pode modificá-la, autorizar sua tradução e permitir, no caso das obras musicais ou das dramáticas, a execução ou representação das mesmas, e no das artísticas, a exposição.

O direito autoral compreende, assim, o de reprodução no idioma em que foi escrito, ou seja, o de publicação, o de tradução, representação, audição, reprodução radiofusada, exposição, enfim, o monopólio de exploração da obra.

A ofensa a tal direito dá lugar a perdas e danos. No que se refere ao que se tem denominado de “pequeno direito autoral”, como o de obras musicais, alguns têm entendido não constituir ofensa a tal direito a reprodução de tais obras em recintos fechados, sem intuito de lucro: “Não havendo intuito lucrativo na reprodução de música, em clubes fechados, é indevida qualquer remuneração”. (Embargos de nulidade e infringentes na Apelação Cível n.º 4.123, 2.º grupo de Câmaras Cíveis, de 11/10/61). Tal tese, a nosso ver, não pode ser generalizada e nem aplicável analogicamente. Assim, por exemplo, a execução de obra musical em uma fábrica para amenizar o trabalho, apesar de não ter *imediato* intuito de lucro, pois visa a tornar o trabalho mais agradável, *mediatamente* tem tal objetivo, pois visa, tornando o trabalho menos cansativo, a manter ou elevar o nível da produção. A produtividade é, nesse caso, o objetivo oculto. Poder-se-ia dizer o mesmo da execução de músicas suaves nas casas comerciais, pois tal prática visa a tornar menos penoso o trabalho, diminuir a fadiga física e mental através da suave sonoridade, quebrando

a monotonia dos sons do trabalho, provocada pela repetição dos mesmos durante a jornada, aumentando, assim, o rendimento, ajudando a manter a urbanidade no trato ao público, atraindo maior freguesia.

A responsabilidade pela ofensa ao direito autoral nesses casos será da empresa, quando a obra musical fôr executada através de toca-discos ou gravadores da própria empresa, em seus recintos de trabalho ou em seus estabelecimentos comerciais. Mas, se transmitidas por empresa especializada para estabelecimentos diferentes, pertencentes a diversas empresas, a responsabilidade é de quem a transmite.

A ofensa ao direito autoral de obra literária, científica ou artística ocorre com a publicação, divulgação ou reprodução não autorizada, com ou sem intuito de lucro. Cópia feita a mão, para uso próprio, não constitui ofensa ao direito do autor. Mas, edição limitada, mesmo que seja para distribuição em círculo fechado, ainda que gratuita, desde que não autorizada, constitui violação do direito do autor.

Tem, assim, o autor direito exclusivo de utilização da obra (art. 150, § 25 da Constituição Federal). Tal direito deve ser entendido com as limitações estabelecidas pela lei ordinária, inclusive pelo Código Civil, pouco importando que posterior seja à norma constitucional. A reprodução de pequenos trechos em obra científica ou em antologias, com fim literário, didático ou científico, não fere direito exclusivo de utilização reconhecido ao autor pelo preceito constitucional citado, por ser permitida pelo Código Civil, e porque assim exige a Cultura, que deve predominar sobre os interesses individuais. As citações devem indicar a autoria e não devem ser de tal forma extensas que possam ser tidas como reprodução não consentida da obra. No caso de estudo ou crítica literária ou de antologias, deve-se verificar, primeiro, se tem fim literário, isto é, se se destina ao conhecimento de tendências literárias (escola, estilo, temas, formas, tendências de certa época), se são para fins didáticos ou científico, e, segundo, se a reprodução não é integral ou não é de toda parte essencial ou fundamental da obra, porque, nesse último caso, apesar de parcial, tornaria sem interesse o conhecimento do resto da obra, sofrendo, assim, o autor prejuízo. Verificado o fim literário, didático ou científico ou ser pequena ou parcial a reprodução, possível é a reprodução, que não fere o direito autoral, pois desperta o interesse do leitor para o conhecimento integral da obra, caso lhe agrade a "amostra".

A ofensa ao direito de autor dá, além de perdas e danos, a faculdade de exigir a retirada de circulação da obra divulgada sem autorização, bem como de inutilizar edições clandestinas, impedir adaptação da mesma à televisão, rádio ou cinema.

O ESTADO E O JUÍZO ARBITRAL

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

1. O *compromisso* (arts. 1.037 a 1.048 do Código Civil) é, no dizer de CLÓVIS BEVILÁQUA (*Código Civil*, coments. ao art. 1.037), “o ato jurídico pelo qual as partes, em vez de recorrer ao Poder Judiciário, escolhem juízes árbitros, para decidir as suas questões”.

Tem por objetivo extinguir obrigações (e daí, sua posição, em nosso Código Civil, entre os “efeitos das obrigações”), pondo fim a controvérsias sôbre as mesmas. Aproxima-se da *transação* (cf. art. 1.048), embora desta se diferencie em alguns pontos básicos. Com efeito, na *transação*, as partes, diretamente, previnem ou fazem cessar o litígio, *através de concessões recíprocas*, enquanto o *compromisso* resolve, igualmente, as pendências judiciais ou extrajudiciais daquelas, subtraindo ditas pendências ao pronunciamento da *Justiça Comum* e, sujeitando-as à Jurisdição excepcional, que é o *Juízo Arbitral*.

Assim, a *transação* é mais onerosa do que o *compromisso*, pois pressupõe concessões recíprocas: neste, presume-se que os árbitros, que substituem os juízes, vão decidir a favor daquele que tem o direito.

Já dizia F. MENDES PIMENTEL (*Revista Forense*, 26/29):

“A transação ultima a contenda; se uma das partes tentar renová-la, opôr-lhe-á a outra a *exceptio litis per transactionem finitae*. O compromisso afirma e mantém o litígio, para que o árbitro o dirima.

É da substância da primeira ser um contrato comutativo. É da natureza do segundo nada cederem as partes nas suas pretensões.

Naquela dá-se renúncia de direito, cada parte entende alienar uma porção do objeto da transação, para conservar incontestado o restante. Neste só se pactua a derrogação da ordem legal das jurisdições, para se

submeter à decisão arbitral todo o objeto do litígio — *compromittere est simul promittere stare sententiae arbitri.*”

Daí, a razão por que o mandatário, autorizado a *transigir*, não o está a *firmar compromisso*; não que êste seja mais oneroso à parte, do que a *transação*, mas sim, porque são institutos próximos, mas diversos. A capacidade para *comprometer* é a de *contratar* (art. 1.037 do C. Civil).

Continua F. MENDES PIMENTEL (loc. cit., fls. 33/34) :

“É muito elucidativo o tratamento dado ao instituto do compromisso nos projetos de nossa codificação civil, em confronto com o dispositivo que prevaleceu na Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro dêste ano.

O projeto COELHO RODRIGUES adotava o critério da *transigibilidade*:

Art. 692. As pessoas, *que podem transigir*, podem também por compromisso escrito louvar-se num terceiro, como árbitro das suas contestações judiciais ou extrajudiciais.

O projeto CLÓVIS BEVILÁQUA seguia o da *disponibilidade*:

Art. 1.177. É lícito às pessoas *que podem alienar*, louvar-se em um terceiro como árbitro de suas contestações.”

O Código Civil acabou com as restrições e dispôs que pode comprometer, quem pode contratar:

Art. 1.037. As pessoas *capazes de contratar* poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais, ou extrajudiciais”.

2. Divergem os autores quanto à natureza jurídica do *compromisso*, apresentando-o como *contrato ora de direito material, ora de direito processual, ora como acôrdo de vontades*.

Fundamental é fixar-lhe o caráter de modalidade de *auto-composição de litígios*, com a conseqüente extinção das obrigações.

É, como salienta M. I. CARVALHO DE MENDONÇA (*Doutrina e Prática das Obrigações*, Ed. Rev. Forense, pág. 668), ponto de contato e transição entre o direito substantivo e o adjetivo:

aquêle representado pela convenção entre as partes, para, desta forma, resolverem a questão; êste, pelo juízo arbitral que se forma, e respectiva sentença, que extingue a obrigação.

Diz PONTES DE MIRANDA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 2.^a edição, pág. 137), que “quanto à sua eficácia, o compromisso é negócio de direito material com eficácia negativa no direito pré-processual (exclusão dos juizes estatais) e eficácia positiva no direito processual (submissão das partes aos efeitos do laudo arbitral homologado)”.

3. É comum a inclusão, em contratos, de cláusula pela qual as partes contratantes convencionam que questões dos mesmos originadas sejam submetidas a decisão por árbitros.

É a chamada *cláusula compromissória*, “*pactum de compromittendo*”, que consiste na obrigação de celebrar o *compromisso*, nos casos previstos.

É um acessório do contrato principal, com a natureza de *pré-contrato*, *contrato preliminar*, *promessa de compromisso*, que gera, no Direito Brasileiro, obrigação de fazer, e cujo objeto é a celebração do *compromisso*.

Êste, como ensina CARNELUTTI, refere-se a uma pendência *iam nata*: a *cláusula compromissória*, a uma *mundum nata*.

ELIEZER ROSA, em seu *Dicionário de Processo Civil*, cita a opinião de SATTA, excepcional, é verdade, na doutrina, e que não distingue os dois institutos: o *compromisso*, como autolimitação da vontade nas partes, tanto abrangeria a hipótese de aceitação prévia de um julgamento de outrem sôbre uma lide por nascer, como também a do empenho da palavra de aceitá-la para uma lide eventual, da qual nada se sabe ou se pode imaginar.

4. É claro que, não obstante a celebração do *pacto “de compromittendo”*, as partes podem recorrer, se assim resolverem, de comum acôrdo, à Justiça Comum.

As divergências surgem na hipótese de descumprimento do pacto, por uma das partes, que se negue a celebrar o compromisso, quando do advento de uma divergência concreta.

Alguns juristas negam qualquer eficácia à *cláusula compromissória*, tachando-a de inócua e inútil, sem nenhum valor vinculativo: seria simples promessa, verdadeiro compromisso moral, sem força jurídica.

Entre tais autores, costumam ser citados WALDEMAR FERREIRA (*Sociedades por Quotas*, 5.^a ed., pág. 37) e VIRGÍLIO SÁ PEREIRA (*Revista Forense*, 41/455).

O artigo 9.^o e seu parágrafo único, do Decreto n.^o 3.900, de 26/6/1867, sôbre o Juízo Arbitral do Comércio, estabelecia, a propósito:

“A cláusula de compromisso, sem a nomeação de árbitros, ou relativa a questões eventuais, não vale senão como promessa, e fica dependente para sua perfeição e execução de nôvo e especial acôrdo das partes, não só sôbre os requisitos do art. 8.º, senão, também, sôbre as declarações do art. 10.

Parágrafo único. Esta disposição é extensiva aos estatutos das companhias ou sociedades anônimas”.

Em posição oposta estão os que reconhecem a eficácia jurídica do pacto, embora divergindo nas respectivas conseqüências. É o caso de ÁLVARO MENDES PIMENTEL (*Da cláusula compromissória no Direito Brasileiro*, 1894, pág. 67), CARVALHO SANTOS (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, 2.ª ed., vol. XIV, pág. 28), OROSIMBO NONATO (*Revista Forense*, 69/116), CLÓVIS (ib) e PONTES DE MIRANDA (ib, págs. 167/8).

Diz CLÓVIS:

“E como obrigação de fazer, desde que *nemo potest precise cogi ad factum*, não obriga às partes a celebração do compromisso, embora o não celebrá-lo constitua infração do contrato, que dará lugar à responsabilidade civil.

O direito italiano autoriza o juiz a nomear árbitros, se as partes, desprezando a cláusula compromissória, deixam de fazê-lo. É o que determina o art. II do Código de Processo Civil italiano: “Quando em um contrato, ou depois, as partes se obrigam a comprometer as controvérsias, que dêle possam surgir, se os árbitros não são nomeados ou vierem a faltar, por qualquer causa, todos, ou alguns, nomeá-los-á a autoridade judiciária que seria competente para conhecer da controvérsia, sempre que as partes não tiverem estipulado diversamente”. Esta solução tem sido criticada, por desnaturar o compromisso; mas a tendência do direito moderno é dar validade e eficácia à cláusula compromissória”.

Estamos, no particular, com PONTES DE MIRANDA, que, na obra e local citados, dirimiu, com absoluto acêrto, a nosso ver, a questão, doutrinando:

“Quanto à promessa de comprometer-se, tudo se passa semelhantemente. Não se pode, para se obter

o compromisso, se o pacto *de compromittendo* não precisou cada ponto do compromisso prometido, invocar o artigo 1.006 do Código de Processo Civil, nem, tampouco, pretender que o Juiz nomeie o árbitro (Câmaras Reunidas da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 26 de julho de 1923, R. de D., 145; 1.^a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 2 de dezembro de 1940, A.J., 58, 53). O pacto de *compromittendo* não gera a exceção de compromisso (3.^a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 31 de março de 1943, Rev. dos Tribs., 145, 633). Daí a conveniência de se inserir a pena. Mas há a ação de indenização por inadimplemento.

O pacto *de compromittendo* dá ensejo a que nasça a pretensão à conclusão do compromisso. Por isso, a ação que se há de propor é a ação do art. 1.006 do Código de Processo Civil. O art. 1.006, § 2.º, é invocável, de modo que não há qualquer particularidade pré-processual.

Se, acaso, havia dívida de contraprestação, incide o art. 1.006, § 1.º.

Devemos assinalar que OROSIMBO NONATO (loc. cit.), em voto vencido como desembargador na então Côrte de Apelação de Minas Gerais, sustentou:

“Pode o Juiz, na hipótese de recusa do dever do compromitente, eleger, por êle, os Juizes arbitrais, tratando-se como se trata, de obrigação de fazer, em que a execução forçada é sempre possível, desde que não haja violência à pessoa do devedor”.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

“Cláusula compromissória (*pactum de compromittendo*) ainda não é constitutivo do juízo arbitral, mas obrigação de o celebrar. Trata-se de uma obrigação de fazer, que se resolve em perdas e danos, e que, como pacto de ordem privada, não torna incompetente o juiz natural das partes, se a êle recorrem” (Rec. extr. 58.696, decisão da 3.^a Turma, do Relator Min. Luiz Gallotti; Rev. Trib. Just., 42/212).

5. No que se refere ao Estado, a questão que surge, é a referente à competência do *Poder Executivo*, com relação a con-

tratos administrativos, para celebrar *cláusulas compromissórias* e *compromissos*: necessita a *Administração Pública*, em tais hipóteses, de *autorização legislativa*?

RUI BARBOSA (Rio, 1915), na petição inicial da ação de nulidade de arbitramento movida pelo Estado do Espírito Santo contra o de Minas Gerais (contestada por F. MENDES PIMENTEL no trabalho do qual citamos trechos), debateu, com profundidade, a matéria, tendo sustentado, na oportunidade, que o direito de *comprometer* supõe o de *transigir*, e este, o de *dispor*, não sendo, pois, possível o arbitramento com relação aos pleitos em que se ache envolvida a ordem pública.

RUI, em outros casos, desenvolveu a mesma tese, como ocorreu na questão de limites entre o Ceará e o Rio Grande do Norte, e no parecer que emitiu sobre “renúncia do direito de recorrer”.

CARLOS MEDEIROS SILVA, na qualidade de Consultor-Geral da República, teve ensejo de proferir dois pareceres sobre o assunto (Revista de Direito Administrativo, 31/489 e 35/450), nos quais sustentou a tese da necessidade de autorização legislativa para que o Estado possa firmar *compromissos*. Diz o eminente mestre:

“Ao par da alienação da competência para decidir na esfera administrativa, o compromisso envolveria, ainda, a subtração da controvérsia ao conhecimento do Poder Judiciário, pela forma usual. Evidentemente, tal subversão somente poderia encontrar *apoio em lei especial de autorização*”. (R. D., 31/495).

Com referência à *cláusula compromissória* pactuada pelo Estado, sem autorização legislativa, afirma (ib.):

“A cláusula compromissória celebrada por agente incapaz (Cód. Civil, art. 82) não pode induzir à responsabilidade do Estado, pelo fato de não se lhe seguir o compromisso. Caso contrário, a autoridade administrativa, sem competência, colocaria o Poder Legislativo em posição de constrangimento, devendo optar, ante o excesso de poderes, entre a homologação de uma renúncia à jurisdição ordinária e o risco de indenizar. Não é lícito aos particulares que contratam com o Estado, por outro lado, ignorar que há leis gerais e especiais a observar (Código Civil, art. 83)”.

Aliás, a leitura dos aludidos pareceres do preclaro publicista brasileiro é fundamental à boa compreensão da controvérsia, pois apresentam, mormente o primeiro citado, minucioso escôrcço histórico da mesma, mostrando como o problema vem sendo tratado,

desde o Império, nas esferas administrativa e legislativa, dando ênfase, naturalmente, às manifestações em abono de seu ponto de vista.

Dentro da mesma orientação de CARLOS MEDEIROS, podemos citar ALCEU OCTACILIO BARBEDO (R.D.A. 60/393).

6. Mas a tese oposta, parece-nos ser, *data venia*, a melhor. Em verdade, como já vimos, a capacidade para firmar *cláusula compromissória* é, simplesmente, a *de contratar* (art. 1.037, do Código Civil).

Outrossim, ao *compromisso* só se aplica, na medida do possível, o disposto acêrca da *transação* (C.C., art. 1.048), mostrando CLÓVIS BEVILÁQUA (ob. cit., coms. ao art. 1.048) que os artigos comuns são os de números 1.026, 1.027, 1.031, 1.033 e 1.035.

Ora, a autoridade administrativa competente para *contratar*, pode, portanto, *firmar compromisso* e, em princípio, inclusive, *transigir*. É o que se conclui, por exemplo, do *parágrafo único do art. 19 do Regimento da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara, aprovado pelo Decreto Estadual "IV" n.º 1.008, de 29 de janeiro de 1968*, em que se lê:

"Os Procuradores não poderão transigir, confessar, desistir, acordar ou deixar de usar dos recursos ordinários cabíveis, salvo quando expressamente autorizados pelo Governador (os grifos são nossos)."

É comum, aliás, a rescisão amigável de contratos administrativos, com a conseqüente composição dos direitos patrimoniais recíprocos.

Aliás, seriam necessárias disposições constitucionais ou legais, expressas que dessem às Assembléias Políticas a competência para outorgar tal autorização, o que não ocorre.

A *Lei Federal n.º 1.341, de 30/1/51 (Lei Orgânica do Ministério Público da União)*, em seu art. 23 e respectivo parágrafo único, assim dispõe:

"Salvo quando autorizados pelo Procurador-Geral, os órgãos do Ministério Público da União não podem transigir, comprometer-se, confessar, desistir ou fazer composições."

Parágrafo único — Sempre que julgarem conveniente, deverão representar confidencialmente ao Procurador-Geral, para que este, opinando a respeito, obtenha do poder competente a necessária autorização para *transigir, confessar, desistir ou fazer composições*". (os grifos são nossos).

No particular, se dúvida pudesse haver quanto à desnecessidade de autorização legislativa para *transigir, confessar, desistir* ou *fazer composições*, dada a cláusula “para que este (o Procurador-Geral) obtenha do poder competente a necessária autorização” — embora achemos que se trate do Executivo, ou, do Poder que praticou o ato ou a omissão impugnado pela outra parte — o mesmo não ocorre com o *compromisso*, previsto no *caput* do artigo, (que exige, apenas, autorização do Procurador-Geral) e não contemplado no parágrafo único respectivo.

Outrossim, o *fôro privativo da Fazenda Pública*, no Poder Judiciário, é uma garantia para esta, e não obstáculo à celebração de compromisso.

Como bem argumentava F. MENDES PIMENTEL, sob o regime de 1891 (loc. cit., fls. 39), em lição ainda plenamente válida:

“A contextura constitucional torna evidente que a *originariedade* e a *privatividade* de competência do Supremo Tribunal Federal não exclui a decisão arbitral, quando a matéria litigiosa se compadece com semelhante solução judicial.

Basta continuar a leitura dessa mesma cláusula da Constituição:

Art. 59. Ao Supremo Tribunal compete: I — Processar e julgar *originária e privativamente*:

d) os litígios e reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados.

Se esta competência originária e privativa excluísse o arbitramento, nossa Chancelaria não teria o justo orgulho de haver ajustado o maior número de pactos dessa natureza, nem nosso genial embaixador em Haia teria defendido, perante a Assembléia das Nações, a arbitragem como o meio de organizar a justiça internacional”.

O mesmo F. MENDES PIMENTEL já sustentava:

“Pode comprometer, quem pode contratar. Ninguém nega que os Estados podem celebrar contratos.

Ninguém duvida que tais convenções podem ser ajustadas entre essas pessoas jurídicas de direito público interno.

Portanto — pelas regras do *nosso direito privado* e pelas normas do *nosso processo civil* podem os Estados comprometer”. (loc. cit., pág. 35).

A autoridade administrativa não poderá, sem autorização legislativa, firmar *compromisso*, quando se trate de matéria em que aja *iure imperii*, quando esteja em jogo a ordem pública. Mas nenhum problema há, quando se cuida de aplicação de um contrato, que prevê, êle mesmo, a *cláusula compromissória*.

CASTRO NUNES assim se expressou, em sua celebrada obra *Da Fazenda Pública em Juízo* (pág. 281):

“Mas, se o Estado, como tôda pessoa *sui juris*, quer prevenir o litígio ou solucioná-lo por aquela via transaccional (o compromisso), não há por que lhe recusar êsse Direito, pelo menos nas suas relações de natureza contratual ou privada. São essas relações que podem comportar o juízo arbitral. Aquelas em que o Estado age como Poder Público, estão de seu natural excluídas, pois que, em linha de princípio, não podem ser objeto de transação”.

Aos argumentos *de alienação da competência para decidir, administrativamente, e subtração do litígio ao juiz ordinário*, responde THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, com propriedade, em parecer como Consultor-Geral da República:

“Êstes argumentos envolvem, entretanto, a própria essência, a substância mesma do juízo arbitral, e a negação da legitimidade de uma instituição consagrada na maioria dos países, como na Inglaterra, nos Estados Unidos, na Argentina e no Brasil, através de uma velha legislação”. (R.D.A., fls. 515).

Mais adiante (ib., fls. 517), afirma:

“Parece-me que a Administração realiza muito melhor os seus fins e a sua tarefa, convocando as partes que com ela contratarem, a resolver as controvérsias de direito e de fato perante o juízo arbitral, do que denegando o direito das partes, remetendo-as ao juízo ordinário ou prolongando o processo administrativo, com diligências intermináveis, sem um órgão diretamente responsável pela instrução do processo”.

7. A lei, muitas vêzes, tem impôsto a solução do compromisso entre o Estado e o co-contratante, como foi, no Império, o caso da *Lei sobre Estradas de Ferro* (Decreto n.º 7.959, de 29 de dezembro de 1880).

Conforme mostra THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, no citado parecer, essa solução tornou-se extensiva a muitas concessões de serviços públicos, bastando mencionar a da *The Rio de Janeiro City Improvements Company Ltd.*, a da *Leopoldina Railway*, a da *Western Telegraph*, a da *Madeira-Mamoré*, etc.

HELIO LOPES MEIRELLES, em seu já famoso *Direito Administrativo Brasileiro* (Ed. Rev. dos Trib., 2.^a ed., fls. 323 e 324), inclui entre as cláusulas principais dos contratos de concessão a fixação da solução dos litígios, por intermédio do juízo arbitral.

Atualmente, até mesmo em contratos de financiamento entre Administrações Públicas Brasileiras e entidades estrangeiras e internacionais, tem sido consagrada a cláusula compromissória.

Com referência à citada concessão da City Improvements concessionária do serviço de esgotos, no Rio de Janeiro, concessão esta outorgada pela União, cabe citar Exposição de Motivos do DASP, firmada por LUIZ SIMÕES LOPES (*Revista de Direito Administrativo*, Vol. II, págs. 763 e segs.), em que ficou patente que devia o Governo conformar-se com a decisão do árbitro sobre divergência quanto à interpretação de cláusula contratual, em obediência ao compromisso previamente assumido em termos, e aceitar, como final e irrecorrível, a sentença arbitral.

Além disto, em certos casos, a lei veda, expressamente, o compromisso, como na *cobrança de dívidas fiscais* (art. 59 do Decreto-lei n.º 960, de 17/12/1938), o que parece indicar, a *contrario sensu*, a sua possibilidade, em outras hipóteses.

8. Cabe citar a seguinte decisão do Tribunal Federal de Recursos (D. da Just. da União, de 1-6-1965, fls. 1250) :

“Juízo arbitral. Na tradição do nosso direito, o instituto do juízo arbitral sempre foi admitido e consagrado, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Pensar de modo contrário é restringir a autonomia contratual do Estado, que, como toda pessoa *sui juris*, pode prevenir o litígio, pela via de pacto de compromisso, salvo nas relações em que age como Poder Público por insuscetíveis de transação.

Natureza consensual do pacto de compromisso. O pacto do compromisso, sendo de natureza puramente consensual, não constitui fôro privilegiado nem tribunal de exceção, ainda que regido por lei específica”.

NATUREZA JURÍDICA DO ESPAÇO EPI-ATMOSFÉRICO

LUÍS IVANI DE AMORIM ARAÚJO

Quando o Homem, vencendo tôdas as barreiras do desconhecido, conseguiu, pela fôrça de sua inteligência, atingir o espaço aéreo, o seu feito não foi tão-sòmente a deslumbrada consecução de séculos de trabalhos, de sonhos e audaciosos rasgos de coragem. Mais que isso, dêsse acontecimento a ciência jurídica fazia surgir novos ensinamentos que vieram disciplinar as relações jurídicas, decorrentes da utilização dêsse espaço.

Aparecia, assim, o DIREITO AERONÁUTICO.

Esse espaço, porém, já não bastava para o desejo do Homem ambicioso de atingir o desconhecido. Fustigava-lhe a mente o sonho de subir mais, galgar o infinito, realizar a quimera acalentada, há séculos, pela sua insatisfação, desde o seu aparecimento neste planêta.

Na conquista dêsse sonho êle viveu no seio das lendas e na tessitura das ficções.

Conquistado que fôra o espaço aéreo, graças ao talento de Alberto Santos Dumont, o genial brasileiro que encarnou o espírito indômito do legendário Ícaro, o Homem continuou a sua busca em tórno do desconhecido. A planura do azul que nos acoberta era o infinitamente ignorado e assim, sempre buscando os segredos do Alto, o espaço aéreo foi desvendado e ultrapassado pelo homem inquieto.

Dominado o espaço, era necessário, pois, regulamentar-se as relações jurídicas que possam surgir da utilização da área situada acima do espaço aéreo onde não só circulam os integrantes do sistema solar, mas, e principalmente, gravitam os engenhos que a inteligência humana, a serviço da técnica, vai colocando no espaço, como os Sputniks, os Luniks, os Explorers, os Pioneers, que em seu bôjo levam bonecos, animais e o próprio Homem com a incumbência de atingir a Lua e preparar o caminho para a navegação interplanetária.

Dêsses fatos, — *ex facto oritur jus* — haveria de surgir um novo Direito.

Ocorre-nos indagar então: como surgiu êsse Direito? Acreditamos que o mesmo teve o seu início em 4 de outubro de 1957, quando os soviéticos lançaram ao espaço o seu engenhoso Sputnik.

Denominações

Como deveremos designar êsse recém-surgido ramo da árvore jurídica, já que há divergências a respeito?

De início, valemo-nos dos juristas que focalizaram o assunto. E fomos encontrar designações várias para o Direito incipiente, digamos assim, para essa diversificação do Direito que surge, ou melhor, que está surgindo.

Em primeiro lugar, encontramos a locução Direito Astronáutico, designação que vem sendo aceita com sucesso, uma vez que se fundamenta no seguinte: se Astronáutica é a ciência da circulação entre os astros, o ramo do Direito que trata da regulamentação das relações jurídicas que possam surgir e desenvolver-se, em virtude dessa circulação, terá forçosamente de chamar-se Direito Astronáutico. Além disso, teria a seu favor a analogia com o Direito Aeronáutico, pois, assim como o Direito referente às normas jurídicas que regulamentam a circulação aérea e os fatos relacionados com essa atividade se chama Aeronáutico, *mutatis mutandis* o Direito relativo à utilização e circulação no espaço epí-atmosférico deverá ser Astronáutico, pelo menos dentro da lógica.

Essa expressão é criticada por Aldo Armando Cocca (1), ao assinalar que os foguetes e os satélites artificiais não são naves, não navegam, nem têm seus meios de sustentação no espaço, como o avião no ar ou o navio náguas. Inexistindo ar no espaço, que êle chama de interplanetário, muito menos haveria sustentação e por isso não se pode falar em navegação, pois que existe apenas circulação entre os planêtas. Ainda esclarece o ilustrado jurista argentino que êsse ramo da ciência não se restringe apenas à circulação no espaço epí-atmosférico, pois uma das finalidades precípua do homem é a conquista e ocupação, não só da Lua, como também dos demais planêtas, o que fugiria por completo à denominação por êle criticada.

Eis porque Cocca prefere a designação de Interplanetário, no que é acompanhado por Haroldo Valladão que, em vários trabalhos, advoga a sua aceitação pelos estudiosos do assunto.

Cocca fundamenta às páginas 61 do magnífico trabalho "Teoría del Derecho Interplanetario" seu ponto de vista no seguinte argumento: assim como Internacional é o Direito que regula as relações entre os Estados, devemos aceitar a expressão Interplanetário para o Direito que regulará as relações jurídicas

aplicáveis ao espaço e as relações entre os planêtas e — o que ao seu ver é importante — compreende também essa locução não só a circulação como o domínio, a conquista e a posse de tudo que seja alcançado pelo homem no espaço epi-atmosférico.

Haroldo Valladão, estrêla de primeira grandeza da constelação de juristas americanos, segue o mesmo caminho e, depois de várias considerações a respeito da conquista do espaço que êle denomina de interplanetário, afirma que “a atividade humana atingiu, no momento, apenas o espaço interplanetário e o direito nascente, a respeito, há de ser, pois, denominado Direito Interplanetário” (2).

Quer parecer-nos que a afirmativa do jurista é demasiado rígida, quase dogmática: há de ser denominado Direito Interplanetário.

Isso porque não há, no momento, relações entre planêtas ou entre outros mundos. Lógicamente, a expressão Direito Interplanetário não se ajusta ao que procura significar.

Muitas outras expressões estão sendo usadas, como veremos, muito embora J. Kroell (3) possa distingui-las achando que “Direito Astronáutico deve ser aplicado aos fatos relativos à circulação e trânsito entre os planêtas e estrêlas, o Direito Interplanetário deveria ser empregado para o estudo das normas referentes à conquista e ocupação dos planêtas, à exploração dos astros e das energias gasosas e radioelétricas suscetíveis de serem captadas.

Belfort de Mattos (4) também distingue as duas expressões. Assim, para o professor paulista o “Direito Astronáutico encarrega-se de regulamentar o lançamento, circulação e aperfeiçoamento de veículos espaciais”, enquanto o Interplanetário seria o Direito que procura “elucidar o que aconteceria, *de jure*, se os navegantes intersiderais se defrontassem com outras gentes, — extraterrestres — e, eventualmente, dotadas de natureza intelectual e livre”.

O Direito Interplanetário teria assim para Belfort de Mattos as mesmas características do “Jus Inter Gentes Planetarum” do insigne jurista Haroldo Valladão e que teria por finalidade “disciplinar as futuras relações entre os habitantes da Terra e os respectivos grupos humanos com os sêres e povos encontrados noutros planêtas, com os possíveis selenitas, marcianos etc.”.

Outras expressões existem, entre as quais salientamos “Direito do Espaço”, usada entre outros, por John Cooper, em “Legal problems of upper Space”, e por Andrew Haley, em “Basic Concepts of Space Law”. Essa expressão pode ser combatida vez que poderia nela compreender-se não só o Direito Espacial Epi-Atmosférico, como também o Aéreo, o Aeronáutico, deixando de lado tudo que dissesse respeito à ocupação dos planêtas.

Encontramos, ainda, as locuções Direito Cosmonáutico, Eteronáutico, Sideral, Intersideral, Interastral, Satelitário, Extra-terrestre, Ultraterrestre, do Espaço Cósmico etc.

Vemos, pois, que os juristas aceitam a existência dêsse novo ramo da árvore jurídica, embora discordem quanto à sua denominação.

Um ilustre jurista brasileiro, Hésio Fernandes Pinheiro, propôs, em conferência pronunciada no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 24 de maio de 1962, e, posteriormente, reiterou seu ponto de vista no 1.º Congresso Internacional de Direito Aeronáutico, realizado em São Paulo, em abril de 1963, que essa nova disciplina jurídica fôsse denominada Direito Espacial Epi-Atmosférico, visto que objetivava traçar normas reguladoras das atividades que se passam no espaço situado acima da atmosfera, isto é, no espaço epi-atmosférico.

Não se pode negar o fato de que, se em toda ciência ou ramo do saber o problema de sua denominação reclama para uma matéria de formal importância, atenções especiais, para outros não passa de questão puramente acadêmica, por julgarem que o nome nada vale. O que vale é o seu conteúdo.

Somos que o nome, a designação do ramo do Direito que trata da regulamentação das relações jurídicas que possam surgir da utilização da área situada acima do espaço aéreo pouco importa. O que vale, repetimos, é o seu conteúdo.

Embora empregássemos, anteriormente, em diversos trabalhos a designação Direito Astronáutico, achamos que a expressão cunhada por Hésio Fernandes Pinheiro é a que mais se aproxima etimologicamente do fim a que se propõe.

Eis a razão por que a adotamos.

E a adotamos considerando que, se Direito Astronáutico poderia ser usado apenas para o estudo das normas reguladoras da circulação entre os astros, não poderia comportar os preceitos jurídicos referentes à ocupação dêstes astros.

Em Direito Espacial Epi-Atmosférico temos que êsse *desideratum* está plenamente alcançado, pois servirá não só para estudar as regras referentes à circulação entre os astros, como também para tratar das normas reguladoras da chegada do Homem aos demais planetas, pois tudo isso se passará no espaço acima do aéreo, ou seja, no espaço epi-atmosférico.

E como definir êsse novo Direito?

Apesar do rigorismo da regra "omnis definitio in jus periculosa est", somos que êle pode ser conceituado como o conjunto de regras destinadas a regulamentar não só todas as relações jurídicas nascidas da circulação, no espaço epi-atmosférico, das naves e engenhos espaciais, como também as relações entre a Terra e seus habitantes com os demais corpos celestes, habitados ou não.

Assim, êsse Direito Espacial Epi-Atmosférico — ramo do Direito Espacial — compreende, por seu turno, duas partes distintas:

- a) o Direito Astronáutico — conjunto de regras jurídicas aplicáveis à circulação no espaço epi-atmosférico das naves e engenhos espaciais;
- b) O Direito Inter Gentes Planetárias — conjunto de normas que regulam as relações entre a Terra e os demais corpos celestes, inclusive entre os respectivos habitantes.

Sendo um Direito nôvo, dando os primeiros passos, não poderia ter existência antes do próprio objeto que êle se propõe regulamentar, razão pela qual só encontramos poucos livros a respeito ou então artigos publicados em revistas jurídicas, mormente as especializadas em Direito Aeronáutico. Se êste, no seu início, era considerado como um capítulo do Direito Marítimo e o próprio “Codice della Navigazione”, da Itália, promulgado em 30 de março de 1942, segue essa orientação, o mesmo se pode afirmar do Direito Espacial Epi-Atmosférico que consideramos filiado àquele.

Com efeito, o Direito Espacial — conjunto de normas que regulamentam a atividade do homem no espaço — compreende dois ramos que se intercalam: o Direito Aeronáutico e o Espacial Epi-Atmosférico. Adotamos, nesse particular, uma posição monista que pode ser resumida no seguinte: o Direito Aeronáutico e o Direito Espacial Epi-Atmosférico são dois ramos do mesmo sistema jurídico: o Direito Espacial.

Teorias sobre a natureza jurídica do espaço epi-atmosférico

Qual a situação jurídica do espaço epi-atmosférico?

Repetem-se, neste terreno, as mesmas discussões doutrinárias travadas no comêço dêste século em que os aerojuristas afirmavam teorias diametralmente opostas — de um lado, o princípio da liberdade do espaço aéreo e de outro, finalmente vitorioso, o da soberania do Estado sobre o espaço aéreo que o cobre.

Novamente as divergências se sucedem no que tange à situação jurídica do espaço situado mais além da atmosfera. Pertencerá ao Estado subjacente, como se fôsse um prolongamento do espaço aéreo, ou será uma “res communis omnium” e, pois, inapropriável e livre?

Antes de respondermos a essa indagação, necessário se faz atentarmos para outra pergunta que alguns juristas fazem entre si: onde termina o espaço aéreo e se inicia o espaço Epi-Atmosférico? Essa indagação tem importância magna para os que estu-

dam êsse novíssimo Direito. Sua resposta equivale a uma tomada de posição, mormente para os que admitem que o espaço epi-atmosférico é "*res communis omnium*", e, portanto, não está sujeito à soberania de nenhum Estado.

Em outras palavras, até onde se estende verticalmente a soberania do Estado? Isso obrigou o jurista a emitir várias opiniões e tôdas, embora concordes na necessária e urgente delimitação dêsse espaço, divergem quanto ao ponto onde os dois espaços se distinguem.

E isso acontece em virtude de, cientificamente, ser impossível afirmar-se com segurança onde termina um e se inicia o outro. Mas essa dificuldade não esmoreceu o jurista e, muitos fixam, como limite entre os dois espaços, a convencional linha Karman, que toma por base o ponto colocado a 300 milhas de altura; outros afirmam que, naquele ponto em que a sustentação é alcançada pela reação aerodinâmica, nos encontramos dentro do espaço aéreo enquanto que, no ponto em que sômente atua a força centrífuga, já podemos falar em espaço epi-atmosférico."

Para nós o problema é irrelevante.

Somos que o espaço epi-atmosférico nada mais representa que um prolongamento do espaço aéreo e nisso nos baseamos na lição de Paul de La Pradelle (5), para quem

"L'espace aérien, conception géométrique, comporte nécessairement une dimension infinie qui peut remplir la capacité juridique également infinie, de la souveraineté. Si la limite d'un plafond aérien peut être, et a été, aisément admise pour l'exercice de la propriété individuelle, elle a été, en fait, délibérément écartée dans les rapports de souveraineté".

E não nos apoiamos apenas no autor supracitado. Outros juristas robustecem essa nossa opinião, entre os quais destacamos Collard, quando afirma ser o Estado capaz de ter soberania, até mesmo numa indefinida altura, ou como Gemma, que estende essa soberania até a uma altura ilimitada ou ainda Kroell (6) que sustenta ser defensor da soberania do Estado até alturas sem limites.

Mas Kroell não pára aí o seu raciocínio, pois no seu modo de ver

"Ces raisons impérieuses nous font rejeter toute limitation en hauteur, de la souveraineté des Etats, autrement, toute frontière en hauteur. La seule frontière que les Etats connaissent, dans le sens vertical est celle

que la nature impose à l'homme, c'est-à-dire, une limite physique au delà de laquelle toute manifestation de vie est impossible. Pratiquement, la souveraineté de l'Etat se termine avec cette limite absolue”.

Ao transcrevermos essa opinião de Kroell, queremos frisar que a endossamos com uma única ressalva — a de que a soberania do Estado se estende em sentido vertical até onde o homem pode, direta ou indiretamente, elevar-se. Até onde possa o homem chegar, aí chegará a soberania do Estado, dado que a técnica proporcionará os meios de fazer efetivo e real o controle de dita soberania.

Em abono, ainda, de nossa afirmativa, valemo-nos do judicioso estudo do erudito professor Ming-Min-Peng (7), que assim conclui:

a) o conceito “espaço aéreo” tem sido empregado na história do Direito Aeronáutico como sinônimo de conceito “âmbito espacial utilizável” sem delimitação. Disso deduz-se que a expressão empregada na Convenção de Chicago abarca todo o espaço acessível ao homem, muito além da terra;

b) em consequência, a soberania dos Estados se estende verticalmente, tanto quanto seja possível uma elevação na mesma. Todas as disposições legais, referentes à aviação, internacionais como nacionais, se aplicam a toda classe de voo independente da altura que alcance. Por isso não se deve fazer nenhuma diferença entre as diversas zonas do espaço sobre a terra;

c) não é indispensável, como condição prévia para a existência da soberania, um controle físico do território espacial utilizável”.

Sentimos, assim, discordar de Haroldo Valladão (8) na sua afirmação de que “a soberania completa e exclusiva dos Estados sobre o espaço acima de seu território sempre visou ao espaço aéreo ou atmosférico”, aduzindo em apoio dessa afirmativa que os Estados “tão ciosos da “violação” de seu “espaço aéreo”, que protestam contra qualquer voo não autorizado, mesmo dos velocíssimos aviões a reação, sobre seus territórios ou águas territoriais, nada reclamaram, nenhum protesto apresentaram contra a circulação dos satélites artificiais”.

A ausência de protestos não só contra o lançamento de satélites, como de suas evoluções por parte dos Estados que são cruzados pelos mesmos, não significa a legalidade de tal lançamento, ou melhor, que eles possam livremente sobrevoar o território ou as águas territoriais de um Estado. Há, isso sim, um consentimento tácito por parte de todos os Estados para que os

privilegiados (em técnica que os possibilitam lançar tais engenhos) enviem ao espaço com finalidades científicas tais satélites.

Esse assentimento tácito, acreditamos, não estabeleceu nenhum precedente, e amanhã, quem sabe, assistiremos a protestos contra a violação do espaço por parte de satélites artificiais ou de naves espaciais.

Aliás, a êsse respeito, mister se faz que registremos, a título de curiosidade, o pedido formulado por James Maughan, em 1936, ao Procurador do Estado de Michigan, a fim de que fôsse registrado, como de sua propriedade exclusiva, o espaço epi-atmosférico, nêle incluídos todos os astros. Obtido parecer favorável, o registro foi concedido em 18 de janeiro de 1949, e assim Maughan, perante a lei ianque, passava a ser o proprietário de "Celestia", nome que êle dera ao seu domínio.

Mas o singular americano ainda achava pouco o que obtivera e, anos após, pleiteava que a ONU reconhecesse "Celestia" como um Estado e o acolhesse no seu seio. Felizmente, a agudeza de Trygve Lie conseguiu evitar semelhante ridículo, que era a admissão no Organismo Internacional de um inexistente Estado, baseando sua negativa na própria Carta assinada em São Francisco, quando esta estabelece a maneira pela qual um Estado pode ser admitido na organização.

Mas Maughan na sua audácia levantou em nome de seu Estado, em 5 de outubro de 1957, enérgico protesto contra o lançamento do Sputnik que violava a soberania de "Celestia".

Mas Haroldo Valladão, em seu "Direito do Espaço Interplanetário" (9), vai mais longe na sua conceituação, pois opina que o espaço que êle denomina de interplanetário é "*res communis omnium universi*", ou seja, coisa comum não apenas a todos da terra, mas ainda a todos do Universo, e, pois, também de outros Planetas e Satélites onde podem, também, existir seres racionais, frisando que o problema é apenas de regulamentação do uso e gozo do espaço interplanetário, vez que êle não será objeto de um condomínio dos Estados da Terra, nem de propriedade da própria Terra, representada pela ONU ou mesmo, na forma total representada por uma assembléia integral dos povos que ainda não fazem parte da ONU.

No artigo publicado na "Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná" e intitulado "Direito Astronáutico, Diretrizes e Normas", Belfort de Mattos, depois de comentar as principais doutrinas que surgiram a respeito da situação jurídica do espaço epi-atmosférico, apresenta a teoria que, conjuntamente com Belfort de Mattos Filho, apresentou à II.^a Conferência Regional de Navegação Aérea, reunida pela OACI em São Paulo.

Esta teoria repousa nos seguintes princípios:

a) que a soberania do Estado se exerça, em sua plenitude, sobre o espaço aéreo que recubra seus territórios terrestre ou marítimo, bem como sobre o espaço interplanetário que se estende entre os aludidos limites até o “ponto neutro” ou “zona neutra”;

b) que o sobrevôo de um Estado por *teleguiados* ou não, de outra potência, só será lícito: 1.º) mediante autorização prévia e inequívoca do Estado de ser sobrevoado e 2.º) ou mediante acôrdo internacional específico, registrado na Secretaria da OACI e no Secretariado-Geral da ONU.

Em resumo, tal teoria prevê que a soberania do Estado se estende até onde atua a gravidade terrestre. Para além seria o espaço livre, nem “*res nullius*” aproveitável pelo primeiro ocupante, nem “*res communis omnium*” a ensejar a divisão entre os condôminos. Seria uma “*res nullius communis usus*”, como o Alto Mar.

Outras teorias podem ainda ser analisadas.

Assim é que, dentro do ecletismo, vamos encontrar a doutrina lançada por John Cooper, em 26 de abril de 1956, perante a Sociedade de Direito Internacional de Washington, e na qual o espaço é dividido em 3 zonas, assim discriminadas:

a) zona da soberania absoluta do Estado, que se estende até a altura onde possam chegar as aeronaves;

b) zona do chamado “espaço contíguo”, que se prolonga até 300 milhas de altura da superfície e na qual o Estado exerceria soberania limitada, pois poderia permitir a passagem de aparelhos não militares;

c) zona completamente livre.

Anos após, por ocasião da XII Conferência da “Inter American Bar Association”, realizada em Bogotá (Colômbia), em 1961, foi aprovada a chamada “Carta Magna do Espaço”, baseada no projeto apresentado pelo jurista ianque William Hyman, cujos preceitos fundamentais são os seguintes:

a) o espaço divide-se em aéreo e interplanetário;

b) enquanto o primeiro pertence ao Estado subjacente, o segundo será “*res communis*” e somente deverá ser usado para fins pacíficos, ficando o direito de exploração do mesmo para todos os povos em benefício da humanidade;

c) entre os dois espaços, localiza-se a chamada zona “Neutra”, na qual se reconhecerá o direito de passagem inocente para toda nave ou engenho espacial.

A resolução da situação jurídica do espaço epi-atmosférico não é de somenos importância para o jurista. O problema é atual, dado que os Estados podem, a qualquer momento, reivindicar maiores ou menores direitos sobre o mesmo.

Não foi sem razão que Leftus Becker afirmou (10), certa vez, que “Os Estados Unidos têm a soberania sobre seu espaço aéreo, de acordo com a Convenção de Chicago, porém eles não renunciarão aos direitos que possam ter acima do espaço aéreo”.

E apesar de sermos passíveis de críticas, ousamos afirmar que a legislação de vários Estados aceita que a soberania dos mesmos se estende, verticalmente, até ao infinito. Com efeito, se atentarmos para as Convenções específicas que foram assinadas, de Paris até Chicago, veremos que as mesmas são unânimes em afirmar a soberania completa e exclusiva do Estado sobre seu espaço aéreo ou atmosférico.

Mas alguns Estados vão além e sustentam, como o Código Aeronáutico de la Nación Argentina — promulgado em 5 de agosto de 1954 — que

“Este Código regirá la aeronáutica civil en el territorio de la República Argentina y el espacio que lo cubre”,

enquanto o art. 306 da “Ley de Vias Generales de Comunicación” do México, de 1940, com as modificações introduzidas em 1949, afirma que

“el espacio situado sobre el territorio mexicano está sujeto a soberanía nacional”

e o art. 1.º do “Código Aeronáutico” do Paraguai, de 1957, sustenta que o vizinho Estado

“tiene soberanía en el espacio situado sobre su territorio”.

Por seu turno, a Constituição da Nicarágua, sancionada em 21 de janeiro de 1948, no seu art. 2.º, sustenta que o território da Nicarágua compreende “el espacio aéreo y estratosférico”.

Ora, nós sabemos que a estratosfera é uma das camadas do espaço atmosférico ou aéreo (troposfera, estratosfera e ionosfera). Acima da ionosfera, última camada da atmosfera, já estamos no espaço epi-atmosférico.

Ora, o que o legislador constituinte do país amigo quis referir, no artigo mencionado, foi o espaço acima da atmosfera

ra, pois o contrário seria repetir uma redundância, dado que, tendo soberania sobre o espaço aéreo, teria, é lógico, em todas as suas camadas.

Logo, a interpretação correta do preceito constitucional nicaraguense é de que o Estado centro-americano tem soberania, em sentido vertical, até onde possa assegurar o seu direito de conservação, pois este é o direito primordial de todo e qualquer Estado. *Mutatis mutandis*, essa a interpretação a ser dada às legislações do México e Paraguai — soberania sobre o espaço até onde possa defender o seu território contra todo e qualquer perigo que venha do alto.

E chegamos a esta ilação porque espaço aéreo e espaço são palavras distintas, diferentes. Não é possível confundí-las.

Temos, pois, em conclusão: o espaço epi-atmosférico é um prolongamento do espaço aéreo; sendo um prolongamento do espaço aéreo está sujeito à soberania do Estado subjacente, soberania essa que se estende até onde o homem possa, direta ou indiretamente, elevar-se.

Até onde possa o homem chegar, aí chegará a soberania do Estado, dado que a técnica proporcionará os meios de fazer efetivo e real o controle da dita soberania.

A conclusão que se impõe é a de que devemos reafirmar que não encontramos substancial diferença entre os dois espaços, como também não as encontramos entre a navegação atmosférica e a interplanetária.

É do conhecimento geral que os aparelhos modernos de aeronavegação apresentam todas as características dos que pretendem a navegação espacial. Podemos citar, como exemplo dessa nossa afirmativa, o avião norte-americano X 15 que pode ser considerado como um aparelho de transição entre as máquinas aeronáuticas e astronáuticas.

Para nós, só no futuro, não muito remoto, teremos a certeza dessa diferenciação, quando a ciência der ao homem novos instrumentos para as suas conclusões.

Evolução do problema do espaço epi-atmosférico nas Nações Unidas.

Será que a Organização das Nações Unidas se tem interessado em resolver este palpitante assunto, dado que o organismo internacional se tem preocupado, apenas, em servir de anteparo a divergências mais políticas que ideológicas entre a URSS e os Estados Unidos?

É-nos possível dizer que a ONU não se descuidou da matéria de tanta relevância e que já foi tratada desde 15 de março de 1958, quando, naquela entidade, o delegado soviético Sobolev en-

viou numa Nota ao Secretário-Geral da ONU uma proposição na qual se pedia a proibição de utilizar o espaço epi-atmosférico para fins militares, além de pedir uma cooperação internacional para o estudo desse espaço. A referida nota concluía pedindo que a mesma fôsse objeto de discussão no XIII.º período de sessões da Assembléia-Geral.

Ao mesmo tempo, outro projeto apresentado por vários países, entre os quais os Estados Unidos, era englobado com o anterior e sob o título de "UTILIZAÇÃO DO ESPAÇO EXTRA-ATMOSFÉRICO COM FINS PACÍFICOS", era enviado para a Comissão Política, onde foi objeto de estudos e debates. O problema, entretanto, não era novo. Já anteriormente, durante a XII Assembléia-Geral das Nações Unidas, aprovava-se a Resolução n.º 1.148, de 14 de novembro de 1957, na qual se recomendava aos Estados-membros da Comissão de Desarmamento o estudo de um sistema de fiscalização para garantir que, somente com fins pacíficos e científicos, fôssem enviados engenhos espaciais.

Depois de vários estudos, em 13 de dezembro de 1958, a Assembléia-Geral da ONU, pela Resolução n.º 1.348, designava uma comissão a fim de que fôsse estudado o problema da utilização pacífica do espaço epi-atmosférico, devendo a referida comissão apresentar o resultado desses estudos no ano seguinte.

Em maio de 1959, reunia-se a referida Comissão, embora sem a presença da URSS, que era um de seus membros. A ausência da URSS era baseada, segundo o seu delegado VASIL KUZNETSOV, por não ser a referida comissão integrada por igual número de países do Oriente e do Ocidente, isto é, das duas facções que se digladiavam pela hegemonia mundial. Apesar do apoio que a URSS obteve dos representantes da Tchecoslováquia, Polônia, Índia e República Árabe Unida, a Comissão enviou à Assembléia-Geral, reunida no mesmo ano, dois relatórios, nos quais considerava prematuro, no momento, resolver os problemas doutrinários relacionados com a conquista do espaço epi-atmosférico, principalmente a sua distinção com o espaço aéreo. Mas a referida Comissão recomendava que fôssem continuados os estudos tendentes a resolver os seguintes problemas:

- a) liberdade de exploração e utilização do espaço epi-atmosférico;
- b) a indicação do ponto exato onde terminava o espaço aéreo e se iniciava o espaço epi-atmosférico.

O assunto continuou em debate até que, por ocasião da XIV Assembléia-Geral da ONU, os delegados soviéticos (KUZNETSOV) e o americano (CABOT LODGE) acordaram em aumentar o número de representantes na Comissão designada anteriormente, o que fôra objeto de crítica, como vimos, por parte da URSS.

Quais os resultados práticos obtidos na referida Comissão? Seus resultados, a nosso ver, continuam no terreno de se evitar a solução do problema. Assim é que os delegados da referida Comissão acordaram no sentido de que não existe uma base científica para que se possa fixar o limite da extensão vertical dos direitos de soberania do Estado, embora a maioria dos presentes sustentasse que o espaço epi-atmosférico seria uma *res communis omnium*, o mesmo acontecendo com os planêtas e o nosso satélite.

E qual a opinião oficiosa dos dois maiores Estados da comunidade internacional, que disputam entre si a hegemonia do espaço e por conseguinte do mundo?

Loftus Becker, conselheiro legal do Departamento de Estado, sintetizou a posição ianque no seguinte:

a) não existe nenhuma norma internacional aplicável ao espaço sideral, a não ser o art. 51 da Carta da ONU, referente ao direito de legítima defesa;

b) os Estados Unidos não reconhecem nenhum limite de soberania no espaço e também não definiram ainda o que se deve entender por espaço aéreo, de acôrdo com o art. 1.º da Convenção de Chicago;

c) os Estados Unidos jamais efetuaram declarações oficiais a respeito da extensão vertical dos seus direitos de soberania;

d) o vôo dos satélites artificiais da URSS sôbre os Estados Unidos, sem protesto por parte das autoridades competentes, não deve ser entendido como precedente para uma autorização tácita ou expressa. Poderá ser explicada essa autorização como uma contribuição para o êxito do Ano Geofísico; e

e) o espaço é *res nullius* e não *res communis omnium*.

O ponto de vista soviético pode ser representado pelas declarações de Mikoyan quando afirmou em Oslo, em 15 de fevereiro de 1960: "Desde que fotografamos a face desconhecida da Lua, temos direitos de soberania sôbre a mesma".

Os estudos continuaram. Em março de 1960, o ianque Heaton propôs ao delegado soviético Zorin, na 3.ª reunião da Comissão de Desarmamento, que todos os Estados assinassem um compromisso no sentido de neutralizar-se o espaço cósmico, antes que a técnica permitisse a fabricação de aparelhos capazes de transportar cargas nucleares e colocá-las em órbita. Tal proposta, no entanto, foi repelida por Roscin, delegado soviético, sob a alegação de que o espaço é só uma parte do problema nuclear, pelo que era imprescindível a destruição *a priori* das armas nucleares.

Outros estudos foram realizados pela ONU e por diversas organizações jurídicas, todos tendentes a estabelecer normas para tão importante setor da atividade jurídica.

O interessante é que todos êstes estudos concluem por uma afirmação que achamos utópica — a de que o espaço epi-atmosférico seja explorado e utilizado para o bem da humanidade, isto é, para fins pacíficos, proibida tôda e qualquer possibilidade de se ampliar o teatro bélico.

Será que o homem, eterno inimigo de seu semelhante, acatará tal recomendação? O futuro dirá que não, pois o homem sempre procurou, como sabemos, através da história, utilizar-se de tôdas as armas e de todos os meios a seu alcance no seu desejo de dominar, de esmagar, de explorar o seu semelhante.

BIBLIOGRAFIA

- 1) ALDO ARMANDO COCCA — "Teoría del Derecho Interplanetario" — pág. 49 — Buenos Aires — 1957.
- 2) HAROLDO VALLADÃO — "Direito Interplanetário e Direito Inter Gentes Planetárias" — págs. 8/9 — Rio — 1957.
- 3) JOSEPH KROELL — "Eléments Créateurs d'un Droit Astronautique" — in "Revue Générale de l'Air" — Paris — 1953.
- 4) JOSÉ DALMO FAIRBANKS BELFORT DE MATTOS — "Direito Astronáutico — Diretrizes e Normas" — in "Revista da Faculdade de Direito" da Universidade do Paraná — 1958/9.
- 5) *apud* HAROLDO VALLADÃO — op. cit., pág. 14.
- 6) JOSEPH KROELL — "Traité de Droit International Public Aérien" — Tomo I — pág. 81 — Paris — 1934.
- 7) MING-MIN-PENG — "Le vol à grande altitude et l'article 1er. de la Convention de Chicago" — in "Revue Française de Droit Aérien" — Paris — 1952 — n.º 4.
- 8) HAROLDO VALLADÃO — Op. cit., págs. 15/6.
- 9) HAROLDO VALLADÃO — "O Direito do Espaço Interplanetário" — páginas 13/3 — Rio — 1959.
- 10) *Apud* MODESTO SEARA VAZQUEZ — "Introducción al Derecho Internacional Cósmico" — pág. 35 — México — 1961.

REVISÃO CRIMINAL: ENOBRECIMENTO DA MAGISTRATURA (*)

JORGE ALBERTO ROMEIRO.

Universalmente indiscutível que só após o aparecimento do instituto da coisa julgada surgiu o da revisão criminal, que tem aquêlo instituto como seu pressuposto e alvo de ataque, o mesmo não ocorre respeito a um critério norteador para a casuística da revisão, ainda bastante controverso.

Segundo alguns juristas (1), o direito de todo o condenado de proclamar sua inocência perante a Justiça, ainda quando transitada em julgado a sentença que lhe impôs uma pena, seria a razão de ser da revisão e, portanto, da sua casuística.

A legislação de diversos países (2) é norteada por êsse entendimento, só permitindo a revisão a favor do condenado, e não nos casos de absolvição, após o trânsito em julgado da sentença.

Asseveram outros (3) que o triunfo da verdade real ou efetiva seria o fim principal da revisão, resultando dessa opinião

(*) A teoria resumida neste artigo foi divulgada recentemente na França, pela revista "Recueil de Droit Pénal (Paris, janvier-mars, 1968)" na Argentina, na Revista "Jurisprudência Argentina", tomo II, 1968, pág. 777; e no Chile, na "Revista de Ciencias Penales", tomo XXV, n. 3, 1966.

(1) ORTOLAN, *Éléments de Droit Penal*, tomo II, Paris, 1886, n.º 2.379, p. 624; FAZY, *De la Revision en Matière Pénale*, Genève, 1899, p. 240; LUCCHINI, *Elementi di Procedura Penale*, Firenze, 1899, n.º 97, p. 114/5; SOTGIU, *La Revisione dei Giudicati Penali*, Roma, 1948, p. 23.

(2) Códigos de Processo Penal francês (31-12-1957, art. 622); italiano (19-10-1930, art. 554); espanhol (14-9-1882, art. 954); japonês (1948, art. 435); brasileiro (3-10-1941, art. 621); argentino (17-10-1888, art. 551) e da Província de Buenos Aires (15-1-1915, art. 311); colombiano (13-6-1938, art. 571); chileno (12-6-1906, art. 705); venezuelano (13-7-1926, art. 56); lei uruguaia de 5-4-1900 (art. 29) e peruano (art. 361).

(3) GEYER, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafprozessrechts*, Leipzig, Fues's Verlag, R. Reisland, 1880, p. 837; KERN, *Strafverfahrensrecht*, sechste Auflage, Münche und Berlin, 1960, p. 217; FLORIAN, *Principi di Diritto Processuale Penale*, Torino, 1932 — X, p. 503/4; FROSALI, *Sistema Penale Italiano*, vol. IV, Utet, 1958, n.º 193, p. 451; e ALVARO VILLELA, *A Revisão no Processo Criminal*, Coimbra, 1807, p. 57 e 174.

que os códigos de muitos países (4) admitem, ao lado da revisão a favor do inocente condenado, a chamada revisão *pro societate*, ou seja, aquela que visa à condenação do réu já absolvido, em virtude de êrro, por sentença transitada em julgado.

Há, também, os que concebem a ruptura ou a quebra da coisa julgada, pela revisão, como um *virus vacínico* ou um contraveneno ministrado no interesse da própria subsistência do instituto da coisa julgada, — de inegável necessidade social, — pois restaria êle inteiramente desacreditado, quando impossível a correção de clamorosos erros judiciários que, com a imutabilidade das sentenças transitadas em julgado, se pretendesse justificar aos olhos do povo (5).

Essa concepção é a determinante, na maioria dos países, da só permissão da revisão com o aparecimento de “novas provas” ou “fatos novos”, após o trânsito em julgado da sentença (6).

Uma minoria sustenta, finalmente, que a revisão só faz por desprestigiar o Judiciário, órgão do Estado gerador da própria coisa julgada, a que ela ataca, levando-o a contradizer-se.

Nos países em que, por êsse motivo, ainda não foi adotada a revisão, como, *in exemplis*, na Inglaterra (7), nos Estados Unidos (alguns Estados) (8), México (9) e Paraguai (10), o ins-

(4) Códigos de Processo Penal das Alemanhas Ocidental (1-2-1877, atualizado em 1-5-1960, § 362) e Oriental (2-10-1952, § 317); austríaco (20-4-1960, § 355); norueguês (1-7-1887, § 415); sueco (18-7-1942, cap. 58, § 3.º); português (12-2-1929, art. 673, ns. 2 e 3); soviético (27-10-1960, arts. 373 e 380); húngaro (13-5-1962); iugoslavo (pôsto em vigor em 1-1-1954, § 379); tcheco-eslovaco (novembro de 1961); turco (4-4-1929, art. 330); e Lei Federal de Processo Penal Suíça de 15-6-1934, art. 229 (Nidwald, Valais, Vaud e Genève são os únicos cantões cuja legislação não admite a revisão *pro societate*). A Constituição do Brasil de 1967, quebrando uma tradição das anteriores, não proíbe, expressamente, a revisão contra o réu.

(5) ALIMENA, *La Revisione*, in *Studi di Procedura Penale*, Torino, 1906, p. 528; AUGENTI, *Lineamenti del Processo di Revisione*, Padova, 1949, p. 2/3 e 7; e MAUNOIR, *La Revision Pénale en Droit Suisse et Genevois*, Genève, 1950, p. 34.

(6) Dos Códigos de Processo Penal citados nas notas anteriores, somente os do Brasil (art. 621, n.º I), Suécia (cap. 58, § 2.º, n.º 4) e U.R.S.S. (arts. 342 e 379, combinados) permitem a revisão sem “novas provas” ou “fatos novos”.

(7) DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de Droit Criminel et de Législation Pénale Comparée*, 3.ª edição, Paris, 1947, p. 871, nota 2.

(8) Um grande número de Estados dos U.S.A. ainda desconhece a revisão. Outros adotam um instituto semelhante a ela: — o *Writ of error coram nobis*. Parece, entretanto, que o receio da revisão *pro societate*, não totalmente impedida pela Emenda V da Constituição dos U.S.A., tem influído, também, para a sua não adoção ali.

(9) *Códigos de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales* (29-8-1931, arts. 611-618) y *de la Federación* (30-8-1934, arts. 557-568). Os arts. citados se referem ao indulto.

(10) O *Código de Procedimientos Penales* (15-11-1890) não menciona a revisão.

tituto da graça é o remédio apropriado para reparar as consequências dos erros do Judiciário, justificados mercê da coisa julgada, que permanece, assim, intangível, atendendo à conveniência social de haver uma certeza na solução dos litígios, que necessitam ter um fim, não podendo prolongar-se indefinidamente, senão em prejuízo da paz e da ordem.

O receio do desprestígio do Judiciário, pela revisão, chegou ao extremo de levar o jurista italiano Jannitti Piromallo (11) a sustentar que a revisão não visaria a reparar uma injustiça ou a eliminar um erro do juiz, — casos em que o instituto da graça seria o adequado socorro, — mas à demonstração da inexistência de uma decisão com força de coisa julgada nos moldes desejados pela lei, que exigiria, para a configuração da coisa julgada, um pressuposto objetivo, consistente numa “verdadeira e exata base de fato”.

Um exemplo esclarecerá melhor a teoria exposta: — Alguém é acusado de ter matado outrem, cujo corpo teria feito desaparecer, sendo, por êsse fato, condenado. Alguns anos depois aparece viva a pretensa vítima. O condenado requer a revisão e, através dela, é absolvido.

De acôrdo com Piromallo, a anterior decisão condenatória nunca teria passado em julgado, pois assentava numa falsa e inexata base de fato, qual a morte de alguém que se encontrava vivo. A revisão, na hipótese, só teria feito por demonstrar a inexistência de uma decisão com força de coisa julgada, nos moldes desejados pela lei.

Em tese que denominamos “Revisão — Aspectos” (Rio, 1964) e defendemos perante a Congregação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (ex-Faculdade Nacional de Direito), obtendo o título de livre docente, procuramos demonstrar que as teorias acima resumidas não resistem a um seguro e bem meditado estudo histórico e de direito comparado sobre a revisão, o qual nos conduziu a uma nova concepção sobre tão magno e controvertido assunto.

Expô-la resumidamente, para a crítica ou o plácito dos doutos, com o só propósito científico de contribuir para o aperfeiçoamento e a divulgação do instituto da revisão, notadamente de suas virtudes, a fim de ser adotada nos países onde ainda não logrou ingresso, — é o fim exclusivo do presente estudo.

Na forma das mais antigas leis chegadas até nós, encerrada uma questão criminal por decisão transitada em julgado, só os reis podiam corrigi-la quando injusta, punindo, por vêzes, os juízes prolatadores dela (12).

(11) *La Revisione dei Giudicati Penali*, Roma, 1947, p. 17/20.

(12) Vejam-se, nesse sentido, *exempli gratia*, os §§ 233 e 234 do li-

Era o direito dos reis de agradecer, a divina prerrogativa dos soberanos, reparando, antes do aparecimento da revisão, os efeitos dos erros judiciários.

Verificando, entretanto, o Príncipe, com o correr do tempo, que a maioria dos ditos erros defluía, não da vontade ou da deficiência dos juizes, mas da precariedade das provas e falsidade destas, resolveu, nesses casos, repartir com elles o seu então exclusivo e elevado mister de poder rever e corrigir as decisões já transitadas em julgado, prestigiando, assim, a magistratura, ao invés de castigá-la.

Surgiu, assim, a revisão como um instituto não em menos-prêzo, mas dignificante dos juizes, pela outorga que lhes fêz o Príncipe do poder de emendar os próprios erros, subtraindo estes ao âmbito estranho e instável do corretivo da graça, que Arturo Rocco (13) denominou, belamente, a mais rutilante pedra preciosa da coroa real, a qual, a nosso ver, a revisão só fêz por empalidecer.

Em Roma, as determinações dos imperadores aos juizes para que revissem e corrigissem elles próprios as sentenças inapeláveis ou já proferidas em grau de apelação, quando baseadas em confissões, testemunhas e acusações falsas (27 D. 48, 18; 33 D. 42, 1; e 17 D. 4, 4), são a prova do asseverado, bem como a invariável repetição dessa casuística nas ordenações antigas (14) e leis modernas que se seguiram, adotando a revisão.

Quando, por ocasião da Revolução Francesa, a crença na infalibilidade da justiça popular (tribunais do júri) suprimiu, na França, a revisão, pelo Decreto de 19 de agosto de 1792 da Assembléa Constituinte, só foi ela restabelecida pelo Decreto de 15 de maio posterior, a fim de prestigiar os juizes, então jurados.

É que dois júris diferentes, através de decisões contraditórias, haviam condenado dois acusados, como autores de um mesmo crime, e, como esse fato compromettesse o acêrto dos *veredicta* dos jurados, foi novamente admitida, na França, a revisão (15), mas somente, segundo o art. 1.º do Decreto de 15-5-1793: — “Quando um acusado tenha sido condenado por um delito e outro acusado também tenha sido condenado como autor do mesmo de-

vro IX do Manava-Dharma-Sastra (*Lois de Manou — Traduites du sanscrit par A. Loiseleur-Deslongchamps*, Paris, s.d., p. 286).

(13) *Amnistia, Indulto e Grazia nel Diritto Penale Romano* (Extratto della Rivista Penale, vol. XLIX, fasc. I), Torino, 1899, p. 23.

(14) Vejam-se, in *exemplis*, na Espanha, *Las Siete Partidas* (*Tercera Partida*, tit. XXVI, ley 1); e, em Portugal, as *Ordenações Afonsinas* (livro III, tit. CVIII, §§ 3.º e 6.º) e *Manuelinas* (livro III, tit. LXXVIII, § 1.º).

(15) PINATEL, *Le Fait Nouveau en Matière de Revision* (thèse pour le doctorat), Paris, 1935, n.º 21, p. 24.

lito, de sorte que as duas condenações não se possam conciliar e sejam a prova da inocência de uma ou outra parte.” (16).

Eis já aí, historicamente, tanto o aparecimento, como a supressão e o restabelecimento da revisão, em épocas diversas, visando à valorização da magistratura e não a outro fim.

Como bem observou Vincenzo Manzini, insigne professor da Universidade de Roma, ao focalizar, no direito positivo italiano, o caso de revisão por “inconciliabilidade de julgados” (art. 554, n.º I, do Cód. de Proc. Penal): — “O fim da lei não é tanto o de corrigir o que se costuma denominar um erro judiciário, quanto o de impedir uma escandalosa contradição de julgados, aplicando o critério da solução mais favorável ao condenado. E, na verdade, não se indaga, nesta hipótese, qual das sentenças seja a errada, apaga-se, sòmente, a inconciliabilidade existente entre elas” (17).

Suprimida ainda uma vez, na França, a revisão, pelo Code des Délits et Peines du 3 brumaire an IV (1795), que silenciou sôbre ela, foi admitida, como existente, por decisão, de 9 vendémiaire an IX, da Cour de Cassation, no célebre affaire Tischer, em virtude, também, da alegação de inconciliabilidade de julgados: — O Tribunal Criminal de Haut-Rhin pronunciara, em épocas diversas, duas condenações diferentes por um só e mesmo roubo (18).

Em 1808, o celebérismo Code d’Instruction Criminelle francês ampliou a esfera da revisão aos casos de ficar provada a vida da pessoa dada como morta pelo condenado e de condenações por falso testemunho.

Irradiado êsse código para o resto do mundo, através das tórres de televisão da época, que eram as pontas das baionetas dos soldados de Bonaparte, sofreu, não obstante, restrições quanto à revisão, quando aplicado em outros países.

Isso ocorreu, *verbi gratia*, nos cantões suíços de Genève e Valais, onde, após estar vigorando o dito código, foi, em 1815, abolida a revisão. Entendeu-se, ali, que “a graça era um corretivo suficiente para reparar os erros judiciários”, cujo reconhecimento, pela revisão, fazia periclitar o prestígio da justiça e a consideração devida aos juízes (19).

(16) “Lorsque un accusé a été condamné pour un délit et qu’un autre accusé a aussi été condamné comme auteur du même délit, en sorte que les deux condamnations ne peuvent se concilier et sont la preuve de l’innocence de l’une ou de l’autre partie”.

(17) “Lo scopo della legge non è tanto quello di correggere il così detto errore giudiziario, quanto di toglier di mezzo una scandalosa contraddittorietà di giudicati, applicando il criterio della soluzione più favorevole al condannato. Ed invero, non si ricerca quale delle sentenze sia erronea, ma ci si appaga della loro inconciliabilità ” (Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano, vol. IV, 3.ª ed., Torino, 1949, n.º 530, p. 680).

(18) FAZY, op. cit., p. 28; e PINATEL, op. cit., p. 25.

(19) CLERC, *Le Procès Pénal en Suisse Romande*, Paris, 1955, p. 150.

A demasiada limitação da casuística da revisão nos códigos que, em todo o mundo, daí por diante se sucederam (20), restringindo suas hipóteses às de sentenças contraditórias, falsidades e aparecimento de “novas provas” ou “fatos novos” (21); a preocupação dos legisladores de evitar, nas leis, referência expressa a erros judiciários causados por corrupção de juizes (22); a sempre crescente tendência de ampliar o âmbito da revisão aos casos de sentenças absolutórias (revisão *pro societate*), a fim de impedir que o réu absolvido possa, impunemente, confessar o crime ou o modo com que burlou a justiça, expondo-a ao menosprezo público (23); tudo, enfim, que diz respeito ao aparecimento, desaparecimento e restabelecimento da revisão nas mais variadas épocas e diversos países, como um refrão ou estribilho, vem obedecendo a uma única constante, qual seja a da valorização do Judiciário.

Não há falar, portanto, diante da chamada revisão *pro societate*, que remonta, aliás, à velha Roma (24), em um direito de todo o condenado de proclamar a sua inocência, como a *ratio essendi* da revisão, segundo o entendimento de um grupo de juristas.

A doutrina sustentada por Jannitti Piromallo que resumimos no início deste estudo, exigindo, para pressuposto da autoidade da coisa julgada, “verdadeira e exata base de fato”, equivalente à verdade real ou absoluta, peca por nefelibatismo.

(20) No C.P.P. italiano de 1930, a revisão só tem cabimento para a prova de que o fato criminoso não subsiste ou de que o condenado não é o seu autor (art. 555); nas Alemanhas Ocidental (StPO, § 363) e Oriental (StPO, § 318) não há revisão para a correção de erros relativos a dosagem de penas; nem na Turquia (C.P.P., art. 331), para corrigir a errada classificação legal de crimes.

(21) Vejam-se, além dos códigos em vigor, citados nas notas anteriores, os já revogados dos seguintes países: Itália, de 26-11-1865 (art. 688) e de 27-2-1915 (art. 538); Áustria de 23-5-1873 (§§ 353 e 355); Hungria de 4-12-1896 (§§ 448 e 449) e de 1951 (§§ 213 e 214); U.R.S.S. de dezembro de 1958 (art. 50); e Tcheco-Eslaváquia de 19-12-1956 (art. 300).

(22) No Brasil, o vigente C.P.P. de 1941 suprimiu a referência expressa de lei anterior (Decreto 3.084, de 5-11-1898, parte II, art. 343, c) sobre o cabimento de revisão nos casos de suspeição, peita ou suborno do juiz. O Anteprojeto do C.P.P. de 1963, elaborado pelo Professor Hélio Tornaghi, também silencia quanto a isso.

No mesmo sentido, vejam-se os já citados códigos, em notas anteriores, da França, Espanha, Argentina, Uruguai, Colômbia, Chile, Venezuela, Peru e Equador.

(23) MAJNO, *Revisione di Processi Penali*, in *Archivio di Psichiatria*, 1884, p. 261; FERRI, *La Sociologie Criminelle* — Traduction de l'Auteur sur la troisième édition italienne, Paris, 1893, p. 437; e MAUNOIR, op. cit., p. 169/170.

(24) *Oeuvres de Suétone* — Traduction de De La Harpe, Paris, s.d., Domitien, VIII, p. 447; ARTURO ROCCO, *Trattato della Cosa Giudicata*, vol. I, Modena, 1900, p. 88; e GEYER, op. cit., p. 873.

A verdade judicial ou certeza legal não corresponde necessariamente à verdade real ou absoluta e, por êsse motivo, é que existe a coisa julgada, justamente para suprir as dificuldades de obtenção da verdade verdadeira.

Despicienda se tornariam mesmo a autoridade da coisa julgada e toda a secular cogitação existente a seu respeito, se a realidade dos fatos, “verdadeira e exata”, estivesse ao alcance dos juízes.

Demais essa doutrina não explicaria os casos de revisão não baseados em “novos fatos”, como, *in exemplis*, os por conflito de julgados, resolvidos sempre pela prevalência do julgado mais favorável ao condenado, o que, ao invés de traduzir a verdade real ou absoluta, impede, apenas, que as decisões do Judiciário se mostrem contraditórias aos olhos do povo, em abono da tese que sustentamos.

Eis porque também rejeitamos a opinião daqueles que vêem, no triunfo da verdade real ou efetiva, o fim principal da revisão, considerando, ainda, as outras limitações de sua casuística, e, conseqüentemente, dos erros a serem por ela reparados.

Aos que comparam a quebra do princípio da coisa julgada, pela revisão, a um *virus* vacínico ou a um contraveneno, mirando ao crédito ou à subsistência mesmo do dito princípio, opomos a experiência histórica.

Como já dissemos antes, há países onde ainda hoje a revisão não logrou ingresso (25) e, nem por isso, foi desprestigiada ou abolida nêles a coisa julgada, que vem encontrando, não na revisão, mas no instituto da graça, o pretendido contraveneno.

A limitação da casuística da revisão, nos códigos que a consagram, tem levado até alguns juristas à afirmação de que só o instituto da graça pode, na verdade, reparar os erros cometidos por sentenças transitadas em julgado (26).

(25) Nos derradeiros anos do século passado, inexistia a revisão na Dinamarca, no Montenegro, na Índia e no Canadá (ALIMENA, op. cit., p. 447 e 450).

(26) KERN, op. cit., p. 218: — Sômente com a graça podem ser remediadas sentenças transitadas em julgado que contenham erros jurídicos evidentes e não através de recursos, (assim como o recurso de casação, desvirtuado por abusos no direito austríaco, p. ex., e, desde, 1945, na zona soviética e, de 1940 a 1945, também, na Alemanha), o que constitui uma sensível lacuna no nosso moderno direito alemão (Dass gegenüber rechtskräftigen Urteilen, die auf einem deutlich erkennbaren Rechtsirrtum beruhen, nur mit der Gnade geholfen werden kann, nicht mit einem Rechtsbehelf (nämlich der Nichtigkeitsbeschwerde, wie z. B. in österreichischen Recht und seit 1945 in der sowjetischen Zone und der Zeit von 1940 bis 1945, wo mit diesem Rechtsbehelf allerdings auch Missbrauch getrieben worden ist, auch in Deutschland), ist eine empfindliche Lucke unseres heutigen deutschen Rechts.

A revisão não é, assim, indispensável à subsistência da coisa julgada, que, antes dela e depois dela, vem resistindo a seus opositores, com a válvula de segurança da graça.

Não surgiu a revisão para salvar a coisa julgada, mas para prestigiar o judiciário, permitindo que, na esfera dêste, fôsem corrigidos não todos, mas alguns de seus erros, como bem comprovam a História e o Direito Comparado.

Eis os motivos por que, na tese que defendemos na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, conceituamos a revisão como “o reexame jurisdicional de um processo penal já encerrado por decisão transitada em julgado, mirando à sua reforma, quando contenha êrro, cuja reparação pelo próprio Judiciário possa valorizá-lo como órgão do Estado gerador da coisa julgada”.

Com êste conceito, parece-nos nada mais impedir a adoção da revisão pelos países que ainda não o fizeram, demonstrado aqui, embora resumidamente, diante da História e do Direito Comparado, ser infundado o temor de que a correção dos erros do Judiciário, feita por êle próprio, possa abalar o respeito devido às suas decisões, já prestigiadas pela autoridade da coisa julgada.

Outra relevância prática tem, ainda, o conceito por cuja difusão ora propugnamos.

Ê a de fazer desaparecer a razão de ser da exigência de “novas provas” ou “fatos novos” para a revisão, visando à tutela da dignidade do magistrado que proferiu a sentença errada transitada em julgado, a qual vem sendo expressa, na Itália, através do seguinte tópico de Alimena: — “Enquanto o juiz da apelação diz ao de primeira instância: *tu erraste e eu te corrijo*; o da revisão justifica-se, ao invés: *julgo como terias tu julgado, se conhecesses aquilo de que ora tenho ciência*” (27).

Em face do conceito que emprestamos à revisão, pode e deve ela ser levada a efeito, também, com as mesmas provas que presidiram à lavratura da sentença transitada em julgado, quando o êrro desta seja evidente ou atente contra a “evidência dos autos”, segundo fórmula tradicional no direito positivo brasileiro (28).

(27) Op. cit., p. 433: — “Mentre il giudice d'appello dice al giudice di prima istanza: *tu hai sbagliato ed io ti correggo*; il giudice di revisione a lui dice, invece: *giudico come avresti giudicato tu, se avessi conosciuto quello che io conosco*”.

(28) Decreto 848, de 11-10-1890 (capítulo II, art. 9, § 2.º); Lei 221, de 20-11-1894 (art. 74, § 1.º, n.º 6); Decreto 3.084, de 5-11-1898 (artigo 343, F); Decreto-lei 925, de 2-12-1938 (art. 324, C); e Cód. de Processo Penal de 3-10-1941 (art. 621, I).

Admitida a revisão, quando a sentença transitada em julgado fôr contrária à evidência dos autos, tornam-se desnecessários os artificios e ficções criados pela jurisprudência de alguns países, como, *verbi gratia*, da Itália, assemelhando a “novas provas” ou a “fatos novos”, os já existentes no processo à época da decisão, quando não avaliados ou levados em consideração pelo juiz no instante de proferir a sentença (29).

Consagrar universalmente a revisão e ampliar o campo de sua casuística é subtrair ao âmbito da graça a correção dos erros do Judiciário, valorizando-o.

Uma justiça que reconhece os próprios erros e se corrige, que não os procura manter e defender com fórmulas vãs, é uma justiça edificante, que só confiança poderá inspirar.

(29) MANZINI, op. cit., p. 665; SOTGIU, op. cit., p. 113; e LEONE, *Trattato di Diritto Processuale Penale*, vol. III, Napoli, 1961, p. 268, nota 24.

O DIREITO COMERCIAL BASE DA ESTRUTURA JURÍDICA E ECONÔMICA DA COMUNIDADE INTERNACIONAL (*)

J. C. SAMPAIO DE LACERDA

A função precípua do direito é justamente a de proteger e manter uma ordem social determinada. É ele o instrumento destinado a regular as relações sociais. Visaram sempre as normas legais a justificar e garantir os interesses da classe dominante. Traduziram sempre a vontade da classe mais poderosa, isto é, da classe que, em face da conjuntura política e social, pode fazer que o direito seja estruturado de forma a atender as exigências permissíveis à sua sobrevivência. As instituições jurídicas não se aplicam por si mesmas ou por um pretenso desenvolvimento do espírito humano, mas resultam de condições de vida materiais, independentemente da vontade humana. *On ne fait pas le droit, il se fait*, como diria GUSTAVE LE BON. Assim o direito sofre alterações à medida que uma classe, pela sua preponderância econômica, se impõe às outras. Toda regra jurídica, onde quer que se encontre, no espaço ou no tempo, constitui, pois, invariavelmente, a expressão da vontade da classe social dominante, desde que possa ter força obrigatória.

Até hoje o direito não tem representado, portanto, a vontade da coletividade, de modo a permitir a todos a satisfação completa de suas necessidades fundamentais. Isso decorre, precisamente, da ausência de condições sociais que nivelam economicamente todos os cidadãos, e se tal acontece em qualquer ramo do direito, mais acentuadamente se verifica no campo do direito comercial que, por sua natureza, melhor compõe as relações econômicas. A verdade, porém, é que caminhamos, pouco a pouco, para a formação de uma consciência jurídica capaz de,

(*) Aula de sapiência proferida em 18 de março de 1968 na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.

pela mesma razão, ditar regras que transformem o direito em um conjunto de normas aptas a facilitar o desenvolvimento progressivo e completo de uma ordem social que retrate a vontade da coletividade, abrangendo tôdas as classes em uma só, desprovida de privilégios específicos, dando a todos a possibilidade de condições de vida satisfatórias às principais e fundamentais necessidades humanas, como aquelas mencionadas pelo Papa João XXIII.

Como veremos, o direito comercial já vem sentindo essas injunções e daí notarmos como a célebre discussão acêrca da unidade ou dualidade do direito privado constitui atualmente tema superado e ultrapassado. "Disciplina jurídica especializada, o direito comercial ocupou-se primeiramente apenas, como afirma HAMEL ET LAGARDE, em regulamentar a vida econômica do comércio e em formar os quadros do direito nos quais a vida econômica devia florescer e se organizar. Mas essa posição estreitamente limitada foi somente uma das fases do desenvolvimento do direito comercial. Desde que as realidades da vida econômica fizeram cair as barreiras que encerravam o comércio, o direito comercial passou a estender o seu domínio de ação, manifestando a extensão contemporânea de seus métodos e de seu espírito".

A existência de um direito comercial autônomo derivou, como a História demonstra, do predomínio de uma classe num regime estruturalmente capitalista. Na atualidade, porém, percebemos que o direito público e o direito privado caminham um ao encontro do outro, como observou TREILLARD, com felicidade de expressão. Para alguns juristas, dentre êles ESCARRA, verificou-se verdadeiramente a publicização do direito privado. "A tendência do direito comercial para o direito público pode facilmente ser apresentada como um progresso, esclarece GHARIB EL GAMMAL, por introduzir, no direito, maiores preocupações sociais em luta contra o egoísmo dos indivíduos "que favorecia o absolutismo clássico de seus direitos subjetivos, além de traduzir a primazia do interesse geral, sobrepondo-se aos interesses particulares. Dizer que o direito privado se publiciza é dizer que êle se torna imperativo e, se isso acontece, visa a tomar em consideração o interesse geral.

Mas, se o direito privado, pouco a pouco, vem sofrendo a interferência do direito público, êste, por sua vez, não se furta a procurar, nos institutos do direito privado, o meio de atender as suas necessidades na nova forma de organização social. É o que o Professor FERNANDO OLAVO, da Faculdade de Direito de Lisboa, em oposição à expressão "publicização do direito privado", chamou de "comercialização do direito público". As razões arguidas pelos paladinos da unidade do direito privado ou pelos defensores da dualidade eram facilmente criticáveis, desde que

se percebia não ser nem uma nem outra situação, obra exclusiva de legisladores, de professores, ou de juristas. Tudo dependia das condições de ordem econômica, uma vez que o regime capitalista dominante — qualquer que fôsse a solução adotada — fazia, como fêz, prevalecer o interesse da classe predominante. E por isso tinha razão GEORGES LYON CAEN quando afirmava que o direito comercial era o direito das instituições específicas do regime econômico-capitalista e por isso justificável a expressão para êle de direito econômico, como mais adequada que a de direito comercial. RIPERT, a seu turno, chega a assegurar que o regime capitalista impôs a supremacia do direito comercial. E, de fato, o direito comercial, tal como conceituado nos últimos tempos, em franco domínio do regime capitalista, era o reflexo da luta de interesses. As leis comerciais visavam, em geral, à proteção de uns contra os outros. E os interesses de cada grupo se chocavam; ora os pequenos comerciantes contra os grandes empórios comerciais; ora os industriais contra os importadores; ora os armadores contra os transportadores, ora os transportadores contra os seguradores. Difícil mesmo, nesse sistema, saber qual a posição do Estado: ou favorecer os pequenos comerciantes ou defender os grandes capitalistas. Se, por um lado, os pequenos comerciantes constituíam maior número, refletindo grande força eleitoral, por outro lado, os grandes capitalistas, sendo mais poderosos, conseguiram, com muita facilidade, entrar em entendimento com as autoridades governamentais. Era o choque constante dos interesses nascidos da conjuntura econômica, concluía LYON CAEN que explicava as leis comerciais. E tais choques criaram certas instituições e elaboraram inúmeras normas jurídicas”.

O direito comercial, portanto, quando se tornou autônomo, retratava apenas a vida social da época. Constituiu-se autônomo no momento em que os comerciantes passaram a se unir, respeitando os usos e costumes existentes. As cidades medievais italianas, com o seu direito estatutário das corporações, inauguraram assim o esboço da autonomia do direito comercial. Ditaram os mercadores, grupados nas corporações e dominando integralmente a vida política e econômica, por essa forma, o seu direito de classe. Transmudava-se, pois, o panorama do direito privado uno, originário dos romanos. Roma, é verdade, não desconhecendo o comércio, como uma das atividades humanas, não ensinou sequer uma codificação classista para mercadores. Seu direito, universal e flexível, como acentuou GOLDSMITH, dispensou um corpo de normas especiais para atender a uma apenas das atividades do homem. Regras havia, é certo, destinadas ao comércio. Mas poucas eram as específicas, e quase sempre, aliás, diziam respeito ao comércio marítimo. Também na Grécia antiga a si-

tuação era idêntica. Fundada na igualdade dos cidadãos, à vida política grega repugnava a formação de classes ou castas, e os comerciantes nunca se constituíram em corporações e por isso também não tiveram um direito autônomo.

Realmente, afirmou TULLIO ASCARELLI, se retrocedermos na história do direito, fácil será constatar que o nascimento do direito comercial se conjuga com uma fratura entre o direito romano-canônico comum então vigente e as exigências econômicas que hoje em dia denominaríamos capitalísticas e que se fizeram sentir desde as comunas italianas no século XII em contraposição ao sistema econômico então mais geralmente difundido. Essas exigências, assentes na liberdade de iniciativa e de concorrência num mercado livre, surgiram de início não quanto à indústria, mas apenas quanto ao comércio. Por isso se constituiu, então, em oposição ao direito comum, um direito especial que ainda hoje em dia, apesar de ter passado a abranger a atividade industrial, chamamos de direito comercial. Foi êle, em seu início, acrescenta ASCARELLI, o direito de nascente burguesia das cidades; uma libertação da sociedade feudal do direito romano-canônico comum vigente. E concluiu o mestre italiano dizendo que o direito comercial historicamente se apresenta ligado, em suas origens, à economia capitalista que, a seu turno, historicamente se liga à constituição da economia de massa”.

Mas se o direito comercial teve essa característica, isso se deve tão-somente ao desvirtuamento do papel do comércio, pois êste, em suas origens, visou sempre a atender as necessidades fundamentais dos povos. O modo primitivo de exercer o comércio, em um de seus principais aspectos — a troca ou escambo — foi que decretou a substituição do excesso evidente da produção por outras mercadorias de que os povos careciam. A troca, ensina CAIO PRADO JÚNIOR, constitui essencialmente um processo de redistribuição do produto social. Constitui um processo de alta flexibilidade e grande eficácia para corrigir os possíveis enganos ou azares adversos decorrentes de uma distribuição inicial defeituosa. E com isso abrem-se-lhe novas perspectivas de grande alcance, que são a possibilidade da especialização do produtor e conseqüente divisão do trabalho e desenvolvimento da produtividade que daí decorre. Realmente, uma vez que há o recurso da troca, que feito em uso generalizado oferece ao produtor garantia suficiente de que sempre poderá vantajosa e compensatoriamente, se desfazer pela troca de bens de que não necessita pessoalmente, isso lhe permitirá dedicar-se sem receio àquelas atividades e produções mais a seu gosto e em que se revela mais capaz e eficiente, mesmo que elas sejam de bens de que não necessita. Isso porque os bens que lhe são necessários, êle os adquirirá pela troca”.

Atualmente, afirmou ALFREDO ROCCO, a quase totalidade das riquezas não é produzida para ser consumida diretamente pelo produtor, mas para ser trocada por outras riquezas. Os produtos são apenas considerados como mercadorias, isto é, como coisas destinadas à troca. A nossa indústria, a nossa habilidade, a nossa inteligência são destinadas, a maior parte das vezes, a satisfazer as necessidades dos outros e não às nossas: eis porque avaliamos as coisas não segundo a sua maior ou menor utilidade *para nós*, mas unicamente *para os outros*. É a divisão do trabalho que se deve o fenômeno da troca: cada um produzindo mais e melhor, pelo fato de se dedicar a uma só espécie de trabalho. Daí deriva a especialização do trabalho e, portanto, da troca. E, assim, concluiu ALFREDO ROCCO, vários são os benefícios da troca, embora seja bastante enumerar dois dêes: o de permitir o aproveitamento, pela melhor maneira possível, de uma quantidade de riquezas que ficaria, doutro modo, inútil, por ser superior às necessidades de quem a produz e o de permitir utilizar uma quantidade de capacidade produtora, que, de outra maneira, ficaria inativa, pois que permite a cada um regular a sua produção, não em harmonia com as suas necessidades, mas em harmonia com as suas aptidões.

Estudando-se os estágios do comércio, vê-se que, na troca de mercadorias por mercadorias, se exigia perfeita reciprocidade das necessidades e perfeita igualdade no valor dos objetos que são trocados, como acentua NAVARRINI. HENRI DECUGIS informa, por exemplo, em seu livro *Les étanes du droit*, citando HERÓDOTO, que os cartagineses negociam com indígenas da costa africana de NW, desembarcando a carga na praia para, voltando ao navio, aguardar o pagamento em mercadorias (no caso barras de ouro) que os indígenas, por êles avisados da descarga, através de grandes fumaças, depositavam para submeter a exame dos cartagineses, após a sua retirada. Era a *troca silenciosa*, que se confirmava com a aceitação, ou se tornava desfeita, caso não houvesse correspondência de valor entre as mercadorias.

Hoje em dia, como veremos, o comércio retorna à sua concepção primitiva e não é difícil apontar as vezes em que a troca de mercadorias por mercadorias vem sendo utilizada principalmente com relação ao comércio internacional em que as nações assim agem, poupando suas reservas monetárias.

Posteriormente, em sua evolução, a troca manteve êsse aspecto inicial, embora para facilitar as operações e a circulação dos produtos, fôsse criado um intermediário objetivo, que, finalmente, passou a ser representado pela moeda, isto é, por uma mercadoria privilegiada. Por isso, antes da moeda, tal como concebida hoje em dia, tivemos diversas mercadorias padronizadas.

destinadas a se tornar intermediárias: gado, peles de castor, conchas ornamentais, peixe seco etc.

O comércio tinha, portanto, uma missão nobre, qual a de atender as exigências de todos os povos, a fim de que todos pudessem gozar de condições de ordem econômica puramente equitativa. Com o engrandecimento, porém, do regime capitalista, o comércio, — dominado pelo individualismo egoísta — se degenerou e passou a ser encarado como meio para a obtenção de lucros fabulosos, concentrados em mãos de alguns apenas e que, por essa forma, se locupletavam em detrimento da maioria. Essa a razão pela qual o Estado sentiu a necessidade de intervir no domínio econômico, procurando minorar os males que cada vez mais se acentuavam. Com efeito, a economia não mais se deixou à livre iniciativa das empresas privadas, como ensinam ROGER HOVIN ET RENÉ RODIÈRE. Ela é considerada como uma questão de interesse social e nacional na qual o Estado é parte. A intervenção, então, se dá para reprimir o excesso da livre concorrência, ou estabelecendo sanções penais especiais, ou limitando o livre acesso às profissões comerciais, ou reduzindo a liberdade contratual, por uma regulamentação imperativa dos contratos. Mais recentemente a economia dirigida conduziu o Estado a traçar planos econômicos e a controlar, ou, pelo menos, a orientar a atividade das empresas. Esta política, que teve seu apogeu durante a penúria da Segunda Guerra Mundial, no pós-guerra não desapareceu todavia: o bloqueio dos preços, o controle do câmbio e do comércio exterior, o controle dos bancos e da distribuição do crédito, a coordenação imperativa dos transportes rodoviários, ferroviários, aéreos e marítimos, a repartição de certos produtos, são as principais testemunhas. Por outro lado o Estado dispõe, além disso, de meios de pressão ou de persuasão para atingir seus fins econômicos, ou com a imposição de impostos e taxas ou com a exoneração fiscal e a distribuição de subvenções ou de créditos. Disso se serve, por exemplo, em proveito da produção agrícola, da exportação, da descentralização econômica, da transformação de empresas inadaptadas, da industrialização de regiões subdesenvolvidas etc. Por fim o Estado torna-se, ele próprio, industrial ou comerciante, ou nacionalizando certas empresas de interesse geral, ou criando novas empresas públicas, ou colaborando com capitais privados nas sociedades de economia mista.

Notamos, dêsse modo, que, nos tempos atuais, ressurgem o comércio em seu conceito primitivo, em consequência da economia socialista, quando o Estado passou a ocupar-se da produção e da prática de certas operações comerciais como fatores determinantes do interesse da comunidade e não do interesse exclusivamente privado, em benefício de alguns. Como, pois,

deverá ser considerado o direito comercial? Será que, assumindo o Estado as atribuições que outrora só as entidades privadas se incumbiam, teria o direito mercantil selado a sua própria existência? Certamente que a resposta negativa se impõe. A interferência do Estado na vida econômica, mesmo de modo categórico, como sucede na economia socialista, não fará desaparecer nem os problemas, nem os institutos do direito comercial. Apenas não se conceberá o direito comercial como aquêle ramo do direito que sustentou o regime capitalista. O direito comercial terá, portanto, que ter outro significado. Terá que ser conceituado de outra forma. Terá que voltar a ser estudado e examinado à luz do conceito verdadeiro do comércio, tal como era em suas origens, isto é, como elemento preponderante à evolução econômica de um povo e no interesse exclusivo da coletividade, permitindo que possam ser atendidas, por seu intermédio, as necessidades de maior relevância. Não se pode mais compreender o comércio como incentivador e criador de lucros apenas. Na atualidade, expressa-se VAN RYN, a maior parte das empresas econômicas se organizam visando a satisfazer o interesse geral; o lucro apurado destina-se a concretizar a necessidade do equilíbrio entre a receita e a despesa e, muita vez, assegurar o autofinanciamento da própria empresa. Pode-se afirmar, conclui o professor da Universidade de Bruxelas, que o espírito de lucro cessou de ser o móvel essencial da atividade econômica e, por conseguinte, não mais é êle a alma do direito comercial.

Não se conclua daí, entretanto, que o lucro deva ser indifferente e que, desenvolvendo-se uma atividade comercial, deixe êle de existir ou de ser objeto da própria atividade. O lucro deverá ser calculado e não poderá ser relegado a plano inferior. O que há é que êsse lucro, ou melhor, êsse proveito, deve ser interpretado de forma diversa e não como meio de enriquecer uma minoria e, por isso, deve ser utilizado de outra maneira. Assim, o lucro apurado em certa empresa estatal será aplicado em outra empresa deficitária. Examinando, pois, sob êsse aspecto, não se poderá afirmar esteja o direito comercial tendendo a desaparecer. Pelo contrário, deverá êle existir qualquer que seja o regime político dominante. Apenas será caracterizado de forma diversa, de acôrdo com a organização social de cada povo. Nos países que se afastaram ou se afastarem da economia liberal, êle prevalecerá, mas suas normas terão que ser de natureza diversa. Certos institutos, por isso, desaparecerão, é verdade, porque as condições econômicas dos povos já não mais os explicariam. Outros, todavia, terão que sofrer reformas para que mais justamente possam ser aproveitados. Outros permanecerão tal como existem, porque correspondem exatamente às necessidades para que surgiram. Mas outros e outros terão que surgir, originários, como

a maior parte dos institutos do direito comercial, dos próprios costumes adotados pelos povos.

Há, portanto, nos tempos atuais um movimento de reestruturação do comércio no sentido de integrar as relações econômicas dos povos, como era no início de seu aparecimento, procurando atender as necessidades do maior número de membros da coletividade mundial, com o caráter tipicamente internacional. E nem podia ser outro o característico do comércio, desde que, no universo, as regiões geográficas não são as mesmas, distinguindo-se, quer nas condições climáticas, quer na constituição do solo e subsolo, quer nos hábitos e costumes dos povos, ditando para cada uma delas atividades diversas e fazendo, então, que o intercâmbio internacional constitua a base da vida humana em seus princípios de mútua assistência, solidariedade e compreensão. O direito comercial sempre apresentou sua tendência para a unificação internacional de suas normas. Na própria Idade Média — a despeito do regime típico e predominantemente classista — seus costumes comerciais aplicavam-se em toda a Europa. A codificação é que veio destruir essa unidade, como acentuam HOVIN ET RODIÈRE. Essa unificação, porém, tendendo a se reconstituir sob a pressão das necessidades do comércio internacional, graças a certo número de convenções internacionais, ora procurando a uniformização das legislações nacionais (Convenções de Genebra de 1930 e de 1931 sobre letras de câmbio e sobre cheques; Convenções de Paris e de Berna sobre proteção dos direitos de propriedade industrial e comercial ou literária e artística), ora limitando-se a redigir regras uniformes a serem aplicadas só às relações internacionais (Convenções de Bruxelas sobre transporte marítimo e Convenção de Varsóvia sobre transporte aéreo). Outras vezes, independentemente de convenções, são adotadas normas uniformes elaboradas por certos organismos internacionais, tais como, em matéria de avarias comuns, com as regras de York e Antuérpia, derivados de congressos organizados pela Associação de Direito Internacional e pelo Comitê Marítimo Internacional ou então, com as regras e usos sobre crédito documentado, redigidas pela Câmara de Comércio Internacional.

Dessa forma o comércio retoma, como dissemos, o seu sentido primitivo. Sente-se hoje, com grande intensidade, êsse acontecimento, desde que o comércio passou a ampliar o seu campo de ações, sem respeitar as fronteiras. Passou êle a aproximar cada vez mais os povos, a despeito de discordâncias políticas, a despeito de divergências nas organizações sócio-políticas. Povos que não se entrelaçam politicamente, estreitam, contudo, suas relações comerciais, justamente pela necessidade da troca de produtos, a fim de poder atender as exigências da coletividade. Outras vezes procuram os povos até unir-se para o melhor funciona-

mento das condições econômicas, criando facilidades de toda a natureza. Essa a explicação para a instituição de certos organismos que envolvem os interesses comerciais de várias nações, como é o caso, dentre outros, do Mercado Comum Europeu, ou melhor, da Comunidade Econômica Européia, originária do Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, assinado pela Alemanha, França, Itália, Países Baixos e Luxemburgo, ao qual aderiram posteriormente a Grécia e a Turquia. Ou ainda o Conselho de Assistência Econômica Mútua (COMECON), de 25 de janeiro de 1949, organismo de cooperação no domínio econômico de diversos Estados do mundo socialista: Rússia, Hungria, Tcheco-Eslováquia, Polônia, República Democrática Alemã, Bulgária, Romênia, Albânia e Iugoslávia. Assim também se justifica a organização da Associação Latino-Americana de Livre Comércio — (ALALC), originária do Tratado de Montevideu, de 18 de fevereiro de 1960, assinado pela Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguai, Peru e Uruguai, com a adesão, em seguida, da Colômbia, Equador, Venezuela e Bolívia.

Assim finalmente tem perfeito sentido a preocupação da Organização das Nações Unidas quando, desde 1965, solicitou ao Secretariado-Geral um relatório completo sobre o desenvolvimento progressivo do direito comercial internacional para, recentemente, em sua 16.^a sessão, realizada em dezembro de 1966, criar uma Comissão de Nações Unidas para o direito comercial internacional, destinada a encorajar a harmonia e a unificação progressiva do direito comercial internacional. Como se vê, esse entrosamento, essa união, primeiramente de caráter regional, para facilitar as relações comerciais e, coerentemente, a fixação uniforme de normas para o direito comercial, já vem-se estendendo de tal forma que a própria Organização das Nações Unidas avocou a si o estudo especializado, através de comissão apropriada, dos institutos do direito comercial, em face de ser esse ramo do direito aquele que melhor traduz os interesses da coletividade e que, por essa razão, merece exame mais cauteloso porque dele dependerá, principalmente, a estrutura econômica e jurídica da comunidade internacional.

Esperamos, pois, que o direito comercial, assumindo uma posição firmada nos princípios jurídicos e econômicos que acabamos de expor, consiga acomodar os interesses econômicos dos povos e, desde que isso se torne realidade, possamos ter a certeza de uma Paz Universal, capaz de assegurar a todos a tranqüilidade há tanto aguardada.

O ESTADO-ÓRGÃO

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA

Os eleitos não representam conjuntos de cidadãos, mas uma coletividade considerada extra-individualmente e num sentido transpessoal, devendo-se notar, como o fêz HAURIUO, a “*autonomie des représentants*”, sendo o regime representativo, no entender de SALLEILLES, um regime no qual não há qualquer representação, porque essa pressupõe o mandato imperativo, conforme o conhecido discurso de ROYER COLLARD, citado por ESMEIN, autor que, indubitavelmente, foi visivelmente influenciado por ROUSSEAU, em suas coordenadas básicas.

Então, “*para expresar la nueva realidad, fêz constar FERNANDO DE LOS RÍOS URRUTI, nace un concepto que es extraño al Derecho Privado: el concepto de órgano. El Estado para su vida precisa de órganos, y solo mediante ellos obra y quiere*”.

Idêntica a êsse ponto de vista expresso na monumental introdução à famosa obra de JELLINEK é a opinião do abalizado MALBERG: “*La vraie qualification à donner au corps des députés n'est pas celle de représentant de la nation, mais d'organe de la nation.*” Sintetiza daí SARTORI (op. cit., pág. 58) que “*órgão é a coletividade organizada para querer*”.

Eis-nos em plena doutrina do Estado-Órgão, que fulmina as tendências que objetivavam a privatização do Direito Público e que teve em GERBER e GIERKE seus precursores e em JELLINEK e FISHBACH admiráveis teóricos.

A nova orientação, que visava a construir o “Direito Público segundo o método jurídico em moldes independentes do Direito Privado, vai conhecer um grande êxito”, lembra MARCELO CAETANO, em seu trabalho “Tendências do Direito Administrativo”.

Sendo o Estado, como pensamos, algo distinto daqueles que o integram e constituem, vemos nêle, como VAN KRIEKEN, indiscutível personalidade jurídica pela sua capacidade de exercer a titularidade de direitos e de responder por obrigações.

Opinião contrária era a de SEYDEL, que adotava posição deficientemente realista, como DUGUIT, omitindo, no seu entender, toda ficção, só enxergando no indivíduo a possibilidade de ser sujeito de direitos. O nosso realismo orgânico, já manifestado anteriormente neste livro, pode adotar o entendimento de GIERKE para quem o Estado era "a mais alta e compreensiva forma de Comunidade, não perceptível aos sentidos, mas real para o espírito, que nos revela uma existência comum humana sobre a existência individual". Como HEGEL que, sem dúvida, inspirou GIERKE, acreditamos na *realidade da idéia moral*, desaprovando, entretanto, quaisquer deformações do ente político.

Na expressão do filósofo (op. cit., pág. 6) "é lícito esperar que, a par dos interesses políticos ligados à trivial realidade, floresça uma vez mais a ciência, o livre e racional mundo do espírito".

Elemento da personalidade, a capacidade traduz a aptidão para o exercício de direitos. Distingue-as bem BARROS MONTEIRO (1): "Capacidade exprime poderes ou faculdades; personalidade é a resultante desses poderes; pessoa é o ente a que a ordem jurídica outorga esses poderes."

Não se estranhe a utilização de institutos do Direito Privado para a elucidação de nosso ponto de vista, porque, como demonstramos no trabalho "Nulidade em Direito Público", muitos princípios daquele são perfeitamente aplicáveis a esse último, e além do mais a complexa doutrina do Estado-Órgão se vincula intimamente ao que pensamos, mais que à do Estado-Poder Público, à do Estado-Pessoal Moral.

Para se verificar o desprestígio jurídico do vocábulo *representação* no direito moderno, no qual é usado apenas como metáfora, e a ascensão do termo *órgão*, é sugestivo o pensamento de CÉLIO DE OLIVEIRA BORJA (2): "duas são as funções principais que ao chefe de Estado atribui o direito moderno: a de símbolo e a de órgão ou representante".

A Constituição da Tcheco-Eslováquia (arts. 5.º e 7.º) refere-se mesmo à *Assembleia* e ao *Governo* como, respectivamente, "*órgão supremo do Poder Legislativo*" e "*órgão supremo do Poder Governamental*".

PIETRO GAROFALO (3), referindo-se ao fenômeno apontado, faz sentir que nenhum vínculo representativo existe entre o depu-

(1) "Curso de Direito Civil", Parte Geral, pág. 65. Ed. Saraiva, 1958.

(2) "Competência Privativa do Chefe do Estado no Ato Adicional", pág. 24. Rio, 1963.

(3) "Principios de Derecho Constitucional y Organización Política del Estado Fascista Italiano", pág. 16. Madri, 1934.

tado e o corpo eleitoral que o designa e sim entre êle e o Estado que lhe dá investidura, rematando: "Es un derecho del Estado el que ejercitan tanto el rey como los senadores, diputados y electores, y por eso todos ellos son órganos representativos de la soberanía del Estado."

Reconhecemos que existem sutilezas metafísicas, tão do gôsto dos alemães, na doutrina do Estado-Órgão, mas são elas perfeitamente dispensáveis, em virtude do que, na exposição que tentaremos fazer, procuraremos sintetizar a parte substancial da referida doutrina e que lhe conferiu motivos de validez e permanência.

O organicismo que defendemos nada tem a haver com aquelas proposições tão em voga no século passado, que identificavam o Estado aos organismos vivos. Embora a expressão *órgão* seja também tomada num sentido metafórico, ela é funcional no sentido de refletir a fisiologia da vida estatal, precìpuamente no que concerne à representação política, embora DUGUIT considere que ela enfrenta os mesmos percalços da fórmula *representação* legal, reproduzindo-a em maiores dimensões.

Da mesma forma, acrescente-se, não se pode confundir o materialismo dialético de MARX com o grosseiro materialismo de BUCHNER.

Os órgãos do Estado, vale dizer, aquêles pelos quais êle exerce o Poder, têm de ser forçosamente pessoas físicas, consideradas individualmente ou em colégios, e cuja competência deve estar formalmente estabelecida na Constituição.

"De la propia naturaleza del Estado, argumenta JELLINEK (4), esto es, del hecho de tener el carácter de una asociación organizada, se sigue necesariamente la existencia de órganos del Estado. Un Estado sin órganos es una representación que no puede psicológicamente llegar a existir, es decir equivale a anarquía, por lo cual resulta una *contradictio in adjeto*."

El Estado moderno requiere una pluralidad de órganos. Ordenarlos y reducirlos a tipos fijos, es una necesidad que no puede menos de cumplir la ciencia."

Nessa difícil classificação seguiremos o conspícuo professor de HEILDEBERG e a FISCHBACH. (5)

A primeira forma categorial que deve merecer nossa atenção é a que se refere aos órgãos *originários* (principais ou imediatos) e aos *mediatos*. Os primeiros são consubstanciais com o ordenamento estatal, provindo diretamente da Constituição. Os segundos não se embasam diretamente no Código Político, senão nos primeiros. Quando os órgãos imediatos exercem *atos de criação*,

(4) "Teoria General del Estado", pág. 444. Buenos Aires, 1943.

(5) "Derecho Público General", págs. 20 e segs. Labor, 1934.

como na monarquia russa em que, por testamento, nomeava o Tzar, até PAULO I, seu sucessor, são êles órgãos de criação, podendo, por conseguinte, os órgãos imediatos serem criadores e criados, nada obstando, repensando a doutrina, que êsses últimos, por sua vez, criem, sendo certo que, como diz FISCHBACH, "generalmente la función de los órganos criadores se reduce a realizar el acto de nombramiento o elección".

Segundo se depreende no confronto entre os dois autores alemães, que nem sempre estão de acôrdo, os órgãos de criação têm caráter imediato, embora FISCHBACH diga, paradoxalmente, que os primeiros, mesmo tendo sido instituídos pela Constituição, têm caráter mediato. O que nos parece mais lógico é a afirmação de JELLINEK de que "los órganos de creación de los órganos inmediatos tienen ellos mismos este carácter, y su actividad creadora puede adoptar múltiples aspectos".

Outra divisão importante é a de órgãos *primários* e *secundários*. Êsses representam diretamente aquêles que, como órgãos representados, só podem manifestar-se através dos órgãos representativos. Os *órgãos supletórios*, por sua vez, substituem eventualmente os imediatos, decaindo de suas funções assim que desaparece a incapacidade do órgão representado.

São êles transitórios, como a Regência, ao passo que os órgãos secundários são permanentes.

Já aqui estamos com FISCHBACH, e não com JELLINEK, que considera o Regente um órgão secundário, mas concordamos em que haja órgãos secundários de segundo grau, como por exemplo na delegação dos Parlamentos a Comissões, como na Itália.

Enquanto os *órgãos normais* funcionam em circunstâncias comuns, os *anormais* ou *extraordinários* só entram em atividade em ocasiões críticas. Tais são os casos das Ditaduras e dos chamados Governos Provisórios.

Os *órgãos substantivos* ou *independentes* têm em seus atos a capacidade de obrigar o Estado e seus súditos, enquanto os *dependentes* ou *subordinados* carecem dessa força obrigatória.

Órgãos simples são aquêles constituídos por pessoas que, por suas qualidades individuais, se vêem chamadas para serem titulares de um órgão; *potenciais* os que reúnem, juridicamente, em sua pessoa vários órgãos. Como nota FISCHBAH não se deve confundir potencialização com acumulação de funções, uma vez que para existir "órgano potencial es pues menester, que el mismo órgano desempeñe funciones diferentes, y todas esenciales en el Estado".

Os *órgãos qualificados* são aquêles para os quais se exigem requisitos de elegibilidade bem nítidos.

JELLINEK estima que muitas das distinções feitas a respeito dos órgãos imediatos se aplicam aos mediatos, utilizando, ainda, a classificação fundamental acima referida, com referência a tôdas

as associações de Direito Público, dando, por outro lado, particular realce à oposição entre *órgãos necessários* e *facultativos*, sendo os primeiros aquêles instituídos pelo Chefe de Estado, segundo a Constituição e as leis.

Ao passo que a representação exige duas pessoas ou duas partes: os representantes e os representados, “la asociación y el órgano son y permanecen en todo momento en una misma persona”, como está em JELLINEK, uma vez que Órgão e Estado constituem uma unidade indisfarçável, se bem que a competência (e não o direito) política do primeiro represente o segundo, dentro de uma certa órbita de atribuições.

Contudo, não se confundem o Órgão e seu titular, com o qual mantém relações jurídicas, mas do qual se distingue por seu caráter de continuidade. Para significar isso, criou-se na Inglaterra a doutrina da “sole corporation”, pela qual a corporação só tem em cada momento um membro vivo, que forma com seus antecessores e sucessores uma unidade impostergável. Asseverava BLACKSTONE que “Henrique, Eduardo ou Jorge podem morrer, mas o Rei sobrevive a todos êles. Eis o motivo pelo qual as leis britânicas nunca se referem à morte do Rei e sim em “*demissio regis vel coronae*”.

Atualmente se pode falar numa unidade orgânico-jurídica entre o povo e sua representação, mediante o uso de uma técnica publicística, cabendo razão a JELLINEK quando anota: “Hasta que no se encontró el concepto de órgano jurídico se intentó poner en claro las relaciones antes dichas, mediante analogías de Derecho privado, valiéndose del concepto de la representación y del mandato.”

Reconhecemos que a doutrina do Estado-Órgão ainda está em elaboração, havendo muitas discrepâncias quanto à classificação de certos órgãos, mas é indubitável que ela resolveu, com recursos superiores do Direito Público, questão afeta a êsse, libertando-o de incômodo nexa genético com a privatística, em virtude do antigo caráter da representação política, e chamou a atenção dos estudiosos, de modo especial, para os tipos de órgãos imediatos e mediatos, primários e secundários, supletórios, normais e anormais.

Interessante problema que apenas afluiremos é o da formação mental do titular do órgão que converge por sobre a edificação de uma elite dirigente, um dos objetivos do presente trabalho.

“O essencial de toda política, proclama o infatigável lidador intelectual JOÃO CAMILO DE OLIVEIRA TÔRRES, em seu substancioso livro sobre o Positivismo, é a existência de uma classe dirigente politicamente capaz.”

A crise da ordem jurídica tem na caducidade das classes dirigentes um de seus sintomas mais graves.

Não se pode resolver o dilema de nossa civilização, que tem raízes no próprio homem, com a mera sugestão de fórmulas, senão com o pensamento e com a ação. Redespertando para os ideais, aqueles que aspiram à titularidade de órgãos devem forrar-se de ampla informação que os possibilite integrar-se, não num "Rechtsstaat", "o constitucional correspondente ao ideal de uma racionalização jurídica crescente da vida", como o viu OLIVEIROS LITRENTO (6), que não mais atende, contudo, às necessidades históricas, mas num "Kulturstaat", que impulse decididamente a coletividade em todos os sentidos, em busca do *bem comum*. GUMFLOWICZ, que aproximava (e mesmo identificava), contrariamente a RENÉ WORMS, o conhecimento político do sociológico, pregava que a Sociologia era necessária porque "elle montre à l'homme d'État et au politicien aussi bien qu'à chaque particulier la voie qu'ils ont à suivre, s'ils ne veulent pas entrer en collision avec les tendances naturelles". (7)

O mesmo diríamos nós do conhecimento histórico, cuja Filosofia IBN KALDUM traçou pela vez primeira, através da observação de leis inelutáveis.

(6) "Do Estado de Direito", pág. 95, Recife, 1954.

(7) "Sociologie et Politique", pág. 196. Paris, 1898.

CLIMATOLOGIA E CRIMINALIDADE

LUIZ ANGELO DOURADO

Nos Estados Unidos investigou-se sob vários ângulos a relação entre condições climáticas e o delito, especialmente o roubo. Dêsses estudos concluiu-se que aquêle ilícito penal aumentava nos meses frios devido a necessidade maior de alimentos e agasalhos.

LE BON afirmou não ter notícia em tôda a História de haver movimentos revolucionários sob chuva torrencial. A nosso ver, o fator climático quando muito poderá atuar sôbre a criminalidade de forma indireta. Não é pròpriamente o clima o fator primordial, mas as transformações que pode determinar sôbre a personalidade. Portanto, será falso pensar-se que as variações climáticas constituem causa exclusiva do aumento ou diminuição dos delitos, ignorando-se o ser humano que irá ou não delinquir de acôrdo com a dinâmica de sua personalidade. Equacionado o problema nessa base, pode pensar-se que no verão, por exemplo, devido ao incremento da sêde e maior consumo de cerveja, cresça o número de delitos de violência nos predispostos.

Antigas estatísticas demonstraram a importância criminológica do clima quanto ao tipo de delito perpetrado no sul e no norte da Itália, da França e dos Estados Unidos. Determinados delitos seriam muito mais comuns no sul que no norte e vice-versa.

O ser humano indubitavelmente sofre a influência das mutações climáticas. Nesse particular, ensinou o saudoso Prof. Annes Dias: "O homem normal, mercê de sua maravilhosa capacidade de adaptação, equilibra-se ràpidamente em face das variações climáticas, mas em certos indivíduos essa capacidade reguladora mostra-se deficitária ou desordenada, daí resultando distúrbios, cuja gravidade varia com os dois elementos em jôgo: grau de perturbação ambiente e condições especiais do indivíduo". De fato, na iminência de tempestade, ocorrem sérias alterações da pressão barométrica, da temperatura, do campo elétrico da atmosfera, que perturbam organismos sensíveis ou sensibilizados. Tais indivíduos não podem ser indiferentes a distúrbios como o

ciclone, capaz de, no espaço de alguns minutos, provocar descargas elétricas formidáveis; destruir cidades e desencadear nos elementos físicos do globo paroxismos terríveis, cuja violência grandiosa domina tôdas as demais fôrças da natureza. O tempo perturbado ocorre quando se defrontam as massas de ar quente e frio, as frentes tropical e polar; essas massas opõem-se por sua direção e por suas qualidades físicas. Quando avança uma onda ciclônica, a pressão atmosférica baixa, a temperatura eleva-se; na proximidade do solo, surgem emanações fortemente radioativas e, em nosso hemisfério, ocorrem então ventos do quadrante norte: é a onda tropical, o mormaço que prenuncia temporal. Essa mudança de tempo deve ser considerada como “fase depressiva”, rica em fenômenos elétricos importantes, capazes de despertar sérias reações individuais. O indivíduo sente-se deprimido, irritado, as atividades psíquicas e físicas se alteram e vários acidentes podem sobrevir.

Já Hipócrates havia observado que “o homem fraco sentia mais os efeitos do clima do que o forte e que o doente sentia mais que o fraco”. Não será o predisposto à delinquência um doente e um fraco?

O calor, a forte depressão atmosférica, os ventos quentes, tropicais, atuam não só no sistema nervoso autônomo do ser humano como em seu psiquismo e, conseqüentemente, sôbre as emoções, os impulsos, a dinâmica da personalidade, podendo, inclusive, determinar atos deletivos nos já condicionados ao crime. É isso porque o calor aumenta a irritabilidade e pode deflagrar ilícitos penais concernentes ao art. 129 do Código Penal (lesões corporais). É de todos conhecida a expressão popular: “formou-se um tempo quente”... Os motoristas de ônibus, por exemplo, além de sofrerem a canícula comum a todos, ainda recebem, por várias horas, as emanações caloríficas do motor da viatura, o que os predispõem ao nervosismo, irritações e, por vêzes, atos impulsivos.

Segundo Dexter, certos ventos quentes na América Central aumentam o número de suicídios e delitos. Por outro lado, há relações de tempo e delito que independem do psiquismo. O verão obriga a maior ventilação das casas, as janelas são abertas, facilitando a ação dos assaltantes “ventanistas”. Os batedores de carteiras ou “punguistas” também se valem do calor para atuar com maior desenvoltura, uma vez que os paletós das vítimas geralmente se encontram desabotoados. Ainda na estação quente há o êxodo de parte da população para climas mais amenos do que resulta maior número de casas ou apartamentos vazios, daí a multiplicação de violações de domicílios e furtos. É incontestável que o verão aumenta a excitabilidade, a vitalidade e a sexualidade, podendo estimular crimes sexuais, delitos contra a moral, homicídios, etc. Ferri postulou que o calor armazena energia facilmente dege-

neravel em atos de violência, tanto mais quanto, no verão não raro se debilita a capacidade de resistência ética naqueles que já a tem periclitante.

Em conclusão: a Climatologia pode ser fator desencadeante da criminalidade nos predispostos, isto é, nos indivíduos que foram condicionados à delinquência desde a primeira infância; a Climatologia não deve ser considerada como fator criminógeno isolado, a nosso ver é apenas responsável de forma indireta devendo ser relacionada com os demais fatores criminógenos que determinam uma conduta criminal.

O LOTEAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

GILBERTO POVINA CAVALCANTI

1) Compromisso de compra e venda: 1.1) o Decreto-lei n.º 58, de 10-12-37, 1.2) A Lei 649, de 11-3-49. 2) O Decreto-lei n.º 271, de 28-2-67: inexequibilidade e inconstitucionalidade.

1. O legislador brasileiro, ao constatar, passadas as primeiras três décadas do nosso século, o modo pelo qual se firmavam e desfaziam os compromissos de compra e venda de bens imóveis, sentiu a necessidade inadiável de intervir, reparando distorções e garantindo a lisura das transações. Com efeito, os compromissos de compra e venda, encerrando uma relação de caráter pessoal, geravam unicamente uma obrigação de fazer. Contraía, assim, o promitente vendedor o dever moral de outorgar a escritura definitiva referente ao bem compromissado, sancionado o inadimplemento com o pagamento de perdas e danos. Ao comprador, em tal hipótese, restava a atitude passiva do recebimento da indenização, pois que se entendia inexistir qualquer direito incidente sobre o imóvel compromissado, afastada, em decorrência, a possibilidade de adjudicação compulsória.

Tal orientação legislativa em pouco tempo tornou-se obsoleta, face à vertiginosa valorização da propriedade imobiliária, valorização esta que implicou profundas repercussões no cenário jurídico. Inúmeros foram os promitentes vendedores, que, diante da acentuada elevação do valor de seus imóveis, se valeram do direito de arrependimento assegurado pelo art. 1.088 do Código Civil, preferindo efetuar o pagamento das indenizações, a terem de outorgar a escritura definitiva.

Evidentemente que, se do ponto de vista econômico tal procedimento era vantajoso, do jurídico, o compromissário comprador ficava ao desamparo, sem recurso para coagir o vendedor inadimplente ao cumprimento da palavra empenhada.

O pagamento da indenização, quase sempre a devolução do preço em dobro, não restaurava o *statu quo ante*. A tônica comu-

tativa do contrato estigmatizada pela simulação trazia enormes prejuízos aos compradores de boa fé, que ficavam à mercê do caráter do vendedor, nem sempre íntegro e reto.

Por outro lado, muitas vezes o mesmo lote era vendido, e em algumas delas o promitente vendedor não era o proprietário mas um simples titular de opção sobre as terras prometidas vender.

A intervenção legislativa passou a se impor com urgência, a fim de defender o elemento economicamente fraco, que comprava com moeda forte e era indenizado em moeda desvalorizada. Alie-se ao aspecto econômico-social da problemática a luta desencadeada contra toda forma de usura, alicerçada nas leis que fixavam o juro máximo e proibiam os empréstimos em moeda estrangeira. (Decreto 22.626, de 4-7-1933 e Decreto 23.501, de 27-11-1933).

O Decreto-lei n.º 58, dispondo sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações, abriu perspectivas alvissareiras para o mundo das transações imobiliárias, sendo aplicável aos loteamentos urbanos e rurais, transacionados por meio do pagamento do preço em prestações sucessivas e periódicas.

O Professor WALDEMAR FERREIRA, em sua obra intitulada *O loteamento e a venda de terrenos em prestações* (pág. 16), frisou ter deixado de ser o art. 1.088 do Código Civil, que facultava o direito de arrependimento, "a fonte amarga de decepções e de justificados desesperos".

1.1. O Decreto-lei n.º 58, de 10-12-1937, regulamentado pelo Decreto n.º 3.079, de 15-9-1938, veio conferir ao compromissário comprador direito real sobre o lote compromissado. Assim pago o preço, tem ele direito ao imóvel, podendo reclamar a outorga da escritura definitiva, ou em caso de recusa do promitente vendedor, a sua adjudicação compulsória.

Vejamos, *en passant*, quais as principais disposições do aludido decreto.

Ficou estabelecido um procedimento apriorístico ao anúncio da venda (tais negócios caracterizam-se pela oferta ao público), consubstanciado na apresentação, por parte do proprietário, à circunscrição imobiliária competente, da documentação referida no artigo primeiro, constante de memorial integrado pelos dados fundamentais à comprovação da legitimidade dos títulos de domínio apresentados.

Examinada a documentação e considerada em ordem, o oficial do registro de imóveis fará publicar edital, a fim de que terceiros tomem ciência dos depósitos dos documentos. Decorre, então, um prazo de 30 dias para impugnação, findo o qual o oficial procederá ao registro. Surgida contestação, no prazo legal, será esta

solucionada pelo juiz competente, nos termos da lei de organização judiciária de cada Estado (na Guanabara, o juízo competente é o de Registros Públicos).

Estabelecido o compromisso para a venda de um lote, proceder-se-á à respectiva averbação no registro imobiliário, mediante exibição do contrato. Tal averbação *ex vi legis*, atribui ao compromissário direito real oponível *erga omnes*, o que significa a impossibilidade de transcrição de qualquer alienação posterior em benefício de terceiro.

A averbação pode, no entanto, ser cancelada, de conformidade com o artigo 7.º, a requerimento das partes contratantes, pela resolução do contrato, pela transcrição do contrato definitivo de compra e venda e por mandado judicial.

Na hipótese de recusa do vendedor em outorgar a escritura definitiva, embora integralizado o preço, assiste ao compromissário comprador o direito de notificar o vendedor a dá-la, no prazo de dez dias. O Código de Processo Civil, no art. 346, complementando a proteção dispensada ao compromissário comprador, houve por bem reduzir o prazo de dez para cinco dias, findos os quais, senão tiver sido outorgada a escritura ou apresentadas as razões da recusa, o juiz adjudicará o lote ao comprador, mandando que se expeça a respectiva carta de adjudicação. Se, no entanto, no prazo supra referido, o compromitente alegar matéria relevante, o juiz mandará que o compromissário a conteste, procedendo-se no caso de alegações dependentes de provas, em consonância com o artigo 685.

Estabeleceu-se intensa discussão acêrca da aplicação do artigo 346 do Código de Processo Civil, querendo alguns estendê-la aos compromissos relativos a imóveis não loteados. A jurisprudência, oscilante de início, inclinou-se pela negativa, esclarecendo que tal processo judicial aplicava-se exclusivamente aos imóveis loteados para a venda mediante oferta pública, nos termos do Decreto-lei n.º 58 (*Revista dos Tribunais* 694-160/788-169).

Permaneciam, assim, os promitentes compradores de imóveis não loteados inteiramente ao desamparo, sem os instrumentos de defesa necessários à garantia de seus interesses. O artigo 1.088 do Código Civil, ensejando o desfazimento do compromisso, imputava ao proprietário um pagamento indenizatório, que, em última análise, se constituía num prêmio ao seu procedimento culposos.

1.2. — A Lei 649, de 11-3-49, que veio derrogar o Decreto-lei n.º 58, deu ao artigo 22 do aludido Decreto a seguinte redação: “Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato da sua constituição ou que deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos em qualquer tempo,

atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros e lhes confere o direito de adjudicação compulsória nos termos dos artigos 16 desta lei e 346 do Código de Processo Civil”.

Diante do nôvo diploma legal, tôda e qualquer dúvida ficou desfeita, considerado aplicável o Decreto-lei n.º 58 aos imóveis não loteados completando-se assim o círculo evolutivo do compromisso como direito real, oponível *erga omnes*.

Passaram os vendedores de imóveis compromissados, sejam loteados ou não, desde que pactuada a cláusula de irretratabilidade e inscrito o compromisso no registro imobiliário, a ter de outorgar a escritura definitiva, facultado ao comprador, na hipótese de recusa, o procedimento judicial do artigo 346 do C. Processo Civil.

Se houver, no entanto, cláusula expressa que enseje arrependimento, pode o vendedor desfazer o compromisso, a qualquer tempo, ainda que pago o preço pactuado, condicionado a retratação ao pagamento de perdas e danos, colocado o comprador no *statu quo ante*. Inexistindo tal cláusula, fica a promessa considerada irretratável face ao caráter de irrevogabilidade que a embasa.

A escritura de compromisso, inscrita no registro imobiliário, gera a criação de um direito real de natureza singular, onde o proprietário não pode vender, onerar e nem dispor do bem, enquanto vigorar o contrato.

Por outro lado, discutiu-se amplamente acêrca da possibilidade de ajuizamento por parte do compromissário comprador, da ação de imissão de posse. Hoje, concluiu-se ser o seu exercício privativo do titular do domínio, não assistindo, em decorrência, ao compromissário comprador o direito de ajuizá-la.

2. O Ministério do Planejamento, sentindo a necessidade de reformular as normas jurídicas atinentes ao loteamento, incumbiu o eminente jurista Hely Lopes Meireles de elaborar o anteprojeto da nova lei, após o que o órgão técnico do Ministério — o CONSPLAN — seria encarregado de estudá-lo e aprimorá-lo. Tratava-se, segundo palavras de seu próprio criador, “de um projeto orgânico e completo, com tôda a matéria referente ao assunto, a começar pelas normas técnicas orientadoras do loteamento urbano e ordenadoras dos compromissos de alienação de lotes, com perfeita definição das obrigações, direitos e responsabilidades do loteador do promissário comprador e da Prefeitura interessada na urbanização. Nas disposições gerais, introduziam-se alguns conceitos e institutos novos do contemporâneo direito de construir, tais como a *concessão de uso de terrenos*, como direito real resolúvel, e a *concessão de espaço aéreo*, com as mesmas características, para fins de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social específico”.

Inexplicavelmente, o projeto em sua essência foi radicalmente alterado. A sua sistemática inteiramente esquecida. A visão da problemática, que era geral e sistematizada, foi substituída por uma outra onde os estigmas das mutilações preponderam. O que originariamente estava exposto em quarenta e um artigos passou a sê-lo em dez, alguns dos quais inexequíveis e outros inconstitucionais.

Nasceu assim, em 28-2-67, o Decreto-lei n.º 271, objetivando substituir o Decreto-lei n.º 58, reconhecidamente superado. Se êsse era o escopo, a frustração foi total. Ao invés de se desanuviar, o panorama se complicou. Com efeito, o legislador ao mandar aplicar ao loteador e aos compradores de lotes a lei de condomínio e incorporações, implantou o caos legislativo. Uma trindade de diplomas legais passava a reger a matéria: o Decreto-lei 271/67, o Decreto-lei 58/37 e a Lei 4.591/64. Estabeleciam-se assim inilidíveis contradições, resultantes da própria infra-estrutura normativa das leis aplicáveis à matéria, e sobretudo da pseudo-identificação de sistemas heterogêneos.

Tentemos, de modo sumário, uma análise do Decreto 271. No artigo primeiro, encontramos a conceituação de loteamento urbano, podendo ser registrada a atualização das definições, decorrente da maior amplitude dada às formas de edificação e a caracterização de zona urbana.

No artigo segundo, deparamos, de pronto, com uma impropriedade terminológica: "*normas gerais de diretrizes*". O que vêm a ser *normas gerais de diretrizes*? A atipicidade é flagrante. Acresce que o referido artigo manda o projeto obedecer às *normas gerais das diretrizes*, normas estas, até hoje, inexistentes. É como que incumbir alguém de uma tarefa, sem fornecer os meios necessários à sua feitura. Além disso impõe-se aos Municípios a aprovação de seus projetos por uma autarquia federal — o Banco Nacional da Habitação. Tal procedimento encerra evidente inconstitucionalidade, pois que a competência delegada a um ente autárquico, por um Decreto-lei não pode sobrepor-se às prerrogativas políticas e ao poder de império das entidades estatais, emanados da Constituição Federal. A soberania municipal, em se tratando de planejamento e aprovação de loteamento em seu território, é absoluta.

O artigo terceiro manda aplicar aos loteamentos a lei do Condomínio e Incorporações, equiparando o loteador ao incorporador, o comprador de lotes aos condôminos e as obras de infra-estrutura à edificação. A estultice é flagrante. É mister que se recorde a discussão acalorada, erigida em torno da inclusão num mesmo provimento, da disciplina do Condomínio e da Incorporação. Daquela feita vitoriou-se a tese abraçada pelo eminente jurista Caio Mário da Silva Pereira, prevalecendo a orientação

do anteprojeto. E o que determinou a aproximação foi a simbiose orgânica dos dois fenômenos: “a criação do edifício coletivo e o regime condominial (CAIO DA SILVA PEREIRA — *Condomínio e Incorporação*)”.

Na hipótese em tela, inexistente tal identidade orgânica. O que o legislador impõe é uma solução de taumaturgo, resultante da identificação de situações heterogêneas.

Tal colocação, por ser nuclear, é bastante para comprometer todo o trabalho. Mas o próprio legislador disso se apercebendo tentou emendar, julgando que o fazia *opportuno tempore*. Nascia, assim, o parágrafo primeiro do artigo terceiro:

§ 1.º — O Poder Executivo, dentro de 180 dias, regulamentará este decreto-lei, especialmente quanto à aplicação da Lei 4.591 de 16-12-1964, aos loteamentos, *fazendo inclusive as necessárias adaptações*.

O objetivo reparador obedecia a um *modus faciendi sui generis*, onde o Decreto é instrumento hábil para corrigir a lei. Da inexecutabilidade da lei passava-se para a inconstitucionalidade do Decreto.

Os artigos quarto, quinto e sexto, pertinentes à inscrição, desapropriação do loteamento, indenização das benfeitorias, e re-integração de domínio, configuram normas interessantes sobre urbanística, e que vieram oportunamente oferecer soluções a questões contraditórias e essenciais.

O artigo sétimo cria um novo instituto do direito de construir, a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, como direito real resolúvel, “para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo de terra ou outra utilização de interesse social”.

Tal criação, oriunda do projeto Hely Lopes Meireles, é digna dos maiores encômios, pelo que representa, como medida de atualização do Direito, às normas e tendências da nova política urbanística.

A concessão de uso pode ser contratada por instrumento público ou particular, ou ainda por simples termo administrativo, devendo em qualquer hipótese ser inscrita e cancelada em livro especial. Depois de inscrita a concessão, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato, respondendo por todo e qualquer encargo de natureza civil, administrativa e tributária.

Resolve-se a concessão, antes do seu término por inadimplemento do concessionário, oriundo de distorção na destinação estatuída no contrato, ou por descumprimento de cláusula resolutória do ajuste, caso em que ficam perdidas as benfeitorias, sejam elas de que natureza forem.

Como todos os direitos reais *iura in re*, a concessão de uso é transferível por ato *inter vivos* ou por sucessão legítima ou testamentária.

Um outro instituto é criado: a *concessão de uso de espaço aéreo* com as mesmas características da concessão mencionada no artigo precedente.

Poder-se-ia aqui concluir êste comentário, destacando os aspectos positivos no Decreto que são poucos, e os negativos que abundam. Acontece que nova inconstitucionalidade é perpetrada no artigo 10, que declara revogados os dispositivos do Decreto-lei 58 e do Decreto-lei 3.079 “pelos atos normativos mencionados neste Decreto-lei”. Registre-se que o artigo 2.º delega competência ao B.N.H. para baixar tais atos. Assim, no entender dos mentores do Decreto, uma autarquia financeira é transformada em órgão legislativo, transmutadas suas normas, que são de efeito interno, em dispositivos legais eficazes para revogar leis, decretos e decretos-leis.

Voltando os olhos totalmente para o Decreto 271, aplaudimos a instituição da *concessão de uso* como direito real, bem como alguns dispositivos secundários, assecuratórios das relações a serem encetadas. Mas em sua teleologia o fracasso é total. A parte urbanística merece reparos, enquanto do ponto de vista do planejamento urbano, a inexeqüibilidade constitui um desafio à revisão ampla da matéria, atualmente confusa e ineficaz, revisão esta alicerçada na substituição do atual Decreto por uma lei geral, onde as soluções adequadas sejam apresentadas sem contrafações e analogias descabidas.

P A R E C E R E S

APELAÇÃO CRIME N.º 7.019

Juízo da 1.ª Vara

Apelante: O Ministério Público.

Apelados: Augusto Pereira e Conceição Moreira Pereira.

Dolo eventual. Culpa consciente, culpa grave e dolo eventual.

PARECER

“Consciente” a culpa, define NELSON HUNGRIA, “quando, *previsto o evento como possível, não* procurou o agente evitá-lo (pressuposta a sua evitabilidade), *esperando, sincera, mas, levianamente, que não ocorresse*”. (Coms. ao Cód. Rev. For., V, p. 42).

Assim, se por culpa do agente, que o não guardou como devera, tivesse o cão mordido a criança, sem que o agente sabedor do fato e de estar raivoso o animal, procurasse evitar o evento previsto possível — a morte da criança — deixando de denunciar o risco que esta corria, por esperar, levianamente, que o evento — a morte — não viesse a ocorrer, teria havido, apenas, culpa *consciente*.

Mas, não foi só isso o que ocorreu. Não se limitou o agente a *não procurar evitar o evento* (a morte), *previsto como possível*, na *esperança sincera*, embora *leviana*, de que o mesmo evento viesse a verificar-se. Não se limitou o agente a não denunciar, a não procurar evitar o risco que a criança, por sua culpa, corria. Não. O agente, não só não *denunciou esse risco*, para evitar que o evento (a morte) não se realizasse, como, ainda, PROCUROU, POR MANOBRAS POSITIVAS E INEQUÍVOCAS, manifestamente provadas nos autos, OCULTAR O RISCO A QUE EXPOSTA A VÍTIMA, PERSUADINDO OS QUE PROCURAVAM EVITAR A MORTE DA CRIANÇA DE QUE ESTA NENHUM RISCO CORRIA.

Deixar de procurar, por leviandade, evitar o evento danoso, sob cujo risco, por nossa culpa, alguém se acha é proceder com culpa *consciente*; mas, coisa diversa é, criado o risco, por nossa culpa, agir por todos os meios e modos no sentido de OCULTAR O RISCO, de

IMPEDIR O CONHECIMENTO DO RISCO, de FAZER COM QUE QUEM ESTÁ EM RISCO DE MORTE CONTINUE EM RISCO DE MORRER. Isto é ASSUMIR O RISCO, CHAMÁ-LO A SI, FAZÊ-LO SEU, ADOTÁ-LO. E, quando o risco é de morte, é assumir o risco de produzir a morte, é matar, na definição legal, como na lógica das coisas.

Na culpa consciente o agente omite a providência idônea a evitar o evento, na infundada, mas, sincera esperança de se não realizar a eventualidade previsível e prevista; mas, se, como no caso, não se limita o agente à simples *OMISSÃO*, porém, pratica atos positivos no sentido de NÃO EVITAR O EVENTO previsto, e, até, de MODO A IMPOSSIBILITAR QUE O EVENTO SEJA EVITADO, a atuação do agente sai do terreno da culpa grave, para entrar na do DOLO EVENTUAL. Pôs-se alguém em risco e nada se fez para afastar o risco, esperando levemente que o risco não viesse a efetuar-se — culpa consciente; pôs-se alguém em risco e se fez o necessário e suficiente para que o risco não fôsse evitado — dolo eventual.

Tornar desconhecido o risco, impedir que seja afastado, nada menos é que assumi-lo; e aquêlê que o assume toma sôbre si o resultado do risco, diz a lei.

Não procurar evitar o risco evitável, de cuja criação se é culpado, é obrar na consciência de própria culpa; mas, — note-se bem — EVITAR QUE SE EVITE O RISCO é atuar com dolo, E QUERER O RESULTADO, É ACEITÁ-LO, pela indiferença mesma ante a sua realização previsível e prevista.

Não há nos autos margem à discussão quanto aos fatos — mediante a substituição da cadela, acompanhada a substituta de atestado de sanidade, EVITOU-SE, CIENTE e CONSCIENTEMENTE, QUE SE EVITASSE O RISCO TERRÍVEL A QUE EXPOSTA A CRIANÇA, isto é, evitou-se a continuação do tratamento, eficaz, a que se vinha submetendo. Assumiu-se, assim, ciente e conscientemente, o risco de produzir o resultado — a morte da criança.

Desnecessário voltar à análise dos autos; do ponto de vista dos fatos, como da sua caracterização jurídica, essa análise se acha definitivamente feita no ven. acórdão de fls. 176, verso, da lavra do eminente Des. MAFRA DE LAET, cujas razões de decidir, de fato e de direito, rogo *data venia*, façam parte dêste parecer.

Os fatos, após o venerando julgado, não sofreram a menor alteração através da prova, e se acham, ainda uma vez, bem analisados nas razões do assistente.

Como bem salienta o Dr. 6.º Promotor, a decisão do Júri falhou quanto à *caracterização jurídica dos fatos*, e nisso decidiu *contra a evidência dêles, sem nenhum apoio nêles*, dispondo ter havido culpa, quando manifestamente, como já o decidiu o v. acórdão de fls., houve dolo.

Mas, ainda não tivesse o Júri, *argumentandi gratia*, decidido sem apoio algum na prova dos autos — são as próprias razões dos apelados que admitem a culpa *consciente*, a *dolo proxima*; e são, ainda, os motivos, circunstâncias e conseqüências dessa alegada culpa *consciente*, bem como a intensidade dela, que estão a impor, na forma do art. 42 do Cód. Penal, seja graduada a pena do réu em 2 anos e a da ré em 2 anos e 9 meses, para que não fique quase impune um crime que a sentença de pronúncia, e o acórdão que a manteve, muito acertadamente classificaram como homicídio doloso.

Distrito Federal, 14 de setembro de 1945

ROMÃO CÔRTEZ DE LACERDA
Procurador-Geral da Justiça

NOTA

Ao ingressar no Ministério Público do Distrito Federal, nos idos de 1940, encontrei Romão Côrtez de Lacerda em pleno exercício da Procuradoria Geral da Justiça.

Recebeu-me, como a todos os promotores substitutos então nomeados, de pé, sem expansões ou intimidades. Austero e reservado, se não intimidava, seguramente impunha respeito e distância.

Não tinha o sorriso fácil e a palavra *lhe* saía pausada, lenta, sem côr ou vibração. Não buscava a simpatia dos ouvintes e, muito menos, aplauso. Era assim, introvertido por temperamento e, talvez, por cálculo.

Em outros termos, a primeira aparência era de frieza, a prometer senão surpresas aos neófitos, pelo menos a recomendar-lhes prudência e o tratamento devido à eminência de seu cargo e de sua reputação já formada de jurista: Excelência.

É verdade que, com o correr dos anos, tôda essa exterioridade se revelou contrária à personalidade excepcional que escondia.

Culto, confiante e acolhedor, jurista dos mais eminentes, desconhecia dificuldades, e qualquer problema nôvo, só servia para *lhe* aguçar o gôsto e o propósito de resolvê-lo.

Civilista notável, acompanhava, seguro da colaboração inexcedível dos Subprocuradores Plácido de Sá Carvalho e Carlos Sussekind de Mendonça, a atuação de todo Ministério Público, com discrição e afeto, o que *lhe* permitiu deixar pareceres antológicos, lametavelmente ainda relegados aos arquivos.

Discutindo, no júri, pela primeira vez, um caso de *dolo eventual*, novidade do Código Penal de 1940, disse-lhe das dificuldades do problema, das razões de minha inconformidade com a decisão do júri, que acolhera a tese da *culpa consciente* brilhantemente defendida por Romeiro Neto.

Logo se animou, e me pediu que o alertasse para, na oportunidade própria, dar pessoalmente o parecer na apelação interposta pelo Ministério Público.

Ao publicar êsse trabalho, rendo homenagem ao insigne jurista e chefe Romão Côrtez de Lacerda, na certeza de que presto um serviço a todos os penalistas do Ministério Público, pois, êsse pronunciamento constitui o que de melhor se escreveu no País, e talvez, no exterior, sôbre *dolo eventual*.

Sinto-me à vontade ao prestar esta sincera homenagem, a quem só legou ao Ministério Público exemplo a ser seguido, e a mim, particularmente, a saudade de perdê-lo.

J. B. CORDEIRO GUERRA

INTERPRETAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO REFERENTES À PRESCRIÇÃO

A aplicação imediata da lei nova significa que os prazos nela estabelecidos se aplicam, desde logo, a todas as relações jurídicas sobre as quais incide.

A lei, destinando-se ao futuro, não pode alcançar situações pretéritas. Quanto aos prazos prescricionais que, pela aplicação da lei antiga, terminariam mais cedo do que lhes aplicando a lei nova, é admissível, como norma transitória, a aplicação da lei anterior, atendendo-se ao espírito da nova legislação que pretendeu reduzir e não ampliar os prazos.

I. DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO

1. A Lei federal n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, denominada "Sistema Tributário Nacional", trata nos seus artigos 173 e 174, respectivamente, da decadência do crédito tributário e da prescrição da ação para a sua cobrança.

2. É o seguinte o texto dos referidos artigos:

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I — do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II — da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nêle previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação ao sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I — pela citação pessoal feita ao devedor;

II — pelo protesto judicial;

III — por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV — por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor”.

3. Como assinalam os tratadistas da matéria, a prescrição e a decadência são colocadas ao lado do pagamento, como causas da extinção do crédito tributário, sustentando Fleiner que, mesmo na ausência de disposições específicas da lei tributária sobre a matéria, a prescriptibilidade do débito fiscal é ponto tranqüilo, aplicando-se, no caso, na ausência de disposições expressas, as normas do direito civil que tratam da prescrição. (JOSÉ WASHINGTON COELHO, *Código Tributário Nacional Interpretado*, Edições Correio da Manhã, 1968, pág. 173).

4. Assim sendo, no direito brasileiro, os tribunais, na ausência de textos expressos, recorreram às normas do artigo 177 e 178 do Código Civil, para uniformizar a disciplina legal da espécie.

5. Não contendo o Código Tributário Nacional regras para a aplicação transitória das suas disposições, foram suscitadas dúvidas quanto à aplicação dos artigos 173 e 174 em relação às situações anteriores à vigência da nova lei.

II — O PROBLEMA DE DIREITO INTERTEMPORAL

6. Sendo os prazos da lei anterior mais longos do que os constantes do Código Tributário Nacional, três soluções se apresentam, à primeira vista, para dirimir os eventuais conflitos de interesses:

a) aplicação da lei nova a todos os casos, fazendo-a retroagir à data do início do prazo prescricional;

b) aplicação da lei antiga a todas as prescrições que se iniciaram anteriormente à vigência da lei nova, o que importaria em ultra-atividade da lei antiga após a sua revogação;

c) aplicação da lei nova a todos os casos, a partir da data da sua vigência, ou seja, a contar de 1.º de janeiro de 1967 (artigo 218 da Lei n.º 5.172), de tal modo que, nas diversas hipóteses, somente poderiam ocorrer, a partir de 1.º de janeiro de 1972, prescrição ou decadência, em virtude das disposições do Código Tributário.

7. O próprio Código Tributário, não oferecendo um critério para dirimir as dúvidas, devemos, inicialmente, rejeitar as duas primeiras soluções propostas por implicarem, respectivamente, retroatividade da lei nova e ultra-atividade da lei antiga, que não se coadunam com as normas constitucionais vigentes e os princípios gerais do nosso direito,

a nossa tradição jurídica e as regras analógicas eventualmente aplicáveis ao caso (artigo 4.º, da Lei de Introdução ao Código Civil).

8. O princípio consagrado no caso deve, pois, ser o da aplicação imediata da lei, a partir do momento da sua vigência, de acôrdo com o que tem sido entendido pela nossa legislação, pela jurisprudência e pela doutrina, tanto nacional como estrangeira, admitindo-se como válida a terceira hipótese.

III — DO DIREITO POSITIVO

9. O princípio da irretroatividade das leis é norma constitucional reiterada nas diversas Cartas Magnas e que, atualmente, se encontra reafirmada no artigo 150, § 3.º da Constituição vigente.

Como bem salienta a êste respeito CLÓVIS BEVILAQUA, na sua *"Teoria Geral do Direito Civil"*:

"O princípio da não-retroatividade é, antes de tudo, um preceito de política jurídica. O direito existente deve ser respeitado tanto quanto à sua persistência não sirva de embaraço aos fins culturais da sociedade, que a nova lei pretende satisfazer. Como pondera Kohler: "tôda a nossa cultura exige uma certa firmeza de relações, sem o que seríamos lançados nos braços da dissolução; todo o nosso impulso, para estabelecer a ordem jurídica e nela viver, repousa na consideração de que as nossas criações jurídicas têm de perdurar".

Por isso foi bem inspirado o legislador brasileiro, inscrevendo o princípio da não-retroatividade na Constituição Federal" (CLÓVIS BEVILAQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª edição, Livraria Francisco Alves, 1929, pág. 21).

10. O artigo 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil também esclarece que:

"Art. 6.º — A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada".

11. Por sua vez, a Lei n.º 2.437, de 7 de março de 1955, que reduziu os prazos prescricionais, determinou a sua aplicação imediata ressaltando, todavia, no seu artigo 2.º, que "o disposto nesta lei não se aplica aos processos em curso".

12. Na aplicação das normas que fixaram novos prazos de prescrição e de decadência, seja interpretando o Código Civil, seja analisando a Lei n.º 2.437, de 7 de março de 1955, a jurisprudência e a doutrina entenderam sempre que os prazos passavam a fluir a partir da vigência da lei que os estabeleceu, aplicando-se a todas as situações, inclusive àquelas cujo início do prazo prescricional fôsse anterior ao novo diploma legal.

13. Já em relação ao Código Civil, merece ser salientada a lição de CLÓVIS:

“Se o prazo da lei nova é mais curto, cumpre distinguir: a) se o tempo que falta para consumir-se a prescrição é menor do que o prazo estabelecido pela lei nova, a prescrição se consuma de acôrdo com o prazo da lei anterior; b) se o tempo que falta para se consumir a prescrição pela lei anterior excede ao fixado pela nova, prevalece o desta última, contado do dia em que ela entrou em vigor.

Estas regras racionais, que se fundam no princípio de que a prescrição iniciada não constitui direito adquirido, e que, por outro lado, atendem à equidade, estão de acôrdo com os ensinamentos de Gabba, *Thoria della retroattività delle leggi*, 3.^a ed., ns. 374 e 375. Porchat, *Da retroatividade das leis*, n. 43, apóia a primeira regra, mas não faz a distinção estabelecida na segunda, salvo quando é brevíssimo o tempo que faltar para que se complete a prescrição segundo a lei antiga, caso em que prevalecerá o prazo desta. S. Vampré, *Código Civil brasileiro anotado*, no art. 167, n.º 3, adota a doutrina de Porchat. Espínola, porém, faz a distinção da segunda regra, de acôrdo com o artigo 169 da lei alemã de introdução, que estatui: Se o prazo da prescrição segundo o Código Civil fôr mais curto do que o da legislação anterior, conta-se o prazo mais curto, a partir do dia em que o Código entrou em vigor. Se, porém, o prazo mais longo determinado pela legislação anterior expirar antes de esgotado o mais curto, determinado pelo Código Civil, a prescrição se consumará com o prazo mais longo (*Breves anotações*, I, páginas 482 a 484). Semelhantemente, o Código Civil venezuelano, art. 2.063”. (CLÓVIS BEVILAQUA, *Código Civil*, vol. I, Livraria Francisco Alves, 1949, págs. 484 e 485).

14. Verifica-se, assim, que, para CLÓVIS, se aplica sempre a lei nova, salvo se a aplicação da lei anterior, com prazo mais longo, implicar a prescrição do direito antes de completado o prazo estabelecido pela lei nova.

15. Posição idêntica é, aliás, a aventada por LUIZ FREDERICO CARPENTER na sua excelente monografia referente à prescrição, quando esclarece:

“Se, contado o prazo da lei nova, do dia em que sob a vigência da lei antiga nasceu a prescrição, esta se completar no dia da vigência da lei nova ou em dia anterior, então é claro que êsse dia não poderá ser o último do prazo, porque isso seria causar uma surpresa à boa-fé do prescribente e castigá-lo com uma pena que êle nada fêz para merecer. Nesse caso a lei nova fará ao prescribente a concessão maior possível, a qual vem a ser a seguinte: o prazo da prescrição será o da lei nova, mas só se contará do dia da vigência dessa lei, e nem correrá todo se dentro dêle terminar o prazo da lei antiga, porque então o prazo da lei nova findará no mesmo dia em que findar o da lei antiga”. (LUIZ F. CARPENTER, *Da prescrição*, vol. II, 3.^a edição, Editôra Nacional de Direito, 1958, pág. 742).

16. Não diverge da opinião dominante CÂMARA LEAL que, na sua obra “*Da Prescrição e da Decadência*”, se manifesta do seguinte modo:

“Estabelecendo a nova lei um prazo mais curto de prescrição, essa começará a correr da data da nova lei, salvo se a prescrição iniciada na vigência da lei antiga viesse a completar-se em menos tempo, segundo essa lei, que, nesse caso, continuaria a regê-la, relativamente ao prazo.

Estabelecendo a nova lei um prazo mais longo de prescrição, essa obedecerá a êsse novo prazo, contando-se, porém, para integrá-lo, o tempo já decorrido na vigência da lei antiga.

O início, suspensão ou interrupção da prescrição serão regidos pela lei vigente ao tempo em que se verificarem. (ANTÔNIO LUIZ DA CÂMARA LEAL, *Da Prescrição e da Decadência*, 2.^a edição, Editôra Forense, 1959, pág. 104).

IV — DA JURISPRUDÊNCIA

17. A jurisprudência também tem entendido que deve ser aplicada, em tese, a todos os casos, a partir da sua entrada em vigor, a lei que encurta os prazos prescricionais, não atingindo, todavia, os processos pendentes e não se computando os prazos que fluíram anteriormente à promulgação do novo diploma legal.

18. Assim, a primeira turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n.º 40.972, oriundo da Bahia, em 21 de novembro de 1966, denegou o Recurso Ordinário contra decisão da 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça Baiano, confirmando assim o acórdão local que tinha a seguinte ementa:

“Prescrição. Aplicação imediata da lei. As leis que regem a prescrição são de aplicação imediata. Estabelecendo a nova lei prazo mais curto, êste começará a correr da data da sua vigência, salvo se a prescrição iniciada na lei antiga viesse a completar-se em menos tempo, hipótese em que esta continuaria a regê-la”. (Ap. *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, vol. 40, maio de 1967, pág. 472).

19. No voto que proferiu no Recurso Extraordinário acima referido, que foi acompanhado, por unanimidade, pela Egrégia 1.ª Turma, o relator, Ministro Osvaldo Trigueiro, entendeu que a decisão local se coadunava perfeitamente com a jurisprudência mansa e pacífica do Supremo Tribunal Federal.

Afirmou o Relator que:

“Assim julgando, o Tribunal *a quo* não incorreu em ofensa à lei, nem discrepou da jurisprudência predominante. Ao contrário, adotou o entendimento depois consagrado na Súmula 445, segundo a qual a L. 2.437 é aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência, salvo quanto aos processos então pendentes”. (Ap. *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, vol. 40, maio de 1967, pág. 472).

20. Verifica-se, pois, que a Súmula 445 tem o sentido de mandar correr o prazo fixado pela lei nova a partir da data da sua vigência.

Admite o Supremo Tribunal Federal uma única exceção correspondente à hipótese em que a prescrição iniciada viesse a completar-se, de acordo com a lei antiga, em menos tempo, caso em que esta continuaria a regê-la.

21. A Súmula 445 tem a seguinte redação:

“A L. 2.437, de 7-3-55, que reduz prazo prescricional, é aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência (1-1-56), salvo quanto aos processos então pendentes”.

22. Fundamenta-se a mesma em diversos julgados a que se refere, em particular, ao Recurso Extraordinário n.º 47.802, julgado em 6 de julho de 1961, e que foi publicado na Revista Forense n.º 198, página 82.

Ora, no referido acórdão, do qual foi Relator o Ministro Gonçalves de Oliveira, adota-se o princípio da aplicação imediata da lei, inspirando-se a decisão do Excelso Pretório na lição já mencionada de CARPENTER.

23. As decisões do Supremo Tribunal Federal, nos Recursos Extraordinários ns. 40.972 e 47.802, já citados, consagram, todavia, o princípio geral da aplicação imediata da lei, com uma exceção que é, como já vimos, a da manutenção da lei anterior quando a sua incidência implicaria, no caso concreto, encurtar o tempo da prescrição.

24. Assim, o Ministro Ribeiro da Costa, ao encerrar a discussão, salientou que se o prescribente já tivesse em seu favor um prazo corrido de 18 (dezoito) anos, não poderia a lei nova dêle exigir que fôsse reiniciada a contagem, devendo ser mantido o *statu quo* por mais 20 (vinte) anos, o que, na realidade, implicaria alongar para 38 (trinta e oito) anos o prazo prescricional, quando a *mens legis* é, ao contrário, no sentido de encurtar os prazos (*Revista Forense*, vol. 198 pág. 83).

V — DA LEGISLAÇÃO E DA DOUTRINA ESTRANGEIRA

25. As duas posições que encontramos na legislação estrangeira, no tocante à aplicação das normas que encurtam os prazos prescricionais, são, respectivamente, no sentido de:

- a) manter a aplicação da lei antiga para tôdas as prescrições iniciadas sob a sua vigência;
- b) aplicar a lei nova, a partir da sua vigência, a todos os casos, inclusive aos anteriores, salvo àqueles em que a incidência da lei nova implicaria alongar os prazos prescricionais fixados na lei anterior.

A primeira posição foi assumida pelo Código Civil francês, pelo Código holandês de 1807 e pelo Código português de 1869. A segunda tese se firmou no Código Civil alemão, no novo Código Civil italiano e no novo Código Civil português.

26. O Código Napoleão, no seu artigo 2.281, tem a seguinte redação:

“As prescrições começadas na época da publicação do presente título serão reguladas conforme as leis antigas. Todavia, as prescrições então começadas, e para as quais faltar

ainda, segundo as leis antigas, prazo maior de trinta anos a contar da mesma época, serão completadas por êsse lapso de trinta anos”.

No mesmo sentido se manifestou o antigo Código Civil português, no seu artigo 564:

“Art. 564. As prescrições que tiverem começado a correr antes da promulgação dêste Código serão reguladas pelas leis anteriores”.

27. Ao contrário, o direito civil alemão, que mais diretamente influenciou a elaboração do nosso Código Civil, determina, no artigo 169, da sua Lei de Introdução, o seguinte:

“As disposições do Código Civil sôbre a prescrição se aplicam aos direitos nascidos e ainda não prescritos antes da vigência do Código. O comêço, bem como a suspensão e a interrupção da prescrição se determinam, entretanto, relativamente ao tempo anterior à vigência do Código, pelas leis anteriores. Se o prazo da prescrição, conforme o Código Civil, é mais curto que consoante as leis anteriores, o prazo mais curto é contado a partir da vigência do Código. Se, no entanto, o prazo mais longo, determinado pelas leis anteriores, termina mais cedo que o mais curto, determinado pelo Código, a prescrição se completa com o expirar do prazo mais longo”.

28. A solução alemã inspirou, inclusive, o nôvo Código Civil português, cujo projeto estabelece, em seu artigo 297, que:

“A lei que estabelecer, para qualquer efeito, um prazo mais curto do que o fixado na lei anterior é também aplicável aos prazos que já estiverem em curso, mas o prazo só se conta a partir da entrada em vigor da nova lei, a não ser que, segundo a lei antiga, falte menos tempo para o prazo se completar”.

29. A posição do Código Civil alemão foi também adotada pelo artigo 252 das Disposições Transitórias referentes ao Código Civil italiano e aprovadas pelo Decreto régio n.º 318, de 30 de março de 1942, que determinou a contagem dos novos prazos a partir da vigência do *Codice Civile*, salvo se, de acôrdo com a norma da lei precedente, faltasse prazo menor para completar a prescrição.

30. Verificamos, pois, que a evolução legislativa, notadamente a de Portugal, foi no sentido de mandar aplicar a lei nova em tôdas as hipóteses, com a ressalva já assinalada.

É preciso, aliás, salientar que a própria jurisprudência francesa, em vários julgados, tem entendido que as normas que modificam os prazos prescricionais são aplicáveis a tôdas as ações nascidas antes da data da sua promulgação e ainda não prescritas (*Gazette du Palais*, 1931, 2.178), podendo a doutrina afirmar que o direito francês se orienta, assim, para o sistema do efeito imediato da lei.

31. O autor que melhor tratou da matéria nos últimos tempos é, incontestavelmente, o Professor Paul Roubier, que adota, na excelente monografia que sôbre a matéria escreveu, a posição da nossa doutrina e da nossa jurisprudência, que consiste na aceitação da tese consagrada pela legislação brasileira em outros casos.

Assim, escreve PAUL ROUBIER que:

“Dans le cas où la loi nouvelle abrège le délai requis pour prescrire, la loi nouvelle ne peut pas s'appliquer au délai en cours sans risquer d'être rétroactive, comme on l'a dit supra, p. 232, il en résulte que le délai nouveau qu'elle institue courra seulement à compter de son entrée en vigueur; toutefois, si le délai fixé par la loi ancienne devait prendre fin avant le délai nouveau décompté à partir de la loi nouvelle, on maintiendrait l'application de la loi ancienne. Il y a là un cas de survie tacite de cette loi (supra, I, p. 630), parce qu'il serait contradictoire qu'une loi, dont le but est d'abrèger la prescription, puisse aboutir à l'allonger. Cette solution a été admise dans de nombreuses législations (Landrecht général de Prusse de 1794, Pat. § 17; Pat. de promulg. du C. civ. autr. de 1811; C. Civ. saxon de 1863; Disp. trans. du C. civ. italien de 1865, art. 47; Cod. civ. allemand de 1900, Loi d'Introd., art. 169). V. aussi les décisions citées supra, n.º 92 *in fine*”. (PAUL ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps*, Librairie du Recueil Sirey, 1933, pág. 242 e 243).

VI — CONCLUSÕES

32. Pela exposição que acabamos de fazer, verificamos que, tanto as razões da política legislativa, como as normas constitucionais vigentes, a posição da nossa jurisprudência e a aplicação analógica das leis que regeram a matéria no Brasil, assim como o direito estrangeiro dos países que mais diretamente inspiraram a nossa elaboração legislativa, nos levam à conclusão necessária e incontestável de serem aplicáveis, desde

logo, a tôdas as hipóteses, os artigos 173 e 174 do Código Tributário, com uma única ressalva referente aos casos em que a aplicação da lei antiga favoreceria o devedor.

Em conclusão, entendemos que qualquer que seja o momento do início do prazo prescricional, nenhuma prescrição poderá consumir-se com base no Código Tributário (Lei n.º 5.172) antes de 1.º de janeiro de 1972, pois:

a) SE PELA LEI ANTIGA FALTAVAM MENOS DE 5 ANOS PARA COMPLETAR A PRESCRIÇÃO, CONTINUA A SER APLICADA A LEI ANTIGA;

b) SE PELA LEI ANTIGA FALTAVAM MAIS DE 5 ANOS PARA COMPLETAR O PRAZO PRESCRICIONAL, O PRAZO DE 5 ANOS PREVISTO PELO ARTIGO 174 DA LEI N.º 5.172, PARA A COBRANÇA DO DÉBITO FISCAL, COMEÇARÁ A FLUIR A PARTIR DE 1.º DE JANEIRO DE 1967.

Salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 23 de março de 1968

ARNOLDO WALD
Procurador do Estado

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 52.073/68

26.^a Câmara Criminal

Apelante: Vicente Soto

Apelado: A Justiça.

Esquartejamento. Doença mental. Responsabilidade penal.

PARECER

Egrégia 3.^a Câmara Criminal:

Examinando-se detidamente o caso dos autos, verifica-se que nada de patológico há na atitude criminosa do réu. O que existe é desvio ético, fraqueza de ânimo para vencer na vida, egoísmo, arrependimento posterior e simulação de perturbação mental.

Vamos analisar todos êsses sentimentos e comportamentos do réu.

Era casado. Tivera três filhos, todos vivos e, hoje, adultos. Enviuvando, veio a se amasiar com a cunhada, irmã da falecida. A cunhada tinha um filho menor, que também passou a viver com o réu, que o sustentava.

Eram estrangeiros e resolveram tentar a vida no Brasil. Não foi fácil. Pelo contrário: tudo concorreu para que fracassassem. Apesar de francês, o consulado não o ajudou. Sua profissão de consertador de relógios não o favorecia, porque é profissão pouco rendosa. A custo, aprendeu a língua portuguesa, e algumas lojas deram-lhe encomendas. Era do que vivia, pois não conseguiu se instalar por conta própria. Os dólares que trouxera foram-se acabando. Pouco lhe restava, a não ser a maquinaria e os instrumentos do ofício. Por outro lado, a companhia e o sobrinho estavam completamente inadaptados. Ela fazia dêle críticas acerbas (fls. 145/145-verso). O filho, macambúzio. A amásia do réu pior ainda. Que fazer? Dinheiro para recambiá-los para a Europa, não tinha. A miséria lhe batia às portas, mesmo porque a amásia não procurava colocação, exceto na tentativa de fls. 162. Em tal situação, há muito indivíduo que se suicida. E não é infreqüente o vencido pela vida se suicidar, fazendo um pacto de morte com os entes a quem sustenta.

O réu, porém, egoísta, o que fêz? Resolveu matar os dois, sem os consultar, aliviando-se, assim, de uma carga que lhe estava sendo pesada. Para tanto, o acusado escolheu um tipo de assassinato que causasse o menor sofrimento possível. Quando a amásia e o filho estavam dormindo, bateu-lhes na região temporal direita com um martelo de borracha. *Mas êle não se suicidou*, porque uma coisa são duas pessoas a lhe atrapalhar a existência, e outra bem diferente é êle ficar livre e desembaraçado para começar a vida. O caso, pois, não é de loucura mas de falta de caráter...

Quanto ao problema do ocultamento dos cadáveres, o réu os resolveu com o esartejamento dos corpos e o acondicionamento dos despojos em quatro bujões.

Depois, ou porque se arrependesse, ou porque visse que mais cedo ou mais tarde seria descoberto, entregou-se à polícia.

Fêz, então, a pormenorizadíssima confissão de fls. 16/20, testemunhada por dois jornalistas (fls. 20) e corroborada pela prova técnica, cujas fotografias de fls. 245 a 273 são de uma eloquência macabra sem par. Nessa ocasião, o réu disse que sabia do mal que praticara e que estava resignado para o que desse e viesse (fls. 12 e 20).

Mas o tempo foi se passando e, à medida em que o processo ia sendo instruído, o réu naturalmente também o era... E foi-se armando em esperto... Passou a simular loucura, a ponto de, no interrogatório em juízo, declarar que não praticara aquêles fatos (fls. 446), e que, por causa da Guerra, sofre de perturbações mentais, sendo que não viu os corpos das vítimas (fls. 446-verso). E não ficou só nisso. Querendo

iludir os peritos — e os iludiu —, declarou que não se lembra de ter esartejado (imagine-se esta mentira, depois da minuciosa confissão de fls. 16/20), e que ainda tem dúvidas quanto à sua autoria no crime (fls. 374)...!!!

E os dois peritos relatores (fls. 381) foram na onda, pois o declararam *absurdamente* incurso no art. 22 do Cód. Penal, esquecidos de que:

“Una psicosi può essere simulata o dissimulata o *pretestata* sempre sotto l’impulso di un interesse personale” (*De Sanctis e Ottolenghi in “Trattato Pratico di Psicopatologia Forense”, 1.º vol., pág. 373, Milão*).

Impressionados com o esartejamento, os dois peritos quiseram encaixar o réu, de qualquer forma, em qualquer doença mental, e o puseram, a forceps, como acometido de uma alteração psicótica da consciência.

Isto, aliás, é *comum*, quando os peritos ficam *perplexos*, o que se depreende, inclusive, da explicação de WEYGANDT:

“*Estados mentales dudosos* — El juez reclama el auxilio del psiquiatra siempre que le parece excluido un motivo normal de delincuencia y necesita una explicación psicopatológica de las oscuras relaciones que pudieran existir entre el estado psíquico y el hecho perpetrado. Recomendamos al perito que trate a toda costa de encasillar el caso en alguno de los grupos clínicos que hemos estudiado. A primeira vista parecerá difícil algunas veces tal encasillamiento; pero el análisis cuidadoso de los hechos permite descubrir casi siempre una neurosis o una psiconeurosis; otras veces es factible acomodar el caso en alguno de los infinitos grupos de caracteres psicopáticos. *Así y todo pudiera ocurrir que tropezásemos con un caso en que fracasase todo intento de clasificación clínica, particularmente de excepción transitorio en cuyo curso se ha cometido el delito*” (in “*Psiquiatria Forense*”, pág. 405, Barcelona).

Mas, se nós e os jurados compreendemos a visão algo estreita da deformação profissional dos peritos psiquiátricos, todavia não temos que lhes aceitar, de mão beijada, a falsa conclusão dos mesmos. Falsa e *contraditória*, porque eles, examinando o réu, conforme o Ministério Público e o Dr. Juiz-Pronunciante salientaram (fls. 427 e 434) — esclarecem que o “seu estado de consciência foi de *lucidez plena* (fls. 375), guardando *correta noção de tempo e espaço* (fls. 375 *in fine*),

acrescentando mais que o caso é complexo, “pois atualmente o periciado *não mostra verdadeiramente* perturbações mentais (fls. 376). Como, portanto, se classificar o caso no art. 22? Essa ilógica e anti-científica conclusão dos peritos é fruto do preconceito que o leigo em criminologia tem para o *esquartejamento*. E o brilhante CORDEIRO GUERRA explica, em trabalho que marcou época:

“Aliás é de difícil compreensão para os leigos o entendimento correntio em direito penal, que todo o delinquente é um *anômalo ético*, sem que obrigatoriamente seja um anômalo psíquico. É freqüente a confusão do conceito de responsabilidade penal com o de normalidade ética. O desvio ético revelado no próprio crime, *v.g.* no crime de estupro, indicativo de uma anormalidade evidente, não importa obrigatoriamente na irresponsabilidade penal, que só ocorre quando a anormalidade psíquica determina a inconsciência da criminalidade do próprio fato no agente. Em síntese, como já salientara Nina Rodrigues, o esquartejador defensivo é penalmente responsável, e, como tal, deve ser punido” (“*Do esquartejamento criminoso*”, in “*Arquivos do Dep. Federal Segurança Pública*”, 1951, Vol. 21, pág. 25).

^ E o réu é um esquartejador *defensivo*. O seu esquartejamento visava à sua defesa com o ocultamento dos cadáveres. E ainda é o ilustre CORDEIRO GUERRA quem elucida:

“Priour atribuiu ao medo o procedimento do esquartejador, mas DE PAROIS, refutando esse ponto de vista, aponta o interesse preponderante da impunidade como o FATOR DA MUTILAÇÃO do cadáver de suas vítimas por parte do esquartejador, porque antes de cometer o crime, os esquartejadores encararam-no, bem assim como suas conseqüências, com um sangue frio e uma calma que devem ser postos em evidência. A sua inteligência é, em geral, bastante desenvolvida e o seu espírito afasta-se da banalidade. Esquartejam e mutilam porque o processo é bom para impedir a reconstituição da identidade. Se houvesse um processo melhor para fazer desaparecer os vestígios do crime, eles o empregariam. Sem dúvida, demonstram a ausência de senso moral, mas a audácia, a malícia, as qualidades intelectuais que revelam as maquinações múltiplas que inventam para atingir seus fins, são contra-indicação do medo. Não somente eles não têm medo, como estão confiantes em si mesmo e seguros da impunidade” (obra citada, pág. 24).

Ora, em tais condições e se os jurados gozam da soberania dos seus veredictos, eles não tinham que seguir a conclusão dos peritos, tanto mais que jurado é *Juiz de fato*, e (Art. 182 do C.P.C.):

“O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo no todo ou em parte”.

No caso presente, em que houve a expressiva votação de 5 x 2, os jurados não tinham que se ater ao exagêro pericial, pois:

“a perícia é apenas uma lente que aumenta os objetos: compete ao Juiz, que tem a faculdade de se servir dela, examinar, com toda liberdade, se estão bem nítidas as imagens, que ela lhe apresenta” (BONNIER, *apud* EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, in *Código de Processo Penal Anotado*, vol. 2.º, página 257, 2.ª edição, Rio).

Antes de terminar, a Procuradoria quer acrescentar que se apóia também nas excelentes razões do culto Promotor Humberto Perri (*). Esse inteligente colega deu verdadeira aula psiquiátrica e mostrou, com argumentos científicos, que a anomalia psíquica, indicada pela perícia, não tem qualquer adequação ao réu (fls. 458/463).

Pelo total desprovimento, pois, da apelação de fls. 453/456, é o parecer.

Rio de Janeiro, 20 de maio de 1968

JORGE GUEDES

6.º Proc. da Justiça em exercício

(*) As razões acima referidas são as seguintes:

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito Presidente do 2.º Tribunal do Júri.

*Razões de apelado pelo
Ministério Público*

EGRÉGIA CÂMARA

— Não merece censura a respeitável decisão dos senhores jurados, não sendo a mesma manifestamente contrária à prova dos autos.

— Embora exista um laudo de sanidade mental concluindo pela irresponsabilidade penal do apelante ao tempo do fato, nem por isso estariam os jurados obrigados a aceitá-lo.

— O art. 182 do C.P.P. dispõe:

“O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

— Exatamente de acôrdo com a prova dos autos, entenderam os jurados de rejeitar o laudo, uma vez que não viram na ação do apelante um ato de irresponsabilidade. E assim agindo decidiram bem. Para os jurados o fato que despertou tanto interesse na opinião pública e foi objeto de intensa reportagem não poderia ficar impune.

— Aliás, são os próprios peritos que afirmam que atualmente o paciente se encontra lúcido, só ocorrendo o estado de alienação transitória na época do crime.

— Para os ilustres peritos houve um estado crepuscular histérico. O apelante teria sido acometido de uma ALTERAÇÃO PSICÓTICA DA CONSCIÊNCIA, conhecida como estado crepuscular ou REAÇÃO DISSOCIATIVA.

— Analisando-se o laudo, notamos desde logo que os peritos levaram mais de 2 anos para elaborá-lo, terminando por dizerem que o caso do paciente era complexo. Havia assim da parte dos peritos dificuldades para encontrar o tipo de doença mental que o paciente teria. Fugindo dos padrões clássicos da medicina optaram por um estado mental não muito comum, mas de possível controvérsia. Sentiu-se no laudo que os peritos se impressionaram com a atitude do apelante e procuraram ver no seu crime o de um alienado mental.

— No afã de demonstrarem a alienação do apelante, socorreram-se de uma grande obra da autoria dos renomados especialistas — NOYES Y KOLB — PSIQUIATRIA CLÍNICA MODERNA. Pois bem. Foi baseado nesses mesmos autores que o Ministério Público entendeu de contrariar os respeitáveis peritos, mostrando que, embora exista o estado descrito pelos facultativos, a verdade é que o mesmo não se applicava ao apelante. Correta a descrição da doença inapplicável ao apelante.

— A insegurança dos peritos tornou-se maior quando afirmaram que, em princípio, chegaram a admitir que o apelante teria cometido o crime como expressão de PSICOSE MANÍACO-DEPRESSIVA, na sua fase melancólica. Se assim fôsse estaria contrariada a irresponsabilidade total do paciente, sendo de se aceitar, apenas, a sua semi-responsabilidade. Não seria o apelante um insano, apenas um psicótico (art. 22 § único do C.P.).

— Voltando a NOYES Y KOLB, com apoio nêles, verificamos que a descrição se ajustava à do apelante. Partindo de uma premissa falsa, viram no apelante um estado crepuscular. Entretanto NOYES Y KOLB afirmam que no estado crepuscular, quando o paciente acorda de seu estado onírico ou de fuga, não se recorda ou quase nada se lembra do que ocorreu durante aquêlê lapso. Daí a afirmação de que

partiram de uma premissa falsa, pois, para os peritos, o apelante lhes afirmara que não se lembrava do fato praticado ou pouco se lembrava. Aceitando o ponto inicial de partida viram um lapso na vida do apelante durante o qual praticara o violento crime. Entretanto, nada mais errôneo. Após o crime, o apelante de tudo se recordava e com tais minúcias que chegou a elaborar um “croquis” de seu apartamento mostrando à Polícia o local exato onde estariam os corpos. O seu interrogatório na Polícia Central desceu a tantos detalhes que os policiais não tiveram o menor trabalho em solucionar por completo o rumoroso caso.

E mais, praticado o crime, desceu à portaria de seu edifício e pediu ao porteiro *fichas de saída*, preenchendo-as e afirmando que sua mulher e o enteado já haviam viajado para a Europa. Pensou o apelante em todos os detalhes visando ao crime perfeito. Sentindo a dificuldade de se livrar dos corpos, foi à Casa da Borracha, chegando inclusive a *discutir preço*, a respeito dos botijões onde encerraria os corpos dilacerados. O ato de esquartejar se deveu única e exclusivamente à intenção de desaparecer com a materialidade do crime, pois, no seu entender não haveria crime sem cadáver.

— Na obra citada NOYES Y KOLB ensinam: “El trastorno conocido como estado onírico o “estado crepuscular” presenta un complejo sintomático similar pero más exagerado. Este trastorno no surge de afecciones toxicoorgánicas, como en el delirio, sino que es de origen afectivo o de otro tipo psicógeno. La conciencia habitualmente está trastornada y *en algunos casos está tan obnubilada o confusa que o paciente no se da cuenta de lo que en realidad lo rodea*. Aparecem alucinationes visuales y auditivas en respuesta a las cuales el paciente ejecuta actos complicados, como huir o cometer actos de violencia. *Cuando se recupera la conciencia normal el paciente relata que durante el estado crepuscular sintió como se estuviera soñando y RECUERDA MUY POCO O NADA DE LO QUE SUCEDIÓ EN ESE LAPSO.*

La mayor parte de los estados oníricos aparecen en las reacciones dissociativas y en la epilepsia (Psiquiatria Clínica Moderna — fls. 105).

— E o apelante? Por acaso agindo como agiu antes, durante e após o crime, estaria nesse estado onírico? Como pôde recordar-se até do lado escolhido para dar o golpe com o martelo de borracha?

“que com muita pena não teve outra alternativa senão a de dar com o martelo procurando a tẽmpora direita, região que sabe ser mortal, rápida e sem dor ... (fls. 18).

— Tudo está a evidenciar que o apelante após meditar na prisão resolveu cair no esquecimento, chegando a dizer no dia do julgamento que não praticou os fatos narrados na denúncia.

— Ainda sobre o laudo. Afirmaram os peritos;

“Concluimos que à época do crime Vincent Soto foi acometido de uma alteração psicótica da consciência, conhecida como ESTADO CREPUSCULAR ou ESTADO DISSOCIATIVO”.

— Ainda com apoio em NOYES Y KOLB o que vem a ser a reação dissociativa? As reações dissociativas se caracterizam, às vezes, por sintomas mentais que implicam transtornos de consciência, os quais podem tomar a forma de estupor ou de diversos tipos de estado crepuscular (fls. 378). Na obra citada, no capítulo dos transtornos de consciência, encontramos: CONFUSIÓN. OBNUBILACIÓN DE LA CONCIENCIA. Delirio. ESTADOS ONIRICOS Y DE FUGA. ESTUPOR. E o que vêm a ser esses estados?

Confusion: La confusión es un trastorno de la conciencia caracterizado por alteración del sensorio, dificultad para daptar, atolondramiento, perplejidad, desorientación, trastornos de las funciones asociativas y pobreza de ideas (ob. cit. fls. 103).

— Será o caso do apelante? Tinha êle pobreza de idéias? Pois o que ocorreu foi exatamente o contrário. Idéias teve êle até demais, engendrando um plano com detalhes.

Obnubilación de la conciencia:

La obnubilación de la conciencia es un trastorno en el cual la función mental no es clara por completo, habitualmente porque hay trastornos físicos o químicos que producen una alteración funcional de las vías de asociación del cerebro. Se altera la capacidad de pensar con claridad y con la rapidez acostumbrada, de percibir, de responder a los estímulos habituales y de recordarlos. Para hacer que el paciente comprenda una pregunta, *es necesario sacudirlo, gritar la pregunta y tal vez repetir este procedimiento varias veces antes de que el capte lo suficiente para responder.* (obra citada — fls. 103) (grifei).

— Teria o apelante quando da ocasião do crime este transtorno? E o delírio?

Delírio:

Debe mencionarse el complejo sintomático denominado de lírio, aun cuando implique *mucho más* que un trastorno de la conciencia. (obra citada) grifei.

Se o delírio verdadeiramente é muito mais que um transtorno de consciência, não há necessidade de maiores indagações. Finalmente o estupor.

Estupor:

El estupor puede aparecer en muchos padecimientos físicos y mentales, como, por ejemplo, estados tóxicos, enfermedades orgánicas del cerebro, apatía intensa, depresión profunda, bloqueo epilepsia y en la reacción disosiativa producida por el miendo incontrolabe. EL PACIENTE NO SE MUEVENNI en el ESTUPOR TOXICOORGANICO NI EN PSICÓGENO. (obra citada fls 106).

Como se observa então, ao se falar em transtornos de consciência, não se pode aplicar o caso ao apelante. Segundo os peritos, o apelante teria passado por um tipo de transtorno de consciência mais conhecido por estado crepuscular, entretanto, conforme já ficou provado, o estado onírico ou estado crepuscular tem características que em absoluto se aplicam ao estado em que o apelante se apresentou durante e após o crime. Finalmente, ainda citando NOYES Y KOLB, no capítulo das reações dissociativas, temos o seguinte:

“Una vez que termina la fuga, el paciente puede tener una amnesia completa respecto a sua jornada, A MENOS QUE SE RESTITUYA LA MEMORIA POR MEDIO DE HIPNOSIS O POR OTROS MEDIOS FÍSICOS” (fô-lhas 512).

— E teve o apelante uma amnésia completa ou quase completa após o crime ou ocorreu exatamente ao contrário, narrando o mesmo, inclusive com indicações e gráficos?

— Foi por tudo isto, nobres Desembargadores, que ousamos, na nossa ignorância a respeito de tão importante e difícil estudo, discordar dos insígnies peritos, sustentando perante o Júri a responsabilidade penal, máxime, quando os próprios médicos afirmaram que, quando por ocasião da perícia médica, o apelante se apresentou em bom estado, completamente lúcido, o que vale dizer, bom. Se está bom, poderá ir para o Manicômio Judiciário? Qual a medida de segurança que lhe será aplicada? Ficará o apelante solto após crime tão revoltante ou sua apenação é medida de inteira justiça?

Ex-positis espera o M.P. que a Egrégia Câmara, revendo o processo, negue provimento à apelação interposta porque, assim o fazendo, estarão agindo com tôda,

JUSTIÇA !

Rio de Janeiro, 31 de março de 1968.

HUMBERTO P. PERRI

(Promotor em exercício no 2.º Tribunal do Júri)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO NA APELAÇÃO CÍVEL N.º 57.436

Recorrente: Estado da Guanabara

Recorrido: Espólio de C.A. de S. Palhares

Inadmissibilidade do recurso. Inocorrência da argüida negação de vigência a textos legais e ao art. 150, § 3.º, da Constituição do Brasil, porém, sua razoável interpretação, ao abrigo do Registro 400, da Súmula. Dissídio jurisprudencial também inexistente: hipóteses diversas ou calcadas em outras razões (Registros 283 e 284, da Súmula), sendo inaplicável ao caso epígrafado o Registro n.º 416, da Súmula, que se refere a ação de desapropriação finda.

PARECER

Recurso extraordinário tempestivo (art. 32 do C.P.C. c/c o artigo 1.º do D.L. 7.659/45) pretendido com base nas letras “a” e “d” do permissivo constitucional.

Relativamente ao primeiro suporte não tem razão a recorrente quando argúi a *negação de vigência* (nova conceituação constitucional) por parte do R. acórdão recorrido, relativamente aos arts. 287 do C. P. C. e 150, § 3.º da Constituição vigente, ou seja, teria havido ofensa à coisa julgada bem como ao art. 1.061 do Código Civil (prefixação legal das perdas e danos nas dívidas *pecuniárias*).

Argumenta a Recte., então, que a sentença prolatada em desapropriação transforma a preexistente dívida *de valor* em *dívida pecuniária*

e que, à luz do art. 1.061 citado, as perdas e danos nas *dívidas pecuniárias* se traduzem, somente, nos juros moratórios.

Inicialmente cumpre salientar que, independentemente da conceituação da dívida como *de valor* ou *pecuniária*, a Lei n.º 4.686, de 21-6-65, veio permitir a atualização do *praetium rei* até o efetivo pagamento. Oportuna, outrossim, a lição de GIORGI: — “quando o devedor, por tornar-se moroso, causa ao credor outro dano, que não o comum, presumido pela lei e coberto pelos juros da mora, *impõe-se um ressarcimento mais amplo*” (Rev. Trib. Jur., X, pág. 424 — o grifo é nosso).

Esclarece A. AMORTH (Rev. Dir. Adm., LXX/64), porém, que os defensores do débito pecuniário por parte do poder expropriante são os que ainda vêem na desapropriação uma compra e venda forçada, “concepção ultrapassada”, como assevera PONTES DE MIRANDA (Tratado de Dir. Privado, XIV, § 1.609, 5, 152).

Salienta ainda PONTES DE MIRANDA (obra citada, § 1.625) que a sentença que fixa o *praetium expropriationis* não é de condenação, pois o Juiz não condena o expropriante a pagar, apenas arbitrando a indenização que precederá a desapropriação, ressaltando ALCINO PINTO FALCÃO (Rev. Jur. do Trib. de Justiça, vol. IX, 2.ª C. Cível) que, mesmo após a afixação do preço da desapropriação e do trânsito em julgado da sentença, pode o expropriante desistir da desapropriação...

Exigindo a Constituição a prévia e justa indenização antes de perder o expropriado, em definitivo, a *possessio rei*, de modo a não sofrer diminuição no seu patrimônio, parece-nos que a única interpretação consentânea seria considerar *de valor* a dívida do expropriante.

Disse ARNOLDO WALD (Aplic. Teor. Div., ed. 1958, pág. 67): “A exceção de coisa julgada não se aplica às dívidas de valor, já que estas só perdem o seu caráter após o pagamento... Podemos assim afirmar que, nas dívidas de valor, não transita em julgado o *quantum mone-tário*...”

Ainda com o advento da Lei n.º 4.686, de 21-6-1965, se não ficou expresso ser de valor a dívida, até o pagamento, outra interpretação não se coadunaria com o entendimento do legislador de que somente é atual o arbitramento que não datar de mais de ano.

Conseqüentemente, não negou o R. acórdão recorrido vigência aos dispositivos mencionados, antes dando-lhes a mais razoável interpretação, ao abrigo da Súmula, Registro 400.

Por outro lado, sustenta o Recorrente que o V. acórdão recorrido se pôs em divergência com as vs. decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal, citadas às fls. 143 a 145, que não admitem a correção monetária até o efetivo pagamento por entender que: “pela demora no pagamento do preço da desapropriação não cabe indenização complementar além dos juros” (Súmula n.º 416).

Não lhe assiste, porém, razão.

Com efeito, as hipóteses trazidas a confronto são dessemelhantes à dos autos, senão vejamos:

Em primeiro lugar é de ressaltar que o Recorrente cita em suas razões (fls. 142), por equívoco, como sendo a ementa do v. acórdão recorrido uma decisão que não foi a proferida nestes autos.

O julgado recorrido proclamou o seguinte:

“Ação ordinária de indenização. Arguição de coisa julgada em face da sentença proferida na ação de desapropriação. Rejeição do argumento, eis que só com o pagamento ou consignação se completa o processo expropriatório” (fls. 127).

Assim, não existe o dissídio jurisprudencial alegado pelo Recorrente porque:

O Recurso Extraordinário n.º 50.840, citado a fls. 143, se baseia em mais de um fundamento para concluir pela improcedência da ação, calando-se no fato de que:

“tanto mais quanto a demora do pagamento não era imputável à expropriante”.

É, pois, de aplicar a Súmula n.º 283.

Recurso Extraordinário n.º 52.226, citado, também, a fls. 143:

A hipótese trazida a confronto é diversa da dos autos. O v. acórdão se refere a uma ação de perdas e danos enquanto aqui se trata de uma ação ordinária visando à atualização do preço da indenização expropriatória. Logo, é de aplicar a Súmula sob n.º 284.

O caso que mais se avizinha ao dos autos é o indicado a fls. 144. de uma decisão proferida em 13-7-67, mas que, também, é diferente porque, naquele caso, o valor da indenização já havia sido fixado definitivamente, a conta levantada e homologada e o preço já depositado antes do advento da Lei n.º 4.686, o que não ocorre neste processo, cuja conta ainda não foi levantada, estando, portanto, o processo pendente, não se podendo falar que ele já esteja findo, insuscetível de receber a disciplina da nova lei.

Por igual, não há que falar em divergência jurisprudencial com a Súmula sob n.º 416, porque a mesma considera que a atualização do preço constitui ofensa à coisa julgada se a ação de desapropriação se acha finda, o que não ocorre no caso dos presentes autos.

Rio de Janeiro, setembro de 1968.

ROBERVAL CLEMENTINO COSTA DO MONTE
Assistente do Procurador-Geral

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 63.055

(Guanabara)

Relator: Exmo. Sr. Ministro Cândido Mota Filho (Ministro Rafael de Barros Monteiro).

Recorrentes: João Char Cury e outros

Recorridos: Ana Salomão Cury e outros

Regime de bens de sírios casados, na Síria, na Igreja dos Melkitas Católicos Orientais é o da comunhão.

PARECER

I. Rattar Salomão Cury, nascido em Laloula, Síria, a 14-9-1874, casou-se naquele local, em 1902, com sua patricia Afife Chaer Cury, nascida também ali, em 18-11-1886, casamento êsse realizado na Igreja Católica, do rito Melkita, religião a que ambos pertenciam (doc. fls. 21), sendo o regime normal, de tal casamento, o da comunhão de bens (fô-lhas 161 e 179).

II. Logo depois, os contraentes vieram para o Brasil, onde se radicaram, adquiriram bens e aqui o cônjuge varão veio a falecer em 10-11-1952, com 78 anos, deixando a viúva e oito filhos do casal, todos maiores.

III. Antes de falecer, em 16-9-1952, o cônjuge varão fêz testamento, deixando a metade disponível de sua legítima, para sua espôsa, cabendo a outra metade da herança aos seus oito filhos aludidos (doc. 13 do processo apenso).

IV. Induzidos por terceiros interessados, que lhe afirmavam não ser o seu casamento religioso, na Síria, válido no Brasil, os contraentes, que eram analfabetos, realizaram novo casamento perante Juiz brasileiro, em 22-10-1952, já aqui pelo regime de separação de bens, dada a avançada idade dos contraentes (arts. 258, Parágrafo único n.º II do C.C.), êle, então, com 78 anos e ela, com 66 (doc. fls. 213).

V. Pouco depois dêsse segundo casamento, faleceu o cônjuge varão em 10-11-1952, e a testamenteira, filha do *de cujus*, pediu a abertura do inventário respectivo, sendo ela inventariante, por ser a viúva meeira analfabeta e concordar com o pedido (fls. 2 e 11).

VI. Processado o inventário e verificado que o primeiro casamento dos contraentes, realizado pelo rito católico Melkita, na Síria, era válido, portanto, reconhecível no Brasil, e sendo o regime daquele casamento o da comunhão de bens, o Juiz do inventário deixou de reconhecer efeito ao segundo matrimônio, principalmente quanto ao regime de separação, pois êste segundo casamento fôra realizado no Brasil, por superfetação, devido à ignorância dos nubentes, que, além de anciãos, eram analfabetos.

Por isso o Dr. Juiz do Inventário mandou proceder à partilha, atribuindo à meeira, conforme a cláusula testamentária, a metade disponível da legítima do *de cujus*, dividindo a outra metade entre os filhos do casal.

VII. Esta partilha foi impugnada apenas por dois herdeiros, os recorrentes, que pretendiam ser o casamento religioso de seus pais, realizado em 1902, na Síria, com separação de bens, conforme o rito muçulmano, que aludiam seria obrigatório para todos os sírios, embora os seus referidos pais fôsem católicos e não muçulmanos e houvessem casado em 1902, quando não havia qualquer codificação do direito civil sírio, cujo direito privado só se codificou em 1949.

VIII. Mas tal pretensão, dêsses dois únicos herdeiros dissidentes, contra a meação e herança testamentária de sua mãe anciã, não foi aceita, porque, no campo do Direito Privado, na Síria, até 1949, regia o direito consuetudinário e, destarte, prevalecia, no casamento, o regime de bens da comunidade religiosa a que pertenciam os nubentes. Assim, o direito muçulmano, no território sírio de então, só era aplicável aos fiéis da religião islâmica e não aos cristãos e israelitas, que em matéria de regime de casamento eram submetidos ao direito próprio e usual de sua comunidade religiosa.

IX. Em face disto o esboço da partilha do inventário foi homologado pela decisão de fls. 215, tudo de acôrdo com o que já fôra objeto de estudo e aprovação, aliás sem qualquer recurso (fls. 191v.).

X. Dessa decisão apelaram os recorrentes para o Tribunal de Justiça da Guanabara, que, de acôrdo com erudito, minucioso e brilhante Parecer da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado (fls. 255-263) da lavra do douto Procurador da Justiça, Dr. Paulo Dourado de Gusmão, por unanimidade de votos (fls. 268-272) negou provimento ao apêlo.

XI. Irresignados os recorrentes, interpuseram recurso extraordinário contra êsse acórdão, não admitido pelo fundamentado despacho de fls. 298-301, do Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça da Guanabara.

Mas como houve agravo dêsse despacho, provido apenas para melhor exame (decisão de fls. 80 do proc. anexo-Ag. Int. n.º 38.702), subiram os autos para apreciação e julgamento da Egrêgia Turma.

XII. Somos pelo não conhecimento do recurso. A subida dos autos apenas veio demonstrar o acêrto do despacho agravado, quando quis evitar trabalho a êste Colendo Tribunal Supremo, de conhecer recurso extraordinário de todo incabível.

Realmente, o que fêz a decisão malsinada, foi apreciar soberanamente a prova dos autos e comprovando, por esta, que o *de cujus* era casado religiosamente na Síria, em 1902, antes portanto da vigência do artigo 8.º da antiga Lei de Introdução, verificando também que se tratava de casamento de católicos pelo rito católico, perante autoridade eclesiástica católica, na Síria, em 1902, quando o regime de bens do casamento era determinado pela comunidade religiosa a que pertenciam e perante

quem se casavam os nubentes; apurando tudo isto, em face da prova dos autos, reconheceu a validade do casamento religioso do *de cujus* e aplicou o regime de bens a que tal casamento conduzia.

XIII. Pretendem os recorrentes que todo casamento realizado então, na Síria, teria de obedecer ao rito muçulmano, mas é vidente que tal pretendimento é inaceitável, não só porque contraria a lei costumeira aplicável à espécie, como se anteporia à doutrina uníssona e uniforme de que os casamentos religiosos nos países conquistados pelo império otomano obedeciam ao estatuto pessoal da comunidade religiosa a que pertenciam os nubentes e perante quem se casavam.

XIV. Alegam ainda os recorrentes que além da infringência ao art. 8.º da antiga lei de Introdução que estabelecia:

“A lei nacional da pessoa determina a capacidade civil e o regime dos bens do casamento.”

a decisão malsinada teria entrado em testilha com o acórdão do Rec. Extr. n.º 3.805, in *Rev. de Direito*, vol. 137-203, que estabelece:

“Deve ser aplicada a lei síria, segundo a qual o regime é de completa separação”.

XV. Mas o acórdão trazido em colação não serve para provar dissídio jurisprudencial, porque apreciou e decidiu matéria diversa de acórdão malsinado.

Enquanto o primeiro decidiu que “aos sírios, casados civilmente no Brasil, já na vigência da antiga Lei de Introdução, se applicava, de acôrdo com o art. 8.º desta, o regime da lei síria, da época, que era o da completa separação”; o segundo, proferido na espécie *sub judice*, decidiu que em casamento de sírios que não se realizou no Brasil, perante autoridade civil, nem na vigência da antiga Lei de Introdução, mas em casamento que se realizava na Síria, perante autoridade eclesiástica católica, em 1902, quando no Brasil, regulava o regime do Decreto número 3.084, de 5-10-1898, se applicava o regime da comunidade religiosa a que pertenciam e pela qual se consorciaram.

XVI. Pela forma pretendida pelos recorrentes, os católicos ou cristãos, naqueles países que na época da dominação otomana, antes da Codificação de 1949, casassem religiosamente perante o credo religioso a que pertenciam, ficariam sujeitos às normas seguidas pelas comunidades muçulmanas. Então haveria casais católicos e cristãos, não só sujeitos à lei do repúdio, como ainda, teríamos o marido com direito de casar com mais de uma espôsa, desde que a pudesse sustentar, como dispunha a lei muçulmana, em sentido absolutamente contrário aos costumes e até mesmo aos princípios do casamento católico, monogâmico e indissolúvel.

XVII. Foi, justamente, atentando para a disparidade dos costumes e princípios entre as comunidades religiosas dos povos que dominava, que o império otomano adotou uma norma de sabedoria, mais que de tolerância, para lhe favorecer na expansão e conquista desses povos, como aludem Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde e Martin Wolff, "Traité de Droit Comparé, vol. III, n.º 998-403".

Por isso ensina o autorizado Prof. René David:

"Chrétiens des différents rites catholiques ou orthodoxes, et Israélites, sont soumis, pour ce qui concerne leur statut personnel, leur droit propre dans l'Egypte, la Syrie ou le Pakistan" (*Droit Civil Comparé*, ed. 1950, pág. 348 nota 1).

Da mesma forma demonstrava Pillet:

"La loi civile de l'empire ottoman étant de nature purement religieuse, ne peut pas s'étendre aux chrétiens qui habitent cet empire, même s'ils sont sujets du Sultan" (*Traité Pratique de Droit International Privé*, tomo I, pág. 525).

E, finalmente, como esclarece o Prof. Nicolau Nazo, em caso que se aplica como uma luva à espécie *sub judice*:

"De acôrdo com as normas que regem o direito de família das *pessoas de nacionalidade síria*, a lei reguladora do "casamento e da dissolução da sociedade conjugal é determinada não pela nacionalidade ou pelo domicílio, mas pela comunidade religiosa a que pertenciam os interessados". (Rev. For. vol. 191-78).

XVIII. Inexiste, portanto, o dissídio jurisprudencial invocado com o acórdão trazido em colação, pois ali se afirma que aos sírios, casados pela lei muçulmana ou a ela sujeitos, o regime que se aplica é o de separação, porém não se afirma, nem seria possível afirmar, que sírios não muçulmanos, porém cristãos, casados em 1902, perante autoridade católica, da comunidade religiosa Melkita a que pertenciam os nubentes, se aplicaria o direito islâmico, de separação, do repúdio e da bigamia. Tal afirmativa seria um absurdo.

XIX. Alegam ainda os recorrentes que o acórdão malsinado teria desatendido ao art. 466 do C.P.C. que estabelece:

"O Juiz poderá decidir no inventário quaisquer questões de direito e de fato fundadas em prova documental inequívoca, remetendo para as vias ordinárias as de maior indicação,"

acrescendo que, deixando de aplicar tal princípio, o acórdão malsinado dissentira de outro sobre espécie igual da 2.^a Turma do Supremo Tribunal, coletado por Alexandre de Paula, vol. 6-1964.

XX. No entanto, como o próprio artigo invocado esclarece, o Juiz do inventário *não está obrigado* a decidir, nesse processo sumário, questões para que lhe pareçam necessárias uma maior indagação, mas *poderá decidi-las* se achar a prova documental inequívoca.

Isto não ocorreu na espécie.

Aos recorrentes parece que o *de cujus* só quis deixar à sua dedicada companheira de vida conjugal, de mais de cinquenta anos de casados, apenas a meação a que ela teria direito.

No entanto, ao Juiz pareceu, e isto está escrito no testamento, que ele lhe deixava também, além da meação a que tinha lídimo direito, mais a metade da legítima de que livremente poderia o *de cujus* dispor.

Na difícil prescrutação da verdadeira vontade do testador, estaria certo o Juiz, ou estariam certos os filhos que recusavam à sua própria mãe, velhinha, aquilo que a letra do testamento indicava?

O Juiz, diante dos termos do testamento, mandou os recorrentes para o Juízo ordinário, onde poderiam provar, ou não, o que pretendiam a respeito dessa intenção do testador.

Inexiste aí desatenção ao disposto no art. 466 do C.P.C., mas, ao contrário, perfeita adequação e cumprimento àquilo que tal dispositivo contém:

“remetendo para as vias ordinárias (as questões) de maior indagação.”

Igualmente não há dissídio com o acórdão trazido em colação, porque êste não decidiu que o Juiz, tendo dúvidas e não achando suficientemente provadas as questões de direito e de fato, deva decidi-las no processo célere do inventário, mas só aquelas cuja prova documental lhe pareça inequívoca.

XXI. Finalmente, alegam os recorrentes que, havendo os seus pais casado no Brasil pelo regime de separação, deveria ser atendido êsse regime e não o da comunhão do seu casamento religioso na Síria.

Entretanto, não esclarecem os recorrentes que êsse regime de separação do casamento dos seus pais, no Brasil, não foi o regime livremente querido por êles, porém, o regime a que obrigados pela lei brasileira, por serem maiores de 60 anos (art. 288, n.º II, do Código Civil), em cuja lei o *de cujus* só procurou agasalho, porque foi erroneamente induzido na falsa persuasão de que seu casamento religioso na Síria não seria reconhecido no Brasil.

Ora, se o *de cujus* e sua viúva já eram casados, desde 1902, na Síria, pelo regime de comunhão de bens, o segundo casamento, inócuo, que foram induzidos a contrair novamente no Brasil, mais de 50 anos de-

pois de legitimamente casados, não poderia prevalecer para separar uma comunhão de bens, de direito e de fato, que já permanecia por mais de meio século.

Tal casamento como efeito moral era contraproducente e como efeito civil era supérfluo. O Juiz do inventário não podia, destarte, lhe dar importância maior da que lhe deu; desconheçê-lo era a solução adequada.

E, assim decidindo, o Juiz do inventário procedeu com acêrto e justiça, máxime porque deixava aberta a “via larga” do processo ordinário aos inconformados, relevando notar que êles próprios já se encaminharam para essa “via ampla”, como comprova a certidão de fls. 347.

Em face do exposto, somos pelo não conhecimento do recurso extraordinário, interposto pelos filhos do *de cujus* João Char Cury, e mais dois, contra sua mãe Afife Char Cury e sua irmã Ana Salomão Cury e outros herdeiros do Espólio de Rattar Salomão Cury. Mas, se conhecido fôsse o recurso, não merecia provimento. Ressumbra dos autos a evidência do acêrto do acórdão malsinado, que não malferiu dispositivo de lei nem entrou em testilha com a jurisprudência, ao decidir, em face da prova dos autos, e acertadamente, que o regime de bens de sírios casados só religiosamente, na Síria, em 1902, na Igreja dos Melkitas Católicos Orientais, é o da comunhão de bens e não o da separação. Realmente, êste último regime, à época, só era obrigatório para os mulçumanos, e não para os cristão e judeus. Também ressalta a evidência do acêrto em decidir que seria imprescindível a propositura da ação própria para cancelar legado, por imputação de êrro essencial, não se podendo fazer, como pretendem os recorrentes, sem provas robustas e incontrovertidas. No processo singelo do inventário não seria possível, só no ordinário.

Ao contrário, assim decidindo, o malsinado acórdão recorrido respeitou a lei, afinou com jurisprudência, atendeu ao Direito e fez Justiça.

Brasília, 9 de novembro de 1967.

CUSTÓDIO TOSCANO
Procurador da República

Aprovo:

Prof. Haroldo Valladão
Procurador-Geral da República

DO DESARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL

Sumário : 1 — A questão: ação penal sobre inquérito desarquivado — Acórdãos do Supremo Tribunal Federal e votos dos Ministros HERMES LIMA, NUNES LEAL, RIBEIRO DA COSTA, HAHNEMANN GUIMARÃES e GONÇALVES DE OLIVEIRA

VEIRA. 2 — *Pensamento anterior, dos Ministros OROZIMBO NONATO e PEDRO CHAVES.* 3 — *Viabilidade do desarquivamento: o ponto no então Tribunal de Justiça do Distrito Federal e no atual Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara: votos dos Desembargadores EURICO PAIXÃO, DIDIER FILHO e MURTINHO PINHEIRO.* 4 — *A questão no Tribunal de Justiça de São Paulo e no Tribunal de Alçada — divergências.* 5 — *Na doutrina: VICENTE DE AZEVEDO e WALTER ACOSTA.* 6 — *Os arts. 18 e 28 do Código de Processo Penal. A opinião de SERRANO NEVES.* 7 — *Outros textos legais: O Código de Organização Judiciária do Distrito Federal — hoje do Estado da Guanabara; o Código do Ministério Público de Minas Gerais; o Código do Ministério Público do Estado da Guanabara.* 8 — *O poder de correição da Procuradoria-Geral: vigilância, fiscalização da aplicação da lei. A lição de CRISÓLITO DE GUSMÃO.* 9 — *O desarquivamento e o princípio da indisponibilidade da ação penal pública. Os arts. 5.º, 6.º, 17, 40, 25, 42 e 576 do Código de Processo Penal.* 10 — *O artigo 29 do Código: ação subsidiária negada: acórdão do Supremo, com relatório do Ministro EVANDRO LINS. A questão na 1.ª Conferência de Desembargadores.* 11 — *Os direitos do indiciado no inquérito e com o arquivamento. Conclusões.*

1 — O Colendo Supremo Tribunal Federal, em reunião plenária, de 1.º de abril de 1964, relatando o Exmo. Sr. Ministro HERMES LIMA, entendeu, ao julgar o recurso de “h.c.” n.º 40.421, que inquérito policial não será de “desarquivar pelo Procurador-Geral sem novas provas”. Em consequência, cassou-se, na espécie, sentença já condenatória, proferida em processo iniciado por denúncia que “não acrescentou qualquer testemunha além das pessoas ouvidas no inquérito arquivado”, não havendo outros e “novos elementos de convicção para desarquivamento”.

A tese que vingou é a mesma do recurso extraordinário n.º 51.251, no relatório do Exmo. Sr. Min. VITOR NUNES LEAL, e do de n.º 53.159, já aqui vencidos os Exmos. Srs. Mins. RIBEIRO DA COSTA e HAHNE-MANN GUIMARÃES. Os textos podem ser vistos, com mais detalhes, na “Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal”, ns. 8-173, 3-141 e 4-176. E nem discrepou o julgamento do “h.c.” n.º 42.015, de 19 de maio de 1965, com relato do Exmo. Sr. Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA. “Revista Trimestral de Jurisprudência”, n.º 33/618, onde ficou dito incisivamente: “iniciou-se com nulidade substancial: o processo estava arquivado e, sem novos elementos, a ação penal se instaurou, por denúncia do Ministério Público”, depois de ato do Procurador.

As decisões são o próprio *retrato* da questão em estudo.

2 — Indago, em primeiro lugar, se o decidido tem sabor de novidade. Vale dizer: foi sempre — a mesma — a solução que o Excelso Pretório deu à controvérsia?

A resposta é *negativa*, o que anima o intérprete a discordar. Só assim, tal o respeito a que nos sentimos obrigados diante da Alta Jurisprudência que, amanhã, pode ser cristalizada na Súmula.

Por exemplo, em 30 de agosto de 1950 (“Revista Forense”, vol. 138, págs. 216-219), o Exmo. Sr. Ministro OROZIMBO NONATO, relator do recurso de “habeas-corpus”, n.º 31.364, tinha a oportunidade de afirmar que “... o Ministério Público não fica vinculado a esse despacho...” — o de arquivamento — “para o efeito de oferecer denúncia, se mudar de opinião quanto à base que o inquérito fôsse oferecer para instaurar a ação penal.”

O voto, exaustivo e duto, frisou, à ocasião, que à própria autoridade policial se reserva o direito de pesquisar mais para apurar os fatos, quando já arquivada a primeira investigação — art. 18 do Código de Processo Penal, não se podendo, pois, ter como prêso o M. Público. Dizendo, ainda, da “verdadeira natureza do despacho de arquivamento, que não põe fim à ação penal e nem atinge a punibilidade...” que é, êle, “meramente administrativo e não origina *res judicata*”, insistia o Min. Nonato em que “êle não fixa situação definitiva”.

Na “Revista Trimestral de Jurisprudência”, vol 32-604-6, encontra-se outro V. aresto, de 18 de novembro de 1964, relator o Exmo. Sr. Min. PEDRO CHAVES, com os seguintes textos: “o desarquivamento de inquérito policial não constitui constrangimento ilegal”, da *ementa* e do voto: “... a Procuradoria deu parecer, opinando fôsse o inquérito restituído ao Promotor, a fim de que apresentasse denúncia”.

À guisa de conclusão, afirmou o Min. CHAVES:

“penso que não há ilegalidade nenhuma...”

Não — não era o atual entendimento da Alta Côrte.

3 — O então Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por sua Egrégia 3.ª Câmara, em 28 de junho de 1951, relatando o Exmo. Sr. Des. EURICO PAIXÃO — “Revista Forense”, vol. 144-456, entendia que “pode o Procurador-Geral, de ofício, ou mediante representação do órgão do Ministério Público ou de interessado, promover o desarquivamento...” tendo o R. acórdão tópico marcante... “ainda que sem novas provas do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara: “arquivado o processo pelo juiz tendo em vista o parecer de um membro do M. Público, nem por isso deve considerar-se exaurida a atividade do Ministério Público, de vez que o respectivo chefe pode avocar o processo e reexaminá-lo” — cfr. “Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal”, n.º 9, página 174, ac. da Alta 2.ª Câmara, Exmo. Sr. Des. DIDIER FILHO. Veja-se, também, mais e ainda, o seguinte trecho do V. aresto da 1.ª Câmara Criminal, em 19 de novembro de 1962, relatando o Exmo. Sr. Des. MURTINHO PINHEIRO: “E, mesmo arquivamento tivesse havido, não é isto uma forma de extinção da ação penal. Uma vez não prescrita a mesma, com ou sem novas provas, o Ministério Público sempre pode

retomar a iniciativa que a lei lhe dá” — (“Revista dos Tribunais”, volume 330, pág. 769).

4 — É verdade que no conspícuo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, *Revista dos Tribunais*, vol. 310, pág. 137 — “a jurisprudência..., salvo manifestações em menor número ... tem entendido que não é admissível a denúncia, com apoio em inquérito policial arquivado, sem novas provas...”, como disse o Exmo. Sr. Des. Cantidiano de Almeida, relator do rec. n.º 67.714. Mas aí vai a certeza de que a tese resta duvidosa... “salvo manifestações em menor número...”.

Convinha lembrar, então, que o ALTO TRIBUNAL DE ALÇADA da mesma unidade da federação — 3.^a Câmara Criminal, em 30 de abril de 1962, relatando o Exmo. Sr. Juiz Isnard dos Reis, *Revista dos Tribunais*, vol. 331, págs. 304/306) — proferiu a opinião contrária, decidindo que “o arquivamento não impede que, com os mesmos elementos constantes do inquérito ... seja oferecida a denúncia...”

5 — Na doutrina, ensina VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO — *Apostilas de Direito Judiciário Penal*, 1, pág. 160, que “é facultado... ao promotor público, com base no mesmo inquérito arquivado, isto é, ainda mesmo sem novos elementos ou provas, apresentar denúncia”. E WALTER ACOSTA, *Processo Penal*, pág. 121, n.º 49, afirma: “pode ainda acontecer que o promotor peça o arquivamento, o juiz o defira”..., nesse caso... o reexame ao Procurador-Geral...” quem poderá “... oferecer denúncia ou designar promotor para que o faça”.

6 — Alguns textos legais devem ser recordados — a propósito.

O primeiro é o do art. 18 do Código de Processo Penal, assim: “depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”.

Será verdade que o texto segue: “... outras provas...” o que parece deslocar a questão. Porém, dêle deflui, ainda, a certeza de que o arquivamento não é definitivo — ponto em que havemos de insistir. Então, o Exmo. Sr. Min. OROZIMBO NONATO — ac. já mencionado, *Revista Forense*, 138, pág. 219 — notou que, “se a mesma autoridade policial pode, apesar do arquivamento, entender em novas pesquisas, certo parece que o Ministério Público não fica vinculado a êsse despacho para o efeito de oferecer denúncia, se mudar de opinião quanto à base que o inquérito possa oferecer para instaurar a ação penal”.

A interpretação acima é, também, do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA GUANABARA, aresto referido, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 8, pág. 176.

Um outro artigo recordado na questão é o de n.º 28, sempre do Código de Processo Penal, que diz: “se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito

ou peças de informação ao Procurador-Geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz a atender”.

Tem-se alegado — *Rev. Bras.*, 8, pág. 174 — “que o Procurador-Geral só se manifesta quando o Juiz não concorda com o pedido de arquivamento”, e que “... a contrário senso, se o Juiz concorda com o pedido de arquivamento, não cabe a intervenção da Procuradoria” — relatório do Exmo. Sr. Min. HERMES LIMA, no rec. de *h.c.* n.º 40.421.

Na verdade, o art. 28 confirma, apenas, que o Ministério Público é o *dominus litis* no direito processual penal, cabendo, realmente, à sua chefia a determinação última sobre a ação. Nesse sentido é a argumentação de SERRANO NEVES, in *Rev. Bras.*, cit. págs. 179/181, comentando, exatamente, o v. acórdão do Excelso Pretório no *h.c.* acima citado. Para o autor, festejado, no art. 28, “o legislador... remeteu...” ao Ministério Público, “na pessoa de seu chefe, o conhecimento de todos os casos não tranqüilos de arquivamento de inquéritos policiais...” E se pode denunciar e se pode concordar com o pedido de arquivamento — apesar da oposição do juiz — pode “também,... por via de consequência, desarquivar”, exclama SERRANO NEVES.

7 — É preciso, porém, não olvidar outros dispositivos legais, ao caso pertinentes, encontrados longe — menos que longe, fora, apenas — do Código de Processo Penal.

E começarei pelo já revogado, *no ponto*, Código de Organização Judiciária do Distrito Federal, Dec.-lei 8.527, de 31 de dezembro de 1945, que dispunha no art. 134, § 2.º: “o mesmo órgão do Ministério Público, ou seu substituto, pode, antes de extinta a ação penal, promover o desarquivamento das peças, reexaminando o caso, e oferecer denúncia, salvo se o arquivamento foi mantido pelo Procurador-Geral, caso em que só a este competirá promover o desarquivamento...” *grifarei* agora, “*de ofício*, ou mediante representação do órgão do Ministério Público ou do interessado”.

Os textos estão — hoje — substituídos pelo § 2.º do art. 10 do Código do Ministério Público (Lei 3.434, de 20 de junho de 1958): “o mesmo órgão do Ministério Público, ou seu substituto, pode, antes de extinta a ação penal, promover o desarquivamento das peças, *reexaminar o caso* e oferecer denúncia. Se o arquivamento foi mantido pelo Procurador-Geral, só a este compete promover o desarquivamento...” — outros grifos, necessários — “*de ofício* ou mediante representação do Ministério Público ou de interessado. *Compete igualmente ao Procurador-Geral oferecer denúncia ou mandar que a ofereça outro órgão do Ministério Público, ainda que tenha havido arquivamento*”.

Dê-se à parte final — que não constava do antigo Código de Organização, o destaque devido.

Mesma é a orientação — geral — da Lei n.º 616, de 11 de setembro de 1950, que é o Código do Ministério Público do Estado de

Minas Gerais, art. 8.º, § 2.º: “o mesmo órgão do Ministério Público ou seu substituto poderá desarchivar o inquérito e oferecer denúncia, antes de extinta a ação penal”.

8 — E tenho, aqui, alcançado ponto melindroso da questão.

Não há dúvida, porém, de que *correição parcial* cabe, sempre, ao Procurador-Geral sobre os serviços gerais do Ministério Público. Que deriva — a necessidade de corrigir — da própria ordem administrativa, sim; mas também do fato assinalado por CRISÓLITO DE GUSMÃO, *Instituições de Direito Judiciário*, página 89: “A chefia do Ministério Público é uma função da mais alta importância no organismo judiciário, é o mentor, o órgão de direção suprema da instituição a quem incumbe uma grande soma de responsabilidade funcional, dada sua função de alta vigilância”.

Aí está. Bem lido o texto, segue-se que a direção há de intervir até mesmo em homenagem à função de *alta vigilância* exercida pelos órgãos do Ministério Público, aos quais, marcadamente no processo penal, cabe *fiscalizar a execução da lei*, como está no art. 257 do Código.

A meu parecer, porém, a necessidade da *revisão* dos pedidos de arquivamento tem raízes mais fundas e que tocam até os *princípios básicos* do direito processual penal.

9 — É largo o catálogo de normas do Código de Processo Penal a respeito do princípio da *indisponibilidade* da ação pública. E não é só a ação pública que é indisponível — todo o processo o é, como facilmente se demonstra.

No art. 5.º do Código encontra-se a expressão

“... o inquérito policial *será* iniciado...”

e logo a seguir, no n.º I, está outra

“... de officio”.

Já no art. 6.º lobrigamos a locução

“a autoridade policial *deverá*...”,

tudo indicando *ordem, comando*, regras imperativas, até mesmo indicadas pelo emprêgo de verbos e tempos fortes. Já MORAES SILVA, *Epítome da Gramática Portuguesa*, na introdução ao seu celebrado Dicionário (vol. 1, pág. XVII) ensinava que

“o Legislador manda, ou proíbe predizendo, com o futuro do Indicativo”.

Mais: no art. 17 está que

“a autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito”,

o que está a indicar a indisponibilidade a que me venho referindo.

Nem se diga que as determinações, acima indicadas, são de ordem meramente administrativa, dirigidas, apenas, às autoridades menores, pois já verei que, de certa forma, alcançam as judiciárias.

Assim, o art. 40 dispõe: “quando, em autos de papéis de que conhecerem, os juizes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários do oferecimento da denúncia”, — o que é *determinação*, como se percebe da mesma leitura da lei.

Mesmo quando a ação pública depende de representação, art. 25, esta “será irretratável depois de oferecida a denúncia”, significando o fato que a indisponibilidade atinge, mais e ainda, as partes. E já não falo da vigência do princípio nos casos de ação privada — perdão que não pode ser dado quando já passou em julgado a condenação — art. 107, 33.º do Cód. Penal.

Quanto ao Ministério Público, acho que a ação pública é *indisponível*, tanto que os textos dos arts. 42 e 576 rezam, respectivamente, que “o Ministério Público não poderá desistir da ação penal” e “de recurso que haja interposto”.

Ora — é o final do raciocínio — deve estar no poder da Procuradoria-Geral rever os casos em que a ação não foi proposta, para dar vigor ao princípio, quando desobedecido.

Claro, essa correição não é feita de regra. Serão apenas *certos casos*, os desarquiváveis; mas não se pode pretender que *todos não sejam*.

Se a ação “não é a resultante de uma *facultas agendi* do Ministério Público; não é um direito seu, mas um dever...” — RAYMUNDO CÂNDIDO, “Do ingresso no Juízo Penal”, pág. 33, o rever o arquivamento é dever do Ministério Público, também.

Nem o princípio oposto — da obrigatoriedade — sustentado pela autoridade de JOSÉ FREDERICO MARQUES, “sobre a ação penal”, “*Revista dos Tribunais*”, vol. 265, pág. 825, permite duvidar da necessidade do desarquivamento, às vezes.

10 — Todavia, mais longe irei.

Admita-se, para argumentar, que a impossibilidade do desarquivar, sem outras provas, seja sustentável, mesmo em respeito da opinião, já manifestada, do Órgão do Ministério Público. *Sim* — a ação é do M. Público, mas foi o próprio quem não a promoveu; *sim* — a ação pública é *indisponível*, salvo quando o *dominus litis* não viu como fazê-la prosperar. Quais as consequências?

Lamentavelmente, a ação definitivamente trancada, em prejuízo da justiça pública e dos particulares porventura atingidos pelo fato ilícito penal.

Se não, veja-se. A Procuradoria-Geral, que quer desarquivar, não pode. A parte ofendida não tem a ação supletiva do art. 29 do Cód. de Processo Penal: “será admitida ação provada nos crimes de ação pública se esta não fôr intentada no prazo legal...”

Quem o afirma é o mesmo COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em jurisprudência aliás menos discutível, tal a dúvida que paira sobre o tema. Assim: a Alta 1.^a Turma — *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 34, pág. 419 decidiu que “só quando há inércia do Ministério Público é que se admite a iniciativa da parte, em sua substituição. — Requerido o arquivamento ... com o deferimento do Juiz, não cabe ação privada...” — relatando o Exmo. Sr. Min. EVANDRO LINS, em 14 de setembro de 1965.

Já era — a acima — a solução do caso, dada a marcante 1.^a Conferência de Desembargadores, em 1943, *Anais*, pág. 174, conclusão n.º XII: “nos crimes de ação pública, arquivados os autos a requerimento do Ministério Público, não pode a ação penal ser iniciada mediante queixa do ofendido.”

O alto pensamento do Min. NELSON HUNGRIA, à época assessor dos debates, esclarece que “houve a intenção de se separarem os dois casos. Somente no caso em que, por desídia ou relapsia”, perda do prazo para propor a ação pelo Ministério Público “... é que pode intervir o ofendido, com a sua queixa...” — *Anais*, pág. 175.

A matéria, também, está prevista no art. 102, § 3.º, do Cód. Penal, em parte igual ao art. 29 da lei do rito.

11 — Dir-se-á, como remate do assunto, que o indiciado, que teve o possível processo trancado por manifestação expressa de um órgão da acusação pública — o promotor que pediu e obteve do Juízo o arquivamento — não pode ficar à mercê de outro exame, ainda que da Chefia do colégio acusador.

Ouçá-se — no ponto — o parecer de SERRANO NEVES — *Revista Brasileira de Jurisprudência e Direito Penal*, 8, pág. 179: “se o desarquivamento não se inspirar em novas provas, tanto melhor para o indiciado. É bem mais cômodo, com efeito, um julgado de absolvição de que um despacho de arquivamento. Este é sempre discutível, enquanto que aquele se impõe, por força da *res judicata*”.

Certamente que prevejo a hipótese contrária: desarquivado o inquérito, o processo pode terminar por uma condenação. Mas — então — o desarquivamento era de rigor, o arquivamento é que era precipitado, e ninguém se pode queixar da ação regular, com todos os meios probatórios usados, o que leva à crença de ver sentença justa e inevitável.

CONCLUSÕES

Ainda que pàlidamente, ousó destacar:

1.º) não é tranqüila a atual jurisprudência do EXCELSO PRETÓRIO, que impede o desarquivamento de autos de inquérito policial;

2.º) não é maior, nem, *data venia*, melhor, eis que

- a) o despacho de arquivamento não é definitivo;
- b) não se pode recusar ao Procurador-Geral a *correição parcial* que lhe é própria, em atos de subordinados;
- c) não se deve — sempre e logo — dar como trancada uma ação, que pode prosperar.

Salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 1.º de julho de 1966.

MARTINHO DA ROCHA DOYLE
Assistente do Procurador-Geral

JURISPRUDÊNCIA

FRAUDE NO PAGAMENTO POR MEIO DE CHEQUE

PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS
N.º 37.351 — S. P.

Supremo Tribunal Federal

Tribunal Pleno

Cheque pós-datado. Tal circunstância desnatura o cheque e não permite se configure o crime do art. 171 § 2.º n.º VI do Código Penal. Habeas corpus concedido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de *habeas-corpus* n.º 37.351, decidem conceder a ordem de acórdão com as notas juntas.

D. F., 1.º de abril de 1960 — Barros Barreto, Presidente; Luiz Gallotti, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Gallotti — Os ilustres advogados José Loureiro Júnior e Afonso Vergueiro Lôbo requerem *habeas corpus*, em favor de Orlando Baratella, alegando: a 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, reformando sentença absolutória, condenou o paciente a um ano e seis meses de reclusão, por suposta infração do art. 171, § 2.º, n.º VI do Código Penal. Ora, no caso, inexistente o crime de emissão de cheque sem fundos, por se tratar de cheque pós-datado.

Solicitadas informações, vieram as de fls. 12 e segs.

É o relatório.

VOTO

Constitui ponto incontestado, reconhecido quer pela sentença absolutória, quer pelo acórdão condenatório, que se trata de cheque pós-datado.

Ora, já assentou o Supremo Tribunal que tal circunstância desnatura o cheque e não permite se configure o crime pelo qual foi o paciente condenado (art. 171, § 2.º, número VI do Código Penal).

Assim, concedo o *habeas corpus*.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Concedida a ordem sem divergência de votos.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Barros Barreto.

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Luiz Gallotti.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Vilas Boas.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Ministros Sampaio Costa (Substituto do Exmo. Sr. Ministro Ribeiro da Costa, que se encontra de licença), Gonçalves de Oliveira, Cândido Mota Filho, Ari Franco, Nelson Hungria, Rocha Lagoa, Luiz Gallotti, Hahnemann Guimarães e Lafayette de Andrada. — Hugo Mosca, Vice-Diretor-Geral.

(Rev. Trim. de Jurispr., 14/40).

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

N.º 2.845 — PARANÁ

Cheque sem provisão de fundos. Crime de dano. O seu momento consumativo é o da recusa

do pagamento pelo sacado. Valor exegético da rubrica do art. 171, § 2.º, n.º VI, do Código Penal. Conflito de jurisdição julgado procedente para declarar a competência do juízo onde se constatou a falta de provisão de fundos do cheque emitido.

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Evandro Lins e Silva.

Suscitante: Juízo de Direito da 1.ª Vara da Comarca de Maringá, Paraná.

Suscitado: Juízo de Direito da 7.ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar procedente o conflito.

Brasília, 5 de abril de 1965. — A. M. Ribeiro da Costa, Presidente. — Evandro Lins e Silva, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. *Ministro Gonçalves de Oliveira*: — No presente conflito, a divergência diz respeito ao juízo para o processo-crime pela emissão de cheque sem fundos, se competente é o fóro do lugar do pagamento ou do lugar da emissão.

A promoção de fls. assinala: "Afigura-se-nos necessário devolver os presentes autos ao MM. Juiz de Origem (7.ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo), para que ali tenham prosseguimento, eis que, por se tratar de emissão de cheque sem fundos, temos ponto de vista firmado de que o fóro competente para a apuração da responsabilidade criminal dêle decorrente seja o da Comarca em que o ludíbrio se apurou, por sua emissão, entrega ao lesado e a obtenção da vantagem ilícita.

Tais sucessos, todos, se consumaram em São Paulo, revelam os autos positivamente, sendo lá portanto o

fôro competente para o processo, *ex vi* do disposto nos arts. 69 e 70 do Código de Proc. Penal.

É bem certo tenha Magalhães Noronha realmente esposado o entendimento acatado nos pronunciamentos de fls. e fls.

Entende este ilustre doutrinador que para *summatum opus* é necessária a apresentação do cheque cujo pagamento é negado por falta ou insuficiência de provisão. A apresentação é que caracteriza o delito.

O renomado criminalista Basileu Garcia já afirma diferentemente ao ensinar que, por se tratar de crime formal, se consuma no preciso instante em que o emitente nêle lança sua assinatura.

O insigne mestre Nélson Hungria, porém, nos parece seja o doutrinador que com mais precisão apanha a matéria. Para êle, há que se perquirir, além dos requisitos apontados, mais o da entrega ao lesado, do cheque, que é assim pôsto em circulação, só então se verificando a vantagem ilícita correlativa à lesão patrimonial, que, caracterizando o delito, fixa o fóro competente para sua apreciação.

Vale-se assinalar, mais, que a jurisprudência, se é que se possa falar em jurisprudência, citando-se apenas dois julgados, tem assim entendido.

"Emissão fraudulenta. Competência. Regula-se pelo local da emissão" (*Revista Forense*, vol. LXVII, p. 595).

"O estelionato se consuma no lugar da emissão do cheque sem fundos e não no em que deve ser pago" (Ac. unânime do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in Rev. dos Tribs.*, vol. 175, p. 544).

Sob a força de tais ensinamentos outro caminho não vemos que não o de devolver o processo à sua origem, sendo certo, mais, que, face à devolução, o exame da matéria sob o prisma que apresenta o Dr. Promotor em exercício neste Juízo, deixa de ter relevância.

Intime-se, devolva-se sob registro postal.

Maringá — (a)

Zeferino Mozzato Krukoski, Juiz de Direito da 1.^a Vara".

O Dr. Juiz de Direito da 1.^a Vara de Maringá, Dr. Zeferino Mozzato Krukoski, faz ao propósito estas considerações: "Segundo se constata das declarações do indiciado José Pedro Filho (f. 9), está manifesto, pois que afirmado e confirmado que o cheque sem fundos que deu objeto ao presente inquérito foi emitido na cidade de São Paulo, onde se verificou a vantagem ilícita: "...que, obtida a fôlha de cheque, o declarante o emitiu na importância de Cr\$ 30.000 contra o Banco Comercial do Paraná S.A., informando a Manoel que o declarante não teria, evidentemente, fundos e, nem mesmo, conta aberta, mas que iria telefonar para uma pessoa conhecida em Maringá para fazer a cobertura do cheque em aprêço, podendo ainda acontecer que essa pessoa, que é conhecida e amiga de Manoel, não se encontrasse no momento em condições de cobrir o cheque, mas que este seria coberto infalivelmente, talvez dias depois".

O próprio lesado, Manoel Joaquim da Costa, confirma que foi precisamente lá que isto ocorreu.

Em face a tais sucessos, outra não pode ser a conclusão senão a de reconhecer o fôro do delito como o daquela capital.

Nem se afirme, baseado apenas no raciocínio do erudito Magalhães Noronha, que tal delito só se poderá consumir depois da constatação da falta de fundos.

Esposar-se, note-se bem, tal temerário entendimento seria conferir-se aos estelionatários, em última análise, a escolha do fôro para que fôsem processados e julgados, ainda que em outro lugar lograssem vantagem ilícita mediante o expediente, pois que, para tanto, lhes bastaria colocassem a Comarca de sua escolha no local destinado ao pagamento, para que assim viesse a ser entendido.

Se em lugar de Maringá constasse ser o cheque pagável em Manaus, será que para lá deveria ser encaminhado o processo?

O local do ludíbrio foi São Paulo e este deverá ser o fôro competente para o julgamento da façanha.

Como a emissão de cheque sem fundos constitui uma modalidade de estelionato, outro não nos parece deva ser o destino destes autos.

No despacho de fls. 56, entendemos já haver isto demonstrado, tendo em nosso favor as lições dos insígnis mestres Basileu Garcia e Nelson Hungria, além do aresto citado ao qual acrescemos o julgado publicado na *Rev. dos Tribs.*, vol. 262, à p. 109, com a seguinte ementa elucidativa: "No crime de estelionato, por emissão de cheque sem fundos, a competência para o seu julgamento não é nem do lugar em que o cheque foi emitido, nem do em que deverá ser pago, mas daquele em que foi dado em pagamento e onde o emitente recebeu a vantagem indevida". Não se deve assim, *data venia*, alimentar dúvida de que o insigne mestre Magalhães Noronha não espouse a melhor tese sobre a particularidade, visto como o que êle defende é, noutros termos, nada mais, nada menos, do que sugerir que no lugar onde se efetuasse o exame do corpo de delito é que teria de correr o processo respectivo.

Num e noutro caso há analogia; no caso do cheque, o fôro competente seria onde se constatasse a desprovisão de fundos; no caso dos ferimentos, onde se constatassem as lesões.

A verdade é que o cheque já estava desprovido de fundos antes mesmo de sua constatação, pelo que a particularidade é desvaliosa para fixar o fôro do delito.

Estribando em tal entendimento, hei por bem de levantar, nos próprios autos, o presente *conflito negativo de jurisdição*, com fundamento nos artigos 114, inciso I, 115, inciso III, e 116, § 1.^o do Cód. de Proc. Penal, a fim de que seja dirimida a dúvida e o Colendo Supremo Tribunal Federal dê a exata interpretação ao passo legal objeto da controvérsia".

O parecer da Procuradoria-Geral é este: "1. Cheque emitido contra agência bancária de Maringá, Esta-

do do Paraná, e dado como garantia de dívida na cidade de São Paulo.

2. Em doutrina, as opiniões são divergentes quanto à consumação do delito de fraude no pagamento por meio de cheque.

Preferimos, de nossa parte, o entendimento de Magalhães Noronha, para quem o *summum opus* está na recusa de pagamento do cheque por falta ou insuficiência de fundos.

No *guichet* do estabelecimento bancário, ao ser inteirada do prejuízo a vítima, é que se consuma o crime.

Aí, então, o fôro competente.

No caso, Maringá, Estado do Paraná.

Distrito Federal, 13 de agosto de 1964. — (a) *Murilo Silva*, Procurador da NOVACAP;

Subscribo: — (a) *Oswaldo Trigueiro*, Procurador-Geral da República".

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator): — Sr. Presidente. A nossa jurisprudência vem-se firmando, na resolução de conflito, que o fôro competente é o lugar do pagamento, onde houve frustração do pagamento do cheque.

Penso que o assunto merece ser reexaminado. Há dificuldades, muitas vezes não superadas, de formação do processo, no fôro do pagamento. Imagine-se um cheque emitido para o Rio ou São Paulo, em que lesado é um comerciante de uma cidade do interior! Sugeriria que o eminente Ministro Evandro Lins e Silva, que é o primeiro a votar, reexaminasse o assunto, pedindo vista dos autos.

VISTA

O Sr. Ministro Evandro Lins: — Sr. Presidente, peço vista dos autos.

DECISÃO

Como consta da ata a decisão foi a seguinte: Julgou procedente o conflito o Ministro Relator, pedindo vista o Ministro Evandro Lins. Adiado. Presidência do Exmo. Sr. Ministro

A. M. Ribeiro da Costa. Relator, o Exmo. Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira. Licenciados os Exmos. Senhores Ministros Pedro Chaves e Lafayette de Andrada.

Em 29 de março de 1965. — Doutor Eduardo de Drummond Alves, Vice-Diretor-Geral.

VOTO

O Sr. Ministro Evandro Lins: — Incorre nas penas do crime de estelionato quem "emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento" (art. 171, § 2.º, n.º VI, do Código Penal).

A rubrica legislativa esclarece e complementa o texto, definido o delito como sendo de "fraude no pagamento por meio de cheque".

Os doutrinadores não têm chegado a acôrdo quanto à natureza do crime — se formal ou de dano — daí advindo a dificuldade de precisar o seu momento consumativo. A jurisprudência, contudo, tem-se firmado no sentido de que o crime só se aperfeiçoa no instante da recusa do pagamento pelo banco sacado. Parece-me que êsse entendimento jurisprudencial dá exata interpretação ao texto legal.

A Lei do Cheque (n.º 2.591, de 7-8-12) sujeita à pena de 10% sobre o respectivo montante quem emitir cheque sem suficiente provisão em poder do sacado (art. 7.º).

Comentando essa disposição, Carvalho de Mendonça admite as duas hipóteses que poderiam ocorrer após a emissão do cheque: a provisão feita depois da emissão e antes da cobrança, ou o sacado honrar o pagamento, mesmo sem ter fundos disponíveis do emissor do cheque. E diz quanto à primeira hipótese: "O escopo da lei, exigindo a cobertura ou provisão, é dar ao portador a garantia da imediata cobrança no momento da apresentação do cheque. Se nesse momento se acham em poder do sacado fundos suficientes para o pagamento do cheque, que prejuízo ou dano sofrerá o seu portador? Em tais condições não seria injustificável a aplicação da pena do art.

7.º da L. 2.591-7" (*Trat. Dir. Com. Bras.*, vol. V, liv. III, página 506).

Quanto à segunda hipótese, destaca o eminente comercialista: "Abstraindo o princípio da prévia provisão, o caso pode muitas vezes não oferecer importância prática, pois o sacado não está proibido de pagar o cheque sem ter em seu poder fundos disponíveis do emissor, e, nesse caso, não há razão para ser aplicada a penalidade" (*id.*, *id.*).

Em sua excelente monografia, Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, partidário de uma proteção especial ao cheque e de que a sua conceituação penal deveria ser a de crime formal, salienta, em comentário ao brilhante acórdão de que foi relator o eminente Ministro Luiz Gallotti, a respeito do cheque destinado a pagar dívida de jogo, que o delito em questão: "tal como o estelionato no seu tipo fundamental é de dano. Para que se configure, indispensável se torna que haja diminuição no patrimônio da vítima" — (*O Cheque*, vol. I, pág. 127).

Entre os comentadores de nossa legislação penal, Magalhães Noronha é quem melhor situa, a meu ver, o problema, respondendo, com vantagem, a Nelson Hungria que entende que o crime se consuma quando o cheque é entregue ao tomador (Com. ao Código Penal, vol. VII, p. 242), e a Basileu Garcia, que sustenta tratar-se de um delito formal, que se consuma no instante em que o emitente lança a sua assinatura no cheque (*Anais do 1.º Cong. Nac. do Min. Público*, página 160).

Mostra o ilustre professor da Universidade Mackenzie, em sua obra, as duas hipóteses previstas por Carvalho de Mendonça, isto é: — quando o emitente provê o sacado de recursos para o pagamento, ou quando o sacado, por gratidão, confiança ou amizade, honra o pagamento do cheque.

O argumento decisivo, a meu ver, contra a tese do delito formal ou da pura entrega do cheque ao tomador, é que o art. 171, § 2.º VI, do Código Penal, prevê duas modalidades diversas de fraude no pagamento por meio de cheque: a) emitir

cheque sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado; ou b) frustrar-lhe o pagamento.

Imagine-se que alguém emita um cheque e, no momento da emissão, dispõe de fundos suficientes para o seu pagamento, mas que venha a ordenar ao banqueiro que não o pague ou que venha a retirar os fundos, antes da apresentação do cheque ao sacado.

Se o crime se tivesse consumado com a simples emissão ou com a entrega do cheque ao tomador, não haveria, no caso, crime a punir, porque, ao ser emitido o cheque, havia fundos suficientes para o pagamento.

Daí se conclui que o crime se consuma com o não pagamento.

Tratando do Código Penal Brasileiro, Cuello Calón afirmou: "En el derecho brasileño, como en bloque está previsto en el código penal entre las defraudaciones, para la existencia del delito será menester que concorra un dolo específico, que en este caso sería el ánimo de defraudar" (*La Protección Penal del Cheque*, 1944, pág. 53).

Bento de Faria, invocando as opiniões de Paulo Lacerda, Tito Fulgêncio, Rodrigo Otávio e Thiers Veloso, conclui da mesma forma: "sendo o objetivo da lei reprimir a fraude no respectivo pagamento, penso que os fundos devem existir disponíveis quando apresentado o cheque para ser pago.

Podem, pois, não existir no momento da emissão, mas nada obsta que o emitente faça posteriormente a provisão, antes de sua apresentação.

Nesse caso não se configura nem a fraude nem o dano (*Código Penal Brasileiro*, vol. IV, p. 198).

Relator de projeto na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, Milton Campos proferiu longo e erudito parecer, salientando que a jurisprudência tem exigido, para a configuração de crime, a existência de prejuízo, pois o delito é de dano e não formal. Nesse parecer ainda são lembrados os graves inconvenientes para a conceituação do crime como formal, o que ainda mais favorecia os agiotas na exi-

gência de cheques sem provisão como garantia de dívida. E assim termina o seu lúcido e brilhante parecer. "Conclui-se do exposto que, sob a boa inspiração de dar mais prestígio e eficácia ao cheque a sua circulação, o projeto pode conduzir a iniquidades que, tanto quanto a fraude por meio dos cheques, devem ser evitadas. Não é propriamente na lei que está, entre nós, o motivo, realmente inquietante, da proliferação dos cheques emitidos sem provisão. Estamos diante de mais um caso em que a lei é satisfatória, mas o que falha é sua aplicação. Talvez pressão dos costumes, numa hora em que as preocupações éticas estão em desfavor e domina a filosofia do êxito e dos golpes felizes. Talvez compreensível reação contra a audácia dos agiotas, que desnaturam o cheque, transformando sua precípua finalidade, que é servir como meio de pagamento, em títulos constitutivos de crédito. Certamente, humanização do rigor da lei pela jurisprudência, a fim de evitar injustiças criadas no meio social.

Ora, êsses fatores prevaleceriam também diante da lei nova, se aceite o projeto, ou, se não prevalecesse, teríamos um regime que poderia pecar pelo excesso de severidade. No meu parecer, considero preferível continuar a eficácia da circulação dos cheques correndo os riscos que lhe são inerentes, e por isso opino contra a reforma legislativa proposta".

O crime de emissão de cheque sem provisão em poder do sacado é, pois, crime de dano. A ementa, integrante do artigo que o contempla, define-o como "fraude no pagamento por meio de cheque".

As rubricas ou ementas fazem parte integrante do próprio Código, salientando Rocco, na exposição de motivos do atual Código italiano, fonte principal do brasileiro:

"Todo artigo do Código é precedido de um rubrica própria, que dá sinteticamente o seu conteúdo: inovação esta que reputo praticamente muito útil. Estas rubricas, como aquelas mais gerais dos títulos e dos capítulos, podem ter também valor

exegético, nos limites fixados nos melhores tratados sobre a interpretação das leis em geral e das leis penais em particular" (Giovanni Davicini, *Codice Penale e Codice di Procedura Penale*, Turim, p. 27).

É essa, também, a opinião de Manzini (*Trat. Dir. Pen. Ital.*, Turim, 1933, vol. I, pág. 190), que mostra encontrarem-se nas rubricas e em outras divisões sistemáticas de uma lei, como os índices, elementos indicativos que "servem para designar a objetividade jurídica de um determinado crime ou classe de crimes, ou ajudar a esclarecer a vontade da lei".

Tratando-se de crime de dano, o momento consumativo do delito previsto no art. 171, § 2.º, n.º VI, do Código Penal, é o da recusa do pagamento pelo sacado. Nesse instante é que se deram o prejuízo do sujeito passivo e a obtenção da vantagem ilícita pelo agente do crime.

Essa tem sido a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Recentemente assim decidimos no recurso de *habeas corpus* número 41.993 de que foi relator o eminente Ministro Luiz Gallotti, julgado em 10-3-65.

Não vejo razão para alterar a nossa jurisprudência sobre o tema. Se me alonguei um pouco mais na justificação deste voto, foi para atender ao apelo do nosso eminente colega, Ministro Gonçalves de Oliveira, no final de seu voto. Não me impressiona o argumento da dificuldade da formação do processo no fóro de pagamento, quando este se deve dar em outro município ou mesmo em outro Estado. O tomador, quando recebeu o cheque, conhecia essa circunstância. A contestação material do crime, ou seja, a prova da sua existência, se faz no local do pagamento. Os demais atos do processo far-se-ão por precatória, de acordo com as normas do Cód. de Proc. Penal.

A competência, no caso, é a do lugar da infração (arts. 69, I, e 70, do Cód. de Proc. Penal).

Julgo procedente o conflito e competente o Juízo de Direito da 1.ª Vara da Comarca de Maringá.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator): Sr. Presidente, o presente caso é, realmente, relevante para os estudiosos do Direito Penal e do Direito Processual Penal Brasileiro, pelo que quero deixar bem exata a minha opinião a respeito do assunto.

Estou em que, para decisão de um conflito de jurisdição, não é importante — não obstante as doudas considerações do eminente Sr. Ministro Evandro Lins — saber se se trata de crime formal ou se de crime de dano. O que é importante é saber onde estava o réu quando cometeu o crime, porque a regra principal de competência para o processo penal é que o réu é processado no lugar da infração, conforme está nos arts. 69, I, 70 e seguintes do Cód. de Proc. Penal.

Suponhamos que um indivíduo tem contas em várias praças, em várias localidades do país e que em Brasília emita um cheque sobre Goiânia, aonde ele não vai, digamos, há mais de seis meses ou aonde ele nunca foi ou não mais irá. Pensar alguém que o credor do cheque vai à agência de Goiânia, para receber esse cheque, é atentar contra a realidade dos negócios, porque qualquer pessoa que recebe um cheque contra outra praça o deposita em sua conta bancária para recebimento. Se eu recebo um cheque sem fundos, em Brasília, e o depósito também em Brasília o banco que me dará a comunicação de que o cheque não tinha fundos é o desta Capital, o que é sabido pela Carteira de Compensação do Banco do Brasil. Eu não tenho necessidade de ir a Goiânia.

Então, o lugar da infração não pode, a meu ver, ser Goiânia, para aí ser processado o emitente. Como podem o Delegado e a Justiça de Goiânia tomar conhecimento desse fato, se ele se passou exclusivamente na Capital da República, se eu, como vítima, nunca lá estive e se, talvez, o emitente nunca, em sua vida, esteve em Goiânia?

Assim, Sr. Presidente, o importante é saber onde, efetivamente, o

criminoso praticou o fato delituoso. Se ele foi em Goiânia e retirou pessoalmente o dinheiro do banco, talvez seja Goiânia onde deva ser processado. Mas se foi em Brasília que deu o cheque e não foi em Goiânia, então teremos de fazer o processo onde efetivamente foi cometido o crime.

Verifico que isto é que é importante no caso, em se tratando de conflito de jurisdição, e não julgar se o ato é criminoso ou não, que tal questão se entende com o mérito.

No caso concreto, porque o ato foi praticado em São Paulo, mantenho meu voto, dando pela competência do Juízo de São Paulo, onde o réu esteve, onde o réu emitiu o cheque sem fundos.

VOTO

O Sr. Ministro Victor Nunes: — Também peço vênha ao eminente Ministro Gonçalves de Oliveira para manter a jurisprudência do Tribunal, a que se referiu o eminente Ministro Evandro Lins.

Sempre se entendeu que lugar da infração é o lugar onde o crime se consuma. Não pode ser o lugar onde se realiza uma etapa do *iter criminis*, que não seja a etapa da sua consumação.

VOTO

O Sr. Ministro Vilas Boas: — Naturalmente, é impressionante a argumentação do eminente Ministro Gonçalves de Oliveira, mas, como observou o eminente Ministro Evandro Lins, trata-se de um crime contra o patrimônio. Eu vejo que o mesmo parágrafo diz que nas mesmas penas incorre quem vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou garantia, coisa alheia como própria. A venda de coisa alheia não é nem crime; é ato jurídico perfeitamente válido, visto que a pessoa adquiere, depois, o bem, desaparecendo o crime. Temos de verificar, realmente, a consumação do crime, do delito contra o patrimônio, onde o ato da execução final se verificou. Parece que, no caso, o ato da consumação é a apresentação do cheque

ao banco, ao sacado, com a verificação, aí, de que não havia fundos.

O Sr. Ministro Hermes Lima: — De qualquer maneira, o cheque tem de ser apresentado ao Banco sacado.

O Sr. Ministro Vilas Boas: — Todos esses atos de venda e de permuta, de coisa própria ou alheia, são negócios perfeitamente válidos, desde que se verifique que, no momento da transação, o bem pertencia a quem vende. Eu posso vender coisa alheia como própria e esse ato é válido, não será crime. Por aí nós podemos percorrer os diversos itens, os diversos casos insertos no § 2.º do art. 171 do Código Penal para verificar, em conclusão, que se trata de averiguar se houve ou não lesão ao patrimônio. Se houve, há crime.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira: — Não podemos é, por ficção, dizer que o réu estava no lugar onde não estava.

O Sr. Ministro Luiz Gallotti: — Ele deve ter estado nesse lugar para abrir conta.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator): — Mas o ato delituoso foi praticado em outro lugar.

O Sr. Ministro Vilas Boas: — Senhor Presidente, estou de acordo com a conclusão do eminente Ministro Evandro Lins, *data venia* do eminente Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Gallotti: — No caso julgado em 10 de março, e a que se referiu o eminente Ministro Evandro Lins, comecei meu voto inclinandom-me a, com apoio na opinião do insigne Nelson Hungria, considerar que o momento consumativo do crime era aquele em que o emitente do cheque o entregou ao tomador e assim obteve o proveito. Tenho uma inclinação natural para concordar com Nelson Hungria, em direito penal, pois que considero o maior dos nossos Mestres na matéria; além de principal autor do Código, S. Exa., uma vez, ainda no Rio, disse, num debate, que eu divergia muito das suas opiniões. Respondi que as nossas divergências eram raras, embora provocando por vezes longas discussões, e que o erro de S. Exa.

era só contar os poucos casos em que divergíamos e não os muitos em que concordávamos. Mas, quando invoquei a lição de Nelson Hungria, fui advertido pelos colegas de que já há jurisprudência firmada pelo Tribunal no sentido de considerar consumado o crime no lugar em que o cheque é apresentado ao banco sacado e onde se verifica a falta ou a insuficiência de fundos. Neste sentido votei e hoje, com o brilhante voto proferido pelo eminente Ministro Evandro Lins, *data venia* do voto também brilhante do eminente Ministro Gonçalves de Oliveira, ainda mais me convenci de que a solução mais acertada está na jurisprudência do Tribunal.

Assim, acompanho o voto do Senhor Ministro Evandro Lins.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Julgaram procedente o conflito e competente o Juízo de Direito da 1.ª Vara da Comarca de Maringá, contra o voto do Ministro Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Ribeiro da Costa, Relator, o Excelentíssimo Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira. Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Ministros Evandro Lins, Hermes Lima, Victor Nunes, Gonçalves de Oliveira, Vilas Boas, Cândido Motta, Luiz Gallotti e Hahnemann Guimarães. Licenciados os Exmos. Srs. Ministros Pedro Chaves e Lafayette de Andrada.

Em 5 de abril de 1965 — Doutor Eduardo de Drummond Alves, Vice-Diretor-Geral.

(Rev. Trim. de Jurispr., vol. n.º 33, julho a setembro de 1965, página 108).

RECURSO DE HABEAS CORPUS N.º 43.265 — GB

Supremo Tribunal Federal

Primeira Turma

Relator para o acórdão: o Sr. Ministro Evandro Lins e Silva.

Recorrente: Hermes Lyrio Vieira.

Recorrido: Tribunal de Justiça.

Cheque. Não tendo sido dado como ordem de pagamento à vista, mas como garantia de dívida, para desconto futuro, não configura o crime previsto no artigo 171, § 2.º, n.º VI, do C. Pen.

Habeas corpus concedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, dar provimento ao recurso.

Brasília, 8 de agosto de 1966 —
Victor Nunes Leal, Presidentz. —
Evandro Lins e Silva, Relator p/ o
Acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Osvaldo Trigueiro: — Em favor de Hermes Lyrio Vieira, condenado pelo Juiz da 24.ª Vara Criminal da Guanabara, a um ano e dez meses de reclusão, como incurso no art. 171, § 2.º, VI, do C. Penal, o advogado Wilson Pinto impetrou *habeas corpus* ao Tribunal de Justiça do Estado, alegando: a) que o cheque de responsabilidade do paciente foi emitido em garantia de débito; b) que a cobrança desse cheque somente se efetuou onze meses após sua emissão; c) que o paciente não praticou fraude e que, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal, não incorreu no crime que lhe é imputado.

Diz o impetrante na petição de f. 2:

“O cheque de Cr\$ 15.000, — que foi pábulo da condenação do paciente, foi emitido em 5-1-61, e levado ao guichê do Banco Econômico da Bahia a 29-11-61, portanto, 11 meses depois... (doc. 1 — certidão da 24.ª Vara Criminal).”

Ora, sendo o cheque ordem de pagamento à vista, o fato de permanecer onze meses na gaveta prova, de forma concludente, que sua emissão objetivou garantir débito.

E tanto foi o cheque pivô do

presente processo, oferecido apenas como garantia, que as cartas de números 2 e 3, trocadas entre o paciente e Walfrido Lemos, isto comprovam.

Nem seria concebível admitir-se que cheque de insignificante valor, como o que justificou a condenação, fôsse passar por três mãos, ou sejam as de Walfrido, Luiz Amâncio e Waldemar Narciso de Magalhães, que o levou a protesto, 11 meses após sua emissão, se não fôsse como garantia.”

E em outro trecho:

“Os dados acima expostos justificam, de plano, a absolvição do paciente, na forma da jurisprudência supra apontada, por inexistência de crime. Todavia, há outro aspecto do processo que requer seja apreciado, pois constitui nulidade a não-realização de perícia em crimes que deixam vestígios. Na hipótese, o Sr. Luiz Amâncio, que reteve o cheque longos meses em seu escritório, declarou em Juízo (doc. anexo) que o mesmo não foi pago porque a assinatura não conferia. Ora, se não conferia, qual a obrigação processual do Juízo? Providenciar a perícia grafotécnica, através do Instituto de Criminalística. É imperativo processual, sob pena de nulidade.”

O Juiz da 24.ª Vara Criminal assim informou:

“O ora paciente foi condenado por sentença de 10-5-65, às penas de um (um) ano e dez (10) meses de reclusão e multa de quinhentos cruzeiros, além da medida de segurança de internação em colônia agrícola durante dois anos pelo menos, como incurso no art. 171, § 2.º, VI, do C. Pen. e em vista do disposto no art. 93, I, do mesmo C. Pen. (quanto à medida de segurança).”

A parte de motivação da sentença é a seguinte: “A confissão do réu a fls. 117 se acha roborada pela prova testemunhal, inclusive pelas próprias testemunhas de defesa — e ainda, pela documental, a fls. 6 e 7, da qual se colhe que o cheque não foi pago por não possuir o emitente fundos suficientes. Dessarte, encontra-se provada a acusação, eis que

a defesa não conseguiu provar a ausência do dolo.

O ora paciente é reincidente genérico.

Vê-se da parte de motivação que este Juízo condenou réu confesso à emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos, e, pressupondo tal fato indução em erro, burla ou enleio, através do qual o tomador é embaído, é apodítico que a prova referente ao conhecimento do mesmo tomador — anterior à emissão, quanto à circunstância da insuficiência de fundos, argüida pela defesa, cabe a esta, isto é, sobre a defesa recai o ônus da prova, neste particular.

E de que a defesa não fez essa prova é bastante ver a própria promoção em que é pôsto o caso na impetração, *verbis*: “e era indispensável ouvir Walfrido, porque foi ele quem recebeu o cheque das mãos do ora paciente. *Só então se poderia saber ou não da existência de fraude.*”

O presente *habeas corpus*, aliás, é reiteração do de n.º 20.523, impetrado perante a mesma eg. 3.ª Câmara Criminal e que foi denegado. No atual se repisa idêntica matéria.

É necessário que se ponha em relevo que a data da emissão do cheque é a de 5-1-61 e o mesmo, realmente, só foi levado a protesto em 29 de novembro do mesmo ano. Todavia, do mesmo instrumento de protesto consta que o título deixou de ser pago em virtude da conta do emittente não possuir fundos suficientes no Banco, o que prova que o cheque foi apresentado no prazo legal de trinta dias, previsto no Dec. n.º 22.924, pois, do contrário, tal circunstância teria sido referida no memorando — resposta da parte do Banco sacado. E há mais: no verso do cheque existem carimbos cancelados do Banco Metropolitano de Crédito Mercantil S.A. e do Banco do Brasil S.A., que, assim, indicam, indubitavelmente, haver sido o cheque pôsto em cobrança simples pelo portador naqueles bancos. E não é só. Waldemar Narciso de Magalhães, pessoa que levou o cheque a protesto, ao testemunhar na fase policial, asseverou que foi ao Banco antes de

protestar o título (v. fls. 10 dos autos).

Não houve discussão das partes a respeito da assinatura constante do cheque e, destarte, não se vê a que propósito este Juízo deveria ter determinado perícia grafotécnica, a respeito de tal assinatura.

No mais, diga-se que o impetrante pretende discutir, na via sumariíssima do *habeas corpus*, matéria que cabe ser apreciada, com oportunidade e propriedade, na via ampla da apelação.”

A Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, em decisão unânime, não conheceu do pedido por estes fundamentos:

“Verifica-se, das alegações expeditas na inicial, que o douto impetrante renova o que foi argüido no citado HC 20.523, em favor do mesmo paciente, pretendendo que, em processo da natureza sumária do *habeas corpus*, se façam a apreciação e exame da prova produzida no processo. Ora, tal não é possível, e isso mesmo foi pôsto em relevo quando da denegação do *habeas corpus* anterior.

Pelo exposto, evidenciado que se trata de reintegração do pedido, a Câmara não conheceu da impetração”.

Estão juntos ao presente recurso, por terem sido requisitados, os autos do processo instaurado contra o paciente. Dos mesmos se verifica que ele fôra condenado a cinco anos de reclusão por sentença de 18-3-63 (fls. 71).

A Primeira Câmara Criminal, entretanto, por via de *habeas corpus*, anulou o processo, por vício da citação inicial (fls. 100). Renovada a instauração, foi o paciente afinal condenado pela sentença de fls. 181, não tendo sido interposto a apelação cabível.

O acórdão do primeiro *habeas corpus* denegado pelo Tribunal de Justiça encontra-se à fls. 193.

VOTO

O Sr. Ministro Osvaldo Trigueiro (Relator): — O fundamento do pedido é o da inexistência do crime

previsto no art. 171, § 2.º, VI, do C. Penal, porque o cheque teria sido emitido em garantia de dívida. Não se esclarece, porém, qual a origem dessa dívida, nem a natureza da transação a que correspondesse.

É possível que a condenação imposta ao recorrente haja sido excessiva ou mesmo que não encontre maior apoio da prova dos autos. Mas o processo não apresenta nulidade capaz de invalidá-lo. Para reappreciação da prova e conseqüente reparação da alegada injustiça, não é o *habeas corpus* o meio judicial adequado.

Por esta razão, nego provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Evandro Lins e Silva: — Com a devida vênia do eminente Relator, concedo a ordem porque tudo mostra que o cheque foi emitido para garantia de dívida, sobretudo a circunstância de que só foi levado ao Banco, para pagamento, onze meses depois, e através de terceiro, que não foi quem o recebeu originariamente.

Nos autos, há documento lido pelo ilustre advogado, da tribuna, onde se faz referência a que esse cheque foi entregue ao patrão do paciente, para desconto futuro, em comissões ou em pagamento de trabalhos. Ora, esse fato, essa circunstância desnatu-
ra, a meu ver — com a devida vênia —, a finalidade do cheque, que é uma ordem de pagamento à vista. E o estranho comportamento do primitivo possuidor desse cheque, que não o descontou imediatamente e veio a transferi-lo a terceiro, para apresentação ao Banco onze meses depois, leva-me a concluir que tal cheque, de importância diminuta, não foi dado como uma ordem de pagamento de alguma coisa, de um objeto, de uma mercadoria adquirida.

A jurisprudência tem sido liberal nessa questão de cheque sem provisão de fundos, e isso é o resultado de uma experiência que não é só do Brasil, mas do mundo inteiro. Ainda recentemente, lendo um livro do membro da Córte de Cassação da

França, Casamayor, há pouco editado, verifiquei que o problema é também muito agudo na França e em muitos países, de modo a congestionar os serviços da Justiça Criminal. Mostra esse autor que no Japão já foi excluído do Código Penal esse crime, que hoje é punido e com sanção administrativa severa, para evitar que não aconteça o que está ocorrendo, inclusive aqui no Distrito Federal, segundo informações que tenho, onde há um volume imenso de processos por cheque com insuficiência de fundos em poder do sacado. A verdade é que o cheque se desvirtuou na sua aplicação prática.

Hoje, êle é utilizado abertamente para garantia de dívida, em substituição às promissórias. Daí ter surgido a punição do crime de extorsão indireta, prevista no art. 160 do Cód. Penal, tal a facilidade com que os agiotas exigem, dos seus devedores, cheques em vez de promissórias, para ter assegurado o recebimento do empréstimo sob ameaça de procedimento penal. Parece-me que o caso, realmente, não oferece maior relevância, tratando-se de um cheque de quinze mil cruzeiros.

As circunstâncias assinaladas e outras postas em destaque pelo ilustre advogado, da tribuna, levam-me, com a devida vênia do eminente Relator, a conceder a ordem de *habeas corpus*.

VOTO

(Desempate)

O Sr. Ministro Victor Nunes (Presidente): — Tendo havido empate, também concedo a ordem, *data venia* do eminente Relator. Levo em consideração, especialmente, que se trata de cheque endossado e que só foi apresentado ao Banco onze meses depois da emissão.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Deu-se provimento ao recurso, contra o voto do Sr. Ministro Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Victor Nunes Leal. Relator, o Exce-

lentíssimo Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro. Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Ministros Oswaldo Trigueiro, Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal. Licenciado, o Excelentíssimo Sr. Ministro Lafayette de Andrada. Ausente, por se encontrar no exercício da Presidência do Tribunal, o Exmo. Sr. Ministro Cândido Motta Filho.

Brasília, 8 de agosto de 1966. — *Alberto Veronese Aguiar*, Secretário de Turma.

(Rev. Trim. Jur., 39/59).

HABEAS CORPUS N.º 43.570 — GB

Supremo Tribunal Federal

Segunda Turma

Relator: O Sr. Ministro Evandro Lins e Silva

Paciente: Jovino de Jesus

Cheque sem fundos — Pequeno valor. Réu tecnicamente primário. Estatísticas alarmantes e tendência para sujeitar o fato a sanções administrativas e não penais. Ausência de justa causa para a condenação. Habeas corpus concedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conceder a ordem.

Brasília, 21 de fevereiro de 1967. — *Hahnemann Guimarães*, Presidente. — *Evandro Lins e Silva*, Relator.

RELATÓRIO

Sr. Ministro Evandro Lins (Relator): — Na sessão de 6-10-66, a 1.ª Turma converteu o julgamento deste *habeas corpus* em diligência, para requisição dos autos originais, tendo em vista a quantia diminuta do cheque emitido pelo paciente. Naquela oportunidade, fiz o seguinte relatório:

“Jovino de Jesus pede *habeas corpus* em seu próprio favor, alegando estar condenado pelo Juiz da 6.ª Vara Criminal da Guanabara, como incurso no art. 171, n.º VI, do Cód. Pen., a 3 anos de reclusão e multa de cinco mil cruzeiros, por ter emitido um cheque no valor de sete mil e quinhentos cruzeiros, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado. Sustenta que não há justa causa para a condenação.

O *habeas corpus* foi requerido inicialmente ao Tribunal de Justiça da Guanabara, cuja 3.ª Câmara Criminal se deu por incompetente, por haver confirmado a decisão condenatória.

Solicitei informações, que foram prestadas pelo ilustre presidente Dr. Martinho Garcez Neto, onde se esclarece que acusado emitia o cheque indiscriminado em pagamento de mercadorias à Importadora Exim Ltda. Acrescentam as informações que o paciente confessou a emissão do cheque e não negou a falta de provisão de fundos, assinalando que a sua folha de antecedentes registra 10 processos anteriores pelo mesmo crime”.

Não há o que acrescentar a esse relatório, a não ser que os autos originais se encontram apensados aos do *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Evandro Lins (Relator): — Examinei detidamente os autos originais e verifiquei que o paciente, apesar de registrar vários processos em sua folha de antecedentes, é tecnicamente primário, uma vez que não há notícia de que houvesse sido anteriormente condenado. O fato que lhe é atribuído não está suficientemente esclarecido, só tendo deposto sobre ele o próprio lesado, assim mesmo em declaração não convincente. Esse mesmo lesado, em processo análogo resultante da mesma transação feita com o paciente, e que correu por outra Vara, admitiu que o cheque fôra recebido para só descontá-lo dias depois (fls. 112 dos autos originais).

É preciso levar em conta, ainda, o diminuto valor do cheque (Cr\$

7.500, antigos), como temos entendido em outros casos. Na verdade, o cheque se tem desvirtuado de sua finalidade, em grande número de operações. Daí a tendência em receber com reservas as acusações de crime de fraude no pagamento por meio desse título. Em livro recente, Casamayor, Juiz da Corte de Cassação de Paris, assinala como os cheques sem provisão de fundos congestionam os serviços da justiça criminal, no mundo contemporâneo. E informa que, no Japão, "aquele que emite um cheque sem fundos se vê simplesmente privado de seu talão e proibido da abertura de conta em banco" (*La justice, l'homme et la liberté*, 1964, 207/8).

Vê-se a tendência de retirar do Código Penal tal infração, para fazê-lo sofrer sanções de natureza administrativa. Razões de ordem prática, entre outras, aconselham essa solução, inclusive para aliviar os cartórios criminais de uma infinidade de processos dessa natureza. Há estatísticas alarmantes, que indicam ser vultosíssima a quantidade de inquéritos e ações penais por tal crime, sem que a Justiça disponha de meios e recursos para poeirar, em tempo razoável, os casos de efetiva fraude daqueles em que o beneficiário do cheque o recebeu como garantia de dívida.

No caso dos autos, para um cheque de NCr\$ 7,50, foi aplicada uma pena de três anos de reclusão, e o paciente já se encontra preso desde 1.º de julho de 1965 (fls. 104 dos autos originais). isto é, há mais de um ano e meio.

Apesar das referências da fôlha penal do paciente, não vejo como condená-lo sem elementos que convençam de que ele praticou o crime de que é acusado.

Pelos motivos expostos, concedo a ordem impetrada por ausência de justa causa para a condenação,

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: A Turma, unânime, concedeu a ordem pedida.

Presidência do Exmo. Sr. Minis-

tro Hahnemann Guimarães. Relator, o Exmo. Sr. Ministro Evandro Lins e Silva. Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Ministros Aliomar Baleeiro, Adalício Nogueira, Evandro Lins e Silva, Pedro Chaves e Hahnemann Guimarães.

Brasília, 21 de fevereiro de 1967.

— *Guy Milton Lang*, Secretário.

(*Rev. Trim. de Jurispr.*, 40/474)

RECURSO DE HABEAS CORPUS N.º 43.599 — GB

Supremo Tribunal Federal

Primeira Turma

Relator: O Sr. Ministro Victor Nunes Leal.

Recorrente: Edmond El Sid.

Recorrido: Tribunal de Justiça.

— *Cheque sem fundos. Presunção de ter sido emitido em sua função legal. Cabe à defesa providenciar a prova do desvio de finalidade no uso do cheque.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

Brasília, 17 de outubro de 1966 (data do julgamento). — Victor Nunes Leal, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Victor Nunes: — Trata-se de emissão de cheque sem fundos, no valor de Cr\$ 908.500.

Na Polícia, o paciente declarou que havia comprado e pago uma parte da mercadoria; por sugestão do próprio vendedor, é que emitiu o cheque em causa, com data futura, quando o restante da mercadoria seria entregue. Era, pois, simples dívida, para pagamento posterior.

Duas testemunhas foram arroladas pelo Ministério Público. Como uma delas residisse em São Paulo e

a outra não tivesse sido encontrada, o Promotor desistiu da prova, que assim se encerrou apenas com o corpo de delito, que era o cheque, e prova colhida na polícia.

Por isso, o paciente impetrou *habeas corpus* ao Tribunal da Guanabara, sustentando a nulidade do processo. Argumentou que não há prova complementar testemunhal, colhida em Juízo; que o crime de emissão de cheque sem fundos pressupõe fraude, que, no caso, só se poderia provar mediante testemunhas. O Promotor, ao invés de diligenciar para a inquirição das testemunhas por ele arroladas, dela desistiu.

Citou o impetrante — reiterando a argumentação neste recurso, uma vez que o *habeas corpus* foi indeferido — decisões do Supremo Tribunal (HC 34.878, D.J. 7-10-57) do Tribunal de São Paulo (R.T. 296/-117, 305/463) e do Tribunal da Guanabara (D.J. 28-9-64, pág. 14.277) no sentido de que só a prova policial não basta para a condenação. Este último acórdão, da Guanabara, fôra proferido exatamente num caso de cheque sem fundos, e o Tribunal sustentou que alguma prova testemunhal deveria ter sido produzida, mas nem a vítima fôra ouvida em juízo. No caso presente também alega o recorrente que em juízo não se ouviu a vítima, nem qualquer testemunha.

O Tribunal da Guanabara, para negar o *habeas corpus*, ponderou que a prova é necessária à defesa. A ela incumbe comprovar ou demonstrar a excludente da criminalidade da emissão do cheque sem fundos, pois a materialidade do ato delituoso consiste no próprio cheque devolvido pelo Banco sem pagamento.

Na sentença, mencionara-se a circunstância de já se ter envolvido o acusado em outros casos de emissão de cheque sem fundos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Victor Nunes (Relator): — Minha primeira inclinação foi para dar provimento ao recurso e anular o processo, pois o paciente,

na Polícia, afirmou ter emitido o cheque para pagamento futuro. Mas o acusado deixou correr o processo à revelia, tendo observado a sentença que êle fugiu logo após a instauração do processo. Nem é pessoa que pela primeira vez se veja envolvido em situação dessa natureza.

Cabia, pois, a êle comprovar que emitiu o cheque, não como ordem de pagamento, mas como título de dívida. Ao Ministério Público, *prima facie*, basta exhibir o cheque. A revelia do paciente, que chegou a depor na Polícia, faz presumir que não pudesse provar suas alegações de defesa.

Tenho acompanhado o Tribunal, quando nega a validade à prova produzida apenas na Polícia. Mas, no caso, a prova não é apenas policial, embora o juiz tenha argumentado supletivamente com depoimentos tomados na Polícia e não produzidos em juízo. No caso, há também o próprio cheque, que é prova, e a principal delas. A presunção, em tais casos, é de que foi emitido como ordem de pagamento, porque assim a lei define êsse título.

O desvio do cheque é que deve ser provado, e essa prova incumbe, em princípio, à defesa. Não está a acusação obrigada, em todos os casos, a fazer prova em contrário, além de exhibir o cheque frustrado. Nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negado provimento. — Unanimemente.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Victor Nunes, Relator. Tomaram parte no julgamento os Excelentíssimos Senhores Ministros Osvaldo Trigueiro, Evandro Lins e Silva e Victor Nunes. Ausente, ocasionalmente, o Exmo. Sr. Ministro Lafayette de Andrada. Ausente, por se encontrar no exercício da presidência do Tribunal, o Exmo. Senhor Ministro Cândido Motta Filho.

Brasília, 17 de outubro de 1966. — Alberto Veronese Aguiar, Secretário de Turma.

(Rev Trim. Jur., 39/527).

RECURSO DE HABEAS CORPUS
N.º 43.598 — GB

Supremo Tribunal Federal

Terceira Turma

Relator: O Sr. Ministro Prado Kelly.
Impetrante: Antônio Evaristo de Moraes Filho. Recorrente: Abdul Kader El Samad. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara.

O pagamento do valor do cheque, antes do oferecimento da denúncia, desautoriza a condenação por crime previsto no art. 171, § 2.º, VI, do C. Penal.

— Reiteração de critério jurisprudencial.

Provenimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de Recurso de *Habeas Corpus* número 43.598, em que é recorrente Abdul Kader El Samad e é recorrido o Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, decide a 3.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, dar provimento ao recurso, de acôrdo com as notas juntas.

Distrito Federal, 16 de setembro de 1966. — *Gonçalves de Oliveira*, Presidente. — *Prado Kelly*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Prado Kelly: — A matéria de fato e de direito vem assim exposta no acórdão da 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Guanabara, à fls. 13:

“O paciente está condenado como incurso no art. 171, § 2.º, n.º VI, por haver, como sócio gerente de “Confecções Samitex Ltda.”, emitido um cheque de Cr\$ 187.000, sem dispor de suficiente provisão em poder do sacado. Alega que, antes da instauração do processo de ação penal, reembolsou o portador do cheque, o que excluiu o crime ou, pelo menos, tornou possível a aplicação do art. 171, § 1.º, do C. Penal. Alega, ainda, que emitiu o cheque por erro, na persuasão de que possuísse fundos, ignorando que o estabelecimento bancá-

rio lançara, a débito de sua conta, uma nota promissória de que era devedor.

Há, realmente, acórdãos que sufragam a tese defendida pelo ilustre impetrante, mas com tal opinião é impossível concordar, por se assentar em erro técnico. Verificado a fraude no pagamento por meio do cheque, o que ocorre no momento em que o cheque é entregue ao portador, consumado ficou o crime, que não desaparece pelo ressarcimento do dano. Este, nos termos do art. 48, IV, letra b, só funciona como atenuador da pena. Em lugar nenhum do mundo se define a emissão do cheque como uma tentativa de estelionato, de modo a permitir a regra da desistência voluntária ou do arrependimento eficaz. O crime se consuma no momento em que o emitente faz a entrega do cheque, ou quando este é apresentado ao sacado, segundo outros autores.

Pelo mesmo motivo, não se pode aplicar, em caso de pagamento, a regra do art. 171, § 1.º, pois o dano foi o do montante do cheque, embora posteriormente reparado. Não há, pois, como considerar, em tal caso, de pequeno valor o prejuízo.

Quanto a ter havido erro na emissão, persuadido o sacador de que possuía fundos, é matéria de prova, insuscetível de exame através de *habeas corpus*. O erro essencial efetivamente isenta de pena o agente e no caso não se fez prova material de ter sido avisado o paciente, do lançamento a débito de sua conta bancária. A simples palavra do gerente do banco não parece suficiente, pois, certamente, não iria confessar haver lançado mão dos depósitos de seu cliente, fazendo justiça pelas próprias mãos, à revelia deste. E a conspirar no sentido da ocorrência de erro está o fato da emissão do cheque para pagamento de uma duplicata, a substituição de um título por outro, ambos suscetíveis de protesto, e do cheque, podendo resultar processo-crime contra o subscritor. Mas o Dr. Juiz compreendeu os fatos de outro modo e só o exame dos autos, através de recurso regular, poderá ensejar nova decisão.”

Insiste o recorrente, por seu illustre advogado, que "o reconhecimento do erro essencial seria o suficiente para a concessão da ordem por falta de justa causa", mas acrescenta:

"... 4. Outros fundamentos, porém, deduzidos na petição de fls. 2, usque 5, igualmente autorizam o deferimento do pedido.

5. Com efeito, constitui fato assente o de que o paciente, antes da instauração do inquérito policial, tão logo teve conhecimento do protesto do cheque, efetuou o pagamento do mesmo ao credor. O despacho instaurador do inquérito data de 31-3-65 e a quitação do título deu-se a 8 de março do mesmo ano.

6. Em reiterados julgados transcritos na inicial, êsse Egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu que o pagamento do valor do cheque, antes do oferecimento da denúncia, desautoriza a condenação pelo crime previsto no art. 171, § 2.º, VI, do C. Penal. Tal entendimento se consagrou no julgamento dos *habeas corpus* n.º 42.172 e 42.723, dos quais foram relatores, respectivamente, os Ministros Luiz Gallotti e Hahne-mann Guimarães (vide *R.T.J.* 33-418 e 36-185).

7. A esta jurisprudência do Pretório Excelso não se amoldou o V. acórdão recorrido que, igualmente, não reconheceu sequer ao pagamento do cheque, antes do início da ação penal, o efeito de possibilitar a concessão dos benefícios previstos no artigo 171, § 1.º, do C. Penal."...

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Prado Kelly (Relator): — A denúncia (certidão de fô-lha 6) afirma que o cheque em questão, de 15-1-65, havia sido entregue pelo acusado, na própria data da emissão, a Belarmino Coutinho Rodrigues, como pagamento de uma duplicata, sendo certo que o lesado ignorava a ausência de cobertura bancária.

Mas, no interrogatório, adiantou o réu haver pago o cheque e este fato foi confirmado por Belarmino Coutinho Rodrigues (fls. 7) e é dado por

certo nas informações de fls. 11 e no próprio acórdão de fls. 13.

A prova da quitação, em 8-3-65, consta à fls. 6 verso.

Antecedeu, portanto, à instauração do inquérito (31-3-65).

A jurisprudência desta Côrte se firmou no sentido de que, em tais hipóteses, o fato do pagamento desautoriza a condenação para o crime previsto no art. 171, § 2.º, VI, do C. Penal (acórdão em *R.T.J.* 33-418 e 33-185).

Dou provimento ao recurso, para conceder a ordem, por falta de justa causa.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Deram provimento, por decisão unânime.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira. Relator, o Exmo. Sr. Ministro Prado Kelly. Tomaram parte no julgamento os Excelentíssimos Srs. Ministros Eloy da Rocha, Prado Kelly, Hermes Lima e Gonçalves de Oliveira. Licenciado o Exmo. Sr. Ministro Luiz Gallotti, Presidente da Turma.

Brasília, 16 de setembro de 1966. — José Amaral, Secretário de Turma.

(Rev. Trim. Jur. 41/754).

HABEAS CORPUS N.º 43.647 — DF

Supremo Tribunal Federal

Segunda Turma

Relator: O Sr. Ministro Vilas Boas
Paciente: Hélio Pimentel

1) *Cheque sem fundos. Ressarcimento do prejuízo. Inexistência de justa causa para o procedimento criminal.*

2) *Habeas Corpus concedido.*

ACÓRDÃO

Vistos, etc.

Resolve a 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, unânime, conceder a ordem, *ut notas taquigráficas.*

Custas *ex lege.*

Brasília, 18 de outubro de 1966. —
Hahnemann Guimarães, Presidente.
— *A. M. Vilas Boas*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vilas Boas: — Hélio Pimentel foi condenado pelo Dr. Juiz da 2.^a Vara Criminal do Distrito Federal a um ano de detenção, como incurso nas sanções do art. 171, § 2.^o, n.^o VI, do C. Penal (cheque sem fundos).

O Tribunal de Justiça denegou seu pedido de *habeas corpus*.

Daí o presente *writ*, que se apóia em numerosas decisões do Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vilas Boas (Relator): — Sr. Presidente, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, sendo pago o cheque, inexiste justa causa para o prosseguimento da ação penal.

Tenho que esta interpretação é correta e razoável. Já existe hoje pesada sanção administrativa contra o emitente do cheque sem fundos.

Assinala bem o ilustre jurista francês Casamayor, em seu livro *L'Homme, la Justice et la Liberté*, o crescente enfraquecimento, na escala mundial, da tutela penal do cheque. A tendência moderna é pelas sanções administrativas, a exemplo daquela que citei acima.

No julgamento de HC 39.990, afirmou o eminente Ministro Pedro Chaves, acompanhado pela unanimidade do Plenário:

“O que não me parece curial é que se abra um inquérito judicial depois que o direito deixou de existir, porque desapareceu o prejuízo. De modo que se me afigura que nem havia justa causa para a instauração do procedimento criminal, iniciado o processo depois de pago o cheque, depois de desaparecido o prejuízo”.

O Dr. Promotor Público houve por bem pedir a absolvição do réu, no caso ora em julgamento. A propósito, citou acórdãos do Supremo Tribunal Federal, v.g., o HC 42.172, e o HC 39.650.

A sentença condenatória confirmou isto tudo.

Com estas palavras, Sr. Presidente, baseado nos precedentes citados, concedo a ordem, na forma da inicial.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: A Turma, unânime, concedeu a ordem por falta de justa causa para o processo penal.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Hahnemann Guimarães.

Relator, o Exmo. Sr. Ministro Vilas Boas. Tomaram parte no julgamento os Excelentíssimos Srs. Ministros Aliomar Baleeiro, Adalício Nogueira, Vilas Boas e Hahnemann Guimarães. Licenciado o Exmo. Sr. Ministro Pedro Chaves.

Brasília, 18 de outubro de 1966. —
Guy Milton Lang, Secretário.

(Rev. Trim. Jur. 39/370)

RECURSO DE HABEAS CORPUS N.^o 43.693 — GB

Supremo Tribunal Federal

Primeira Turma

Relator: O Sr. Ministro Evandro Lins e Silva.

Recorrente: Evaristo Chalbaud Biscaia. Recorrido: Tribunal de Justiça.

Habeas corpus — 1) *Penal. Individualização. Atendimento das circunstâncias do art. 42 do C. Penal para a graduação da pena extraída do conjunto da fundamentação da sentença. Pena-base: desnecessária sua fixação expressa, quando não haja agravantes ou atenuantes legais que a alterem.*

2) *Cheque sem fundos — Não há identidade jurídica entre emissão e endosso, sendo inadmissível sua equiparação, para efeitos penais, sob pena de atentar-se contra o princípio da reserva legal.*

3) *Concurso de pessoas, na emissão de cheque sem fundos. Hipótese do crime de estelionato caput do Art. 171 do C. Penal. Matéria de prova insuscetível de ser dirimida em habeas corpus.*

Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

Brasília, 24 de outubro de 1966. — A. C. Lafayette de Andrada, Presidente. — Evandro Lins e Silva, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Evandro Lins: — O ilustre advogado Dr. Serrano Neves requereu *habeas corpus* ao Egrégio Tribunal de Justiça da Guanabara em favor do Dr. Evaristo Chalbaud Biscaia, condenado pelo juízo da 9.^a Vara Criminal do Estado a um ano e seis meses de reclusão e multa de vinte mil cruzeiros, por incurso, em co-autoria com Cecília Clara Alvim Correia, nas penas do artigo 171, § 2.^o, n.^o VI, do C. Penal.

A petição contém dois fundamentos.

O primeiro é o de nulidade da sentença, dado que o juiz se limita a dizer, como fundamentação do *quantum* das penas aplicadas, que aplicara devidamente os arts. 42 e 43 do C. Penal, quando, segundo o impetrante, a simples citação de tais dispositivos “não pode responder, por si só, aos graves objetivos do instituto da individualização da pena, fazendo-se mister que o juiz, em primeiro lugar, fixe a pena-base, para, depois, cuidar de aumentá-la ou diminuí-la”. Cita a decisão do S. T. F. no HC 39.903, de que foi relator o eminente Ministro Victor Nunes, como em apoio de sua tese.

O segundo é o de falta de justa causa para a condenação, pois acen-tua “não há identidade jurídica entre emissão e endosso. Mas suponha-se — continua — para argumentar — que a equivalência seja um fato. Ainda assim prevaleceria o argumento terminante: quem endossa um cheque, para compensação, estaria mantendo em erro algum banco, se, porventura, recebesse a im-

portância do cheque antes da compensação?” É ululantemente exato que não, afirma o impetrante. “E não, porque os cheques desse tipo são obrigatoriamente testados pelos bancos. Ora, se um funcionário competente manda pagá-los sem a cautela regulamentar, daí não se pode concluir que a operação haja sido precedida de ardil, artifício ou qualquer outro meio fraudulento”.

Invoca, afinal, o art. 14 do C. Penal, sobre tentativa impossível, para sustentar que, no caso, ainda que se admitisse o conluio entre os co-réus, o cheque era absolutamente ineficaz para manter alguém em erro, pois deveria obrigatoriamente ser levado à compensação.

Prestadas as informações, sob relatório e voto do ilustre Des. Roberto Medeiros, a Egrégia 2.^a Câmara Criminal denegou a ordem pelo acórdão de fls. 17-18.

Daí, o presente recurso ordinário, em que insiste o impetrante nos argumentos da inicial.

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Evandro Lins (Relator): — Quanto ao primeiro fundamento, não dou razão ao impetrante. Neste ponto, discordando em parte do assentado no julgamento dos HC 38.178-GB e 39.903-SP, de que foram relatores os eminentes Ministros Gonçalves de Oliveira e Victor Nunes Leal, entendo que o atendimento dos arts. 42 e 43 do C. Penal, e 387 do C. Pr. Pen., não existindo forma sacramental, pode dar-se por satisfeito se do corpo de sentença ressaltam elementos capazes de explicar razoavelmente o *quantum* da pena fixada. Só há necessidade de uma expressa referência à pena-base quando esta há de sofrer acréscimo ou diminuição pela interferência de atenuantes ou agravantes legais (C. Penal, arts. 44 e 48). Quando não haja, como no caso, agravantes ou atenuantes obrigatórias a considerar, não há que falar em pena-base, pois esta é a que deveria resultar do complexo das chamadas circunstâncias judiciais arroladas no art. 42 e se identificaria assim com a pena fi-

xada. Na espécie, an'e a fundamentação global da sentença, parece-me justificado, à primeira vista, o *quantum* das sanções impostas, de forma a não configurar a pretendida nulidade da sentença. Se acaso injusta a fixação, o momento próprio para corrigi-la é o julgamento do amplo recurso da apelação.

Não colhe melhor êxito o recorrente no que tange à alegada falta de justa causa.

O acórdão recorrido está brilhantemente fundamentado e sempre sustente a tese por êle adotada, isto é, não se pode equiparar, para efeitos penais, a emissão e o endosso de cheques sem provisão de fundos em poder do sacado. Acentua a decisão recorrida, com absoluta procedência: "Num regime que adota o princípio da reserva legal, somente pode fazê-la a lei, não o intérprete. Só por aplicação analógica da lei penal, vedada no nosso direito, seria possível punir o endosso do cheque sem fundos com as penas da emissão de cheque sem fundos. O endosso de um cheque sem fundos poderá, tais sejam as circunstâncias, constituir estelionato (art. 171, *caput*), nunca 171, § 2.º, n.º VI".

Entendeu o acórdão recorrido que, no caso, o paciente funcionara como co-autor da emitente, no crime de fraude no pagamento por meio de cheque. Seria possível discordar dêsse entendimento, admitindo que a consecução de vantagem ilícita fôra obtida pela confiança de que gozava o paciente junto ao banco lesado, o que lhe permitiu receber o valor do cheque antes que, pelo mecanismo da compensação, se verificasse a existência da respectiva provisão de fundos. Nessa hipótese, o cheque emitido pela co-ré teria servido como instrumento da fraude atribuída ao paciente. Dêsse suposto conluio entre ambos resultaria o crime previsto no *caput* do art. 171 do C. Penal. Essa inversão de posições levaria a outra conclusão: a co-ré passaria a co-autora de delito de estelionato.

Esse aspecto do problema, contudo, não foi objeto do pedido e, além disso, demandaria o exame de outros elementos dos autos, insuscetíveis de

serem dirimidos pela via sumária do *habeas corpus*:

Também não há que falar em tentativa impossível por inidoneidade do cheque para a prática da fraude, por estar a ordem sujeita à prévia compensação. De início, não se cogita de tentativa impossível se o crime veio a ser consumado. Seria uma contradição absoluta, que contém em si um absurdo lógico. Por outro lado, é fato notório que os bancos costumam pagar cheques contra outro estabelecimento, antes de levá-los à compensação, quando o depósito é feito por clientes de sua confiança. Quem abusa desta confiança e recebe antecipadamente a importância do cheque que depositou, sabendo-o sem fundos, comete fraude. Não há pois, na hipótese, tentativa impossível.

Pelos motivos expostos, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negaram provimento em decisão unânime.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Lafayette de Andrada. Relator, o Excelentíssimo Sr. Ministro Evandro Lins e Silva. Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Ministros Oswaldo Trigueiro, Evandro Lins e Silva, Victor Nunes Leal e Lafayette de Andrada. Ausente, por se encontrar no exercício da Presidência do Tribunal, o Exmo. Sr. Ministro Cândido Motta Filho.

Brasília, 24 de outubro de 1966. — Alberto Veronese Aguiar, Secretário de Turma.

(Rev. Trim. de Jur., 40-323)

RECURSO DE HABEAS CORPUS N.º 43.767 — GB

Supremo Tribunal Federal

Segunda Turma

Relator: O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães

Recorrente: Deolindo Vieira da Silva. Recorrido: Tribunal de Justiça.

O paciente não auferiu vantagem ilícita com a emissão do cheque, que foi pago.

ACÓRDÃO

Vistos êstes autos n.º 43.767, a Segunda Turma dá provimento ao recurso de Deolindo Vieira da Silva, conforme as notas juntas.

Brasília, 22 de novembro de 1966.
— *Hahnemann Guimarães*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro *Hahnemann Guimarães*: — O advogado Nordau Mottier Duarte requereu ao Tribunal de Justiça *habeas corpus* em favor de Deolindo Vieira da Silva, condenado pelo Juiz da 10.ª Vara Criminal a 1 ano de reclusão, nos termos do C. Penal, art. 171, § 2.º, VI. Baseou-se o pedido em que não existe vítima, ou esta não foi ouvida para declarar se recebeu o cheque como ordem de pagamento, ou para garantia de dívida, se sabia ou não da existência de fundos.

A 3.ª Câmara Criminal negou o pedido, pois o impetrante pretende que o Tribunal entre no exame da prova, para concluir que não se caracterizou o crime, que motivou a condenação (fls. 19).

Interpôs-se recurso (fls. 21), em que se sustenta não haver justa causa para o processo penal.

A fls. 27, pediu o requerente a juntada de certidão do recibo de quitação passado pelo credor; de que o credor não foi ouvido no inquérito, nem no sumário de culpa; de que o réu foi absolvido em processo relativo à emissão do mesmo cheque.

VOTO

O Sr. Ministro *Hahnemann Guimarães* (Relator): — Dou provimento ao recurso, para conceder a ordem pedida, visto como o paciente não auferiu vantagem ilícita com a emissão do cheque, que foi pago.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: A Turma, unânime, deu provimento ao recurso para conceder a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro

Hahnemann Guimarães, Relator. Tomaram parte no julgamento os Excelentíssimos Srs. Ministros Aliomar Baleeiro, Adalício Nogueira e *Hahnemann Guimarães*. Licenciado o Excelentíssimo Senhor Ministro Pedro Chaves.

Brasília, 22 de novembro de 1966.
— *Guy Milton Long*, Secretário.
(Rev. Trim. Jur., 40-327)

HABEAS CORPUS N.º 43.701 — GB

Supremo Tribunal Federal

Terceira Turma

Relator: O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira
Impetrante: José Bonifácio Diniz de Andrada. Paciente: Antônio José Santana

Estelionato. Cheque sem fundos pago antes da denúncia. Inexistência de fraude. Habeas corpus concedido.

ACÓRDÃO

Vistos, etc.

Acorda a Terceira Turma do Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime, conceder a ordem, de acôrdo com as notas taquigráficas.

Custas na forma da lei.

Brasília, 1.º de dezembro de 1966.
— *Luiz Gallotti*, Presidente. — *Gonçalves de Oliveira*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira: — Sr. Presidente, o ilustre advogado José Bonifácio Diniz de Andrada impetra ao Supremo Tribunal Federal uma ordem de *habeas corpus* em favor de Antônio José Santana, processado na Justiça do Estado da Guanabara como incurso nas penas do art. 171, § 2.º, n.º VI, do C. Penal (emissão fraudulenta de cheque sem fundos).

Alega o douto impetrante que a denúncia foi oferecida em 15 de agosto do corrente ano, atribuindo ao paciente a emissão de um cheque sem fundos, no valor de duzentos e oitenta e três mil e seiscentos cru-

zeiros, em favor de uma firma, datado de 7 de fevereiro último, mas esse cheque foi pago pelo ora paciente antes da denúncia.

Cita o impetrante em prol da sua argumentação um acórdão do Supremo Tribunal Federal, no RHC 42.172, provido unânimemente de que foi Relator V. Exa., eminente Ministro Luiz Gallotti.

A ementa do acórdão está assim redigida: "Trata-se de um cheque de cinco cruzeiros, importância que foi paga pelo paciente no início do inquérito policial, mais de um ano e três meses antes de oferecida a denúncia.

Em face do que tem decidido o Tribunal, em casos análogos, de cheques aliás com valor maior, dou provimento ao recurso, para conceder o *habeas corpus* por falta de justa causa".

Cita, também, o HC 39.650, de que fui Relator, cuja decisão foi a seguinte:

"Estelionato. Emissão de cheque sem fundos. O paciente pagou o valor do cheque e a vítima não estava certa de que o emitente tinha fundos no Banco".

O douto impetrante aduz ainda que, no caso em tela, o paciente está com prisão preventiva decretada, achando-se preso desde o dia 18 de agosto, conforme prova dos autos.

Há nos autos, à fls. 4v., certidão que contém recibo da firma credora, dizendo que o cheque foi pago.

Foram prestadas informações pelo ilustre Presidente do Tribunal de Justiça, confirmando os fatos e defendendo a tese de que o pagamento do cheque não importa em trancaimento da ação penal por falta de justa causa.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira (Relator): Sr. Presidente, meu voto é concedendo a ordem.

Realmente, o paciente não teve intenção dolosa, tanto assim que pagou o cheque. Não houve, portanto, uma intenção fraudulenta no caso de que se trata.

Meu voto, pelo exposto e atendendo à jurisprudência enunciada na petição deste *habeas corpus*, é no sentido de conceder a ordem.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Concedido unânimemente. Presidência do Exmo. Sr. Ministro Luiz Gallotti. Relator, o Exmo. Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Ministros Eloy da Rocha, Prado Kelly, Hermes Lima, Gonçalves de Oliveira, e Luiz Gallotti.

Secretaria da Terceira Turma, em 1.º de dezembro de 1966. — José Amaral, Secretário.

(R.T.J., vol. n.º 41, julho-setembro de 1967, págs. 756 e seg.).

CONFLITO DE JURISDIÇÃO N.º 3.957 — PR

Supremo Tribunal Federal

Primeira Turma

Relator: O Sr. Ministro Victor Nunes Leal

Suscitante: Juiz de Direito da Comarca de Ourinhos. Suscitado: Juiz de Direito da Comarca de Andirá.

1) *Cheque sem fundos. Competência do juízo do domicílio do banco sacado.*

2) *Precedentes do S.T.F.:*
Cj. 2.784, HC 41.061, RHC 41.993, Cj 2.845, HC 42.112, Cj 3.000, RHC 43.194, Cj 3.148, RHC 44.229.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, julgar procedente o conflito e competente o juízo da Comarca de Andirá (Estado do Paraná).

Brasília, 19 de junho de 1967. — Lafayette de Andrada, Presidente. — Victor Nunes Leal, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Victor Nunes: — Trata-se de cheque sem fundos, datado de Andirá (PR) (fls. 14), mas entregue em Ourinhos (SP), no ato da compra das mercadorias a que se refere.

O sacado é a agência de Andirá, do Banco Noroeste do Estado de São Paulo.

Na Comarca do lugar do frustrado pagamento correu o processo criminal, mas o juiz se deu por incompetente, porque o cheque deveria considerar-se emitido no lugar de sua tradição, em Ourinhos (fls. 32).

Igualmente declinou de sua competência o Juiz de Ourinhos, que, ressaltando sua opinião em contrário, se rendeu à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal e do Tribunal de Justiça de São Paulo: R. T 311-128, 311-651, D.J. 16.6.65, Página 1.433 (fls. 40).

A Procuradoria-Geral incidiu em equívoco, supondo tratar-se de conflito sobre crime contra a economia popular (fls. 43).

VOTO

O Sr. Ministro Victor Nunes (Relator): — Como o cheque foi sacado contra a agência do Banco Noroeste do Estado de São Paulo, em Andirá, Estado do Paraná, julgo procedente o conflito e procedente o juízo daquela comarca. Esta é a nossa jurisprudência, já reiterada com a atual composição do Tribunal: Cj 2.784 (27.8.64); HC 41.061 (4.11.64); R.T.J. 32/207; RHC 41.993 (10.3.64); R.T.J., 32/362; Cj 2.845 (5.4.65), R.T.J. 33/108; HC 42.112 (12.4.65), R. T. J. 32/574; Cj 3.000 (17.2.66), R.T.J. 36/327. RHC 43.194 (19.4.66), R. T.J. 37/384; Cj 3.148 (20.6.66); RHC 44.229 (31.5.67).

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Conheceram do conflito e deram pela competência do Juízo de Andirá, no Paraná. Decisão unânime.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Lafayette de Andrada. Relator, o Excelentíssimo Sr. Ministro Victor Nunes. Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Ministro Adauto Cardoso, Djaci Falcão, Victor Nunes Leal e Lafayette de Andrada. Ausente, justificadamente, o Exmo. Senhor Ministro Osvaldo Trigueiro.

Brasília, 19 de junho de 1967.

— *Alberto Veronese Aguiar*, Secretário de Turma.

(Rev. Trim. Jur. 42, pág. 414).

HABEAS CORPUS N.º 43.899 — GB

Supremo Tribunal Federal

Primeira Turma

Relator: O Sr. Ministro Victor Nunes Leal.

Paciente: Osmar de Souza Costa.

Cheques sem fundos. Resgate após a denúncia. Valor apreciável.

Habeas corpus denegado (HC 44.746, 24.4.67).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar a ordem.

Brasília, 8 de maio de 1967. — *A. C. Lafayette de Andrada*, Presidente. — *Victor Nunes Leal*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Victor Nunes: — O paciente, Osmar de Souza, foi condenado, em primeira instância, à pena de um ano de reclusão e multa de Cr\$ 1.000,00, com base no art. 171, § 2.º, do C. Penal. Resultou o processo de haver o paciente emitido um cheque de Cr\$ 200.000,00 (antigos), sem provisão de fundos.

Apóia-se o pedido de *habeas corpus* na alegação de ter sido o cheque resgatado antes da sentença condenatória, pouco depois de apresentada

a denúncia. Entende o impetrante que, em tais circunstâncias, não há justa causa para a condenação.

VOTO

O Sr. Ministro Victor Nunes (Relator): — Nego a ordem.

O Presidente do Tribunal de Justiça demonstrou, nas informações (fls. 6), a improcedência do pedido. O resgate do cheque, após o início da ação penal, embora antes da sentença, não poderia ter o efeito de extinguir a punibilidade.

As decisões dêste Tribunal, a que se reporta o impetrante, não têm aplicação à espécie. A primeira, HC 42.723 (7.12.65), R.T.J. 36/185, refere-se a um cheque liquidado antes da denúncia. Na segunda, HC 39.296 (17.8.62), D.J. 16.11.62, p. 688 (publicado erroneamente sob o n.º 32.296), tratava-se de cheque de infimo valor, que não é o caso dos autos.

Por isso, voto contrariamente à impetração, reportando-me a caso recente, julgado em nossa Turma pelo eminente Ministro Djaci Falcão: HC 44.746 (24.4.67).

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Negaram a ordem em decisão unânime.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Lafayette de Andrada. Relator, o Exmo. Sr. Ministro Victor Nunes. Tomaram parte no julgamento os Excelentíssimos Srs. Ministros Adauto Cardoso, Djaci Falcão, Osvaldo Trigueiro, Victor Nunes e Lafayette de Andrada.

Brasília, 8 de maio de 1967. — Alberto Veronese Aguiar, Secretário de Turma.

(Rev. Trim. Jur., 42/662).

HABEAS CORPUS N.º 44.170 — GB

Supremo Tribunal Federal

Tribunal Pleno

Relator: O Sr. Ministro Adauto Cardoso
Paciente: José Vieira Menezes.

Cheque sem fundos — Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos (Súmula 246). Habeas corpus concedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, conceder a ordem por maioria de votos.

Distrito Federal, 10 de maio de 1967. — Luís Gallotti, Presidente. — Adauto Cardoso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adauto Cardoso: — O advogado Wilson do Vale Fernandes impetra *habeas corpus* em favor de José Vieira de Menezes. Trata-se de emissão de cheque sem fundos, integralmente pago antes que fôsse iniciada a ação penal pela denúncia. A medida foi antes impetrada à eg. 2.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, que a denegou. O paciente foi condenado a 1 ano de reclusão.

O paciente, construtor, pagou uma partida de cimento com um cheque contra o Banco da Lavoura de Minas Gerais. O cheque foi protestado e o paciente o liquidou em prestações.

O paciente é casado, pai de dois filhos menores e não registra antecedentes penais. A ordem lhe foi denegada, segundo se vê das informações, porque o *habeas corpus* não é meio idôneo para apreciação do mérito da ação penal mediante exame de provas e uma vez não provado que o paciente se acha sofrendo constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção, é de ser denegada a ordem (fls. 17).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Adauto Cardoso (Relator): — Concedo a ordem, em sufrágio da jurisprudência desta

Suprema Côrte, em numerosas e reiteradas decisões, como a de que foi relator o eminente Ministro Hahnemann Guimarães no HC 42.723 na R.T.J. 36/185, e ainda pelo que se consolidou na Súmula 246.

VOTO

O Sr. Ministro Eloy da Rocha: — Sr. Presidente, fico vencido, de acôrdo com votos que tenho proferido, porque não me parece possível examinar, no processo de *habeas corpus*, questões de fato que levassem à conclusão da inexistência do crime.

Nego a ordem.

DECISÃO

Como consta da ata a decisão foi a seguinte: Concedido, contra o voto do Ministro Eloy da Rocha.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Luiz Gallotti, Relator, o Exmo. Sr. Ministro Adauto Cardoso. Tomaram parte no julgamento os Exmos. Senhores Ministros Adauto Cardoso, Djaci Falcão, Eloy da Rocha, Aliomar Baleeiro, Osvaldo Trigueiro, Adalício Nogueira, Evandro Lins, Hermes Lima, Pedro Chaves, Victor Nunes, Gonçalves de Oliveira, Cândido Motta Filho e Lafayette de Andrada. Ausente justificadamente o Exmo. Senhor Ministro Hahnemann Guimarães. Licenciado o Exmo. Sr. Ministro Prado Kelly.

Brasília, 10 de maio de 1967. — Alvaro Ferreira dos Santos, Vice-Diretor-Geral.

(Rev. Trim. de Jur., 42/528).

HABEAS CORPUS N.º 44.274 — DF

Supremo Tribunal Federal

Segunda Turma

Relator: O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães.

Paciente: Alcides Frias.

Os cheques foram pagos antes do oferecimento da denúncia.

ACÓRDÃO

Vistos êstes autos n.º 44.274, a Segunda Turma concede a ordem pedida em favor de Alcides Frias, por falta de justa causa para a ação penal, conforme as notas juntas.

Brasília, 13 de junho de 1967. — Hahnemann Guimarães, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães: — O advogado Elvan Loureiro pede *habeas corpus* em favor de Alcides Frias, pois o Tribunal de Justiça negou o pedido, embora se verificasse que os cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado foram pagos antes do oferecimento da denúncia.

O Sr. Desembargador Joaquim de Souza Neto remeteu cópia do acórdão de 16 de maio último, em que o Tribunal em sessão plena negou a ordem pedida, por maioria de votos (fls. 20).

VOTO

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães (Relator): — Concedo a ordem requerida, por falta de justa causa para a ação penal, de acôrdo com a Jurisprudência dêste Tribunal.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: A Turma, unânime, concedeu a ordem por falta de justa causa.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Hahnemann Guimarães, Relator. Tomaram parte no julgamento os Excelentíssimos Srs. Ministros Aliomar Baleeiro, Adalício Nogueira, Evandro Lins e Hahnemann Guimarães.

Brasília, 13 de junho de 1967. — Guy Milton Lang, Secretário.

(Rev. Trim. de Jur., 42/188).

NOTAS

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL: ORGANIZAÇÃO E ATRIBUIÇÕES *

INTRODUÇÃO

Embora seja o Ministério Público vetusta instituição, com antecedentes que se perdem na Antigüidade Clássica, ainda é êle relativamente desconhecido.

É, pois, sempre e cada vez mais útil, dada a crescente importância, abrangência e complexidade de suas funções, focalizar, ainda que perfunctoriamente, esta notável instituição.

Alguns estudiosos da matéria vão encontrar seus *antecedentes remotos* no *Direito Romano*, com os *procuratores* e *rationales Caesaris*, do tempo de Adriano; com os *defensores civitatis*, do Baixo Império; e no *Direito Medieval*, com os *exatores fiscais* de Carlos Magno, e os *bailios* e *senechaes* da Dinastia Merovíngia. Exerciam, porém, estas autoridades atividades administrativas diversas daquelas do Ministério Público.

Cumprê accentuar que o Ministério Público nasceu, em verdade, no momento em que os reis, tendo deixado de prestar justiça, pessoalmente, delegaram tal função a magistrados, o que fêz surgir a necessidade da criação de representantes dos monarcas, para fiscalizarem a atuação dos juizes.

Por isto, outros vislumbram como *antecedentes próximos* dêste organismo, na França, seu verdadeiro berço, os *advogados* e *procuradores do rei* (*les gens du roi*), os quais, até o século XVI, eram, tão somente, representantes, junto às côrtes, dos interesses privados dos soberanos, tendo-se transformado, paulatinamente, em *agentes do poder público perante os tribunais*. Aponta-se a Ordenação de 25 de março de 1303, de Felipe, o Belo, como a lei que, pela vez primeira, fêz referências a *les gens du roi*, cumprindo, porém, ressaltar que já existiam de fato, tendo havido não uma criação, mas, antes, seu reconhecimento.

O organismo foi desenvolvendo-se, progressivamente, tendo sido objeto de disposições das Ordenações de 1493, 1498, 1552, 1557, e de 1586, culmi-

* Aula proferida, em 31-10-67, no Curso de Estágio promovido pela Procuradoria-Geral da Justiça do Estado da Guanabara.

nando esta evolução com a de agosto de 1670, de Luís XIV — a famosa *Ordenance Criminelle* — marco inicial de sua caminhada para a autonomia e prestígio, tendo atingido seus contornos definitivos com a Revolução Francesa, e através, principalmente, do *Código de Instrução Criminal* de 1808.

A instituição comunicou-se a outros países, como a Itália e Portugal, não tendo obtido, porém, aceitação em outros, como os Países Escandinavos e a Inglaterra. No próprio sistema jurídico soviético, existe a *Procuratura*, poderoso instrumento de controle da legalidade na proteção do regime político, social e econômico soviético, e dos direitos dos cidadãos (cf. arts. 113 a 117 da Constituição de 31-1-1924).

No Brasil, as origens do *parquet* encontram-se nas *Ordenações Manuéis*. O Alvará de 7 de março de 1609, que criou o Tribunal da Relação da Bahia, com o nome de Relação do Brasil, é tido por muitos como “a primeira lei relativa ao Ministério Público neste País”. Aludia ao *Procurador dos feitos da Coroa, Fazenda e Fisco* e ao *Promotor de Justiça*. Tais funções, com a criação, pelo Alvará de 13 de outubro de 1851, da Relação do Rio de Janeiro (a partir de 1808, Casa de Suplicação do Brasil), passaram a ser exercidas, também junto a esta, bem assim perante as Relações do Maranhão e de Pernambuco, posteriormente instituídas.

A Carta Imperial de 1824 não cuidou do Ministério Público mas, em seu regime, passou a existir o cargo de *Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional*.

O Código de Processo Criminal de 1832, reformado em 1871, colocou o *parquet* em posição subalterna, bastando dizer que ocorria o seguinte, à época: os eleitores podiam ser jurados; os jurados podiam ser promotores; um analfabeto, que podia ser eleitor e jurado, estava apto, portanto, a ser promotor. Por isto, segundo alguns, o primeiro diploma legal que, no Brasil, realmente tratou o Ministério Público como instituição foi o Decreto Federal 1030, de 14 de novembro de 1890.

A primeira Constituição Republicana, de 1891, não cuidou, sistematicamente, do organismo, tendo-se limitado, no art. 53, § 2.º, a estabelecer que o Presidente da República designaria, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o *Procurador-Geral da República*, com as atribuições definidas em lei. Era uma situação curiosa a de juizes transformando-se em membros do Ministério Público.

A Constituição de 1934 deu ao *parquet* posição de realce, tendo-o colocado, em primeiro lugar, na mesma categoria de Tribunal de Contas e dos Conselhos Técnicos, como “órgão de cooperação nas atividades governamentais” (arts. 95 a 98). Tratou do Ministério Público Federal junto aos Juízos Comuns, perante as Justiças Especializadas de que cuidava (a Militar e a Eleitoral), junto à Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, e do Ministério Público nos Estados.

A Carta de 37 não cuidava do *parquet* sistematicamente, limitando-se a referências esporádicas (cf. art. 99, 105 e parágrafo único do art. 109).

A Constituição de 1946 honrou o Ministério Público com um Título próprio (Título III), exclusivo, tendo disposto sobre as linhas mestras da instituição (arts. 125 a 128) no campo federal (junto à Justiça Comum, a Militar, a Eleitoral e a do Trabalho), no Distrito Federal e nos Territórios, e na área estadual.

Na Carta Magna vigente, o Ministério Público está disciplinado nos arts. 137 a 139, em uma seção (a IX) do capítulo dedicado ao Poder Judiciário.

Estão dadas as linhas gerais do organismo, à semelhança do que ocorria na de 46, destacando-se:

a) organização, em carreira, por lei federal, do Ministério Público da União junto aos juizes e tribunais federais, e do Distrito Federal e Territórios; e por lei estadual, do Ministério Público dos Estados;

b) ingresso na carreira, através de concurso público de provas e títulos;

c) estabilidade de seus membros, após dois anos de exercício; irremovibilidade, a não ser mediante representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço;

d) aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade ou por invalidez comprovada, e facultativa após trinta anos de serviço público, em todos esses casos com os vencimentos integrais;

e) fixação de vencimentos de seus membros com diferença não excedente a vinte por cento de uma para outra entrância, atribuindo-se aos de entrância mais elevada não menos de dois terços dos vencimentos dos desembargadores.

O Ministério Público Carioca, quando o Rio de Janeiro ainda era Distrito Federal, pertencia ao Ministério da Justiça, e regulava-se por leis federais, tal como ocorre com o *parquet* de Brasília e dos Territórios. Entre estas leis destacou-se o Código de Organização Judiciária (Decreto-lei 8.527, de 31-12-45, art. 127 a 183), derogado e substituído no particular, pela Lei 3.434, de 20-7-58 (Código do Ministério Público do antigo Distrito Federal), ainda em vigor, mas agora com o caráter e com a força de lei local (cf. art. 103 da atual Const. da Guanabara).

Com o advento do Estado da Guanabara, sua Constituição tratou da instituição (art. 39), tendo-a definido como “órgão da sociedade e fiscal da execução da lei” e contemplado, outrossim, com título próprio. A Reforma Constitucional de 67 introduziu na Carta Estadual os princípios da Constituição Federal vigente e algumas outras modificações fundamentais de que trataremos oportunamente (art. 66, Seção VIII do Capítulo IV, sobre o Poder Judiciário).

Do exposto, verifica-se a existência de um problema: o da posição do Ministério Público na estrutura dos três Poderes Políticos.

Há os que o consideram como um *Quarto Poder*, pela independência de que precisa desfrutar, pela sua função fiscalizadora em nome da sociedade e não, partícipe de um dos poderes estatais tradicionais. Seria a posição

ideal, *de lege ferenda*. Aliás, a orientação da Constituição de 34, colocando o Ministério Público como órgão de cooperação * em capítulo próprio; e da de 1946, pondo-o sob título especial também fora da estrutura dos três Poderes, demonstra uma certa tendência neste sentido, ou, pelo menos, a dificuldade na caracterização da instituição.

Do ponto de vista da organização administrativa, o Ministério Público tem estado, porém, no Brasil, no Poder Executivo, o que, do ponto de vista, por exemplo, da promoção da ação penal, é correto, pois que o titular do *jus puniendi* e do direito de acionar é o Estado, através do Poder Executivo (trata-se de uma atividade administrativa não-executória), sendo o Promotor o representante do Estado-Administração perante o Estado-Justiça *.

Já as Constituições Federal e Estadual da Guanabara vigentes dispõem sobre o *parquet*, no capítulo referente ao Poder Judiciário, razão por que há os que sustentam pertencer êle agora ao mesmo.

Respondem, outros, todavia, a esta opinião, argumentando que, ao enumerarem os órgãos do Judiciário, as citadas Cartas não incluem o Ministério Público (art. 107 da Const. Fed., art. 48 da Estadual), parecendo, por isto, mais lógico entender-se a colocação dada pelas mesmas como indicativa de que o organismo atua, na qualidade de fiscal da lei e defensor da sociedade, junto ao Judiciário, a cujos membros devem equiparar-se em direitos e prerrogativas.

Na realidade, o Ministério Público não atua, contudo, somente perante o Judiciário, tendo funções tipicamente administrativas, no âmbito do próprio Executivo.

É exato que, como integrante do Poder Judiciário, o Ministério Público terá maior independência com relação ao Executivo, mas perderá muito daquela referentemente à Magistratura judicante, junto à qual exerce, inegavelmente, a maior parte de suas atribuições.

O problema ainda continua em aberto, devendo ser acentuado que, na prática, porém, na área federal e na estadual da Guanabara, o Ministério Público continua a pertencer, administrativamente, ao Executivo.

Cumprе, finalmente, seja assinalado que as Constituições têm estabelecido um freio para o Executivo, na escolha de Procuradores-Gerais, Chefes do Ministério Público, com a submissão obrigatória do nome escolhido por aquêle ao Legislativo (cf. art. 95, § 1.º, da Const. de 34; art. 126, da Const. de 46; art. 188 da Const. de 67; em contrário, art. 58, § 2.º, da Const. de 91 e art. 99 da Carta de 37). As Constituições da Guanabara ainda têm sido mais rigorosas, exigindo que a escolha seja feita dentre os próprios membros da Procuradoria-Geral da Justiça ou da do Estado (art. 39, § 4.º, da Const. de 64; art. 66, § 4.º, da Const. de 67).

* O insigne PONTES DE MIRANDA considerava errônea tal denominação, pois que o Ministério Público *atua* e não, simplesmente, *coopera*.

* FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, 1961, vol. 1, pág. 12.

ASPECTOS GERAIS DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Podemos sintetizar a matéria em epígrafe, dizendo que ao Ministério Público cabe, fundamentalmente, *a defesa da Sociedade, pela promoção e fiscalização da execução do Direito*.

Significa afirmar que à nobre instituição compete velar pelos legítimos direitos da comunidade, acima das contingências político-partidárias e dos eventuais interesses de grupos. O *parquet* age, quer provocando por si mesmo a atuação do Direito, quer controlando a atividade jurídica dos magistrados, administradores, legisladores e particulares.

A fórmula ampla acima apresentada pode ser pormenorizada em cinco funções básicas:

I) — PROMOÇÃO DE AÇÕES PENAIS E CIVIS

A representação do Estado, no fôro criminal, pelo *Promotor* foi o núcleo básico de atuação da instituição, ao qual se foram agregando, com o tempo, outras atribuições. É, sem dúvida, ainda hoje, sua atividade típica, fundamental no *sistema processual penal acusatório*, que substituiu o *inquisitório*, no qual o magistrado acusava e julgava, promovia o processo penal e decidia.

Ao Promotor deve ficar entregue, com exclusividade, o direito da propositura da ação penal.

Com efeito, não se justifica, em princípio, a ação penal movida através de portaria ou auto de prisão em flagrante com relação aos crimes, resquício inquisitorial que não mais se justifica. Nem mesmo a maior celeridade processual pode explicar tal anacronismo. Sabem muito bem aqueles que militam, no Fôro, que, pelo contrário, como não há possibilidade de arquivamento, tais processos só terminam com a sentença final, sobrecarregando as Varas. Mais ainda: não é justo que, com relação a infrações mais graves, haja possibilidade de arquivamento, enquanto no tocante às de menor importância, o réu tenha de ser forçosamente processado.

Com relação às contravenções, no entanto, meio termo entre o ilícito administrativo e o penal, tendo em vista, também, a celeridade, e a pouca gravidade de suas penas, somos partidários da manutenção do procedimento de ofício (mas só pela autoridade policial e não pelo juiz, que não deve acusar e julgar).

Somos, outrossim, *data venia*, inteiramente contrários à existência do *Assistente*, resquício anacrônico da época da *vingança privada*. Nossa experiência tem-nos mostrado que o *Assistente* tumultua e prejudica o processamento do feito, visando, mais, a uma futura reparação cível, do que ao interesse punitivo do Estado. Somos de opinião de que o Ministério Público está apto a representar o Estado, na ação penal, já que este é o titular do *jus puniendi*, e não o ofendido. Aliás, a própria *ação penal privada* só se justifica, porque os crimes respectivos têm sempre algo relacio-

nado com o fôro íntimo do ofendido, que deve ser o único juiz da conveniência da propositura da ação.

Perguntamo-nos, porém, se não seria possível obter-se o mesmo resultado e atender-se aos mesmos propósitos, se se transformassem os crimes de ação privada em crimes de *ação pública condicionada, mediante representação*.

Não é só a ação penal cognitiva condenatória que pode ser interposta pelo órgão* do *parquet*: o *habeas corpus* em favor do ilegalmente prêso, por exemplo, também (Lei 3.434/58, art. 1, V).

Entre as ações civis que, como órgão da Lei, o Ministério Público pode promover, está a de *anulação de casamento* (parágrafo único, II, do art. 208 do C. Civil). Em termos gerais, cabe-lhe "promover as ações civis para execução e observância das leis de ordem pública, ou sempre que, nos termos da lei processual, delas depender o exercício da ação penal" (Lei 3.434/58 cit. art. 3, III).

É claro que a faculdade da impetração engloba a de "usar dos recursos legais nos feitos em que fôr ou puder ser parte principal, bem como para execução e observância das leis de ordem pública" (Lei 3.434/58, art. 1.º, IV).

II) — CUSTODIA LEGIS

Ao núcleo inicial de suas atribuições de autor processual, a que acima aludimos, foram-se somando, conforme igualmente indicamos, novos encargos, destacando-se o da sua atuação como *custos legis*, no processo judicial, para a tutela de interesses indisponíveis de ordem pública.

Neste campo, é típica a atividade do Ministério Público, no Fôro de Família e no Orfanológico (cf. Lei 3.434/58, arts. 26, I, 27, I e 28, I).

Exercendo tal atribuição, o *Curador* ou *Promotor opina*, com base no Direito: é o defensor, o fiscal da lei.

III) — DEFESA E REPRESENTAÇÃO DOS JURÍDICA E ECONOMICAMENTE INCAPAZES

Embora, nesta função, o órgão do Ministério Público defenda ou represente os interesses de uma das partes em litígio, está, na realidade, dada a situação de inferioridade da mesma, agindo em nome de autênticos interesses da Sociedade e do Direito, sendo uma das mais lídimas manifestações do princípio de isonomia.

Com efeito, interessa à Sociedade que os incapazes, os economicamente débeis tenham os mesmos meios de proteção de direitos do que seus demais membros.

* Órgão e não, representante (cf. art. 1.º da Lei 3.434/58: mas o art. 35, I, alude a representante).

Atuando, no exercício de tais encargos, o órgão do *parquet* não se torna faccioso ou parcial: êle continua, agora através do incapaz que está patrocinando ou representando, a defender a Sociedade e a Lei.

Para executar esta tarefa, o Ministério Público usa os *Curadores*, *Promotores* e os *Defensores Públicos*, que, no fôro cível e criminal, funcionam, como advogados, na prestação da assistência judiciária.

Não se justifica, pois, a antipatia que alguns nutrem pela presença do Defensor, no quadro do Ministério Público, chegando ao extremo de afirmar que se rompeu a *unidade* do *parquet*, a qual, como veremos, oportunamente, é um de seus princípios fundamentais.

Ora, nada mais inexato. O *Defensor Público* enquadra-se, perfeitamente, no espírito, na tradição e nos superiores objetivos do Ministério Público. Defendem, através das partes em litígio, a *liberdade individual*, o *direito de propriedade*, a *justiça nas relações de família*, etc.

Cabe a atuação da Defensoria, sempre que a parte fôr juridicamente *miserável* (arts. 40 e 41 da Lei 3.434/58 e Lei 1.060, de 5-2-50), e, no fôro criminal, também quando, independentemente de sua situação econômica, o réu não tiver patrono (arts. 262 e 263 do C.P.P.; art. 40 da Lei 3.434/58).

A assistência judiciária tem sido consagrada, no Direito Constitucional Brasileiro, como direito público subjetivo. Assim o faz o parágrafo 32 do artigo 150 da Constituição Federal de 1967 vigente. No tocante, especificamente, à defesa criminal é princípio assente, no sistema jurídico brasileiro, que “nenhum acusado, ainda ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”: “se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz”, só sendo obrigado o réu a pagar honorários ao defensor dativo, arbitrados pelo juiz, se não fôr pobre (arts. 201, 263 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal).

A Lei n.º 1.060, de 5-2-1950, que regulamentou, no nível da legislação ordinária, o mandamento constitucional, estabelece as vantagens que gozam os beneficiários da justiça gratuita (isenção de custas, honorários, etc.) e, em linhas gerais, o modo pelo qual os poderes públicos federal e estaduais a concederão.

O Estado da Guanabara tem, tradicionalmente, prestado assistência jurídica gratuita à sua população necessitada, através do *Ministério Público* (Lei 3.434, de 20 de julho de 1958).

Para tal fim conta êste organismo com os *Defensores Públicos*, como membros integrantes de seu quadro, e que vêm, de há muito, atuando no *Escritório Central de Justiça Gratuita* (para o atendimento inicial, orientação das partes, distribuição dos feitos) e, diretamente (uma vez distribuídas as ações) junto às *Varas Criminais, de Família, de Órfãos e Sucessões e de Menores*.

São os Defensores Públicos auxiliados por *estagiários*, acadêmicos do 4.º e do 5.º anos de nossas Faculdades, ou bacharéis recém-formados.

Destarte, ao Ministério Público da Guanabara, através da Defensoria, cumpre, além da prestação dos serviços de assistência judiciária aos pobres,

outra missão das mais relevantes, qual seja a do preparo dos estagiários para a vida profissional, dando-lhes a oportunidade de praticar o que aprenderam em suas escolas, aproveitando o caso concreto, para ministrarlhes ensinamentos complementares. Opera-se, portanto, a combinação dos métodos indutivo e dedutivo, na obtenção da síntese do conhecimento das matérias jurídicas.

Coube ao atual Governo do Estado a organização, em moldes definitivos e funcionais, da assistência judiciária prestada pelo poder público estadual, e do estágio forense.

Com efeito, através do Decreto N 720, de 16 de novembro de 1963, criou-se o *Sistema de Assistência Judiciária*, dirigido e fiscalizado por órgão normativo da Procuradoria-Geral, o *Núcleo de Assistência Judiciária*, e informado por duas idéias básicas: a primeira, a de, mantendo-se o Escritório de Justiça Gratuita, agora sob a denominação de *Núcleo Central de Assistência Judiciária*, operar a descentralização dos serviços, levando-os a cada bairro, para junto dos necessitados, através da criação dos *Grupos de Assistência Judiciária locais*; e, em segundo lugar, a de tornar o Núcleo Central e Grupos, verdadeiros escritórios de advocacia graciosa, em que os estagiários, sempre sob a direção de Defensores Públicos, ouvem as partes, equacionam seus variados problemas, orientam-nas, impetram as competentes ações, assistem-nas nas Delegacias-Distritais, no Registro Civil, nos assuntos da chamada advocacia preventiva (contratos, escrituras, procurações, etc.).

A par disto, presta-se o necessário Serviço Social, do qual estão encarregadas Assistentes Sociais, auxiliadas, igualmente, por estagiários.

Outrossim, em complementação desse plano, instalou a Procuradoria-Geral a Defensoria Pública junto às *Varas Cíveis* e a de *Registros Públicos*, com o que se dá perfeita cobertura, no campo judiciário, aos trabalhos dos escritórios locais.

Estes estão sendo instalados nas sedes das *Regiões Administrativas do Estado*, ou, sempre que possível, em prédios pertencentes às Faculdades de Direito, através de convênios com as respectivas Universidades, dentro da orientação de localizar os mencionados escritórios regionais, o mais próximo possível das maiores favelas do Estado.

Deve compreender-se que, se as tais funções não eram, outrora, típicas do Ministério Público, passaram a sê-lo com o desenvolvimento das instituições sociais.

Outrossim, já indicamos acima que não é somente o *Defensor* que, no *parquet*, atua como advogado da parte. Também, *Promotores* (na Guanabara, o Promotor Substituto promove a ação penal e a civil e a execução da sentença, nos casos dos arts. 32 e 68 do Código de Processo Penal) e *Curadores* (cf. quanto aos Curadores de Órfãos, art. 27, III, da Lei 3.434/58; de Ausentes, art. 29, IV; de Família, 26, IV).

Consoante já assinalamos, órgãos do Ministério Público chegam a ser *representantes* de partes, não se limitando, em tais casos, a defendê-las

como seus advogados (cf. art. 29, XV, da Lei 3.434/58, quanto aos *Curadores de Ausentes*).

IV) — RESGUARDO DE INTERESSES DE ORDEM PÚBLICA

O Ministério Público, quer no processo judicial, quer em atividades administrativas, não se limita às atribuições supra, somando-se às mesmas outros encargos, para a consecução do objetivo em epígrafe.

É o caso, por exemplo, da função de defensor do vínculo matrimonial (cf. art. 222 do C. Civil e art. 26, V, da Lei 3.434/58), da fiscalização das fundações (art. 28, X e segs. da Lei 3.434/58), das prisões e delegacias distritais (cf. art. 35, VIII e X da Lei 3.434/58), de casas de diversões (cf. art. 32, V, da mesma lei).

Somos de opinião de que esta função carece de ser desenvolvida, em nosso sistema jurídico, para que possamos ter um eficaz meio de controle da Administração Pública e de atividades particulares que interfiram com a ordem pública.

Quanto à fiscalização das atividades administrativas, os nossos controles são, em sua maior parte, insuficientes (como o autocontrole da Administração ou o exercido pelo Poder Legislativo) ou morosos (como o judicial). Necessitamos, em verdade, de um organismo independente e capaz, como o Ministério Público, perante o qual se possa exercer, com maior eficácia, o direito de petição, na reclamação contra o abuso de poder administrativo.

V) — REPRESENTAÇÃO JUDICIAL E CONSULTORIA JURÍDICA DO ESTADO

Apesar de, como pode ser verificado pela introdução histórica feita no início deste trabalho, em suas origens o *parquet* tenha funcionado como representante, perante os tribunais, dos interesses do Monarca e, depois, do Fisco, muitos julgam que, para sua mais completa independência, a fim de que não se confunda a defesa dos interesses da Sociedade com a submissão aos dos eventuais detentores do Poder Político, a função em tela deve ser entregue a um corpo de advogados ou procuradores do Estado, diverso do corpo de magistrados do Ministério Público.

Era a situação do Estado da Guanabara, antes da Constituição de 1967, e que vinha da época do Distrito Federal, quando, inclusive, o Ministério Público pertencia ao Ministério da Justiça federal, enquanto o quadro de procuradores e advogados era municipal.

Com a última reforma constitucional estadual (art. 66), do Ministério Público Estadual passaram a fazer parte tanto a Procuradoria-Geral da Justiça, quanto a do Estado e os Procuradores junto ao Tribunal de Contas.

Aliás, no campo federal, sempre houve unidade, no particular (cf. Lei 1.341/51).

Julgamos que, em princípio, não há incompatibilidade invencível na outorga desta função ao Ministério Público, desde que alguns requisitos sejam preenchidos.

Assim, é preciso que a defesa do Estado e a assessoria jurídica aos governantes sejam exercidas sem sujeição a interesses subalternos ou com nefasta preocupação fazendária. O Procurador e o Consultor só devem defender e aconselhar o que fôr legal e justo, e a favor de quem o merecer.

Por outro lado, as funções devem ficar entregues a órgãos distintos, dentro do Ministério Público, como ocorre na Guanabara.

PRINCÍPIOS BÁSICOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

São apontados como princípios fundamentais da instituição a *unidade*, a *indivisibilidade*, a *hierarquia* e a *independência*.

Dizer que o Ministério Público é *uno e indivisível* significa que todos os seus membros formam um só órgão, sob uma só direção, podendo os titulares dos diversos cargos substituírem-se uns aos outros, indiferentemente (cf. art. 8.º da Lei 3.434/58).

Na Guanabara, dada a autonomia de cada uma das Procuradorias (art. 66 da Constituição Estadual), os princípios de *unidade* e *indivisibilidade* são válidos dentro de cada uma delas, devendo ser salientado, inclusive, que não há, nem mesmo, uma direção suprema comum.

Os membros do Ministério Público estão hierarquicamente subordinados ao respectivo Procurador-Geral, que, como chefe do *parquet*, exerce sobre seus comandados os poderes de *direção*, *fiscalização*, *revisão*, *punição*, *avocação* e *delegação* (cf. Lei 3.434/58, arts. 16 e 17).

É de se acentuar, porém, que a hierarquia, no Ministério Público, tem um caráter e alcance especiais.

Assim, cada um de seus membros é livre, em sua consciência e atitudes: o Procurador-Geral não poderá obrigar o Promotor que opinou pelo arquivamento, a denunciar; o Curador diverge do Procurador da Justiça e cada um fica com sua posição.

Da *independência* já cuidamos em passagem acima: ela deve estar presente em relação aos vários Podêres Políticos. Uma vez que o Ministério Público não constitui um Quarto Poder, ainda pertencendo a um dos três existentes, carece de autonomia e liberdade nas suas relações com os mesmos. A sua organização, seu funcionamento, o estatuto de seus membros (garantias, formas de promoção, etc.) devem assegurar tal posição. Aliás, não é excessivo nem desarrazoado tenham seus componentes os direitos e garantidas da magistratura judicante.

Diante da complexidade de suas atribuições e da rigidez de seus princípios, cabe citar as palavras do ex-Procurador-Geral da Justiça da Guanabara, Dr. J. B. Cordeiro Guerra, ao dizer que os membros do atual Ministério Público respondem com altivez a indagação sobre com que qualidades se devem distinguir:

“Em primeiro lugar, por uma probidade, uma integridade, acima do comum; em segundo lugar, por sua firmeza e veracidade, ou seja, pelo

caráter e, ainda, pela cultura servida pela experiência de um espírito arguto e atento às realidades de seu tempo e do seu meio" (*Rev. de Dir. da Procuradoria-Geral do Est. da Gb.*, 15/86).

ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO

No Brasil, que é uma federação, há, como já foi salientado, um *parquet* em cada Estado, além do da União, do Distrito Federal e Territórios.

Cumpre-nos, nesta rápida apresentação, dar esquematicamente as linhas gerais da estrutura e organização dos Ministérios Públicos da União e do Estado da Guanabara, com a indicação da respectiva legislação. É o que faremos, para melhor sistematização e, *brevitatis causa*, por meio dos quadros sinóticos a seguir.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA GUANABARA

(art. 139 da Const. Fed.; art. 66 da Const. Est.)

- I Procuradoria-Geral da Justiça
- II Procuradoria-Geral do Estado
- III Procuradores junto ao Tribunal de Contas Estadual (Lei estadual n.º 1.565, de 7-12-67, esp. arts. 3 e 12 a 14)

I) PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA

(Lei 3434, de 20-7-58; Decreto 234, de 16-11-60; Lei 91, de 13-12-61; Lei 489, de 8-1-64, espec. arts. 99, 105 e 107; Decreto "E" 1174, de 2-8-66; Lei 1056, de 5-9-66; Decreto "N" 720, de 16-11-66; Lei 1737, de 14-11-67; Lei 1750, de 25-11-68, art. 8, par. 28; Dec. N 1124, de 10-9-68; Decr. N 635, de 6-7-66; Decr. E 2121, de 30-5-68).

PROCURADOR-GERAL DA JUSTIÇA

			Conselho (port. n.º 263/66 de 11-8-66)
<i>Núcleo de Assistência Judiciária</i>	<i>Secretaria</i>	<i>Revista de Direito</i>	Procuradores da Justiça (20)
Serviço de Estágio:			Curadores (32)
Estagiários			de menores (2)
Serviço Social			de família (6)
<i>Órgãos Executivos</i>			de órfãos (4)
<i>(Grupos de Assistência Judiciária)</i>			de massas falidas (4)
Núcleo Central			de resíduos (4)
Zona Rural			assistentes (6)
Zona da Leopoldina			de ausentes (4)
Zona da Central do Brasil			de registros públicos (2)
Zona Sul			Promotores Públicos (35)
			Promotores Substitutos (20)
			Defensores Públicos (42)

II) PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

(Arts. 37 e segs. da Lei n.º 134, de 27-12-61; Decreto "N" 244, de 1-7-64; Lei n.º 1193, de 20-12-66; Decretos 733 e 735, de 6-12-66; Decreto "N" 1.008, de 29-1-68; Decretos N 1120 e 1121, de 2-9-68; Decreto E 2121, de 30-5-68).

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

1. Gabinete do Procurador-Geral	Procuradores de:
2. Procuradoria Fiscal	1.ª categoria (20)
3. Procuradoria de Desapropriações	2.ª categoria (40)
4. Procuradoria de Assuntos do Pessoal	3.ª categoria (60)
5. Procuradoria de Sucessões	
6. Procuradoria de Serviços Públicos	
7. Procuradoria Judicial	
8. Procuradoria Administrativa	
9. Revista de Direito	
10. Secretaria da Procuradoria-Geral	

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

(Arts. 137 e 138 da Const. Fed.; Lei 1341, de 30-1-51; Decreto 40359, de 16-11-56 c/ alterações posteriores; Lei 4737, de 15-7-65, alterada pela Lei 4961, de 4-5-66, espec. arts. 18, 24, 27 e 35 e segs.; Lei n.º 5010, de 30-5-66, espec. arts. 89 a 93; Decreto 59191, de 8-9-66; Decreto-lei n.º 199, de 25-2-67, espec. arts. 18 a 21; Decreto-lei n.º 267, de 28-2-67).

<i>Federal (junto à Justiça Federal Comum) *</i>	<i>Junto às Justiças Federais especializadas</i>	<i>Junto ao Tribunal de Contas da União</i>
<i>Procurador-Geral da República (1)</i>	(I) Militar	Procurador (1)
<i>Subprocuradores - Gerais da República (5)</i>	(II) da Justiça do Trabalho	Adjuntos de Procurador (3)
<i>Procuradores da República</i>	(III) Eleitoral	
de 1.ª categoria (23)		
de 2.ª categoria (28)		
de 3.ª categoria (37)		

* Como se pode verificar pelos arts. 137 e 138 da Const. Fed e pela Lei 1341/51, *Ministério Público da União* é o gênero do qual o *Federal* é a espécie correspondente ao *parquet* junto à Justiça Federal Comum (cf. § 1.º do art. 95 e art. 98 da Const. Federal de 34).

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO (cont.)

Junto às Justiças Federais Especializadas

I) MILITAR

II) DA JUSTIÇA DO
TRABALHO

III) ELEITORAL

*Procurador-Geral da
Justiça Militar*
Subprocurador-Geral
Procuradores:
de 1.^a categoria
de 2.^a categoria
de 3.^a categoria

*Procurador-Geral da
Justiça do Trabalho*
Procuradores do Tra-
balho:
de 1.^a categoria
de 2.^a categoria
de 3.^a categoria
Procuradores do Tra-
balho Adjuntos

Procurador-Geral
Procuradores Regio-
nais
Promotores Públicos

Sérgio de Andréa Ferrei-
ra (Promotor Substituto
do Ministério Público da
Justiça do Estado da
Guanabara e Professor
da Faculdade de Direito
da Universidade do mes-
mo Estado).

O ARTIGO 86 DA LEI 4.215: SUA INCONSTITUCIONALIDADE

O artigo 86* do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, de grande importância para os membros do Ministério Público, sempre suscitou dúvidas, quanto ao exame de sua constitucionalidade. Os trabalhos legislativos que antecederam a edição da Lei 4.215 atestam a existência da controvérsia e comprovam que os argumentos em prol de sua manutenção repousavam antes em critérios de conveniência que em considerações de legitimidade.

No exercício de nosso mandato, no Conselho Seccional da Guanabara, da Ordem dos Advogados do Brasil, temos sustentado a ilegitimidade do dispositivo em causa, que se nos afigura contrário ao que dispõem os parágrafos 1.º e 23 do artigo 150, da Lei Magna.

O primeiro dos mencionados comandos é aquêle que cristaliza, em nosso ordenamento jurídico positivo, o clássico princípio da isonomia — todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas.

Este mandamento traz a debate ponto nodal nos debates jurídico-filosóficos: o problema da igualdade. O conceito filosófico de igualdade, durante séculos, constituiu mero ideal ou fonte inspiradora de todos quantos

(*) N.R. — O citado artigo assim estatui:

“Os magistrados, membros do Ministério Público, servidores públicos, inclusive de autarquias e entidades paraestatais, e os funcionários de sociedades de economia mista, definitivamente aposentados ou em disponibilidade, não terão qualquer incompatibilidade ou impedimento para o exercício da advocacia, decorridos dois anos do ato que os afastou da função”.

lidassem com problemas da sociedade. Suas repercussões positivas nos ordenamentos legais é fenômeno moderno, só compreensível a partir da fixação do conceito de *Estado de Direito*. É conhecida a controvérsia entre BOUTMY (*Études de Droit Constitutionnel*, Paris, 1895, pág. 299) e JELLINEK (em várias obras, inclusive sua *Teoria Geral do Estado*) a respeito, sabendo-se hoje, à luz das análises dos grandes textos jurídicos da história, que o primeiro tinha razão, ao assentar nas leis inglesas, após a revolução de 1688, a primazia da consagração dos princípios isonômicos. Os ideais cristãos de igualdade, a partir de então, deixaram de ostentar a forma de simples proposições éticas genéricas, amplas demais, e por isso, pouco efetivas. O conceito de igualdade plena, individual, de homem a homem, não constituía verdade fática que ensejasse a formulação de uma regra normativa de conduta. As desigualdades entre os seres humanos são tão óbvias, tão flagrantes, que a igualdade pura e ampla não tardou a “desmoralizar-se” como norma, assumindo, antes, a característica de programa, senão de mera aspiração.

Coube ao direito dar delineamentos objetivos, práticos, e realizáveis, à igualdade — não mais se entendia como tal a absoluta paridade entre os indivíduos, mas a *igualdade perante a lei*. Como exemplarmente definiu o espírito claro de ROSCOE POUND (*The spirit of the common law*, 1931, pág. 142):

“Todos quantos se acharem numa mesma situação formal terão os mesmos remédios legais para curar os seus males, da mesma forma que as regras legais de direito atuarão igualmente sobre qualquer cidadão, a quem será, ainda, assegurada igualdade de oportunidade”.

O traço marcante, ao que se vê, da igualdade jurídica, é a idêntica aplicação da lei aos cidadãos, sem qualquer consideração a limitações outras que não as traçadas no próprio diploma em que assentado o princípio. Assim, é nos próprios textos constitucionais (nos ordenamentos em que o princípio tenha respaldo constitucional) que o jurista deve buscar os elementos integrativos do conceito de igualdade jurídica.

Já o *Bill of Rights* de Virgínia, em 1776, oferecia os elementos positivos para a conceituação. Em MIRKINE-GUERTZEVITCH (*Les déclarations des droits de l'homme*, Paris, 1929, pág. 16), transcreve-se o artigo 6.º daquela Carta, de limpa clareza:

“Todos os cidadãos, sendo iguais aos olhos da lei, são igualmente admitidos a tôdas as dignidades, lugares e empregos públicos, *segundo sua capacidade e sem outras distinções que as decorrentes de suas aptidões e talentos*”.

A *Segunda Declaração de Direitos* de 1793, na França, exprimia, em seu artigo 3.º, pensamento análogo:

“La loi est l'expression de la volonté générale; elle est égale pour tous, soit qu'elle récompense ou qu'elle punisse, soit qu'elle protège ou elle réprime”.

E na *Quarta Declaração*, constante do preâmbulo da Constituição do Ano III, 5 do *Frutidor*, vemos no artigo 3.º a reafirmação da definição do princípio:

“L'égalité consiste en que la loi est la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse”.

Nos tempos modernos, quase tôdas as Constituições consagraram o princípio da isonomia. PAULINO JACQUES (*Da igualdade perante a lei*) oferece esclarecedor estudo da matéria, abordando desde a Carta Imperial de 1824 até a Constituição de 1946. Na doutrina comparada, DINO DEL BO (*L'eguaglianza nello stato contemporaneo*, 1950, Milano) teve ocasião de discorrer sobre a matéria à luz das Cartas européias surgidas nos primeiros trinta anos deste século. E, mais recentemente, LIVIO PALADIN (*Il principio costituzionale d'eguaglianza*, 1965, Milano) ofereceu magnífico e completo trabalho, onde até mesmo recentíssimas Constituições, como a da Tcheco-Eslôvquia e a de Bonn, são estudadas minuciosamente, em seus preceitos igualitários.

Da maior importância, contudo, para nós, é a nunca assaz decantada Constituição de Weimar, em cujo artigo 109 se estabelece o princípio isonômico em termos que nossas Cartas de 1934, 1946 e 1967 se limitariam a traduzir. De referir, ainda, que a Constituição de Weimar, em seus artigos 151 a 165 particularizou o princípio, consagrando a igualdade do exercício do trabalho e de acesso às profissões. A doutrina germânica foi fecunda no exame desses preceitos. O imortal mestre da Universidade de Goetting — preclaríssimo RUDOLF VON IHERING — em magistrais páginas, declarou, e fundamentou, que o princípio de igualdade não constituía simples regra de conduta para o legislador. Como viria mais tarde a ressaltar NAVIAWSKI (apud LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, pág. 29), o princípio, com amparo na Lei Magna, assentava seu âmbito de atuação em qualquer e tôda relação jurídica — sempre que invocável uma norma jurídica, os sujeitos da relação deveriam ser tratados em condições de absoluta paridade pessoal, só admitidas as diversidades que residam na própria individualidade.

Inegável a semelhança entre a igualdade, como por nós concebida, e o “due process of law”, magnífica construção teórica do direito anglo-americano. Entre nós, o saudoso SAN TIAGO DANTAS ressaltou êsse parentesco, em luminosas páginas (*Estudos de Direito Positivo*). Como lecionava o ilustre mestre, a expressão *due process of law*, no seu primitivo significado, que justificava literal tradução, limitava-se a designar garantias processuais. Foi a típica atividade integrativa da jurisprudência anglo-americana que ampliou êsse sentido originário, até erigi-lo à condição de verdadeira

limitação constitucional à atuação dos Podêres do Estado. Desde então, o *due process of law* passou a representar o critério técnico-jurídico distintivo entre lei arbitrária (isto é, lei anti-isonômica) e lei especial justificada. Essencial à legitimidade de uma lei que ela *não subtraia qualquer indivíduo às normas gerais de governo da sociedade*. Como o próprio SAN TIAGO advertia, desnecessária, mesmo, a existência expressa da regra constitucional de igualdade. Sem que seja necessário pular do positivismo ao direito natural, em qualquer sistema positivo há uma ordem normativa superior e independente das leis. O *due process of law*, ou a igualdade jurídica, não está limitada, no Estado de Direito, à lei, ao comando concreto da norma. Ela repousa sua legitimidade no direito, como tal entendida a síntese dos princípios jurídicos, escritos ou não, de uma sociedade, em um dado momento. A igualdade jurídica, repise-se, é fruto inalienável do Estado de Direito. Como já notara o clássico ORLANDO:

“Il principio de eguaglianza costituisce invece davvero uno dei caratteri propri dello stato moderno, in quanto più non si inconoscono differenze de cittadino a cittadino, le quali abbiano per base esclusiva di favorire l'uno a danno degli altri”

(*Principii di Diritto Costituzionale*, Firenze, 1912, página 271).

Nossa Constituição, agora a regra geral do parágrafo 1.º, consagra no parágrafo 23 do artigo 150:

“É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as *condições de capacidade* que a lei estabelecer”.

A Carta de 1946 guardava, quer no enunciar o princípio geral de igualdade, quer no aludir à liberdade de profissão, paralelismo com o que dispõe o atual texto. O parágrafo 1.º, do artigo 141, dizia, concisa e expressivamente:

“Todos são iguais perante a lei”.

No parágrafo 14, dispunha-se:

“É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as *condições de capacidade* que a lei estabelecer”.

No exame desses dispositivos, os mais autorizados comentadores de nossa Constituição sempre afirmaram que as *condições de capacidade*, restritivas do exercício da profissão, só poderiam ser as que dissessem respeito à habilitação técnica. Apenas entendendo-se dessa maneira seria possível

respeitar a profissão de fé isonômica do parágrafo primeiro. Como, com integral acêrto, sublinharam, entre outros, PONTES DE MIRANDA (*Comentários à Constituição de 1946* — 3.^a ed., tomo IV, pág. 489), ALCINO PINTO FALCÃO (*Constituição Anotada*, vol. II, pág. 132) e CARLOS MAXIMILIANO (*Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, 4.^a ed., vol. III, pág. 90), as condições de capacidade suscetíveis seriam as de caráter estritamente subjetivo, pessoal, peculiar ao indivíduo. Erigir à estatura de vedação pressupostos de caráter objetivo, desvinculados das peculiaridades individuais, resultaria em ensejar, na prática, a criação de desigualdades, perante a lei, ou entre sujeitos de direito que o estatuto supremo desejou fossem igualmente contemplados. CARLOS MAXIMILIANO, por exemplo, foi incisivo:

“Quanto às profissões liberais só é lícita a exigência da prova de capacidade. Qualquer outra restrição ou regulamentação seria incompatível com a liberdade assegurada pelo estatuto supremo” (op. e pág. cit.)

No mesmo sentido doutrinou SAMPAIO DÓRIA (*Os direitos do homem*, 1942, Cia. Ed. Nacional), ao proclamar que tais condições cingiam-se à verificação prévia da competência técnica.

Ora, tendo a atual Carta repetido, aliás com maior ênfase, os princípios adotados em 1946, temos por claramente inconstitucional a disposição estatutária em exame. Ela cria uma condição não mais de natureza subjetiva, mas de índole objetiva, cujo atendimento cria flagrante desigualdade entre individualidades que, por determinação constitucional, hão de ser igualmente tratadas. Caracteriza, incontestavelmente, uma situação de desequilíbrio, vedada frontal e claramente pelo parágrafo 1.^o, do artigo 150 da atual Constituição.

Temos, ao acaso, sob nossas vistas, decisão do eminente magistrado paulista FRANCIS SELWYN DAVIS (*Revista da Ordem dos Advogados*, São Paulo, volume 28, n.^o 167, págs. 63 e seguintes) em que nossas opiniões são sufragadas. E nesse sentido tem sido, predominantemente, assentado nos tribunais.

Cumprе lembrar que sustentar a validade do preceito teria algum cabimento à luz da antiga Constituição onde, *além dos dispositivos já mencionados*, havia o de número 101, que dizia:

“A lei regulará o exercício das profissões liberais e a revalidação de diploma expedido por estabelecimento estrangeiro de ensino”.

Facultava-se, assim, ao legislador ordinário regulamentar o exercício das profissões, além dos limites das simples condições de capacidade. Mas a atual Carta foi muito mais restrita, limitando à simples verificação das

condições de capacidade subjetiva o âmbito da competência regulamentar. E, à luz desse equacionamento, ressalta clara, *data venia*, a inconstitucionalidade do artigo 86 da Lei n.º 4.215.

De fato, viola o mais simples bom senso, como ressalta PONTES DE MIRANDA (op. cit.), admitir que o exercício anterior, *legítimo*, de qualquer profissão legal, possa representar impedimento, definitivo ou transitório, para o exercício de outra profissão. Fazê-lo, sob a escusa de que assim se impede a captação de clientela, afora não ser justificável ou legítimo (por melhor que fôsse a desculpa, haveria o intransponível óbice constitucional), consagra erro que se nos afigura grave: submete a normatividade de uma profissão a um aspecto periférico e marginal, mais de âmbito disciplinar e ético que de estrutura. E mais: estabelece como vigente e inaceitável pressuposto a parcialidade do magistrado que, por definição, seria sempre suscetível a pedidos de favor. Ora, assim fôra, os dois anos seriam insuficientes, pois as alterações nos quadros da magistratura se processam em intervalos muito mais amplos. E, assim, da mesma influência, que se procura por meios ilegítimos afastar, seriam os destinatários da norma capazes, nos primeiros anos após o prazo do artigo 86. Aliás, no mesmo defeito incorrem alguns dos artigos anteriores, elevando a condição obstativa do exercício o que devera ser simples preceito disciplinar. Mas a constitucionalidade dos artigos 82 e 85, é problema a ser examinado em outra oportunidade.

Cumpre, por fim, salientar recente iniciativa do Deputado Paulo Mazarini que, nos últimos momentos da legislatura de 1967, apresentou projeto revogando o dispositivo a cujo exame vimos de proceder.

SÉRGIO FERRAZ

Procurador do Estado da Guanabara

CLAUSULAS DE INCOMUNICABILIDADE E IMPENHORABILIDADE — INTERPRETAÇÃO

Dispõe o testador em seu testamento o seguinte:

“Determino que seja gravada com a cláusula de incomunicabilidade e irresponsabilidade por dívidas de qualquer natureza passadas ou presentes os bens que por minha morte forem partilhados entre meus filhos e que as rendas e proventos resultantes desses bens não podem ser penhorados nem objeto de transações pelo que não responderão por dívidas de meus herdeiros e legatários, nem entrarão no patrimônio comum, por serem individuais.”

Entende a inventariante, em suas alegações de fls. 196/201, que inexistindo a cláusula de inalienabilidade e tendo sido a cláusula de incomunicabilidade instituída em benefício dos herdeiros, que os deverão utilizar

à proporção de sua conveniência, poderão os bens serem alienados, livremente, mantendo ou não o gravame, como, da mesma forma, dada a disponibilidade dos bens impenhoráveis, se fôr da conveniência dos herdeiros, poderão, inclusive, nomeá-los à penhora.

Em abono de sua tese, junta certidão do parecer da lavra do eminente Procurador-Geral da Justiça do D. F. — Dr. Romão Côrtes de Lacerda, datado de 11-2-1943 e promoção do então Curador de Resíduos — Dr. Alfredo Bernardes.

Não procede "*data venia*" a pretensão da inventariante que, em última análise, pretende o reconhecimento aos herdeiros de ilidirem a cláusula testamentária, vendendo os bens que lhes forem partilhados e passando a dispor, como bem lhes pareça, do produto da alienação.

A hipótese não é nova e já foi objeto de bem lançada decisão do eminente Juiz Dr. Hélio Sodré, prolatada neste Juízo, no processo n.º 8.364, do Cartório do 3.º Ofício, na qual S. Exa., acolhendo promoção da Curadoria de Resíduos, mantém a exigência de se proceder à sub-rogação de bens gravado da cláusula de incomunicabilidade.

Referiu-se o legislador no art. 1.723 do Código Civil às cláusulas de incomunicabilidade e inalienabilidade, simplesmente porque pode ser estabelecida a incomunicabilidade, independentemente da inalienabilidade.

Foi exatamente o que estabeleceu o testador ao prescrever apenas a incomunicabilidade e a impenhorabilidade dos bens a serem partilhados por seus filhos, não acenando com a cláusula de inalienabilidade.

É evidente que a incomunicabilidade dos bens não impede a sua venda, mas nem por isso se pode reconhecer aos herdeiros o direito de ilidir a cláusula.

A sub-rogação se impõe, não só com base no art. 263, n.º II, do Código Civil, onde está prevista a hipótese de substituição de bens comunicáveis por outros sub-rogados, como ainda no art. 1.º do *Dec.-lei n.º 6.777, de 1944*, que, expressamente, se refere à sub-rogação de imóveis *gravados* ou *inalienáveis*.

Por outro lado, comentando o parecer do eminente Procurador-Geral da Justiça do Distrito Federal, trasladado a fls. 202/207, salienta Jorge Lafayette Pinto Guimarães, in "*Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 26, pág. 302 e 303" que, segundo sua argumentação, o art. 263, II, significa apenas que o cônjuge tem o direito de, querendo, conservar incomunicabilidade, sub-rogar no lugar dos comunicáveis outros bens, acrescentando, ainda, que o cônjuge pode sub-rogar mas não é obrigado a fazê-lo.

Mas, acrescenta o comentarista, na verdade cumpre distinguir. Se a incomunicabilidade decorre do regime de bens, procede a conclusão de ser a mesma instituída em favor do cônjuge, que poderá sub-rogar, mas não estará a tanto obrigado.

No caso, porém, de ser a cláusula originária de uma aquisição a título gratuito, resultando da vontade do testador ou doador, parece-nos não poder ficar a critério do herdeiro, ou donatário, promover ou não a sub-rogação.

Há, nesta hipótese, a vontade do doador ou testador a ser observada e garantida, não cabendo o argumento de constituir a sub-rogação um direito ou faculdade, se o cônjuge quiser conservar a incomunicabilidade.

E o próprio legislador, sentindo a necessidade de preservar a vontade do testador, veio eliminar, de maneira peremptória, tôda e qualquer dúvida que pudesse subsistir sobre o assunto, pois, em data posterior ao parecer do Procurador-Geral, surgiu Decreto-Lei n.º 6.777, de 8-8-1944, que no seu art. 1.º declara:

“Na sub-rogação de imóveis *gravados* ou inalienáveis, estes serão sempre substituídos por outros imóveis ou apólices da Dívida Pública.”

Tamanha foi a sua preocupação em abranger os demais casos de imóveis *gravados*, além dos inalienáveis, que determinou, no seu art. 3.º, que a lei se applicasse aos casos ainda não julgados definitivamente quando de sua publicação.

O entendimento contrário forçaria a admitir a inutilidade das cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade, e representaria, em última análise, a infração clara e direta do art. 1.666 do Código Civil, violando a vontade do testador.

Em conclusão, a exata interpretação da cláusula testamentária impõe o pedido de sub-rogação nos casos de venda de imóveis inalienáveis, mas, também, nos casos de quaisquer imóveis *gravados*.

CARLOS OCTAVIO DA VEIGA LIMA

VALOR PROBANTE DAS FOTOCÓPIAS — CÓPIAS FOTOSTATICAS E DAS RÉPLICAS XEROGRAFICAS

Há, presentemente, ao alcance de todos, uma enorme variedade de recursos, engenhosos e econômicos, todos objetivando duplicar, com rapidez e precisão, documentos escritos, impressos e desenhados.

Acode à percepção de qualquer um, neste século de supervalorização do tempo, que não mais é possível ficar à mercê do trabalho rotineiro da cópia datilográfica e dos traslados manuscritos ou mecanografados.

Ao homem de hoje se impõe, por motivos de ordem financeira e por imperativo de razão existencial, uma adaptação pronta às inovações da ciência e da técnica, e uma inteligente atitude de saber delas usar, indiscriminadamente, procurando por todos os meios valorizar as múltiplas atividades a que se dedica.

Não raras vêzes, os prazos assinados, tornam-se exíguos ante a tarefa ingente de reunir, por cópias, documentos de várias épocas e de diversas naturezas, arquivados em lugares esparsos e, ainda, garantir-lhes a fé, através dos requisitos que a lei prescreve.

O concurso que a tecnologia se propõe a dar para a solução do problema está perfeitamente caracterizado nos inúmeros equipamentos mecânicos, óticos e eletrônicos, cuja destinação convencional suplanta, em tempo, o trabalho de cópia manual.

São atestados dessa contribuição a industrialização dos aparelhos de Fotocópia, de Cópia Fotostática ou Prismática, de cópia Termofax, de cópia pelo sistema Rapidoprint e de cópia eletrostática, a mais recente de tôdas, produzidas nos protótipos da Xerox, da 3 M "107" Copier e similares.

Ante a proliferação dos meios de duplicação documental, é certo que se tenha que disciplinar a questão, notadamente porque a cada sistema se pode fazer objeção de ordem pragmática no que concerne à segurança contra a fraude, seja nas modalidades subtrativas, seja nas modalidades aditivas.

Não se podendo garantir, em todos os casos, que a reprodução seja cópia fiel do original, e que não se tenha usado no processo de qualquer artifício para suprimir ou crescer, ou ainda, para compor um documento a partir de elementos autênticos transplantados de outras peças, está criado o óbice à aceitação plena e pacífica da reprodução, sem as medidas supletivas que lhe abonem o crédito.

Assim, a autenticidade, a credibilidade, o valor probante de um documento reproduzido por processo mecânico, fotográfico, ótico, eletrônico, ou ainda, como se faz em larga escala, no momento, por processo eletro-ótico-mecânico (*electrostatic copier*), está na dependência das exigências de confrontação, e da tutela legal que se der à *cerimônia da conferência e ao ato de autenticação*.

Não se pode, por outro lado, afastar a possibilidade de que a reprodução, pura e simples, seja oferecida como prova, e assim tenha que ser submetida a exame pericial, como se fôra o próprio original. Tal imperativo circunstancial deve figurar entre as hipóteses que a problemática documental oferece na atualidade, notadamente porque, cada vez mais, os originais são substituídos por suas reproduções, pois em muitas ocasiões devem fazer prova em lugares diversos, em caráter permanente, não ocorrendo, nas circunstâncias, a devolução da peça.

Para amplo conhecimento dêsse importante e diversificado assunto, tal como deve e precisa ser encarado nos dias que correm, vamos divulgar os resultados de nossa experiência e fazer um apanhado dos compromissos de ordem técnica e legal que circundam o problema.

I — A FOTOCÓPIA E SUA TÉCNICA

FOTOCÓPIA — Prova fotográfica positiva, em papel sensibilizado. 2 — Moderno sistema de reprodução, por meio da

fotografia, de documentos escritos ou impressos, utilizando um papel sensibilizado especial, que, pôsto em contato com o original, é por este diretamente impressionado. 3 — A cópia assim obtida, que também se costuma chamar de Cópia Fotostática. — (Dicionário de Artes Gráficas — Frederico Porta — pág. 166).

FOTOCÓPIA — Processo de fazer cópias fotográficas, especialmente de documentos, por contato do próprio documento com uma fôlha de papel sensível. Desta maneira se faz um negativo de papel que, a seguir, é copiado novamente para produzir um positivo. Essas cópias, quando devidamente autênticas por tabelião, produzem fé em juízo. — (Dicionário Fotográfico e Fotoquímico — João Koranyi — pág. 46 — Edição 1964).

PHOTOSTAT — A trade name applied to a special camera for making economical copies of documents direct on paper without the use of a film negative. Several machines of this type are on the market. — (Photographic Evidence — Charles C. Scott — pág. 813).

A reprodução por contato, com luz refletida, a Reflectografia, é conhecida desde 1839. Breyer foi o primeiro a indicar um processo capaz de copiar por contato um documento, em preto e branco, sem meios tons, sobre um suporte opaco, ou translúcido, impresso em sua parte dorsal.

Descrito mais tarde, em 1891, por P. Yvon, foi denominado Catafotografia e, depois por J. H. Player a quem se atribui, errôneamente, a descoberta, ficou conhecido como Playertipia.

Em poucas linhas, o processo consiste em se colocar, numa prensa copiativa, um filtro amarelo, e, sobre uma placa de opalina, o documento coberto pelo papel copiativo, sensível. Fechada a prensa, o papel é exposto à luz, durante um tempo mais ou menos longo. A luz que atravessa o documento impressiona o papel, nas partes transparentes, e deixa de fazê-lo nos pontos onde há texto escrito ou impresso.

Revelado o papel sensível, tem-se o negativo, que, pelo mesmo sistema, produz o positivo, em branco e preto. Este é o processo de Contato Direto, por transparência, que não pode ser usado no caso de documentos com escritos no reverso e no anverso.

A Cópia Reflectográfica é obtida por impressão inversa e, no processo, o papel sensível é atravessado pela luz. A emulsão, antes de fixar os detalhes impressos do documento, vela uniformemente, mas uma fração de luz incidente chega ao documento e é absorvida pelos negros da imagem, mas quase totalmente é difundida pelos brancos do papel com o texto, que a devolvem à superfície do papel sensível.

Como simples indicação, pode-se dizer que a superfície sensível recebe duas vezes mais luz com referência às regiões desnudas do documento do que com relação às partes impressas.

Utilizando-se uma emulsão de grande contraste ("y" mais ou menos igual a 5); um tempo de exposição conveniente e um revelador de alto contraste, chega-se a um negativo bem velado, mas com qualidades para produzir boas cópias sobre papel também contrastado.

Os estudos de M. Ulmann (1913), J. Rosenheck (1929), Lobel (1935), Van der Grinten (1938), Rott (1939), Stevens (1944) e Murray (1944) deram como resultado o aprimoramento da técnica, tanto por transparência, como por reflexão, e comercialmente chegou-se à fabricação de aparelhos especiais, de alto rendimento.

Exemplos ilustrativos estão nos modelos Luminography, Rectophot, Lumoprint, Meteor, Oberland, Dukuphot, Copyroflex, Ruthrstat, Duostat e tantos outros em uso pelo mundo.

A partir de 1939, através de papel especial emulsionado dos dois lados (Contato Duplex), pode-se produzir fotocópias com a impressão simultânea das duas faces dos documentos.

A fotocópia, muitas vezes confundida com a cópia fotostática, em verdade dela difere substancialmente. Na primeira, o processo de impressão é direto, por transparência ou reflexão; na segunda, a reprodução se opera por meio de uma câmara fotográfica, com lente apropriada, prismática, e a impressão se dá em negativo de papel ultra-sensível.

Na fotocópia, há sempre um negativo em preto e branco, com inversão da imagem. Necessária se torna sempre a copiagem em positivo. Na cópia fotostática, a imagem aparece invertida cromaticamente, mas direta no papel. Não há, assim, negativo intermediário.

O perito chama a atenção para a questão, com objetivo apenas de ilustrar, pois a CÓPIA FOTOSTÁTICA é produzida pela Photostat Machine, pela Statfile Recorder e outras câmeras semelhantes, equipamentos caros e bem mais complexos que os utilizados na produção da Fotocópia.

Têcnicamente, as principais observações ligadas ao processo da fotocópia podem ser assim resumidas: "Quanto menor seja a fração de luz incidente absorvida pela camada sensível, tanto maior será o contraste da cópia. Supondo-se que a alvura de um documento esteja entre 0,8 e 0,5, as quantidades de luz absorvida durante o percurso de ida e volta da dita luz, na superfície sensível, serão de 97,2 e 90,45%, e se a referida superfície sensível absorve 90% da luz ativa incidente, ou de 17,20 a 10,45% se a emulsão só absorve 10%. No primeiro caso, o contraste $(97,2/90,45 = 1,07)$ é insuficiente para que se registre uma imagem; no segundo, todavia, o valor é satisfatório para produzir uma imagem de contraste eficiente $(17,20/10,45 = 1,64)$.

Generalizando: se A e A' são a alvura do branco e a pigmentação do negro, e T, a transparência da emulsão, para resplendor eficaz, a relação das quantidades de luz absorvida, com respeito aos brancos e pretos, em percurso dobrado no interior da emulsão, é de $(1 - T) (1 = AT) / (1 - T) (1 + A'T)$, tendente, por conseguinte, à $(1 + A) / (1 + A')$ quando T se inclina para a unidade.

Um filtro amarelo, de absorção adequada, permite, sôbre uma emulsão de cloreto de prata, utilizar sômente na cópia as radiações no limite da sensibilidade espectral do sal de prata; por conseguinte, as radiações debilmente absorvidas. O filtro amarelo atenua a estrutura do papel que constitui o suporte da emulsão, contribuindo para a elevação do contraste."

Prescindindo de fotografos especializados, e oferecendo reproduções nítidas, duráveis e do tamanho exato do documento, a FOTOCÓPIA tornou-se em pouco tempo, por excelência, a forma mais versátil de duplicação de documentos, concorrendo, ademais, para sua aceitação, o baixo custo operacional.

Por outro lado, as instalações para produção da Fotocópia são extremamente econômicas, comparadas com as instalações convencionais para reprodução fotográfica.

Os negativos obtidos, no processo da Fotocópia, tanto por transparência, como por reflexão, podem sofrer retoques, alterações aditivas e subtrativas, e, também, recortes, enxertos e adaptações.

Do ponto de vista sensitométrico, a diferencial de luminância o fator de contraste (gama), e a diferença entre densidades extremas, reduzindo ao máximo os meios tons, tira da Fotocópia a qualidade de reproduzir detalhes e minúcias, e aumenta enormemente a sua capacidade de encobrir defeitos, falhas e anormalidades de tôda ordem. De resto, por ser facilmente retocável o negativo, pois a superfície do papel recebe, sem repelência, traços de lápis, de tinta vermelha, nankin ou de outra côr, as montagens de qualquer natureza podem ser dissimuladas com absoluto sucesso.

Tais fatos podem ser desconhecidos, na sua expressão técnica, por muitos dos que lidam com a fotocópia, seja por falta de base técnica, seja por carência de preparo profissional, mas fácil é, cuidando do assunto, adquirir, por consciência própria, a cognição necessária para levar a efeito qualquer manobra que vise a utilizar a fotocópia para fins que não os consuetudinários.

Por tais razões, procura a lei restringir o uso de tal documento, aceitando-o, apenas, em determinadas circunstâncias, que são aquelas precisamente que aumentam o prestígio dos documentos que normalmente não gozam da presunção de autenticidade.

II — A FOTOCÓPIA FACE À LEI, À CASUÍSTICA E À JURISPRUDÊNCIA

Introduzida nos hábitos, público e particular, por volta de 1935, a fotocópia, mais econômica e de processamento técnico mais expedito que o da fotografia, difundiu-se rapidamente.

Até então, as disposições legais visavam a proteger a verdade em relação à fotografia, e por algum tempo, por que se confundia a técnica da obtenção fotográfica com a do processo simples de preparação da fotocópia, a esta se comunicaram tais dispositivos.

O primeiro caso conhecido de rélevo ocorreu em 1938 e dêle se ocupou longamente COSTA MIRANDA num magistral artigo publicado no

BOLETIM do M.T.I. e C. n.º 55, Ano V, sob o título: VALOR PROBANTE DA CÓPIA FOTOSTÁTICA.

Resumindo a querela em que se empenhavam o Banco do Brasil e um seu empregado, com quase dezoito anos de função, relata o autor do trabalho: "2. O Sr. Octávio Santos oferece embargos ao acórdão da Egrégia Primeira Câmara que, atendendo aos resultados a que chegou o inquérito administrativo, resolveu autorizar a direção do Banco do Brasil a demiti-lo como incurso na letra *a* do art. 16 do Decreto n.º 24.615, de 9 de julho de 1934, isto é, "ato de improbidade, que o torna incompatível com o serviço da empresa". 3. Sustenta o embargante: *a*) que "a única acusação feita pelo Banco do Brasil, ora embargado, ao seu funcionário Octávio Santos, ora embargante, para o fim de exonerá-lo das funções que exercia há quase dezoito anos, foi a de ter o embargante cometido "falta grave" por haver "emitido dois cheques" em 1935 e 1937, sem possuir a necessária provisão de fundos em sua conta corrente"; *b*) que "o Banco embargado, fundamentado apenas nessa pseudo-emissão de cheques, BASEADO EXCLUSIVAMENTE NAS FOTOSTÁTICAS, procedeu ao inquérito administrativo e foi proferido o V. Acórdão da 1.ª Câmara que, após uma série de CONSIDERANDA, admitindo a prática da "falta grave" com a prova constante exclusivamente das FOTOSTÁTICAS, julgou procedente o inquérito para autorizar a demissão pedida pelo Banco embargado, embora o próprio Acórdão reconheça que tal prova está sujeita a reservas";

c) que a "prova" é constante exclusivamente de duas *Fotostáticas*, embora se trate de provar um delito resultante da existência dos próprios cheques, que no caso representariam o *Corpus-Delicti*"; *d*) que "tal prova teria de ser apreciada se realmente prova fôsse e não se revestisse de falta absoluta de valor probante, pois, pelo sistema *Fotostático*, poder-se-iam levantar contra quaisquer indivíduos as mais graves e as mais cruéis acusações, por não serem ignoradas as contrafações e os "trucs" que a arte fotográfica pode realizar, coisa aliás reconhecida e proclamada... *e*) que o "Banco de certo era e é incapaz de proceder de tal forma para acusar um dos seus funcionários ou quem quer que seja", e que isso "não significa que dentre seus servidores ou fora de seu quadro de funcionários não existam pessoas capazes de tão ignóbil proeza, como realmente aconteceu", pois um inimigo invisível de Octávio Santos, realizando uma vingança mesquinha, arquitetou o plano diabólico e, tanto receou a apuração da verdade que *deu sumiço* ao corpo de delito, vazando a caluniosa increpação em meras *Cópias Fotostáticas*". Propondo a reforma do acórdão da Primeira Câmara, que de resto foi efetivamente reformado, face aos argumentos do voto que acompanhou os embargos, diz ainda Costa Miranda: "Ferrara adverte: "Passando da imagem da pessoa para a de uma coisa, a dúvida contra a fotografia não diminui: ainda mais cresce e avulta". Em seguida pondera, citando *Buonamico*: "A dúvida se origina de circunstância fundamental: não porque a arte não reproduza perfeitamente o original, mas porque a fotografia é filha de uma negativa pela qual a arte possibilita qualquer alteração, supressão ou substituição" (LUIGI FERRARA — La Prova Fo-

tografica nel Processo Civile — págs. 11, 12 e 18). Verberando contra tais documentos, diz ainda o cauto e sereno relator do feito: “Curioso: as cópias fotostáticas dos cheques imputados a Octávio Santos, figurantes a fls. 4, ostentam a marca de “*Legalmente Autenticadas*”.

São frias, pobres, mendigas; não revelam de que instalação técnica efetivamente procedem. Silenciosas, conservam o mutismo que agrava a indigência que as abate. Sabe-se que saíram do “Gabinete Fotográfico do Banco do Brasil” porque alguns depoimentos mencionam semelhante episódio. Nada mais.” Na apreciação do trabalho de Costa Miranda, em resumo de apresentação, consigna o *Boletim do Ministério do Trabalho*: “Qual o valor jurídico de uma *Cópia Fotostática*? A pergunta em si resume, embora em tese, uma das mais graves questões da processualística moderna. Comum e usadíssimo é o meio de fotografar peças e documentos dos autos, buscando-se nisto, às vezes, recurso técnico de abreviar o tempo que se levaria em cópias demoradas e intrincadas. Mas não abalando a autenticidade que se lhe presta, é conveniente, contudo, que o transunto, por assim dizer, tenha todos os sinais fortes de uma fidelidade tal que não se ponha em dúvida ou haja um mínimo receio de um artifício ou dolo que altere o original. Principalmente, ter a certeza de que o original foi de fato passado com tôdas as particularidades e características. Para tanto, é preciso que a lei diga quem possa afirmar a fé pública na fotografia consequente; se não teríamos um simples documento que seria mero indício ou presunção.

O presente parecer, que mereceu aprovação do Consil. Pleno do Conselho Nacional do Trabalho, de autoria do conselheiro *Costa Miranda*, tem todos os visos de um caso original, e nem por isso deixa de se revestir de importância extraordinária, firmando uma orientação e abrindo clareiras no cipoal de opiniões controvertidas.” A partir de 1943, a casuística do signatário começou a ser respingada por fatos correlacionados com documentos fotocopiados. Primeiramente, fotocópias de originais dados como perdidos, e consignando cláusulas contratuais, “com reserva de domínio”, e sôbre os quais se afirmava ter sido elaborado, originalmente, “sem reserva de domínio”.

A não exibição do original impossibilitava a verificação da rasura mecânica, e esta, embora provável nas circunstâncias do fato, não aparecia na cópia fotostática.

Depois, alguns casos de “vales” com assinaturas aparentemente verdadeiras, pois algumas até eram reconhecidas pelos implicados, mas cujos originais não apareciam para exame. Pretendia-se com tais *vales* ilidir a cobrança de títulos, por ajuste de contas; eis que os documentos estariam abusivamente nas mãos do credor.

Em 1946, meados do ano, apareceu, em fotocópia, um contrato mencionando negócios ilegais, contrários às leis de Economia Popular, e o documento levou a Autoridade responsável pelos crimes contra a economia do povo, muito atuante na época, a processar um dos sócios denunciados pela firma.

Impressionado com o documento, a repercussão do fato e a facilidade com que, mesmo antes de apurada a procedência da denúncia, — que poderia trazer o vício da vingança ou de mera increpação caluniosa — a autoridade lançava num processo iníquo um negociante de grande conceito, o perito publicou na Revista de Identificação e Ciências Conexas, de Belo Horizonte, n.º 5, ano III, uma pequena comunicação intitulada: — Considerações Técnicas Sobre os Documentos em Fotocópia.

Entre outras considerações, aparecem estas, no trabalho citado: “As facilidades criadas por vários dispositivos legais que, em certos casos, autorizam a substituição de documentos originais por fotocópias vêm, ultimamente, sendo deturpadas de tal forma que, em breves dias, veremos absurdos provados através de documentos foto-reproduzidos, e simulados para produzirem os mais variados efeitos processuais.” “Os processos de reprodução fotostático, retofoto e demais que adotem duplicar documentos com o uso apenas de superfícies pergaminhosas, sensibilizadas, sem interferência de negativos intermediários, à base de gelatina, colódio ou plástico, com depósito de sais argênteos, e, impressionados através de foco direto de objetiva, com correção ótica apropriada, nenhuma peça, fotograficamente falando, digna de crédito, produzem.” Adotando, na época, talvez pela falta de casuística, talvez pela visão muito restrita do problema, uma posição radical sobre os documentos em *Fotocópia*, defendia o perito a tese segundo a qual só os documentos originais seriam passíveis de exame grafotécnico. “Cópias diretas ou indiretas de peças originais, conquanto sirvam para ilustração de laudos e demonstrações de convencimento, outro valor além desses não possuem.” “Sempre, em qualquer circunstância, o exame gráfico só pode e deve ser feito sobre a peça original. Fugindo dessa norma de segurança, as conclusões só podem ser duvidosas, e os resultados dos exames, permanentemente fracos, constituem ameaça à verdade, para não representarem, quando arrojados, peças tendenciosas ou facciosas.” “Fácilmente sujeitos à fraude, os documentos reproduzidos pelos processos fototécnicos, sobretudo pelo sistema de contato direto, quando desacompanhados dos respectivos originais, devem ser sistematicamente rejeitados como peças de exame gráfico.” Para ilustrar a exposição, o signatário produziu vários documentos falsos, por meio de montagens, usando assinaturas de diversas pessoas, e, aduziu, em favor de sua tese, o brilhante trabalho do conselheiro COSTA MIRANDA.

Estávamos em 1946. Os acontecimentos que se seguiram, obrigaram o perito a mudar da posição radical, pois isso beneficiava quase sempre o falsário. Alguns sucessos técnicos, provando a fraude, a fotomontagem, abriram novos campos, novas perspectivas de indagação, e, aceitando tais documentos para exame, embora dentro de limitações, pôde o signatário oferecer à justiça valiosos subsídios, em inúmeras oportunidades, quer na condição de perito oficial, quer na posição de perito da parte, no fóro cível.

Um exemplo recente, altamente ilustrativo, está no bilhete em fotocópia, atribuído ao Vice-Governador da Baía, o Sr. Jutahy Magalhães, e que

seria a prova de que o citado político, sabedor por antecipação da elevação da taxa do dólar, teria criminosamente tirado partido dêste privilégio.

O documento, apresentado pelo Deputado Mário Piva, em fotocópia, datado de 24 de janeiro de 1967, autorizava o gerente do Banco do Brasil, a comprar *Cem Mil Dólares* em nome de terceiros.

Da análise realizada, resultou a apuração de que havia entre a assinatura do bilhete e outras autênticas do Sr. Jutahy Magalhães diferenças fundamentais do ponto de vista formal ou morfológico, além de relevantes diversidades no tocante ao pêso gráfico, traduzidas na espessura do traço; transtornos de inclinação dos eixos axiais estereotipados pela alteração global da projeção da escrita, e discrepância de calibre dos símbolos, constatável através da aferição dos espaços ocupados pelos lançamentos cotejados.

Dentro da prudência que as condições do exame exigiam, o perito admitiu a falsidade intrínseca da assinatura, protestando, todavia, pela apresentação do original, para se pronunciar sobre a possibilidade do autodisfarce, e, no caso de positivada a fraude, fixar o processo usado.

Por imperativos de ordem moral, o documento em original foi oferecido à Câmara dos Deputados, e esta o enviou ao Instituto Nacional de Criminalística em Brasília, para ser oficialmente periciado.

O resultado da perícia oficial ratificou a conclusão do signatário. Positivou-se a falsificação, já admitida através do exame da fotocópia.

As divulgações que se inspiraram nas restrições ao uso da *Fotocópia* como prova documental autônoma, e que se seguiram ao trabalho do conselheiro COSTA MIRANDA, surtiram efeitos imediatos, e já em novembro de 1939, o Decreto n.º 4.857, no seu artigo 137, referindo-se expressamente à *Fotocópia*, e não a *Fotografia*, que obedece a um sistema técnico diferente, como até então faziam os Códigos de Processo Civil e Criminal, regulava a questão, de forma intransigente: "art. 137. Os documentos fotostáticos só fazem prova em juízo quando acompanhados de certidão da transcrição do original no registro de títulos e documentos." A jurisprudência torrencial que se criou sobre a matéria não mais permitiu o uso indiscriminado da *Fotocópia*, e os insucessos jurídicos de muitas aventuras fraudulentas contribuíram para reduzir o número de casos da espécie.

Vez por outra, todavia, aparecem tentativas, mas logo se frustram ante o coerente repositório jurisprudencial que ampara a questão no âmbito da prova.

Os acórdãos que se seguem, por transcrição, e o provimento n.º 1 da Corregedoria-Geral da Justiça (SP) mostram comportamento remansoso e sem discrepações dos tribunais pátrios, ornando com o prestígio dos sufrágios a tese que COSTA MIRANDA defendeu e classificou como uma das mais graves e interessantes no campo da processualística moderna.

"Prova — Cópia Fotostática — Falta de valor se não acompanhada de certidão do registro do original — Aplicação do art. 137 do Dec. n.º 4.857, de 1939." "... Contudo, o réu não demonstrou a constituição do alegado

penhor de tais objetos. A cópia fotostática de fls. não prova a existência do penhor dos objetos que menciona e que o réu recebeu do autor; não prova porque não tem valor como título comprobatório, à vista do que preceitua o art. 137 do Dec. n.º 4.857, de 9 de novembro de 1939, uma vez que não se encontra acompanhada da certidão da transcrição do original, no Registro de Títulos e Documentos, e, ainda porque essa cópia não determina precisamente o valor do débito..." (Revista dos Tribunais, Vol. 164, pág. 726/727). Despacho Proferido no Processo n.º 5384 da Capital, em que é interessado o 14.º Tabelião de Notas — "Pede o Sr. Tabelião do 14.º Ofício de Notas desta Capital autorização para extrair certidões e públicas-formas mediante reprodução fotostática." "Não vejo inconvenientes, senão apenas vantagens, na medida, desde que se observem as cautelas que já se encontram previstas em dispositivos legais vigentes.

Encontra-se em primeiro lugar a lei dos registros públicos (Dec. número 4.857 de 1939) dispondo no art. 137: "Os documentos *Fotostáticos* só farão provas em Juízo quando acompanhados de certidão da transcrição do original, no registro de títulos e documentos"; donde se conclui que, em se tratando de documentos particulares, é condição essencial que sejam eles previamente transcritos no registro de títulos e documentos.

Vemos em seguida o Decreto-Lei n.º 2.148, de 25 de abril de 1940, dispor no art. 2.º: "As certidões de inteiro teor, bem como as públicas-formas de qualquer natureza, podem ser extraídas por meio de *Reprodução Fotostática*, devendo as cópias conter, para possuírem valor probante em Juízo ou fora d'ele, a autenticação da autoridade competente, que certificará, em declaração expressa, se acharem iguais ao original." "E por último a Lei n.º 209, de 2 de janeiro de 1948, declarando que nos processos para obtenção de benefícios da moratória aos pecuaristas,..." "os títulos poderão ser apresentados em cópias fotostáticas devidamente conferidas e autenticadas." "Além disso, quando se cuide de documento particular, cujo original não esteja arquivado em repartição pública, convirá que se observe a cautela do art. 225 do Código de Processo Civil." "A reprodução fotográfica, sendo tirada sem a fiscalização da parte contrária, nem sempre merece confiança, conhecidos que são os artificios e as virtuosidades em que é exímia a arte fotográfica." (Alberto dos Reis, nota no art. 547 do Código de Processo Civil Português) "Coregedoria-Geral da Justiça — Certidões e públicas-formas mediante *Reprodução Fotostática* — Uso aconselhável — (Revista dos Tribunais vol. n.º 176 págs. 870-871) — (in *Diário da Justiça* de São Paulo, de 2-10-1948 — Despacho do Des. Corregedor MARCELINO GONZAGA)". Provimento n.º 1, de 1949, da Corregedoria-Geral da Justiça — São Paulo:

"A autenticação, por tabelião, de fotocópia de documento particular não transcrito no registro público, não tem valor probante porque não foi feita em confronto com o documento de suas notas, mas pela apresentação da própria parte."

Apelação n.º 64.942 — Atibaia: Apelante, Antônio Pizelli — Apelado: Cláudio Bassi. 1.º Ofício.

“Da novação alegada, também o apelante não deu prova. Diga-se, ademais, que dos documentos que juntou, o de fls. parece ser reprodução do de fls.; não tem força probante, porque se trata de Cópia Fotostática, que só faz prova em Juízo mediante certos requisitos, nomeadamente a conferência entre as próprias partes, exigindo alguns que, em se tratando de documentos particulares, devem ser previamente transcritos no registro público. (provimento do Exmo. Sr. Desembargador Corregedor-Geral, na Rev. dos Trib. n.º 182/921)”

“O documento é particular, e assim a autenticação que lhe apôs o tabelião não tem valor probante porque não foi feito em confronto de suas notas, mas pela apresentação da própria parte.

Dizem, com acerto, BAUDRY-LACANTINÉRIE, que na fotografia a reprodução dos atos são imagens e não cópias. O estabelecimento da autenticação depende da exibição do original. “Cio vuol dire — concludem — che l'immagine fotografica non ha alcuna forza probanti” — Trattato Teorico Pratico di Diritto Civile, vol. 15 pág. 209.

Se, em verdade, a cópia fotográfica apresenta importantes vantagens sobre a cópia comum, segundo a observação de D'Amelio, transcrita por Lessona (Teoria Della Prova 3/329), ou o aproveitamento dos progressos da fotografia judicial, de que fala MANZINI (Trattato di Diritto Processuale Penale, vol. III, pág. 156) não é menos verdade que deve repousar sobre certos critérios de segurança a fiscalização, que o documento de fls. não ostenta, máxime por ter sido impugnado pelo adversário. Finalmente, o próprio Código de Processo Civil entendeu de cercar a prova fotográfica de certo cuidado, quando a admitiu num caso expresso — art. 387, parágrafo único —”

(Tribunal de Justiça de São Paulo: Ac. unânime da Sexta Câmara Cível, de 11 de dezembro de 1953, relatado por Hercúides da Silva Lima, na Apelação 64.942, — Rev. dos Tribunais, Vol. 221, págs. 196/197).

Tribunal de Justiça de São Paulo. Ac. unânime da Segunda Câmara Civil, de 25-9-1951, relatado por OLIVEIRA LIMA, na Apelação n.º 56.366 — Rev. dos Tribs., vol. 196, págs. 278/280, e Rev. Forense, vol. 143, páginas 293/294.

Embargos de Terceiros: Apelante — José Celino Carvalho. Apelado: Antônio Nascimento — 1.º Of.

“A *Fotocópia* só faz prova em Juízo acompanhada de certidão de transcrição de original no registro de títulos e do-

cumentos *Do Domicílio* dos contratantes” (Dec. 5.318, de 29 de fevereiro de 1940, art. 137).

“O terceiro embargante não demonstrou ter a propriedade do automóvel. O documento de fls. não o prova. Esse documento, *Fotocópia* de um certificado de propriedade, expedido pelo Delegado de Campinas, não tem valor probatório algum.

Tal *Fotocópia* só faria prova em Juízo se estivesse acompanhada de certidão de transcrição do original no Registro de Títulos e Documentos do domicílio dos contratantes. (Dec. n.º 5.318, de 29 de fevereiro de 1940, art. 137).”

Tribunal de Justiça de São Paulo — Ac. unânime da Sexta Câmara Civil, de 28-8-1953, relatado por Isnard dos Reis, na Apelação n.º 62.721 — Rev. dos Tribs. Vol. 217, págs. 179/183)

Apelação: Apelante — Gildo Bandeira. Apelados: Conde Luiz Eduardo Matarazzo e s/mulher.

“A *Fotocópia* só faz prova em Juízo se acompanhada de certidão da transcrição do original no registro de títulos e documentos do domicílio dos signatários.”

...

“... Posta de lado essa matéria do alegado vício de vontade, há que assinalar que a lei e a jurisprudência têm declarado que a *Fotocópia* só faz prova em juízo quando acompanhada de certidão de transcrição do original no registro de títulos e documentos do domicílio dos signatários — Dec. 5.318, de 29-2-1940, art. 137 — (Rev. dos Tribs. 164/726; 196/278; acórdão do Pretório Excelso em Rec. extr. n.º 14.593 — Rio de Janeiro, in *Diário da Justiça* da União, de 22 de junho de 1951, págs. 1520, 3.ª col.)

A fotocópia de fls. (doc. particular), base da própria sentença apelada, foi deficientemente formalizada, estando apenas autenticada pelo 15.º Tabelião desta Capital, mas sem a observância do registro obrigatório no tocante ao documento original para a validade como prova em Juízo. Sem a Publicidade do aludido registro, a surpresa dificultando o direito da defesa é evidente.”

Tribunal de Justiça do Paraná — Ac. unânime da Primeira Câmara Civil, de 8-5-1956, sob o n.º 26.858, relatado por Isaías Beviláqua — Rev. dos Tribs. n.º 259, págs. 515/516.

Mandado de Segurança n.º 6.760 de ASSAÍ

“Os documentos fotostáticos só farão prova em juízo quando acompanhados de certidão de transcrição do original no Registro de Títulos e Documentos.”

...

"Assim decidem, porque os documentos fotostáticos que instruem a inicial foram apresentados desacompanhados das certidões dos originais transcritos no Registro de Títulos e Documentos, em desacôrdo com o que preceitua o art. 137, da Lei dos Registros Públicos, conforme demonstrou o jurídico parecer do Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado a fls."

Tribunal de Justiça do Paraná — Ac. unânime, em sessão plenária de 21 de fevereiro de 1956, sob o n.º 26.557, relatado por Leopoldo dos Santos — Rev. dos Tribs. Vol 256, págs. 527/528.

Mandado de Segurança n.º 6.760, de ASSAÍ

"Os documentos fotostáticos só farão prova em Juízo quando acompanhados de certidão da transcrição do original no Registro de Títulos e Documentos."

...

"Assim decidem, porque os documentos que instruem o pedido foram apresentados desacompanhados das certidões dos originais, tratando-se de fotocópia em desacôrdo com o que preceitua o art. 137 da Lei dos Registros Públicos, "in verbis": "Os documentos fotostáticos só farão prova em Juízo, quando acompanhados de certidão da transcrição do original no registro de títulos e documentos."

Tribunal de Alçada de São Paulo — Ac. unânime da Primeira Câmara, relatado por Batalha Campos, em 6-2-1957, na Apelação n.º 17.754 — Rev. dos Tribs. n.º 263, págs. 518/519.

Executivo Cambial

"Prova: Fotocópia — Valor Probatante em Juízo — Necessidade de conferência com o original. Aplicação do art. 225 do Código de Processo Civil.

A posse do título em mãos do credor constitui presunção "hominis" de não estar a dívida quitada.

A prova por Fotocópia ou pública-forma, de original, somente é admissível em Juízo quando possível a conferência determinada no art. 225 do Código de Processo Civil, mormente quando suspeito o conteúdo declarativo da reprodução."

Capital: Apelante — Herszet Kalim. Apelado: Haim Grobman.

...

"Se o devedor pretende demonstrar ter efetuado pagamento sem a devolução dos títulos, poderá fazê-lo, mas de forma a não suscitar dúvidas à prova que ofereça.

No caso, pretende o apelante demonstrar a quitação pela *Fotocópia* de fls. e pela certidão de registro de fls., alegando *Ter Perdido o Documento*

Original, que seria um vale emitido pelo credor ao receber a importância da promissória e das duplicatas.

A sentença salientou as circunstâncias suspeitíssimas que encerram o alegado pagamento.

Acresce que a prova documentada por *Fotocópia* ou pública-forma de documentos originais somente é admissível em Juízo quando possível a conferência determinada no art. 225 do Cód. de Proc. Civil, mormente quando suspeito o conteúdo declarativo da reprodução.

A razão é óbvia: se tais reproduções não gozam de presunção de autenticidade (como sucede com as certidões e traslados compreendidos no artigo 226), somente a apresentação do original sujeito ao exame da parte contrária e à conferência do Juízo proporcionará elementos à investigação da autenticidade impugnada, como no caso."

O perito pode completar esta relação, indicando outras resoluções idênticas, para consulta, se necessário, mas deixando de transcrevê-las para não alongar o presente trabalho. Tais são:

1. — Despacho do Desembargador-Corregedor, no Processo n.º 7.119 — *Diário da Justiça* de São Paulo — 31-10-1950;

2. — Despacho do Desembargador-Corregedor Vasconcellos Leme, no Processo n.º 15.899 — *Diário da Justiça* de São Paulo, em 26-7-1958, pág. 7;

3. — Acórdão unânime do Supremo Tribunal Federal, no Rec. Ext. n.º 14.593 — *Diário da Justiça* da União de 22-6-1951, apenso ao n.º 141 — pág. 1.520;

4. — Acórdão unânime da 5.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, relatado por Serpa Lopes, na Apelação n.º 8.455, Rev. Forense, vol CX, págs. 124-125.

A manifesta importância da questão, a exigir, pela sua condição iterativa, pronunciamentos das autoridades em geral sobre os requisitos legais, essenciais à validade da *Fotocópia*, em Juízo e fora dêle, com formulação das várias hipóteses cabíveis na sistemática probante, levou J. NETO ARMANDO, 1.º Curador-Fiscal de Massas Falidas de São Paulo, a sintetizar, num magnífico trabalho, os informes mais atualizados que se podem exigir no tocante ao assunto.

Abordando os diferentes aspectos que envolvem a necessidade de prévia transcrição, da autenticação, da conferência e dos atos conjuntos, explicou a condição do documento, como instrumento administrativo, instrumento do fôro judicial e instrumentos do fôro extrajudicial.

Em "Requisitos da *Fotocópia*" — (Justitia — Vol. 32, Ano XXIII, páginas 91/92), o autor citado escreve:

"Face ao quanto exposto está em linhas que acima e atrás ficaram, podemos, da seguinte maneira, sintetizar os requisitos da fotocópia:

I) *Documentos Públicos* — (Instrumentos administrativos e instrumentos do fôro judicial e do fôro extrajudicial):

a) Se a fotocópia é de *Original* de documento *Público*, só é necessária a sua *Autenticação* pela autoridade competente, qualquer que seja a finalidade da reprodução fotostática.

Nem transcrição, nem conferência;

b) Se a fotocópia é de *Certidão*, *Traslado* etc. (não de original) de documento *Público* ou de documento *Particular* já arquivado em repartição pública, com a declaração, na via fotocopiada de que o foi, — são essenciais à sua *Autenticação* pelo Tabelião, quer extraída por êste, quer por particular, e, destinando-se a processo *civil*, a sua *Conferência* com a peça fotocopiada.

Se a fotocópia não fôr constituir prova em processo *civil*, basta-lhe aquela *Autenticação*.

Em qualquer destas hipóteses, não é necessária a transcrição.

II) *Documentos Particulares*:

a) Se a *Fotocópia* é de documento *Particular* e destina-se a processo *civil*, são essenciais a *Prévia Transcrição* do original no Registro de Títulos e Documentos; a *Autenticação* pelo Tabelião, quer tenha a fotocópia sido extraída por êste, quer por particular, e a sua *Conferência* com o original, previamente transcrito;

b) Se a *Fotocópia* é de documento *Particular* mas não se destina a processo *civil*, e sim a outro *Juízo*, são necessárias, só, a *Prévia Transcrição* supra e a *Autenticação*;

c) Se a *Fotocópia* é de documento *Particular* mas não se destina a constituir prova em qualquer juízo, não é necessária a prévia transcrição do original no Registro de Títulos e Documentos, bastando-lhe, só e só, a *Autenticação* por Tabelião, quer extraída por êste, quer por particular.

Por certo não somos nós, apenas, que assim entendemos a questão dos documentos reproduzidos.

"The original papers are on file in the war department, and cannot, without public detriment and inconvenience, be removed. Photographic copies are the best evidence that case admits of. The wonderful art by which they are reproduced gives us, as we may say, duplicate original; and in the case of public records

or documents properly deposited in the public archives of the country, and which the public interest requires should be there kept and preserved, no better evidence of their character and authenticity can be had than such a reproduction of them by the operation of natural agencies, and an authentication of them in the usual way".

"Duly authenticated photographic copies of the following types of public documents have held admissible: Papers on file in departments and bureaus of the Federal government; public documents of foreign countries; court papers, and police reports. On principle, of course, duly authenticated photographic copies of any public document are admissible without proof of inaccessibility. But photographic copies of public documents should not be admitted when they are not accompanied by proof as to their authenticity.

State and federal statutes should be consulted for methods of authenticating copies of public documents.

But attention is called to the fact that it has been held that where the custodian of the records has a seal, photographic copies of the records authenticated only by certificate, without seal, are inadmissible." — (Photographic Evidence — C. Scott — págs. 681/682)

III) *A Cópia Fotostática e o Exame Pericial*

Bem claro ficou, do quanto se disse sobre a *Fotocópia* e seu emprêgo difundido, como recurso lesto na duplicação de documentos, que não mais é possível rejeitá-la indiscriminadamente, nem mesmo excluí-la da cogitação pericial, sob pena de, com tal comportamento, contribuir para dificultar a ação da justiça. E não é só, pois tal atitude pode servir aos desígnios dos que falsificam tais documentos, quando para eles bastam a dúvida e a suspeição que levantam, eis que provar jamais aos mesmos interessou. É a técnica subliminar de influir no convencimento, sem contribuir, corretamente, para fortalecer o conhecimento.

Reformulando conceitos radicais, impõe-se ao perito, no momento, várias alternativas na sistemática pericial de tais peças.

Em verdade, os documentos fotocopiados, desacompanhados das certidões de registros dos originais, e desprovidos dos requisitos que lhes emprestam um mínimo de validade, nada provam.

Não menos verdade, porém, é que podem eles ser objeto de exame para verificação de circunstâncias, fatos, minúcias e particularidades que interessam à verdade.

O importante, todavia, é ficar o perito dentro das limitações que lhe são impostas pela técnica, pela prudência e pela ética.

No modesto trabalho que o signatário apresentou ao II Congresso Nacional de Criminalística, em 1966 (*A Perícia Fotográfica*), fixou nitida-

mente esta modalidade de perícia entre as que denominou de “Perícia de Interpretação Fotográfica”.

Chamou a atenção para o problema do efetivo conhecimento que deve ter o técnico da arte fotográfica, e alertou aos que se aventuram a tais exames quanto à possibilidade de erros estimativos e falhas judicativas, se enveredam pelos atalhos da técnica pessoal e fogem do campo factuel para o conjectural. Lembrou, ademais, o perigo de se envolverem em artificios ou exercitarem pesquisas que não sejam de ordem universal, respaldadas por métodos não contestados.

A tarefa, ingente ou não, está sujeita a limitações que não podem ser transgredidas, em face das restrições já de todos bem conhecidas.

“Les parties proposent parfois à l'expert de lui remettre, au lieu des originaux, des épreuves photographiques. Cela est à peu constamment inacceptable. Des photographies que l'on n'a pas faites soi-même ne rendent nul compte des altérations du document. D'autre part, elles peuvent être truquées.”

“Si cependant il est réduit à opérer sur les photographies, il devra faire toutes réserves, indiquer dans son rapport ou sa consultation qu'il n'a pas vu les originaux, et, en tout cas, se faire remettre non des épreuves positives, mais des négatives, ce qui lui permettra de faire certaines constatations, impossibles sur les tirages, notamment en ce qui concerne la possibilité d'un truquage.” (Manuel de Technique Policière — Locard — 1934, Payot, pág. 150) — (Traité de Criminalistique, E. Locard, vol. V, pág. 46 — 1935).

“Dans de très nombreuses affaires de chantage, le coupable n'a pas présenté à sa victime les lettres qu'il prétend lui faire payer. Il n'apporte que des photographies.

...

Enfim, il advient quotidiennement que des experts soient sollicités de donner un avis non sur des manuscrits, mais sur des épreuves positives. C'est une question dont j'ai déjà parlé ao début de ce livre.

Or, il faut savoir que si le truquage photographique représente, quand il s'agit de scènes avec personnages, un certain art et un outillage, n'importe quel médiocre opérateur peut réussir un truquage extrêmement dangereux, s'il s'agit de documents.

I — Truquage Photographique des textes: — On fait, somme toute, un faux sur découpage. Il est tout simple de tirer une épreuve négative sur laquelle les joints soient indiscernables, pourvu que tous les tons soient sensiblement de même nuance, et que les encres ne soient pas trop différentes. Naturellement un découpage où alterneraient des morceaux de papier blanc et de papier bleu, des mots à l'encre de fer et des mots au

violet de méthylène présenteraient des difficultés sérieuses — non insurmontables d'ailleurs.

Le truquage sera imbattable si l'on a des paragraphes entiers tout prêts; si surtout il suffit de substituer la signature de la victime sous un texte dactylographié, comme je l'ai vu plus d'une fois. — (Traité de Criminalistique — E. Locard, vol. V, pag. 158-159 — 1935)

E oportuno esclarecer que as recomendações anteriores ao advento da *Fotocópia* se referem apenas à *Fotografia*, que em verdade inclui no seu processamento fases operacionais diferentes, mais complexas, a exigir maior virtuosismo.

As contribuições mais recentes referem-se em suas observações, explicitamente, à *Fotocópia* e à *Fotostática*, processos mais simplificados e mais maleáveis, e que se adaptam a gêneros diferentes de fraude.

"The document examiner is often requested to examine photostats or photographic copies of questioned documents and of exemplars. The investigator should avoid when possible the necessity of making this request. Good photographic copies of such material are difficult and expensive to make with sufficient quality, while photostat copies never show the detail desirable for effective examination.

This is true especially in the matter of line quality which is of the greatest significance in examination of disguised writing and of forgeries. A good tracing or even a good drawing of a signature will often be undetectable in a photostatic copy. Furthermore, differences in ink, pen, and other writing equipment will ordinarily not be evident all in the photostats." (Crime Investigation — Paul L. Kirk — 1953, pag. 439)

"The principal objection to the "photostat" photograph is that by this process nearly all intermediate tones are lost" (Questioned Documents — Osborn — 1943, pag. 44).

"In the "photostat" photograph, black on white, or reversed again to be like the original, much detail is lost as the process purposely aims to secure the greatest possible contrast. The intermediate shades are nearly all lost. Ordinarily these photographs are not desirable for disputed document illustrations and sometimes serve to hide some of the most significant evidences of forgery." (Osborn — pag. 60-61)

"The so-called "photostat" photographs are particularly undesirable for the illustrating of questioned pencil writing." (Osborn, pag. 165).

"As with other questioned document problems, already referred to, what are known as "photostat" photographs, white

on black, or the second photograph of this kind which then is not reversed, are almost useless and in some cases are actually misleading. They should never be solely depended upon in any kind for a questioned document investigation. They tend to hide certain defects and often fail to show some of the most important characteristics in a questioned document." (Osborn, página 607)

"Photostatic photographs smooth out somewhat and make uniform rough lines and line edges, and thin lines and heavy lines are made to appear just alike and thus often actually cover up important evidence of forgery." (Osborn — pág. 550)

§ 385 — Photostat Machines Unsuitable: — You have notice that familiar photostat machine has not been discussed as being a suitable instrument for making photographs of disputed documents for use as evidence. A word of caution should be given regarding all machines of the photostat type. While they are satisfactory for routine copying of office records, deeds, leases, and court papers, they should never be employed to make illustrations for disputed document cases because they produce copy that is harsh, contrasty und utterly useless in showing fine detail and delicate gradation of tone. Ordinarily photostats are furnished as paper negatives, or white lettering on black background in the case of reproduction of ordinary writing. This original photostat is harsh and contrasty and undesirable for use in a disputed document case, but the word of the matter is that in order to make a positive of it by the photostat process, it is necessary to place it in front of photostat machine and photograph it. Each time a photostat is copied in this way some of the detail is lost, and the process of re-copying may be repeated until every bit of the delicate gradations and fine lines of the original writing are lost.

The qualified document expert, therefore, shuns the photostat and leaves it for those who can use it in the way in which it was intended to be used — as a rapid and economical means of copying routine records —" (Photographic Evidence — Charles C. Scott — 1942, págs. 343-344)

"Incorporating Testimony on Photograph in Record: — ... As far as ordinary still photographs are concerned it is always possible to incorporate them in the record for even when they are of large size or are mounted, reduced copies can be made which will fit nicely into the record. However, when reduced copies are prepared for incorporation in the record, too often the attorney fails to secure copies that are as good as the original exhibit.

Photostatic copies of photographs are very unsatisfactory. Photographic copies made in the ordinary way by setting the

exhibit up before the camera and making a film negative thereof in the desired size from whichprints can be made for incorporation in the record produce good results when made by a skilled photographer. However, when the negatives are too large to make prints suitable for use in the record, the best plan is to take the negatives to a commercial photographer equipped with a projection printing machine that will make both enlargements and reductions and have him make smaller prints direct from the large negatives in size desired for incorporation in the record. This will yield prints that are in every way equal in quality to the original exhibit." (Photographic Evidence — C. C. Scott, pág. 804)

Considerada válida a coarctação resultante dos conceitos transcritos, a sistemática assim dispõe as alternativas:

I — A prova da *Falsidade* em documentos *Fotocopiados* pode ser feita, em certos casos, desde que, conhecendo em profundidade a técnica fotográfica, demonstre o perito incoerências, antagonismos, oposições, irregularidades, aberrações, objeções, contradições, enfim, antinomias;

II — A prova da *Negativa de Autoria Gráfica* pode ser alcançada desde que se perquiria através das divergências formais dos escritos comparados, e se observem anormalidades profundas relacionadas com as características de ordem geral da escrita, ou sejam: gênese; hábitos de movimentos; anomalias do gesto gráfico; morfologia; velocidade; ritmo; dinamismo; andamento; alinhamento; espaçamento; relação de proporcionalidade; calibragem; limitantes; característicos especiais de grandeza; valores angulares e curvilíneos; inclinações dos eixos, regras de espaçamento interliteral, intervocabular, interlinear e intergramático; projeção da escrita; disposição do contexto; índole gráfica e cunho gráfico; estilo, redação, ortografia e idiografismos; posição do punho (pivot) e pontos de apoio; levantamentos anormais do instrumento escriturador; paradas, retomadas e coadaptações de traços; artificialismos; vestígios de "decoupage" e sinais inconfundíveis de grafismo artificial.

Neste trabalho, o *Exame Grafotécnico* deve-se robustecer com a *Análise Documentoscópica*, pois se o primeiro cuida do grafismo em si, através da verificação minuciosa de suas qualidades gerais, a segunda indaga amplamente sobre a natureza do documento, buscando informes que se relacionam com o conteúdo da peça, o tempo, as características fundamentais de sua confecção, e todos os demais detalhes lógicos que correlacionam o enunciado com as circunstâncias do meio e da vida da pessoa a quem se

atribui. Também cuida de verificar as coincidências e as anomalias que apresenta o documento em relação à história que se lhe emprestam.

“La determinación de la autenticidad o falsedad de un documento debe hacerse reuniendo a las formas gráficas todos esos elementos. Es por eso que en primer término deben considerarse los materiales cuyas anomalías indican por sí lo espúreo del documento; en caso que estos elementos no contribuyan a determinar la falsedad, debe considerarse la autenticidad de la escritura y la vez hacerse el análisis lógico de su contenido, relacionando sus enunciaciones con las circunstancias de medio y de vida de la persona a quien se atribuye.” (Pericias Caligráficas — Hernan A. Wallace — 1946, pág. 56/57)

“En geral deben verificarse las coincidencias o anomalías que presente el documento con la historia que se le atribuye.” (Obra citada, pág. 162)

III — A prova positiva e *Direta* da *Autoria*, jamais pode ser deduzida de documentos em *Fotocópia*, mesmo quando todos os elementos a isso induzam o perito.

Deve ser lembrado, sempre, que a assinatura ou a escrita podem ser autênticas, embora o documento em si, falso.

Transferindo ou transplantando por meios fotograficamente possíveis, escritos ou assinaturas, integrantes de documentos autênticos, pode o falsário hábil na arte da fotomontagem forjar um documento ideológica e materialmente falso.

Assim, autênticos e de punho cuja autoria é conhecida, os escritos em causa, sobrementados por meio de artifícios técnicos, podem dar lugar ao aparecimento de um documento integralmente falso no tocante ao conceito ou conteúdo.

Dessa forma, o exame pericial sobre *Fotocópia* não tem o mérito de servir à prova da autenticidade e da autoria, diretas, mas tem, no sentido de possibilitar a prova da fraude e da negativa de autoria, desde que se descubram os vestígios da montagem, ou os indícios primários ou fundamentais de divergência das escritas.

Esta não é, em absoluto, uma situação original de restringimento no campo da prova técnica, pois tal é a posição da prova hematológica no que concerne à investigação do vínculo de filiação: *Valor Excludente*.

“A prova sangüínea por ora só permite *Excluir*, e não *Afirmar* a paternidade. Verificada a impossibilidade, por desobediência a uma das quatro leis mencionadas acima, dir-se-á, com *Segurança*, que o acusado *Não* é pai da criança apresentada.”

“De regra, na atualidade, a prova sangüínea constitui prova de defesa: não *Afirma* o vínculo genético, e pode excluir-lhe a hipótese.”

“É interessante salientar, escreve Friendereich, que só na Dinamarca, e durante quatro anos, 775 homens puderam ser excluídos de uma paternidade que a chantagem queria atribuir-lhes. Este simples algarismo mostra os serviços que um método convenientemente aplicado, por técnicos experientes, pode prestar à manifestação da verdade.”

“Esta prova, opina Steinmann, na Suíça, pode prestar ótimos serviços, opondo-se muitas vêzes à “chantage”. (As provas genéticas da filiação — Almeida Junior — 1941, páginas 193-211-220)

IV — AS CÓPIAS ELETROSTÁTICAS

A reprodução fotoelétrica de documentos por xerografia foi concebida em 1938, por C. F. Carlson especificamente para duplicação de linhas e tramados. Só em 1948, graças aos trabalhos de R. M. Schaffert e C. D. Oughton, foi possível a sua aplicação prática, utilizando um princípio inteiramente diverso do fotográfico convencional.

Dando publicidade ao invento, L. P. Clerc assim o descreve sumariamente, em 1954:

“Se toma una placa de un material buen conductor de la electricidad y se recubre con una fina capa de una substancia “fotoconductora” (aislante en la obscuridad, pero ligeramente buena conductora a la luz), como por ejemplo al selenio; se “sensibiliza” luego en la obscuridad o con luz roja, dando a la capa superficial una carga eléctrica positiva de unos 200 volts. La exposición a la luz, en una cámara fotográfica o una prensa, transforma en buena conductora la capa de antraceno a través de la qual corren hasta el soporte las cargas eléctricas de los puntos iluminados; a partir de este momento, la placa lleva una imagen latente electrostática formada por cargas eléctricas en la imagen de los negros. Esta imagen se revela en seco (de ahí el nombre del procedimiento, que proviene del griego (que significa seco), haciendo circular sobre su superficie la mezcla de una resina de color, muy fusible, en polvo impalpable, y de ácido tartárico, no tan finamente pulverizado, cuyo papel consiste en electrizar negativamente la resina en virtud de la fricción que se hace al hacer circular la mezcla citada; la resina es atraída por las cargas positivas de la placa, formando así una imagen positiva de gran contraste. Esta imagen se transporta sobre un papel corriente o una tela aplicada sobre ella y electrizada positivamente con el fin de que la resina se adhiera; por último se “fija” la imagen por presión entre dos placas calientes.”

O índice de exposição em ASA é aproximadamente de 0,3 em relação à luz incandescente, e a sensibilidade espectral é semelhante à de uma emulsão ortocromática.

Em boas condições técnicas, utilizando-se uma resina finamente pulverizada, chega-se a um poder resolutivo de 8 a 10 traços por milímetro. É importante consignar que o menos qualificado dos filmes fotográficos pode reproduzir, com um poder resolutivo de 60 linhas por milímetro, e o mais apropriado, com cerca de 160 linhas, de definição.

A industrialização dos equipamentos simplificou o processo original, tornando o sistema contínuo e altamente rendoso. Atualmente, a Xerografia é considerada um processo eletro-ótico-mecânico, relativamente simples, e baseado nos seguintes princípios:

1. Cargas elétricas, estáticas, de polaridades semelhantes se repelem, e cargas opostas se atraem;

2. Quando uma superfície lisa carregada com certa carga estática, na obscuridade, é exposta à luz, as cargas elétricas são emitidas pela área exposta à radiação luminosa. Usado na Xerografia, este princípio serve para formar uma imagem visível e transferível.

O processo se inicia quando a superfície de um cilindro ou placa, com uma fina camada de selenium, é polarizada por uma carga positiva e uniforme de eletricidade estática. No momento em que a imagem do documento a ser reproduzido é projetada através de lentes ou por contato, na superfície de selenium, as cargas positivas são descarregadas nas áreas iluminadas.

As cargas elétricas permanecem nas áreas não expostas à luz, e estas correspondem precisamente à imagem do documento original.

Um revelador em pó, especial, uma resina de fixação térmica, "Toner", é colocado sobre o cilindro ou a placa, estando ele saturado com cargas negativas. As partículas aderem às cargas positivas distribuídas na placa ou no cilindro, após a exposição da imagem, e em seguida forma-se a réplica visível do documento.

Uma carga positiva aplicada a um papel comum atrai as partículas negativas acumuladas no cilindro ou placa, formando então a imagem, por transporte, no papel.

Usando-se calor ou um solvente vaporizado, o "Toner", funde-se na superfície do papel, criando uma reprodução exata do original. Nenhum processo adicional é necessário. A reprodução obtida pode ser imediatamente utilizada.

É do maior interesse consignar que o processo xerográfico só apresenta a vantagem de ser o mais rápido de todos. Comparado com o sistema convencional de reprodução fotográfica, nas modalidades da Fotocópia e da Cópia Fotostática, ele se inferioriza, seja no que tange à nitidez, seja no que

concerne à segurança, sob o duplo aspecto de dificultar a montagem fraudulenta e de garantir a fixidez da imagem reproduzida.

Com efeito, o transporte xerográfico pode ser removido, facilmente, por meio de um grande número de solventes não hidro-alcoólicos.

Cuidados redobrados, portanto, devem ser dispensados às cópias xerográficas, quando de sua conferência e autenticação para quaisquer fins.

CARLOS DE MELLO EBOLI
Perito Criminal

DADOS BIOGRÁFICOS

DESEMBARGADOR ANDRÉ DE FARIA PEREIRA

Filiação: Coronel José Jacinto Pereira e D. Laura Augusta Pereira.

Nascimento: 25-11-1883 — Minas Gerais.

Falecimento: 14-1-1968.

Em 1-6-1909, iniciou na Capital Federal a sua carreira de advogado militante.

Por decreto de 21-6-1909, foi nomeado para o cargo de Subprocurador dos Feitos da Saúde Pública. Tomou posse na mesma data.

Por decreto de 28-12-1911, foi nomeado para o cargo de Adjunto dos Promotores Públicos do Distrito Federal, cargo que exerceu até 1911, ocupando várias vezes os lugares de Promotor, Curador de Órfãos e de Resíduos, em substituição aos seus titulares.

Em 20-8-1919, foi nomeado para o cargo de 6.º Promotor Público, exercendo suas funções perante tôdas as Varas Criminais e o Tribunal do Júri.

Em 28-1-1924, foi nomeado Procurador-Geral do Distrito Federal.

Em 27-1-1927, recebeu mensagem de louvor da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo nobre desassombro e superior orientação com que desempenhou as árduas funções de chefe do Ministério Público, junto à Justiça local.

Em 4-9-1928, foi exonerado das funções de Procurador-Geral, pelo Presidente Washington Luiz, publicando, então, uma coletânea de documentos intitulada "Na Procuradoria-Geral do Distrito Federal".

Em 30-10-1930, foi reintegrado no cargo de Procurador-Geral do Distrito Federal, pela Junta Governativa, que assumira, três dias antes, o Governo da República em substituição àquele Presidente, deposto pela revolução vitoriosa.

Em 30-3-1931, foi promovido, por merecimento, a Desembargador do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, tomando assento na 5.ª Câmara Cível e fazendo parte do Tribunal Eleitoral.

Em 29-12-1937, foi eleito 3.º Vice-Presidente, e em 8-5-1939, 1.º Vice-Presidente do Tribunal de Apelação, em cujos exercício se encontrava quando pediu aposentadoria (7/1940).

Em 1941, voltou à advocacia militante no Rio de Janeiro.

Durante toda a sua vida de estudante, primário, médio e superior, trabalhou para a sua subsistência. Foi, a princípio, auxiliar do comércio, ainda em Machado, sua terra natal. Transferiu-se depois para Belo Horizonte, onde fez o seu Curso Secundário e Superior; trabalhou como Copista do Arquivo Público Mineiro e exerceu também as funções de Procurador de partes, perante as repartições públicas. Foi Secretário da *Revista Forense de Belo Horizonte*. No terceiro ano do seu curso de Direito, exerceu a advocacia no Fôro da Capital Mineira, habilitado com o título de Solicitador, expedido pelo Tribunal de Apelação do Estado.

Teve os seguintes títulos:

Membro efetivo do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros; Sócio Benfeitor da Policlínica do Rio de Janeiro; Presidente de Honra do Sodalício da Sacra Família; Membro do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Distrito Federal, por eleição do Instituto dos Advogados Brasileiros, e membro do Conselho Federal por eleição daquele Conselho; Sócio Honorário do Clube de Engenharia, por deliberação unânime de sua Assembléia Geral.

* * *

Finalmente:

O maior relêvo da personalidade ímpar de André Faria Pereira manifesta-se como chefe do Ministério Público do antigo Distrito Federal, impondo sua autoridade à Magistratura e formando uma plêiade de jovens auxiliares diretos, adjuntos de Promotor, Promotores e Curadores, como Fiscais da Lei, nas suas específicas atribuições, quando e onde fôsseem necessárias providências, apoiando-os e dando-lhes também a parcela de autoridade, com autonomia relativa, para o desempenho de suas funções como Órgãos da Sociedade, na defesa do ideal da Democracia.

Fêz escola e ensinou, colhendo bem os ótimos frutos de uma gestão profícua como Procurador-Geral, e, após, como Desembargador do Tribunal de Justiça que sobremaneira honrou, distribuindo-a, sem limites, aos seus jurisdicionados.

Essa, a vida de um grande cidadão da Justiça, que a Revista do Ministério Público do Estado da Guanabara, ex-Distrito Federal, não pode esquecer; ao contrário, tem o precípua dever, como ora faz, de divulgar, embora rapidamente.

RUBEM MAXIMIANO FIGUEIREDO
Curador de Família aposentado

BIBLIOGRAFIA

M. SEABRA FAGUNDES — O contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. — Forense, Rio, 4.^a edição (atualizada), 1967.

Fato altamente auspicioso para as letras jurídicas nacionais foi o surgimento da edição atualizada da obra-prima do Direito Público Brasileiro que é *O Contrôle dos Atos Administrativos*, de Seabra Fagundes. Sendo o mais completo e exato estudo sôbre o tema da proteção individual contra os atos administrativos ilegais, apresenta-se agora êste trabalho clássico da literatura jurídica de nosso País devidamente adaptado à nova Constituição Federal e às mais recentes modificações do *jus publicum* nacional. Representa, portanto, mais uma fértil contribuição doutrinária de Seabra Fagundes, um dos maiores juristas brasileiros.

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

REVISTAS EM REVISTA

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE, A. XIII, n.º 6, novembre-dicembre, 1967, Padova.

G. Oppo — Note preliminari sulla commercialità dell'impresa.

V. Panuccio — Note in tema di impresa illecita.

A. P. La Rosa — La teoria dell'imprenditore occulto nell'opera di Walter Bigiavi.

Jurisprudência, comentários, notas.

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE — Nuova serie, A. X. fasc. 3, 1967.

Necrologico: *Francesco Antolisei*.

G. Bettiol — Sulla pena di morte.

G. Bellavista — Il processo come dubbio.

A. Crespi — Variazioni "in canone" sulle disposizioni penali del nuovo progetto di riforma della disciplina delle società commerciali.

M. Pisani — La tutela penale della "riservatezza": aspetti processuali.

L. Concas — Delitti dolosi aggravati da un evento non voluto e tentativo.

E. Amodio — La tutela della libertà personale dell'imputato nella convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Note a sentenze penali, note a sentenze processuali, legislazione, notizie e commenti, rassegna bibliografica, giurisprudenza.

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO — A. XVII, n.º 4, ottobre-dicembre 1967 (Milano).

G. Ferrari — L'impedimento all'esercizio delle funzioni presidenziali e la categoria giuridica della provvisorietà.

T. Martines — Decentramento, codipendenza funzionale e norme di attuazione dello statuto siciliano in materia finanziaria.

F. Bassi — Azionariato pubblico e procedure concorsuali.

L. Greco — L'ambito della giurisdizione contabile.

N. Saitta — Il nuovo ordinamento del contenzioso elettorale amministrativo.

A. Alonzo — Natura e struttura del giudizio pensionistico davanti alla corte dei conti:

Rivista bibliografica. Rassegne.

REVUE DU DROIT PUBLIC ET DE LA SCIENCE POLITIQUE EN FRANCE ET A L'ÉTRANGER — N.º 6, novembre-décembre 1967.

- C. Klein* — Les dépens devant les juridictions administratives.
J. Cadart — Les autorisations d'absence, les missions et les séjours à l'étranger des membres de l'enseignement supérieur.
P. Dabiez — Le problème du droit à concourir.
Chronique constitutionnelle, analyses de jurisprudence, bibliographie, index.

REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PÉNAL COMPARÉ
— N.º 4, octobre-décembre, 1967. (Paris)

- A. Touffait et J. B. Herzog* — Observations sur l'évolution du droit pénal des sociétés (De la loi du 17 juillet 1856 à la loi du 24 juillet 1966).
N. Hosni — La législation pénale dans le monde arabe.
Études et variétés. Chroniques. Informations. Notes bibliographiques.

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ — Dix-neuvième année, n.º 4, octobre-décembre, 1967 (Paris).

- Tung* — Les problèmes contemporains de la responsabilité civile délictuelle (introduction).
J. Hellner — Développement et rôle de la responsabilité civile délictuelle dans les pays scandinaves.
H. Weitnauer — Remarques sur l'évolution de la responsabilité civile délictuelle en droit allemand.
M. Comporti — La responsabilité civile en Italie.
A. Szpunar — La place de la responsabilité civile en droit polonais.
Tsien Tche-Had — La responsabilité civile délictuelle en Chine populaire.
C. Chehata — La théorie de la responsabilité civile dans les systèmes juridiques des pays du Proche-Orient.
R. Dominguez — Le fondement de la responsabilité délictuelle dans certaines législations de l'Amérique Latine.
Tunc — La responsabilité civile dans trois récents codifications africaines.
Actualités et informations. Bulletin de la Société de Législation Comparée. Bibliographie.

THE JOURNAL OF POLITICS — Ns. 4, vol. 29, november, 1967 (Florida, U.S.A.)

- P. David* — The Vice-Presidency. Its institutional-evolution and contemporary status.
J. Davis and R. B. Ripley — The bureau of the budget and executive branch agencies. Notes on their interaction.
H. A. Scarrow — The function of Political Parties. A critique of the literature and the approach.

- A. A. Marzui* — Numerical strength and nuclear status in the politics of the third world.
M. C. Hudson — A case of political under development.
R. S. Robins — Political elite formation in rural India. The Uttar Pradesh Panchayat Elections of 1949, 1956 and 1961.
W. Johnston — E. H. Carr's Theory of International Relations. A critique. Book reviews. Briefer notes. News and notes.

SCIENTIA JURIDICA — T. XVI, ns. 86-88, julho-dezembro 1967, Braga (Portugal).

- R. Lopes* — Aspectos no novo Código Civil.
A. Tinoco de Almeida — Organismos do Estado e organismos corporativos e de coordenação econômica.
Pareceres, jurisprudência, legislação portuguesa e brasileira, bibliografia.

REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA GUANABARA — A. VI, N.º 15, 1967.

- Aloysio Maria Teixeira* — A lei moral e o direito.
Deocleciano Martins de Oliveira — Simbólica da lei, da Justiça e da Equidade.
Faustino Nascimento — Trilogia (a lei, a justiça e a equidade).....
Jurisprudência cível, jurisprudência criminal, Provimentos da Corregedoria da Justiça, Circulares, Pareceres da Procuradoria-Geral da Justiça, Noticiário, Legislação Federal.

JULGADOS DO TRIBUNAL DE ALÇADA DE S. PAULO — Vol. I, janeiro-março, 1967.

- J. L. V. de Azevedo Franceschini* — Anotações sobre o conceito forense de conformidade permanente.
Julgados em matéria cível. Índice alfabético dos assuntos. Julgados em matéria criminal. Índice alfabético dos assuntos.

JULGADOS DO TRIBUNAL DE ALÇADA DE S. PAULO — Vol. II, abril-junho, 1967.

- I. Galli* — A disciplina das nulidades no Código de Processo Penal.
Julgados em matéria cível. Índice alfabético dos assuntos. Julgados em matéria criminal. Índice alfabético dos assuntos.

LEGISLAÇÃO

LEI N.º 5.439, DE 22 DE MAIO DE 1968

Altera a Lei n.º 5.258, de 10 de abril de 1967, que dispõe sobre medidas aplicáveis aos menores de 18 anos pela prática de fatos definidos como infrações penais e dá outras providências.

O Presidente da República,

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º Os arts. 1.º, 2.º, 4.º, 6.º e 15, § 2.º da Lei n.º 5.258, de 10 de abril de 1967, passarão a ter a seguinte redação:

“Art. 1.º Os menores de 18 anos ficarão sujeitos, pela prática de fatos considerados infrações penais, às normas estabelecidas nesta Lei”.

“Art. 2.º São as seguintes as medidas aplicáveis aos menores de 14 a 18 anos:

I — se os motivos e as circunstâncias do fato e as condições do menor não evidenciam periculosidade, o Juiz poderá deixá-lo com o pai ou responsável, confiá-lo a tutor ou a quem assuma a sua guarda ou mandar interná-lo em estabelecimento de reeducação ou profissional e, a qualquer tempo, revogar ou modificar a decisão;

II — se os elementos referidos no item anterior evidenciam periculosidade, o menor será internado em estabelecimento adequado, até que, mediante parecer do respectivo diretor ou do órgão administrativo competente e do Ministério Público, o Juiz declare a cessação da periculosidade.

§ 1.º Completada a maioria sem que haja sido declarada a cessação da periculosidade, observar-se-ão os §§ 2.º e 3.º do art. 7.º do Decreto-Lei n.º 3.914, de 9 de dezembro de 1941.

§ 2.º O Juiz poderá sujeitar o menor desligado em virtude de cessação de periculosidade à vigilância, nas condições e pelo prazo que fixar e cassar o desligamento no caso de inobservância das condições ou de nova revelação de periculosidade”.

“Art. 4.º Quando se tratar de menor de 14 anos, a autoridade policial logo que tiver conhecimento da ocorrência, fará apresentar o menor e as testemunhas ao Juiz competente que procederá, sem prejuízo dos disposto nesta Lei, na forma dos artigos 68 e seus parágrafos e 79 do Decreto

n.º 17.943-A, de 12 de outubro de 1927 (Código de Menores), com audiência do Ministério Público”.

“Art. 6.º A decisão definitiva do juiz ficará sujeita a reexame do Conselho de Justiça do Distrito Federal, ou de órgão judiciário correspondente nos Estados, a pedido do Ministério Público, ou do pai ou responsável.

Parágrafo único. O pedido de reexame terá efeito devolutivo e será apresentado dentro de 10 (dez) dias, contados da intimação, devendo os autos subir no prazo de 5 (cinco) dias, após ouvidos, em tríduo, o Ministério Público, e, quando fôr o caso, o pai ou responsável. O órgão revisor poderá determinar as diligências que entender convenientes para seu esclarecimento”.

“Art. 15.

§ 2.º Da decisão do Juiz, caberá reexame nos termos do art. 6.º quando a multa fôr superior a 2 (dois) salários-mínimos vigentes na região”.

Art. 2.º O valor da multa referida no art. 128, § 7.º do Decreto n.º 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, não poderá ser inferior à metade nem superior ao dôbro do salário-mínimo vigente na região, por menor admitido, aplicada em dôbro no caso de reincidência.

Art. 3.º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4.º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 22 de maio de 1968; 147.º da Independência e 80.º da República.

A. COSTA E SILVA

Hélio Antônio Scarabótolo

LEI N.º 1.163, DE 12 DE DEZEMBRO DE 1966

Dispõe sobre o Estatuto do Pessoal Civil do Poder Executivo do Estado da Guanabara e dá outras providências.

O Governador do Estado da Guanabara:

Faço saber que sanciono a seguinte Lei, aprovada pela Assembléia Legislativa nos termos do § 4.º do art. 7.º da Constituição do Estado.

TÍTULO I

CAPÍTULO ÚNICO

Disposições Preliminares

Art. 1.º Esta Lei estabelece o regime jurídico do pessoal do Poder Executivo do Estado da Guanabara.

Art. 2.º O serviço público do Poder Executivo do Estado da Guanabara é prestado por:

- I — funcionários;
- II — pessoal temporário;
- III — adjudicação de serviço.

Art. 3.º Funcionário é a pessoa legalmente investida em cargo público, que percebe dos cofres estaduais vencimentos ou remuneração pelos serviços prestados.

§ 1.º Cargo é a designação do conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um funcionário, identificando-se pelas características de criação por lei, denominação própria, número certo e pagamento pelos cofres do Estado.

§ 2.º Os cargos podem ser de provimento efetivo ou de provimento em comissão.

Art. 4.º Pessoal temporário é o admitido, mediante contrato de trabalho, para o desempenho de funções auxiliares de caráter braçal ou para o exercício das atividades técnico-científicas, técnicas ou especializadas, para cuja execução não disponha o serviço de funcionário habilitado.

Parágrafo único. O pessoal de que trata este artigo é regido pela legislação trabalhista, com as mesmas restrições legais aplicáveis ao pessoal federal da mesma categoria.

Art. 5.º A adjudicação de serviços poderá ser feita:

I — a pessoas físicas, por prazo determinado, não excedente de um exercício financeiro, e para a execução de tarefa específica, sem vínculo de emprego;

II — a firmas especializadas, por prazo determinado ou renovável anualmente para a realização de encargo eventual, temporário ou permanente, desde que, na última hipótese, sem prejuízo da eficiência do serviço a adjudicação implique redução de custo administrativo ou atenda a interesse público.

Parágrafo único. O contrato será autorizado por Secretário de Estado, lavrado em instrumento próprio com a discriminação da tarefa ou encargo a ser executado e do respectivo prazo de duração, e assinado pela mesma autoridade, e dependerá de dotação orçamentária própria e registro prévio do Tribunal de Contas.

TÍTULO II

Dos cargos e da função gratificada

CAPÍTULO I

Dos Cargos

SEÇÃO I

Disposições Preliminares

Art. 6.º Os cargos públicos do Poder Executivo do Estado da Guanabara são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições prescritas em lei e regulamento.

Art. 7.º É vedada a atribuição, ao funcionário, de encargos ou serviços diferentes das tarefas próprias do seu cargo, como tal definidas em lei ou regulamento, ressalvado o caso de readaptação por redução da capacidade física e deficiência de saúde, na forma do artigo 119.

SEÇÃO II

Dos Cargos de Provimento Efetivo

Art. 8.º Os cargos de provimento efetivo se dispõem em classes singulares ou séries de classes.

Parágrafo único. Quando declarados extintos, os cargos de provimento efetivo não precisam conformar-se ao disposto neste artigo.

Art. 9.º As classes e séries de classes integram grupos ocupacionais que se compõem em Serviços.

Art. 10. Para todos os efeitos:

I — classe é o agrupamento de cargos da mesma denominação e com iguais atribuições e responsabilidades;

II — série de classes é o conjunto de classes da mesma natureza de trabalho, dispostas hierarquicamente, de acordo com o grau de complexidade ou dificuldade das atribuições e com o nível de responsabilidade, constituindo a linha natural de promoção do funcionário;

III — grupo ocupacional é o conjunto de séries de classes ou classes que dizem respeito a atividades profissionais correlatas ou afins, quanto à natureza dos respectivos trabalhos ou ao ramo de conhecimentos aplicados em seu desempenho;

IV — Serviço é a justaposição de grupos ocupacionais, tendo em vista a similaridade ou a conexidade das respectivas atividades profissionais.

SEÇÃO III

Dos Cargos de Provimento em Comissão

Art. 11. Os cargos de provimento em comissão se destinam a atender a encargos de direção, de chefia, de consulta ou de assessoramento.

§ 1.º Os cargos de que trata este artigo são providos, através de livre escolha do Governador, por pessoas que reúnam as condições necessárias à investidura no serviço público e competência profissional.

§ 2.º A escolha dos ocupantes de cargos em comissão poderá recair, ou não, em funcionários do Estado.

§ 3.º No caso de recair a escolha em funcionário de órgão público não subordinado ao Governo Estadual, o ato de nomeação será precedido da necessária requisição do funcionário.

§ 4.º A posse em cargo em comissão determina o concomitante afastamento do funcionário do cargo efetivo de que fôr titular, ressalvados os casos de acumulação legal comprovada.

CAPÍTULO II

Da Função Gratificada

Art. 12. A função gratificada é vantagem acessória ao vencimento do funcionário efetivo do Estado, não constituindo emprêgo, e é atribuída pelo exercício de encargos de chefia, assessoramento e outros, julgados necessários.

§ 1.º Desde que haja recursos orçamentários para êsse fim, o Poder Executivo poderá criar funções gratificadas, previstas em regulamento próprio onde se estabelecerá a competência para designar os servidores para provê-las.

§ 2.º A competência para a dispensa da função gratificada cabe à autoridade competente para a respectiva designação.

§ 3.º Nos casos previstos em lei e noutros que se impuserem, o Poder Executivo determinará a correlação entre funções gratificadas e cargos de provimento efetivo.

Art. 13. A designação para função gratificada vigora a partir da data da publicação do respectivo ato, competindo à autoridade a que se subordina o funcionário designado dar-lhe exercício imediato, independentemente de posse.

TÍTULO III

Do Provimento dos Cargos

CAPÍTULO I

Disposições Preliminares

Art. 14. Os cargos públicos são providos por:

- I — nomeação;
- II — promoção;
- III — acesso;
- IV — transferência;
- V — readmissão;
- VI — reintegração;
- VII — aproveitamento;
- VIII — reversão.

Art. 15. A primeira investidura em cargo de provimento efetivo dependerá de habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos, asseguradas as mesmas oportunidades para todos, ressalvados os casos previstos em lei, em que a investidura decorra de habilitação em curso mantido por instituição oficial do Estado, para ingresso no qual haja provas de seleção.

Art. 16. Excetuados os casos de acumulação previstos em lei e verificados pelo órgão competente, não poderá o funcionário, sem prejuízo do seu cargo, ser provido em outro cargo efetivo.

Art. 17. Sob pena de responsabilidade da autoridade que der posse, o ato de provimento deverá conter as seguintes indicações:

I — existência de vaga, com os elementos capazes de identificá-la;

II — em caso de acumulação de cargos, referência ao ato ou processo em que foi autorizada.

CAPÍTULO II

Da Nomeação

Art. 18. A nomeação será feita:

I — em caráter vitalício, nos casos expressamente previstos na Constituição;

II — em caráter efetivo, quando se tratar de nomeação para classe singular ou para classe inicial de série de classes;

III — em comissão, quando se tratar de cargo que assim deva ser provido;

IV — em substituição, no impedimento legal de ocupante de cargo em comissão;

V — interinamente, quando se tratar de provimento de cargo efetivo, para o qual não haja candidato legalmente habilitado, ou de cargo em comissão, em caso de impedimento temporário do titular ou quando o provimento não possa ser feito imediatamente.

Art. 19. A nomeação observará o número de vagas existentes, obedecerá rigorosamente à ordem de classificação no concurso e será feita para a classe singular ou para a classe inicial da série de classes objeto do concurso, atendido o requisito de aprovação em exame de saúde, ressalvados os casos de incapacidade física parcial previstos na Constituição Estadual e que, de acordo com a lei, não impeçam o exercício do cargo.

Art. 20. Será tornada sem efeito a nomeação quando, por ato ou omissão de que fôr responsável o nomeado, a posse não se verificar no prazo para esse fim estabelecido.

Art. 21. O funcionário interino dos cargos efetivos não excederá de dois anos.

§ 1.º O funcionário interino só poderá ter exercício no cargo para o qual tenha sido nomeado.

§ 2.º O exercício interino de cargo efetivo não isenta da exigência de concurso para nomeação efetiva, qualquer que seja o tempo de interinidade.

CAPÍTULO III

Do Concurso

Art. 22. Os concursos de que trata o art. 15 se realizarão para as vagas das classes iniciais das séries de classes e das classes singulares que não estejam sujeitas a regime de provimento por acesso.

Art. 23. Das instruções para o concurso constarão: a limitação de idade dos candidatos, que não poderá exceder de 45 (quarenta e cinco) anos completos; o número de vagas a serem providas, distribuídas por especia-

lização ou disciplina quando fôr o caso; o prazo de validade do concurso, de dois anos, prorrogável a juízo do Secretário de Estado de Administração.

Parágrafo único. É assegurado o provimento dos cargos vagos pelos candidatos para esse fim habilitados em concurso dentro de noventa dias da abertura das respectivas vagas.

Art. 24. Encerradas as inscrições, legalmente processadas, para concurso destinado ao provimento de qualquer cargo, não se abrirão novas antes de sua realização.

Art. 25. Independe de limite de idade a inscrição em concurso de funcionário do Estado, da Administração direta ou indireta, quando o provimento do cargo objeto do concurso não vier a ensejar acumulação com cargo já ocupado pelo candidato.

Art. 26. O ocupante interino de cargo cujo provimento dependa de habilitação em concurso será inscrito *ex officio* no primeiro que se realizar, devendo satisfazer às formalidades da inscrição.

Parágrafo único. Homologado o concurso serão exonerados todos os interinos.

CAPÍTULO IV

Da Posse

Art. 27. Posse é o ato que completa a investidura em cargo público.

Parágrafo único. Não haverá posse nos casos de promoção, reintegração e designação para função gratificada.

Art. 28. São requisitos para a posse:

I — nacionalidade brasileira;

II — idade mínima de dezoito anos;

III — pleno gozo dos direitos políticos;

IV — quitação com as obrigações militares;

V — bom procedimento;

VI — boa saúde, comprovada em inspeção médica;

VII — aptidão para o exercício da função;

VIII — habilitação prévia em concurso público, nos casos de provimento inicial em cargo efetivo, ressalvadas as hipóteses legais previstas na parte final do art. 15;

IX — cumprimento das condições especiais previstas em lei ou regulamento para determinados cargos ou séries de classes.

§ 1.º A prova das condições a que se referem os itens I e II deste artigo não será exigida nos casos dos itens III, IV, V, VII e VIII do artigo 14, dispensando-se ainda a prova das condições dos itens VII e VIII nos casos dos itens V, VII e VIII do mesmo art. 14.

§ 2.º Salvo menção expressa do regime de acumulação no ato de posse, ninguém poderá ser provido em cargo efetivo, ainda que em caráter interino, sem declarar que não exerce outro cargo ou função pública da União, dos Estados, dos Municípios, de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações instituídas pelo Poder Público, ou sem provar

que solicitou exoneração ou dispensa do cargo ou função que ocupava em qualquer dessas entidades.

Art. 29. São competentes para dar posse:

I — o Governador, os Secretários de Estado e demais autoridades que lhe sejam diretamente subordinadas;

II — o Secretário de Estado de Administração, aos ocupantes de cargos em comissão até o nível departamental, inclusive;

III — o chefe do órgão central de pessoal da Secretaria de Administração nos demais casos.

Art. 30. No ato da posse, será apresentada declaração, pelo funcionário empossado, dos bens e valores que constituem o seu patrimônio, nos termos da regulamentação própria.

Art. 31. Poderá haver posse por procuração, quando se tratar de funcionário ausente do País, em missão do Governo, ou, ainda, em casos especiais, a juízo da autoridade competente.

Art. 32. A autoridade que der posse verificará, sob pena de responsabilidade, se foram satisfeitas as condições legais para esse fim.

Art. 33. A posse terá lugar no prazo de trinta dias da publicação, no órgão oficial de divulgação, do ato de provimento.

Parágrafo único. A requerimento do interessado ou de seu representante legal, o prazo para a posse poderá ser prorrogado ou revalidado pela autoridade competente, até o máximo de sessenta dias a contar do término do prazo de que trata este artigo.

CAPÍTULO V

Da Fiança

Art. 34. O funcionário nomeado para cargo ou função cujo provimento dependa de prestação de fiança não poderá entrar em exercício sem a prévia satisfação dessa exigência.

§ 1.º A fiança poderá ser prestada em:

I — dinheiro;

II — título da dívida pública;

III — apólice de seguro de fidelidade funcional, emitida por instituição oficial ou legalmente autorizada para esse fim.

§ 2.º Não se admitirá o levantamento da fiança antes de tomadas as contas do funcionário.

CAPÍTULO VI

Do Estágio Probatório

Art. 35. Estágio probatório é o período de um ano de efetivo exercício, a contar da data do início deste, durante o qual são apurados os requisitos necessários à confirmação do funcionário no cargo efetivo para o qual foi nomeado.

§ 1.º Os requisitos de que trata este artigo são os seguintes:

I — idoneidade moral;

II — assiduidade;

III — disciplina;

IV — eficiência.

§ 2.º Não está sujeito a novo estágio probatório o funcionário que, nomeado para outro cargo público do Estado da Guanabara, já tenha adquirido estabilidade em consequência de qualquer prescrição legal.

§ 3.º Quando o funcionário em estágio probatório não preencher qualquer dos requisitos enumerados no § 1.º deste artigo, caberá ao seu chefe imediato iniciar o processo competente, dando ciência do fato ao interessado.

§ 4.º O processo referido no parágrafo anterior se conformará ao que dispuser a regulamentação própria.

§ 5.º Na ausência da iniciativa do chefe imediato do estagiário de que trata o § 3.º deste artigo, será este automaticamente confirmado no cargo.

CAPÍTULO VII

Do Exercício

Art. 36. O início, a interrupção e o reinício do exercício serão registrados no assentamento individual do funcionário.

Art. 37. Ao Chefe da unidade administrativa para a qual fôr designado o funcionário compete dar-lhe exercício.

Art. 38. O exercício do cargo terá início no prazo de trinta dias contados da data:

I — da publicação oficial do ato, no caso de reintegração;

II — da posse, nos demais casos.

Parágrafo único. Quando se tratar de posse em cargo de magistério estadual verificada em época de férias escolares, o exercício terá início na data fixada para o começo das atividades docentes do estabelecimento de ensino para o qual fôr obrigatoriamente designado o novo funcionário.

Art. 39. A promoção não interrompe o exercício, que é contado na nova classe a partir da data da publicação do ato que promover o funcionário.

Art. 40. O funcionário removido quando licenciado ou afastado por impedimento legal terá cinco dias de prazo para entrar em exercício, a partir do término da licença ou do impedimento.

Art. 41. Será demitido o funcionário que não entrar em exercício no prazo de trinta dias para esse fim previsto e aquele que interromper o exercício por igual prazo, ressalvados os casos que encontrem amparo em outras disposições deste Estatuto.

Art. 42. O funcionário terá exercício na unidade administrativa em que fôr lotado.

Art. 43. Entende-se por lotação o número de servidores, por categoria funcional, que devem ter exercício em cada unidade administrativa.

Art. 44. O afastamento do funcionário de sua unidade administrativa só se verificará nos casos previstos neste Estatuto.

§ 1.º O afastamento não se prolongará por mais de quatro anos consecutivos, salvo quando para exercício de cargo de direção ou em comissão nos Governos da União, dos Estados ou dos Municípios, ou na hipótese de funcionário à disposição da Presidência da República, ou, ainda, para exercício de cargo eletivo no âmbito federal, estadual ou municipal, casos em que o funcionário poderá permanecer afastado durante todo o tempo em que perdurar a comissão ou a requisição, ou durante o prazo do respectivo mandato.

§ 2.º Prêso preventivamente, pronunciado por crime comum ou denunciado por crime funcional, ou, ainda, condenado por crime inafiançável em processo no qual não haja pronúncia, o funcionário será afastado do exercício, até decisão final passada em julgado.

Art. 45. Ao entrar em exercício o funcionário apresentará ao órgão competente os elementos necessários ao seu assentamento individual.

CAPÍTULO VIII

Da Remoção

Art. 46. A remoção e o deslocamento do funcionário de um para outro órgão ou unidade administrativa processar-se-á *ex officio* ou a pedido do funcionário.

§ 1.º A remoção respeitará a lotação dos órgãos ou unidades administrativas interessados e será realizada, no âmbito de cada um, pelos respectivos chefes, cabendo ao Secretário de Estado de Administração efetuar a de uma para outra Secretaria ou órgão diretamente subordinado ao Governador.

§ 2.º A remoção dos membros do magistério obedecerá a regulamentação própria.

Art. 47. A remoção por permuta será processada a pedido escrito de ambos os interessados e de acordo com as demais disposições deste capítulo.

CAPÍTULO IX

Da Substituição

Art. 48. Haverá substituição nos casos de impedimento legal ou afastamento de titular de cargo em comissão ou função gratificada.

Parágrafo único. A regulamentação estabelecerá as autoridades competentes para designar substitutos de titulares de cargo em comissão ou de função gratificada.

Art. 49. A substituição será automática ou dependerá de ato da administração.

§ 1.º A substituição automática é a feita por funcionário previamente designado substituto do titular e será gratuita, salvo se exceder de trinta dias, quando será remunerada por todo período.

§ 2.º A substituição que depender de ato da Administração será sempre remunerada.

§ 3.º A substituição perdurará durante todo o afastamento do substituído, salvo no caso de nomeação ou designação de outro ocupante para o cargo ou função objeto da substituição, ou, ainda, no caso de nova designação de substituto.

Art. 50. Durante o tempo de substituição remunerada o substituto perceberá o vencimento ou gratificação do cargo ou função, ressalvado o caso de opção e vedada a percepção cumulativa de vencimentos, gratificações ou vantagens.

Art. 51. Em caso de vacância e até o seu provimento, poderá ser designado, pela autoridade competente, na forma da regulamentação própria, um responsável pelo expediente do cargo ou função vago.

§ 1.º Ao responsável pelo expediente se aplicam as disposições do artigo 50 referentes à percepção do vencimento ou gratificação do cargo ou função pelo qual responder.

§ 2.º Ao responsável por expediente de cargo em comissão ou função gratificada será assegurado, exclusivamente, o vencimento ou gratificação do cargo ou função pelo qual responder, na forma do parágrafo anterior.

CAPÍTULO X

Da Progressão Horizontal

Art. 52. Progressão horizontal é o aumento periódico do vencimento-base decorrente da antigüidade na série de classes ou na classe singular, por triênio de efetivo exercício.

§ 1.º A cada aumento trienal corresponderá um grau de progressão horizontal, até o limite de nove graus.

§ 2.º O aumento correspondente ao primeiro grau é de 10% (dez por cento) do vencimento e os correspondentes aos demais graus de 5% (cinco por cento) cada um.

§ 3.º A progressão horizontal é devida a partir do dia imediato àquele em que o funcionário completar o triênio.

Art. 53. O tempo de exercício interino, continuado ou não, será computado para efeito de progressão horizontal quando o funcionário foi nomeado em virtude de concurso para o mesmo cargo.

Art. 54. Para todos os efeitos, será considerado como beneficiado com a elevação de grau da progressão horizontal o funcionário que vier a falecer sem que tenha sido declarado o triênio a que tiver direito.

CAPÍTULO XI

Da Promoção

Art. 55. Promoção é a elevação do funcionário à classe imediatamente superior àquela a que pertence, dentro da mesma série de classes, obedecidos os critérios de merecimento e de antigüidade, processando-se dois terços por merecimento e um terço por antigüidade, e observado o interstício na classe.

Parágrafo único. O critério a que obedecer a promoção deverá vir expresso no respectivo decreto.

Art. 56. Merecimento é a demonstração, por parte do funcionário, durante a sua permanência na classe, de fiel cumprimento dos seus deveres e de eficiência no exercício do cargo, apurada na forma regulamentar, bem como da posse de qualificações e aptidão necessárias ao desempenho das atribuições da classe imediatamente superior.

Parágrafo único. Da apuração do merecimento será dado conhecimento ao funcionário.

Art. 57. A antigüidade será determinada pelo tempo de efetivo exercício na classe, apurado em dias.

§ 1.º Havendo fusão de classes, a antigüidade abrangerá o efetivo exercício na classe anterior.

§ 2.º O tempo de exercício interino, continuado ou não, será contado como antigüidade de classe, para efeito de promoção, quando o funcionário fôr nomeado em virtude de concurso para o mesmo cargo.

Art. 58. Só poderão concorrer à promoção por merecimento os funcionários colocados, por ordem de antigüidade, nos dois primeiros terços da lista, ressalvada a hipótese de mais vagas do que candidatos, quando poderá ser promovidos os integrantes do terceiro têrço.

Parágrafo único. O órgão competente organizará para cada vaga uma lista não excedente de cinco candidatos.

Art. 59. As promoções serão realizadas de seis em seis meses, desde que verificada a existência de vaga.

§ 1.º Quando não decretada no prazo legal, a promoção produzirá seus efeitos a partir do último dia do respectivo semestre.

§ 2.º Para todos os efeitos, será considerado promovido o funcionário que vier a falecer ou fôr aposentado sem que tenha sido decretada, no prazo legal, a promoção por antigüidade que lhe cabia.

Art. 60. Será de três anos de efetivo exercício na classe o interstício para promoção.

Art. 61. O funcionário promovido passará, na classe superior, ao grau de progressão horizontal correspondente ao que se encontrava na classe inferior e não sofrerá interrupção na contagem do seu tempo de serviço para efeito de progressão.

Art. 62. O funcionário submetido a processo disciplinar poderá ser promovido, mas a promoção, se pelo critério de merecimento, ficará sem efeito no caso de o processo resultar em penalidade.

Art. 63. Quando ocorrer empate na classificação por antigüidade, terá preferência o funcionário de maior tempo de serviço no Estado; continuando o empate, terá preferência, sucessivamente, o de maior tempo de serviço público, o de maior prole e o mais idoso.

Parágrafo único. No caso de promoção da classe inicial, o primeiro desempate será determinado pela classificação obtida em concurso.

Art. 64. Sômente por antigüidade poderá ser promovido o funcionário em exercício de mandato legislativo.

Art. 65. Em benefício daquele a quem de direito cabia a promoção, será declarado sem efeito o ato que a houver decretado indevidamente.

§ 1.º O funcionário promovido indevidamente não ficará obrigado a restituir o que a mais houver recebido.

§ 2.º O funcionário ao qual cabia a promoção será indenizado da diferença de vencimento a que tiver direito.

CAPÍTULO XII

Do Acesso

Art. 66. Acesso é o ingresso do funcionário da classe final de uma série de classes na classe inicial de outra de formação profissional afim, porém de escalão superior, mediante aprovação em concurso de provas, ou mediante habilitação em curso especial mantido pelo Estado, para ingresso no qual haja provas de seleção, atendido o requisito de habilitação profissional e observado o interstício na classe.

Parágrafo único. Entende-se por série de classes auxiliar aquela da qual fôr facultado acesso a outra, de atividade correlata, tarefas mais complexas, maior grau de responsabilidade e vencimentos superiores, entendendo-se esta como série de classes principal.

Art. 67. Será de três anos de efetivo exercício o interstício para concorrer ao acesso.

Art. 68. O funcionário nomeado por acesso perceberá na nova classe o vencimento imediatamente superior ao do grau de progressão horizontal em que se encontrava e não sofrerá interrupção na contagem do tempo de serviço para efeito de progressão.

Art. 69. O funcionário nomeado por acesso terá reiniciada a contagem do seu tempo de serviço para efeito de promoção.

Art. 70. Metade das vagas da classe inicial das séries principais serão reservadas para acesso.

Art. 71 — O acesso se processará de seis em seis meses, imediatamente após a época fixada para as promoções, sempre que houver vaga e candidato com interstício.

Parágrafo único. Se o acesso não se verificar na época própria, os direitos d'ele decorrentes retroagirão ao último dia do prazo para esse fim fixado, desde que o servidor continue em atividade.

Art. 72. Não poderá ser provida interinamente a vaga destinada a provimento por acesso.

CAPÍTULO XIII

Da Transferência

Art. 73. Transferência é a passagem do funcionário de uma classe para outra, de igual nível de vencimento, mediante comprovação prévia de habilitação, por meio de provas, e cumprido o necessário interstício.

Art. 74. A transferência será feita a pedido do funcionário, atendida a conveniência do serviço.

§ 1.º As transferências não poderão exceder de um têtço das vagas de cada classe e só poderão ser efetuadas após a época prevista para promoção e acesso.

§ 2.º A transferência não interromperá a contagem do tempo de serviço para efeito de progressão horizontal.

Art. 75. Atendidas as demais disposições relativas à transferência, caberá ela:

I — de um cargo para outro, de igual denominação, de quadros diferentes;

II — de cargo integrante de uma série de classes para outro de série diferente;

III — de cargo integrante de uma série de classes para cargo de classe singular;

IV — de cargo de classe singular para cargo integrante de série de classes;

V — de cargo de classe singular para outro de classe singular diferente;

Art. 76. É de um ano o interstício obrigatório na classe, para transferência.

CAPÍTULO XIV

Da Readmissão

Art. 77. Readmissão é o reingresso no serviço público estadual, sem ressarcimento de vencimentos e vantagens, do funcionário exonerado ou demitido, depois de apurado em processo, quanto ao segundo caso, que não subsistem os motivos que determinaram a demissão.

§ 1.º A readmissão dependerá de prova de capacidade, mediante inspeção médica, e da existência de vaga para êsse fim.

§ 2.º A prova dos requisitos constantes dos itens I, II, VII e VIII do art. 28 não será exigida para a posse do readmitido.

Art. 78. A readmissão far-se-á de preferência no cargo anteriormente ocupado pelo funcionário.

Parágrafo único. A readmissão poderá efetivar-se em cargo de vencimento ou remuneração equivalente ao anteriormente ocupado pelo funcionário, atendido o requisito de habilitação profissional.

Art. 79. O tempo de serviço público do readmitido, anterior a sua exoneração ou demissão, será contado apenas para efeito de aposentadoria, jubilação e disponibilidade.

CAPÍTULO XV

Da Reintegração

Art. 80. A reintegração, que decorrerá de decisão administrativa ou judiciária, é o reingresso do funcionário no serviço público, com ressarcimento dos vencimentos e vantagens ligados ao cargo.

Parágrafo único. A decisão administrativa que determinar a reintegração será proferida em pedido de reconsideração, em recurso ou em revisão de processo.

Art. 81. A reintegração será feita no cargo anteriormente ocupado, mesmo que extinto, hipótese em que será restabelecido; se houver sido transformado, no cargo resultante da transformação.

Art. 82. Reintegrado judicialmente o funcionário, quem lhe houver ocupado o lugar será destituído de plano ou será reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, sem direito, em ambos os casos, a qualquer indenização.

Art. 83. O funcionário reintegrado será submetido a inspeção médica e aposentado quando julgado incapaz.

CAPÍTULO XVI

Do Aproveitamento

Art. 84. Aproveitamento é o retôrno ao serviço público do funcionário em disponibilidade.

Art. 85. Será obrigatório o aproveitamento do funcionário estável em cargo de natureza e vencimento ou remuneração compatíveis com os do anteriormente ocupado.

Parágrafo único. O aproveitamento dependerá de prova de capacidade, mediante inspeção médica.

Art. 86. Na ocorrência de vaga nos quadros de pessoal do Estado, o aproveitamento terá precedência sôbre as demais formas de provimento.

Parágrafo único. Havendo mais de um concorrente à mesma vaga, terá preferência o de maior tempo de disponibilidade e, em caso de empate, o de maior tempo de serviço público.

Art. 87. Será tornado sem efeito o aproveitamento e cassada a disponibilidade do funcionário se êste, cientificado expressamente do ato de aproveitamento, não tomar posse no prazo legal, salvo caso de doença comprovada em inspeção médica.

Parágrafo único. Provada em inspeção médica a incapacidade definitiva, será decretada a aposentadoria.

CAPÍTULO XVII

Da Reversão

Art. 88. Reversão é o reingresso no serviço público do funcionário aposentado, quando insubsistentes os motivos da aposentadoria.

Art. 89. A reversão far-se-á *ex officio* ou a pedido, de preferência no mesmo cargo ou naquele em que se tenha transformado, ou em cargo de vencimento ou remuneração equivalente ao do cargo anteriormente ocupado, atendido o requisito de habilitação profissional.

Parágrafo único. Para que a reversão possa efetivar-se, é necessário que o aposentado:

- a) não haja completado 55 (cinquenta e cinco) anos de idade;
- b) não conte mais de 25 (vinte e cinco) anos de tempo de serviço e de inatividade computados em conjunto;
- c) seja julgado apto em inspeção de saúde;
- d) tenha o seu retorno à atividade considerado como de interesse do serviço público, a juízo da Administração.

TÍTULO IV

CAPÍTULO ÚNICO

Da Vacância dos Cargos

Art. 90. A vacância do cargo decorrerá de:

I — exoneração;

II — demissão;

III — promoção;

IV — aposentadoria ou jubilação;

V — posse em outro cargo da União, de Estado, de Município, de Autarquia, de Empresa Pública, de Sociedade de Economia Mista ou de Fundação instituída pelo Poder Público, ressalvados os seguintes casos:

a) substituição;

b) cargo de governo ou de direção;

c) cargo em comissão;

d) acumulação legal, desde que, no ato de provimento, conste essa circunstância;

VI — falecimento.

Art. 91. Dar-se-á a exoneração:

I — a pedido;

II — *ex officio*:

a) quando se tratar de cargo em comissão ou provido interinamente;

b) quando não satisfeitas as condições do estágio probatório.

Art. 92. A vaga ocorrerá na data:

I — da publicação do ato que promover, aposentar, jubilar, exonerar ou demitir o ocupante do cargo;

II — da posse em outro cargo, observado o disposto no item V do artigo 90;

III — do falecimento do ocupante do cargo;

IV — da vigência do ato que criar o cargo e conceder dotação para o seu provimento ou do que determinar esta última medida, se o cargo estiver criado;

V — da vigência do ato que extinguir cargo, cuja dotação permita o preenchimento de cargo vago.

Parágrafo único. Verificada a vaga, serão consideradas abertas, na mesma data, todas as que decorrerem do seu preenchimento.

Art. 93. Quando se tratar de função gratificada, dar-se-á vacância por dispensa, a pedido ou *ex officio*, ou por destituição.

Art. 94. No provimento das vagas na classe inicial das séries para as quais haja acesso será obedecido o critério alternado de provimento por acesso e por concurso público.

§ 1.º A metade das vagas de que trata este artigo será sempre reservada para preenchimento por acesso.

§ 2.º As demais formas de provimento, ressalvado o caso de aproveitamento, não interromperão a seqüência adotada neste artigo.

§ 3.º Verificada a impossibilidade de preenchimento por acesso, no todo ou em parte, das vagas reservadas para esse fim, em virtude de falta ou insuficiência de candidatos, poderão ser essas vagas preenchidas por candidatos habilitados em concurso público cujo prazo de validade não haja expirado e, se ainda subsistirem vagas, poderá dar-se o provimento por transferência, readmissão ou reversão.

§ 4.º Reservar-se-á para provimento por acesso a primeira vaga ocorrida após o preenchimento total da classe, reiniciando-se o processo de distribuição de vagas segundo o disposto neste artigo.

TÍTULO V

Dos Direitos e Vantagens

CAPÍTULO I

Do tempo de serviço

Art. 95. Será considerado de efetivo exercício o afastamento em virtude de:

I — férias;

II — casamento;

III — luto;

IV — exercício de outro cargo, de governo ou de direção, de provimento em comissão, ou em substituição no serviço público do Estado da Guanabara inclusive autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelo Poder Público;

V — convocação para o serviço militar;

VI — júri e outros serviços obrigatórios por lei;

VII — exercício de cargo ou função de governo ou direção, por designação do Presidente da República ou através de mandato eletivo, na administração pública federal, estadual e municipal, inclusive autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações instituídas pelo Poder Público;

VIII — desempenho de função legislativa da União, dos Estados e dos Municípios;

IX — licença especial;

X — licença à funcionária gestante;

XI — licença a funcionário que sofrer acidente no trabalho ou fôr atacado de doença profissional, na forma dos parágrafos 1.º, 2.º, 3.º e 4.º deste artigo;

XII — missão ou estudo no exterior ou em qualquer parte do território nacional, quando o afastamento houver sido autorizado pelo Governador e não perdurar por tempo superior a 1 (um) ano;

XIII — exercício de cargo de provimento em comissão nos serviços da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ou serviço prestado à Presidência da República em virtude de requisição oficial;

XIV — faltas até o máximo de três durante o mês, por motivo de doença comprovada na forma regulamentar.

§ 1.º Para os efeitos desta lei, entende-se por acidente no trabalho o evento que cause dano físico ou mental ao funcionário por efeito ou na ocasião do serviço.

§ 2.º Equipara-se ao acidente no trabalho, quando não provocada, a agressão sofrida pelo funcionário no serviço ou em razão dêle.

§ 3.º Por doença profissional, para os efeitos desta lei, entende-se aquela que decorrer das condições do serviço ou de fatos nêle ocorridos.

§ 4.º Nos casos previstos nos §§ 1.º, 2.º e 3.º dêste artigo, o laudo resultante da inspeção médica deverá estabelecer rigorosamente a caracterização do acidente no trabalho e da doença profissional.

§ 5.º Para efeito de progressão horizontal e de promoção, será contado o tempo de exercício em caráter interino continuado, ou não, quando o funcionário fôr nomeado em virtude de concurso para o mesmo cargo.

§ 6.º Em caso de promoção, acesso, transferência, readmissão, aproveitamento e reversão, será reiniciada a apuração do interstício na classe, para efeito de promoção e acesso e reassumida a contagem de tempo de serviço, para efeito de progressão horizontal, a partir da data da promoção ou, nos demais casos, da data da posse.

Art. 96. Para efeito de aposentadoria, jubilação ou disponibilidade, será computado integralmente:

I — o tempo de serviço público federal, estadual ou municipal;

II — o período de serviço ativo nas fôrças armadas prestado durante a paz, computado pelo dôbro o tempo em operação de guerra;

III — o tempo de serviço prestado como extranumerário ou sob qualquer forma de admissão, desde que remunerado pelos cofres públicos;

IV — o tempo de serviço prestado em autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público federal, estadual ou municipal;

V — o período de trabalho prestado a instituição de caráter privado que tiver sido transformada em estabelecimento de serviço público;

VI — o tempo em que o funcionário estêve em disponibilidade ou aposentado;

VII — o tempo de licença especial e o tempo de férias não gozadas contados em dôbro;

VIII — o tempo de licença para tratamento de saúde.

§ 1.º O tempo de serviço a que aludem os itens III, IV e V dêste artigo será computado à vista de certidões passadas com base em folhas de pagamento.

§ 2.º Sòmente será admitida a contagem de tempo de serviço apurado através de justificação judicial quando se verificar a inexistência, nos registros de pessoal, de elementos comprobatórios da freqüência.

Art. 97. A apuração do tempo de serviço será feita em dias.

§ 1.º O número de dias será convertido em anos, considerado o ano como de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias.

§ 2.º Feita a conversão, os dias restantes até 182 (cento e oitenta e dois) não serão computados, arredondando-se para um ano quando excederem êsse número, nos casos de cálculo para efeito de aposentadoria ou jubilação.

Art. 98. É vedada a acumulação de tempo de serviço prestado concorrente ou simultaneamente em dois ou mais cargos ou funções da União, dos Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações instituídas pelo Poder Público e instituições de caráter privado que hajam sido convertidas em estabelecimentos de serviço público.

CAPÍTULO II

Da Estabilidade

Art. 99. Estabilidade é o direito que adquire o funcionário de não ser exonerado ou demitido senão em virtude de sentença judicial ou processo administrativo em que se lhe tenha assegurado ampla defesa.

Parágrafo único. A estabilidade diz respeito ao serviço público e não ao cargo ou função.

Art. 100. O funcionário nomeado em caráter efetivo adquire estabilidade depois de dois anos de efetivo exercício.

Art. 101. O funcionário perderá o cargo:

I — quando vitalício sòmente em virtude de sentença judicial;

II — quando estável, em virtude de sentença judicial ou de processo administrativo que haja concluído pela sua demissão depois de lhe haver sido assegurada ampla defesa.

Parágrafo único. O funcionário em estágio probatório só perderá o cargo quando nêle não confirmado em decorrência do processo de que tratam os parágrafos 3.º e 4.º do Art. 35 ou mediante inquérito administrativo, quando êste se impuser antes de concluído o estágio.

CAPÍTULO III

Da Aposentadoria e da Jubilação

Art. 102. O funcionário será aposentado:

I — Por invalidez;

II — A pedido, depois de 30 (trinta) anos de serviço;

III — Compulsòriamente, aos 70 (setenta) anos de idade.

§ 1.º Atendendo à natureza especial do serviço, a lei poderá reduzir os limites estabelecidos para a aposentadoria.

§ 2.º A aposentadoria por invalidez será sempre precedida de licença por período não inferior a 24 (vinte e quatro) meses, salvo quando a junta médica declarar incapacidade definitiva para o serviço ou na hipótese prevista no art. 126.

§ 3.º Será aposentado o funcionário que fôr considerado inválido para o serviço e não puder ser readaptado, na forma do art. 119.

§ 4.º No caso do item II, o funcionário aguardará em exercício ou dêle legalmente afastado a publicação do ato de aposentadoria.

§ 5.º No caso do item III, o funcionário é dispensado do comparecimento ao serviço a partir da data em que completar a idade-limite.

Art. 103. O funcionário efetivo será aposentado com vencimento ou remuneração integral por invalidez.

Parágrafo Único. Quando se tratar de invalidez provocada por acidente no trabalho ou doença profissional, tais como configurados nos parágrafos 1.º, 2.º, 3.º e 4.º do art. 95, aplicar-se-á o disposto no presente artigo ao funcionário interino e ao ocupante de cargo em comissão, salvo no caso de lhes ter sido assegurada aposentadoria por outro órgão público.

Art. 104. O funcionário efetivo será aposentado a pedido:

I — Com as vantagens do cargo em comissão ou da função gratificada em cujo exercício se achar, desde que o exercício abranja, sem interrupção, os 5 (cinco) anos anteriores;

II — Se houver exercido, por um período não inferior a 10 (dez) anos, ininterruptos ou não, um ou mais cargos em comissão ou funções gratificadas, com as vantagens do cargo em comissão ou função gratificada de nível mais elevado, desde que êsse cargo ou função haja sido exercido por um mínimo de 2 (dois) anos, ou, quando não satisfeita essa condição, com as vantagens do de nível imediatamente inferior, que houver ocupado;

III — Com provento correspondente ao vencimento ou remuneração integral do cargo efetivo.

§ 1.º A aplicação do estabelecido em qualquer dos itens dêste artigo exclui as vantagens instituídas nos demais itens.

§ 2.º No caso do funcionário que, para o exercício de cargo em comissão ou função gratificada, tiver optado pelo vencimento do cargo efetivo, fazendo jus, concomitantemente, a gratificação pelo desempenho das atribuições daquele cargo ou função, entende-se por vantagens do cargo em comissão ou da função gratificada, para os efeitos dêste artigo, a percepção daquela gratificação.

§ 3.º As percentagens só serão consideradas para os efeitos do parágrafo anterior quando o cargo em comissão ou função gratificada, ao qual se aplique o regime de percentagens, houver sido exercido por mais de 5 (cinco) anos e, neste caso, a parcela a ser incorporada ao provento corresponderá à média aritmética do período inteiro de exercício daquele cargo ou função.

§ 4.º Ao servidor que completar o tempo para aposentadoria a pedido e permanecer em exercício será assegurado um acréscimo anual de 5% (cin-

co por cento) do respectivo vencimento, até o máximo de 25% (vinte e cinco por cento).

§ 5.º A vantagem prevista no parágrafo anterior aplicar-se-á à aposentadoria enquadrável em qualquer dos itens dêste artigo e será incorporada aos proventos da aposentadoria.

Art. 105. O funcionário aposentado compulsoriamente terá o provento equivalente ao vencimento ou remuneração integral do cargo desde que conte 20 (vinte) anos de efetivo exercício e proporcional a 20 (vinte) anos se contar tempo menor.

Parágrafo único. A proporcionalidade de que trata êste artigo corresponde a $\frac{1}{20}$ (um vinte avos) do vencimento por ano de efetivo exercício.

Art. 106. Concorrendo as condições previstas para a aposentadoria a pedido, ao funcionário aposentado por invalidez ou compulsoriamente serão aplicadas as disposições do art. 104.

Art. 107. Salvo os casos em que, na atividade, o funcionário haja exercido concomitantemente mais de um cargo ou função, em virtude de acumulação legal, só poderá o servidor beneficiar-se da aposentadoria correspondente a um único cargo ou função.

Art. 108. Para efeito de fixação de provento de aposentadoria, a parte variável da remuneração será representada pela média aritmética daquela percebida pelo funcionário nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores à data da vigência da aposentadoria, ressalvado o disposto no § 3.º do art. 104.

Art. 109. Os proventos da inatividade serão sempre reajustados nas mesmas bases percentuais dos aumentos concedidos aos servidores em atividade de categoria equivalente.

Parágrafo único. A parte variável de que trata o artigo anterior manter-se-á inalterada depois de incorporada ao provento.

Art. 110. Os membros do magistério poderão requerer jubilação com 25 (vinte e cinco) anos de exercício.

Parágrafo único. A jubilação se assemelhará à aposentadoria e obedecerá a regulamentação própria.

CAPÍTULO IV

Da Disponibilidade

Art. 111. Disponibilidade é o afastamento do funcionário efetivo em virtude de extinção do cargo.

§ 1.º O funcionário em disponibilidade perceberá provento igual ao vencimento ou remuneração e vantagens integrais a que fizer jus no momento em que fôr tornado disponível e será obrigatoriamente aproveitado na primeira vaga que ocorrer, que não se destine a promoção por antiguidade, atendidas as condições de habilitação profissional e equivalência de vencimento ou remuneração.

§ 2.º Para efeito de fixação de provento de disponibilidade, a parte

variável da remuneração será representada pela média aritmética daquela percebida pelo funcionário nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores à data em que ocorrer a disponibilidade.

§ 3.º Aos proventos do funcionário em disponibilidade aplica-se o disposto no art. 109 e seu parágrafo único.

§ 4.º Restabelecido o cargo, ainda que modificada a sua denominação, será nêle obrigatôriamente aproveitado o funcionário pôsto em disponibilidade quando de sua extinção, ressalvado o direito de optar por outro cargo em que já tenha sido aproveitado.

§ 5.º O funcionário em disponibilidade poderá ser aposentado.

CAPÍTULO V

Das férias

Art. 112. O funcionário gozará 30 (trinta) dias consecutivos de férias por ano, de acôrdo com a escala para êsse fim organizada pelo Chefe da unidade administrativa a que estiver subordinado e comunicada ao órgão competente.

§ 1.º É vedado levar à conta das férias qualquer falta ao trabalho.

§ 2.º Sômente depois do primeiro ano de exercício, adquirirá o funcionário direito a férias.

§ 3.º A escala de férias poderá ser alterada de acôrdo com as necessidades do serviço, por iniciativa do chefe interessado, comunicada ao órgão competente.

Art. 113. As férias dos membros do magistério corresponderão às férias escolares, obedecidas as restrições legais e regulamentares.

Art. 114. É proibida a acumulação de férias, salvo imperiosa necessidade de serviço e até o máximo de 2 (dois) períodos, justificada em cada caso.

Parágrafo único. Haverá presunção de impedimento decorrente de necessidade do serviço quando o funcionário deixar de gozar férias e não houver sido comunicado o fato, pelo seu Chefe imediato, ao órgão competente de pessoal.

Art. 115. Ao entrar em férias o funcionário comunicará ao chefe imediato o seu enderêço eventual.

Art. 116. Por motivo de promoção, acesso, transferência ou remoção, o funcionário em gôzo de férias não será obrigado a interrompê-las.

CAPÍTULO VI

Das licenças

SEÇÃO I

Disposições Preliminares

Art. 117. Conceder-se-á licença:

I — Para tratamento de saúde;

II — Por motivo de doença em pessoa da família;

III — Para repouso da gestante;

IV — Para serviço militar obrigatório;

V — A funcionária casada, por motivo de afastamento do cônjuge, funcionário civil ou militar ou servidor de autarquia, de empresa pública, de sociedade de economia mista ou de fundação instituída pelo Poder Público;

VI — Para o trato de interesses particulares;

VII — Em caráter especial.

§ 1.º Nos casos dos itens IV e V não haverá limite de duração da licença, que prevalecerá durante todo o período de afastamento do funcionário e do marido da funcionária, respectivamente.

§ 2.º Para efeito de licença, a parte variável da remuneração corresponderá à média aritmética daquela percebida pelo funcionário nos 12 (doze) meses que precederem imediatamente a licença.

Art. 118. A licença dependente de inspeção médica será concedida pelo prazo indicado no laudo ou atestado.

Parágrafo único. Findo o prazo, haverá nova inspeção e o laudo médico concluirá pela volta ao serviço, pela prorrogação da licença, pela aposentadoria ou pela readaptação na forma do art. 119.

Art. 119. Quando se verificar, como resultado de inspeção médica pelo órgão próprio da Secretaria de Administração, redução da capacidade física do funcionário ou estado de saúde que impossibilite ou desaconselhe o exercício das funções inerentes ao seu cargo, e desde que não se configure a necessidade de aposentadoria nem de licença para tratamento de saúde, poderá o funcionário ser readaptado em funções diferentes das que lhe cabem, na forma da regulamentação, sem que essa readaptação lhe acarrete qualquer prejuízo.

Art. 120. O tempo necessário à inspeção médica será sempre considerado como de licença.

Art. 121. Terminada a licença, o funcionário reassumirá o exercício, salvo nos casos de prorrogação *ex officio* ou a pedido, ou de aposentadoria.

Parágrafo único. O pedido de prorrogação será apresentado antes de findo o prazo da licença; se indeferido, contar-se-á como de licença o período compreendido entre a data do seu término e a do conhecimento oficial do despacho denegatório.

Art. 122. O funcionário em gozo de licença comunicará ao seu chefe imediato o local onde poderá ser encontrado.

SEÇÃO II

Da Licença para Tratamento de Saúde

Art. 123. A licença para tratamento de saúde será concedida *ex officio* ou a pedido do funcionário ou de seu representante, quando não possa ele fazê-lo.

Parágrafo único. Em ambos os casos é indispensável a inspeção médica, que será realizada, sempre que necessário, no local onde se encontrar o funcionário.

Art. 124. A inspeção médica será feita por médicos funcionários do Estado da Guanabara, lotados no órgão próprio da Secretaria de Administração, ou por aqueles aos quais este transferir ou delegar as respectivas atribuições.

§ 1.º Caso o funcionário esteja ausente do Estado da Guanabara, poderá ser admitido laudo de médico particular, com firma reconhecida, em impresso fornecido pelo órgão médico da Secretaria de Administração, na forma da regulamentação própria.

§ 2.º Na hipótese do parágrafo anterior, o laudo só produzirá efeito depois de homologado pelo órgão médico da Secretaria de Administração.

§ 3.º Quando não fôr homologado o laudo, o funcionário será obrigado a reassumir o exercício do cargo, sendo considerados como de licença sem vencimentos, nos termos do item VI do artigo 117, os dias em que deixou de comparecer ao serviço por haver alegado doença, caracterizada a responsabilidade do médico atestante.

Art. 125. A licença superior a 90 (noventa) dias dependerá de inspeção realizada por junta médica.

Art. 126. O funcionário não poderá permanecer em licença para tratamento de saúde por prazo superior a 24 (vinte e quatro) meses, exceto nos casos considerados recuperáveis em que, a critério da junta médica, esse prazo poderá ser prorrogado.

Parágrafo único. Expirado o prazo do presente artigo, o funcionário será submetido a nova inspeção e aposentado se julgado definitivamente inválido para o serviço público em geral e não puder ser readaptado na forma do artigo 119.

Art. 127. Em caso de doença grave, contagiosa ou não que imponha cuidados permanentes, poderá a junta médica, se considerar o doente irrecuperável, determinar, como resultado da inspeção, a imediata aposentadoria.

Parágrafo único. Na hipótese de que trata este artigo, a inspeção será feita por uma junta de, pelo menos, três médicos.

Art. 128. No processamento das licenças para tratamento de saúde será observado o devido sigilo sobre os laudos e atestados médicos.

Art. 129. No curso de licença para tratamento de saúde, o funcionário abster-se-á de atividades remuneradas sob pena de interrupção da licença, com perda total do vencimento ou remuneração até que reassuma o cargo.

Parágrafo único. Os dias correspondentes à perda de vencimento ou remuneração de que trata este artigo serão considerados como de licença sem vencimento na forma do item VI do artigo VI do artigo 117.

Art. 130. O funcionário não poderá recusar a inspeção médica, sob pena de suspensão de pagamento do vencimento ou remuneração, até que se realize a inspeção.

Art. 131. Considerado apto, em inspeção médica, o funcionário reassumirá o exercício sob pena de serem computados como faltas os dias de ausência.

Art. 132. No curso da licença poderá o funcionário requerer inspeção médica, caso se julgue em condições de reassumir o exercício ou com direito a aposentadoria.

Art. 133. Será sempre integral o vencimento de funcionário licenciado para tratamento de saúde.

Parágrafo único. Nos casos de acidente no trabalho e de doença profissional, configurados nos parágrafos 1.º, 2.º 3.º e 4.º do artigo 95 será mantido integralmente, durante a licença, o vencimento ou remuneração do funcionário, calculada a parte variável da segunda na forma do § 2.º do artigo 117, correndo ainda por conta do Estado da Guanabara as despesas com o tratamento médico e hospitalar do funcionário, que serão realizados, sempre que possível, em estabelecimento estadual de assistência médica.

SEÇÃO III

Da Licença por Motivo de Doença em Pessoa da Família

Art. 134. Desde que prove ser indispensável a sua assistência pessoal e que esta não possa ser prestada simultaneamente com o exercício do cargo, ao funcionário será concedida licença por motivo de doença na pessoa de ascendente, descendente, colateral, consanguíneo ou afim até o 2.º grau civil, o cônjuge do qual não esteja legalmente separado, ou de pessoa que viva às expensas do funcionário e conste do seu assentamento individual, ficando a critério do órgão médico da Secretaria de Administração a concessão da licença, quando o doente estiver internado em estabelecimento hospitalar.

§ 1.º Provar-se-á a doença mediante inspeção médica.

§ 2.º A licença de que trata este artigo será concedida com vencimento integral até 1 (um) ano e com 2/3 (dois-terços) do vencimento se fôr excedido esse prazo, até o máximo de 2 (dois) anos, limite da licença.

SEÇÃO IV ..

Da Licença à Gestante

Art. 135. À funcionária gestante será concedida, mediante inspeção médica, licença com vencimento ou remuneração integral, pelo prazo de 4 (quatro) meses.

§ 1.º Salvo prescrição médica em contrário, a licença será concedida a partir do início do oitavo mês de gestação.

§ 2.º Quando houver necessidade de preservar a saúde do recém-nascido, a licença poderá ser prorrogada por mais 4 (quatro) meses.

§ 3.º A funcionária gestante, quando em serviço de natureza braçal, terá direito a ser aproveitada em função compatível com o seu estado, a contar do quinto mês de gestação, sem prejuízo do direito à licença de que trata este artigo.

SEÇÃO V

Da Licença para Serviço Militar Obrigatório

Art. 136. Ao funcionário que fôr convocado para o serviço militar ou outros encargos de segurança nacional, será concedida licença com vencimento ou remuneração integral.

§ 1.º A licença será concedida à vista do documento oficial que prove a incorporação.

§ 2.º Do vencimento ou remuneração descontar-se-á a importância que o funcionário perceber na qualidade de incorporado, salvo se optar pelas vantagens do serviço militar.

§ 3.º Ao funcionário desincorporado, conceder-se-á prazo não excedente de 30 (trinta) dias, para que reassuma o exercício, sem perda de vencimento ou remuneração.

Art. 137. Ao funcionário oficial da reserva das Fôrças Armadas será concedida licença com vencimento ou remuneração integral, durante os estágios não remunerados previstos pelos regulamentos militares.

Parágrafo único. No caso de estágio remunerado, assegurar-se-lhe-á direito de opção.

SEÇÃO VI

Da Licença a Funcionária Casada

Art. 138. A funcionária casada terá direito a licença sem vencimento ou remuneração, quando o marido, funcionário civil ou militar, ou servidor de autarquia, de empresa pública, de sociedade de economia mista ou de fundação instituída pelo Poder Público, fôr mandado servir, *ex officio*, fora do Estado da Guanabara.

Parágrafo único. A licença dependerá de pedido devidamente instruído, que deverá ser renovado de 2 (dois) em 2 (dois) anos.

Art. 139. Finda a causa da licença, a servidora deverá reassumir o exercício dentro de 30 (trinta) dias, a partir dos quais a sua ausência será computada como falta ao trabalho.

Art. 140. Independentemente do regresso do marido, a funcionária poderá reassumir o exercício a qualquer tempo, não podendo, neste caso, renovar o pedido de licença senão depois de 2 (dois) anos da data da reassunção, salvo se o marido fôr transferido novamente para outro lugar.

SEÇÃO VII

Da Licença para o Trato de Interesses Particulares

Art. 141. Depois de estável o funcionário poderá obter licença, sem vencimento ou remuneração, para tratar de interesses particulares.

§ 1.º O funcionário aguardará em exercício a concessão da licença.

§ 2.º A licença não perdurará por tempo superior a 4 (quatro) anos contínuos e só poderá ser concedida nova depois de decorridos 2 (dois) anos do término da anterior.

Art. 142. Não será concedida licença para o trato de interesses particulares quando inconveniente para o serviço, nem a funcionário nomeado, removido ou transferido antes de assumir o exercício.

Art. 143. O funcionário poderá, a qualquer tempo, desistir da licença para o trato de interesses particulares.

Art. 144. Em caso de comprovado interesse público, a licença de que trata este Capítulo poderá ser cassada pela autoridade competente, devendo o funcionário ser expressamente notificado do fato.

Parágrafo único. Na hipótese de que trata este artigo, o funcionário deverá apresentar-se ao serviço no prazo de 30 (trinta) dias a partir da notificação, findos os quais a sua ausência será computada como falta ao trabalho.

Art. 145. Ao funcionário interino ou em comissão não se concederá, nessa qualidade, licença para trato de interesses particulares.

SEÇÃO VIII

Da Licença Especial

Art. 146. Após cada quinquênio de efetivo exercício, ao funcionário que a requerer, conceder-se-á licença especial de 3 (três) meses, com todos os direitos e vantagens do seu cargo efetivo.

Parágrafo único. Não será concedida a licença especial se houver o funcionário, no quinquênio correspondente:

I — Sofrido pena de multa ou suspensão;

II — Faltado ao serviço sem justificação;

III — Gozado licença:

A — Superior a 90 (noventa) dias, consecutivos ou não, para tratamento de saúde;

B — Superior a 60 (sessenta) dias, consecutivos ou não, por motivo de doença em pessoa da família;

C — Superior a 45 (quarenta e cinco) dias, consecutivos ou não, por motivo de afastamento do cônjuge, funcionário civil ou militar ou servidor de autarquia, de empresa pública, de sociedade de economia mista ou de fundação instituída pelo Poder Público;

D — para o trato de interesses particulares.

Art. 147. O direito à licença especial não tem prazo para ser exercitado.

Art. 148. Para efeito de aposentadoria, será contado em dobro o tempo de licença especial que o funcionário não houver gozado.

CAPÍTULO V

Do Vencimento e da Remuneração

Art. 149. Vencimento é a retribuição pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao símbolo ou ao nível e grau de progressão funcionais, fixados em lei e na sua regulamentação.

Art. 150. Remuneração é a retribuição pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao vencimento mais as percentagens fixadas em lei.

Art. 151. Perderá o vencimento ou remuneração do cargo efetivo o funcionário:

I — Nomeado para cargo em comissão, ressalvado o direito de opção e o de acumulação legal;

II — Em exercício de mandato eletivo da União, dos Estados ou dos Municípios;

III — À disposição de outro Poder, ou de órgão público, de administração direta ou indireta, inclusive sociedades de economia mista, da União ou de qualquer outra unidade da Federação, ou designado para servir em qualquer desses órgãos ou entidades, salvo quando se tratar de requisição da Presidência da República ou, a juízo do Governador, de interesse do Estado da Guanabara;

IV — Em missão ou estudo, na forma do item XII do artigo 95, quando exceder o período de 1 (um) ano.

Art. 152. O funcionário perderá:

I — O vencimento ou remuneração do dia, se não comparecer ao serviço, salvo motivo previsto em lei ou moléstia comprovada, de acordo com as disposições deste Estatuto;

II — Um terço (1/3) do vencimento ou remuneração do dia, quando comparecer ao serviço com atraso máximo de 1 (uma) hora ou quando se retirar antes de findo o período de trabalho;

III — Um terço (1/3) do vencimento ou remuneração, durante o afastamento por motivo de prisão preventiva, pronúncia por crime comum ou denúncia por crime funcional ou, ainda, condenação por crime inafiançável em processo no qual não haja pronúncia, com direito à diferença, se absolvido;

IV — Dois-terços (2/3) do vencimento ou remuneração, durante o período de afastamento em virtude de condenação, por sentença definitiva, a pena que não resulte em demissão.

Art. 153. Nenhum servidor poderá perceber vencimento ou remuneração inferior ao salário-mínimo legal em vigor para o Estado da Guanabara.

Art. 154. O vencimento, a remuneração e o provento, não sofrerão descontos além dos previstos em lei, nem serão objeto de arresto, seqüestro ou penhora, salvo quando se tratar de:

I — Prestação de alimentos determinada judicialmente;

II — Reposição ou indenização devida à Fazenda Estadual.

Art. 155. As reposições e indenizações à Fazenda Estadual serão descontadas em parcelas mensais, não excedentes da décima parte do vencimento ou remuneração.

Parágrafo único. Quando o servidor fôr exonerado, dispensado, demitido ou falecer, a quantia devida será inscrita como dívida ativa e cobrada executivamente.

Art. 156. Ao funcionário efetivo que permanecer em cargo em comissão ou função gratificada por período contínuo superior a 10 (dez) anos ou períodos vários cuja soma seja superior a 15 (quinze) anos, é assegurado o vencimento ou a gratificação de função de nível mais elevado, dentre os dos cargos e funções ocupados, desde que exercido por prazo superior a 2 (dois) anos, e, quando não satisfaça essa condição, o de nível imediatamente inferior que houver ocupado.

§ 1.º O exercício de cargo em comissão e de função gratificada será computado globalmente, para os efeitos dêste artigo.

§ 2.º Quando, para o exercício do cargo em comissão ou função gratificada de que haja decorrido o direito de que trata êste artigo, o funcionário tiver optado pelo vencimento do cargo efetivo, fazendo jus, concomitantemente, à gratificação pelo desempenho das atribuições daquele cargo ou função, a vantagem financeira consistirá na manutenção dessa gratificação.

Art. 157. O funcionário ao qual fôr assegurado o vencimento de cargo em comissão ficará, salvo opção por sua permanência no cargo efetivo, enquadrado no símbolo correspondente ao vencimento do cargo em comissão respectivo e agregado ao quadro de pessoal permanente, considerando-se vago, automaticamente, para efeito de provimento, o cargo efetivo de que fôr titular.

§ 1.º O funcionário agregado exercerá funções compatíveis com a sua habilitação profissional ou com as atribuições dos cargos em comissão ou funções gratificadas ocupados.

§ 2.º Atendida a sua condição especial decorrente das normas do presente Estatuto, ficará o funcionário agregado sujeito ao regime jurídico aplicável aos funcionários efetivos.

Art. 158. O funcionário enquadrável no disposto no § 2.º do artigo 156 não será agregado, continuando sob o regime atinente à série de classes ou à classe singular a que pertencer.

Art. 159. Se, depois de adquirir o direito à vantagem financeira de que trata o artigo 156, o funcionário ocupar cargo em comissão ou função gratificada, manterá inalterada a retribuição pecuniária a que faz jus, ressalvada a hipótese de vir a ocupar cargo ou função cujo exercício assegure maior pagamento, quando perceberá a diferença entre o que lhe caberia se não houvesse adquirido o direito à vantagem financeira assegurada pelo artigo 156 e o pagamento a que faça jus, nessa condição, ao assumir êsse novo cargo ou função.

Parágrafo único. Não caberá revisão de símbolo para os efeitos dos artigos 156 e 157, ainda que posteriormente o funcionário venha a exercer cargo ou função de nível mais elevado, senão após o decurso de um período adicional de 5 (cinco) anos ininterruptos ou 10 (dez) anos interpolados de exercício de cargo em comissão ou de função gratificada, quando a revisão se fará de acôrdo com o estabelecido no artigo 156 *in fine* e em seus parágrafos, salvo opção do servidor por sua permanência na situação em que anteriormente se encontrava.

CAPÍTULO VI

Das vantagens

SEÇÃO I

Disposições Preliminares

Art. 160. Além do vencimento ou remuneração, poderá o funcionário perceber as seguintes vantagens pecuniárias:

- I — percentagens;
- II — cota-parte de multas;
- III — gratificações;
- IV — ajuda de custo;
- V — diárias;
- VI — salário-família;
- VII — auxílio para diferença de caixa;
- VIII — auxílio-doença.

SEÇÃO II

Das Percentagens e das Cotas-Partes de Multas

Art. 161. As percentagens integram a remuneração e são fixadas em lei.

Art. 162. As cotas-partes das multas só se tornam devidas após o julgamento definitivo e irrecorrível do processo de infração.

Art. 163. Só os funcionários em atividade poderão figurar nas folhas de pagamento de cotas-partes de multas e de percentagens.

SEÇÃO III

Das Gratificações

Art. 164. Conceder-se-á gratificação:

- I — de função;
- II — pelo exercício de comissão;
- III — pelo exercício de encargos especiais;
- IV — pela realização de trabalho relevante, técnico ou científico;
- V — pela prestação de serviço extraordinário;
- VI — pela representação de gabinete;
- VII — pela execução de trabalho de natureza especial, com risco de vida ou de saúde;
- VIII — pela participação em órgão de deliberação coletiva;
- IX — pelo exercício.

a) de encargo de auxiliar ou membro de banca ou comissão examinadora de concurso;

b) de encargo de auxiliar ou professor de curso regularmente instituído se realizado o trabalho além das horas de expediente a que está sujeito o funcionário.

Parágrafo único. As vantagens pecuniárias atribuídas ao funcionário não sofrerão descontos além dos previstos em lei.

Art. 165. Gratificação de função é a que corresponde ao exercício de função gratificada existente nos quadros de pessoal do Estado da Guanabara.

§ 1.º A gratificação de que trata este artigo é constituída pela diferença entre o valor estabelecido para o símbolo da função gratificada respectiva e o vencimento do cargo efetivo do seu ocupante.

§ 2.º Quando a gratificação de função for inferior ao vencimento do funcionário designado para a função gratificada respectiva, receberá ele, enquanto a ocupar, além do vencimento e a título de gratificação de função, metade do valor fixado para o símbolo daquela função.

Art. 166. A gratificação de que trata o item II do artigo 164 equivale à metade do valor fixado para o símbolo do cargo em comissão e a ela faz jus o funcionário que, no exercício desse cargo, haja optado pelo vencimento do seu cargo efetivo.

Art. 167. A gratificação mencionada no item III do artigo 164 se destina aos servidores aos quais forem atribuídos encargos de auxiliares do sistema de administração e outros definidos em lei ou regulamento.

Art. 168. A gratificação referida no item V do artigo 164 se destina a remunerar os serviços executados fora do período normal de trabalho a que estiver sujeito o funcionário, no desempenho das atribuições do seu cargo.

Art. 169. Observadas as disposições desta Seção, a atribuição das gratificações relacionadas no artigo 164 reger-se-á por regulamentação própria.

Art. 170. O exercício de cargo em comissão ou função gratificada impede o recebimento de gratificação por serviço extraordinário.

Art. 171. As gratificações de que tratam os itens I, II e VII do artigo 164 serão mantidas nos casos de afastamento previstos nos itens I, II, III, V, VI, X, XI e XIV do artigo 95, bem como no caso de licença para tratamento de saúde, salvo no tocante às consignadas nos itens I e II do artigo 164, quando o funcionário houver sido previamente afastado, por exoneração, demissão, dispensa ou destituição do respectivo cargo em comissão ou função gratificada.

SEÇÃO IV

Da Ajuda de Custo

Art. 172. A ajuda de custo é a compensação de despesas de viagem e instalação, concedida ao funcionário incumbido de missão fora do Estado da Guanabara, e só poderá ser atribuída nos casos de afastamento superior a 30 (trinta) dias, não podendo exceder a importância equivalente a 3

(três) meses de vencimento ou remuneração salvo quando se tratar de missão ao exterior.

§ 1.º Para os efeitos dêste artigo, o cálculo da remuneração será feito tomando-se por base a média aritmética daquela percebida nos 12 (doze) meses que imediatamente antecederem a designação para a missão.

§ 2.º No arbitramento da ajuda de custo serão levados em conta o vencimento ou remuneração do cargo do funcionário designado para a missão, as despesas a serem por êle realizadas, bem como as condições de vida no local da missão.

Art. 173. Não se concederá ajuda de custo:

I — ao funcionário que, em virtude de mandato eletivo, deixar ou reassumir o exercício do cargo;

II — ao funcionário pôsto a serviço de entidade de direito público.

Art. 174. O funcionário restituirá a ajuda de custo:

I — quando não se transportar para o local da missão;

II — quando, antes de terminada a incumbência, regressar, pedir exoneração ou abandonar o serviço.

§ 1.º A restituição é de exclusiva responsabilidade pessoal e poderá ser feita parceladamente.

§ 2.º Não haverá obrigação de restituir:

a) quando o regresso do funcionário fôr determinado *ex officio* ou decorrer de doença comprovada ou de motivo de fôrça maior;

b) quando o pedido de exoneração fôr apresentado após 90 (noventa) dias da designação para a missão.

SEÇÃO V

Das Diárias

Art. 175. Ao funcionário que se deslocar do Estado da Guanabara em objeto de serviço serão concedidas diárias correspondentes ao período de ausência, a título de compensação de despesas de alimentação ou pousada.

Art. 176. O arbitramento das diárias consultará a natureza, o local e as condições do serviço.

SEÇÃO VI

Do Salário-Família

Art. 177. O salário-família é o auxílio pecuniário especial concedido pelo Estado ao funcionário, como contribuição ao custeio das despesas de manutenção de sua família.

Parágrafo único. A cada dependente relacionado no artigo seguinte corresponderá uma cota de salário-família.

Art. 178. Conceder-se-á salário-família ao funcionário:

a) pela espôsa que não exerça atividade remunerada;

b) por filho menor de 21 (vinte e um) anos;

c) por filho inválido;

d) por filho estudante que freqüente curso secundário ou superior e que não exerça atividade lucrativa, até a idade de 24 (vinte e quatro) anos;

e) pelo ascendente sem rendimento próprio, que viva às expensas do funcionário;

f) pela companheira, na forma da regulamentação própria;

g) pelo dependente previsto em lei especial.

§ 1.º Compreende-se neste artigo o filho de qualquer condição, o enteado, o adotivo, o legitimado adotivo, e o menor que, mediante autorização judicial, viva sob a guarda e sustento do funcionário.

§ 2.º Quando o pai e a mãe forem ambos funcionários do Estado e viverem em comum, o salário-família será concedido ao pai; se não viverem em comum, ao que tiver os dependentes sob guarda; e, se ambos os tiverem, de acôrdo com a distribuição dos dependentes.

§ 3.º Equiparam-se ao pai e à mãe os representantes legais dos incapazes e as pessoas a cuja guarda e manutenção estiverem confiados, por autorização judicial, os beneficiários.

§ 4.º A cota de salário-família por filho inválido corresponderá ao triplo das demais.

Art. 179. O salário-família será pago mesmo nos casos em que o funcionário, ativo ou inativo, deixar de receber o vencimento, remuneração ou provento.

Art. 180. Em caso de falecimento do funcionário, o salário-família continuará a ser pago aos seus beneficiários.

Parágrafo único. Se o funcionário falecido não se houver habilitado ao salário-família, a Administração tomará as medidas necessárias para que seja pago aos seus beneficiários, desde que atendam aos requisitos necessários à concessão desse benefício.

Art. 181. O salário-família não está sujeito a qualquer imposto ou taxa, nem servirá de base para qualquer contribuição ainda que de finalidade assistencial.

SEÇÃO VII

Do Auxílio para Diferença de Caixa

Art. 182. Ao funcionário afiançado que, no desempenho de suas atribuições, lidar com numerário do Estado, será concedido um auxílio financeiro mensal correspondente a 5% (cinco por cento) do valor do respectivo símbolo ou padrão de vencimento, para compensar diferença de caixa.

SEÇÃO VIII

Do Auxílio-Doença

Art. 183. Após cada período de 12 (doze) meses consecutivos de licença para tratamento de saúde, o funcionário terá direito a um mês de vencimentos ou remuneração, a título de auxílio-doença.

§ 1.º Quando se tratar de licença concedida por motivo de acidente no trabalho ou doença profissional, tais como conceituados nos parágrafos 1.º, 2.º, 3.º e 4.º do artigo 95, o funcionário fará jus ao auxílio-doença de que trata este artigo após cada período de 6 (seis) meses de licença.

§ 2.º Para os efeitos deste artigo, a remuneração corresponderá à média aritmética da remuneração percebida pelo funcionário nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores à licença.

Art. 184. O auxílio-doença será pago em folha e independará de requerimento do interessado.

Art. 185. Quando ocorrer o falecimento do funcionário, o auxílio-doença a que fez jus até a data do falecimento será pago de acôrdo com as normas aplicáveis ao pagamento de vencimentos.

TITULO VI

Das Concessões

Art. 186. Sem prejuízo do vencimento, remuneração ou qualquer outro direito ou vantagem, o funcionário poderá faltar ao serviço até 8 (oito) dias consecutivos, por motivo de:

a) casamento;

b) falecimento de cônjuge, pais, filhos ou irmãos.

Art. 187. Ao licenciado para tratamento de saúde, que deva ser deslocado do Estado da Guanabara para outro ponto do território nacional por exigência do laudo médico, será concedido transporte, à conta dos cofres estaduais, inclusive para pessoa de sua família.

Art. 188. Será concedido transporte à família do funcionário, quando este falecer fora do Estado da Guanabara, no desempenho do cargo ou de serviço.

Art. 189. Será concedido auxílio-funeral correspondente a um mês de vencimento, remuneração ou provento, à família do funcionário falecido.

§ 1.º O vencimento, remuneração ou provento será aquêlê a que o funcionário fizer jus no momento do óbito.

§ 2.º Em caso de acumulação legal de cargos do Estado da Guanabara, o auxílio-funeral corresponderá ao pagamento do cargo de maior vencimento ou remuneração do funcionário falecido.

§ 3.º A despesa com o auxílio-funeral correrá à conta de dotação orçamentária própria.

§ 4.º O processamento do pagamento do auxílio-funeral obedecerá a regulamentação própria.

Art. 190. Ao funcionário estudante será permitido ausentar-se do serviço, sem prejuízo de vencimento, remuneração ou vantagem, para submeter-se a prova ou exame, mediante apresentação de atestado fornecido pelo respectivo estabelecimento de ensino.

Art. 191. O funcionário terá preferência, para sua moradia, na locação de imóvel pertencente ao Estado da Guanabara, obedecida a regulamentação própria.

TÍTULO VII

Da Assistência e da Previdência

Art. 192. O Estado da Guanabara prestará assistência ao funcionário e sua família.

Art. 193. Entre as formas de assistência incluem-se:

I — Assistência médica, dentária, hospitalar e alimentar, além de outras julgadas necessárias, inclusive em sanatórios e “crèches”;

II — Previdência, seguro e assistência judiciária;

III — Financiamento para aquisição de imóvel destinado à residência do funcionário;

IV — Cursos de aperfeiçoamento e especialização profissional;

V — Centros de aperfeiçoamento moral, social e cultural dos funcionários e suas famílias, fora das horas de trabalho.

Art. 194. A assistência, sob qualquer forma, será prestada através de instituições próprias, criadas por lei, às quais é obrigatoriamente filiado o funcionário.

§ 1.º A pensão aos beneficiários do funcionário falecido é atendida por instituição oficial de previdência social.

§ 2.º À viúva, filhos, dependentes ou quaisquer pessoas que vivam às expensas do funcionário falecido em consequência de acidente no trabalho ou doença profissional, na forma em que se acham conceituados nos §§ 1.º, 2.º, 3.º e 4.º do art. 95, assegurada, nos termos da regulamentação própria, pensão equivalente ao nível de vencimento ou remuneração que o funcionário perceba por ocasião do óbito.

§ 3.º Serão reservados, com rigorosa preferência, aos funcionários do Estado da Guanabara e suas famílias, os serviços das instituições assistenciais que lhes forem destinados.

Art. 195. Os planos e serviços assistenciais de que trata este Capítulo constituiram matéria de leis especiais.

TÍTULO VIII

CAPÍTULO ÚNICO

Do Direito de Petição

Art. 196. É assegurado ao funcionário o direito de petição em toda a sua amplitude, assim como o de representar.

Art. 197. O requerimento será dirigido à autoridade competente para decidi-lo e terá solução dentro do prazo máximo de 30 (trinta) dias, salvo em caso que obrigue a realização de diligência ou estudo especial.

Art. 198. Da decisão que fôr prolatada caberá sempre pedido de reconsideração, que não poderá ser renovado à mesma autoridade.

Parágrafo único. A autoridade que receber o pedido de reconsideração poderá processá-lo como recurso, encaminhando-o à autoridade superior.

Art. 199. Caberá recurso:

I — Do indeferimento do pedido de reconsideração;

II — Das decisões sobre os recursos sucessivamente interpostos.

Parágrafo único. O recurso será decidido pela autoridade imediatamente superior àquela que tiver expedido o ato ou proferido a decisão e, sucessivamente, em escala ascendente, pelas demais autoridades, observado o disposto na parte final do art. 197.

Art. 200. O direito de pleitear na esfera administrativa prescreverá:

I — em 5 (cinco) anos, quanto aos atos de que decorram demissão, cassação de aposentadoria, jubilação ou disponibilidade;

II — Em 120 (cento e vinte) dias, nos demais casos.

Art. 201. Os prazos de prescrição estabelecidos no artigo anterior contar-se-ão a partir da data de publicação, no órgão oficial, do ato impugnado, ou, quando este for de natureza reservada da data de ciência do interessado, a qual deverá constar do processo respectivo.

Art. 202. O pedido de reconsideração e o recurso, quando cabíveis, interrompem a prescrição uma vez.

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr pela metade do prazo da data do ato que a interrompeu ou do último ato ou do termo do respectivo processo.

Art. 203. As certidões sobre matéria de pessoal serão fornecidas pelo órgão de pessoal competente, de acordo com os elementos e registros existentes nos órgãos do Estado da Guanabara.

Art. 204. Ao funcionário interessado ou a seu representante legal é assegurado o direito de vista do processo administrativo, no órgão estadual competente, durante o horário de expediente.

TÍTULO IX

Do regime disciplinar

CAPÍTULO I

Da Acumulação

Art. 205. É vedada a acumulação de cargos, salvo:

I — De cargo de magistério secundário ou superior com o de Juiz;

II — De dois cargos de magistério ou de um de magistério com outro técnico ou científico, contanto que em qualquer dos casos haja correlação de matérias e compatibilidade de horário.

Art. 206. A proibição do artigo anterior estende-se à acumulação de cargos do Estado da Guanabara com os da União, dos demais Estados, dos Municípios, das autarquias, das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das fundações instituídas pelo Poder Público.

Art. 207. O funcionário não poderá exercer mais de uma função gratificada nem participar de mais de um órgão de deliberação coletiva.

Art. 208. Salvo o caso de aposentadoria por invalidez, é permitido ao funcionário aposentado, mesmo compulsoriamente, exercer cargo em co-

missão e participar de órgão de deliberação coletiva, desde que seja julgado apto em inspeção de saúde, que precederá sua posse, e respeitado, no tocante à participação em órgão de deliberação coletiva, o disposto no artigo anterior.

Parágrafo único. É vedado o exercício de função gratificada por funcionário aposentado.

Art. 209. Não se compreendem na proibição de acumular, nem estão sujeitas a quaisquer limites a percepção:

- a) conjunta, de pensões civis ou militares;
- b) de pensões com vencimento, remuneração ou salário;
- c) de pensões com proventos de disponibilidade, aposentadoria, jubilação ou reforma;
- d) de proventos resultantes de cargos legalmente acumuláveis;
- e) de proventos com vencimento ou remuneração, nos casos de acumulação legal.

Art. 210. Verificada, em processo administrativo, acumulação proibida, e provada boa-fé, o funcionário será obrigado a optar por um dos cargos.

Parágrafo único. Provada má-fé, o funcionário ficará sujeito às sanções disciplinares que couberem.

Art. 211. As acumulações serão objeto de estudo e parecer individuais por parte do órgão para esse fim criado.

CAPÍTULO II

Dos Deveres

Art. 212. São deveres do funcionário:

- I — Assiduidade;
- II — Pontualidade;
- III — Urbanidade;
- IV — Discrição;
- V — Lealdade e respeito às instituições constitucionais e administrativas a que servir;
- VI — Observância das normas legais e regulamentares;
- VII — Obediência às ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;
- VIII — Levar ao conhecimento de autoridade superior irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ou função;
- IX — zelar pela economia e conservação do material que lhe fôr confiado;
- X — Providenciar para que esteja sempre em ordem, no assentamento individual, sua declaração de família;
- XI — Atender prontamente às requisições para defesa da Fazenda Pública e à expedição de certidões para defesa de direito;
- XII — Guardar sigilo sobre a documentação e os assuntos de natureza reservada de que tenha conhecimento em razão do cargo ou função.

CAPÍTULO III

Das Proibições

Art. 213. Ao funcionário é proibido:

I — Exercer cumulativamente dois ou mais cargos ou funções públicas, salvo as exceções previstas em lei;

II — Referir-se de modo depreciativo em informação, parecer ou despacho, às autoridades e a atos da administração pública, federal ou estadual, podendo, porém, em trabalho assinado, criticá-los do ponto de vista doutrinário ou de organização de serviço;

III — Retirar, modificar ou substituir, sem prévia autorização da autoridade competente, qualquer documento de órgão estadual, com o fim de criar direito ou obrigação ou de alterar a verdade dos fatos.

IV — Valer-se do cargo para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade do cargo ou função;

V — Promover manifestação de aprêço ou desaprêço e fazer circular ou subscrever lista de donativo, no recinto do serviço;

VI — Coagir ou aliciar subordinados com objetivo de natureza partidária;

VII — Participar de diretoria, gerência, administração, conselho técnico ou administrativo de empresa ou sociedade:

a) Contratante ou concessionária de serviço público;

b) Fornecedora de equipamento ou material, de qualquer natureza ou espécie, a qualquer órgão estadual;

c) Cujas atividades se relacionem com a natureza do cargo ou função pública exercido.

VIII — Praticar a usura em qualquer de suas formas;

IX — Pleitear, como procurador ou intermediário, junto aos órgãos estaduais, salvo quando se tratar de percepção de vencimento, remuneração, provento ou vantagem de parente, consanguíneo ou afim, até o segundo grau civil;

X — Receber propinas, comissões, presentes ou vantagens de qualquer espécie em razão do cargo ou função;

XI — Revelar fato ou informação de natureza sigilosa de que tenha ciência em razão do cargo ou função, salvo quando se tratar de depoimento em processo judicial policial ou administrativo;

XII — Cometer a pessoa estranha ao serviço do Estado, salvo nos casos previstos em lei, o desempenho de encargo que lhe competir ou a seus subordinados;

XIII — Censurar, pela imprensa ou por qualquer outro órgão de divulgação pública, as autoridades constituídas, podendo, porém, fazê-lo em trabalhos assinados, apreciando atos dessas autoridades sob o ponto de vista doutrinário, com ânimo construtivo;

XIV — entreter-se nos locais e horas de trabalho, em palestras, leituras, ou outras atividades estranhas ao serviço;

XV — deixar de comparecer ao trabalho sem causa justificada;

XVI — atender pessoas estranhas ao serviço, no local do trabalho, para o trato de assuntos particulares;

XVII — empregar materiais e bens do Estado em serviço particular ou, sem autorização superior, retirar objetos de órgãos estaduais.

CAPÍTULO IV

Da Responsabilidade

Art. 214. Pelo exercício irregular de suas atribuições, o funcionário responde civil, penal e administrativamente.

Art. 215. A responsabilidade civil decorre de procedimento doloso ou culposo que importe em prejuízo da Fazenda Estadual ou de terceiros.

§ 1.º A indenização de prejuízo causado à Fazenda Estadual, no que exceder os limites da fiança, poderá ser liquidada mediante desconto em prestações mensais não excedentes da décima parte do vencimento ou remuneração, à falta de outros bens que respondam pela indenização.

§ 2.º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o funcionário perante a Fazenda Estadual em ação regressiva proposta depois de transitar em julgado a decisão de última instância que houver condenado a Fazenda a indenizar o terceiro prejudicado.

Art. 216. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputados ao funcionário nessa qualidade.

Art. 217. A responsabilidade administrativa resulta de atos praticados ou omissões ocorridas no desempenho do cargo ou função.

Art. 218. As cominações civis, penais e disciplinares poderão cumular-se, sendo umas e outras independentes entre si, bem assim as instâncias civil, penal e administrativa.

CAPÍTULO V

Das Penalidades

Art. 219. São penas disciplinares:

- I — Advertência;
- II — Repreensão;
- III — Suspensão;
- IV — Multa;
- V — Destituição de função;
- VI — Demissão;
- VII — Cassação de aposentadoria, jubilação ou disponibilidade.

Art. 220. Na aplicação das penas disciplinares serão consideradas a natureza e a gravidade da infração, os danos que dela provierem para o serviço público e os antecedentes funcionais do servidor.

Art. 221. Será punido o funcionário que, sem justa causa, deixar de submeter-se à inspeção médica determinada por autoridade competente.

Art. 222. A pena de repreensão será aplicada, por escrito, nos casos de desobediência ou falta de cumprimento dos deveres.

Art. 223. A pena de suspensão será aplicada nos casos de falta grave ou de reincidência e não poderá exceder de 90 (noventa) dias.

Parágrafo único. Quando houver conveniência para o serviço, a pena de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, obrigado neste caso o funcionário a permanecer no serviço.

Art. 224. A destituição de função terá por fundamento a falta de exação no cumprimento do dever.

Art. 225. A pena de demissão será aplicada nos casos de:

- I — crime contra a administração pública;
- II — crime comum praticado em detrimento de dever, inerente à função pública, quando de natureza grave, a critério da autoridade competente;
- III — abandono do cargo;
- IV — incompetência pública e escandalosa, vício de jogos proibidos e embriaguez habitual;
- V — insubordinação grave em serviço;
- VI — ofensa física em serviço contra funcionário ou particular, salvo em legítima defesa;
- VII — aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão dos cofres públicos ou dilapidação do patrimônio estadual;
- VIII — revelação de fato ou informação de natureza sigilosa que o funcionário conheça em razão do cargo;
- IX — corrupção passiva nos termos da lei penal;
- X — falta relacionada no art. 213, quando de natureza grave, a juízo da autoridade competente, e se comprovada má-fé.

§ 1.º Considera-se abandono do cargo a ausência ao serviço, sem justa causa, por 30 (trinta) dias consecutivos.

§ 2.º Será ainda demitido o funcionário que, durante o período de 12 (doze) meses, faltar ao serviço 60 (sessenta) dias interpoladamente, sem causa justificada.

§ 3.º Entender-se-á por ausência ao serviço com justa causa não sòmente aquela autorizada na forma da legislação vigente, como a que assim fôr considerada após a devida comprovação em inquérito administrativo, caso em que as faltas serão justificadas apenas para fins disciplinares.

Art. 226. O ato de demissão mencionará sempre a causa da penalidade.

Art. 227. Atenta a gravidade da falta, a demissão poderá ser aplicada com a nota “a bem do serviço público”, a qual constará sempre dos atos de demissão com fundamento nos itens I, VII e IX do art. 225 e, quando da infração resultar dano grave para o Estado, dos atos de demissão com fundamento no item VIII do art. 225.

Art. 228. São competentes para aplicação das penalidades disciplinares:

I — o Governador, em qualquer caso e, privativamente, nos casos de demissão e cassação de aposentadoria, jubilação ou disponibilidade;

II — os Secretários de Estado e demais chefes de órgãos diretamente subordinados ao Governador em todos os casos, salvo nos de competência privativa do Governador;

III — os chefes de unidades administrativas em geral no caso das penalidades de advertência, repreensão, suspensão até 30 (trinta) dias e multa correspondente.

§ 1.º A mesma autoridade que aplicar a penalidade, ou autoridade superior, poderá torná-la sem efeito.

§ 2.º A aplicação da pena de destituição de função caberá à autoridade que houver feito a designação do funcionário.

§ 3.º Nos casos dos itens II e III, sempre que a imposição de pena depender da instauração de processo administrativo, a competência para decidir é do Secretário de Estado de Administração.

Art. 229. Além da pena judicial que couber, serão considerados como de suspensão os dias em que o funcionário deixar de atender à convocação do júri e outros serviços obrigatórios por lei, sem motivo justificado.

Art. 230. Será cassada a aposentadoria, jubilação ou disponibilidade se ficar provado, em processo administrativo, que o aposentado, jubilado ou disponível:

I — praticou, quando ainda no exercício do cargo, falta grave suscetível de determinar demissão;

II — aceitou, ilegalmente, cargo ou função pública, provada a má-fé;

III — perdeu a nacionalidade brasileira;

§ 1.º Será cassada a disponibilidade ao funcionário que não assumir, no prazo legal, o exercício do cargo ou função em que fôr aproveitado.

§ 2.º A cassação da aposentadoria, jubilação ou disponibilidade será processada na forma do disposto no Capítulo I do Título X.

Art. 231. Prescreverá:

I — em dois anos, a falta sujeita às penas de advertência, repreensão, multa ou suspensão;

II — em cinco anos, a falta sujeita:

a) a pena de demissão ou destituição de função;

b) a cassação da aposentadoria, jubilação ou disponibilidade.

§ 1.º A falta também prevista como crime na lei penal prescreverá juntamente com este.

§ 2.º O curso da prescrição começa a fluir da data do evento punível disciplinarmente e se interrompe pela abertura de inquérito administrativo.

CAPÍTULO VI

Da Suspensão Preventiva

Art. 232. A suspensão preventiva até 30 (trinta) dias será ordenada pelas autoridades mencionadas no art. 228, desde que o afastamento do funcionário seja necessário para que este não venha a influir na apuração da falta.

§ 1.º A suspensão de que trata este artigo poderá ainda ser determinada pelo Secretário de Estado de Administração no ato de instauração de inquérito e estendida até 90 (noventa) dias, findos os quais cessarão automaticamente os efeitos da mesma, ainda que o inquérito não esteja concluído.

§ 2.º A suspensão preventiva é medida acautelatória e não constitui pena.

Art. 233. O funcionário terá direito:

I — à contagem do tempo de serviço relativo ao período em que tenha estado suspenso, quando do processo não houver resultado pena disciplinar ou esta se limitar a advertência ou repreensão;

II — à contagem do período de afastamento que exceder do prazo de suspensão disciplinar aplicada;

III — à contagem do período de suspensão preventiva e ao pagamento do vencimento ou remuneração e de todas as vantagens do exercício, desde que reconhecida a sua inocência.

TÍTULO X

Do processo administrativo e sua revisão

CAPÍTULO I

Do Processo Administrativo

Art. 234. A autoridade que tiver ciência de qualquer irregularidade no serviço público é obrigada a promover-lhe a apuração imediata, por meios sumários ou mediante processo administrativo, assegurando-se ao acusado ampla defesa.

§ 1.º O processo precederá a aplicação das penas de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, destituição de função, demissão e cassação de aposentadoria e de disponibilidade.

§ 2.º A determinação de abertura de inquérito é da competência do Secretário de Estado de Administração.

Art. 235. Promoverá o processo uma comissão designada pelo Secretário de Estado de Administração e composta de 3 (três) funcionários efetivos.

§ 1.º Do ato de designação constará a indicação do membro da comissão que deverá presidi-la.

§ 2.º A comissão será secretariada por um funcionário efetivo.

§ 3.º A comissão, sempre que necessário, dedicará todo o tempo do expediente aos trabalhos do inquérito.

Art. 236. O inquérito deverá estar concluído no prazo de 90 (noventa) dias, a contar do dia imediato ao da publicação, no órgão oficial, do ato de designação da comissão, prorrogáveis, sucessivamente, por períodos de 30 (trinta) dias, nos casos de força maior, a juízo do Secretário de Estado de Administração, até o máximo de 150 (cento e cinquenta) dias.

Parágrafo único. A não observância dêsses prazos não acarretará nulidade do processo, importando, porém, responsabilidade administrativa dos membros da comissão.

Art. 237. A comissão procederá a tôdas as diligências necessárias, recorrendo, inclusive, a técnicos e peritos.

Parágrafo único. Os órgãos estaduais atenderão, com a máxima presteza, às solicitações da comissão, devendo comunicar prontamente a impossibilidade de atendimento em caso de força maior.

Art. 238. O funcionário que fôr indiciado no curso do processo poderá, nos cinco dias posteriores à sua indicação, requerer nova inquirição das testemunhas cujos depoimentos o comprometam.

Art. 239. Ao lavrar o termo de ultimação da instrução a comissão, caso reconheça a existência de ilícito administrativo, indicará os nomes do indiciado ou indiciados e as disposições legais que entender transgredidas.

Art. 240. Após a lavratura do termo de ultimação da instrução, será feita, no prazo de 3 (três) dias, a citação do indiciado ou indiciados, para apresentação de defesa no prazo de 10 (dez) dias, facultada vista do processo ao indiciado durante todo êsse prazo, na dependência onde funcione a respectiva comissão.

§ 1.º Havendo dois ou mais indiciados, o prazo será comum e de 20 (vinte) dias.

§ 2.º Achando-se o indiciado em lugar incerto, será citado por edital, publicado no órgão oficial durante 15 (quinze) dias.

§ 3.º O prazo de defesa poderá ser prorrogado pelo dôbro, para diligências julgadas imprescindíveis.

Art. 241. No caso de revelia, será designado *ex officio*, pelo presidente da comissão, um funcionário efetivo para se incumbir da defesa do acusado.

Art. 242. Ultimada a defesa, a comissão remeterá o processo, através das instâncias competentes, ao Secretário de Estado de Administração, acompanhado de relatório, onde será aduzida tôda a matéria de fato e onde se concluirá pela inocência ou responsabilidade do acusado.

Parágrafo único. A comissão indicará as disposições legais que entender transgredidas e a pena que julga cabível, a fim de facilitar o julgamento do processo, sem que a autoridade julgadora fique obrigada ou vinculada a tais sugestões.

Art. 243. Recebido o processo, o Secretário de Estado de Administração proferirá o seu julgamento no prazo de 20 (vinte) dias, desde que a pena aplicável se enquadre entre aquelas de sua competência.

Parágrafo único. Verificado que a imposição da pena incumbe ao Governador, ser-lhe-á submetido, no prazo de 8 (oito) dias, o processo, para que o julgue nos 20 (vinte) dias seguintes ao seu recebimento.

Art. 244. Quando a autoridade encarregada de julgar o processo considerar que os fatos não foram apurados devidamente, designará nova comissão de inquérito.

Art. 245. Durante o curso do processo será permitida a intervenção do indiciado ou de seu defensor.

Parágrafo único. Se essa intervenção fôr requerida após o relatório, o seu deferimento se fará a juízo do Secretário de Estado de Administração, quando forem apresentados elementos ou provas capazes de alterar o pronunciamento da comissão.

Art. 246. Se o servidor houver sido afastado do exercício por alcance ou malversação de dinheiros públicos, êsse afastamento se prolongará até a decisão final do processo administrativo.

Art. 247. O funcionário só poderá ser exonerado a pedido após a conclusão do processo administrativo a que responder, do qual não resultar pena de demissão.

Art. 248. Quando se tratar de abandono de cargo ou função, a comissão de inquérito iniciará os seus trabalhos fazendo publicar, no órgão oficial, editais de chamada do acusado durante 10 (dez) dias.

CAPÍTULO II

Da Revisão

Art. 249. A qualquer tempo poderá ser requerida a revisão do processo administrativo de que haja resultado pena disciplinar, quando forem aduzidos fatos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do funcionário punido.

Parágrafo único. Tratando-se de funcionário falecido, desaparecido ou incapacitado de requerer, a revisão poderá ser solicitada por qualquer pessoa.

Art. 250. A revisão processar-se-á em apenso ao processo originário.

Art. 251. O requerimento, devidamente instruído, será encaminhado ao Governador, que decidirá sobre o pedido.

Parágrafo único. Deferida a revisão, o Governador designará comissão que dela se encarregará, composta de três funcionários estáveis.

Art. 252. Na inicial, o requerente pedirá dia e hora para inquirição das testemunhas que arrolar.

§ 1.º Será considerada informante a testemunha que, residindo fora da sede onde funciona a comissão, prestar depoimento por escrito.

§ 2.º Concluído o encargo da comissão, em prazo não excedente de 60 (sessenta) dias, será o processo, com o respectivo relatório, encaminhado, para julgamento, ao Governador.

§ 3.º O prazo para julgamento será de 30 (trinta) dias, podendo, antes a autoridade determinar diligências, concluídas as quais se renovará o prazo.

Art. 253. Julgada procedente a revisão, será tornada sem efeito a penalidade imposta, restabelecendo-se todos os direitos por ela atingidos.

TÍTULO XI

Disposições Finais

Art. 254. O Poder Executivo expedirá os atos complementares necessários à plena execução das disposições da presente Lei.

Parágrafo único. Até que sejam expedidos os atos de que trata este artigo, continuará em vigor a regulamentação existente, excluídas as disposições que conflitem com as da presente Lei, modifiquem-nas ou, de qualquer forma, impeçam o seu integral cumprimento.

Art. 255. O dia 28 de outubro será consagrado ao Servidor Público do Estado da Guanabara.

Art. 256. Consideram-se pertencentes à família do funcionário, além do cônjuge e filhos, quaisquer pessoas que comprovadamente vivam a suas expensas e constem de seu assentamento individual.

Art. 257. Os prazos previstos nesta Lei e na sua regulamentação serão contados por dias corridos.

Parágrafo único. Não se computará no prazo o dia inicial, prorrogando-se o vencimento que incidir em domingo ou feriado, para o primeiro dia útil seguinte.

Art. 258. Poderá haver regime de tempo integral nos casos previstos em lei.

Art. 259. Salvo nos casos de atos de provimento de cargos ou funções, de promoção, de exoneração ou de punição, poderá haver delegação de competência.

Art. 260. É vedado ao funcionário e ao contratado servir sob a direção imediata do cônjuge ou parente até segundo grau, salvo em função de confiança ou livre escolha, não podendo, neste caso, exceder de 2 (dois) o seu número.

Art. 261. Função de jornalista profissional é compatível com a de servidor público, desde que este não exerça aquela atividade na repartição onde trabalha e não incida em acumulação vedada.

Art. 262. É proibida a percepção, por funcionários estaduais regidos por legislação especial, de vantagens financeiras previstas nesta Lei, quando, por força do regime especial a que se acham sujeitos, fizerem jus a vantagens com a mesma finalidade, ressalvado o caso de acumulação legal de vencimentos devidamente comprovada.

Art. 263. São isentos de quaisquer selos as certidões e outros documentos que se relacionem com a vida funcional do servidor.

Art. 264. Por motivo de convicção filosófica, religiosa ou política nenhum servidor poderá ser privado de qualquer de seus direitos nem sofrer alteração em sua atividade funcional.

Art. 265. O Governador determinará, quando não discriminado em lei ou regulamento, o número de horas diárias de trabalho das repartições estaduais e das várias categorias de funcionários.

Art. 266. Nos dias úteis, só por determinação do Governador poderão deixar de funcionar as repartições públicas estaduais ou ser suspenso o expediente.

Art. 267. A situação do pessoal temporário não confere direito, nem expectativa de direito de efetivação no serviço público estadual, somente admitido o ingresso desse pessoal no quadro de funcionários efetivos me-

diante nomeação resultante de habilitação e classificação em processo de seleção ou concurso, realizado nos precisos termos dêste Estatuto.

Art. 268. O funcionário candidato a cargo eletivo, desde que exerça cargo de direção ou de chefia, ou encargo de fiscalização ou de arrecadação, será afastado do exercício, a partir da data em que fôr inscrito perante a Justiça Eleitoral até o dia seguinte ao do Pleito.

Parágrafo único. Durante o afastamento configurado neste artigo o funcionário perceberá exclusivamente o vencimento do seu cargo efetivo.

Art. 269. Com a finalidade de elevar a produtividade dos servidores e ajustá-los às suas tarefas e ao seu meio de trabalho, o Estado promoverá o treinamento necessário, na forma da regulamentação própria.

Art. 270. Mediante seleção e concurso adequados, poderão ser admitidos funcionários de capacidade física reduzida, para cargos especificados em lei e regulamento.

Art. 271. Os candidatos a concursos para cargo público que, incorporados à Fôrça Expedicionária Brasileira, atuaram na Itália, ou que serviram em patrulhamento e comboios de guerra, terão preferência para nomeação, em igualdade de condições com os demais candidatos.

Parágrafo único. O pessoal de que trata êste artigo não estará sujeito a limite de idade para inscrição em concurso.

Art. 272. Computar-se-á, para todos os efeitos, o tempo de serviço prestado à União pelos servidores que ingressaram no quadro de pessoal do Estado em virtude de lei, por fôrça de transferência do respectivo serviço para o Estado da Guanabara.

Art. 273. O regime desta lei é extensivo, no que couber, aos servidores da Assembléia Legislativa, do Tribunal de Justiça, do Tribunal de Contas, do Ministério Público e das autarquias do Estado da Guanabara.

Art. 274. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições legais em contrário, ficando sem efeito, (vetado), a seguinte legislação: art. 10 da Lei n.º 568, de 15 de janeiro de 1951; artigo 8.º da Lei n.º 760, de 16 de dezembro de 1952; Lei n.º 880, de 17 de novembro de 1956; § 3.º do art. 15 da Lei n.º 14, de 24 de outubro de 1960; § 1.º e § 2.º do art. 1.º da Lei n.º 276, de 28 de dezembro de 1962; Lei n.º 329, de 28 de janeiro de 1963; Lei n.º 423, de 27 de novembro de 1963; item V do art. 67, § 1.º do art. 68, parágrafo único do art. 69, artigos 72, 73, 74, 75, 77 e seu parágrafo único e art. 82 e seu parágrafo único da Lei n.º 561, de 4 de agosto de 1964; Lei n.º 824, de 30 de agosto de 1965; Lei n.º 872, de 14 de dezembro de 1965; e Lei n.º 889, de 29 de dezembro de 1965.

§ 1.º Os direitos ou expectativas de direitos a vencimentos, remunerações ou vantagens de qualquer espécie ou natureza atribuídos anteriormente à vigência desta lei, com base em pressupostos por ela não estabelecidos em idênticas circunstâncias, e que não foram expressamente mantidos ou assegurados em seus dispositivos, são declarados revogados (vetado).

§ 2.º Fica mantida a contagem de tempo de serviço feita com base na Lei n.º 802, de 26 de maio de 1965, até a data da vigência da presente lei.

Rio de Janeiro, 12 de dezembro de 1966; 78.º da República e 7.º do Estado da Guanabara.

FRANCISCO NEGRÃO DE LIMA

DECRETO “N” N.º 1.031, DE 22-3-1968

Regula a expedição de certidões e dispõe sobre requisição de processos administrativos.

O Governador do Estado da Guanabara, no uso de suas atribuições, decreta:

CAPÍTULO I

Das Certidões

Art. 1.º É assegurada a expedição de certidões de atos ou peças de processos administrativos, requeridos para defesa de direito próprio ou de terceiro, ou para esclarecimento de situações, nos termos da Constituição Federal.

Art. 2.º Do requerimento, deverão constar expressamente:

I — dados de identificação e qualificação de requerente — (nome — nacionalidade — estado civil — endereço — número da carteira de identidade e repartição expedidora);

II — a finalidade específica a que se destina a certidão, não bastando as declarações genéricas tais como “fins de direito”, — “defesa de direitos” ou “esclarecimento de situações”.

§ 1.º Quando a finalidade da certidão fôr instruir processo judicial, deverão ser mencionados, sem equívocos, o direito em questão, o tipo de ação, os nomes das partes e o respectivo juízo, se a ação já tiver sido proposta.

§ 2.º Se o requerimento for assinado por procurador, deverá ser junto o competente instrumento de procuração.

Art. 3.º A competência para decidir sobre pedidos de certidões, sem prejuízo do disposto no art. 6.º do presente Decreto, cabe, nos processos de sua respectiva alçada, aos Secretários de Estado e Presidentes dos órgãos a elas diretamente subordinados.

Art. 4.º A certidão deverá ser expedida, sem maiores formalidades ou delongas, assim que pagos os emolumentos ou tributos devidos.

Parágrafo único. Indeferir-se-á o pedido de certidão, se:

I — o requerimento não tiver interesse legítimo no processo ou que este interesse dêle não possa defluir;

II — o pedido representar mero questionário, de caráter opinativo, sem apoio em elementos constantes de processo ou de arquivos públicos;

III — a matéria a certificar se referir:

a) a assunto cuja divulgação afete a segurança pública ou prejudique interesse público relevante;

b) a pareceres ou informações, salvo se a decisão a certificar aos aos mesmos se reporte;

c) a processo ainda sem decisão final pela administração, salvo se a matéria a certificar fôr esta inexistência de decisão.

Art. 5.º Deverá ser solicitado o pronunciamento da Procuradoria-Geral do Estado:

I — se a autoridade competente para autorizar a certidão tiver dúvidas sobre o requerimento, os documentos que o instruírem ou sobre a maneira de atendê-lo;

II — no caso de certidões para prova em Juízo, se o Estado fôr parte na ação em curso ou a ser proposta;

III — nos pedidos de certidões formulados pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Nas hipóteses previstas nos itens II e III, ao encaminhar o processo, a autoridade deverá instruí-lo previamente com a minuta da certidão a ser expedida.

Art. 6.º A prova relativa a funcionário, sua vida funcional, seu exercício, deveres, responsabilidades, atribuições e condições peculiares ao seu cargo ou à sua função, será feita por certidão que reproduza elementos e registros constantes de órgãos do Estado e expedida exclusivamente pelo Departamento do Pessoal da Secretaria de Administração.

Art. 7.º Todas as certidões expedidas pela Secretaria de Finanças e relativas a inscrição fiscal de imóveis deverão obrigatoriamente incluir, como *Observação*, a seguinte ressalva: "A presente certidão não tem valor para o fim previsto pelo parágrafo único do art. 285 do Decreto Federal número 4.857, de 9-11-939 (averbação no Registro de Imóveis)".

Art. 8.º De qualquer certidão expedida deverá sempre ficar no processo uma cópia a carbono, autenticada pela autoridade que houver firmado o original.

CAPÍTULO II

Das Requisições de Processos

Art. 9.º Somente quando formuladas com base em expresse dispositivo legal é que poderão ser atendidas requisições de processos administrativos, formuladas por autoridade não integrantes da administração estadual (Poder Executivo).

§ 1.º — Em qualquer caso, os processos administrativos requisitados, inclusive aqueles que o forem por Juizes da Fazenda Pública, de acordo com a Lei Federal n.º 94, de 16-9-47, somente poderão ser encaminhados às autoridades requisitantes através da Procuradoria-Geral do Estado.

§ 2.º A entrega do processo deverá ser feita pela Procuradoria-Geral do Estado, com as cautelas de estilo, especialmente recibo discriminando o número de páginas do processo de documentos anexos.

Art. 10. Deverão ser atendidas com prioridade e máxima urgência as requisições formuladas pela Procuradoria-Geral do Estado, de processo administrativos necessários para instruir pronunciamentos administrativos ou judiciais daquele órgão.

Art. 11. O presente Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, GB, 22 de março de 1968 — 80.º da República e 9.º do Estado da Guanabara.

FRANCISCO NEGRÃO DE LIMA

Alvaro Americano

Armando Salgado Mascarenhas Gonzaga da Gama Filho

Márcio Mello Franco Alves

Humberto Leopoldo Magnavita Braga

Cotrim Neto

Raymundo de Paula Soares

Hildebrando Monteiro Marinho

Dario Coelho

Milton Mendes Gonçalves

Victor de Oliveira Pinheiro

Levy de Miranda Neves

Augusto do Amaral Peixoto

DECRETO "N" N.º 1.125 — DE 10 DE SETEMBRO DE 1968

Acrescenta dispositivo do Decreto "N" n.º 1.031, de 22 de março de 1968, que regula a expedição de certidões e dispõe sobre requisição de processos administrativos.

O Governador do Estado da Guanabara, no uso de suas atribuições legais, e considerando que o art. 3.º do Decreto "N" n.º 1.031, de 22 de março de 1968, estabelece que a competência para decidir sobre pedidos de certidões cabe, nos processos de sua respectiva alçada, aos Secretários de Estado e Presidentes de Autarquias e aos dirigentes dos órgãos a elas diretamente subordinados;

Considerando, porém, que o art. 47, § 9.º, da Constituição do Estado da Guanabara faculta aos Secretários de Estado, mediante ato expresso a prévia autorização do Governador, delegar competência a Diretores para a pratica de atos de administração;

Considerando, ainda, que as certidões expedidas pela Secretaria de Finanças são em número bastante elevado e que, na maioria dos casos, se revestem de caráter de urgência, de vez que se destinam a lavraturas de escrituras, expedição de formais de partilhas, cartas de adjudicação e de arrematação e instrução de inventários, e que, sendo assim é impraticável e desaconselhável que se submetam todos os pedidos à consideração do Secretário de Estado de Finanças;

Considerando, por fim, que tais certidões são informadas em impressos fornecidos pelas próprias partes interessadas, não constituindo processo, e que, para maior rapidez de sua expedição, é aconselhável que se mantenha o sistema, decreta:

Art. 1.º Ao art. 3.º do Decreto “N” n.º 1.031, de 2 de março de 1968, é acrescentado o seguinte parágrafo:

“Art. 3.º,.....

Parágrafo único. Fica o Secretário de Estado de Finanças autorizado a delegar competência aos Diretores dos Departamentos para decidirem sobre pedidos de certidões, em assuntos das esferas respectivas”.

Art. 2.º Ao art. 8.º do Decreto “N” n.º 1.031, de 22 de março de 1968, e acrescentado o seguinte parágrafo

“Art. 8.º,.....

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às certidões de quitação expedidas pela Secretaria de Finanças, fornecidas em impressos próprios e que não constituem processo”.

Art. 3.º O presente decreto entrará em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 10 de setembro de 1968; 80.º da República e 9.º do Estado da Guanabara.

FRANCISCO NEGRÃO DE LIMA
Althemar Dutra de Castilho

ÍNDICE DE AUTORES

	Págs.
ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim — Natureza Jurídica do Estado Epi- -Atmosférico	57
BRAGA, Leopoldo — Direito Penal Internacional	6
CAVALCANTI, Gilberto Povina — O Loteamento no Direito Brasileiro.	98
CUNHA, Fernando Whitaker da — O Estado-Órgão	89
DEL VECCHIO, Giorgio — Perenidade do Direito	3
DOURADO, Luiz Ângelo — Climatologia e Criminalidade	95
DOYLE, Martinho da Rocha — 1) — A questão: Ação penal sôbre in- quérito desarquivado — Acórdãos do Supremo Tribunal Fede- ral e votos dos Ministros Hermes Lima, Nunes Leal, Ri- beiro da Costa, Hahnemann Guimarães e Gonçalves de Oli- veira. 2) — Pensamento anterior, dos Ministros Orosimbo Nonato e Pedro Chaves. 3) — Viabilidade do desarquivamen- to: o ponto no então Tribunal de Justiça do Estado da Gua- nabara: votos dos desembargadores Eurico Paixão, Didier Filho e Murtinho Pinheiro. 4) — A questão no Tribunal de Justiça de S. Paulo e no Tribunal de Alcada — divergên- cias. 5) — Na doutrina: Vicente de Azevedo e Walter Aco- sta. 6) — Os arts. 18 e 28 do Código de Processo Penal. A opinião de Serrano Neves. 7) — Outros textos legais: O Código de Organização Judiciária do Distrito Federal — hoje Estado da Guanabara; o Código do Ministério Pú- blico de Minas Gerais; o Código do Ministério Público do Es- tado da Guanabara. 8) — O poder de correição da Procura- doria-Geral: vigilância; fiscalização da aplicação da lei. A lição de Crisólito de Gusmão. 9) — O desarquivamento e o princípio da indisponibilidade da ação penal pública. Os arts. 5.º, 6.º, 17, 40, 25, 42 e 576 do Código de Processo Penal. 10) — O art. 29 do Código: Ação subsidiária negada: acórdão do Supremo, com relatório do Ministro Evandro Lins. A questão na 1.ª Conferência de Desembargadores. 11) — Os direitos do indiciado no inquérito e com o arquivamento. Con- clusões	134
EBOLI, Carlos de Mello — Valor Probante das Fotocópias, Cópias Fotostáticas e das Réplicas Xerográficas	186
FERRAZ, Sérgio — O artigo 86 da Lei 4.215: sua inconstitucional- idade	179
FERREIRA, Sérgio de Andréa — O Estado e o Juízo Arbitral	47
— M. Seabra Fagundes — O contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário — Forense, Rio, 4.ª edição (atualizada), 1967	211
— Ministério Público Federal e Estadual: Organização e Atri- buições	167
FIGUEIREDO, Rubem Maximiano — Desembargador André Faria Pe- reira. Dados biográficos	209

GUEDES, Jorge — Esquartejamento. Doença mental — Responsabilidade penal	117
GUERRA, J. B. Cordeiro — Comentário ao parecer de autoria de Romão Côrtes de Lacerda	105
GUSMÃO, Paulo Dourado de — Direito Autoral	43
LACERDA, J. C. Sampaio de — O Direito Comercial: Base da Estrutura Jurídica e Econômica da Comunidade Internacional....	80
LACERDA, Romão Côrtes de — Dolo eventual. Culpa consciente, culpa grave e dolo eventual	105
LIMA, Carlos Octávio da Veiga — Cláusulas de Incomunicabilidade e Impenhorabilidade — Interpretação	184
MONTE, Roberval Clementino Costa do — Inadmissibilidade do recurso. Inocorrência da argüida negação de vigência a textos legais e ao art. 150, § 3.º, da Constituição do Brasil, porém, sua razoável interpretação, ao abrigo do Registro 400, da Súmula. Dissídio jurisprudencial também inexistente: hipóteses diversas ou calcadas em outras razões (Registros 283 e 284, da Súmula), sendo inaplicável ao caso epigrafiado o Registro n.º 416, da Súmula, que se refere a ação de desapropriação finda	126
ROMEIRO, Jorge Alberto — Revisão Criminal: Enobrecimento da Magistratura	71
TOSCANO, Custódio — Regime de bens de sírios casados, na Síria, na Igreja dos Melkitas Católicos Orientais é o da comunhão...	129
VALLADÃO, Haroldo — Pirataria aérea — I) — Captura ilícita das aeronaves em vôo. II) — Delito novo, freqüente e muito grave. III) — Primeira classificação: pirataria. IV) — Definição internacional de pirataria, somente para dar aos Estados direitos de polícia e de jurisdição sobre os piratas em alto-mar. V) — Definição internacional evoluída, para abranger a pirataria aérea, embora ainda restrita. VI) — Definição das leis internas, mais ampla, próxima ao caso da captura das aeronaves em vôo. VII) — Falta de atualização das convenções internacionais e dos textos internos sobre a matéria em causa. VIII) — Lei dos Estados Unidos de 1961. IX) — Convenção de Tóquio de 1963. X) — Criação de um novo delito internacional. XI) — Denominação e definição do novo delito.	34
WALD, Arnaldo — A aplicação imediata da lei nova significa que os prazos nela estabelecidos se aplicam, desde logo, a todas as relações jurídicas sobre as quais incide. A lei, destinando-se ao futuro, não pode alcançar situações pretéritas. Quanto aos prazos prescricionais que, pela aplicação da lei antiga, terminariam mais cedo do que lhes aplicando a lei nova, é admissível, como norma transitória, a aplicação da lei anterior, atendendo-se ao espírito da nova legislação que pretendeu reduzir e não ampliar os prazos	108

ÍNDICE DE ASSUNTOS

	Págs.
BENS:	
— Regime de bens de sírios casados, na Síria, na Igreja dos Melkitas Católicos Orientais é o da comunhão (de Custódio Toscano)	129
BIBLIOGRAFIA	211
CHEQUE:	
— Fraude no pagamento por meio de cheque. Cheque pós-datado. Tal circunstância desnatura o cheque e não permite se configure o crime do art. 171, § 2.º, n.º VI, do Código Penal. <i>Habeas corpus</i> concedido	143
— Cheque sem provisão de fundos. Crime de dano. O seu momento consumativo é o da recusa do pagamento pelo sacado. Valor exegético da rubrica do art. 171, § 2.º, n.º VI, do Código Penal. Conflito de jurisdição julgado procedente para declarar a competência do Juízo onde se constatou a falta de provisão de fundos do cheque emitido	143
— Cheque. Não tendo sido dado como ordem de pagamento à vista, mas como garantia de dívida, para desconto futuro, não configura o crime previsto no art. 171, § 2.º, n.º VI, do Código Penal. <i>Habeas corpus</i> concedido	150
— Cheque sem fundos — Pequeno valor. Réu tecnicamente primário. Estatísticas alarmantes e tendência para sujeitar o fato a sanções administrativas e não penais. Ausência de justa causa para a condenação. <i>Habeas corpus</i> concedido	154
— Cheque sem fundos. Presunção de ter sido emitido em sua função legal. Cabe à defesa providenciar a prova do desvio de finalidade no uso do cheque	155
— O pagamento do valor do cheque, antes do oferecimento da denúncia, desautoriza a condenação por crime previsto no art. 171, § 2.º, n.º VI, do Código Penal. Reiteração de critério jurisprudencial. Provimento do recurso	157
— 1) — Cheque sem fundos. Ressarcimento do prejuízo. Inexistência de justa causa para o procedimento criminal. 2) — <i>Habeas corpus</i> concedido	158
— <i>Habeas corpus</i> — 1) — Pena. Individualização. Atendimento das circunstâncias do art. 42 do Código Penal para a graduação da pena extraída do conjunto da fundamentação da sentença. Pena-base: desnecessário sua fixação expressa, quando não haja agravantes ou atenuantes legais que o alterem. 2) — Cheque sem fundos — Não há identidade jurídica entre emissão e endosso, sendo inadmissível sua equiparação, para efeitos penais, sob pena de atentar-se contra	

	Págs.
o princípio da reserva legal. 3) — Concurso de pessoas, na emissão do cheque sem fundos. Hipótese do crime de estelionato <i>caput</i> do art. 171 do Código Penal. Matéria de prova insuscetível de ser dirimida em <i>habeas corpus</i> . Recurso não provido	159
— O paciente não auferiu vantagem ilícita com a emissão do cheque, que foi pago	161
— Estelionato. Cheque sem fundos pago antes da denúncia. Inexistência de fraude. <i>Habeas corpus</i> concedido	162
— 1) — Cheque sem fundos. Competência do Juízo do domicílio do banco sacado. 2) — Precedentes do S.T.F.: Cj. 2784, HC. 41.001, RHC. 41.993, Cj. 2.845, HC. 42.112, Cj. 3.000, RHC. 43.194, Cj. 3.148, RHC. 44.229	163
— Cheque sem fundos. Resgate após a denúncia. Valor apreciável. <i>Habeas corpus</i> denegado (HC. 44.746, 24-4-67)	164
— Cheque sem fundos — Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos (Súmula 246). <i>Habeas corpus</i> concedido	165
— Os cheques foram pagos antes do oferecimento da denúncia.	166
CONSTITUCIONALIDADE:	
— O art. 86 da Lei n.º 4.215: sua inconstitucionalidade (de Sérgio Ferraz)	179
CRIMINALIDADE E CLIMATOLOGIA:	
— (de Luiz Ângelo Dourado)	95
DESEMBARGADOR ANDRÉ DE FARIA PEREIRA:	
— Dados biográficos (de Rubem Maximiano Figueiredo)	209
DIREITO:	
— Perenidade do (de Giorgio Del Vecchio)	3
DIREITO AUTORAL:	
— (de Paulo Dourado de Gusmão)	43
DIREITO COMERCIAL:	
— Base da Estrutura Jurídica e Econômica da Comunidade Internacional (de J. C. Sampaio de Lacerda)	80
DIREITO PENAL INTERNACIONAL:	
— (de Leopoldo Braga)	6
DOLO EVENTUAL:	
— Culpa consciente, culpa grave e dolo eventual (de Romão Côrtes de Lacerda, com comentário de J. B. Cordeiro Guerra)	105
ESPAÇO EPI-ATMOSFÉRICO:	
— Natureza Jurídica do (de Luiz Ivani de Amorim Araújo).	57
ESTADO:	
— e o Juízo Arbitral (de Sergio de Andréa Ferreira)	47
— O Estado-Órgão (de Fernando Whitaker da Cunha)	89

FOTOCÓPIAS:	Págs.
— Valor Probante das Fotocópias, Cópias Fotostáticas e das Réplicas Xerográficas (de Carlos de Mello Eboli)	186
INCOMUNICABILIDADE E IMPENHORABILIDADE:	
— Cláusulas de — Interpretação (de Carlos Octávio da Veiga Lima)	184
INQUÉRITO DESARQUIVADO:	
— 1) — A questão: ação penal sobre inquérito desarquivado — Acórdão do Supremo Tribunal Federal e votos dos Ministros Hermes Lima, Nunes Leal, Ribeiro da Costa, Hahnemann Guimarães e Gonçalves de Oliveira. 2) — Pensamento anterior, dos Ministros Orosimbo Nonato e Pedro Chaves. 3) — Viabilidade do desarquivamento: o ponto no então Tribunal de Justiça do Distrito Federal e no atual Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara: votos dos desembargadores Eurico Paixão, Didier Filho e Murtinho Pinheiro. 4) — A questão no Tribunal de Justiça de São Paulo e no Tribunal de Alçada — divergências. 5) — Na doutrina: Vicente de Azevedo e Walter Acosta. 6) — Os arts. 18 e 28 do Código de Processo Penal. A opinião de Serrano Neves. 7) — Outros textos legais: O Código de Organização Judiciária do Distrito Federal — hoje do Estado da Guanabara, o Código do Ministério Público de Minas Gerais; o Código do Ministério Público do Estado da Guanabara. 8) — O poder de correição da Procuradoria Geral: vigilância; fiscalização da aplicação da lei. A lição de Crisólito de Gusmão. 9) — O desarquivamento e o princípio da indisponibilidade da ação penal pública. Os arts. 5.º, 6.º, 17, 40, 25, 42 e 576 do Código de Processo Penal. 10) — O art. 29 do Código: ação subsidiária negada: acórdão do Supremo com relatório do Ministro Evandro Lins. A questão na 1.ª Conferência de Desembargadores. 11) — Os direitos do indiciado no inquérito e com o arquivamento. Conclusões (de Martinho da Rocha Doyle)	134
LEGISLAÇÃO	215
LOTEAMENTO:	
— no Direito Brasileiro (de Gilberto Povina Cavalcanti)	98
MINISTÉRIO PÚBLICO:	
— Federal e Estadual: Organização e atribuições (de Sergio de Andréa Ferreira)	167
PIRATARIA AÉREA:	
— I — Captura ilícita das aeronaves em vôo. II — Delito nôvo, freqüente e muito grave. III — Primeira classificação: pirataria. IV — Definição internacional de pirataria, somente para dar aos Estados direitos de polícia e de jurisdição sobre os piratas em alto-mar. V — Definição internacional evoluída, para abranger a pirataria aérea, embora ainda restrita. VI — Definição das Leis internas, mais amplas, próxima ao caso da captura das aeronaves em vôo. VII — Falta de atualiza-	

ção das convenções internacionais e dos textos internos sobre a matéria em causa. VIII — Leis dos Estados Unidos de 1961. IX — Convenção de Tóquio de 1963. X — Criação de um novo delito internacional. XI — Denominação e definição do novo delito (de Haroldo Valladão)

34

PRAZOS:

— A aplicação imediata da lei nova significa que os prazos nela estabelecidos se aplicam, desde logo, a todas as relações jurídicas sobre as quais incide. A lei, destinando-se ao futuro, não pode alcançar situações pretéritas. Quanto aos prazos prescricionais que, pela aplicação da lei antiga, terminariam mais cedo do que lhes aplicando a lei nova, é admissível, como norma transitória, a aplicação da lei anterior, atendendo-se ao espírito da nova legislação que pretendeu reduzir, e não ampliar, os prazos (de Arnoldo Wald)

108

RESPONSABILIDADE PENAL:

— Esquartejamento. Doença mental (de Jorge Guedes)

117

REVISTAS EM REVISTA

212

REVISÃO CRIMINAL:

— Enobrecimento da Magistratura (de Jorge Alberto Romeiro)

71

VIGÊNCIAS DE TEXTOS LEGAIS:

— Inadmissibilidade do recurso. Inocorrência da argüida negação de vigência a textos legais e ao art. 150, § 3.º, da Constituição do Brasil, porém, sua razoável interpretação, ao abrigo do Registro 400, da Súmula. Dissídio jurisprudencial também inexistente: hipóteses diversas ou calcadas em outras razões (Registros 283 e 284, da Súmula), sendo inaplicável ao caso epigrafiado o Registro n.º 416, da Súmula, que se refere a ação de desapropriação finda (de Roberval Clementino Costa do Monte)

126

