

**REVISTA**

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

**7**

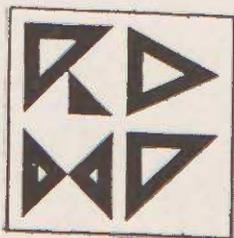


**1969**

*Órgão do Ministério Público do Estado da Guanabara*

Esta revista pertence  
ao acervo da

Revista de Direito





# **REVISTA DE DIREITO**

DO

**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA GUANABARA**  
(Decreto "E" n.º 1.174, de 2 de agosto de 1966)

---

**ANO III — N.º 7 — JANEIRO-ABRIL — VOL. 7 — 1969**

---

Governador do Estado.

FRANCISCO NEGRÃO DE LIMA

Procurador-Geral da Justiça

LEOPOLDO BRAGA

Diretor

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

Secretário

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

**Comissão de Redação:** Clóvis Paulo da Rocha, Lúcio Marques de Souza, Jorge Guedes, Raphael Cirigliano Filho e Simão Isaac Benjó.

---

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente  
de seus autores

Pede-se permuta

On demande l'échange

We ask for exchange

---

**Redação e Administração:** — Av. Nilo Peçanha, 12, 2.º andar,  
Sala 208, para onde deve ser di-  
rigida toda correspondência.

# MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA GUANABARA

## PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA

### Procurador-Geral da Justiça

LEOPOLDO BRAGA

### PROCURADORES DA JUSTIÇA

Alcécio Dardeau de Carvalho  
Amaro Cavalcanti Linhares  
Antônio Augusto de Vasconcellos Netto  
Antônio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque Júnior  
Arnaldo Rodrigues Duarte  
Arnóbio Tenório Wanderley  
Caetano Pinto de Miranda Montenegro Netto  
Celso de Barros Franco  
Clóvis Paulo da Rocha  
Emerson Luiz de Lima

Hermano Odilon dos Anjos  
(Assistente do Procurador-Geral)  
Hermenegildo de Barros Filho  
João Baptista Cordeiro Guerra  
Joaquim Alfredo Ribeiro Mariano  
José Francisco de Oliveira Diniz  
Lúcio Marques de Souza  
Maurício Parreiras Horta  
Newton Marques Cruz  
Paulo Chermont de Araújo  
Paulo Dourado de Gusmão (Diretor da Revista de Direito)

### CURADORES

#### CURADORES DE ACIDENTES DO TRABALHO

Alberto de Almeida e Albuquerque  
Eugênio de Vasconcelos Sigaud  
Jorge Guedes

Plácido Eduardo de Sá Carvalho  
Raphael Cirigliano Filho  
Ruy Arantes Antunes

#### CURADORES DE AUSENTES

José Vicente Ferreira  
José Vicente Pereira

Mário Tobias Figueira de Mello  
(Diretor da Secretaria)  
Nerval Cardoso

#### CURADORES DE FAMÍLIA

Álvaro Duncan Ferreira Pinto  
Joel Ferreira Dias  
Maurílio Bruno de Oliveira Firmo  
Regina Maria Correia Parizot

Roberval Clementino Costa do Monte  
(Assistente do Procurador-Geral)  
Silvério Pereira da Costa

## CURADORES DE MASSAS FALIDAS

Amílcar Furtado de Vasconcelos  
Jefferson Machado de Góes Soares

Joaquim Corrêa Marques Filho  
Sebastião Ernani Salviano

## CURADORES DE MENORES

Nelson Pecegueiro 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  
Fernando José Pessoa da Silva  
Helcio Baptista de Paula  
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  
Luiz Fernando Cardoso de Gusmão  
Mário de Carvalho Pereira  
Mário Portugal Fernandes Pinheiro  
Mariza Clotilde Vilela Perigault  
Martinho da Rocha Doyle  
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 Rossa  
Antônio Francisco Feteira Gonçalves  
Carlos Eduardo Bernardi Montauray Pimenta  
Carlos de Mello Pôrto  
Carlos Alberto Ponzo  
Edgardo Tenório  
Heitor Pedrosa Filho  
Humberto Paschoal Perri  
Luiz Brandão Gatti  
Luiz Carlos Couto Maciel  
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 Assistência Judiciária e Secretário da Revista de Direito)  
Sergio Demoro Hamilton  
Severino Alves Moreira  
Simão Isaac Benjô  
Wilson Cavalcante de Farias

## DEFENSORES PÚBLICOS

Adolpho Lerner	Luiz Gonzaga de Noronha Luz Neto
Ana Laura Bittencourt Kayser	Luiz Roldão de Freitas Gomes
Ângelo Moreira Gliöche	Luiz Sérgio Wigderowitz
Antônio Paiva Filho	Manoel Carpena Amorim
Arion Sayão Romita	Mário Slerca Júnior
Assy Mirza Abraham	Nader Couri Raad
Carlos Augusto Vianna de Albuquerque	Otto Frederico Campean
Celso Fernando de Barros	Oziel Esmeriz Miranda
David Milech	Pedro Nogueira Fontoura
Gastão Lobão da Costa Araújo	Renato Pereira França
Guy Benigno Brasil	Roberto Mendonça de Andrade
Hamilton Carvalhido	Rodolpho Carmello Ceglia
Hélio da Veiga Sarmiento Osório	Rosa Déa Veiga da Silva
Homero das Neves Freitas	Ruth Sarah Hirschfeldt
Ivan Rezende Pereira Leal	Salua Bunahum
Jacyr Villar de Oliveira	Sérgio Castanheira
João Marcelo de Araújo Júnior	Sylvio Tito de Carvalho Coelho
Jocymar Dias de Azevedo	Télius Alonso Avelino Memória
José Carlos da Cruz Ribeiro	Valneide Serrão Vieira
Juary Silva	Vera de Souza Leite
Lafredo Lisboa Vieira Lopes	Waldy Genuíno de Oliveira

## CONSELHO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Leopoldo Braga	SUPLENTES
Hermenegildo de Barros Filho	Antônio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque Junior
Arnóbio Tenório Wanderley	João Baptista Cordeiro Guerra
Raphael Cirigliano Filho	Carlos Maximiliano Neto
Fernando José Pessoa da Silva	Jacyr Villar de Oliveira



### TERCEIRO ANO DA R D M P

Ao completar três anos de existência, temos, com a alegria do dever cumprido, a satisfação de vê-la bem recebida pelos que se dedicam aos problemas jurídicos. Tínhamos receio, no princípio, pela sorte dela, em um campo em que outras, mais antigas, já estavam consagradas. Por isso, esforçamo-nos para torná-la uma revista diferente, e não apenas uma nova revista em um terreno muito explorado. Mantivêmo-la, nesses três anos, mercê do inestimável apoio de S. Exa. o Procurador-Geral da Justiça, Dr. LEOPOLDO BRAGA, dentro do programa que para ela traçamos, não a limitando a ramos restritos do Direito. Esforçamo-nos para não a transformar em mero órgão de investigação científica. Assim, ao lado de trabalhos teóricos, colocamos matéria que satisfaz as necessidades práticas do Direito. Problemas jurídicos atuais foram aqui focalizados, como, por exemplo, no número precedente, o da responsabilidade civil dos diretores das sociedades anônimas, e, neste, o da responsabilidade civil aquiliana. Pareceres e jurisprudência, bem como notas sobre questões de atualidade, e legislação, encontrados em todos os números, a mantiveram integrada na vida real do Direito. Pretendemos, e nesse sentido já tomamos as necessárias providências, publicar jurisprudência dos Tribunais dos demais Estados. Faremos tudo para, ao menos, mantê-la no nível cultural atingido pelos números anteriores. É o compromisso que assumimos com os leitores.



## ÍNDICE

### DOCTRINA:

	Págs.
• ANDRÉ TUNC — Os Problemas Contemporâneos da Responsabilidade Civil Extracontratual .....	3
• LEOPOLDO BRAGA — Notoriedade .....	27
• PAULO DOURADO DE GUSMÃO — Elaboração ou Revisão de Código Civil, Tarefa Ádua .....	34
• ARNOLDO WALD — Da Alienação Fiduciária .....	44
• JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA — Seqüestro e Penhora no Processo da Ação Popular .....	54
• LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES — Inegociabilidade da Matéria Orgânica. Transplante de Órgãos ou Partes do Corpo ....	58
• CLÁUDIO VIANNA DE LIMA — Responsabilidade dos Administradores de Instituições Financeiras .....	86
• SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA — Competência para Legislar sobre Crimes de Responsabilidade de Autoridades Estaduais e Municipais .....	105

### PARECERES:

Do Conceito de Impenhorabilidade dos Bens Públicos.	
— de LEOPOLDO BRAGA .....	119
O Direito Público do Menor, do Brasil, e o jovem entre 18 e 21 anos. 1 — A menoridade no Código Civil Brasileiro.	
2 — 18 anos — faixa etária para a responsabilidade penal.	
3 — <i>Idem</i> , para a capacitação profissional. 4 — <i>Idem</i> , para a capacitação ao exercício do comércio. 5 — Outras prerrogativas de maioridade atribuídas ao indivíduo de 18 anos completos.	
6 — As derrogações do artigo 130 do Código de Menores.	
7 — O Conselho Superior da Córte de Apelação do Rio de Janeiro, em 1928, julgou “sem força legal” os artigos 128 e 129 do Código de Menores. 8 — A legislação penal e processual penal extravagante e subsequente modificou “o regime do Código de Menores” (ANÍBAL BRUNO). 9 — O Código Penal de 1940, a legislação penal extravagante e a Lei das Contravenções Penais só atribuem tratamento de imaturo ao menor de 18 anos. 10 — A Competência restrita do Juiz de Menores do Estado da Guanabara para a fiscalização administrativa das infrações do Código de Menores. 11 — Na dúvida, interpreta-se restritivamente a competência de órgão do Poder Judiciário em matéria administrativa (lição de BERNARD SCHWARTZ).	
12 — Conclusões.	
— de A. B. COTRIM NETO .....	159

	Págs.
Direitos reais de garantia, impossibilidade jurídica de a parte os criar. Enumeração taxativa de tais direitos.	
— de PAULO DOURADO DE GUSMÃO .....	170
Aquisição de propriedade por condomínio — Impossibilidade de o condomínio ser sujeito de relação de direito material.	
— de EVERARDO MOREIRA LIMA .....	172
<i>Reconciliação: Competência</i> — A competência para a reconciliação é a do juízo da residência dos requerentes ou de qualquer deles, que não estão obrigados a recorrer ao Juízo do desquite. Os princípios fixados para a competência na matéria de jurisdição contenciosa, salvo disposição em contrário, não se aplicam, em regra, aos processos de jurisdição voluntária.	
— de CLÓVIS PAULO DA ROCHA .....	179
Artigo 281 do Código Penal — Flagrante — Nulidade.	
— de A. PIRES E ALBUQUERQUE JÚNIOR .....	182
Exercício arbitrário das próprias razões. Tentativa de furto. Diferenciação.	
— de ROBERVAL CLEMENTINO COSTA DO MONTE .....	186
Fuga de prêso. Cautela normal da escolta.	
— de JORGE GUEDES .....	188

## JURISPRUDÊNCIA

### Jurisprudência Cível:

- Responsabilidade Civil dos Auditores Contábeis. Responsabilidade civil dos auditores contábeis, quando ocorre. Auditoria interna e externa. Concurso de culpa. Apelação provida em parte. Voto vencido, rejeitando a divisão da culpa e provendo a apelação, apenas quanto aos honorários e juros .... 190
- Locação Comercial — Ação Negatória e Revogatória Conexas — Retomada para construção — Licenciamento — Custas e Honorários. I — Locação comercial — Ação negatória e revogatória conexas — Retomada para reconstrução — Deve ser reconhecido ao proprietário o direito da retomada para edificação com maior capacidade de utilização, desde que prove a aprovação do projeto e seu licenciamento. Essa prova pode ser feita mesmo no curso do processo, em razão do atendimento, pelo julgador, dos fatos jurídicos supervenientes à propositura. II — A Lei estadual n.º 242, de 1948, e o Decreto n.º 9.605, de 1949, que a regulamentou, não proíbem o licenciamento de construção de edifícios de mais de três andares sem prévios trabalhos de prospecção, mas apenas obstam a que se inicie a edificação sem que eles sejam comprovados. III — Processo Civil — Custas e honorários — Por aplicação do § 2.º do art. 64 do Código de Processo Civil, se o proprietário só em Superior Instância comprovou o licenciamento da construção pretendida, mostrando que era fundada a oposição do locatário em Primeira Instância, deve-se repartir a responsabilidade pelas custas e reduzir os honorários fixados para o vencedor .....
- Ação Cominatória e Ação de Cobrança. Ação cominatória. Artigo 302, XII do Código de Processo Civil. Suas aplicações clássicas, segundo Pontes de Miranda. Suas limitações. A ação cominatória só tem aplicação à luz do texto invocado quando se tratar de obrigação de dar, de fazer ou de não fazer (Código Civil, art. 863 e segs.). Não se pode confundir a prestação objeto do contrato com o seu custo. Para obtenção daquela é 196

de recorrer à ação cominatória; para lograr o pagamento daquele, a via indicada seria o da ação de cobrança, revista ela o rito ordinário ou o executivo. Outra diferença, marcante, na ação cominatória, levar-se-á em conta a pena contratual ou o que fôr pedida pelo autor; na ação de cobrança, sòmente os juros moratórios serão de exigir-se. Inaplicabilidade, <i>in casu</i> , do disposto no art. 276 do Código de Processo Civil. No que toca à ação em apenso, referente ao pedido de prestação de contas, de tôda a procedência a preliminar levantada de intempetividade da contestação oferecida. Aplicabilidade do que preceitua o art. 308, § 1.º do Código de Processo Civil. Reforma da sentença recorrida .....	202
— Separação de Bens. Comunhão de Aqüestos. Na falta de pacto, excluindo da comunhão os bens adquiridos na constância do casamento, comunicam-se tais bens, ainda que o regime de separação seja obrigatório .....	206
— Concubinato. Condição para o Reconhecimento de Sociedade de Fato. Ação ordinária. A simples ajuda ou colaboração natural, própria da condição de concubina, não basta para considerá-la sócia do amásio. Para reconhecimento da sociedade de fato exige-se a demonstração inequívoca do esforço comum, para a formação do patrimônio. Reforma da decisão recorrida .....	207

#### Jurisprudência Criminal:

— Estagiários. Atos de Cartório. Prática. Habeas corpus. Estagiários. Podem praticar os chamados atos de cartório, como inquirição de testemunhas. Provimento da Ordem dos Advogados do Brasil autorizando-os à “tomada de depoimentos pessoais, inquirições e acareações de testemunhas”. Inexistência de nulidades. Precedentes em casos idênticos (44.163 e 44.346). Habeas corpus denegado .....	209
— Estagiários. Atos a que estão autorizados. Habeas corpus. Não constitui nulidade, mas antes observância regular da lei, o funcionamento, na ausência de seu advogado, do Estagiário da Defensoria Pública, o qual está expressamente autorizado, por lei, a funcionar na “tomada de depoimentos pessoais, inquirições e acareações de testemunhas” (Provimento n.º 26, de 4 de maio de 1966, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, artigo 4.º, “b”). Ordem denegada ....	211
— Nulidade. Ausência de defesa prévia. Não ocorre nulidade se o advogado nomeado pelo réu, no ato do interrogatório, se omite na apresentação de defesa prévia .....	213

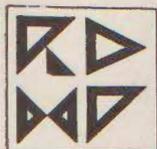
#### ATUALIDADES:

— Magistratura e Ministério Público (JORGE ALBERTO ROMEIRO)	214
— A serviço do Ministério Público (ROBERTO LYRA) .....	217
— A Lei sobre Menores Infratores (ALYRIO CAVALLIERI) .....	226
— Provimento n.º 13, de 1967, do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara .....	234

#### BIBLIOGRAFIA:

— Oscar Dias Corrêa — <i>A Constituição de 1967, contribuição crítica</i> , Forense, 1968, 138 págs. (ÁRNLDO WALD) .....	236
--	-----

	Págs.
— Antônio Tito Costa — <i>Recursos em matéria eleitoral</i> , Editôra Revista dos Tribunais, 1968, 151 págs. (JOSÉ CARLOS S. MURTA RIBEIRO) .....	237
<b>REVISTAS EM REVISTA</b> .....	240
<b>LEGISLAÇÃO:</b>	
— Ato Institucional n.º 5, de 13/12/68 .....	243
— Ato Institucional n.º 6, de 1.º/2/69 .....	245
— Ato Institucional n.º 7, de 26/2/69 .....	247
— Ato Institucional n.º 8, de 2/4/69 .....	248
— Ato Complementar n.º 40, de 30/12/68 .....	249
— Ato Complementar n.º 46, de 7/2/69 .....	250
— Ato Complementar n.º 52, de 2/5/69 .....	250
— Decreto-lei n.º 385, — de 26 de dezembro de 1968. Dá nova redação ao art. 281 do Código Penal .....	252
— Decreto-lei n.º 417 — de 10 de janeiro de 1969. Dispõe sobre a expulsão de estrangeiros .....	253
— Emenda Constitucional n.º 3, de 1968 .....	255
— Lei n.º 1.737 — de 14 de novembro de 1968. Transforma 6 (seis) cargos de Curadores de Acidentes do Trabalho do Ministério Público da Justiça do Estado, em 6 (seis) cargos de Curadores Assistentes e dá outras providências .....	255
<i>Índice de autores</i> .....	257
<i>Índice de assuntos</i> .....	259



# D O U T R I N A

---

## COLABORAM NESTE NÚMERO

**ANDRÉ TUNC** — Professor Catedrático de Direito Civil da Universidade de Paris.

**ARNOLDO WALD** — Procurador do Estado da Guanabara e Professor Titular de Direito Civil da Universidade do mesmo Estado.

**CLÁUDIO VIANNA DE LIMA** — Juiz do Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara e Professor da Faculdade de Direito Cândido Mendes.

**JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA** — Procurador do Estado da Guanabara e Livre docente de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

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

**LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES** — Defensor Público do Ministério Público do Estado da Guanabara e Professor de Direito Civil das Faculdades de Direito da PUC e da Universidade Federal Fluminense.

**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 de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do mesmo Estado.



## OS PROBLEMAS CONTEMPORÂNEOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL (\*)

ANDRÉ TUNC

1. É sem dúvida desnecessário explicar porque a *Revista Internacional de Direito Comparado* consagra um número especial aos problemas atuais da responsabilidade civil extracontratual.

Ao fazer isso, ela aproveita a ocasião que lhe ofereceu a preparação do volume XI, consagrado ao assunto, da *Enciclopédia Internacional de Direito Comparado*. Os estudos que se seguem foram recolhidos na ocasião do trabalho efetuado sobre este volume, às vezes com a ajuda dos órgãos dirigentes da *Enciclopédia*, aos quais aproveitamos a oportunidade para agradecer.

2. Razões bem mais profundas, no entanto, justificam este número especial.

A responsabilidade civil tornou-se, praticamente, o ramo mais importante do direito num grande número de países. Nos Estados Unidos, atravança os tribunais a ponto de retardar consideravelmente o seu funcionamento (1). Na França, onde HENRI MAZEAUD, há mais de 30 anos já havia previsto "a absorção das regras jurídicas pelo princípio da responsabilidade civil", (2), a situação não é, afinal de contas, tão grave, apesar de FRANÇOIS GIVORD dizer que a atividade dos magistrados de província foi

---

(\*) O presente trabalho foi publicado, pela primeira vez, na *Revue Internationale de Droit Comparé*, ano XXIX, n.º 4, outubro-dezembro 1967 (Paris), no volume dedicado aos *Problemas Contemporâneos da Responsabilidade Civil Extracontratual*, servindo de introdução ao referido número da citada revista. Tradução de Maria Cecília Pereira Reis.

(1) V. ALFRED F. CONARD e outros, *Automobile Accident Costs and Payments. Studies in the Economics of Injury Reparation*, 1964, págs. 252-255; ROBERT E. KEETON e JEFFREY O'CONNELL, *Basic Protection for the Traffic Accident Victim. A Blueprint for Reforming Automobile Insurance*, 1965, págs. 13-15.

(2) D.H. 1935, pág. 5 e segs.

absorvida, na percentagem de 50 a 75%, pelos acidentes de tráfego. A Côrte de Cassação efetua, todos os anos, duas mil prisões em matéria de responsabilidade civil. No próprio Japão, ela é o principal tema dos litígios (3). Em todos os países industrializados, com exceção dos países socialistas, ela ocupa um lugar de primeiro plano. Sua importância prática, não só atrapalha o bom funcionamento dos tribunais, mas também o ameaça, além de revelar uma situação patológica.

Sabemos as causas dessa proliferação cancerosa. Por um lado, o número de prejuízos causados por acidentes aumenta todos os anos, a despeito das medidas de segurança introduzidas nas usinas e, numa certa medida, nas estradas e nos automóveis. Na França, por exemplo, somente pelos acidentes de trânsito, as companhias de seguros se queixam de que precisam abrir um novo dossiê de 2 em 2 segundos (8 milhões por ano) e quatrocentos e cinquenta demandas são apresentadas diante dos tribunais cada dia de sessão (150 000 por ano). Ao mesmo tempo, a resignação das vítimas de acidentes não cessa de crescer. E, sobretudo, a imaginação e o afã dos juristas em encontrar novos meios de ação ou novas espécies de danos permitiram indenizações com as quais não se sonhava há algumas dezenas de anos. Numa sociedade de abundância, toda pessoa que sofre um dano causado por ato de outra se sente mais ou menos justificada em prolongá-lo a fim de obter uma indenização.

3. Igualmente no plano teórico, a responsabilidade civil é um assunto da atualidade.

A elaboração de um direito novo sobre os acidentes de trânsito é objeto de discussões apaixonadas nos Estados Unidos (4), Inglaterra e nos países da Commonwealth (5), em Israel (6), Escócia (7), na França (8), Itália (9) e Turquia. Mas, mesmo nesses países, é o conjunto da responsabilidade civil que é

---

(3) ICHIRO KATO, "The Concerns of Japanese Tort Law Today", *Law in Japan. An Annual*, vol. 1, 1967, pág. 79 e segs., à pág. 86. Sobre a repugnância que sentem os japoneses em introduzir uma ação na justiça, v. YOSIYUKI NODA, *Introduction au droit japonais*, 1966, pág. 175 e segs., ou "La conception du droit des Japonais", in *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de La Morandière*, pág. 421 e segs.

(4) KEETON e O'CONNEL, *op. cit.*, e relatório na *Revue Int. Dr. Comp.*, 1966, pág. 441 e segs.

(5) V. as indicações dadas por LORD KILBRANDON, *Other People's Law*, 1966, págs. 39 e 40.

(6) V. "Inter-Ministerial Committee Report on Questions of Traffic and Work Accidents", 1 *Israël Law Review*, 1966, pág. 636.

(7) V. LORD KILBRANDON, *Other People's Law*, 1966, e relatório Marc Ancel, *supra*, pág. 530.

(8) V. ANDRÉ TUNC, *La sécurité routière, Esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation*, 1966, e relatório HENRI SOLUS, nesta Revista,

pôsto em causa em suas bases e em seu funcionamento. Na França, um dos mais eminentes especialistas, o deão RENÉ SAVATIER, se pergunta: “Como tornar a elaborar a concepção francesa atual da responsabilidade civil” (10). Na Alemanha, nos países escandinavos, na Inglaterra, Escócia, na província de Quebec, nos Países Baixos, na Suíça (11), projetos de reforma da responsabilidade civil estão sendo examinados ou considerados. Se, por um lado, as novas legislações dos países socialistas são apenas moderadamente inovadoras nesse domínio, por outro, as recentes codificações etiópica, senegalesa e malgache, inspirando-se na tradição francesa, renovam-se rapidamente em pontos importantes e oferecem matéria para fecundas reflexões (12).

4. No fundo, a situação atual da responsabilidade civil é bastante paradoxal.

Nos países industrializados, ela conhece uma glória sem precedentes. Mas, ao mesmo tempo, vê-se ameaçada, pelo menos em certos domínios, por instituições mais recentes: os seguros e a seguridade social (13).

---

1966, pág. 966. V. também GABRIEL MARTY, “La responsabilité en question”, *Revue de Droit Contemporain*, 1966, n.º 1, pág. 79 e segs.; BORIS STARCK, “Les rayons et les ombres d’une esquisse de loi sur les accidents de la circulation”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1966, pág. 635 e segs.; TUNC, “Sur un projet de loi en matière d’accidents de la circulation”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1967, pág. 82 e segs.; CHARLES BLAEVOET, “Nouvelle orientation de notre système de responsabilité civile”, D. 1966, cap. 113; RENÉ SAVATIER, “Sécurité routière et responsabilité civile: A propos du ‘projet Tunc’”, D. 1967, cap. 1; o número especial de Direito social, fevereiro 1967, pág. 65 e segs.; ERIC LIMET, “Responsabilité pour faute et prévention des accidents. Réflexions sur le projet Tunc”. *Revue de droit pénal et de criminologie* (Bruxelas), out. 1967, págs. 3 e segs.

Comparar igualmente, sobre a necessidade de se elaborar um direito nôvo para os acidentes de trânsito, o discurso de JEAN MARJOLET, presidente-diretor-geral da sociedade de seguros “L’Abeille”, na assembléia-geral desta sociedade, dia 26 de junho de 1967 (*Le Monde*, 29 de junho de 1967).

(9) V. Istituto per la Documentazione e gli Studi Legislativi, *Disciplina Legislativa del Risarcimento del Danno Alle Vittime della Strada*, 1964.

(10) D. 1966, cap. 149 e 1967, cap. 1 e 35, e publicação separada (Paris, Dalloz, 1967). Comparar a introdução de ROGER O. DALCQ na segunda edição de seu *Traité de la responsabilité civile* (1967, v. relatório *infra*, pág. 1.022); A. TUNC, “L’enfant et la balle; Réflexions sur la responsabilité civile et l’assurance”, J. C. P., 1966. I. 1938, e “Regards sur la jurisprudence en matière de responsabilité civile délictuelle”, J.C.P., 1966, I. 2.010.

(11) Cf. FRANÇOIS GILLIARD, “Vers l’unification du droit de la responsabilité”, in SOCIÉTÉ SUISSE DES JURISTES, *Rapports et communications*, 1967, pág. 193 e segs.

(12) Cf. “La responsabilité civile dans trois récentes codifications africaines”, na *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1967, n.º 4, págs. 927 e segs.

(13) Cf. JAN HELNER, *Rev. cit.*, pág. 805: “Le rôle du droit de la responsabilité sera principalement de prendre en charge les pertes qui ne sont pas couvertes par ces deux sources essentielles de réparation”.

Os danos pessoais, na verdade, são cada vez mais cobertos pela seguridade social; multiplicam-se em todos os países (14). São também o objeto cada vez mais freqüente de seguros pessoais de vida ou contra acidentes. A necessidade da responsabilidade civil, desde então, é menor do que antes. Na verdade, a responsabilidade representa, atualmente, um papel bastante secundário na indenização dos acidentes de trabalho em todos os países industrializados. Mesmo em matéria de acidentes de trânsito, estabeleceu-se, nos Estados Unidos, que a responsabilidade civil é a causa de apenas 46% das indenizações.

Por outro lado, a extensão do seguro de responsabilidade muda totalmente o jôgo da responsabilidade civil (15). Quando um motorista é “responsável” pelo dano que causou, talvez por um êrro grave seu, sua responsabilidade é puramente verbal se êle estiver segurado. Os tribunais repressivos, bem entendido, podem infligir-lhe uma pena, mas os tribunais civis não têm poder para tanto. Qualquer que seja o montante dos prejuízos sofridos pela vítima, o motorista, de modo algum, pode ser obrigado a seu pagamento. Na verdade, êle não é mais responsável: não mais responde pelas conseqüências de sua conduta (16). Quanto às vítimas, seus direitos são cada vez mais estritamente

---

(14) V. sobre êste assunto: PIERRE RAYNAUD, “De la responsabilité civile à la sécurité sociale. A propos de la nouvelle législation sur les accidents du travail”, D. 1950, cap. 93; ROGER GRANGER, “L’influence de la sécurité sociale sur la responsabilité civile”, *Droit social*, 1955, pág. 500 e segs. e 573 e segs.; MOÏSE DAHAN, *Sécurité sociale et responsabilité*, prefácio de Jean Carbonnier, *Droit Civil*, t. II, 4.<sup>a</sup> ed. (ou *Théorie des obligations*), § 170, “Politique législative”.

Em 1881, HOLMES já escrevia: “Seria possível aceitar que o Estado se tornasse assegurado mútuo contra os acidentes e que distribuisse entre seus membros o fardo das infelicidades de cada um” (*The Common Law*, pág. 96). Êle, aliás, não fazia mais do que anunciar uma idéia que BISMARCK, na mesma época, punha em prática; v. JEAN-JACQUES DUPEYROUX, *Sécurité sociale*, 2.<sup>a</sup> ed., 1967, n.º 24 e segs. (cf. também n.º 20).

(15) Cf. FLEMING JAMES, “Accident Liability Reconsidered: The Impact of Liability Insurance”, 57 *Yale Law Journal*, 1948, pág. 549.

(16) Cf. GEORGES RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4.<sup>a</sup> ed., 1949, n.º 120; GENEVIÈVE VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, 1965. Sobre as relações da responsabilidade civil, da segurança social e do seguro, comparar, além dos autores citados *supra*, pág. 759, nota 16: LÉON JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de Droit civil de Ambroise Colin et Henri Capitant*, t. II, ns. 1.063-1.066; RENÉ SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1.<sup>a</sup> série, 3.<sup>a</sup> ed., 1964, cap. XII: “Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels”, 2.<sup>a</sup> série, 1959, n.º 121; RENÉ SAVATIER, *Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile*, 1967; MADELEINE PAUFFIN DE SAINT-MOREL, *Quelques aspects de la réparation du dommage corporel*, 1966, prefácio de ANDRÉ BRESSON; JEAN CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, 4.<sup>a</sup> ed., § 170, “Politique législative”; H. L. e J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, 3.<sup>a</sup> ed., n.º 372; GABRIEL MARTY e PIERRE RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, n.º 373.

determinados pelo seguro, como observam vários colaboradores do n.º 4 da *Revue Int. de Dr. Comparé* (17). O passageiro de um automóvel, para citar apenas um exemplo, não procurará obter indenização do motorista, seu parente, que, porventura, tenha cometido uma falta: ou a companhia de seguros o indenizará, ou então êle nada pedirá.

Nos países industrializados, por conseqüência, o direito da responsabilidade está, sem dúvida, em seu zênite. Nos píncaros da glória, perde parte de sua justificativa e, na medida em que consegue justificativa, torna-se uma simples aparência.

5. Todavia, por um curioso reflexo, diante do aumento dos seguros e da seguridade social que engolem êste direito, os juristas, na maior parte dos países (com exceção dos países escandinavos, dos Estados Unidos e, em grande escala, dos países socialistas), tentaram conservá-lo "puro" e fazê-lo funcionar como antes, quando não havia nem seguros, nem seguridade social. Em seu trabalho, êles continuam a raciocinar como se a reparação dos danos originasse um problema de justiça entre dois homens (donde a proteção mínima dada ao passageiro transportado a título de gentileza); em caso de seguro, o problema é completamente diferente: consiste em saber se a vítima deve ser indenizada por um fundo gerado por uma Companhia de seguros e alimentado por prêmios pagos pela coletividade de autores em potencial de danos.

O resultado de uma tal atitude é, bem entendido, um pensamento sem ligação com a realidade. As idéias em que se basearam as sociedades ocidentais durante séculos não são mais exatas nesse domínio. No que diz respeito aos seguros, deixamos de ser responsáveis pelo dano causado por nossas faltas. No que diz respeito à segurança social, temos o direito de ser indenizados por um prejuízo que sofremos em conseqüência de alguma falta nossa. De certo ponto de vista, o homem é mais responsável do que antes; seu poder de fazer o mal ou o bem está multiplicado pela industrialização e pelo desenvolvimento geral da tecnologia. Por outro lado, sua responsabilidade desaparece em conseqüência do aumento da seguridade social e dos seguros.

Incontestavelmente, o direito da responsabilidade precisa ser profundamente repensado. Do mesmo modo, há domínios ou casos em que êle deve, não somente sobreviver, mas ser revivificado, e outros onde êle pode e deve desaparecer diante da seguridade

---

(17) Cf. também BORHAM ATALLAH, *Le droit propre de la victime et son action directe contre l'assureur de la responsabilité automobile obligatoire*, prefácio de ANDRÉ BESSON, 1967; DONATI, "Problèmes et perspectives du droit des assurances", *Revue générale des assurances terrestres*, 1967, pág. 266 e segs., até a pág. 276.

social e dos seguros (18). Veremos mais adiante sôbre que idéias será possível se fazer uma repetição.

6. Nos países em vias de desenvolvimento, os problemas que o direito da responsabilidade apresenta são igualmente importantes, mesmo que sejam de natureza diferente.

Na África, por exemplo, o direito estava adaptado a atividades e estruturas que mudaram profundamente (19). Os danos corporais eram tradicionalmente cobertos pela simples solidariedade familiar. Esta solidariedade está, atualmente, ameaçada pelos deslocamentos das pessoas, pelos efeitos de uma filosofia mais individualista e, mesmo, por leis que, por encorajarem o trabalho, restringem a extensão e a fôrça dos laços familiares. É duvidoso que a seguridade social deva, em um futuro próximo, substituí-la. A êsse respeito, o direito da responsabilidade pode tomar uma importância bem maior.

A natureza da responsabilidade pode igualmente mudar. Ela era freqüentemente familiar, ou então comunal. Êsse tipo de responsabilidade coletiva sobreviveu durante algum tempo; a responsabilidade coletiva assegurou o contrôle da família ou da aldeia sôbre os atos de seus membros, enquanto não eficaz a ação policial. Parece, contudo, que ela não sobreviverá apenas em certos domínios e por um tempo limitado. A idéia da responsabilidade individual acabará certamente com ela.

De qualquer modo, novos danos surgirão e se multiplicarão com a industrialização e o desenvolvimento da circulação urbana e do transporte, danos para os quais a indenização, com base nas estruturas tradicionais, não oferecerá uma solução satisfatória.

Nos países em desenvolvimento, por conseguinte, a importância da responsabilidade civil provávelmente crescerá nos anos futuros.

Ao mesmo tempo, no entanto, as instituições que estão em declínio nos países industrializados (em particular as leis de acidentes de trabalho e de seguros) começaram a entrar em ação. Deve-se mesmo desejar que essas instituições venham rapidamente superar a antiga solidariedade familiar ou comunal. Veremos pelo artigo de RAMON DOMINGUEZ (20) que, no Chile, a maioria das vítimas de acidentes aceitam seus prejuízos como uma fatalidade, seja porque pertencem à minoria que tem meios para

---

(18) Cf. as idéias de JOSEPH ESSER, citadas por H. WEITNAUER, *infra*, pág. 811 e nota 10. V., em oposição às interessantes observações de J. HELLNER, *infra*, pág. 782 e nota 8 e pág. 793 e nota 1.<sup>a</sup>

(19) Cf. ASSOCIATION INTERNATIONALE DES SCIENCES JURIDIQUES, *Les aspects juridiques du développement économique*, sous la direction de ANDRÉ TUNC, prefácio de KONRAD ZWIEGERT, 1966.

(20) Pág. 917 e segs., da revista cit.

suportá-los, seja, mais comumente, porque acham que o direito e as instituições sociais não lhe dão nenhuma esperança. É de se temer que tal situação se verifique também na América Latina, África, no Oriente Médio e no Sudeste Asiático. Leis sôbre acidentes de trânsito e um seguro obrigatório dos automobilistas se impõem nesses continentes com a mesma urgência que na Europa ou na América do Norte, embora por outras razões.

7. É nesse contexto prático e teórico que o volume XI da *Enciclopédia Internacional de Direito Comparado* torna-se importante. Trazendo para cada problema um conjunto de experiências e reflexões, deve, se atende às ambições de seus colaboradores, permitir que, no mundo inteiro, a responsabilidade civil seja *repensada*; deve ajudar-nos a nos livrar de velhas regras e atitudes para nos adaptarmos às necessidades e às possibilidades do mundo contemporâneo.

Bem mais modesto, êste número especial, pelos excelentes estudos que reúne, pode trazer a primeira contribuição a essa tarefa.

Pelos artigos de JAN HELLNER (21) e H. WEITNAUR (22), que, entretanto, se consideram conservadores, ver-se-á quais as orientações que podem-se oferecer ao direito da responsabilidade do fato do seguro e da seguridade social. Notar-se-á, ao mesmo tempo, como parecem antiquadas tôdas as regras que, num país ou noutro, não asseguram a indenização automática das vítimas às quais não se pode atribuir nenhuma falta caracterizada.

O estudo de MARCO COMPORTI (23) é interessante num gênero inteiramente diferente. Fala-nos de uma doutrina particularmente fecunda, rica e sutil, mas de que, se bem que o próprio autor seja antes de tudo um *modernista*, os juristas escandinavos ou norte-americanos se espantariam, sem dúvida, por não encontrar nela um interêsse maior pelas realidades sociais.

O artigo de ADAM SZPUNAR (24) é um estudo dinâmico do direito da responsabilidade num país socialista. Certamente, se o Código Civil polonês de 1964 é, enquanto se espera o Código Iugoslavo de Obrigações, o mais recente dos grandes códigos dos países socialistas, não é, talvez, o mais *avançado*. O realismo e o sentido de medida dos juristas poloneses — e talvez, também

---

(21) Pág. 779 e segs., idem — Os leitores desta *Revista* já puderam apreciar o interêsse da doutrina escandinava através do artigo de HENRY USSING, "Evolution et transformation du droit de la responsabilité civile", nesta *Revista*, 1955, pág. 485 e segs.

(22) Pág. 807 e segs., idem — Cf. ROLF SERICK, "La responsabilité civile en droit allemand", nesta *Revista*, 1955, pág. 560 e segs.; JOHN ESSER, "Responsabilité et garantie de la nouvelle doctrine allemande des actes licites", nesta *Revista*, 1961, pág. 481 e segs.

(23) *Id.*, pág. 827 e segs.

(24) *Id.*, pág. 861 e segs.

as freqüentes infelicidades de sua pátria — colocaram-nos em guarda contra as aventuras, mesmo as jurídicas.

Mas, lendo-se o estudo de ISIEN TCHE-HAO sôbre o direito da responsabilidade na República Popular da China, será que se tem a impressão de que o espírito revolucionário mais ardente suscitou, nesse domínio, pensamentos realmente novos? Tais pensamentos são, de certo ponto de vista, conservadores, principalmente se os compararmos com os dos juristas escandinavos ou americanos, por que se prendem ao menor desenvolvimento do maquinismo e do sistema de seguros na China — o que é uma confirmação da doutrina marxista.

O artigo de CHAFIK CHEHATA tem o duplo mérito de nos informar sôbre um sistema jurídico *tradicional* de importância particular e sôbre as modificações que lhe trouxeram as nações ciosas de progresso.

Já mencionamos, enfim, a útil apresentação dos direitos da América Latina por RAMON DOMINGUEZ, e sabemos que uma breve nota sôbre três recentes codificações africanas completa êste quadro (\*).

8. Tal quadro, como se vê, está longe de cobrir todos os direitos do mundo. Seria preciso escolher.

Malgrado a qualidade dos juristas inglêses e os diversos estudos inovadores recentemente publicados por êles, não se sente falta da presença do direito inglê. Será que nos é permitido confessar que, se o direito francês nos parece, freqüentemente, arcaico — não é, sem dúvida, animador que romanistas encontrem com alegria as soluções do Direito Romano em nosso Código e os raciocínios dos juristas romanos em nossa doutrina contemporânea —, o direito inglê nos parece ainda mais arcaico? Sabe-se, aliás, que êle está em vésperas de reforma. Além do mais, a lacuna dêste número no que diz respeito ao direito inglê pode facilmente ser completada por dois excelentes estudos recentes, um de GLANVILLE WILLIAMS sôbre as reformas necessárias ao direito da responsabilidade, e outro sôbre a evolução e a função do direito da responsabilidade na Inglaterra, de

---

(\*) No Brasil, no que concerne à responsabilidade civil, não nos afastamos das soluções dos povos cultos. A responsabilidade civil, entre nós, é subjetiva em regra, admitindo-se, em certos casos, a presunção de culpa e a responsabilidade objetiva, começando a se expandir o seguro de responsabilidade. Lamentamos que o n.º 4 (A. XXIX), da *Revue Internationale de Droit Comparé* (1967), dedicado ao tratamento jurídico da responsabilidade em todos os países, não tenha aberto um espaço para o Brasil. Há, nesse número, um artigo sôbre a situação da responsabilidade civil na América Latina, escrito pelo jurista chileno R. DOMINGUEZ. Porém, a América Latina, sendo formada de espaços sociais diferentes, com tempos sociais diversos, não tem uma teoria unitária da responsabilidade civil (*Nota da Redação*).

HARRY STREET (25), aos quais se reunirá, em breve, uma obra dêste autor sôbre a reforma do direito de acidentes de trânsito e um notável artigo de ANTONI JOLOWICZ (26).

A falta de estudos sôbre a doutrina jurídica nos Estados Unidos é, provàvelmente, a mais lamentável. Mas a própria riqueza dessa doutrina, a qualidade e o número de suas pesquisas em certas direções tornaram difícil uma visão sintética. Não é difícil, aliás, ter pelo menos uma idéia dessa doutrina. É suficiente ler o capítulo V da obra de ROBERT KEETON e JEFFREY O'CONNEL, *Basic Protection for the Traffic Victim*, ou os capítulos XI a XIII do notável tratado de FOWLER V. HARPER e FLEMING JAMES, JR., ou ainda as introduções ou os primeiros capítulos de duas obras recentes de JOHN G. FLEMING, *The Law of Torts* e *An Introduction to the law of Torts*, e mesmo obras mais clássicas, como o famoso *Prosser on Torts*, ou, finalmente, estudos de HARRY KALVEN, de GUIDO CALABRESI (27) ou de FLEMING JAMES (28), para ver até que ponto a doutrina americana considera os problemas sob um ângulo diferente da doutrina européia e até onde ela vai nos caminhos que lhe são próprios, em particular o da diluição e da repartição dos riscos (29).

---

(25) "The Twentieth Century Development and Function of the Law of Tort in England", 14 *International and Comparative Law Quarterly*, 1965, pág. 862.

(26) J. A. JOLOWICZ, "Liability for Accidents: A suggestion for Reform", *Cambridge Law Journal*, abril 1968.

(27) Por exemplo: "Some thoughts on Distribution and the Law of Torts", 70 *Yale Law Journal*, 1961, pág. 499; "The Decision for Accidents: An Approach to Nonfault Allocation of Costs", 78 *Harvard Law Review*, 1965, pág. 713.

(28) Por exemplo, o artigo citado *supra*, pág. 760, nota 17; "An Evaluation of the Fault Concept", 32 *Tennessee Law Review*, 1965, pág. 394.

(29) Devido ao fato de se ter consciência, nos Estados Unidos, da transformação da responsabilidade civil do fato do seguro, pergunta-se sôbre as razões mais profundas de sua existência no mundo moderno. Na Europa, na França principalmente, a evidência do princípio segundo o qual quem cometeu uma falta deve reparar suas conseqüências tem impedido qualquer outra pesquisa. Mas, quando um gesto de um guarda de trânsito provoca uma colisão, por que nos perguntamos se o gesto foi desajeitado ou mal-compreendido? (cf. A. TUNC, *Droit social*, 1967, pág. 78, nota 25). De qualquer modo, o agente e os motoristas fizeram o possível (sôbre a noção de acidente, v. *infra*, n.º 10). A responsabilidade, se eles vão arcar com ela (nem o agente de fato das regras de direito administrativo, nem os motoristas de fato do seguro responderão pelo prejuízo que causaram), portanto, nada mudará em seu comportamento futuro. O único problema real é o da indenização. Mas, porque permanecemos enquadrados no conceito de responsabilidade, o problema causará discussões sem fim e, por vêzes, não nos levará a nenhuma solução (é o caso citado, *op. cit.*). Unimo-nos, aqui, ao conceito de aptidão (ou de inaptidão, segundo o caso) da responsabilidade civil que influencia os comportamentos (cf. HENRY USSING, resumido por HELLNER, *infra*, pág. 792; cf. também o conceito de imputabilidade como o concebeu GUYLA EÖRSI: *supra*, pág. 307).

Para o direito penal, comparar *infra*, pág. 767, nota 50.

A quem interessar completar as lacunas dêste número, um certo número de estudos podem ainda ser mencionados, seja do Japão (30), da província de Quebec (31), da Tcheco-Eslováquia (32) ou das opiniões pessoais de um jurista socialista (33).

9. Por não poder resumir êstes estudos, é possível imaginar se não perderemos a idéa essencial que inspira muitos dêses, perguntando porque a responsabilidade civil ocupa um lugar de primeiro plano em todos os países industrializados.

Se DOMAT pudesse voltar, sentir-se-ia aterrado ao saber do número de litígios que ela origina diàriamente! Pensaria logo, sem dúvida, que os homens haviam-se tornado terrivelmente maus. Seria fácil, entretanto, fazê-lo mudar de idéa: bastaria lhe pedir para andar um pouco pelas ruas de Paris. Êle aí veria circularem máquinas sôbre rodas que, com tôda razão, o assustariam e sôbre as quais lhe explicaríamos que elas são produzidas em série por máquinas fixas não menos perigosas. Seria, então, surpreendido por um fenômeno que transforma, por sua própria natureza, os problemas da responsabilidade civil e ao qual, entretanto, o direito ainda não se adaptou suficientemente: a máquina.

A substituição, em larga escala, do poder do homem por máquinas a serviço das quais são colocadas as fôrças da natureza teve, certamente, conseqüências jurídicas, mas teriam sido necessárias muitas outras (34).

No direito da responsabilidade, o fenômeno requereria a elaboração de um direito adaptado ao caráter perigoso da maioria das máquinas (35). Ao mesmo tempo em que ela multiplicasse o poder do homem, multiplicaria os perigos inerentes à sua atividade. Isso se ligaria à sua fôrça, ao seu pêso, ao seu movimento ou, se se tratasse de uma máquina fixa, ao movimento habitual de algumas de suas partes. Isso se deve ao fato de que a máquina, essencialmente perigosa, não pode ser totalmente isolada dos homens a que serve ou que a utilizam. Nas usinas, certa-

---

(30) V. KATO, *op. cit.*, *Law in Japan*, vol. I, 1967, pág. 79 e segs.

(31) V. PIERRE AZARD, "L'orientation des règles de la responsabilité civile en droit québécois", *Revue du Barreau de la Province de Québec*, vol. 26, 1966, pág. 474 e segs.

(32) V. ANTONIN KANDA, "La nouvelle réglementation de la responsabilité en droit civil tchécoslovaque", nesta *Revista*, 1965, pág. 895 e segs.

(33) GYULA EÖRSI, "L'adaptation de la responsabilité civile aux exigences de la vie moderne", *Revue de droit contemporain*, 1963, n.º 2, pág. 9 e segs.

(34) Cf. CLAUDE-ALBERT COLLIARD, "La machine et le droit privé français contemporain", in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Etudes offerts à Georges Ripert*, 1950, t. I, pág. 115 e segs.

(35) Cf. CARBONNIER, *op. cit.*, § 170, "Politique législative"; RENÉ DROUILLAT, "Le Projet Tunc e a reforma do direito dos accidentes de trânsito", *Droit social*, 1967, pág. 90 e segs. até a pág. 92.

mente, a segurança é hoje muito mais garantida que outrora (o que não impede que, só na França, 2 milhões de acidentes do trabalho ocorram por ano). Mas, se os trens são agora separados dos pedestres e dos automóveis, os automóveis não expulsaram completamente da estrada ou da rua os pedestres, ciclistas e motociclistas. Os automóveis, em caso de colisão, nem mesmo protegem totalmente as pessoas que transportam. Essa coexistência de homens e máquinas perigosas multiplica as mortes e os ferimentos, enquanto que as máquinas, por si próprias, multiplicam o número dos danos à propriedade, além de torná-los mais sérios. Foi a máquina que atribuiu à responsabilidade civil sua importância atual, e isto embora os acidentes do trabalho tenham sido excluídos desse domínio: a idéia da coisa que escapa ao contrôlo do homem, aventada por HENRI e LÉON MAZEAUD (36), é profundamente justa. Admitem admiravelmente ser a principal fonte dos danos contemporâneos. Mas, na verdade, não nos parece justificar uma responsabilidade fundada sobre a falta. Ela conduz, ao contrário, a um sistema de garantia (37).

O fato de o direito tradicional não convir a uma civilização mecânica foi observado desde o século XIX com tal frequência que se começou a editar um regime especial, no qual a responsabilidade civil era praticamente estranha para os que constituíam, na época, as vítimas normais da máquina: os operários. Por tal motivo, em alguns países como a Alemanha, leis especiais foram elaboradas para um certo número de coisas ou de atividades perigosas, enquanto que em outros, em particular na França, procurou-se adaptar, da melhor maneira possível, a legislação vigente às novas condições. Na França, foi preciso esperar até 1930 para que o novo direito fôsse consagrado pela Côte de Cassação, que não tinha a liberdade de decisão de um legislador, pois não podia proceder às distinções necessárias. É assim que o automóvel e o carrinho-de-mão ficaram submetidos às mesmas regras jurídicas, o que, *a priori*, pode parecer pouco satisfatório (38).

---

(36) H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. II, 5.<sup>a</sup> ed., n.º 1.312 e 1.327; H. L. e J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, 3.<sup>a</sup> ed., 1966, n.º 539.

(37) Cpr. BORIS STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, prefácio de MAURICE PICARD, 1947. Cpr. igualmente WEITNAUER, *infra*, página 811. V. já CHARLES SAINTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie (Accidents de transport et accidents du travail)*, 1884.

(38) O automóvel, e não o carrinho de mão, foi objeto de uma série de excelentes estudos realizados sob a direção de YVON LOUSSOUARN e publicados sob o título *L'automobile en droit privé* (1965). Tais estudos terminam por um artigo de FRANÇOIS BOULANGER, concluindo em favor de uma codificação do direito da responsabilidade automobilística.

10. É essencial notar ainda que a intrusão da máquina no direito da responsabilidade significa apenas a intrusão do acidente.

Acidente, como demonstra a etimologia do termo, é um acontecimento infeliz que ocorre fortuitamente. Antes da ascensão da máquina à sua atual importância na vida quotidiana, os acidentes eram raros. Porém, com o desenvolvimento da indústria e dos veículos, tornaram-se parte da vida diária. Nos Estados Unidos, o *National Safety Council* (órgão que só surgiu com a industrialização da nação) publica todos os anos um folheto intitulado *Accident Facts*. A existência de tal publicação é, por si própria, reveladora. Não menos impressionantes são os números aí encontrados. Todo ano 100 mil pessoas morrem de acidentes nos Estados Unidos, 10 milhões sofrem lesões que os prendem ao leito por mais de um dia e 40 milhões sofrem outros tipos de danos por acidente, o que, no total, significa uma pessoa em quatro. As perdas resultantes desses danos corporais (excluídos os prejuízos materiais), apenas para as vítimas (excluindo-se o prejuízo indireto sofrido pela comunidade), são avaliadas em mais de 7 milhões de dólares.

Acidente foi definido como um acontecimento infeliz que ocorre fortuitamente. Entretanto, acidente não é um conceito jurídico. Os juristas conhecem apenas a força maior, isto é, o acontecimento que, por sua força, vai além do poder do homem. O que a linguagem corrente chama de acidente do trabalho ou acidente de trânsito não era, e ainda não é, no que diz respeito aos acidentes de trânsito, um acidente para os juristas. Era, ou é ainda, o resultado de uma falta (39). O operário, na fábrica, era

---

(39) Igualmente o direito penal, apesar da renovação doutrinária por que vem passando atualmente (v. not. *La responsabilité pénale. Travaux du colloque de philosophie pénale*, 1961; MARC ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2.<sup>a</sup> ed., 1966), hesita em reconhecer o acidente.

Recentemente, uma menina de dezenove meses, escapando à vigilância de seus pais, se aproximou da jaula de um leão e foi morta pelo animal. O Tribunal Correcional de Rennes, a 7 de julho de 1967, condenou o domador e o diretor do zoológico a 300 e 400 francos de multa, respectivamente. São penas insignificantes tendo em vista o dano. Mas será que são justificadas? Culparam-se os condenados de um defeito de falta de alertar os visitantes através de cartazes (para uma menina de dezenove meses...), da falta de grades, na gaiola, mais entrelaçadas etc. Se há alguma coisa que pode levar os diretores do zoológico (e os pais...) a redobrar as precauções não é a multa, mas sim o próprio acidente.

Do mesmo modo, no dia 19 de maio de 1960, um Caravelle que se preparava para aterrissar colidiu com um pequeno Stamp, cujo piloto morreu instantaneamente, bem como um passageiro do Caravelle. O piloto e o copiloto deste último foram levados diante do Tribunal Correcional de Corbeil a 22 de setembro de 1967 (*Le Monde*, 23 e 24-25 de setembro de 1967). O Tribunal viu-se às voltas com um número impressionante de relatórios e contra-relatórios. Parece certo que os pilotos, que vigiavam um Convair assinalado à esquerda pela torre de contróle, só perceberam o Stamp já

considerado capaz de alimentar sua máquina quatorze horas por dia sem um instante de desatenção ou descuido. Considera-se hoje que o motorista de um veículo é capaz de dirigir de Paris a Nice sem cometer um erro, nem ter um momento de desatenção. Se um acidente ocorre por causa de uma falha de fração de segundo, não é um acidente, mas o resultado dessa falha. O homem não responde pelos acontecimentos que, por sua força, estão além de seus poderes, mas responde pelos acidentes que são, simplesmente, estatisticamente inevitáveis em razão da incapacidade do homem de permanecer atento durante horas, de prever, numa rodovia, o que fará o motorista que vem atrás ou o que está três carros adiante e, até mesmo, de evitar qualquer coisa que possa ocorrer. Chama-se a isso de falhas de comportamento, reveladoras da imperfeição do homem, de sua fraqueza, dos limites impostos pela natureza às suas forças nervosas e psíquicas. O conceito de *caso fortuito* foi absorvido pelo de força maior, que também foi progressivamente entendida como uma força imprevisível e irresistível (40).

11. Pode-se, então, pensar que a industrialização, desenvolvida durante o século XIX, teria requerido uma mudança de concepção no direito da responsabilidade.

---

muito tarde, por não estar assinalado e por não dever estar naquela zona e que, se eles houvessem olhado nessa direção, lhes pareceria como um besouro grande dez segundos antes da colisão, como uma mosca e uma mosca maior respectivamente seis e quatro segundos antes da colisão (passamos por cima de todos os outros elementos da discussão: o dever do piloto de inspecionar a todo momento o céu, em tôdas as direções e altitudes, seu dever de obedecer a seus reflexos ou de ter um momento de reflexão, o número de segundos necessários para fazer um Caravelle virar em um certo ângulo, a localização exata da colisão aquém ou além da balisa etc.). O Ministério Público requereu contra os culpados uma pena de princípio, reconhecendo: "O acidente não foi causado, nós sabemos, pelos aparelhos, pelas qualidades do piloto, pelas condições meteorológicas, nem pelos serviços do aeroporto". Sete anos após o acidente, o Tribunal devia, pois, basear sua decisão em questões de fração de segundo a fim de dizer se o piloto e o co-piloto haviam sido totalmente perfeitos. Será que o julgamento, qualquer que fôsse, poderia mudar alguma coisa para a segurança aérea? Finalmente, o Tribunal absolveu os acusados.

Lembramo-nos, igualmente, do desespero do diretor de uma empresa de artefatos de chumbo, responsável por um erro de encanamento que fôra fatal a uma doente internada em hospital. Terminou por se suicidar antes da audiência correcional, embora o juiz de instrução tenha empregado uma boa parte de cada audiência tentando reconfortá-lo.

Para o Direito Civil, comparar *supra*, pág. 764, nota 41.

(40) Cpr. J. CARBONNIER, *op. cit.*, § 179, *Sociologia*; Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, 1959, pág. 54, 73 e segs., 83 e segs.; 112 e segs.; A. PIROVANO, *Faute civile et faute pénale*, prefácio P. BONASSIES, 1966, n.º 197; RICOL, nota D.P. 1926. 2. 121 (pág. 123, 2.ª col., e pág. 124, 1.ª col.); PAYNE, "Compensating the Accident Victim", 13 *Current Legal Problems*, 1960, pág. 85; JAMES, *op. cit.*, *supra*, pág. 764, nota 40; LIMET, *op. cit.*, *supra*, pág. 758, nota 10.

Até tal época, a ascensão da falta como critério de responsabilidade, em sua função positiva (tôda falta acarreta responsabilidade), e mesmo em sua função negativa (não há responsabilidade sem falta), era um progresso. Faz-se mister louvar os redatores do Código Civil francês por terem levado a têrmo uma evolução secular e enfim afirmado, embora em têrmos inadequados, êste princípio simples e justo segundo o qual se responde pelo dano causado (41). Mas o século XIX, que consagrou o triunfo da idéia da falta (embora no meio das ficções...), marcando virtualmente sua *estruturação*, moldou, depois, seu declínio. Diante da industrialização que se ia desenvolver, a maioria dos casos de responsabilidade deixariam de ser ações contra individuos em razão de uma falta pessoal para se tornarem ações contra emprêsas por causa de accidentes ou, no máximo, erros geralmente anônimos cometidos por seus empregados. O direito da responsabilidade ganhou o lugar que ocupa hoje, não porque o homem seja pior do que antes, ou menos atento, mas simplesmente porque se utiliza mais das máquinas e porque os accidentes se produzem em maior número (42). É pela mesma razão que se admitiu, nos meados do século XIX, o seguro de responsabilidade, que antes parecera inconcebível à POTHIER (43). Os princípios do comêço do século XIX chocam-se com uma realidade diferente daquela para a qual foram enunciados, como observaram muito bem SALEILLES e JOSSERAND (44).

Precisaríamos de um direito ou, pelo menos, de uma doutrina jurídica de accidentes (45), de um *direito do azar*, como diz

---

(41) É, aliás, surpreendente constatar que certos direitos ainda não encampam êstes princípios. É o caso, principalmente, dos direitos de *common law* e mesmo, em certo sentido, dos direitos alemão e italiano: poder-se-á fazer um melhor julgamento lendo os estudos de WEITNAUER e COMPORTI, *infra*, pág. 807 e segs. e pág. 827 e segs.

(42) É interessante consultar sôbre a palavra *Responsabilidade* a jurisprudência de meados do século XIX e a do comêço do século XX. Na primeira, as causas essenciaes da responsabilidade civil são a reponsabilidade penal, os problemas de vizinhança, os abusos de procedimento, as seduções, as faltas profissionais de tabeliães e, acessoriamente, de escreventes juramentados e porteiros, as imprudências ou negligências de diretores de usina. Em 1900, começam-se a constatar accidentes de trânsito causados pelo ciclista que efetuou uma descida em "velocidade louca", por motorista que atravessou um cruzamento a doze quilômetros por hora e por quem, vendo diante de si um pedestre, começa a buzinar e a gritar-lhe que saia da frente ao invés de parar o carro a tempo. No fundo, em todos êstes casos, a falta começa, sem dúvida, a se delinear.

(43) *Contract d'assurance*, n.º 64.

(44) V. por exemplo SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, 1897, pág. 4 e 5.

(45) Cf. HARPER and JAMES, *The Law of Torts*, vol. II, § 11.1 — 11.5, 13.2, 25.1 — 25.23 (e, em uma certa medida, todo o conjunto do vol. II); JAMES, *op. cit.*, *supra*, pág. 740, nota 17, e pág. 764, nota 40; JOLOWICZ,

o professor ESSER (46), mesmo que a fronteira do *direito de acidentes*, no senso estrito do termo, não seja fácil de delimitar (47).

12. Por não terem elaborado um direito ou mesmo uma doutrina de acidentes (48), os juristas trabalham dentro da contradição (49).

Na França, define-se geralmente a falta como um comportamento incompatível com um homem prudente, diligente, avisado, zeloso de seus deveres sociais (50).

Ao mesmo tempo, entretanto, em centenas de litígios quotidianos que passam pelos tribunais em matéria de acidentes de trânsito, qualificam-se as faltas de comportamento praticadas por homens prudentes, diligentes, avisados, zelosos de seus deveres sociais, que simplesmente cometeram um descuido ou um erro ou que tiveram um momento de fadiga ou de desatenção. Como já observamos, chamamos de falta o que é, na verdade, o resultado inevitável da imperfeição humana, mesmo nos homens

---

*op. cit.*, *supra*, pág. 764, nota 36; v. já SMITH, "Sequel to Workmen's Compensation Acts", 27 *Harvard Law Review*, 1914, pág. 235 e segs., 344 e segs. Cpr. R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, ns. 499 e segs.

(46) Cf. H. WEITNAUER, *infra*, pág. 825 e nota 70.

(47) Em matéria de trânsito rodoviário, por exemplo, os acidentes no sentido estrito do termo combinam-se com os acidentes causados por faltas caracterizadas. Daí a utilidade de se conservar, mesmo no direito dos acidentes, um papel subsidiário para a noção de falta (v. *infra*, n.º 13).

Do mesmo modo, no domínio médico, onde os juristas pesquisam se há ou não falta, se produzem, diàriamente, múltiplos erros de diagnóstico, de receita ou de cuidados, coisa que médicos, às vezes excelentes, não deixam de cometer. O direito da responsabilidade resolve precariamente tais casos, bem como os de anomalia ou de receptividade particular da vítima. O seguro pode permitir a combinação de uma proteção melhor dos pacientes e a aplicação das reprimendas ou sanções apropriadas aos médicos que as merecem: A. TUNC, "L'assurance "tous risques médicaux", in *Responsabilité et risque médical*, sob a direção do Dr. ECK (a ser publicada, 1967).

(48) Em dois domínios, entretanto, os juristas elaboraram um direito dos acidentes: o de acidentes do trabalho e o de acidentes nucleares.

No que se refere ao último, a elaboração de um direito novo foi muito rápida, devido à imensidade dos danos possíveis e da necessidade de um entendimento internacional. Os juristas chegaram a algumas ótimas conclusões:

- concentração da responsabilidade sobre uma pessoa bem definida que poderá cobri-la através de seguro;
- limitação (elevada) da responsabilidade por acidente, a fim de que o segurador possa estabelecer um prêmio;
- garantia complementar, igualmente limitada, do Estado;
- exclusão dos recursos contra terceiros, salvo falta intencional ou recurso contratualmente aceitável.

Em matéria de acidentes de trânsito, as leis atualmente em vigor não nos parecem responder suficientemente à idéia de *acidentes*.

(49) Cfr. A. TUNC, *La sécurité routière*, 1966, n.º 37.

(50) H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *op. cit.*, t. I, 6.ª ed., n.º 416 e segs., em particular n.º 439.

mais prudentes e diligentes. Será que um *bom pai de família* desce de um pavimento atravancado e barrado por material de obra sem se assegurar de que pode fazê-lo sem perigo? Não *deveria* fazê-lo; não o faz *normalmente*; mas *pode acontecer* que o faça. Em dois dias seguidos, a Córte de Cassação tomou conhecimento de casos em que algumas pessoas o fizeram (51); quem ousaria afirmar que, porque êles o fizeram e foram punidos com a morte —, deve-se presumir que êles estavam assegurados? Os juristas franceses, nesse domínio, agem dentro da mais flagrante contradição — e na injustiça quotidiana.

Ocorre mais ou menos o mesmo por tôda parte. Desde 1930, um jurista alemão (52) havia notado que se exigia de um motorista que fôsse um deus capaz de ver, ouvir e prever o que se passa e o que se passará à sua frente, às suas costas e dos lados (hoje, quando se pensa no comportamento em uma rodovia atravancada e que se pergunta quantos pares de olhos devem ter os automobilistas a quem se aconselha um retrovisor no meio do carro e de cada um dos lados). Mais recentemente, em um estudo célebre, ALBERT EHRENZWEIG falou de *Negligence Without Fault* (53). Na Suécia, fala-se de *falta fictícia* (54). O fenômeno é constatado praticamente por quase todos os colaboradores dêste número.

O fato é bastante exato na medida em que se aplica ao autor do dano — pelo menos quando está envolvido o seguro — pois que fica assegurada a respectiva indenização. Isso é catastrófico quando se aplica igualmente à vítima: suscita, diárricamente, recusas trágicas e injustas de indenização.

13. Do exposto é fácil conhecer-se como *deveria* ser considerado, dentro de tais princípios, o direito dos acidentes (55).

Deveria ser essencialmente reparador e também, na medida do possível, preventivo. Reparador, porque o acidente é estatisticamente inevitável e porque os homens deveriam ter a máxima proteção contra as infelicidades. Ora, duas instituições estão adaptadas para essa tarefa de reparação: a seguridade social e o seguro. Tôdas as duas *apagam* o mal, *diluem-no* ou *atomizam-no*, podendo-se escolher entre ambas para os efeitos do ônus da reparação: a seguridade social baseando-se na mesma comu-

---

(51) Civ. 2.º civ. de 4 de maio de 1966 (*Delhomme*) e da 5 de maio de 1966 (*Cornillon*), J. C. P. 1966. IV. 87; cf. A. TUNC, *op. cit.*, J. C. P. 1966, I. 2010.

(52) GÜLD, citado por ARTHUR VON MEHREN, *The Civil Law System*, pág. 442.

(53) *Negligence Without Fault — Trends Towards an Enterprise Liability for Insurable Loss*, 1951.

(54) V. J. HELLNER, *Rev. cit.*, pág. 781 e nota 3.

(55) Cpr. HARPER and JAMES, *op. cit.*, *supra*, pág. 769, nota 54 (v. em particular § 13.2); JOLOWICZ, *op. cit.*, *supra*, pág. 764, nota 36.

nidade nacional; e o seguro, na mutualidade de um grupo de pessoas que criam ou correm riscos semelhantes.

Quando o acidente resulta de um ato da própria vítima, a seguridade social pode, sòzinha, cobrir as conseqüências. A segurança social (eventualmente, também a segurança pessoal, mas, evidentemente, não o direito da responsabilidade) é o socorro da pessoa que escorrega na banheira e se fere. Mas não a indeniza totalmente, pois apenas oferece uma proteção fundamental.

Quando o acidente decorre de uma atividade perigosa ou resulta do emprêgo de coisas cujo uso é intrinsecamente perigoso, o seguro pode ser impôsto aos que exercem tal atividade ou usam tais coisas. Tem a vantagem de poder oferecer uma proteção superior à da seguridade social, que pode abranger até a indenização integral. É o caso, por exemplo, dos acidentes de trânsito.

O problema se torna mais delicado quando o acidente resulta de uma atividade que não cria perigo considerável algum (56). Por exemplo, duas crianças jogam futebol, mas uma não consegue chutar a bola e atinge o rosto de seu companheiro, ferindo-o. A Côrte de Cassação declarou recentemente que essa criança cometera uma falta pela qual devia responder (57). RENÉ RODIÈRE acha (58), com muito mais justiça, parece-nos (59), que tal criança não cometeu falta nenhuma (60). Esse tipo de dano deve ser coberto apenas pela seguridade social. A existência do seguro, entretanto, e o desejo geral de segurança podem justificar uma obrigação de garantia (61). Voltaremos a êste delicado problema (62).

---

(56) Cf. FLEMING, *op. cit., supra* (pág. 764, nota 38), pág. 840 e segs.

(57) Civ. 2.<sup>a</sup> civ. 1 dezembro 1965, J. C. P. 1966, II. 14567.

(58) Obs. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1966, pág. 297.

(59) V. *supra*, n.º 12.

(60) Foi o que decidiu a Câmara dos Lordes em uma espécie comparável: *Bolton v. Stone* (1951) 1 T. L. R. 977, comentada por A. L. G., 67 *Law Quarterly Review*, 1951, págs. 460-464. Um jogador de cricket, em um lance desastrosos, mas não culposos, lançara a bola na cabeça de uma pessoa que passava na via pública. Embora a vítima não estivesse participando do jogo, o jogador foi obrigado a pagar multa superior a 3000 libras. O quadro rígido do direito positivo obrigou os membros da Câmara dos Lordes, como os da Côrte de cassação francesa, no que se refere, principalmente, à responsabilidade do pai, a sustentar raciocínios que nada têm a ver com a realidade, mas que evocam a Sorbonne de Rabelais ou o teatro de Ionesco. O verdadeiro problema é, ao mesmo tempo, muito mais simples e muito mais profundo: consiste em saber quem deve suportar as conseqüências de um acidente: seu autor (ou o proprietário da coisa que o causou) ou a vítima.

(61) A. TUNC, *op. cit.*, J. C. P., 1966. I. 1958; R. RODIÈRE, *op. cit.*, *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1966, pág. 298. Cpr. G. DURRY, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1967, pág. 166 (n.º 12).

(62) *Infra*, n.º 15.

Quanto à prevenção dos acidentes, na medida em que não leva em consideração os usuários da máquina, é, sem dúvida, *essencialmente*, um problema de educação. O direito penal e, em certos casos, uma responsabilidade absoluta não assegurada podem, entretanto, levar aqueles que dão muita importância à prevenção a usar o máximo de diligência. Relevar os prêmios do seguro só favorece ao imprudente e, talvez, ao desajeitado. Enfim, a reintrodução de uma responsabilidade real pode ser, ao mesmo tempo, justa e útil quando uma falta fôr cometida — uma falta verdadeira, não erro ou descuido de atenção inerente ao homem, mas sim a falta que um homem zeloso de seus deveres sociais não cometeria.

14. Já se pode ver qual a tarefa que se impõe à doutrina moderna: melhor distinguir o que decorre realmente de uma responsabilidade por falta e o que decorre de uma garantia que um homem ou uma empresa podem excepcionalmente fornecer e, mais comumente, o seguro ou a seguridade social.

Para tomar o exemplo da França, como já havíamos observado no direito da responsabilidade contratual, há uma flutuação que vai até a contradição (63). Assim, por exemplo, a impossibilidade de o devedor cumprir a obrigação, pelo aparecimento de um obstáculo, pode desobrigá-lo por não ter cometido falta, se reconhecer ser o obstáculo intransponível, não criado por ele, como pode ser condenado por não ser o obstáculo “imprevisível e irresistível”. A jurisprudência, nesse terreno, tende atualmente a ser mais humana e a se reaproximar da idéia de falta (64). Isso é freqüentemente justo. Mas será que não há casos em que um sistema de garantia seja preferível, desde que seu domínio seja considerado suficientemente distinto? (65)

Em matéria extracontratual, a fórmula “o acontecimento *normalmente* imprevisível faz admitir a inevitabilidade do dano” pode ser vista como um retôrno à idéia de falta, por nós já elo-

---

(63) A. TUNC, “Absence de faute et force majeure en matière contractuelle”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1945, pág. 235 e segs.; H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *op. cit.*, t. I, 6.<sup>a</sup> ed., n.ºs 665 e segs.; t. II, 5.<sup>a</sup> ed., n.ºs 1563 e segs., em particular n.ºs 1568-2, 1569, nota 11, 1577-2, notas 11-15, 1665.

(64) Cf. H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, nos lugares citados na nota precedente. V. entretanto Civ. 1.<sup>o</sup> civ. 7 de março de 1966, J. C. P. 1966. II. 14878 e nota, J. MAZEAUD, obs. G. DURRY, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1966, pág. 823.

(65) Pensa-se, imediatamente, na obrigação do fabricante e mesmo na do vendedor profissional quanto aos danos causados por vícios escondidos da coisa: v. H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *op. cit.*, t. I, 6.<sup>a</sup> ed., n.ºs 103-8. Cpr. BERNARD GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, prefácio de DENIS TALLON, 1964.

giada. Seria isso sábio? (66) Deixa, ao escusar de culpa algumas pessoas que o mereciam ser, sem indenização inúmeras outras que poderiam e deveriam ser recompensadas pelo seguro. Ainda nesse caso, seria preciso lutar contra a incerteza total, mal escondida por uma fórmula rígida. Mas, ainda assim, pelo menos no caso de acidentes de trânsito, um regime de garantia seria preferível.

15. Na verdade, se se quiser modernizar o direito da responsabilidade extracontratual, a primeira coisa a fazer é, evidentemente, para os países que ainda não o fizeram, instaurar, para os acidentes de trabalho, para os de trânsito e para os acidentes nucleares, um regime de garantia, completado por um regime de responsabilidade efetiva em caso de falta inexcusável. Tal regime pode ser acompanhado de outras leis relativas a atividades perigosas, como existem na Alemanha ou na França para os danos causados pelas aeronaves e teleféricos. Fora de tal regime, restaria a responsabilidade daquele que causa um dano por sua própria falta (67).

Poder-se-ia também, como já propôs o deão RIPERT (68) e como já o fizeram inúmeras legislações modernas, admitir uma responsabilidade geral pesando sobre os que se dedicam a atividades perigosas ou empregam coisas perigosas (69).

Todavia, a melhor solução, se bem que a mais radical, consistiria, sem dúvida, em presumir responsável pelo dano causado qualquer pessoa que, por ato próprio ou por fato de coisa sua, atentar contra a integridade física de um homem ou causar

---

(66) H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *op. cit.*, t. II, 5.<sup>a</sup> ed., n.ºs 1527-2, 1597, 1653, 1665.

(67) Veremos, na cit. *Revue*, pág. 821 e segs., a oposição do professor WEITNAUER à idéia de uma reforma. Não podemos, infelizmente, entrar na controvérsia. Observemos apenas que o autor pertence a um país que, precisamente, foi o primeiro a fazer o esforço de redigir, desde 1909, uma lei sobre acidentes de trânsito, mas confessemos que esta lei, mesmo em sua versão de 1965, nos parece dependente demais da idéia de falta.

(68) Notas D. 1925. I. 97, D. 1927. I. 97, D. 1930. I. 57. — Cf. H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *op. cit.*, t. II, 5.<sup>a</sup> ed., n.ºs 1227 e segs., especialmente n.ºs 1234 e segs.

(69) Essa questão foi objeto de uma excelente pesquisa comparativa: KONRAD ZWEIFERT und HEINZ KÖTZ, *Die Haftung für gefährliche Anlagen in den EWG-Ländern sowie in England und den Vereinigten Staaten von Amerika*, 1966. Ela está no programa do Ministério da Justiça da República Federal da Alemanha e no das *Law Commissions* britânicas (v. *supra*, pág. 763, nota 33). Foi também examinada, sob a supervisão geral do professor MAIJER, no que se refere ao direito civil, quando das Jornadas de Haia da Associação Henri Capitant, em setembro de 1967.

No relatório que apresentou a essas Jornadas, YOSIYUKI NODA observou muito justamente que o direito romano continha regras especiais para as coisas perigosas na época: os edifícios e os animais, e que nós conservamos tais regras em nossos códigos, embora edifícios e animais tenham-se tornado relativamente inofensivos.

dano a uma coisa. É a solução mais simples, a que melhor satisfaz a necessidade de segurança profundamente sentida na época moderna e que, por outro lado, parece justificada pela simples probabilidade dos fatos (70). Parece responder satisfatoriamente aos votos profundos de juristas — como o Procurador-Geral LÉCLERC (71), o deão SAVATIER (72) e o professor STRAHL (73). É, em todo caso, a preconizada, já há 20 anos, pelo nosso colega [BORIS STARCK. Encontramo-la, ao mesmo tempo, nos direitos húngaro, soviético e tcheco-eslovaco (74) e no Código Civil malgache, art. 142, onde foi adotada, precisamente, pela sugestão de BORIS STARCK. A brutalidade aparente que encerra seria atenuada pela engrenagem do seguro. Em si mesma, aliás, não mudaria praticamente nada no direito francês atual, que se encarregaria de acolhê-la — a inovação poderia residir, como veremos, na força da presunção. O lesado só teria de provar a presunção. Quem se queixar de um prejuízo invisível (referente à honra, a um direito da personalidade, ou à lesão de um interesse econômico), só teria de provar a falta. Nesse caso, na verdade, principalmente em matéria econômica, a probabilidade dos fatos não mais justifica a presunção, e a responsabilidade pode ser justificada apenas pela prova de uma falta (75).

O problema mais delicado que acarretaria essa presunção geral seria o de saber em que casos deveria ser suprimida. O erro da vítima deveria, evidentemente, suprimir ou reduzir a responsabilidade. Do mesmo modo, diversos fatos justificativos. Cair-se-ia, então, na alçada da força maior clássica, à qual se deve, como acreditamos, assimilar o erro ou a desatenção, que qualquer um pode cometer, como, por exemplo, no

---

(70) O Código Civil etíope restringe a presunção, por um lado, ao dano à pessoa física através do ato de outra pessoa, e por outro lado, aos danos causados por um certo número de atividades ou de coisas perigosas (art. 2067 e 2069 e segs.: v. *infra*, pág. 928).

(71) Cf. R. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed. 1967, n.ºs 219 e segs.; HENRI DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3.<sup>a</sup> ed. 1964, n.º 935; H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *op. cit.*, t. I, 6.<sup>a</sup> ed., n.º 385.

(72) *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. I, 2.<sup>a</sup> ed., n.º 6-4, e n.º 35 e segs.

(73) Cf. J. HELLNER, *Rev. cit.*, pág. 799 e nota 25.

(74) Art. 339 C. civ. húngaro; art. 88 dos Princípios Fundamentais da Legislação na URSS e art. 44 do C. civ. da RSFSR; art. 420 C. civ. tcheco. — Cpr. art. 1910 C. civ. mexicano.

(75) STARCK ainda diz com muita justiça: “É fácil compreender que, se é necessário garantir aos homens a segurança de sua vida, de seu corpo e a integridade material de seus bens, em qualquer circunstância, a mesma proteção não é concebível no que se refere aos danos puramente econômicos ou puramente morais, em relação aos quais o choque inevitável de atividades concorrentes condiciona uma orientação diferente, mais complexa e mais cheia de nuances” (*op. cit.*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1958, pág. 509).

caso citado da criança que fere outra ao tentar chutar a bola? (76) Poder-se-ia então pensar que a seguridade social oferece uma garantia suficiente contra os danos corporais, os únicos que devem ser essencialmente reparados (77). Entretanto, considerando as possibilidades do seguro e a exigência atual de seguridade, pareceria mais desejável manter a responsabilidade nesses casos (78). A solução ultrapassa a que preconiza STARCK (79). Na verdade, como êle mesmo observa, não está assim tão longe da prática do direito como pode parecer à primeira vista.

16. Parece, igualmente, que a responsabilidade pelas ações de outrem poderia ser bastante simplificada.

Já mostramos a quantidade de contradições sôbre as quais se edificou, na França, a responsabilidade do pai e da mãe de filhos menores (80). Em todos os países que admitem, nesse domínio, presunções de falta, chega-se às mesmas incoerências: para não deixar a vítima sem indenização, reprova-se ao pai, que estava na fábrica ou no escritório, não ter impedido o gesto desastroso de seu filho de 4 anos ou de seu filho que jogava futebol, quando não se manda fazer um estudo da personalidade do menino que deixou escapar das mãos uma pedra muito pesada para saber se, levando-se em conta essa personalidade, o pai tem sido um bom educador! Nesse caso, aliás, seria preciso remodelar o direito, levando em consideração que a maioria dos danos causados pelas crianças se originam de acidentes, isto é, sem êrro real de quem quer que seja. Quem teria a perder, exceto os auxiliares da justiça, com o fato de se tornarem os pais

---

(76) Cf. *supra*, n.º 13.

(77) Tanto o direito soviético (art. 88 al. 2, Princípios e art. 444 al. 2, do Código Civil da RSFSR, como o direito malgache (art. 165: v. *infra*, pág. 931), rejeitam a responsabilidade em caso de força maior. Em revanche, na medida em que condena responsabilidades sem falta (atividades perigosas, animais, edifícios, máquinas e veículos motorizados, produtos fabricados), o Código civil etíope considera que a força maior tem menos importância apenas do que a falta da vítima (art. 2086: v. *infra*, pág. 929).

(78) Cpr. L. DE NAUROIS, *op. cit., supra*, pág. 773, nota 80. Confessamos haver aproveitado questões submetidas a numerosos estudantes, formados no dogma da responsabilidade por falta, o caso concreto seguinte: uma árvore em bom estado é derrubada por uma tempestade violenta e esmaga um passante ou um automóvel; o proprietário deve indenizar a vítima? Alguns minutos após ter afirmado que o direito francês estava baseado, e assim devia continuar, na falta, e de ter respondido em função desta idéia a questão teórica proposta em primeiro lugar, não houve nenhum estudante que não houvesse resolvido a questão em proveito da vítima, no caso concreto que lhe submetemos.

(79) *Op. cit., Revue trimestrielle de droit civil*, 1958, pág. 475 e segs., n.º 31.

(80) PIERRE-DOMINIQUE OLLIER, *La responsabilité civile des pères et mères*, 1961, prefácio de J. CARBONNIER; H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *op. cit.*, t. I, 6.<sup>a</sup> ed., n.º 732 e segs.; A. TUNC, *op. cit.*, J. C. P. 1966. I. 1983.

garantidores dos prejuízos causados por seus filhos até à idade de 16 anos e, em seguida, fazer depender sua responsabilidade da prova da ocorrência de vigilância? (81).

Do mesmo modo, a responsabilidade dos mandantes poderia ser consideravelmente simplificada se ela garantisse a dos *prepostos* durante as horas de trabalho. A condição “nas funções em que são empregados” ou “in the course of the employment” pode ser encontrada por toda parte: ela é nefasta em toda parte. Não leva em consideração litígios sem fim e conduz inevitavelmente os tribunais a se contradizer (82). Ora, para que serve então? Não se trata mais de se voltar a uma responsabilidade que não seja fundada sobre a falta: o exemplo alemão (83) e o exemplo japonês (84) estão aí para o provar. Trata-se então de proteger as vítimas? Poderíamos protegê-las melhor, evitando processos particularmente aleatórios, suprimindo a condição tradicional. Trata-se então de mandar os empregadores vigiarem seus assalariados? A nova norma lhes incentivaria um pouco mais a fazê-lo. Trata-se, enfim, de constatar uma responsabilidade da empresa? Vê-se então o que justifica a condição. De qualquer modo, pareceria oportuno suprimi-la. E, no entanto, em definitivo, a nova norma que seria elaborada não mudaria em muito a responsabilidade dos empregadores e não justificaria em nada relevar os *prêmios* de seguros que eles pudessem pagar para cobri-la (85).

---

(81) Veremos (HELLNER, *infra*, pág. 803) que as legislações escandinavas se orientam para esta solução, a responsabilidade sendo mantida até os 18 anos e limitada em um certo teto. Cpr. também SAVATIER, *Commentaire repenser...*, n.ºs 6 e segs., e nota D. 1967, pág. 299, final da primeira coleção e começo da segunda.

(82) Cf. GEORGES DURRY, obs. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1967, pág. 635.

(83) Cf. WEITNAUER, *infra*, pág. 815.

(84) Cf. MASAICHIRO ISHIZAKI, “La responsabilité civile du travailleur envers l'employeur, les collègues de travail et les tiers”, *Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro*, 1963, pág. 262 e segs., notadamente 274-275.

(85) Acrescentaremos que o recurso do mandante contra o preposto, se parece lógico, é um anacronismo na medida em que não restringe (como em Madagáscar: art. 156 al. 2 da lei de 9 de junho de 1965) em relação aos casos de falta intencional ou particularmente grave. É absurdo que seja o preposto quem suporte os riscos de erro. É preciso transpor, aqui, a noção de falta de serviço (na França, a lei sobre contrato de seguros privou o assegurado de todos os recursos contra ele: L. 13 julho 1930, art. 36, al. 3). O recurso, aliás, é hoje fortemente criticado nos países que o admitem ainda: v. notadamente H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *op. cit.*, t. I, 6.ª ed., n. 927; *adde*: A. SZPUNAR, “La responsabilité civile du travailleur envers l'employeur, ses collègues de travail et les tiers”, in *Actes du Ve. Congrès International de droit du travail*, Lyon, 1963, t. III, pág. 1013 e segs.; M. ISHIZAKI, *op. cit.*, pág. 277; HELLNER, *infra*, pág. 802; EÖRSI, *op. cit.*, *Revue de droit contemporain*, 1963, pág. 9 e segs., 19; CORNU, obs. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1966, pág. 314 e segs.; P. L., nota J. C. P., 1966, II, 14731.

17. Impõe-se, então, saber se não seria oportuno permitir ao juiz *moderar* a indenização, isto é, não ordenar a reparação integral do prejuízo, em consideração ao desnível econômico entre demandado e autor do lesado, quando se trata de um dano não assegurado, em relação ao qual o *bom pai de família* não faz seguro, ou à *leveza* da falta.

A idéia repugna à lógica francesa. É igualmente estranha à tradição da *Common Law*. Entretanto, da Suíça (86), ela atingiu todos os países socialistas (87), inclusive a China (88), e é acatada na Alemanha (89), nos Países Baixos (90), e nos países escandinavos (91), bem como pelo deão PIERRE AZARD (92). É claro que tal teoria não é totalmente destituída de mérito, se se pensa na dificuldade que se sente, freqüentemente, em dizer *há erro*, ou *não há erro*.

Não é também estranha à evolução do direito francês (93). Este sempre rejeitou o sistema do *tudo ou nada*, quando um erro da vítima contribuiu para produzir o dano (94); sabe-se, aliás, que a responsabilidade dividida também se introduziu na *Common Law* com a *Law Reform (Contributory Negligence) Act. 1945*, inglesa. O direito francês admite atualmente a atenuação da responsabilidade, quando uma falta do ofensor se combina com um caso de força maior (95). Seria assim tão chocante ir mais longe e reconhecer que, ao lado de uma pequena falta de precaução, a fatalidade, um encadeamento infeliz de circunstâncias, foi uma

---

(86) Código das Obrigações, art. 43, 44 e 99 al. 3.

(87) C. Civ. húngaro, art. 339 (2); Princípios fundamentais da legislação da URSS, art. 93; C. civ. da RSFSR, art. 458; C. civ. tcheco, art. 450. É preciso, entretanto, sublinhar a oposição a esta noção do professor ADAM SZPUNAR e sua contribuição ao direito polonês recente: v. *infra*, pág. 871 e nota 14.

(88) V. TSIEN, *infra*, pág. 881 e 882.

(89) V. WEITNAUER, *infra*, pág. 820.

(90) V. J. M. M. MAELJER, *Matiging Van Schadevergoeding*, 1962 (resumido em francês); G. E. LANGEMEIGER, "La réforme du Code civil néerlandais", nesta *Revista*, 1965, pág. 55 e segs., 70-71.

(91) V. HELLNER, *infra*, pág. 803; SELMER, "Limitations of Damages According to the Circumstances of the Average Citizen", 5 *Scandinavian Studies in Law*, 1961, pág. 133.

(92) *Op. cit.*, *supra* (pág. 765, nota 43), pág. 496.

(93) O projeto de Código Civil francês de 24 Termidor ano VIII continha, aliás, um artigo (livro 3, cap. 2, seção III, art. 47) assim concebido: "Le juge doit toujours taxer les dommages intérêts avec une certaine modération, lorsqu'il n'y a point de dol de la part du débiteur". V. MAELJER, *op. cit.*, pág. 223.

(94) V. H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *op. cit.*, t. II, 5.<sup>a</sup> ed., números 1475-1257-2.

(95) V. H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *op. cit.*, t. II, 5.<sup>a</sup> ed., números 1611-1613. Para um bom estudo da tendência atual para a atenuação da responsabilidade, v. FRANÇOIS CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à la réparation*, 1967, e o prefácio de HENRI MAZEAUD.

das causas, e talvez a principal, do dano? Como opor a tempestade, que justifica uma atenuação da responsabilidade, ao encadeamento infeliz de circunstâncias que, atualmente, não mais a justificam?

18. Tais são as orientações resultantes de um estudo comparativo da responsabilidade civil.

É claro que outras orientações são concebíveis. A todos os que querem aprofundar-se e meditar, a *Enciclopédia Internationale de Droit Comparé* contribuirá com uma documentação sem precedentes. Desde então, uma coisa parece certa: quando se pensa no desenvolvimento contemporâneo da máquina, no seguro e na seguridade social, pode-se apenas subscrever as palavras de LORD KILBRANDON: “O impacto das técnicas modernas sôbre leis destinadas a um sistema já ultrapassado tem dado origem a conflitos que ainda estão por se resolver” (96).

Para justificar a necessidade de modernizar o direito, o deão JULLIOT DE LA MORANDIÈRE gosta de lançar mão de uma interrogação: “Se pudéssemos reunir alguns juristas de qualidade que estivessem admiravelmente ao corrente das realidades sociais, mas que houvessem esquecido o direito atual, qual a chance que teriam de chegar a reencontrar as conclusões do direito atual?” É a pergunta que se impõe em todos os países do mundo. Pode-se estar certo que, nos países em que o direito da responsabilidade tem mais de 50 anos, foi êle objeto de várias reformas.

A comissão que evocava o deão JULLIOT DE LA MORANDIÈRE chegaria a conclusões novas que seriam, ao mesmo tempo, mais simples, mais justas e mais humanas.

## NOTORIEDADE

LEOPOLDO BRAGA

1. *Notoriedade* é expressão vernácula que exprime o estado ou qualidade do que é *notório*, significando, pois, *publicidade, conhecimento público*, uma vez que o vocábulo “*notório*”, provindo do latim *notorius* (de *noscere*, conhecer), significa *público, reconhecido, manifesto, patente, sabido de todos, de conhecimento geral*, — tal como registam os lexicógrafos.

2. A par, entretanto, da acepção semântica vulgar, vale dizer, do significado comum e usual que lhe corresponde na língua portuguesa, possui o termo “*notoriedade*” um significado específico, de tecnologia jurídica, familiar sobretudo ao direito penal e ao direito processual civil.

O conceito de *notoriedade pública*, em direito penal, nos é dado por PEDRO NUNES, no seu *Dicionário de Tecnologia Jurídica*, nestes termos:

“*Notoriedade pública (dir. pen.)* — Estado de fato, de tal maneira sabido de todos, pelas circunstâncias de que se revestiu, que não pode ser disfarçado ou ocultado e dá motivo a suspeitas sobre o seu conteúdo” (1).

No campo do direito processual civil, o interesse de sua exata e adequada conceituação técnico-jurídica advém, principalmente, da regra prescrita no art. 211 do Código de Processo Civil, segundo a qual, *in verbis*: “independem de prova os fatos notórios”.

Informa o ilustre DE PLÁCIDO E SILVA, em seu moderno e prestimoso *Vocabulário Jurídico*, que “*notório*” — do latim *no-*

---

(1) PEDRO NUNES, *Dicionário de Tecnologia Jurídica*, 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1952, págs. 587-588.

*torius*, de *noscere* (saber, conhecer), em sentido jurídico, é o que é sabido ou conhecido pelo público; é o que é do *conhecimento de todos* ou de *conhecimento generalizado*; e, por ser do conhecimento público, de conhecimento geral, exprime sempre o que se tem como certo e verdadeiro, não precisando ser provado, porque já preexiste por si mesmo.

O mesmo autor assim nos ministra o conceito jurídico de *notoriedade*:

“A notoriedade ... mostra o que é do *conhecimento público*. Nesta razão aponta fato ou acontecimento por tal forma *divulgado, conhecido, que não pode nem deve ser desconhecido* e, por isso, negado.

E já STRYKIO definia o *notório*: “*Notorium esse quod omnibus vel plerique ita manifestum, evidens, publicum, notum cognitumque est, ut nullo modo a quo vis in dubium revocari possit, sed de quo omnes vel plerique autem notitiam et indubitatem fidem habeat*”.

A notoriedade é o estado daquilo que *preexiste* por si mesmo, revelando-se uma *verdade irretorquível*, que deve ser aceita sem discrepância, tal como é, e deve ser admitida como certa. É a *verdade pública, a verdade vulgarizada* ou a *verdade reconhecida pela voz pública*” (2).

3. Todavia, deve acentuar-se, para evitar possíveis dúvidas e confusões, que nem todo fato *público* é, em direito, necessariamente *notório*. Inexiste, aí, coincidência absoluta de significados: um fato público pode ser, ou não ser, *notório* no sentido jurídico, pois como bem explica e discrimina JORGE AMERICANO, é “*público* o fato *conhecido* sem reserva pela generalidade das pessoas (em que a verdade é elemento accidental); *notório*, o fato *verdadeiro* (em que a verdade é essencial, seja apenas afirmada, ou seja manifesto o fato, ou seja evidente, ou seja demonstrado) *conhecido e proclamado pela generalidade das pessoas*” (3).

Assim, também, o mérito PONTES DE MIRANDA ensina que a pluralidade do conhecimento não basta para fazer o fato *notório*, ainda que todos os juízes dêle tenham conhecimento, mas “os ele-

---

(2) DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro, 1962, vol. III, págs. 1.070 a 1.071 (verbetes “*Notoriedade*” e “*Notório*”); *idem*, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 4.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1956, tomo II, págs. 124-125.

(3) JORGE AMERICANO, *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, São Paulo, 1940, tomo I, pág. 439; *idem*, *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, 1960, tomo I, págs. 211-212.

mentos *generalidade e verdade* são essenciais ao conceito de *fato notório*. “A *notoriedade*”, — explica êle — quando se trata de tribunal, não é a notoriedade oficial (todos os juizes sabem do fato); porque a pluralidade (conhecimento só entre juizes) não faz notório o fato, uma vez que a unidade (conhecimento pelo juiz singular) não o faria. O fato de todos os juizes conhecerem leva a “pensar-se” que seja notório, porém não é êsse o sentido de notoriedade probante. A circunstância de todos os juizes conhecerem do fato só o prova *notório* se se trata de fato oficial, fato da vida pública (legislativa, administrativa em sentido largo) do Estado. Não podem os juizes dispensar, por exemplo, a prova da coisa julgada material se todos a conhecem, como seria também impossível permiti-lo ao juiz comum. Naturalmente, a notoriedade há de ser conhecida pelo juiz, ou pelo tribunal, porém não é o conhecerem os juizes os fatos que os faz notórios. A notoriedade independe das partes e do juiz, tanto que o tribunal de recurso pode reformar a sentença que teve o fato por fato notório, ou lhe negou ser notório” ... “A maioria do tribunal pode afirmar a notoriedade, existindo, ou não existindo; a totalidade mesma dos seus membros pode errar, exatamente porque o *fato pode ser geralmente crido sem ser verdadeiro*” (4).

Está a ver-se, pois, que, em direito probatório, o conceito jurídico da *notoriedade* que faz dispensável a produção de prova não é o conceito vulgar, da linguagem comum, mas sim um conceito técnico, especialíssimo, a bem dizer absoluto, no que respeita, quer ao seu conteúdo de *verdade*, quer à condição de *generalidade* do conhecimento respectivo; de modo que cessa a característica de “*notoriedade*” se o fato fôr suscetível de dúvida ou contestação razoável. Por isto mesmo, adverte, ainda, PONTES DE MIRANDA de que os *fatos notórios*, que prescindem de prova, são aquêles “que estão na ordem dos fatos empíricos, como as proposições evidentes na ordem lógica” (5).

O insigne CHIOVENDA considera *notórios* “os fatos que não possam ser negados *sine tergiversatione*” e GUSMÃO entende por *fato notório* “aquêle que é de tal maneira público e conhecido de todos, que a sua existência não possa por ninguém ser posta em dúvida” (6).

Muito expressiva é, ao propósito, a preleção do sábio mestre JOÃO MONTEIRO: “Costumam os escritores ensinar que só os fatos duvidosos devem ser provados, não assim o que é evidente

---

(4) PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1947, tomo II, págs. 165-166; *idem*, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, 1958, tomo III, págs. 303-304.

(5) PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, 2.<sup>a</sup> ed., tomo III, págs. 303-304.

(6) MANOEL AURELIANO DE GUSMÃO, *Processo Civil e Comercial*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, 1926, tomo II, pág. 67.

e notório. Entretanto, nos parece que tal conceito, assim genericamente enunciado, não é de receber sem crítica ou distinções. Por mais notório que apareça o fato, seja êste permanente ou transitório, precisa de ser provado na causa, isto é, não podendo o juiz julgar só pela notoriedade do fato, pois, se o pudesse, seria também testemunha, preciso é que testemunhas deponham afirmando a *notoriedade*. Aquela lição só procede se o fato fôr de notoriedade histórica tão geral, que absolutamente ninguém possa ignorá-lo; *v. g.*, como diz MITTERMAYER, se as testemunhas disserem que o fato se passou no dia de São João, não haverá necessidade de provar que se passou no dia 24 de junho. Só assim nos parece que se deve interpretar a lição de MELLO FREIRE (IV, XVI, II) — *non probandum factum notorium* — sobre o cap. 3 X *de testib. cogend.*" (7).

Por sua vez, o preclaro PEDRO BATISTA MARTINS, depois de prevenir que "a palavra *notoriedade*, em matéria judiciária, é justamente suspeita, constituindo um pretexto, a que se recorre de freqüente, ou por escassearem os elementos de prova, ou por ser difícil produzi-la em Juízo", acrescenta, mais além: "A nosso ver, à categoria dos fatos *notórios* pertencem, exclusivamente, os fatos históricos e certas verdades geralmente admitidas como produtos de longas e repetidas experiências científicas. São verdades axiomáticas, consubstanciadas em máximas como estas: o calor dilata os corpos; não há efeito sem causa; a linha reta é o caminho mais curto entre dois pontos, etc. Estas verdades, ainda que contestadas pelo adversário, não necessitam de prova em juízo porque seria efetivamente absurdo que se pretendesse que, para admiti-las, necessitasse o juiz de uma demonstração. Em relação aos fatos históricos, é claro que nem todos revestem a característica da notoriedade"... "...há, realmente, certos fatos que, conquanto verdadeiros e conquanto pertencentes à categoria dos fatos históricos, podem não revestir a característica de *notoriedade* ou podem ter sido notórios a uma outra geração" (8).

4. Autores há, nacionais e estrangeiros, que emitem, sobre a espécie, opiniões mais moderadas.

O eminente KOHLER, citado por EDUARDO ESPÍNOLA nos seus comentários ao antigo Código de Processo do Estado da Bahia, assim se pronunciou a respeito do assunto: "Naturalmente, a noção é relativa. Pode alguma coisa ser notória em um círculo e não o ser em outro... Não é, portanto, de modo algum, extravagante que, eventualmente, se promova uma prova sobre o notório, como, por ex., que se indague do burgomestre de uma co-

---

(7) JOÃO MONTEIRO, *Teoria do Processo Civil e Comercial*, 4.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1925, tomo II, § 126, pág. 357.

(8) PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1941, tomo II, págs. 451-452.

muna se êste ou aquêlo fato é ali notório. Notório é tudo aquilo que chega com segurança ao conhecimento de uma classe inteira de homens, sem que se tenham servido de meios indevidos, ou se haja colhido na fonte turva das indagações puramente privadas” (9).

CARVALHO SANTOS, com apoio em GOLDSCHMIDT, destarte opina: “Não se exige uma notoriedade absoluta. Basta que o fato seja do conhecimento de um círculo local limitado de pessoas, ou de uma classe determinada da população, mas não por um mero grupo profissional”.

“Costumam alguns tratadistas sustentar que o fato é notório, quando é do conhecimento de todos, não podendo, mesmo, ser desconhecido, pela sua divulgação e publicidade. Não há dúvida de que o conceito é exato, mas não abrange tôdas as espécies de notoriedade. Todo mundo sabe, por exemplo, que 25 de dezembro é dia de Natal. Por isso mesmo, sendo notório êsse fato, não precisa ser provado. Mas, mesmo que não seja do conhecimento de todos, ainda assim o fato pode ser notório, se conhecido, por exemplo, por um círculo amplo de pessoas, ou por uma determinada classe, componente da população local. É que a notoriedade não exige o conhecimento *universal*. Basta que haja o *geral*. O que se não deve confundir é a notoriedade com o fato denominado *público*, oriundo da propalação de uma notícia entre um certo número de pessoas, por isso que aí essas pessoas precisam vir a juízo depor sôbre aquêlo fato, para ficar provada a sua existência” (10).

5. JORGE AMERICANO explica que o fato notório se distingue do que é *manifesto*, do *demonstrado* e do *público*. *In verbis*: “Entende-se *manifesto* o que se reconhecer verdadeiro pela simples exteriorização (em que a verdade decorre da exteriorização); *evidente*, o que se reconhece verdadeiro pelo simples enunciado (em que a verdade independe de exteriorização); *público*, o fato conhecido sem reserva pela generalidade das pessoas (em que a verdade é elemento accidental); *notório*, o fato *verdadeiro* (em que a verdade é essencial, seja apenas afirmada, ou seja manifesto o fato, ou seja evidente, ou seja demonstrado) conhecido e proclamado pela generalidade das pessoas” (11).

Ensina, ademais: a) que a notoriedade pode ser *universal*, *geral* ou *local*, sendo de aplicar-se, indiscutivelmente, às primeiras (*universal* e *geral*) a regra do art. 211 do Código de Processo Civil; ao passo que a *local* depende de saber-se até onde

(9) EDUARDO ESPÍNOLA, *Código de Processo do Estado da Bahia, Anotado*, Salvador, Bahia, 1916, tomo II, pág. 502.

(10) J. M. DE CARVALHO SANTOS, *Código de Processo Civil Interpretado*, 5.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1959, tomo III, págs. 161-162.

(11) JORGE AMERICANO, *op. cit.*, tomo I, págs. 211-212.

pode repercutir mantendo o caráter de notoriedade, não circunscrito apenas à jurisdição do magistrado da primeira instância; assim, conhecido dêle, deve entretanto ser estabelecido nos autos, senão pela prova do próprio fato, pelo menos por sua notoriedade); b) que a notoriedade pode referir-se a um fato *social*, ou *científico*, ou *histórico*, ou *profissional*, — em consequência do que, conforme o caso, pode circunscrever-se ao respectivo meio dentro do qual revista os caracteres de fato verdadeiro, conhecido e proclamado pela generalidade dos homens, e, nesse caso, desde que o meio, onde é notório o fato, seja pouco acessível aos juizes das instâncias superiores, a notoriedade em que as partes não assentirem (art. 209 do Código de Processo Civil) deve ser de algum modo *provada* nos autos; c) que a notoriedade pode ser *oficial*, pelo seu caráter científico ou histórico, ou pode ser *vulgarizada* ou *popular*, — valendo como exemplos da primeira: a composição química da água com hidrogênio e oxigênio e a independência do Brasil em 7 de setembro de 1822, e como exemplo da segunda o de que o dia de Natal é a 25 de dezembro —; mas quando a gradação se reduz ao simples assentimento entre as partes, a dispensa de prova já não assenta no art. 211 e sim no art. 209 do Código de Processo Civil (12).

6. Aduz, outrossim, o ilustre professor de São Paulo que há um caso em que a notoriedade não se regula pelo art. 211 do aludido Código de Processo Civil: é o de que, embora notório, *o fato seja o objeto da controvérsia*. E explica: “Embora geralmente indiscutido e, por isso, *notório*, passa o fato a ser objeto de contestação porque se lhe nega a veracidade. Então, desde que haja ligeira verossimilhança na impugnação da notoriedade, a prova tem que ser admitida, salvo ao juiz, em caso de inverossimilhança completa da impugnação, indeferir a prova contrária à notoriedade” (13).

7. Invocando a autoridade de GOLDSCHMIDT (14), alude PEDRO BATISTA MARTINS à sua clássica distinção da notoriedade em *geral* e *oficial*:

“Considera-se que um fato é notório para o tribunal quando é conhecido por todos os juizes, com tôda segurança, baseando-se tal conhecimento na apreciação, não de indivíduos isolados, senão na generalidade das pessoas (fatos de notoriedade *geral*) ou só dos membros do tribunal, por seu caráter oficial

---

(12) JORGE AMERICANO, *op. cit.*, tomo I, págs. 211-212.

(13) JORGE AMERICANO, *op. cit.*, tomo I, pág. 212.

(14) JAMES GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, ed. espanhola, trad. de Leonardo Prieto Castro, Madri, 1936, pág. 259.

(fatos de notoriedade *oficial*). Para os primeiros basta o seu conhecimento por um círculo local limitado de pessoas, e ainda por uma determinada classe da população, não, porém, por um simples grupo profissional. O conhecimento privado do juiz, não só não basta para caracterizar a notoriedade, mas até, ao contrário, pode prejudicá-la. Efetivamente, em tais casos, no que toca ao objeto do seu conhecimento, o juiz deveria intervir no processo na qualidade de testemunha, ficando, *ipso facto*, impedido de exercer as suas funções judiciais”. “Não me parece — comenta, a seguir, o saudoso processualista compatriótico — “que ao juiz seja lícito dispensar a prova de fatos de notoriedade judicial. O que o juiz poderá fazer no processo de tipo inquisitório é ordenar, *ex officio*, a reunião de processos, ou mandar que a parte interessada junte aos autos, por certidão, qualquer prova constante de outro processo em que haja funcionado. Mas, isso mesmo, advirta-se, no caso em que o fato tenha sido alegado por qualquer dos litigantes, porque o juiz pode ter iniciativa na produção da prova, mas não pode basear a decisão em fatos não alegados pelas partes, ainda que notórios: *notorium non esse probandum sed tantum alligandum*” (15).

Com base no mesmo autor (GOLDSCHMIDT), ensina CARVALHO SANTOS que, quando o fato é conhecido do juiz ou dos membros do tribunal, em razão de seu caráter oficial, diz-se que o fato é de *notoriedade oficial*. Entretanto, o conhecimento privado do juiz não é bastante para caracterizar a notoriedade; ao invés, a prejudica, por isso que, “neste caso, o juiz, quanto ao objeto de seu conhecimento, deveria intervir na qualidade de testemunha, ficando, por isso mesmo, excluído da sua função judicial” (16).

8. O conhecimento e a oportuna consideração dêesses aspectos e problemas do conceito de “*notoriedade*”, na prática forense, em função das interpretações do *direito probatório*, podem, muita vez, dirimir dúvidas e evitar equívocos, tanto por parte de advogados como de julgadores.

---

(15) PEDRO BATISTA MARTINS, *op. cit.*, tomo II, págs. 453 a 454.

(16) CARVALHO SANTOS, *op. cit.*, tomo III, pág. 161.

## ELABORAÇÃO OU REVISÃO DE CÓDIGO CIVIL, TAREFA ÁRDUA

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

O Código Civil é o repositório das tradições jurídicas. Nêle estão as vigas mestras do edifício jurídico: família, propriedade, contratos e responsabilidade civil. Por isso, a elaboração de um Código Civil é tarefa morosa, séria, feita com muita cautela, não sendo raro, não só aqui, como na França, Argentina e em outros países, a sobrevivência de velhos códigos, com alguns retoques e o esquecimento de anteprojetos inovadores.

A história da elaboração e reforma dos principais códigos civis comprova o que acima dissemos, bastando lembrar, para iniciar, o Código Civil francês, mais do que centenário, com 165 anos, de pé, graças a interpretações atualizadoras dos Tribunais Franceses, apesar de haver, desde 1904, comissões constituídas para reformá-lo. Tal código resultou de uma recomendação da Constituinte de 1791. Atendendo-a, foram apresentados quatro anteprojetos, que não foram aproveitados. Nove anos depois, Napoleão, em 1880, nomeou uma comissão para redigi-lo, constituída por PORTALIS, TRONCHET, MALLEVILLE e BIGOT, cujo anteprojeto provocou, como é do conhecimento dos historiadores e dos estudiosos do assunto, grave desentendimento entre BONAPARTE e os órgãos estatais competentes para apreciá-lo e aprová-lo, que levou NAPOLEÃO a alterá-los em sua composição a fim de sancioná-lo. Vencidos os obstáculos políticos, foi promulgado em 1804. É o *Code Civil des Français*, como foi denominado inicialmente, pois, em 1807, passou a ser conhecido como *Code de Napoléon*, para, posteriormente, em 1814, receber a denominação atual, *Code Civil*. Tão perfeita é sua forma literária que STENDHAL diàriamente lia-o para aprimorar o seu estilo... De 1804 para cá sofreu reformas fragmentárias que não o alteraram em suas linhas gerais. Atendeu, como ainda atende, às necessidades de uma sociedade industrial, para a qual foi ditado, graças, como dissemos, às interpretações atualizadoras dos Tribunais franceses. Resistiu, apesar do individualismo

jurídico que o inspira, às grandes tempestades que se abateram sobre a Europa em 1914-1918, 1929 e 1939-1945. No ano de seu centenário, 1904, foi constituída uma comissão para reformá-lo, apesar da oposição de muitos civilistas da época. PLANIOL opôs-se à sua reforma geral (1). Depois de ressaltar os perigos e a inutilidade de tal reforma, PLANIOL assim se pronunciou: “um código inteiramente nôvo é um instrumento incômodo, os alemães, atualmente, estão realizando essa penosa experiência. Foi-nos preciso mais de cinqüenta anos de intenso trabalho coletivo para dar a nossos tribunais e nossos profissionais instrumentos completos e seguros, foram necessárias as grandes obras de DEMOLOMBE e de AUBRY et RAU, coleções de jurisprudência já desenvolvidas e o vasto *Repertoire du Dalloz*, imitado por SIREY e pelos PANDECTAS. Que utilidade aconselha o reinício de semelhante trabalho em um ambiente de incertezas que deverá perdurar por mais cinqüenta anos ainda?” Prossegue PLANIOL: “Os Romanos nunca reviram as Doze Tábuas e nunca se arrependeram disso. Nenhum progresso foi entravado pela ausência de revisão em sua legislação, e talvez até a velhice dêesses textos, sua inspiração no passado deixaram o campo mais livre para as reformas pretorianas. Conservemos nossas leis, deixêmo-las envelhecer e, em caso de necessidade, tentemos revê-las moderadamente”. Ainda PLANIOL: “se certas partes são insuficientes ou nos atrapalham, mudêmo-las sem alterar tôda a legislação”. Isto porque, segundo PLANIOL, “as leis são vestimentas que se amarrotam com o uso e que custam a se amoldar às formas do corpo”. Continua PLANIOL: “minha conclusão será, portanto, não no sentido de que reformas não sejam necessárias (se tivesse possibilidades, eu mesmo proporia inúmeras), mas que é preciso realizar reformas parciais, moderadamente e com precaução”. Os inconvenientes certos e os riscos prováveis de uma tal operação ultrapassam, de muito, as suas vantagens” (ob. cit.). O prestígio e a autoridade de PLANIOL nos levou a reproduzir tão longa citação. Mas, quando PLANIOL assim se pronunciou, a Europa radiava vitalidade, pois não tinha sido ainda mortalmente ferida. De 1904 para cá, várias comissões foram constituídas para reformá-lo — v. os *Travaux de la commission de réforme du Code Civil* (Paris, Sirey), em vários volumes —, sendo, talvez, a mais importante, a que conjuntamente com a italiana trabalhou em um anteprojeto de código de obrigações, sobre a qual falaremos depois.

Após a II Guerra, no Govêrno do General de Gaulle, foi baixado o Decreto n.º 451.194, de 1945, constituindo uma comissão encarregada de preparar uma “revisão geral” do código

---

(1) PLANIOL, “Inutilité d'une révision générale du code civil” (*Le code civil. Livre du centenaire, Paris, 1904, t. II, p. 955-963*).

civil, formada por 3 professôres, 3 membros do Conselho de Estado, 3 magistrados e 3 advogados. Assim ficou constituída: JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (presidente), NIBOYET, H. MAZEAUD, ANCEL, CHARPENTIER, JOUSSELIN, LABRE, RATEAU, LYON-CAEN, LATOURNERIE, OUDINOT e DELEPINE, sendo secretários: P. COSTE-FLORET, substituído posteriormente por HOUIN, HERZOG e MALLET. Tal decreto foi, na realidade, provocado pela Association HENRI CAPITANT. Em 1953 a referida comissão concluiu um anteprojeto, ainda não transformado em lei, contendo uma "Parte Geral" (Livro IV), que trata "Des actes et des faits juridiques" (2).

Na Alemanha a codificação foi também uma tarefa difícil de ser executada. Provocou uma polêmica entre THIBAUT, que em 1814 pediu um código geral para a Alemanha, e SAVIGNY, que a êle se opunha. Dessa polêmica resultou a Escola Histórica do Direito, que, apesar de sua importância na época e de ter dado novos rumos à Filosofia do Direito e à Sociologia Jurídica, não prejudicou os trabalhos de codificação, que duraram 20 anos, iniciados em 1874, quando foi constituída uma comissão, composta de GOLDSCHMIDT, MEYER, KÜBEL, SHELLING, NEUMAYR e WEBER, para elaborar um projeto de código civil. No mesmo ano foi constituída outra comissão, da qual fizeram parte WINDSCHEID, ROTH, PAPE, DERSCHIED, KÜBEL, JOHOW, PLANK, WEBER, SCHMITT, GEBHARD e KURLBAUM. A comissão em 1887 aprontou o primeiro projeto, que foi alvo de críticas, dentre as quais podem ser destacadas as de GIERKE, FISCHER e MENGER. Com as emendas apresentadas e as críticas foi submetido, em 1890, à nova e numerosa comissão revisora, da qual fizeram parte KUNTZEL, AELSCHLÜGER, GEBHARD, v. MANDRY, PLANK, RUGER, EICHOLZ, CONRAD, SOHM, JACUBEZKY, etc., que, em 1895, apresentou o projeto definitivo. Tal projeto, fundado no primitivo, no qual WINDSCHEID havia exercido profunda influência, retrata as idéias dos pandectistas, notando-se nêle a presença do direito romano. Tal presença, segundo SALEILLES, era inevitável por não ser possível, como disse SALEILLES, fazer um código civil alemão sem direito romano, salvo se feito sem direito alemão (SALEILLES: *Introduction à l'étude du code civil allemand*, Paris, 1903, pág. 8). Pronto o anteprojeto, foi encaminhado ao *Reichstag*, que, com emendas, o aprovou em 1806. Promulgado em 18 de agosto de 1896, entrou em vigor em 1.º

---

(2) A questão da utilidade da "Parte Geral" dos Códigos é controvertida, havendo, não só na Alemanha, como em outros países, os que a defendem e os que a condenam. Entre nós, ORLANDO GOMES é contrário à sua inclusão no Código Civil. A nosso ver, desde que não vinculada a uma posição filosófica, consideramo-la útil. Consultar, sobre a questão, o interessante trabalho de IONESCU, "Le problème de la partie introductive du code civil" (*Revue Internationale de Droit Comparé*, 1967, n.º 3).

de janeiro de 1900. É o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), que, com 69 anos de vigência, ainda está de pé, apesar de ter sofrido reformas fragmentárias. HEDEMANN, ao tempo do nazismo, sustentou a possibilidade de rejuvenescê-lo com alguns enxertos. Depois da II Guerra foram revogadas as alterações de cunho ideológico nêlo introduzidas.

Desde 1859, na Itália, iniciaram-se os trabalhos para a elaboração de um código civil comum a todo o território italiano. Obtida a unificação política tornou-se necessária a jurídica. Três projetos foram apresentados (1860 — 1862), e abandonados. PISANELLI, aproveitando críticas e sugestões, aprontou um quarto projeto (1863), que, modificado, transformou-se, em 1865, em lei. É o Código Civil que vigorou até 1942. Tal Código atendeu às necessidades da Itália liberal e da facista, apesar de várias comissões terem sido nomeadas para revê-lo. Durante a I Guerra Mundial, em 1917, foi constituída uma comissão, presidida por V. SCIALOJA, para estabelecer as bases de sua reforma (Decreto 1.529). Posteriormente, a Lei n.º 2.814, de 1923, delegou ao Executivo poderes para reformar o código civil e elaborar novos códigos nos demais campos do Direito. No que concerne ao código civil, limitada foi a delegação de poderes, pois era restrita a alguns artigos do código de 1865, apontados na citada lei. Porém, outra lei, a de n.º 2.260, de 1925, ampliou tais poderes, estendendo-os a todo o código, desde que respeitadas os “principais princípios dos institutos”. Das comissões encarregadas da reforma dos códigos talvez a mais importante tenha sido a incumbida de elaborar uma legislação uniforme na matéria das obrigações e contratos para a França e a Itália. Dela tomaram parte, pela Itália, V. SCIALOJA (presidente), ASCOLI, DE RUGIERO e AZARA, enquanto pela França, LARNAUDE (presidente), H. CAPITANT, A. COLIN, RIPERT e BOUTERON. Como vemos, dificilmente poder-se-á imaginar uma comissão de nível mais alto. Foram bem sucedidos, pois, em 1928, concluíram o “anteprojeto franco-italiano de código de obrigações” (v. “Relazione sul progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti comune all’Italia e dalla Francia” in *Revista di Diritto Civile*, 1928), na época obra de méritos, que, segundo os membros da comissão, deveria servir de modelo às nações européias e às demais nações. Críticas severas foram entretanto a ela feitas, principalmente por BETTI, respondidas, de certa forma polêmica, por SCIALOJA e D’AMELIO (ASCOLI: “Il nuovo codice delle obbligazioni e dei contratti”, in *Rivista di Diritto Civile*, 1928; BETTI: “Il progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti” na *Rivista del Diritto Commerciale*, 1929; Id.: “Sul progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti”, *idem*, 1930; D’AMELIO: “Il progetto... “retificando BETTI, na *Rivista*

*del Diritto Commerciale*, 1929; SCIALOJA: Postilla alla replica del Prof. BETTI — *Rivista del Diritto Commerciale*, 1930).

Apesar de seus méritos, tal anteprojeto não foi aproveitado em nenhum dos dois países. O velho código de 1885 resistiu a todos os ataques. Mas os trabalhos de codificação não estavam interrompidos. A Comissão Real, encarregada dos códigos civil, comercial, processo civil e marítimo, de 1924 a 1937, aprontou o projeto de três partes do código civil (pessoa e família, coisas e direitos reais, sucessões e doações). Em 1939, foi promulgado o Livro I que trata das pessoas e da família. A Guerra retardou a conclusão das demais. Mas, em 1942, foi promulgado o *Codice Civile*, unificando o direito privado. Este código resultou dos estudos que há vários anos vinham sendo feitos pela Comissão encarregada de elaborá-lo, da qual fizeram parte SCIALOJA, D'AMELIO, ASCOLI, POLACCO, BENZA, BONFANTE, BRUGI, BRUNETTI, COVIELLO, F. FERRARA, MAROI, DE RUGGIERO, FADDA, PACCHIONI, MESSINA, VASSALI, VENZI e ROSSI. Muitos desses juristas faleceram antes que a comissão, da qual fizeram parte, concluísse os seus trabalhos. Não é de admirar que uma comissão, formada de tão insignes juristas, tenha conseguido elaborar um dos monumentos legislativos de nossa época, o *Codice Civile* de 1942, que, no dizer de F. FERRARA, encerra dignamente um século de progresso jurídico (FERRARA: "Un secolo di vita del diritto civile (1839-1939)" in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1939, pág. 444). É de lastimar o fato de os interesses políticos terem deturpado tal obra científica (v. nosso trabalho "Aspectos do novo Código Civil italiano" in *Direito*, Vol. XXXVIII, 1946). Tais interesses levaram o ministro GRANDI, na "exposição de motivos" desse código, esquecendo-se ou pensando que os estudiosos haviam esquecido o trabalho da comissão franco-italiana e tudo o que havia sido escrito sobre a unificação do direito privado, a apresentar tal unificação como uma conquista do corporativismo (*Relazione del Ministro Guardasigilli*, Roma, 1943, págs. 10 e 24). Afastados, entretanto, os aspectos políticos, ressaltados em tal "exposição de motivos", o *Codice Civile* de 1942, apesar de seus defeitos, apontados pela doutrina do após-guerra, é um dos monumentos legislativos da nova Europa.

O código civil português também resultou de um trabalho moroso, iniciado em 1850 quando A. L. SEABRA foi convidado para elaborá-lo. O decreto que o encarregou de tal espinhosa tarefa explica porque o governo português achou mais prudente confiar tal obra a um jurista do que a uma comissão. E explica desta forma: a "redação dos códigos, para ser metódica, precisa e clara, deve ser feita por uma só pessoa, e revista, depois, por comissões compostas por pessoas idôneas para tão importante trabalho". A comissão revisora, designada pelo decreto de 1850,

compunha-se de V. FERRER NETO PAIVA, M. A. COELHO DA ROCHA, D. J. DE SOUZA MAGALHÃES e J. J. PAIS DA SILVA. Dela fez parte também SEABRA. Parte do projeto ficou pronto em 1858. Concluído em 1857, foi submetido à referida comissão revisora, muito mais numerosa que a inicialmente designada, pois, além dos nomes citados, dela fizeram parte ALEXANDRE HERCULANO, F. A. FERNANDES DA SILVA FERRÃO, A. DE AZEVEDO DE MELO e CARVALHO, L. MARIA JORDÃO, etc. Foi o projeto examinado também pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pelo Supremo Tribunal, pelos demais tribunais e por outras instituições. Sofreu várias críticas, inclusive por parte de TEIXEIRA DE FREITAS. Em 1859 foi reeditado sem alterações. Novamente submetido à comissão revisora, foi alvo de estudo muito demorado devido à intransigência do autor do projeto, que não concordava com as alterações propostas pela comissão revisora. Finalmente, em 1863, prevaleceu o ponto de vista da comissão revisora, que concluiu a redação do projeto de código civil português. Porém, antes de ser encaminhado ao Legislativo, foi novamente submetido a uma comissão de redação, que concluiu seus trabalhos em 1865. Encaminhado à Câmara dos Deputados, em 9 de novembro de 1865, foi votado e aprovado, tendo sido, em 1.º de julho de 1867, promulgado, para entrar em vigor em 22 de março de 1868. Portanto, a elaboração do código civil português durou dezessete anos. Tal código manteve-se de pé, com várias alterações, até 25 de novembro de 1966, quando, pelo Decreto-lei n.º 47.344, foi promulgado o atual Código Civil português, que entrou em vigor em 1.º de julho de 1967. Resultou do trabalho de vários juristas, dentre os quais MANOEL GOMES DA SILVA, ADRIANO VAZ SERRA, PIRES DE LIMA, GALVÃO TELLES, RUI DE ALARCÃO e ANTUNES VARELA. Coube a PIRES DE LIMA, além da elaboração do livro do "direito das coisas", a revisão geral, sistematização e coordenação dos diferentes livros do projeto.

Na Argentina, a campanha para a elaboração de um código civil data de 1863. No ano seguinte, isto é, em 1864, o presidente MITRE, convidou VÉLEZ SARSFIELD para redigir tal código. VÉLEZ SARSFIELD, que confessou ter-se inspirado no projeto TEIXEIRA DE FREITAS, concluiu seu trabalho em 1869, que, no mesmo ano, foi remetido ao Congresso, que, ainda em 1869, o aprovou. Promulgado em 29 de setembro de 1869, entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1871. Em 1926, a comissão encarregada de revê-lo, constituída por REPETTO, SALVAT, BIBILONI, LAFAILLE, MARTINEZ PAZ, RIVAROLA, TOBAL, etc. iniciou seus trabalhos, aprontando, sete anos depois, o primeiro projeto, de autoria de J. A. BIBILONI. Posteriormente, em 1936, partindo do anterior projeto, a comissão concluiu o projeto definitivo, de autoria de H. LAFAILLE e G. TOBAL. Remetido ao Congresso, foi esquecido, não

tendo sido aprovado. Em 1960 nova comissão foi nomeada, da qual faziam parte B. BOGGERO, LEÓN e BUSSO, que não chegou a apresentar projeto algum. Sete anos depois, numerosa comissão, constituída por G. BORDA, A. G. SPOTA, R. MARTINEZ RUIZ, J. M. LÓPEZ OLACIREGUI, J. F. BIDAU, A. FLEITAS e D. ALCINA ATIENZA, que acabou reduzida a três membros (A. FLEITAS, R. MARTINEZ RUIZ e J. F. BIDAU), apresentou um anteprojeto, que serviu de base à lei n.º 17.711, de 22 de abril de 1968, que alterou profundamente o velho código VÉLEZ SARZFIELD, e que entrou em vigor em 1.º de julho do mesmo ano. Houve também um projeto de J. J. LLAMBIÁS, presidente do Instituto de Derecho Civil, com a colaboração de R. J. PONSSA, J. A. MAZZINGHI, J. E. BARGALLÓ CIRIO e R. J. ALBERDI, segundo informa o autor, LLAMBIÁS, em seu *Tratado de Derecho Civil* (Buenos Aires, 1967, I, pág. 201). Assim, quase centenário, o código de 1871, teve uma longa vida, 97 anos, mantendo-se ainda de pé, com os vastos “enxertos” introduzidos pela referida lei. Os perigos de profundas alterações são grandes, pois podem quebrar o sistema. Aliás, sôbre tal risco, em 1904, já havia-se manifestado LARNAUDE: “Todo código comporta necessariamente um plano, quer dizer, um arranjo sistemático das diferentes partes das quais êle se compõe. Apresenta uma certa harmonia nas proporções. Por isso é bem provável que uma lei especial quando intervém para trocar essa ou aquela disposição quebre harmonia do código (LARNAUDE: “Le code civil et la nécessité de sa revision”, in *Le Code Civil. Livre du Centenaire*, cit.).

Também a elaboração de nosso código civil não foi tarefa fácil. Foi penosa e morosa como nos demais países. Tivemos vários anteprojotos destinados a substituir as Ordenações Filipinas, que aqui vieram, com caráter provisório, desde a Independência até que fôsse organizado um “nôvo código civil, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade” (Constituição de 1824). O Governo Imperial, observando preceito constitucional, contratou TEIXEIRA DE FREITAS para consolidar as leis civis pátrias. Pronta a *Consolidação das Leis Civis*, em 1857, foi submetida a uma comissão revisora composta do VISCONDE DE URUGUAI, NABUCO DE ARAÚJO e C. A. SOARES. Aprovada, foi alvo de críticas, principalmente por parte do Conselheiro REBOUÇAS. Dois anos depois, em 1859, o Governo Imperial celebrou nôvo contrato com TEIXEIRA DE FREITAS, dessa vez para a confecção de um projeto de código civil. TEIXEIRA DE FREITAS elaborou um *Esbôço*, que não chegou a concluir, pois, partidário de um Código Geral, unificador do direito privado, interrompeu-o em 1867, submetendo ao Governo nôvo plano de código civil, que não sendo aceito, motivou, em 1871, a rescisão do contrato referido. O “Esbôço de Código” publicado não foi aqui

aproveitado, porém o jurista argentino VÉLEZ SANSFIELD, encarregado da elaboração do código civil argentino, aproveitou-o largamente. No ano seguinte, em 1872, foi com o Conselheiro NABUCO DE ARAÚJO celebrado contrato para a elaboração de um projeto de código civil. A morte impediu que NABUCO DE ARAÚJO concluísse o seu trabalho, interrompido na Parte Geral. FELÍCIO DOS SANTOS, em 1878, levou avante a tarefa iniciada pelo Conselheiro NABUCO, tendo-o concluído sob a forma de *apontamentos*. Submetido, em 1881, a uma comissão revisora, composta de LAFAYETTE, RIBAS, COELHO RODRIGUES, FERREIRA VIANA e JUSTINO DE ANDRADE, foi aprovado como plano de trabalho. A comissão revisora foi pelo govêrno encomendado um projeto, que não chegou a apresentar. FELÍCIO DOS SANTOS, então, em 1882, apresentou à Câmara dos Deputados um projeto de Código Civil, que não foi votado. OURO PRÊTO, em 1889, nomeou uma comissão para redigi-lo, composta de CÂNDIDO DE OLIVEIRA, SOUZA DANTAS, SILVA COSTA, AFONSO PENA, COELHO RODRIGUES, que, em virtude da proclamação da República, não pôde concluir seus trabalhos. Em 1890 foi contratado COELHO RODRIGUES para cumprir tal tarefa, tendo, em 1893, apresentado ao Govêrno um anteprojeto que foi submetido a uma comissão revisora, que não o aprovou. Nova comissão, em 1895, foi constituída para, tomando por base os projetos existentes, escolher o melhor. Escolheu a comissão o de COELHO RODRIGUES, que anteriormente havia sido rejeitado, para servir de base à elaboração do projeto definitivo por uma comissão a ser nomeada. Porém tal comissão não foi nomeada. Abandonou, então, o Govêrno a idéia de confiar a uma comissão tal tarefa, contratando, em 1899, CLÓVIS BEVILAQUA para elaborar um anteprojeto de código civil, aproveitando, segundo recomendação do govêrno, no que fôsse possível, o projeto COELHO RODRIGUES. O trabalho ficou pronto no mesmo ano, tendo sido submetido a uma comissão revisora, composta de T. E. SAIÃO BULHÕES DE CARVALHO, F. DE PAULA LACERDA DE ALMEIDA, A. B. F. DE CARVALHO, J. DA COSTA BARRADAS e O. H. DE AQUINO E CASTRO. Tal comissão só no ano seguinte, isto é, em 1900, concluiu seus trabalhos. Foi então convocado CLÓVIS BEVILAQUA para, integrando a referida comissão, participar de nova revisão do projeto. Feita a revisão final, em 17 de novembro de 1900, foi, pelo Presidente da República, encaminhado o projeto, alterado pela comissão revisora, à Câmara dos Deputados. Na Câmara foi constituída uma comissão para examiná-lo, ao mesmo tempo em que o projeto era objeto de estudos pelos Tribunais Federais e Estaduais, Faculdades de Direito e Instituto dos Advogados. SÍLVIO ROMERO foi o relator do parecer da comissão da Câmara aprovando o projeto com alterações. CLÓVIS BEVILAQUA e ANDRADE FIGUEIRA intervieram nos debates da comissão legislativa. Emendado, foi submetido

ao plenário. Aprovado, foi remetido ao Senado, onde nova comissão, sob a presidência de RUI BARBOSA, o examinou. RUI, em 1902, atacou violentamente o aspecto literário do projeto, motivando a célebre polêmica com o gramático de fama na época, CARNEIRO RIBEIRO, que defendeu a redação, pois tinha participado da redação final do projeto de CLÓVIS. Grandes literatos brasileiros ficaram do lado de CARNEIRO RIBEIRO, bastando lembrar MEDEIROS E ALBUQUERQUE, enquanto JOSÉ VERISSIMO e CÂNDIDO DE FIGUEIREDO apoiaram o parecer de RUI, aprovado pelo Senado. Porém, enquanto o projeto CLÓVIS BEVILAQUA era objeto de críticas e de demorado estudo, INGLÊS DE SOUZA apronta um anteprojeto unificador do direito privado, que foi abandonado. Submetido o de CLÓVIS BEVILAQUA, com emendas, ao plenário do Senado, foi, em 29 de dezembro de 1912, aprovado. Restituído à Câmara, em virtude de ter sido emendado, foi novamente submetido à comissão parlamentar para apreciar as emendas do Senado. Com parecer dessa comissão, foi submetido ao plenário da Câmara, que, em 1915, rejeitou 94 emendas, motivo porque retornou ao Senado, que manteve parte das emendas rejeitadas, obrigando a restituição do projeto à Câmara, que transigiu, aceitando algumas das mantidas pelo Senado. Tendo em vista tal impasse, foi constituída uma comissão parlamentar mista, composta de deputados e senadores, que aprovou a redação definitiva em dezembro de 1915. Remetido ao Presidente da República, sancionou e promulgou o projeto em 1.º de janeiro de 1916 (Decreto n.º 3.071), para entrar em vigor em 1.º de janeiro de 1917. É o Código que ainda está em vigor, apesar de ter sofrido alterações através de vasta legislação. Prima pela clareza e pela precisão. Se levarmos em conta a data, 11 de janeiro de 1859, quando TEIXEIRA DE FREITAS foi contratado pelo Govêrno Imperial para elaborar um projeto de Código Civil, e 1.º de janeiro de 1916, quando promulgado o código atual, chegaremos à conclusão de que a elaboração de nosso código civil durou 56 anos.

Depois de 1930 foi nomeada uma comissão para apresentar um projeto de código civil. Na década de 40 foi constituída outra comissão formada por PHILADELPHO DE AZEVEDO, OROZIMBO NONATO e HAHNEMANN GUIMARÃES, que, em 1941, apresentou somente a "parte geral" do projeto de Código de Obrigações (D. O. de 10-2-1941). Apesar de seus méritos não foi aproveitado. No govêrno JÂNIO QUADROS, foi renovada a idéia de reforma do Código Civil. ORLANDO GOMES foi encarregado de apresentar um projeto de Código Civil, enquanto CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS e SYLVIO MARCONDES, de apresentar um de Código de Obrigações. Talvez tivesse sido mais prudente nomear uma só comissão para elaborar um só código, tendo em vista o risco que corre o sistema.

e o plano de uma codificação quando executados por comissões diferentes. Prontos os projetos encomendados, o de Código Civil (1963), com supressão da Parte Geral, foi submetido a comissões revisoras. A do Código Civil, formada por ORLANDO GOMES, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA e OROZIMBO NONATO, tendo por secretário F. L. CAVALCANTI HORTA, enquanto a do Código de Obrigações, constituída pelos mesmos juristas e secretários, mais THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS, SYLVIO MARCONDES e NEHEMIAS GUEIROS. Remetido à Câmara dos Deputados, foi, posteriormente, retirado para estudos. No Govêrno COSTA E SILVA, em 1969, abandonados tais projetos, foi MIGUEL REALE encarregado da revisão do Código Civil. REALE, segundo entrevista concedida a jornais, está próximo de TEIXEIRA DE FREITAS, pois pensa ser necessária a elaboração de um Código Geral, unificador do direito privado, denominado, exclusivamente por questão de tradição, "código civil". Para a execução de tão árdua tarefa, foi organizada uma comissão, constituída dos seguintes membros: MIGUEL REALE e JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES (Parte Geral do Código), CLÓVIS COUTO E SILVA (Direito de Família), EBERT CHAMOUN (Coisas e Direitos Reais), SYLVIO MARCONDES (Obrigações e Sociedades) e TORQUATO DE CASTRO (Sucessões). A tarefa é árdua em uma época de transformações por que passa o mundo com reflexos profundos nos principais setores do direito privado. Os estudos que, desde 1940, foram feitos para a revisão de nosso Código Civil, os anteprojetos de obrigações de 1941 e de 1965, o de código civil de 1963, bem como os novos códigos civis europeus (italiano, grego e português), a revisão argentina de 1968 e o anteprojeto de código civil francês de 1953, bem como os notáveis *Travaux de la commission de réforme du code civil*, os *Lavori preparatori del codice civile italiano pubblicati a cura del Ministero di Giustizia*, os *Atti della Commissione parlamentare* e os estudos críticos aparecidos na Itália, depois de 1942, facilitarão a difícil tarefa dos ilustres juristas acima apontados.

# DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

ARNOLDO WALD

## I. HISTÓRIA E POSIÇÃO LEGISLATIVA

1. A alienação fiduciária foi introduzida na legislação brasileira pelo art. 66 da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, como novo instrumento de garantia destinado a permitir a difusão do crédito direto ao consumidor, que o Banco Central foi atribuindo, em proporções crescentes, às financeiras.

2. O crédito direto permitiu o aumento do mercado consumidor e a ampliação da faixa de funcionamento das instituições financeiras, dando assim maior elasticidade ao mercado de capitais e reduzindo, outrossim, os riscos operacionais. A generalização do crédito ao consumidor fez com que se desse capacidade aquisitiva a uma determinada classe de compradores, que não a teria em condições normais, de tal modo que um grande número de pessoas, que estavam marginalizadas no mercado consumidor, passaram a poder integrá-lo, em virtude de crédito a médio prazo que lhes foi concedido para a realização de certas compras. Essa conquista, devida à sábia orientação do Banco Central, tornou-se um meio de evitar a recessão e de facilitar a própria industrialização, especialmente no campo dos automóveis e dos eletrodomésticos, em que a produção não encontrava um consumo suficiente ou adequado para poder funcionar em bases de pleno emprego, de tal modo que as providências de ordem financeira ensejaram a possibilidade de maior rentabilidade industrial, provocando a baixa do custo operacional e até, conseqüentemente, do preço de venda de alguns artigos.

3. Para o atendimento do crédito ao consumidor, as formas tradicionais de garantia, como o penhor mercantil e a venda com reserva de domínio, se apresentam como ineficientes. As fraudes repetidas e generalizadas esvaziaram completamente o penhor mercantil como técnica de garantia de créditos. Quanto

à venda com reserva de domínio, pressupõe necessariamente que o vendedor seja proprietário do bem para poder aliená-lo ao comprador e devedor das prestações, reservando-se a propriedade, o que implicaria em mais uma operação comercial desaconselhável no caso e que poderia ter, na vigência do imposto de vendas e consignações, o problema da incidência tributária.

4. Para assegurar melhores garantias ao crédito direto ao consumidor, concebeu-se a alienação fiduciária, como operação não tributada, na qual o devedor (alienante fiduciário) adquire o bem, que é revendido fiduciariamente ao financiador, ou seja, à instituição financeira (adquirente fiduciário).

5. Caracteriza-se a alienação fiduciária pelo fato de constituir, em favor da instituição financeira, uma propriedade resolúvel e onerada com encargo.

É propriedade resolúvel na forma do art. 647 do Código Civil, porque extingue-se em virtude do pagamento total do débito pelo alienante. Neste sentido, é explícito o texto do art. 66 da Lei do Mercado de Capitais, quando esclarece que, na alienação fiduciária, “o credor (adquirente fiduciário) tem a propriedade da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida”. Funciona, assim, o pagamento total do débito como condição resolutiva da propriedade resolúvel do adquirente fiduciário, ou seja, do credor (instituição financeira), que adiantou parte do *quantum* necessário para a compra do bem pelo beneficiário do crédito direto ao consumidor.

A propriedade da credora é, outrossim, onerada com um encargo, pois, não pago oportunamente o preço, a financeira recupera a posse direta do bem, mas com o encargo de vendê-lo para “aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se houver” (art. 66, § 5.º, da Lei n.º 4.728), não podendo ficar com a coisa alienada (art. citado, § 7.º).

6. Por sua vez, o devedor é um possuidor com as responsabilidades de depositário (art. 66, § 2.º), que se apresenta como uma espécie de promitente comprador, cuja aquisição da propriedade depende de condição suspensiva, que consiste no pagamento integral do preço. À sua posição, no fundo, se aproxima da do titular do direito de aquisição da propriedade mediante retrovenda, que o Código Civil admite nos arts. 1.140 e seguintes, em relação aos imóveis, com efeitos reais, com a diferença de se tratar, na alienação fiduciária, de um pagamento a prazo. A liquidação do débito é, assim, a condição que resolve a propriedade do adquirente fiduciário (instituição financeira) e cria a propriedade do devedor, beneficiário do crédito direto ao consumidor ou alienante fiduciário.

O § 2.º do art. 66 esclarece que, enquanto não pago o débito, subsistem duas posses: a direta do devedor e a indireta do credor ou adquirente fiduciário (instituição financeira).

7. O título do devedor como possuidor direto é o instrumento da alienação fiduciária, de tal modo que a sua posse é justa e legítima enquanto cumprir as suas obrigações e estiver em dia com as prestações. A partir do momento em que houver, de sua parte, mora ou inadimplemento, a posse do devedor deixa de ser legítima e êle se transforma num esbulhador ou turbador da posse, contra quem podem ser utilizadas as medidas possessórias.

8. A lei caracterizou a situação do devedor como depositário (art. 66 citado, § 2.º) e considerou crime capitulado no art. 171, § 2.º, inciso I do Código Penal, a nova alienação real ou fiduciária a terceiro do bem que já tenha anteriormente sido objeto de alienação fiduciária (§ 10 do art. 66).

9. Admitiu-se, finalmente, que o credor pudesse reivindicar o objeto alienado fiduciariamente, utilizando a faculdade atribuída ao proprietário de reaver o bem de quem quer que injustamente o possua (§ 3.º do art. 66 e art. 524 do Código Civil). É o direito de sequela que se exerce contra todos os terceiros não proprietários (*erga omnes*).

10. Temos, assim, na alienação fiduciária duas situações que são as seguintes:

a) uma propriedade resolúvel e com encargo do adquirente fiduciário, que também é possuidor indireto;

b) uma promessa de compra e venda pendente de condição suspensiva, em favor do alienante fiduciário ou devedor, cuja posse direta é revogada de pleno direito, no caso de mora ou inadimplemento.

O credor é, pois, o adquirente ou proprietário fiduciário e possuidor indireto e o devedor é o depositário, alienante fiduciário, promitente comprador, possuidor direto com título legítimo para possuir, enquanto estiver em dia com as suas obrigações contratuais assumidas em favor do credor.

11. Inspirou-se a nossa alienação fiduciária no *trust receipt* do direito anglo-americano, que se desenvolveu recentemente para permitir o empréstimo com o recebimento de uma garantia consistente na propriedade de mercadorias, que ficam em poder do devedor, embora pertencentes, até o final pagamento do débito, ao credor. Não há, no caso, dupla propriedade, mas propriedade única e exclusiva do credor, que se extingue com o pagamento do débito e então se transfere automaticamente ao devedor.

12. A doutrina brasileira entendeu, oportunamente, que era preciso criar o novo instituto, a fim de dar a necessária eficiência e as garantias adequadas às novas formas de crédito que foram sendo institucionalizadas.

13. Assim, na sua excelente monografia sobre *Negócio Fiduciário*, escreve OTTO DE SOUZA LIMA:

“Dentro de sistemas jurídicos mais ou menos completos, como o são os atualmente existentes, haveria necessidade de, renascendo velha instituição, estruturar o negócio fiduciário? As condições atuais da vida e as necessidades práticas da civilização moderna, sem dúvida alguma, impõem uma resposta afirmativa. O crescer contínuo das atividades sociais, hoje, como ontem, impõe novas formas jurídicas, denunciando a insuficiência das atualmente existentes. O negócio fiduciário tem, portanto, hoje, sua explicação na insuficiência dos esquemas jurídicos das legislações modernas”. (*Negócio Fiduciário*, Ed. da Revista dos Tribunais, 1962, pág. 157).

E ANTÃO DE MORAES acrescenta:

“A escassez dos esquemas jurídicos, previstos pelo legislador, é que obriga as partes a recorrer a esse meio indireto para obter solução de certas dificuldades criadas pelas circunstâncias especiais de seus negócios”. (*Problemas e Negócios Jurídicos*, ed. Max Limonad, São Paulo, vol. 1.º, Direito Civil, pág. 386).

Idêntica é a lição de FRANCISCO FERRARA:

“Na prática, recorre-se a esta espécie de negócios (fiduciário), ou para suprir uma deficiência do direito positivo que não oferece a forma correspondente a uma certa finalidade econômica ou a oferece, mas ligada a dificuldades e inconvenientes, ou então para obter quaisquer vantagens especiais que resultam desta forma indireta de proceder. O negócio fiduciário serve para tornar possível a realização de fins que a ordem jurídica não satisfaz, para atenuar certas durezas que não se compadecem com as exigências dos tempos, para facilitar e acelerar o movimento da atividade comercial”. (*A Simulação dos Negócios Jurídicos*, trad. de A. Bossa, São Paulo, 1939, pág. 76).

14. Cabendo ao direito ser um catalizador do desenvolvimento econômico e um criador de novas estruturas para cons-

truir o futuro do país em termos dinâmicos, encontrando as fórmulas adequadas para os diversos tipos de atividades e especialmente para as diferentes formas de crédito, a alienação fiduciária significou, incontestavelmente, uma importante contribuição do legislador para superar as formas obsoletas de garantia e permitir a rápida e segura disseminação do crédito direto ao consumidor, que não poderia ter ocorrido com os instrumentos jurídicos anteriormente existentes.

Tratou-se, pois, de uma adaptação oportuna e feliz, que enriqueceu o nosso direito comercial. A única crítica que se pode fazer ao legislador foi de ter sido, no particular, excessivamente lacônico e conciso, não regulamentando exaustivamente o novo instituto e deixando, assim, os nossos tribunais perplexos quanto às conclusões que deviam extrair do novo texto legal.

## II. DÚVIDAS JURISPRUDENCIAIS

15. Foram, pois, suscitadas dúvidas pela jurisprudência na aplicação dos remédios judiciais cabíveis nos casos de inadimplemento, pois o art. 66 da Lei do Mercado de Capitais se cingira a enunciar as normas de direito substantivo e não fixara a processualística adequada para os casos de mora ou não pagamento pelo devedor.

16. Ao contrário, a terminologia empregada pelo legislador deixava margem a algumas alternativas, pois reconhecia que o devedor e o credor eram ambos *possuidores*, enquanto o primeiro também era *depositário* e se atribuía ao adquirente fiduciário o direito de *reivindicar* o bem. Puderam, assim, escolher os magistrados entre as mais variadas ações, desde a *reintegração* e a *imissão de posse* até a *reivindicatória*, passando pela *ação ordinária*, sem que houvesse a respeito consenso dos nossos tribunais, embora as sentenças proferidas se apresentassem bem fundamentadas e revelassem incontestável vontade de acertar por parte dos seus prolatores. Mas nada é mais contraproducente para a segurança jurídica do que a ausência de uniformidade jurisprudencial, que acaba ensejando, nas discussões preliminares dos processos quanto ao rito, a protelação e a procrastinação do feito, que não é julgado no mérito, impedindo ou dificultando a satisfação do credor e, conseqüentemente, a rotatividade necessária e indispensável ao crédito, além de provocar o aumento das taxas de juros, diante da incerteza quanto ao prazo da liquidação do débito no caso de mora.

17. Neste sentido, os próprios juízes reconhecem a necessidade de se elaborar, com urgência, “uma lei de cunho pro-

cessual para estabelecer o processamento de tais ações”, como bem salienta o eminente magistrado e professor Dr. PENALVA SANTOS, no estudo que publicou sobre a alienação fiduciária no *Correio Econômico* (Suplemento do Correio da Manhã), de 3 de outubro de 1968.

18. Se todos admitem a possibilidade de se usar inicialmente a busca e apreensão, as maiores divergências surgem quanto ao modo de prosseguir após a decisão da medida preventiva.

19. Na Guanabara, o Dr. JOÃO BOSCO CAVALCANTI LANA, Juiz de Direito em exercício na 8.<sup>a</sup> Vara Cível, entende que, após a busca, o credor pode optar entre a venda judicial do bem e uma ação reivindicatória. (*Diário Oficial da Guanabara*, Parte III, de 31-10-1968, pág. 16.054, decisão proferida na Busca e apreensão requerida pela Decred S.A., Financiamentos, Investimentos e Crédito contra Nair Gomes Doblas).

20. Em São Paulo, duas decisões da 10.<sup>a</sup> Vara Cível e uma sentença do Juiz da 14.<sup>a</sup> Vara Cível, entenderam que eram próprias para a execução da alienação fiduciária respectivamente a ação de depósito e a ação de reintegração de posse, considerando o Dr. ÊNNIO BASTOS DE BARROS, quando juiz titular da referida Vara, que o rito deveria ser o da imissão de posse. (*O Estado de São Paulo*, de 8-12-1968, pág. 58).

21. O Juiz ANTÔNIO CARLOS ALVES BRAGA, também da justiça paulista, julgou o adquirente fiduciário carecedor da ação de depósito, pois entendia que o devedor não tinha a qualidade de depositário. (Ap. *O Estado de São Paulo*, de 24-11-1968, pág. 57).

22. Por sua vez, entendeu o Dr. LUIZ CORREA FRAZÃO que o credor não é, no caso, possuidor, nem é depositário o devedor, podendo, tão-somente, no caso de inadimplemento, o adquirente fiduciário requerer a busca e apreensão e, em seguida, baseado no seu título, intentar a ação de imissão de posse, que é “a ação do proprietário não possuidor contra o possuidor não proprietário”, na definição clássica de WIELAND.

23. Em outra decisão paulista, o Juiz em exercício na 10.<sup>a</sup> Vara Cível da capital, Dr. SIDNEY SANCHES, distinguiu entre “ter as responsabilidades de depositário” e “ser depositário”, para concluir que a Lei do Mercado de Capitais não transformara o devedor na alienação fiduciária em verdadeiro depositário, atribuindo-lhe apenas as obrigações e responsabilidades decorrentes do depósito “enquanto não se chocam com os demais princípios observáveis”. (*O Estado de São Paulo*, de 27-10-1968).

24. Um observador arguto teve o ensejo de comentar a respeito da recente jurisprudência na matéria que:

“De qualquer forma, temos como certo que os reflexos decorrentes da interpretação judiciária referida trarão pesados ônus ao mercado de capitais com conseqüências danosas para a indústria e comércio, com a retomada da inflação de custos, pela queda do consumidor final”. (*O Estado de São Paulo*, de 8-12-1968).

25. Verificamos, assim, que as decisões da jurisprudência, tanto da Guanabara como de São Paulo, negam ao devedor a situação jurídica de depositário e nem sempre concedem ação possessória ao credor, remetendo-o para o processo petitório e modificando assim, por completo, o espírito e a letra do art. 66 da Lei do Mercado de Capitais, que estruturou a alienação fiduciária.

26. Na Guanabara, o problema teve uma primeira solução com a providência oportuna do Exmo. Sr. Desembargador-Corregedor ELMANO CRUZ, que baixou o Provimento n.º 103, de 30 de outubro passado, resolvendo:

“Determinar ao Serviço de Distribuição que os pedidos de buscas e apreensão formulados sob a égide da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, sejam distribuídos na classe XI, por se tratar de *procedimento autônomo que se inicia e se exaure dentro dos termos da mesma Lei n.º 4.728, de 1965*, efetuando-se o registro nos Distribuidores na forma seguinte:

“Busca e Apreensão — Lei n.º 4.728”: (in *Diário Oficial do Estado da Guanabara*, Parte III, de 31-10-1968, pág. 16.046).”

27. O Provimento foi muito feliz ao endossar e ratificar o entendimento dominante na Comissão de Advogados, que examinou a alienação fiduciária na ADECIF e que concluiu no sentido de que o procedimento judicial da execução e alienação fiduciária devia exaurir-se com a busca e apreensão, sem necessidade de ser intentada qualquer outra ação posterior. Realmente, efetivada a *busca* e julgado o respectivo processo, o credor ou adquirente fiduciário passa a ser, não só proprietário, como também possuidor pleno e exclusivo. Pode e deve, então, alienar o bem da maneira que mais lhe convier, aplicando o preço para o pagamento do débito existente e respectivas despesas processuais, inclusive honorários de advogado e devolvendo o saldo, se

houver, ao devedor, tudo nos precisos termos do art. 66 da Lei do Mercado de Capitais.

28. Qualquer litígio posterior entre as partes nada mais tem com o objeto vendido, que passa a ficar livre e desembaraçado, sendo suscetível de ser revendido a qualquer tempo. Pode a divergência entre devedor e credor dar, conforme o caso, margem a uma consignação em pagamento, a uma ação ordinária ou até a uma prestação de contas, procedimentos que, todavia, não evitam nem impedem a alienação do bem e a sua disponibilidade pelo adquirente fiduciário e asseguram, pois, o funcionamento normal da rotatividade do crédito, condição indispensável à sua manutenção e ao seu desenvolvimento em bases economicamente razoáveis e suportáveis para os beneficiários do crédito direto ao consumidor.

29. A determinação do eminente Desembargador ELMANO CRUZ, contida no referido Provimento, não constitui, todavia, uma solução definitiva para o problema, pois, além de somente vincular a Justiça do Estado da Guanabara, é um comando destinado aos Distribuidores e ao Serviço de Distribuição, que não se impõe, necessariamente, aos Drs. Juizes de Direito, embora funcione como uma interpretação construtiva recomendável e de incontestável valor programático.

30. As indecisões continuam, todavia, dominando a primeira instância, enquanto os Tribunais de Justiça não se manifestam sobre a processualística da execução da alienação fiduciária. Mesmo na Guanabara, ainda recentemente, o douto Juiz e Professor de Direito, Dr. SEMY GLANZ, transformou uma reintegração de posse decorrente de alienação fiduciária em ação ordinária, entendendo que o adquirente fiduciário não é possuidor, embora pudesse, baseado no seu título, obter previamente a busca e apreensão como medida acautelatória. (*Diário Oficial do Estado da Guanabara*, Parte III, de 30-12-1968, págs. 19.420 e 19.421). A bem fundamentada sentença, prolatada por um dos mais brilhantes juizes da nova geração, datada de 19 de dezembro passado, é sintomática do verdadeiro caos jurisprudencial existente na matéria quando, conforme o caso, se recomenda a reintegração ou a imissão de posse, a ação ordinária ou a ação de depósito.

### III. SOLUÇÃO LEGISLATIVA

31. É evidente que uma solução se impõe a curto prazo e que ela deve ser legislativa, pois não há tempo para aguardar que, nos próximos quatro ou cinco anos, o Supremo Tribunal Federal venha unificar a jurisprudência existente na matéria,

baixando, para tanto, uma das suas súmulas, tanto mais que até agora desconhecemos qualquer julgamento proferido em segunda instância.

32. Acresce que os problemas econômicos exigem soluções rápidas e que o nosso incipiente mercado de capitais impõe tôdas as cautelas para que possa desenvolver-se progressiva e ordenadamente.

33. A questão não é simplesmente regulamentar, pois abrange a elaboração de normas processuais que devem ser criadas para o caso, não se integrando, na realidade, a execução da alienação fiduciária em nenhum dos casos específicos previstos pela sistemática processual vigente, embora haja uma certa analogia com o procedimento da venda com reserva de domínio, na qual, todavia, se admite que o vendedor possa ficar com o objeto vendido, o que é vedado pela lei no caso da alienação fiduciária.

34. A estrutura processual a mais adequada parece ser a sugerida pela comissão de advogados organizada especialmente para êste fim pela ADECIF, que coincide com o entendimento do eminente Desembargador-Corregedor da Justiça da Guanabara no Provimento n.º 103, admitindo-se uma busca e apreensão que exauriria o procedimento judicial e cuja decisão encerraria o litígio, liberando o bem dado em garantia para que o mesmo fôsse vendido amigável ou judicialmente pelo adquirente fiduciário. Adaptar-se-ia, para tanto, o rito da busca e apreensão para o caso específico da alienação fiduciária, dando-lhe maior celeridade e dispensando-se a avaliação do bem. Na hipótese, o processo em vez de ser preventivo seria autônomo, independente e exaustivo, encerrando o litígio. Após a busca e apreensão, vender-se-ia o bem e as eventuais divergências entre credor e devedor se resumiriam numa prestação de contas, sem qualquer prejuízo para a rotatividade do crédito.

35. A legislação referente à matéria abrange o mercado de capitais e até, em certo sentido, a política financeira do governo, de modo que caberia a sua regulamentação em decreto-lei, nos termos da Constituição vigente, e *a fortiori* justificar-se-ia a utilização do decreto-lei em virtude do recesso do Congresso Nacional, na forma do Ato Institucional n.º 5.

36. A fim de dirimir dúvidas e divergências decorrentes do art. 66 da Lei n.º 4.728, caberia incluir no decreto-lei algumas normas que deixassem inequívocas as respectivas situações jurídicas do credor e do devedor, restabelecendo-se, por exemplo, a equiparação completa do alienante fiduciário ao depositário para todos os fins, tanto cíveis como criminais. A caracterização da mora também poderia ser objeto de norma pró-

pria atendendo às divergências existentes na matéria entre as normas de direito civil e comercial. Finalmente, a matéria processual deveria ser tratada como uma regulamentação nova e exaustiva para evitar que a aplicação analógica ou complementar de outras disposições legais pudesse suscitar novas dúvidas ou conflitos quanto aos traços peculiares da alienação fiduciária e desse margem a novas distorções.

## SEQÜESTRO E PENHORA NO PROCESSO DA AÇÃO POPULAR

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

A Lei n.º 4.717, de 29-6-1965, que regulou o processo da ação popular constitucional, vem suscitando o aparecimento de comentários, alguns excelentes, subscritos por autorizados exegetas. Certos tópicos, entretanto, ainda não obtiveram dos intérpretes a atenção que merecem. Um deles emerge do disposto no § 4.º do art. 14, segundo o qual “a parte condenada a restituir bens e valores ficará sujeita a seqüestro e penhora, desde a prolação da sentença condenatória”.

O que logo desperta, nesse texto, a curiosidade de quem o examine com cuidado é o uso da aditiva “e”, entre as referências ao seqüestro e à penhora. Esta e aquêla constituem atos de apreensão judicial e, por isso, materialmente, até certo ponto se assemelham; distinguem-se, todavia, pela natureza e pela finalidade. O seqüestro é providência tipicamente *cautelar*, que visa a assegurar a eficácia prática da tutela jurisdicional, para a hipótese em que ela venha afinal a conceder-se, nos termos da postulação; a penhora é ato *executivo*, com que se dá, nas execuções pecuniárias, o primeiro passo para a efetiva realização da norma concreta formulada na sentença. Pode a lei, é claro, *antecipar* esse passo, fazendo-o preceder o próprio conhecimento da lide pelo órgão judicial; é o que se verifica, entre nós, nas ações executivas. Também é verdade que, ainda quando sobrevém à decisão do litígio, não deixa a penhora de ordenar-se, pôsto que secundariamente, à segurança do juízo: *certa* função acautelatória, ela a tem sempre, na execução de sentença como alhures. Precisos esses pontos, contudo, não pode subsistir qualquer dúvida sobre a diferença substancial que a estrema do seqüestro.

Surge assim o problema hermenêutico. Ao falar em “seqüestro e penhora”, não terá decerto cogitado a lei de uma aplicação *simultânea e concorrente* das duas providências *sobre os mesmos bens*; a isso obstaria não já a diversidade essencial en-

tre as medidas, a que acima se aludiu, mas pura e simplesmente a inviabilidade prática de uma apreensão a duplo título. Não é necessário grande esforço lógico para demonstrar o absurdo da situação em que se tivesse de considerar *ao mesmo tempo* seqüestrado e penhorado o bem X.

A inaceitabilidade dessa solução levou-nos, em trabalho anterior sôbre a matéria (*Problemas da ação popular, in Revista de Direito Administrativo*, vol. 85, pág. 401), a pensar na realização *sucessiva* das duas providências: o seqüestro, desde a decisão condenatória de primeiro grau; a penhora, após o esgotamento dos recursos de efeito suspensivo, como ato inicial da execução forçada. Tal construção ainda hoje nos parece válida, quanto ao essencial, na medida em que insere cada uma das providências no contexto naturalmente adequado: o seqüestro, providência *cautelar*, adotável a partir do momento em que, no tocante à existência do dever de restituir, já se atingiu um grau suficiente de *probabilidade*, aferido pelo pronunciamento da condenação, embora ainda não irrecorrível e nem mesmo provida de eficácia executória; a penhora, ato *executivo*, reconduzida ao seu lugar próprio, como início da atividade tendente à realização concreta da norma sentencial *já exequível*. A favor da interpretação proposta ainda se poderia argumentar com a estranheza que despertaria a admissibilidade de uma penhora na pendência de recurso, ao qual outro dispositivo da mesma lei atribui efeito *suspensivo* (art. 19, *caput*).

Não deixa de ser verdade, contudo, que a redação do art. 14, § 4.º, sugere autorização para a prática de atos, imediatamente em seguida à decisão condenatória de primeira instância. Teria a lei querido abrir aí uma exceção à regra da suspensividade dos efeitos da sentença por meio da apelação? Esse entendimento, ao nosso ver, praticamente cancelaria, quanto à condenação a restituir, o preceito do art. 19, *caput, fine*, que exclui, categoricamente, a exequibilidade provisória da decisão apelável. Admitir a realização da penhora quando ainda interponível a apelação, ou na pendência desta, equivaleria pouco mais ou menos a negar ao recurso, contra a letra expressa do art. 19, efeito suspensivo: na verdade, é quase unicamente à penhora que se reduz, na essência, e em se tratando de condenação pecuniária, a atividade executória permitida, nos casos da lei, quando o recurso tem apenas efeito devolutivo (arts. 882, II, e 883, III, do Código de Processo Civil). Não se trataria, pois, de mera *exceção*, mas de verdadeira e irredutível *contradição*, ao menos parcial, entre os dois dispositivos.

Levando em conta esses diversos aspectos do problema, tentaremos precisar mais o nosso pensamento. O esforço do intérprete deve orientar-se no sentido de buscar, para o art. 14, § 4.º, inteligência capaz de espelhar de modo adequado o espírito da

lei, conciliando-lhe por outro lado a letra com os princípios, sem sacrificá-la além da medida estritamente necessária. É com êsses critérios que vamos raciocinar.

A finalidade do preceito inculcado no art. 14, § 4.º, é evidentemente a de assegurar a efetividade de uma futura e eventual execução forçada contra quem tenha o dever de restituir bens ou valores ilegítimamente apropriados. Em princípio, a providência assecuratória caberia a qualquer momento, antes até da propositura da ação popular. Preferiu a lei, no entanto, reservar-lhe a oportunidade para quando já se tivesse estabelecido, senão a certeza, pelo menos a forte probabilidade, como assinalamos, da real existência daquele dever; e entendeu que essa probabilidade se firma com a emissão da sentença condenatória de primeiro grau. Trata-se, pois, de disposição ordenada a fins exclusivamente *cautelares*.

O teor da norma revela, por outro lado, uma dualidade de hipóteses. A condenação pode objetivar a restituição *de bens* ou a restituição *de valores*. Parece razoável conjugar essa alternativa com a indicação, também dúplice, de medidas cabíveis: uma se aplicaria para assegurar a restituição de bens, outra para garantir a restituição de valores. Àquela corresponderia o seqüestro, e é oportuno sublinhar que assim se conforma o uso da expressão ao seu sentido próprio na técnica do nosso direito processual: *seqüestro*, com efeito, na tradição pátria, é apreensão *de bem ou bens determinados*, tendente a assegurar o cumprimento efetivo de eventual condenação *à entrega de coisa (s) certa (s)*. É verdade que as leis nem sempre se têm mantido fiéis, no particular, a essa preocupação de rigor terminológico; tudo aconselha, porém, a que se restaure a pureza do conceito, e uma das modalidades de tal emprêsa consistirá em atribuir à palavra, sempre que possível, a acepção legítima.

Quanto à outra hipótese — restituição *de valores*, que outra coisa não pode significar senão *ressarcimento do dano* —, a segurança da futura execução aí se conseguirá mediante a providência a que a lei chamou “penhora”, e à qual deveria ter antes chamado “arresto”, pois êsse é o *nomen iuris* adequado, no direito brasileiro, à apreensão de bens (indeterminados) do suposto devedor, para acautelar a satisfação concreta de crédito pecuniário, se afinal julgado existente. “Penhora”, pròpriamente, só poderá haver depois de esgotados os recursos com efeito suspensivo, e já como ato inicial de execução forçada. Confirmada que seja a condenação, em grau de apelação ou de embargos, ter-se-á tornado exeqüível a sentença, e o arresto *se converterá em penhora*. Os dois atos, aliás, coincidem na *estrutura material*, conquanto difiram na significação jurídica e nos efeitos; por essa razão, mais tolerável se afigura, aqui, a adoção de en-

tendimento que não deixa de pôr a nu uma imperfeição terminológica da lei.

Seja como fôr, o que parece indiscutível é a necessidade em que se vê o intérprete de ler “ou” onde o legislador escreveu “e”. Não é tão raro, aliás, que escandalize, em nossos textos legais, êsse uso inadequado da segunda conjunção pela primeira, ou vice-versa. Resta assinalar outro aspecto, o da margem de *discrição* que o dispositivo deixa ao órgão judicial: o condenado “fica sujeito” à providência constrictiva, mas a decretação dela não é, em absoluto, *obrigatória*, cabendo ao juiz, à luz das circunstâncias ocorrentes na espécie, decidir se convém ou não determiná-la, *ex officio* ou a requerimento do interessado. E aí se tem mais um subsídio hermenêutico a confirmar que não é de “penhora”, verdadeiramente, que cogita o art. 14, § 4.º, da Lei n.º 4.717.

# INEGOCIABILIDADE DA MATÉRIA ORGÂNICA. TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS OU PARTES DO CORPO (\*)

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES

“O pudor, o recato do sexo levantam a cada passo tropeços ao médico e ao cirurgião. Mas êsses empecilhos cedem sempre às exigências da necessidade, que, aliás, não exclui, no homem de ciência, a reserva, o tacto, o respeito dêsses sentimentos delicados e dessas conveniências severas. *Nesta região dos seus domínios, a liberdade da ciência, a sua ação prática não pode ter outras fronteiras senão as da utilidade social.*” (grifo nosso).

(Francisco de Castro, in “O Invento de Abel Parente”, Laemmert & Cia. Livreiros Editôres, 1893, pág. 77).

## PRIMEIRA PARTE

### INEGOCIABILIDADE DA MATÉRIA ORGÂNICA

SUMÁRIO: 1 — *Conceito de inegociável.* 2 — *Os direitos da personalidade: seus caracteres, conceito e natureza. A opinião da doutrina.* 3 — *O direito à vida e sobre o próprio corpo.* 4 — *O cadáver como objeto de direito.* 5 — *A previsão legislativa e o Anteprojeto de Reforma do Código Civil.* 6 — *Conclusão.*

#### 1. *Conceito de Inegociável.*

Antes de qualquer consideração a respeito, faz-se mister precisar a significação jurídica de inegociabilidade, com referência à matéria orgânica.

---

(\*) Ensaio jurídico apresentado no II Congresso Fluminense do Ministério Público (Teresópolis, 1968) e classificado em segundo lugar.

Segundo RUGGIERO<sup>1</sup>, “a definição mais simples e admitida de negócio jurídico é: “uma declaração de vontade do indivíduo tendente a um fim protegido pelo ordenamento jurídico”. Caracteriza-se, pois, como desdobramento do ato jurídico, pela manifestação da vontade, sendo determinada coisa negociável, ou não, na medida em que possa tornar-se objeto de uma vontade juridicamente declarada, produzindo os efeitos que a lei lhe reconhece e permite.

DE PLÁCIDO E SILVA<sup>2</sup> formula o seguinte conceito do vocábulo negociável:

“Derivado de negociar, em sentido vulgar significa o vocábulo tudo o que é suscetível de negócio ou que possa ser objeto de uma venda.

Assim, negociável será toda coisa que esteja em comércio. Não serão negociáveis, pois, as que estão fora dêle, isto é, as insuscetíveis de apropriação e legalmente inalienáveis.”

Por essa definição, a negociabilidade prende-se à comercialidade do bem, tratando-se, afinal, da distinção entre coisa no comércio ou fora dêle, considerada esta última como insuscetível de apropriação ou legalmente inalienável (Código Civil, artigo 69).

2. *Os direitos da personalidade: seus caracteres, conceito e natureza. A opinião da doutrina.*

2.1. O exame do tema ora versado não se restringe a esta classificação dos bens, para devidamente situar a matéria orgânica, senão que envolve outro setor do direito, o dos chamados direitos da personalidade ou personalíssimos, onde a amplitude dos conceitos, a renovação e a elaboração constantes não permitem a fixação de uma área certa, isenta de dúvidas e divergências, com uniformidade de opiniões e critérios.

A hesitação já ocorre a partir de sua própria denominação, como “*direitos individuais* (KOHLEK), *direitos sobre a própria pessoa* (WINDSCHEID), *direitos pessoais* (WACHTER), *direitos de estado* (MUHLENBRUCH), *direitos originários*, *direitos inatos*, *direitos personalíssimos*. Últimamente, porém, acentua-se a prefe-

---

(1) ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, Saraiva, 1957, vol. I, pág. 267.

(2) DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, Forense, 1963, vol. III, pág. 1.059.

rência pela expressão *direitos da personalidade* empregada por GIERKE”, conforme expõe ORLANDO GOMES.<sup>3</sup>

2.2. Receberam a influência do jusnaturalismo, que confere a cada homem direitos inatos, e na ordem civil figuram como atributos da personalidade. Favoreceu sua consagração legislativa a necessidade de se proteger a pessoa humana contra as ofensas à sua dignidade e o perigo que corria de ser amesquinhada diante da hipertrofia do poder político e do avassalador progresso técnico e científico.

Para PONTES DE MIRANDA<sup>4</sup> “são efeitos de fatos jurídicos, que se produziram, nos sistemas jurídicos, quando, a certo grau de evolução, a pressão política fêz os sistemas jurídicos darem entrada a suportes fácticos que antes ficavam de fora, na dimensão moral ou na dimensão religiosa”.

Constam, neste século, de alguns códigos como o suíço, o japonês, o helênico e o egípcio, embora só estejam amplamente sistematizados no Código Civil italiano de 1942 e no recente Código Civil português. Fazem parte ainda dos projetos do Código Civil brasileiro e francês.

2.3. São considerados absolutos, extra-patrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários, subdividindo-se em direitos à integridade física e à integridade moral. Compreendem os primeiros o direito à vida, sobre o próprio corpo e ao cadáver.

De acôrdo com PERREAU<sup>5</sup>, “les deux caractères principaux des droits de la personnalité sont d’être opposables *erga omnes* et inestimables en argent”. Dêste último decorre que não podem ser cedidos, sua imprescritibilidade, a impossibilidade de transmissão por sucessão e a não aplicação dos meios comuns de representação de terceiros.

Reconhece, porém, que “des besoins sociaux ont conduit les juges à limiter dans une plus ou moins large mesure toutes ces conséquences”.

2.4. Seu conceito varia em função da natureza que lhe atribuem, entrando-se em terreno controverso.

Trata-se, para uns, de direitos sobre a própria pessoa, *jura in re se ipsum*, contestados por outros através da dúvida de que a pessoa possa ser ao mesmo tempo sujeito e objeto de direito.

---

(3) ORLANDO GOMES, *Direitos da Personalidade*, Rev. Forense, vol. 216, 1966, pág. 6.

(4) PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, 1954, tomo II, pág. 7.

(5) PERREAU, *Des Droits de la Personnalité*, Revue Trimestrelle du Droit Civil, 1909, pág. 514.

Assim, com MAGGIORE<sup>6</sup>, “si può parlare di un diritto alla vita, alla integrità personale, all'onore, ... non sulla vita, sull'integrità personale, sull'onore”.

Argumentam, porém, alguns que o objeto do direito, na hipótese, não é a personalidade em si mesma, mas em suas diversas manifestações e projeções físicas e psíquicas. Pois, realmente, confundindo-se a personalidade com a capacidade jurídica, ela é o pressuposto dos demais direitos e não o objeto de um deles. Amplia-se, dêste modo, o conceito jurídico de bem, não adstrito ao significado naturalístico, mas de conteúdo histórico, para incluir estas projeções e torná-las merecedoras da tutela do direito como objeto de uma relação.

Replica-se, entretanto, que êste desdobramento, abstrato, não é possível, quer jurídica, quer psicologicamente.

Seriam os direitos da personalidade, para outros, ínsitos à pessoa, resumindo-se no direito de ser tratada como tal, ou seja, como titular de todos os direitos próprios da natureza humana.

ORLANDO GOMES<sup>7</sup> observa que, a par dos que julgam consistirem em direitos sem objeto, há autores, como FERRARA, que consideram objetos os outros homens, com o dever de respeito ao gozo dos mesmos, sendo a vida e a integridade física meros termos de referência.

Não cessa, todavia, a divergência.

Tidos como na faixa da livre atividade humana, alguns lhes opõem limites e outros não; no primeiro caso, por imposição do interesse geral.

Esta exposição é feita com o objetivo de evidenciar a controvérsia que impera nesta parte, devendo-se ressaltar a conclusão a que chegaram CUNHA GONÇALVES<sup>8</sup> e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO<sup>9</sup>, cujos ensinamentos ora nos têm orientado. O homem, em princípio, tem o direito de dispor de si mesmo, exercendo livremente sua atividade, para atingir a seus fins, atividade esta que é extrajurídica e entra na categoria do lícito e do jurídico. Ressalvam-se, porém, as proibições legais a respeito, menos em função do interesse individual, mas em nome da conservação da espécie, da utilidade social, da moral pública ou dos interesses do Estado. Assim, entre outras, a apenação do aborto (arts. 124 a 128 do Código Penal), do induzimento e instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122 do mesmo Código) e da falsa auto-acusação (art. 341 do mesmo diploma legal).

---

(6) MAGGIORE, *Diritto Penale*, Bologna, 1955, vol. I, tomo I, pág. 332.

(7) ORLANDO GOMES, artigo citado.

(8) CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, Max Limonad, 1955, pág. 337 e segs.

(9) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Transplante de Órgãos do Corpo Humano sob o Aspecto Jurídico*, Rev. Tribunais, 1968, vol. 389, página 389 e segs.

FERRARA<sup>10</sup> pensa o seguinte: “Ma fuori queste limitazioni l'uomo ha una *facultas quaedam disponendi* di se stesso, disposizione che resta interna a lui, in una sfera extra-giuridica”.

### 3. O direito à vida e sobre o próprio corpo.

3.1. A vida é um bem absolutamente indisponível, condição em que recebe a tutela penal. Não se legitimam, dêste modo, o suicídio, nem sua tentativa, ainda que impunível, nem a eutanásia, tolerando-se apenas certas atividades arriscadas, como os espetáculos circenses, o pugilato e outras mais.

3.2. De outro lado, incluem-se entre os atos lícitos, como atos que o homem pode exercer sobre sua própria pessoa, ainda numa exemplificação de CUNHA GONÇALVES, não só os da vida quotidiana — cortar o cabelo e as unhas, sujeitar-se a operações cirúrgicas — mas também ceder o sangue para uma transfusão, submeter-se a novas terapêuticas, ou legar o cadáver ao teatro anatômico, ou os olhos a uma clínica oftalmológica, ou uma das vísceras a uma cidade, o que fez D. Pedro IV<sup>11</sup>.

Êstes atos e outros constituem *direitos sobre o próprio corpo* e sua prática não lesa direitos alheios, nem ofende os supremos princípios da conservação e utilidade social, da moral pública ou os interesses do Estado. Assim é que se deve entender os direitos da pessoa viva sobre seu próprio corpo.

3.3. ORLANDO GOMES<sup>12</sup>, numa síntese, diz que o direito sobre o próprio corpo compreende o direito sobre o corpo inteiro e sobre as partes separadas, abrangendo os direitos de decisão individual acerca de tratamento médico e cirúrgico, exame e perícia médicos. Dizem-lhe respeito, ainda, o direito à esterilização e os problemas gerados com a inseminação artificial.

3.4. Com relação ao direito sobre as partes separadas, que julga menos controverso, adverte contra os atentados procedentes de terceiros e contra o poder ilimitado de disposição do próprio indivíduo. São partes destacáveis, por exemplo, os dentes, cabelos, unhas etc.

3.4.1. Primeiramente procuremos demonstrar-lhe a natureza. O próprio autor<sup>13</sup>, contra a opinião de outros, nega se transforme em direito de propriedade, por se tornarem disponíveis estas partes separadas, permanecendo como direito da personalidade.

---

(10) FERRARA, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Athenaeum, MCMXXXI, vol. I, pág. 398.

(11) CUNHA GONÇALVES, *obr. cit.*, pág. 339.

(12) ORLANDO GOMES, artigo citado.

(13) ORLANDO GOMES, artigo citado.

Contudo, pensam diferentemente RUGGIERO<sup>14</sup>, que lhes atribui a qualidade de coisas comerciáveis, PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR<sup>15</sup>, CUNHA GONÇALVES<sup>16</sup> e FERRARA<sup>17</sup>. De igual modo, PONTES DE MIRANDA<sup>18</sup>, que repele a ocupação como meio de aquisição da propriedade, uma vez que, separada a parte, não se trata de *res nullius*, o que não é consentâneo com nosso estágio de civilização. É preciso, para êsse fim, “ato jurídico *stricto sensu*, com que se exerce direito formativo gerador”. Não admite negócio jurídico antes de destacada a parte, entendendo como negócio jurídico sôbre coisa futura a compra e venda ou promessa de compra e venda de cabelos ao cabeleireiro ou ao fabricante de bonecas, não obrigando, todavia, a separar, nem a indenizar, sob pena de ser tido como ilícito. Apenas realmente separando-se, é que produz efeitos.

3.4.2. De especial interêsse é a natureza jurídica das partes artificiais, tais como dentes e ossos. Ainda PONTES DE MIRANDA considera que deixam de ser objeto de direito, pois se inserem no corpo humano, a menos que mantenham a individualidade, como as perucas, dentaduras etc.

FERRARA<sup>19</sup>, sem estabelecer esta distinção, considera-as comerciáveis e critica DERNBURG pela posição contrária.

3.5. Em suma, percebe-se que é pacífica a disponibilidade das partes destacadas do próprio corpo, limitado, porém, o poder de disposição sôbre o mesmo. Os atos que lhe correspondem são condicionados ao interêsse e à moralidade públicos e desde que não importem em diminuição permanente ou grave prejuízo para o disponente.

3.6. Como ilustração da matéria, mencione-se o rumoroso caso de um transplante de testículo ocorrido na Itália, mediante paga ao doador, que foi levado à apreciação dos Tribunais. As opiniões dos autores foram divergentes à época e a decisão absolutória, publicada na “Rivista di Diritto e Procedura Penale”, 1934, vol. 2, pg. 171, conclui:

.....  
“II — Di regola tutti i diritti sono disponibili, a meno che l'atto di disposizione non incontri ostacolo nella impossibilità giuridica di dar vita ao negozio, o nel

---

(14) ROBERTO DE RUGGIERO, *obr. cit.*, vol. I, pág. 246, nota 20, *in fine*.  
(15) PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, *O Transplante do Coração face ao Direito Brasileiro*, Rev. dos Tribunais, 1968, vol. 389, pág. 395 e segs.  
(16) CUNHA GONÇALVES, *obr. cit.*, vol. I, pág. 339.  
(17) FERRARA, *obr. cit.*, vol. I, pág. 399, nota 1.  
(18) PONTES DE MIRANDA, *obr. cit.*, tomo II, pág. 12.  
(19) FERRARA, *lug. cit.*

fatto che il negozio giuridico sia in contrasto con divieti espressi di legge, o col buon costume e con l'ordine pubblico.

III — È valido il consenso prestato alla ablazione di una ghiandola sessuale, quando tale fatto non abbia portato notevoli disturbi al soggetto, mentre abbia giovato alla persona cui la ghiandola è stata trapiantata”.

3.7. Na literatura, SHAKESPEARE conta em “O Mercador de Veneza” o suplicio de Antonio, que respondia com a própria carne pelo empréstimo contraído com o usuário Shylock. Não prevaleceu, porém, a reivindicação diabólica deste, eis que, se tinha direito à peça de carne, não podia derramar sangue cristão.

#### 4. *O cadáver como objeto de direito.*

4.1. Cumpre, de início, assinalar a significação etimológica da palavra, *apud* WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO: *ca* (carne), *da* (data ou dada), *ver* (vermes), donde sua destinação tradicional à sepultura.

4.2. ANTONIO BORREL MACIÀ<sup>(21)</sup>,<sup>20</sup> em sua completa obra, ensina que é como um princípio universal a aceitação do cadáver como fora de comércio. No entanto, a questão abrange variações e matizes próprios em alguns autores e até contestação, pois GRISPIGNI<sup>22</sup> entende que, além de uma coisa, “per di più una *res in commercium*, la quale può anche essere oggetto di convenzione non solo a titolo gratuito ma anche a titolo oneroso”.

Negam-lhe esta qualidade CLÓVIS BEVILAQUA<sup>23</sup>, FERRARA, MANZINI<sup>24</sup>, MAGGIORE<sup>25</sup>, ENNECCERUS e CASTAN (*apud* Macià), RUGGIERO<sup>26</sup> e PONTES DE MIRANDA<sup>27</sup>. Os dois últimos afastam a hipótese da existência de um direito patrimonial, remontando ao direito romano:

“Dominus membrorum suorum videtur.” (L. 13, pr., D., ad legem Aquiliam, 9,2, Ulpiano).

---

(21) ANTONIO BORREL MACIÀ, *La Persona Humana. Derechos sobre su propio Cuerpo Vivo y Muerto. Derechos sobre el Cuerpo Vivo y Muerto de Otros Hombres*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954, pág. 127.

(22) F. GRISPIGNI, *Il Consenso dell'Offenso*, Athenaeum, 1924, pág. 500.

(23) CLÓVIS BEVILAQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Francisco Alves, 7.<sup>a</sup> ed., pág. 155.

(24) MANZINI, *Trattato*, Torino, 1950, vol. VI, pág. 96, nota 2.

(25) MAGGIORE, *obr. cit.*, tomo I, pág. 332 e segs.

(26) RUGGIERO, *obr. cit.*, vol. I, pág. 245.

(27) PONTES DE MIRANDA, *obr. cit.*, vol. II, pág. 13 e segs.

Admite, porém, o último tratadista que se torne comerciável o cadáver, quando atingido pela imemorialidade, no caso de múmias, esqueletos e peças com ossos humanos.

FERRARA<sup>28</sup> entende que é *res extra commercium*, mas pode tornar-se objeto de direito privado por vontade do titular do direito ou pela lei. Como exemplo, cita quando é destinado a experiências científicas, podendo ser objeto de furto.

CUNHA GONÇALVES<sup>29</sup> espousa o original parecer de que não se trata de coisa no comércio, nem fora do comércio, eis que continua a merecer a proteção do direito através da incriminação de atos como sua violação e profanação, pois é símbolo da personalidade anterior.

De marcante atualidade é a opinião de FREITAS NOBRE<sup>30</sup>, considerando o homem, na mesma linha de Pio XII, simples usufrutuário de seu corpo, razão pela qual nega qualquer direito patrimonial sobre o cadáver, deslocando a matéria do campo dos direitos e interesses individuais para o do interesse público e da necessidade social.

4.3. Reconhece-se, porém, de um modo geral, um direito de disposição do próprio homem em relação a seu cadáver, limitado por razões de polícia, de sanidade pública ou, *lato sensu*, de moral e ordem pública (RUGGIERO). Os herdeiros não têm este direito de disposição, “posto que, se o interesse é público, possa a pessoa mais próxima, efetivamente, do falecido ter de dar o seu consentimento, ou opor-se, mostrando que não se justifica, *in casu*, a exceção aos costumes” (PONTES DE MIRANDA).

O cadáver é para eles, herdeiros, e demais membros da família apenas objeto de cuidado (FERRARA), pois o que lhes cabe e incumbe é “um direito-dever de custódia, piedade e proteção; um direito familiar, puramente pessoal, e não patrimonial, e que, por isto, não está sujeito às regras da sucessão” (CUNHA GONÇALVES).

4.4. ANTONIO BORREL MACIÀ, em seu proficiente trabalho, uma vez mais invocada<sup>31</sup>, volve ao passado e lembra que a incomercialidade corresponde a uma tradição de muitos séculos, enraizada nos sentimentos sociais e religiosos do povo. Como decorrência dessa condição atribuída ao cadáver, passou-se a ter como fora de comércio, também, o lugar onde é enterrado, efeito que qualifica e evidencia a causa. Por ocasião, entretanto, do início dos estudos anatômicos, quando se esbarrou neste inevitável obstáculo histórico, surgiu a distinção entre cadáveres

---

(28) FERRARA, *obr. cit.*, vol. I, pág. 403 e segs.

(29) CUNHA GONÇALVES, *obr. cit.*, vol. I, pág. 340.

(30) FREITAS NOBRE, *O Transplante de Órgãos perante o Direito*, artigos publicados in “O Estado de São Paulo” de 28-7-1968.

(31) ANTONIO BORREL MACIÀ, *obr. cit.*, pág. 126 e segs.

destinados a serem sepultados e os que o fôsem às investigações anatômicas. Os primeiros estariam fora do comércio; os segundos, não. Ainda que esta separação não atenda a um princípio doutrinário e racional, antes a uma necessidade social e científica, resulta no precedente de que “tan sólo puede privarse de sepultura a un cadáver, cuando razones de suficiente categoría lo hacen conveniente”.

Lança, afinal, a crucial indagação: deve-se, em nome de um conceito de profanação mantido pela tradição secular, abrir mão de uma série de vantagens que a ciência proporciona?

É o conflito entre a força do passado e os impulsos para o futuro.

4.5. Vinculada ao que se vem expondo é a questão da disposição gratuita ou onerosa do corpo. Que esta — a disposição — é possível já não padece dúvida, certo que não a título de direito patrimonial. Em regra, opõem-se a que seja a título oneroso os autores citados, que não concebem o cadáver como *res in commercio*, com algumas ressalvas. CLÓVIS BEVILAQUA<sup>32</sup> não o admite como objeto de contrato, quer oneroso, quer gratuito; CUNHA GONÇALVES<sup>33</sup> faz alusão à possibilidade de a própria pessoa vendê-lo a um anatomista. PONTES DE MIRANDA<sup>34</sup> refere-se ao negócio jurídico oneroso por parte dos herdeiros, quando o testador assim o previu, e a razão dêste negócio supera o interesse moral da inumação ou cremação.

Embasa a proibição da cessão onerosa o mesmo fato de ser tida como imoral e contrária aos bons costumes, ilícita e, em consequência, nula.

De outro lado, justifica-se a disposição gratuita, derogando a norma consuetudinária, pelos fins pedagógicos, terapêuticos e humanitários que a moralidade sanciona.

Comentando acerca desta distinção, invocada por LOPEZ BÉ-RENGUER, pergunta MACIÀ<sup>35</sup> se a finalidade não é a mesma na forma onerosa ou gratuita, não obstante a vantagem pecuniária? E não é o fim que dá a licitude do ato?

4.6. A êste propósito, impõe-se apreciar a natureza do ato jurídico da disposição. ALBERTO G. SPOTA, *apud* WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO<sup>36</sup>, entende-o como um mandato *post-mortem* para a remoção de partes ou órgãos, ao que objeta êste último que, perante nosso Direito, cessa o mandato com o óbito do mandante (Código Civil, art. 1.316, n.º II). Considera-o, então, simples doação ou legado, conforme se realize por ato *inter vivos*

---

(32) CLÓVIS BEVILAQUA, *obr. cit.*, pág. 155.

(33) CUNHA GONÇALVES, *obr. cit.*, vol. I, pág. 339 e segs.

(34) PONTES DE MIRANDA, *obr. cit.*, vol. II, pág. 15.

(35) ANTONIO BORREL MACIÀ, *obr. cit.*, pág. 127 e segs.

(36) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, artigo citado.

ou *mortis causa*. É ainda revogável, não podendo a família do morto contrapor-se à sua vontade.

Também MACIÀ pensa que se trata de doação. Na hipótese aventada de cessão onerosa, quer seja conceituada como um jôgo de doações compensadas economicamente ou entrelaçadas, ou como compra e venda, em face da peculiaridade do objeto, refoge às regras comuns, e, apesar de aceitar a retribuição pecuniária, considera o ato revogável a todo momento, restando apenas o dever de indenizar o cessionário, não sujeita a revogação a prazo ou prescrição. Esta indenização seria de caráter moral pelo fato de o cadáver não ser levado à sepultura, não havendo, de outra parte, o risco de um compromisso irrevogável quanto ao próprio corpo, o que seria odioso.

Estas apreciações são feitas por mero espírito especulativo diante dos rumos ignorados que a prática reiterada e progressiva dos transplantes poderá abrir para a sociedade e no Direito.

4.7. Relativamente à disposição do cadáver pelo Estado, indaga êste autor se tal é possível e procedente. Argumenta, então: se êste, o Estado, representando a sociedade, pode dispor dos cidadãos em caso de guerra, quando o risco da vida permite se dizer que chega a dispor desta, não o poderia em relação ao cadáver?

Lembre-se, entre nós, a lei n.º 2.312, de 3-9-1954 — normas gerais sôbre a defesa e proteção da saúde — que reza no art. 1.º: “É dever do Estado, bem como da família, defender e proteger a saúde do indivíduo”. O Dec. 49.974-A, de 21-1-1961, que a regulamentou, preceitua, no art. 13, que em caso de óbito suspeito de ter sido causado por doença transmissível, a autoridade promoverá os exames competentes no cadáver e outras medidas necessárias para a elucidação do diagnóstico.

FREITAS NOBRE<sup>37</sup> dá ênfase à existência de “um direito coletivo à utilização das possibilidades e reservas que o corpo inútil pode conceder a uma outra vida ameaçada”.

Percebe-se, em conseqüência, que a matéria não está situada no mero campo privatístico dos direitos individuais, ainda que limitados por princípios de ordem pública, senão que diz respeito estritamente a esta, numa visão ampla e dinâmica do Direito sob o prisma da utilidade e da necessidade social.

## 5. *A previsão legislativa e o Anteprojeto de Reforma do Código Civil.*

5.1. *Legem habemus*: a lei n.º 5.479, de 10 de agosto de 1968, prevê a retirada e o transplante de tecidos, órgãos e par-

---

(37) FREITAS NOBRE, artigo citado.

tes de cadáver para finalidade terapêutica e dá outras providências. Prescreve no art. 1º:

“A *disposição gratuita* de uma ou várias partes do corpo, *post mortem*, para fins terapêuticos é permitida na forma desta Lei.” (grifo nosso).

De igual modo, no art. 10 e seu § 2º:

“É permitido à pessoa maior e capaz dispor de órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins humanitários e terapêuticos.”

.....  
“Só é possível a retirada, a que se refere este artigo, quando se tratar de órgãos duplos ou tecidos, vísceras ou partes e desde que não impliquem em prejuízo ou mutilação grave para o disponente e corresponda a uma necessidade terapêutica, comprovadamente indispensável, para o paciente receptor.”

Quanto ao cadáver, permite a retirada de suas partes num dos seguintes casos: a) pela manifestação expressa do disponente em vida; b) pela autorização escrita do cônjuge não separado e sucessivamente de descendentes, ascendentes e colaterais, ou das corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos; c) na falta de responsáveis pelo cadáver, mediante a autorização do Diretor da Instituição onde ocorrer o óbito, sendo ainda necessária esta autorização nos casos dos itens anteriores (art. 3º, incisos I, II, III e IV).

5.2. A lei anterior, de n.º 4.280, de 8-11-1963, também permitia a extirpação de partes do cadáver para fins de transplante, mas não era auto-executável, a não ser em relação à córnea, não tendo, por isto, sido aplicada.

5.3. O Anteprojeto de Reforma do Código Civil regula os direitos da personalidade no Capítulo III, Título I do Livro I. Permite no art. 30 que se pratiquem atos de disposição sobre o próprio corpo, no todo ou em parte, nestes casos: a) quando não importem em diminuição permanente da integridade física; b) não ofendam os bons costumes; c) justifiquem-se por exigência da medicina. Igualmente, no art. 31, considera lícito o ato pelo qual alguém dispõe gratuitamente de seu próprio corpo, no todo ou em parte, para depois de sua morte. Veda, ainda, no art. 32, a prática de atos de disposição sobre este pelos parentes e herdeiros.

Fundamentando o dispositivo do art. 30, diz o Prof. ORLANDO GOMES<sup>38</sup> que “a utilização terapêutica de partes do corpo humano, nos limites que a lei estabelece, legitima a prática da disposição, justificando a exceção ao princípio da extrapatrimonialidade do direito sobre o próprio corpo” (grifo nosso).

5.4. A autorização, segundo o preceito legal (arts. 3.º e 10 d a lei 5.479), tem de ser expressa, devendo especificar o tecido, o órgão ou a parte objeto da retirada, quando seja de pessoa viva. Não se exige, porém, formalismo sacramental para o ato, bastando que seja um documento autêntico, podendo constar de uma carta, como de um testamento, em qualquer de suas formas, ou codicilo. Tratando-se de disponente relativamente incapaz, mister se faz, seja dada a autorização através de instrumento público, com a assistência do representante legal (inciso II do art. 2.º). Da mesma forma, sendo analfabeto.

Releva notar que se reconhece ao menor púbere apenas o direito de dispor de seu corpo, *post mortem*, nas condições mencionadas; não de consentir na retirada de órgãos e partes do mesmo, ainda em vida, o que é exclusivo das pessoas maiores e capazes (art. 10, *caput*).

## 6. Conclusão.

6.1. Após a exposição alinhada nos itens anteriores, chegamos à conclusão que se desenvolve a seguir:

6.2. Os direitos sobre o próprio corpo e ao cadáver, como parte dos chamados direitos da personalidade, situam-se no plano dos atos lícitos, na esfera da atividade extrajurídica do homem, limitados por imperativos de ordem pública e moral, não contraindo às regras dos *bonos mores*.

6.3. Quanto às partes destacadas do corpo da pessoa viva, limitado seu poder de disposição sobre o mesmo, uma vez separadas, tornam-se comerciáveis, portanto, objeto de propriedade: unhas, cabelos etc.

6.4. São inteiramente válidos os limites opostos a este poder de disposição pelo Anteprojeto de Reforma do Código Civil, no art. 30, e pela lei n.º 5.479, no art. 10, § 2.º (itens 5.1. e 5.3.).

6.5. Com referência ao cadáver, tem a pessoa o poder de dispor dele, no todo ou em parte, tendo em vista a finalidade útil e humanitária, como o é a terapêutica, prevista no art. 1º da mencionada lei n.º 5.479. Será, porém, um ato gratuito, em obe-

---

(38) ORLANDO GOMES, *Memória Justificativa do Anteprojeto do Código Civil*, Imprensa Nacional, 1963, pág. 36.

diência aos sentimentos de moralidade vigentes, que encontraram guarida no preceito legal.

6.6. Se bem que não assista aos herdeiros e parentes do falecido nenhum direito patrimonial nem poder de disposição sobre o cadáver, podem estes autorizar a retirada de órgãos e partes do mesmo, para fins terapêuticos. Este ato se justifica por um princípio social de que pode e deve o Estado intervir para prover a bem da saúde dos indivíduos e corresponde, na fase atual dos progressos científicos, a uma necessidade ou direito coletivo.

A autorização pelos parentes é uma decorrência do direito-dever de piedade, custódia e proteção que têm sobre o cadáver, de natureza familiar e pessoal. Procedente, assim, é a norma legal (art. 3.º, inciso III, da lei n.º 5.479).

6.7. De igual modo, podem manifestar esta autorização as corporações religiosas ou civis responsáveis pelos despojos e o Diretor da Instituição onde ocorrer o óbito, na falta de responsáveis pelo cadáver. Fundamenta-se o ato naquele princípio do prevalente interesse público e social, exposto no item anterior. Justificada novamente a norma legal (art. 3.º, incisos III e IV).

6.8. Afinal, numa conclusão objetiva em relação ao tema proposto, as partes destacáveis do corpo da pessoa viva, guardados os limites físicos e legais, quando separadas, tornam-se *res in commercio*. Quanto ao cadáver, no todo ou em suas partes, é *res extra commercium*, por contrariar atualmente qualquer negócio oneroso sobre o mesmo a moral da sociedade, à qual repugna a idéia de sua mercantilização. Cada caso, porém, merece exame especial, e a simples recompensa pode não lhe atribuir esse caráter, se precipuo o fim de beneficiar a saúde de outrem.

Impõe-se ponderar, com FREITAS NOBRE<sup>39</sup> que, nesta hipótese, a despeito do caráter oneroso do ato, cabe ao médico decidir se deve ou não ser realizada a retirada do órgão do morto para salvar uma vida.

Entendendo-se o termo inegociável como próprio das coisas fora do comércio, o cadáver o é, mas não, a parte ou o órgão destacados do corpo da pessoa viva.

6.9. Contudo, se se compreender o termo inegociável como dizendo respeito a negócio jurídico *stricto sensu*, no conceito proposto por RUGGIERO no item 1 (hum) deste, conclui-se que o cadáver pode ser objeto de uma declaração de vontade tendente a produzir um efeito protegido pelo ordenamento jurídico, a qual coincide com sua disponibilidade, doutrinária e legalmente admitida. Não sendo esta, porém, de caráter patrimonial,

---

(39) FREITAS NOBRE, artigo citado.

daí decorre que êle seja insuscetível de apropriação e, por tal razão, fora de comércio. Sòmente neste sentido é que se entende possa ser objeto de doação.

Nesta parte, deve-se levar em conta a observação de PERREAU<sup>40</sup> já em 1909:

“Rigoureusement parlant, les droits de la personnalité, placés hors du commerce, sont incessibles, ou, d’une façon plus générale, insusceptibles de conventions, ou, un peu plus largement encore, hors des atteintes de la volonté humaine.

Ceci, c’est de la théorie; mais en pratique, rien n’èut été plus fâcheux. Aussi les tribunaux ont-ils largement atténué cette idée.”

6.10. É necessário, finalmente, que fique bem assinalado o caráter de prevalência do interesse público e social nesta matéria, já se chegando a falar num “direito coletivo à utilização das reservas do corpo inútil”, o que não permite se dê por encerrada sua discussão em termos de inovações e perspectivas. Deve-se pesar também que a própria negociabilidade do cadáver não é de ser repudiada em termos absolutos, se predominante o fim utilitário do benefício à vida e à saúde de outrem. Basta lembrar as vendas de sangue e leite, a criação de Bancos para êsse fim, tal o de córnea, e ainda, no plano dos direitos da personalidade, a resistência vencida à indenização do dano moral.

Retenham-se a êste propósito as palavras do Papa Pio XII, *apud* Monsenhor ARRUDA CÂMARA:<sup>41</sup> “É de proibir-se qualquer retribuição ou compensação aos interessados? É fora de dúvida que graves abusos podem ocorrer se se exige retribuição. Mas seria exagêro tachar de imoral qualquer aceitação ou exigência de retribuição. O caso é análogo ao da transfusão de sangue: é um mérito do doador recusar prêmio; mas não constitui culpa, necessariamente, aceitá-lo”. Arremata o padre deputado que o cita: “Assim, não vejo como considerar crime o recebimento de compensação, sobretudo, tratando-se de pessoas pobres”.

6.11. Há de nortear a criação do legislador, a interpretação do hermeneuta e a aplicação que da norma legal façam os magistrados, os membros do Ministério Público, os advogados e, enfim, quantos lidem com o laborioso mister da Justiça a admirável lição de ALCEU AMOROSO LIMA:<sup>42</sup>

---

(40) PERREAU, artigo citado.

(41) Diário do Congresso Nacional, de 29-5-1968.

(42) ALCEU AMOROSO LIMA, *Introdução ao Direito Moderno*, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 106.

“Essa majestade suprema do direito, que parte da mutação das leis positivas, enquanto subordinadas às circunstâncias, mas vai integrar-se na imutabilidade suprema da lei natural, enquanto participa da lei eterna, integrando-se assim harmoniosamente Direito e Moral, é o que constitui a essência do direito, segundo a sua concepção verdadeira, harmoniosa, completa, ao mesmo tempo plástica e fixa, atendendo às circunstâncias da “defectibilidade” humana e das mutações sociais e por outro lado às exigências da permanência e da perfeição divina.”

## SEGUNDA PARTE

### O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS OU PARTES DO CORPO

*SUMÁRIO: 7 — A lei 5.479, de 10-8-68 e as partes vetadas. 8 — As questões suscitadas perante o Direito. 9 — A ausência de crime contra o respeito aos mortos. 10 — A licitude do transplante: a intervenção cirúrgica. 11 — O consentimento do paciente. 12 — Os critérios para a determinação da morte e a responsabilidade média. 13 — A retirada dos órgãos e partes e o prazo para a realização da autópsia. 14 — A necessidade de autorização do disponente, da família e de terceiros. 15 — A autorização para as instituições nas quais se realize o transplante. 16 — Novas figuras delituosas. 17 — As perspectivas do transplante na Ciência. A Moral e o Direito. 18 — Conclusão.*

#### 7. A lei 5.479, de 10-8-68 e as partes vetadas.

7.1. Esta lei, que permite a retirada e o transplante de órgãos e partes do cadáver para fins terapêuticos, dispõe ainda em seus artigos 2.º e 4.º, parágrafo único, o seguinte:

“A retirada para os fins a que se refere o artigo anterior deverá ser precedida da prova incontestável da morte.”

.....  
“A retirada e o transplante de tecidos, órgãos e partes do cadáver, somente poderão ser realizados por médico de capacidade técnica comprovada, em instituições públicas ou particulares, reconhecidamente

idôneas e autorizadas pelos órgãos públicos competentes.

Parágrafo único. *O transplante somente será realizado se o paciente não tiver possibilidade alguma de melhorar através de tratamento médico ou outra ação cirúrgica.*” (grifo nosso)

Prevê no art. 10 e parágrafos a retirada de órgãos ou partes do próprio corpo vivo (vide item 5.1.).

Determina no art. 6.º a recomposição condigna do cadáver, que será entregue aos responsáveis para o sepultamento, sob pena de prática de ilícito penal a que é cominada a pena prevista para o crime de destruição, subtração ou ocultação de cadáver: reclusão de um a três anos e multa de cinquenta centavos a três cruzeiros novos (art. 211 do Código Penal).

Impõe, no art. 11, a pena de detenção de um a três anos, sem prejuízo de outras sanções que couberem, para a infração ao disposto nos arts. 2.º, 3.º, 4.º e 5.º e proíbe a intervenção, se houver suspeita de crime (art. 12).

De outro lado, “a retirada de partes de cadáver, sujeito por força de lei à necropsia ou à verificação diagnóstica da *causa mortis*, deverá ser autorizada pelo médico legista e citada no relatório da necropsia ou da verificação diagnóstica” (art. 9.º).

Prevê sua regulamentação no prazo de sessenta dias a partir de sua publicação, em 14-8-68 (art. 15).

7.2. Contudo, êste não era o texto final do projeto que subiu à sanção presidencial, o qual dispunha o seguinte nos parágrafos 1.º, 2.º e 3.º do artigo 2.º (Diário do Congresso Nacional, de 21-8-68) :

.....  
“A verificação do óbito deverá ser feita pelos métodos científicos atualizados, sempre precedida da comprovação da ausência de atividade cerebral demonstrada pelo traçado absolutamente linear do eletroencefalograma e a ausência de batimentos cardíacos por mais de cinco minutos.”

“O atestado de óbito será subscrito por três médicos, sendo um clínico, um cardiologista e um neurologista, que não pertençam à equipe que irá proceder à dupla operação de retirada e enxêrto.”

“Em caso de aproveitamento de olhos ou órgãos do cadáver que dispensem a retirada imediata, bastará o atestado de óbito firmado por um médico.”

Estas partes foram vetadas pelo Presidente da República (Diário mencionado) com fundamento em que “a disposição dos

parágrafos 1.º, 2.º e 3.º do art. 2.º visam disciplinar, através de uma sistemática estabelecida, o *modus faciendi* para a comprovação da morte, face ao fim colimado”. “Por isso, fixou não só a forma de verificação do óbito, como exigiu a adoção de métodos, que, tendo em vista a dinâmica com que se processam as transformações técnico-científicas, poderiam, mesmo, pelo risco de se tornarem arcaicos, invalidar todo o esforço empreendido pelos nossos cientistas, no sentido de permitir ao nosso país, no campo das ciências e da tecnologia, formar com as nações mais desenvolvidas”. Prosseguindo, diz que “a essas exigências acrescente-se a da obrigatoriedade de o atestado de óbito ser subscrito por três médicos na especialidade que menciona”, o que pode invalidar o objeto da lei.

#### 8. *As questões suscitadas perante o Direito.*

Várias questões afloram em virtude da prática dos transplantes, entre outras: a disponibilidade dos órgãos ou partes do corpo humano, objeto da primeira parte deste trabalho; sua licitude penal, tanto pelo aspecto do crime contra o respeito aos mortos, quanto pela intervenção cirúrgica; o consentimento do paciente; a determinação da morte e a previsão legal de seu critério; a autorização do disponente, da família e de terceiros; a restrição de sua prática a médicos e instituições que preencham determinados requisitos; a apenação de novas infrações.

#### 9. *A ausência de crime contra o respeito aos mortos.*

9.1. A retirada dos órgãos ou partes do cadáver não configura o delito previsto no art. 211 do Código Penal (destruição de cadáver), porque sua licitude decorre da lei, como se observou. Todavia, ainda assim, não o caracterizaria, eis que não ocorre destruição, pois, ao contrário, o órgão é aproveitado em outro corpo, para permitir-lhe a continuidade da vida, “com as condições de uma autêntica moratória que a Providência propicia”, no elegante dizer de FREITAS NOBRE.<sup>43</sup> É o milagre da morte em socorro da vida.

9.2. De igual modo, não se configura o crime do art. 212 do Código Penal (vilipêndio a cadáver ou suas cinzas) visto que não se tipifica a ação, nem há o dolo específico necessário.

#### 10. *A licitude do transplante: a intervenção cirúrgica.*

10.1. Afastada a hipótese de ofensa ao bem jurídico de respeito aos mortos, resta saber se o ato em si envolve ilicitude

(43) FREITAS NOBRE, artigo citado.

por violar outros interesses penalmente tutelados como a integridade física e a liberdade individual, eis que ocorre também entre pessoas vivas.

Permitido em lei, não há, em princípio que cogitar de seu caráter criminoso, desde que realizado em obediência às normas que traça, aos limites e condições que impõe. Ressaltem-se entre estas a finalidade terapêutica e a impossibilidade de o paciente melhorar através de tratamento médico ou outra ação cirúrgica.

O médico que executa o transplante age, assim, no exercício regular de um direito consagrado na lei.

Não obstante sua previsão legal, o ato se justificaria, e excluía da estaria a ilicitude, porque não é contrário ao direito.

10.2. GRISPIGNI<sup>44</sup> assinala, com razão, que “nella trapiantazione di organi si riscontra una vera e propria lesione personale, in quanto che il danno non è prodotto a beneficio della salute della persona che lo subisce, bensì a beneficio di una terza”.

A questão se propõe e deve ser examinada à luz do tratamento médico-cirúrgico, ao qual se reduz, em última análise, conforme entende JIMÉNEZ DE ASÚA.<sup>45</sup>

10.3. A êste propósito, o Prof. OSCAR STEVENSON<sup>46</sup> alude às seguintes “teorias da razão jurídica de discriminar-se o médico no desempenho dos misteres:

- a) consenso;
- b) qualidade do motivo ou fim;
- c) pelo fim eminentemente social;
- d) pela ausência de dolo e nada mais;
- e) pelo fim salutar e estético reconhecido pelo Estado;
- f) pela natureza das condições de cura as quais não podem considerar-se lesão nem turbamento da integridade física;
- g) pelo exercício de profissão regulada por lei justificadora dessa atividade intrinsecamente lícita;
- h) pelo direito resultante de profissão legalmente reconhecida;
- i) pela aplicação do princípio do interesse prevalente, o da sociedade;
- j) pelo costume.”

---

(44) F. GRISPIGNI, *obr. cit.*, pág. 479.

(45) LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, Tomo IV, pág. 671.

(46) OSCAR STEVENSON, “*Exclusão do Crime por Causas não Previstas Formalmente*”, Livraria Acadêmica, 1941.

Conclui que o ato se legitima em função do consentimento, numa interpretação *ex contrario sensu* do preceito contido no inciso II do § 3.º do art. 146 do Código Penal (constrangimento ilegal):

.....  
“§ 3.º — Não se compreendem na disposição dêste artigo:

.....  
II — a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.”

Partindo da análise dêsse dispositivo, admite a intervenção médico-cirúrgica, por escopo terapêutico ou não, abrangidos o enxerto de pele ou de testículo e a transplantação ovárica.

É certo, porém, que, diante do nôvo texto legal que disciplina a matéria, estas intervenções sòmente se tornam possíveis, quando correspondem a uma necessidade terapêutica.

10.4. NELSON HUNGRIA,<sup>47</sup> ANÍBAL BRUNO<sup>48</sup> e MAGALHÃES NORONHA,<sup>49</sup> de um modo geral, não sendo nosso propósito invocar maiores razões de seu pensamento, justificam-na como uma atividade autorizada pelo Estado, dentro dos meios e regras admitidos, inerente ao dever profissional do médico.

BETTIOL<sup>50</sup> faz uso do princípio da ação socialmente adequada para excluir a tipicidade da intervenção cirúrgica com êxito, justificando-a, em outros casos, pelo critério do consentimento do titular do direito entrelaçado com o da necessidade. Explica por êles a licitude das transplantações cutâneas e das transfusões de sangue, ponderando que “poder-se-á talvez admitir que seja a própria lei que autoriza semelhantes intervenções, mas de qualquer modo é certo que o consentimento, quando subsista a necessidade, é idôneo a elidir todo o caráter ilícito ao fato cometido por um cirurgião. Trata-se ademais de ações que têm uma importância moral e social positiva”.

Recorre também à ação social adequada, “por consubstanciar um meio justo para um fim justo, por atender ao princípio do balanceamento de bens-interesses” o Prof. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, em artigo exclusivo sôbre o transplante do coração.

---

(47) NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, 4.ª ed., vol. I, tomo I, pág. 310 e vol. V, pág. 106.

(48) ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, 2.ª ed., vol. I, tomo 2.º, pág. 12 e segs.

(49) E. MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, 3.ª ed., Saraiva, 1.º vol., pág. 234.

(50) GIUSEPPE BETTIOL, *Direito Penal*, Editôra Revista dos Tribunais, 1966, págs. 353, 402 e segs.

JIMÉNEZ DE ASÚA <sup>51</sup> trata especificamente dos transplantes e diz que “no tenemos qué invocar el consentimiento, ya que éste no es la causa que justifica el tratamiento médico-chirúrgico. Á la luz del verdadero motivo justificante de esos actos es como ha de mirarse el problema. *Esos tratamientos médicos y quirúrgicos se justifican por el fin de curar reconocido por el Estado, y que fundamenta su licitud al demostrarse válido conforme a la doctrina de la valuación de bienes*” (grifo nosso).

Admite, porém, que, abstraindo-se a hipótese das operações denominadas necessárias, no caso das operações convenientes, o consentimento é que dá a oportunidade da ação, condicionando-a.

Adverte ainda que é preciso a presença de um elemento subjetivo: o fim de curar. Propõe o exemplo de alguém que ceda um órgão para transplante movido pelo lucro e pondera que, por êste motivo, não se justifica a ação. Embora se argumente não esteja o médico, único responsável, imbuído do desejo de lucro, êle o será, uma vez que o momento em que se deve aferir a culpabilidade não é o do enxerto do órgão no corpo receptor, mas na sua extração do disponente, que o cede mediante pecúnia.

Conclui que somente “el elemento subjetivo de lo justo (sanar en este caso) destruye el posible tipo legal delictuoso”.

Contudo, algumas indagações se impõem diante desta opinião. Se o transplante fôr indispensável para o receptor, como sugere FREITAS NOBRE, <sup>52</sup> irá o médico deixar de fazê-lo? Será ilícita sua ação? Parece-nos, à vista do estado de necessidade, que não.

Esta descriminante é invocada por êste autor para afastar a ilicitude dos transplantes de um modo geral, ao lado da excludente penal do inciso II, § 3.º, do art. 146 do Código Penal. Quanto ao disponente, justifica a retirada do órgão pelo estado de necessidade e pelo interêsse coletivo, comprovada de modo insofismável a morte.

Ocorre na intervenção um *perigo de vida*, não só iminente, mas *atual* e, além do mais, *inevitável*, o que determina aja o cirurgião em socorro do titular do bem ou interêsse jurídico que a justifica e reclama. Fala, então, com mais propriedade, em *socorro de necessidade*, que pressupõe “a atualidade e inevitabilidade do perigo, a proporcionalidade do perigo de vida na situação do paciente e do perigo de vida com o transplante, situação esta de necessidade capaz de integrar a figura do *estado de necessidade*”.

DONNEDIEU DE VABRES, *apud* JIMÉNEZ DE ASÚA, nega a legitimidade de qualquer enxerto por falta de validade do consenso, não importando o motivo que inspire o doador.

---

(51) JIMÉNEZ DE ASÚA, *obr. cit.*, pág. 670.

(52) FREITAS NOBRE, artigo citado.

VICENZO SPIEZIA <sup>53</sup> alega que “nei limiti fissati, i trattamenti in esame sono legittimati da uno scopo, che dello Stato è riconosciuto conforme ai fini della legge penale e paralelo al sentimento sociale”.

11. *O consentimento do paciente.*

Diante da omissão da Lei n.º 5.479, cremos que o paciente, cujo corpo receberá o órgão transplantado, deverá consentir na operação, ou alguém por êle, como ocorre nas intervenções cirúrgicas de um modo geral.

A êste propósito, um “Esbôço de Legislações sôbre Transplantes”, preparado pelo Instituto de Patologia Cirúrgica de Roma <sup>54</sup>, anexado pelo Deputado CUNHA BUENO ao projeto de lei que apresentou sôbre a matéria, exige como condição para a remoção de um órgão que o receptor, ou algum de seus parentes, contra-assine o requerimento firmado pelo médico, comunicando a intenção de realizar o transplante.

O Deputado NELSON CARNEIRO, em parecer como Relator dêsse projeto e do que recebeu o n.º 1.084, ambos dêste ano (1968), assim se pronunciou: “O paciente, ao menos nesta fase inicial, necessita, entretanto, de estar cômscio dos riscos que o aguardam e de dar conscientemente (ou, em seu impedimento, alguém por êle) expressa concordância com o aludido tratamento”. <sup>55</sup>

Verdade é que, em face dos têrmos da Lei n.º 5.479 (§ único do art. 4.º), só se faz o transplante, quando não há possibilidade alguma de o paciente melhorar através de tratamento médico ou outra ação cirúrgica. Não é de se dispensar, todavia, seu consentimento. Comentando a excludente penal do inciso II do § 3.º do art. 146 do Código Penal, diz NELSON HUNGRIA que “torna-se desautorizado o tratamento arbitrário mesmo nos casos em que, embora previsível a morte do enfêrmo, tenha êste um período mais ou menos prolongado de sobrevivência”. <sup>56</sup>

Parece-nos tenha lugar esta excludente, quando, além do *iminente perigo de vida*, objetivo e concreto, exigindo o transplante como necessário, urgente e inadiável, não esteja o paciente em condições de consentir, nem haja quem o faça por êle.

Não contra sua vontade, nem à sua revelia, se pode consentir, ao menos nesta fase inicial de riscos e dúvidas de alguns, enquanto se aguarda a consolidação dêste nôvo tipo de intervenção cirúrgica em todos os aspectos médicos, especialmente o imunológico.

(53) VICENZO SPIEZIA, *Limiti della Liceità Giuridica del Trattamento Medico-chirurgico*, Alberto Moreno Editore, Napoli, MCMXXXIII, pág. 83.

(54) Diário do Congresso Nacional, de 29-5-1968, pág. 2865.

(55) Diário do Congresso Nacional, de 29-5-1968, pág. 2867.

(56) NELSON HUNGRIA, *ob. cit.*, vol. VI, pág. 179.

12. *Os critérios para a determinação da morte e a responsabilidade médica.*

12.1. São as seguintes as palavras do Prof. PAULO VAZ DE ARRUDA, integrante da equipe do Prof. ZERBINI, a respeito da determinação da morte, citadas pelo Deputado NELSON CARNEIRO: <sup>57</sup> “Verificar, constatar a morte dos outros é algo profundamente angustiante. Na filosofia da ciência já está estabelecido que o que é mais valioso é a hipótese, desde que seja uma hipótese de boa qualidade. A hipótese é mais importante que a própria conclusão, pois uma vez chegada à conclusão, não se tem nada mais em disponibilidade; *é tão verdadeira a relatividade e a mutabilidade dos conceitos científicos* que os encarregados da reformulação vigente procuram dar um conceito vasto e mais amplo do problema da vida real e da vida aparente. Embora seja profundamente angustiante verificar e constatar a morte dos outros, estamos acostumados a fazê-lo. E tudo isto tem sentido, porque existe a perspectiva de uma nova vida real” (grifo nosso).

12.2. A Lei n.º 5.479 exige, no art. 2.º, apenas a prova incontestável da morte, não estabelecendo critérios mínimos para sua verificação, fiel, assim, ao projeto originário.

No entanto, não era o que constava do projeto de lei aprovado pelo Congresso, vetadas que foram as disposições relativas a esta verificação, conforme se expôs no item 7.2. Entre os motivos para fundamentar o veto, saliente-se o da exigüidade do tempo para o aproveitamento natural de algumas vísceras, o que seria impossível diante dos requisitos fixados, tais como o do § 2.º do art. 2.º.

12.3. Sugerindo critérios mínimos para esta árdua tarefa, têm-se reunido especialistas em várias partes do mundo, já tendo havido pronunciamento de um grupo de professores da Universidade de Harvard (“O Globo”, de 13-9-68), da Academia de Ciências dos Estados Unidos e de vinte e quatro eminentes cardiologistas do mundo em junho dêste ano (1968), em Genebra. <sup>58</sup>

12.4. HUBERT LEPARGNEUR, O. P. <sup>59</sup>, refletindo sôbre a Deontologia nos transplantes de coração, pondera que “só o indivíduo pode e deve-se capacitar, na medida de seus meios concretos, a responder com competência à questão moral da oportunidade de determinada ação”. Escreve em outra parte que “é duvidoso de que o psiquiatra possa substituir a responsabilidade do juiz, mas não há dúvida de que o cirurgião deve assumir sua própria responsabilidade ética, não podendo separar esta ava-

(57) Diário do Congresso Nacional, de 29-5-1968, pág. 2866.

(58) Revista *Pergunte e Responderemos*, n.º 105, de setembro de 1968.

(59) HUBERT LEPARGNEUR, *Transplantes do Coração: Reflexões de Deontologia*, in Revista *Eclesiástica Brasileira*, vol. 28, fasc. 2, pág. 418.

liação ética da avaliação técnica, de acôrdo com a natureza da moral que expusemos. Nesta avaliação de oportunidade, avaliação ao mesmo tempo técnica e ética, sabemos que entram em jôgo não só princípios, mas coeficientes pessoais culturalmente condicionados”.

12.5. O Código de Ética Médico, por outro lado, em vários artigos, firma a responsabilidade do facultativo pelos atos que deva praticar, advertindo que só pode fornecer o atestado de óbito após certificar-se pessoalmente da realidade da morte (artigo 61). Proscreve ainda as experiências *in anima nobili*, a não ser para fins de tratamento ou diagnóstico, com o consentimento do paciente (art. 58).

12.6. O Esbôço de Legislações sôbre Transplantes recomenda que “tôda instituição com direito a realizar tais remoções deverá ter um pessoal qualificado para fazer uma definição da morte”.

13. *A retirada dos órgãos e partes e o prazo para a realização da autópsia.*

Esbarrou-se, ao início dos transplantes, na proibição do artigo 162 do nosso diploma penal adjetivo, o qual dispõe que “a autópsia será feita pelo menos seis horas depois do óbito”.

No entanto, a Lei n.º 5.479 só exige que a retirada do órgão seja precedida da prova incontestável da morte, além de que a própria parte final do dispositivo citado consagra a exceção: “salvo se os peritos, *pela evidência dos sinais da morte*, julgarem que possa ser feito antes daquele prazo, o que declararão no auto” (grifo nosso).

Parece, assim, não subsistir o pretenso obstáculo que apenas à autópsia se refere.

14. *A necessidade de autorização do disponente, da família e de terceiros.*

14.1. A retirada do órgão só se torna lícita mediante esta autorização nos casos e nas condições referidos no item 5.1., *in fine* (art. 3.º, incisos I a IV da Lei n.º 5.479), sob pena de o infrator incorrer nas sanções do art. 11.

14.2. Uma questão interessante se propõe: negando a família a autorização, e, todavia, havendo um paciente em estado grave, necessitando urgentemente do transplante de um órgão que só aquêle corpo pode fornecer, deve-se deixar de realizá-lo em obediência àquela negativa, abandonando-se o paciente ao mal que o condena?

Duas solicitações se chocam, ficando o médico prêso de atroz dúvida: se atende à palavra e aos sentimentos dos familiares ou se ao estado grave do paciente. Terrível dilema que se resolve na consciência ética.

Parece-nos não seja ilícita sua conduta, caso se sobreponha à negativa e aos sentimentos dos familiares e beneficie o corpo do paciente condenado. Talvez lhe agradeçam mais tarde aqueles que negaram, por terem podido contribuir para o bem do próximo, apesar de que se houvessem furtado, na hora, ao gesto que, conforme salientou o Papa Pio XII, é menos de um dever e sim de caridade.

Não é ignorar a palavra dêste grande Pontífice <sup>60</sup> de que devem ser observados “os sentimentos de uma terceira parte interessada que cuida do cadáver. Não seria humano desdenhar tais sentimentos profundos para servir um fim terapêutico”.

Trata-se apenas de um estado de necessidade intenso no seu maior grau, já que o paciente não pode esperar que apareça outro corpo do qual se retire o órgão capaz de lhe permitir a vida.

#### 15. *A autorização para as instituições nas quais se realize o transplante.*

Acertada se afigura esta previsão legislativa (art. 4.º da Lei n.º 5.479 — item 7.1.). MACIÀ dá notícia de que o mesmo ocorre na Espanha por disposição legal que data de 1950. <sup>61</sup>

Com mais fundamentos se apresenta esta restrição, quando a própria lei não estabelece critérios científicos para a determinação da morte, deixando êste e outros problemas afetos à responsabilidade médica. Daí também o requisito de capacidade técnica que se exige do profissional.

#### 16. *Novas figuras delituosas.*

16.1. A Lei n.º 5.479 cria figuras delituosas nos arts. 6.º, § único, e 11, mencionados no item 7.1.

Longe de pretender adentrar o exame da matéria, que, pela novidade, muitos aspectos oferece a estudo e debate, deve-se frisar, numa referência aos trabalhos legislativos, que o projeto aprovado pela Comissão de Contituição e Justiça e de Saúde da Câmara dos Deputados dispunha, nesta parte, que a infração aos dispositivos da lei configuraria os crimes do art. 121, § 3.º e do art. 211 do Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Em trâmite no Senado, recebeu emenda do Senador ALOYSIO DE CARVALHO, que se converteu no atual art. 11, assim justifi-

---

(60) *Apud* MONSENHOR ARRUDA CÂMARA, in *Diário do Congresso Nacional*, de 29-5-1968, pág. 2866.

(61) ANTONIO BORREL MACIÀ, *obr. cit.*, pág. 125.

cada: <sup>62</sup> “Ora, o art. 121, § 3.º é de homicídio culposo. Estamos, então, admitindo que a retirada de um órgão de um indivíduo, já cadáver, possa ser considerado homicídio culposo. É muito mais próprio que a pena a aplicar seja a mesma pena para o homicídio culposo, mas aplicada ela própria sem qualquer referência ao artigo do Código Penal que pune o homicídio culposo”.

Em caso da transgressão ao art. 2.º da lei, portanto, pratica o médico infração isolada, que diz respeito tão-sòmente à prova da morte.

Acrescente-se que, apesar de esta — a morte — não ter resultado incontestavelmente provada, não quer dizer que não tenha ocorrido.

Uma questão interessante poderia surgir: se ficasse demonstrado que o doador não estava morto, quando lhe foi retirado o órgão, mas que veio a falecer em virtude dessa extração, por que crime ou crimes responderia o médico? Por ambos os ilícitos referidos — homicídio culposo e art. 11 desta lei — ou apenas por um deles, então, o primeiro?

16.2. Outro problema é a co-responsabilidade ou não do Diretor da Instituição na prática das infrações previstas na Lei n.º 5.479, dado que o transplante depende de sua autorização (artigo 3.º, IV, *in fine*). Assume esta dúvida especial relêvo, quando se trata do diagnóstico impreciso da morte.

### 17. *As perspectivas do transplante na Ciência. A Moral e o Direito.*

17.1. Estas perspectivas dependem, *prima facie*, do resultado das operações. Êste não tem sido desanimador, não obstante os percalços de uma experiência nova, que espera e necessita de consolidação, sem prejuízo dos horizontes que deixa antever.

Constam da Exposição de Motivos que acompanhou a mensagem do projeto da Lei n.º 5.479 estas palavras: “Inicialmente limitada a algumas peças, como a córnea e os ossos, as possibilidades de extirpações estenderam-se a outras partes ou órgãos mediante o advento de recursos extra-corpóreos de manutenção da vida, necessários à realização de profundos atos operatórios”. “O coração e o rim já estão incluídos, dêste modo, entre os órgãos que se vêm substituídos, com sucesso promissor”.

A conclusão do relatório do “Human Kidneys Transplant Registry”, publicada na “Revista da Associação Médica Brasileira”, vol. 14, n.º 7, de julho de 1968, noticia 1.200 casos de transplantes renais humanos executados até dezembro de 1966, assinalando cêrca de 75% de bons resultados após um ano de

---

(62) Diário do Congresso Nacional, de 20-6-1968, pág. 2126 (Seção II).

transplante, quando os doadores eram parentes próximos: mãe, pai e irmãos. Analisando os quinze primeiros casos de homotransplante renal *inter vivos* no Brasil, os autores do artigo mencionado atestam 64% de sobrevivência de mais de um ano, considerando a série de 11 casos. E concluem: “dessa análise resulta uma impressão bastante favorável dos resultados obtidos, bem como do grande número de informações científicas dêles tiradas, de modo que se sentem estimulados a prosseguirem no programa em questão”.

O Monsenhor ARRUDA CÂMARA,<sup>63</sup> em parecer ao então projeto da Lei n.º 4.280, de 6-11-63, repetido no que proferiu para a atual lei, faz alusão ao Banco de Olhos do Rio Grande do Sul e às estatísticas de que “de 48 a 54, entre 40% e 65%, o transplante deu resultados positivos, sendo em 20% com a plenitude de visão, semelhante à natural”.

Por êstes resultados e pelo prosseguimento dos estudos científicos, percebe-se que novos rumos surgem na difícil arte de curar, velho sonho que é o transplante, acalentado durante mais de seis mil anos, apesar de só ter adquirido fundamento científico há sessenta anos.<sup>64</sup>

17.2. Perante a Moral, nenhuma restrição se lhe faz em princípio. SANTO TOMÁS DE AQUINO, invocado pelo padre-deputado, naquele parecer, dá a justificativa moral para os transplantes eteroplásticos (doador e receptor são de espécie diversa): “Na ordem natural das coisas, os mais imperfeitos existem por causa dos mais perfeitos... Daí ser lícito sacrificar as plantas ao uso dos animais e os animais para o uso do homem, segundo a própria ordenação divina” (Summa Teol. 2.<sup>a</sup> — 2.<sup>a</sup> — 63).

Quanto ao transplante omoplástico do cadáver para o homem vivo, cita ainda as palavras de Pio XII: “Para quem recebe, representa essa operação um reparo e a correção do defeito de nascimento ou de acidente. Relativamente ao defunto, não se lesa bem algum que lhe diga respeito nem o seu direito a tal bem. O cadáver não é mais, no sentido da palavra, “sujeito de direito”. A extirpação não é mais privação de um bem; os órgãos do cadáver não possuem mais o caráter de bens, porque já não lhe servem e não têm mais relação com fim algum. Suas finalidades se findaram”.

A lenda também nos dá notícia de um transplante realizado pelos Santos Cosme e Damião de uma perna completa proveniente de um etíope morto para um devoto membro da Igreja primitiva.

(63) Diário do Congresso Nacional, de 29-5-1968, pág. 2867.

(64) ROY YOOK CALNE, *Transplante Renal*, Editorial Acribia, Zaragoza, Espanha, 1965.

17.3. Perante o Direito, máxime o Direito Penal, só deve encontrar o agasalho legal para que possa ser útil à humanidade, partindo do respeito ao indivíduo como tal e aos valores morais da sociedade em que vive. Caem bem as palavras de VICENZO SPIEZIA: <sup>65</sup>

“La legge penale è creata per garantire la società nella sua costituzione legale e nei suoi diritti pubblici di ogni natura, per proteggere il suo progresso, per mantenerne salda la compatezza e per assicurarne la vitalità, oltreiche per punire l’offesa che un reato arreca al sentimento sociale, che, in un derteminato periodo storico, ritiene antisociale e anti giuridico un dado fatto.”

### 18. Conclusão.

18.1. De todo o exposto, chega-se à seguinte conclusão:

18.2. Os transplantes para fins terapêuticos, se o paciente não tiver possibilidade alguma de melhorar através de tratamento médico ou de outra ação cirúrgica, legitimam-se pela Lei n.º 5.479, preenchidas as condições que prevê, constituindo ilícito penal a infração a alguma destas disposições. Entre elas, saliente-se a da prova incontestável da morte, quando o órgão deva ser retirado de cadáver.

18.3. Justificam-se, ainda, extralegalmente, por sua finalidade social e humanitária, funcionando o consentimento do disponente ou de quem de direito como mera condição ou oportunidade da ação.

18.4. Êste, o consentimento, faz-se necessário por parte do paciente, também, ou, no seu impedimento, de alguém por êle, a não ser que ambas as hipóteses não sejam possíveis, e a iminência do perigo de vida exija a intervenção como necessária e inadiável. Não, porém, contra a vontade do paciente ou à sua revelia, se podiam manifestá-lo.

É o mínimo que se exige nesta fase inicial dos transplantes.

18.5. Os critérios para a determinação da morte ficam por conta da responsabilidade profissional e ética do médico, a quem se requer capacidade técnica comprovada. Tendo em vista as constantes transformações técnico-científicas, que novos critérios poderão trazer para êsse fim, melhor é que se deixe à sua consciência e idoneidade profissional a certeza desta verificação, sendo

---

(65) VICENZO SPIEZIA, *obr. cit.*, pág. 81.

exato que a prova contestável dá ensejo à configuração de ilícito penal.

18.6. Não se aplica à hipótese o prazo previsto no art. 162 do Código de Processo Penal para a autópsia.

18.7. Não obstante a necessidade da autorização da família e das corporações religiosas ou civis responsáveis pelos despojos nos casos previstos, não é crime, todavia, a retirada do órgão contra a oposição dos mesmos, se ocorre evidente estado de necessidade em relação ao paciente receptor.

18.8. O crime decorrente da infração ao art. 2.º da Lei n.º 5.479 refere-se tão-sòmente à prova da morte. Da contestabilidade desta prova, entretanto, não se infere a presunção de vida do doador.

18.9. Os transplantes de órgãos ou partes do corpo humano abrem novos horizontes na medicina e também se legitimam perante a Moral, que os justifica para o Direito. A êste propósito, é válida a seguinte indagação de VICENZO SPIEZIA: “Si potrebbe punire il medico che ha guardagnato alla vita, alla funzione sociale un uomo, con un minimo sacrificio de un'altra persona?”

18.10. Em face destas perspectivas e da comunicação e cooperação no aperfeiçoamento técnico e nos progressos científicos, no plano mundial, como o atestam as recentes conferências do Dr. CHRISTIAN BARNARD em vários países, é de se desejar e pugnar pela elaboração de um acôrdo internacional, do qual constem princípios e normas uniformes para as legislações internas dos Estados signatários, conforme sugere o Esbôço de Legislações sôbre Transplantes.

18.11. Para finalizar, o Direito e o progresso científico são forças paralelas, não antagônicas, cuja direção é o bem da sociedade, exprimindo-se neste pensamento de TORRAS Y BAGES: <sup>66</sup>

“La ley es equilibrio, la fórmula de la vida, y cuando ella falta, entra la perturbación, el desorden y la destrucción.”

---

(66) TORRAS Y BAGES, *Llei de l'Art*, apud ANTONIO BORREL MACIÀ, *obrã cit.*, pág. 6.

## RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

CLAUDIO VIANNA DE LIMA

*Regime legal:* O Diretor da sociedade comercial, em regra, é pessoalmente irresponsável pelas obrigações que assume em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão. É o princípio consubstanciado no art. 121 da lei das sociedades por ações (Decreto-lei n.º 2.627, de 29-9-1940), extensível a toda sociedade mercantil, certo que o velho Código Comercial não chegou a uma clara distinção entre as pessoas do sócio e da sociedade, que confunde vêzes seguidas, em contrário ao princípio assentado de que "SOCIETAS DISTAT A SINGULOS". Esta irresponsabilidade, contudo, é bem definida, circunscrita aos atos regulares de gestão. "... Se os diretores causam prejuízo a terceiros, agindo dentro de suas atribuições, sem culpa, nem dolo, a responsabilidade é da sociedade, se desempenham um ato de gestão, dentro de seus poderes legais ou estatutários, mas o fazem com dolo ou culpa, a responsabilidade é dêles e não da sociedade, também são responsáveis quando agem fora de suas atribuições com violação da lei ou dos estatutos" GUSTEVE PIRES, "Manual das sociedades anônimas", n.º 171, pág. 266, Edição Freitas Bastos, Rio, 1942). "Tenha-se sempre em vista que os poderes conferidos pelos estatutos aos administradores, por mais extensos e compreensivos que sejam, encontram sempre uma limitação implícita: são poderes relativos ao objeto que constitui a finalidade da comunhão social, poderes que só se entendem conferidos para realizar as operações ou os negócios que a sociedade se propõe como fim ou objeto" (RUY CARNEIRO GUIMARÃES, "Sociedades por Ações", vol. III, Forense, 1960, pág. 48, n.º 932, citando parecer de Francisco Campos). Para melhor disciplina, contudo, da responsabilidade não apenas dos diretores quanto a atos ilícitos, danosos a terceiros e à própria sociedade, com repercussão na coletividade e uma vez que a responsabilidade civil conseqüente é regulada nas leis comerciais apenas em

relação à própria sociedade e, quando muito, em relação aos seus sócios ou acionistas, e para regulamentação da própria responsabilidade das pessoas jurídicas quanto a atos danosos ao patrimônio alheio, existem leis específicas a propósito de diretores de entidades privadas que lidam com a economia coletiva. O ideal atingido pelas sociedades por ações, de limitação máxima da responsabilidade dos seus sócios (acionistas) ao valor da sua participação no capital social (ação), assegurando, ao mesmo tempo, o máximo, também, de proveitos para esta participação, através da própria organização societária, verdadeiro aparelhamento da grande empresa, apropriada para os grandes empreendimentos e os grandes lucros, colocou de manifesto a necessidade de maior proteção à poupança coletiva. Não apenas no interesse de tutelar o patrimônio alheio, protegendo-o de desfalques e danos pela ação ilícita, como também com a alta finalidade de preservar a poupança coletiva, como elemento de importância da própria economia comum. As empresas que lidam com a economia coletiva, sejam de propriedade de sociedades, sejam de empresário individual, uma vez que se atentou para a importância de preservação desta economia, e se tornou imperiosa a sua proteção, passaram a ser objeto de legislação específica em que se traduziu a tutela do Estado quanto a tão relevantes interesses. As leis que estabeleciam a liquidação extrajudicial de bancos e casas bancárias (Decreto n.º 19.479, de 12-12-1930, regulamentado pelo Decreto n.º 19.634, de 28-1-1931, revigoradas pelo Decreto-lei n.º 9.228, de 3-5-1946, passaram a contar, complementarmente, com diploma legislativo que dispôs sobre a responsabilidade de diretores de bancos e casas bancárias (Decreto-lei n.º 9.323, de 10-6-1946). Pela primeira vez se estabeleceu a responsabilidade dos mencionados diretores, criando solidariedade pessoal dos mesmos pelas obrigações da sociedade, assumidas na sua gestão, pelas quais passaram a responder com os seus bens particulares, em havendo liquidação extrajudicial, concordada ou falência da sociedade pelos mesmos administrada, ainda que o seu capital seja constituído de ações (art. 1.º do decreto-lei mencionado). Na liquidação extrajudicial, espécie de processo falimentar, administrativo, que não prescinde, contudo, de complementação judicial, compete a órgão do Governo o processo de extinção forçada da empresa cuja atividade se relacione com a poupança coletiva. A antiga Superintendência da Moeda e do Crédito, "SUMOC", criada pelo Decreto-lei n.º 7.293, de 2 de fevereiro de 1945, alterado pelo Decreto-lei n.º 9.140, de 5 de abril de 1946, se transformou, pela lei de reforma bancária, (4.595, de 31-12-1964), art. 8.º, em Banco Central da República, autarquia federal a que compete a liquidação extrajudicial das empresas em apêço, antes da atribuição da SUMOC. Esta liquidação prevê a arrecadação dos bens particulares dos diretores das entidades

de que se cogitam, ou o seu seqüestro judicial, fixando o órgão o termo legal da liquidação, declarando a data em que se tenha caracterizado o estado falimentar, para efeito de eventual revogação dos atos dos diretores, na forma e casos previstos na própria lei de falências (Decreto-lei n.º 7.661, de 21-6-1945). O sistema de responsabilidade de que se trata, contudo, só veio a ser melhor regulado pela Lei n.º 1.808, de 7-11-53 (“Dispõe sobre a responsabilidade de diretores de bancos e casas bancárias e dá outras providências”), cujo art. 2.º veio a ser modificado, substancialmente, pela lei de reforma bancária, em seu art. 42. Simplificou este artigo da Lei n.º 4.595 a redação do art. 2.º da Lei n.º 1.808, ampliando, ao mesmo tempo o objeto da lei: “art. 2.º — Os diretores e gerentes das INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS respondem solidariamente pelas obrigações assumidas pelas mesmas durante a sua gestão, até que elas se cumpram. Parágrafo único — Havendo prejuízos, a responsabilidade solidária se circunscreverá ao respectivo montante”. O art. 43 da lei de reforma bancária firma, ainda: “O responsável pela instituição financeira que autorizar a concessão de empréstimo ou adiantamento vedado nesta lei, se o fato não constituir crime, ficará sujeito, sem prejuízo das sanções administrativas ou civis cabíveis, à multa igual ao dobro do valôr do empréstimo ou adiantamento concedido, cujo processamento obedecerá, no que couber, ao disposto no art. 44 desta lei”. Finalmente, o Decreto-lei n.º 48, de 18 de novembro de 1966, “dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS e dá outras providências”. No art. 1.º, § 1.º, do decreto-lei referido se lê: “A intervenção e a liquidação extrajudicial determinam a perda de mandato dos administradores e dos membros do Conselho Fiscal da entidade, *os quais responderão, em qualquer tempo, pelos atos que tiverem praticado ou omissões em que tiverem incorrido*”. A conclusão que se pode tirar é a de que tal responsabilidade se verifica e se materializa nos termos da Lei n.º 1.808, de 1953.

*Instituições financeiras:* — A ampliação do conceito dos diretores responsáveis pelos danos à economia coletiva, através da gestão de suas emprêsas, às instituições financeiras é compreensível. Não são apenas os bancos e casas bancárias, nos dias que correm, que operam com valôres desta economia, há as entidades que trabalham com os títulos de pública circulação, que se lançam à oferta pública de valôres mobiliários, e que também se colocam em posição de causar dano às poupanças coletivas. Consideram-se, precisamente, instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessórias a coleta, intermediação ou aplicação de recursos finan-

ceiros, próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. É o que dispõe o art. 17 da Lei n.º 4.595, cujo parágrafo único completa: para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual. O § 1.º, do art. 18, da Lei n.º 4.595, depois de exaustiva enumeração das entidades financeiras, dependentes de autorização governamental para funcionar no país, demonstra que sua referência não esgota o exemplo das mencionadas entidades: fecha a relação com um critério próprio para especificar e caracterizar a atividade própria de tais instituições, ou seja “atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiro e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras”. A Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, regulando o mercado de capitais, reproduz os conceitos supra referidos, conforme se expõe na pág. 5 da nota “Mercado de Capitais Imobiliários”.

*Instituições financeiras públicas:* — As instituições financeiras públicas estão excluídas da incidência da lei de responsabilidade dos diretores de instituições financeiras. A responsabilidade aí é funcional, no sentido de que regulada pelas leis administrativas próprias, fora do âmbito de responsabilidade civil, em que pese ao disposto no art. 15 do Código Civil, quanto ao direito regressivo contra os causadores do dano, por parte do Estado. As Caixas Econômicas, por exemplo, destinadas a recolher em depósito as economias populares, são autarquias, em que há a administração descentralizada da União Federal, nada obstante consideradas repartições do Ministério da Fazenda, desde o Decreto n.º 24.036, de 26-3-1934, a que se vinculam, ainda agora, pelo art. 189, I, do Decreto-lei n.º 200, de 25-2-1967, da reforma administrativa. Se a sociedade por ações é de economia mista, observa PONTES DE MIRANDA, cabe a *ação popular* do art. 150, § 31, da Constituição de 1967 (*Tratado de Direito Privado*, Tomo L, § 5.332, pág. 410).

*Cooperativas de crédito:* — As cooperativas de crédito, subordinadas na parte normativa ao Conselho Monetário Nacional e na parte executiva ao Banco Central da República, as habitacionais sujeitas ao Banco Nacional da Habitação e as demais, através do Conselho Nacional de Cooperativas, ao Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário (Decreto-lei n.º 59, de 21-11-1966, art. 8.º), terão definidos os casos de intervenção e liquidação pelos órgãos a que se subordinam. Não exclui o Decreto-lei n.º 59, contudo, a aplicação da lei de responsabilidade aos seus diretores. As Instruções baixadas pelo Conselho de Admi-

nistração do Banco Nacional de Habitação (Resolução n.º 94, de 12-9-1966), de conformidade com o Decreto n.º 58.377, de 9-5-1966, estabelecem a responsabilidade solidária dos administradores das Cooperativas Habitacionais que se vincularem a compromissos ou operações em desacôrdo com a lei, as normas do Banco Nacional da Habitação e as disposições estatutárias além da responsabilidade pessoal pelos prejuízos causados culposamente à Cooperativa (art. 20 e seus §§). Nota-se que o Decreto-lei n.º 59 revogou expressamente tôda a legislação anterior a respeito, mas não se refere, na revogação, ao Decreto n.º 58.377, de 9-5-1966, à sombra do qual se baixaram as referidas Instruções (art. 26 do decreto-lei).

*Pessoas físicas equiparadas às instituições financeiras: —*

A Lei n.º 1.808, de 7 de janeiro de 1965, dispõe sôbre a responsabilidade de diretores de *bancos* e *casas bancárias*. No art. 1.º se faz referência a “banqueiros sob firma individual”. A idéia da lei é abranger, consoante define o mesmo art. 1.º mencionado, a tôdas as emprêsas, individuais ou de sociedade, que se dedicarem ao comércio de bancos, a que já se referia o art. 19, § 2.º, do Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, incluindo ditas operações como objetivamente mercantis, inovando o Código Comercial, que se ateve, apenas, a uma noção subjetiva de comerciante. A lei de reforma bancária, como se verificou, renovou a redação do art. 2.º da Lei n.º 1.808, para considerar a responsabilidade solidária de diretores e gerentes de instituições financeiras (art. 42). Na caracterização das instituições financeiras, às mesmas equiparou “as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo (art. 17), de forma permanente ou eventual”. O intuito da lei é não permitir uma brecha, por mínimo que seja, na rede de responsabilidade dos administradores que operam com as poupanças coletivas. A circunstância de que a necessidade de acautelar a economia dos particulares mais se sentiu, justamente, com o advento e o incremento das sociedades de capitais, de irresponsabilidade dos acionistas e de indispensável responsabilização dos seus administradores pelos atos de má gestão, não impede — e assim não ocorreu! — que quando a mesma economia coletiva é atingida por emprêsas outras, individuais, que não de propriedade de sociedades de capitais, ou mesmo que de propriedade de sociedades de pessoas, também sejam tutelados os relevantes interêsses gerais objeto da legislação de que se cogita. O bem jurídico pôsto a salvo é a integridade do patrimônio dos particulares, é a poupança coletiva, fator de desenvolvimento econômico do país, pouco importando que a ação nociva seja decorrente da má administração de sociedade, seja esta de capital ou de pessoas, ou de emprêsa individual. Daí a preocupação da lei em incluir na res-

ponsabilidade solidária criada, todos os que administraram parcela da economia coletiva. Em linha de princípio, observa J. C. SAMPAIO DE LACERDA (“Manual de Direito Falimentar”, edição Freitas Bastos, 1959, pág. 351, n.º 231) — “naturalmente desnecessário fixar-se a responsabilidade solidária dos banqueiros que exerçam o comércio bancário individualmente, ou mesmo dos gerentes de sociedade em nome coletivo, ou em comandita simples, por lei especial, uma vez que a responsabilidade ilimitada já lhe é consignada, respondendo com todo o seu patrimônio pessoal, quer porque não há limitação, entre nós, de responsabilidade do comerciante individual, quer porque só os sócios de responsabilidade solidária e ilimitada podem gerir aquelas sociedades. Entretanto, as medidas tomadas pela lei são vantajosas e aplicáveis a eles pela sua ação culposa ou dolosa”. Há, deve ser acrescentado, a vantagem do processo especial de responsabilização dos diretores mencionados, mais pronto e eficaz na proteção da economia popular. Nesta matéria, de pessoas físicas equiparadas às instituições financeiras, há de se referir o Decreto-lei n.º 9.603, de 16-8-1946, que dispõe sobre as sociedades de crédito, financiamento ou investimento, cujo art. 1.º está assim redigido: “As empresas comerciais e industriais, pessoas físicas ou jurídicas, cujas atividades, a juízo da Superintendência da Moeda e do Crédito, justifiquem a organização de seções de financiamento ou de crédito, poderão mantê-las sob o regime do decreto-lei n.º 7.583, de 25.5.1945” (dispõe sobre sociedades de crédito, financiamento ou investimento). O alcance do dispositivo legal em apreço é objeto de controvérsia a propósito se teria havido permissão para, ao lado das sociedades de crédito, se organizassem empresas individuais explorando seções de financiamentos ou de crédito, com as mesmas finalidades das mencionadas sociedades, ou se as seções referidas teriam finalidade estrita referente ao próprio comércio ou indústria da empresa individual. A distinção legal entre bancos e casas bancárias, conforme é sabido, é meramente arbitrária. Resulta do critério adotado pelo Decreto-lei n.º 14.728, de 16-3-1921, de limite máximo para o capital das casas bancárias, depois substituído pela estipulação de limites mínimos (art. 6.º do Decreto-lei n.º 6.419, de 13.4.1944, que reorganizou a Caixa de Mobilização Bancária e a esta atribuiu a fixação dos limites referidos, de acordo com a importância das praças de comércio, mediante aprovação do Ministro da Fazenda, sem que se fixassem limites máximos, a partir de quando se permitiria a condição de banco ao estabelecimento. Isto por omissão, não justificada, do Decreto-lei n.º 1.880, de 14-12-1939, em razão do que depende da carta-patente e da legislação específica das “casas Bancárias” (Decreto-lei n.º 8.945, de 28-12-1945, art. 1.º), a classificação do estabelecimento como casa bancária ou banco). Dominando toda esta legislação, avulta hoje

em dia o art. 25 da Lei n.º 4.595, de 31-12-1964, quando estabelece: “As instituições financeiras privadas, exceto as cooperativas de crédito, **CONSTITUIR-SE-ÃO ÚNICAMENTE SOB A FORMA DE SOCIEDADE ANÔNIMA, COM A TOTALIDADE DE SEU CAPITAL REPRESENTADO POR AÇÕES NOMINATIVAS**”. Sem embargo do que dispõe o art. 62 da lei de mercado de capitais quanto a sociedades imobiliárias que “**QUANDO REVESTIREM A FORMA ANÔNIMA PODERÃO TER O SEU CAPITAL DIVIDIDO EM AÇÕES NOMINATIVAS OU NOMINATIVAS ENDOSSÁVEIS**”.

*Elemento moral da responsabilidade:* — A responsabilidade especial de que se cogita apresenta limites subjetivos e objetivos. O elemento moral (limite subjetivo) que informa a responsabilidade em aprêço não foi alterado com a modificação do artigo 2.º da Lei n.º 1.808 pela Lei n.º 4.595, em seu art. 42. Na redação anterior se fazia, efetivamente, referência à responsabilidade solidária pelas obrigações assumidas por suas empresas, durante a sua gestão e até que elas se cumpram, dos diretores e gerentes que procedessem com *culpa* ou *dolo*. Mas o art. 1.º da mesma Lei n.º 1.808, que continua em vigor, estabelece a medida da responsabilidade de tais administradores, que “deverão empregar no exercício das suas funções, tanto no interesse da empresa como no do bem comum, a diligência de que todo homem ativo e probo usa na administração dos seus próprios negócios”. Um homem probo não age dolosamente. Um homem diligente e ativo não age com imprudência, imperícia ou negligência. Tomou-se como padrão o BOM NEGOCIANTE (BONUS MERCATOR). Substituiu-se o exemplo, tradicional, do BOM PAI DE FAMÍLIA, do homem prudente e bem governado, de CORRÊA TELLES, do “BOM PÈRE DE FAMILIE” do Direito francês, como instrumento que realiza os sábios princípios de economia doméstica, ou, em outras palavras, “IN OTHER WORDS, THE STANDARD OF THE PRUDENT FAMILY MAN”. O comércio exige do administrador de empresa maior atilamento e afeição aos negócios. A medida do *Bom comerciante*, adotada pelo Código Civil alemão que entrou em vigor no começo do século, e por via da lei de sociedades anônimas germânica, de 1937, § 70, é também prestigiada pelo nosso Decreto-lei n.º 2.627, de 26-9-1940, em seu art. 116, § 7.º, quando dispõe: “Os diretores deverão empregar no exercício de suas funções, tanto no interesse da empresa, como no do bem público, a diligência que todo homem ativo e probo costume empregar na administração dos seus próprios negócios”. Tanto a nossa lei de sociedades por ações, ao mencionar, no passo citado, o interesse do BEM PÚBLICO, quanto a Lei n.º 1.808, ao se referir, em seu art. 1.º, ao interesse do BEM COMUM, reproduzem o texto da alínea 1, do § 70 da lei

alemã de 1937 (“A direção deve conduzir a sociedade sob sua própria responsabilidade, assim como o exigem o bem da empresa e do pessoal e o INTERESSE COMUM DO POVO E DO ESTADO”. Observa RUY CARNEIRO GUIMARÃES (“Sociedade por ações”, vol. III, pág. 61, n.º 941), a propósito do Decreto-lei n.º 2.627: “O decreto não quis ater-se à velha fórmula consagrada no Código Comercial (art. 142) da “diligência que qualquer comerciante ativo e probo costuma empregar na gerência de seus próprios negócios”, mas faz também aquela invocação ao “BEM PÚBLICO”, fruto incontestável da orientação política da época”. O autor citado reproduz o pensamento de MEZGER, de dura crítica às expressões mencionadas “DE CONTEÚDO JURÍDICO MODESTO” embora “GRANDILOQUENTE”. “No que concerne ao bem da empresa, diz êle, aí compreendidos os interesses dos acionistas, “o dispositivo contém uma banalidade”. Quanto ao que diz respeito ao interesse do pessoal, do povo e do Estado — é uma confusão representar como uma regra especial do direito das sociedades deveres que incumbem a todos os patrões em face do Estado e do pessoal. Se a direção de uma sociedade por ações deve ser particularmente zelosa dos seus deveres sociais, é porque se tratam de empresas muito grandes e a responsabilidade aumenta naturalmente com a importância da empresa. Mas, no fundo, êsses deveres não têm nenhuma relação com a forma social, e o direito das sociedades não contém, aliás, nenhuma sanção para êsses deveres. Não é necessário afirmar que as obrigações de direito público ou decorrentes da legislação operária sobrelevam os interesses privados. Ir mais longe e exigir que a direção trabalhe para os empregados e operários, ou verdadeiramente para o Estado, da mesma forma que para os acionistas, é desconhecer que os diretores são administradores dos bens dos acionistas”. “Na realidade, o § 70 diz somente que a direção deve gerir os negócios sociais com prudência e diligências necessárias”. “O § 7.º do art. 116 do decreto-lei (conclui o autor citado) não é tão altissonante ou grandiloquente quanto o da lei alemã que citamos, mas à sua referência ao BEM PÚBLICO bem pode ser aplicada a crítica de MEZGER”. A obra de MEZGER referida é “Le nouveau régime des Sociétés Anonymes en Allemagne”, Paris, Rousseau & Cie, 1939, n.º 270, pág. 237. Efetivamente, quando escreveu MEZGER a sua obra, quando se baixou o nosso Decreto-lei n.º 2.627, havia a filosofia totalitária do Estado, contra a qual era necessário reagir. O exagêro da onipresença do Estado, senhor, inclusive, para a definição das figuras delituosas, de acôrdo com a *sã consciência do povo alemão*, outra fórmula altissonante e grandiloquente, que derogou o princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*, na célebre definição de FEUERBACH), explica a reação. Mas os tempos são passados. Há, hoje, a compreensão da necessidade de uma con-

tenção e de uma vigilância das atividades empresariais, com vistas à proteção do grande público, que afinal, abstraindo-se de considerações maiores, é a própria Nação. Já se fizeram considerações a respeito da tutela das poupanças coletivas, não apenas como proteção ao patrimônio individual, mas como amparo ao patrimônio coletivo, nacional, que tem nas poupanças individuais, familiares, um fator de desenvolvimento econômico. As emprêsas não podem ser administradas sem atenção para com o bem comum ou público, representado no interêsse geral, dêste grande público, da massa geral de cidadãos. A época do liberalismo sem peias, em detrimento geral, em nome da liberdade de comércio e de liberdade outras que, afinal, conspiravam contra as liberdades públicas, já foi superada. Há, firmada, a idéia de que desenvolvimento econômico, penhor do progresso e da felicidade geral da pátria, não se restringe a compartimentos estanques do país. Dizendo respeito, muito pròximamente, à segurança nacional, por sua vez já compreendida em têrmos além de uma restrita segurança militar, que não é bastante para assegurar a segurança coletiva, o desenvolvimento econômico tem uma compreensão global, a que não se podem furtar os empresários. Assim, a administração das emprêsas não pode desprezar o bem comum, o bem público, neste sentido, de superioridade do interêsse geral sôbre o particular das emprêsas. Em decorrência disto é que há, precisamente, lei de responsabilidade dos administradores de emprêsas, como as que se cogitam. Como considerações finais, a respeito dos limites objetivos desta responsabilidade, é de ser ponderado que a eliminação da referência a dolo e culpa do texto do art. 2.º da Lei n.º 1.808, certamente que atendendo à imperiosidade de melhor definição das emprêsas cujos administradores se sujeitam ao regime de responsabilidade especial em exame, não importou em supressão destas formas de responsabilidade. Permanece, ainda, no artigo 3.º, § 5.º, da mesma Lei n.º 1.808, no ponto não alterado pela Lei n.º 4.595, na referência a *DOLO* e *CULPA GRAVE*. Com efeito, tratando do inquérito para a liquidação extrajudicial de que se cogita, dispõe a lei no passo aludido: “Ultimado o inquérito e transcorrido o prazo do parágrafo anterior, com ou sem defesa dos indiciados, o diretor da Superintendência da Moeda e do Crédito (hoje do Banco Central) o encerrará com um relatório, do qual constarão, em síntese, os fatos apurados, a situação do estabelecimento examinado, as causas de sua queda, o procedimento dos seus gerentes e diretores nos últimos cinco anos, e, minuciosamente, os atos de *DOLO* ou de *CULPA GRAVE*, bem como os respectivos efeitos em relação à situação do estabelecimento e às obrigações por êle assumidas, opinando sôbre a sua responsabilidade nos têrmos desta lei e, em caso

afirmativo, calculando, se possível, o limite para o seqüestro constante do art. 4.º”.

*Dolo e culpa grave* — Já está ultrapassada a distinção entre graus de culpa, advertia CLÓVIS BEVILÁQUA, que não a contemplou no Código Civil (“Comentários ao Código Civil Brasileiro”, vol. IV, 6.ª edição, pág. 211, n.º 2). A referência da Lei número 1.808 à *culpa grave*, que deverá ser apontada minuciosamente no relatório do inquérito a propósito dos atos de responsabilidades dos administradores da empresa sujeita à liquidação extrajudicial, gera dúvidas. O *dolo* sabe-se, é o intuito pré-ordenado, diretamente dirigido à consecução do ato violador do dever jurídico. A *culpa grave*, também nomeada *culpa lata*, é a mais alta expressão da culpa, na classificação que remonta a POTHIER (VULPA VEL EST LATA, VEL LEVIS, VEL LEVISSIMA) se aproxima do dolo. É aquela que não é cometida nem mesmo por um homem desleixado e de inteligência medíocre, no magistério de CARVALHO SANTOS (“Código Civil Brasileiro Interpretado”, vol. XIV, pág. 181). Excluirá a Lei n.º 1.808 os casos de culpa leve e levíssima, mesmo quando em matéria de responsabilidade civil, “*in lege Aquilia et levissima culpa venit*”? Poder-se-á cogitar: o entendimento seria no sentido de que no art. 3.º, § 5.º, se exige a referência, com minúcia, no relatório do inquérito, dos atos mais graves (com dolo ou culpa grave) praticados. Os outros atos culposos se mencionam, apenas, em síntese. É a inteligência que parece se pode ter, da lei, que não deixa de participar do sistema de responsabilidade civil, fundado na culpa, com apoio no princípio geral enunciado no art. 159 do Código Civil, antes que vinculada a lei em aprêço às definições do art. 15 do Código Penal, conforme pretende WALDEMAR FERREIRA, na crítica à imprecisão técnica do texto legal, quando reclama a falta de definição precisa das figuras delituosas, invocando o princípio da legalidade do art. 1.º do mesmo Código Penal, como se a matéria fôsse penal e não civil, “Tratado de Direito Comercial”, vol. 5.º, n. 1.034, pág. 63, 1961”.

*Elemento material da responsabilidade* — Não há responsabilidade sem dano, elemento objetivo da mesma responsabilidade. Não há, também, responsabilidade pelo dano aleatório, não efetivo. No caso o dano é o prejuízo causado pelo mau administrador, consoante o art. 2.º da Lei n.º 1.808, na sua redação atual: “havendo prejuízos, a responsabilidade solidária se circunscreverá ao respectivo montante”. Precisamente o que distingue a responsabilidade civil da responsabilidade moral e mesmo da responsabilidade penal, é a existência do dano, do prejuízo, “*premier élément constitutif de la responsabilité civile*” (HENRI et LEON MAZEAUD, “*Traité Théorique et pratique*”).

de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle”, 5.<sup>a</sup> ed., 1957, pág. 263, n.º 208). Há limite material para esta responsabilidade: 1.º, o respectivo montante, 2.º, que sejam decorrentes de atos praticados pelo administrador durante a sua gestão e até que se cumpram as obrigações respectivas (art. 2.º, Lei n.º 1.808).

*Responsabilidade solidária* — Ressalte-se que a responsabilidade dos administradores é solidária pelas obrigações assumidas pelas instituições financeiras que administram, durante a sua gestão e até que sejam cumpridas. Tornou-se explícita esta responsabilidade excepcional, vinculando-se o ato de gestão ao gestor, sem embargo de que se pratica o ato pela pessoa jurídica, em se tratando de sociedade, mesmo naquelas formas societárias em que não há responsabilidade subsidiária do sócio face à sociedade. A solidariedade não se presume, é excepcional, resultando da lei ou da vontade das partes (art. 896, do Código Civil, o Código Comercial e leis especiais, mercantis, expressamente a estabelecem, quando necessário). Esta solidariedade encontra, em matéria de responsabilidade de administradores de empresa, um precedente no art. 122 do Decreto-lei n.º 2.627. Os diretores das sociedades por ações (as sociedades em comandita por ações se regem pelas normas relativas às anônimas, por força do art. 163 da lei de sociedades por ações) são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados pelo não cumprimento das obrigações ou deveres impostos pela lei, a fim de assegurar o funcionamento normal da sociedade, ainda que, pelos estatutos, tais deveres ou obrigações não caibam a todos os diretores. Os diretores que convencidos do não cumprimento dessas obrigações ou deveres por parte dos seus predecessores, deixarem de levar ao conhecimento da assembléia geral as irregularidades verificadas, tornar-se-ão por ela subsidiariamente responsáveis. Nasce a solidariedade na ocorrência de prejuízos. Cogitou-se, em torno deste princípio da lei das sociedades por ações, de saber qual a forma de se excusar o diretor da responsabilidade solidária, por ato que não seja seu, pessoal, mas, suponha-se, de responsabilidade direta de um companheiro de diretoria, no setor de atribuições que lhe coube. J. X. CARVALHO DE MENDONÇA (Tratado de Direito Comercial, vol. IV, n.º 1.223, pág. 801) assinalava que “a decisão ilegal da maioria não obriga, porém a minoria, ao contrário, esta pode e deve opor-se, registrando os administradores dissidentes, na ata da reunião, o seu voto, e até, se acharem conveniente, levando os fatos ao conhecimento da assembléia geral, se desta forem ocultados”. Do mesmo parecer GUESTEU PIRES (ob. cit., pág. 267, n.º 171). RUY CARNEIRO GUIMARÃES (ob. cit., vol. III, pág. 103, n.º 990), ao contrário, sustenta “que em face do nosso direito, o administrador chamado à responsabilidade solidária não poderá

eximir-se com a alegação de que votou contrariamente à deliberação ilegal, ou pura e simplesmente levando o fato ao conhecimento do Conselho Fiscal, para que êste providencie dentro de suas atribuições. Pois o protesto, embora consignado em ata da reunião de Diretoria, não teria a virtude de impedir a consumação do ato ilegal, com tôdas as suas possíveis conseqüências danosas, e, no que diz respeito ao Conselho Fiscal, é bom não esquecer que êle é eleito pela maioria e demissível AD NUTUM. Nessas condições é possível que não tomasse qualquer providência. A nosso ver, o administrador que discordar da resolução tomada pelos demais membros da Diretoria, por considerá-la ilegal, deve levar o fato ao conhecimento da assembléia geral, se quiser esquivar-se à responsabilidade". A tese é válida no tocante aos administradores de instituições financeiras, que deverão levar às assembléias gerais de suas sociedades, quando seja o caso, ou aos demais sócios, ou mesmo, diretamente, às autoridades competentes para a fiscalização das mesmas instituições, os fatos irregulares que sem esta sua atitude, poderiam enredá-lo na responsabilidade solidária de que se cuida.

*Crime societário* — Estenderam alguns autores, notadamente RENDE e GUSTAVO BONELLI, esta responsabilidade solidária ao campo penal. Entendeu-se haver participação dos diretores de empresa, como co-autores, nos chamados CRIMES SOCIETÁRIOS, ou sejam naqueles atos ilícitos da sociedade contra os quais não protestaram ou se insurgiram. A co-autoria se daria por omissão. Cuida-se, adverte JOSÉ FREDERICO MARQUES ("Responsabilidade penal dos diretores de sociedade e denúncia em co-autoria", apud Revista Brasileira de Criminologia, n.º 17, abril-junho 1967, pág. 21 e seguintes) de construção por demais simplista, subvertendo não só princípios assentes da responsabilidade criminal, como premissas processuais relativas ao ônus da prova. Cria-se, com efeito, a presunção de que o diretor, pelo fato de pertencer à administração da sociedade, até prova em contrário, é responsável penalmente, como co-autor de crimes havidos em razão de atos de outros diretores. Haveria, conforme observa JOSÉ FREDERICO MARQUES, o que se poderia chamar de RESPONSABILIDADE PENAL SOLIDÁRIA, autêntica abrogação de princípios pacíficos em Direito Penal, aberração jurídica atentatória da regra constitucional de que a pena não passa da pessoa do delinqüente (art. 150, § 13, Constituição Federal). Assentou-se entre nós que a responsabilidade do art. 122 da lei de sociedade por ações é restrito à responsabilidade civil, não se estendendo à esfera penal, repelindo-se a construção de comercialistas italianos em tôrno do "REATO COLLEGIALE" ou "REATO SOCIETÁRIO", TRAJANO MIRANDA VALVERDE, a propósito desta solidariedade civil de responsabilidade dos administradores das

anônimas (“Sociedade por ações”, vol. II, n.º 640, pág. 327), demonstrando que, face ao parágrafo único do art. 122, não importa que as atribuições dos diretores sejam distintas, não cabendo a todos os administradores os mesmos direitos e obrigações, pois que ante o prejuízo causado há a solidariedade de todos os diretores na responsabilidade conseqüente, entreviu, contudo a nítida distinção entre a responsabilidade civil e criminal no particular. Porquanto assegura que a diferença de atribuições, “quando muito, poderá suavizar a situação do administrador e até afastá-lo do concurso no crime, em face da Justiça Penal, porém não o isentará da falta de não ter providenciado para que a lei fôsse cumprida. A isenção da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil. O diretor que deixou de cumprir um ato que, por lei, incumbia a qualquer diretor, responde pela reparação de todo o prejuízo, pois que a diligência de um só teria evitado o prejuízo”.

*Verificação da responsabilidade* — Cuida o art. 3.º da Lei n.º 1.808 da oportunidade de verificação, ou apuração, da responsabilidade de que se cuida: 1.º — no ensejo da liquidação extrajudicial, nos termos do Decreto-lei n.º 9.228, de 3-5-1946, e leis subseqüentes, quanto a bancos e casas bancárias, ou do Decreto-lei n.º 48, de 18-11-66, quanto às instituições financeiras em geral; 2.º — nos casos de concordata das mesmas empresas; 3.º — nos casos de sua falência. O inquérito é instaurado pelo Banco Central da República, a quem se comunica a decretação da falência ou o deferimento do processamento de concordata de empresas como as mencionadas, através de ofício do escrivão do feito, em 24 horas. A lei se refere à abertura imediata (“imediatamente”) do inquérito, “para o fim de apurar se foi observada, pelos diretores e gerentes, a norma de conduta estatuída no artigo 1.º” (art. 3.º e seu § 2.º, Lei n.º 1.808). Atribuíram-se ao órgão investigador poderes muitas vezes superiores àqueles que detém o próprio juiz no processo falimentar, aumentados êstes poderes pelo art. 2.º, do Decreto-lei n.º 48, com a autorização legal para a venda, pelo Banco Central, “a qualquer momento”, através do liquidante, nomeado pelo mesmo órgão, de bens patrimoniais, de crédito e de quaisquer títulos ou valores pertencentes ao estabelecimento bancário liquidando ou a êste transferidos, para apuração de recursos, visando à aceleração das liquidações (a referência a estabelecimento bancário, no caso, limita a outorga legal de poderes, que não poderão ser exercitados contra as demais instituições financeiras!). Já antes do Decreto-lei n.º 48 o Banco Central contava com poderes de examinar quando e quantas vezes quisesse, a contabilidade, arquivos, títulos de crédito, cadernetas de depósito e mais elementos dos estabelecimentos bancários, tomar depoimentos, solicitando o

auxílio da Polícia, se necessário, solicitar informações a qualquer autoridade ou repartição pública, inclusive ao juízo falimentar, ao representante do Ministério Público, ao liquidante, ao síndico da falência e ao comissário da concordata. Praticar, enfim, todos os atos enumerados no art. 3.º, § 3.º, da Lei n.º 1.808. Faculta-se aos indiciados (art. 3.º, § 4.º) acompanhar o inquérito, oferecendo defesa escrita e documentos. Apresentada a defesa ou não em cinco dias após a apuração, é feito pelo órgão investigador relatório sintético dos fatos apurados, da situação do estabelecimento examinado, das causas da sua ruína, do procedimento dos seus administradores nos últimos cinco anos, e, minuciosamente, dos atos dolosos ou de culpa grave, assinalando os efeitos relativamente à situação do estabelecimento e de suas obrigações, opinando sobre a responsabilidade dos administradores, calculando, sendo o caso, o montante dos prejuízos causados, a que se circunscreve, como visto supra, a responsabilidade dos administradores.

*Seqüestro dos bens dos administradores* — Concluindo o relatório pela responsabilidade dos administradores, é encaminhado ao Juízo da falência se já está decretada, ou ao Juízo competente para declará-la para que o representante do Ministério Público requeira, dentro de oito dias, sob pena de responsabilidade, o seqüestro dos bens dos administradores responsáveis, quantos bastem para a efetivação da garantia (art. 4.º, § 1.º, Lei n.º 1.808). Também se prevê a remessa do inquérito a Juízo, se já declarada a falência ou se houver concordata em processamento, quando nada se apurar de responsabilidade dos administradores, reunindo-se, assim, tôda a documentação e o resultado das investigações em Juízo, com a apensação dos elementos referidos ao processo falimentar, dada a universalidade do Juízo da falência, em sentido amplo. Permanecerá o inquérito arquivado, se não instaurado qualquer processo falimentar e não se apurar qualquer responsabilidade, arquivamento no próprio Banco Central: no caso de falência superveniente, será o “dossier” enviado a Juízo, para a devida apensação dos autos respectivos. Prevê a lei o depósito dos bens seqüestrados: a) com o liquidante, na liquidação extrajudicial; b) com o síndico, no caso de falência; c) com o comissário, na hipótese de concordata (deixa de ser o comissário, assim, mero fiscal, para se tornar depositário dos bens da concordatária). Cabe ao depositário administrar os bens seqüestrados, receber os respectivos rendimentos e prestar contas, a final. Há, por força do seqüestro, o desapossamento dos bens mesmo no caso de concordata, em que, pela lei falimentar, não perde o concordatário a administração e a posse de seus bens (art. 167, do Decreto-lei n.º 7.661, de 21-6-1945).

*Natureza do seqüestro* — Cuida-se de medida preventiva e preparatória, prevista no Código de Processo Civil (art. 676, III), que pode ser efetivada *INAUDITA ALTERA PARTE*, nos casos em que provável a ineficácia da medida se realizada a prévia citação da parte contra a qual se dirige (art. 683, do Código de Processo Civil). O seu curso é rápido, sumário, impondo a propositura da ação principal dentro de trinta dias da efetivação da medida, sob pena de perder esta a eficácia e ficar o requerente obrigado a reparar os danos resultantes da execução (art. 677, do Código de Processo Civil). “Para a concessão do seqüestro, firma acórdão da 4.<sup>a</sup> Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, não cabe indagar do mérito das conclusões do inquérito. Desde que dêste constem fatos que evidenciam o procedimento culposo e doloso dos recorrentes, a administração verdadeiramente fraudulenta e prejudicial que imprimiram aos negócios do Banco, há elementos suficientes para que se decrete o seqüestro, nos termos da Lei n.º 1.808” (Revista dos Tribunais, vol. 256, pág. 226). Basta, assim, mero *FUMUS BONI JURIS*. Relevante para o seqüestro é a segurança que se procura, evitando o desbarato dos bens, o seu desvio, a sua ocultação. O mérito, eventual, da sua causa, cumpre apurar na ação principal, precisamente a ação de responsabilidade, para o qual a Lei número 1.808, art. 5.º, § 1.º, estabelece os mesmos trinta dias para ser proposta. No final do prazo, contudo, na hipótese da Lei n.º 1.808, não perde o seqüestro, ainda, a sua eficácia. Legitimados para a ação principal são o Ministério Público ou, havendo falência, o síndico. Mas se não propuserem a demanda, qualquer dos interessados, como tais qualificados no art. 5.º, da Lei número 1.808 (comissário da concordata, qualquer credor habilitado na liquidação extrajudicial na falência ou na concordata), poderá, nos quinze dias seguintes, ingressar com a ação de responsabilidade, para o que os autos do seqüestro, como os do inquérito preliminar, estarão à sua disposição. Se ninguém tiver a iniciativa da ação, levantar-se-á, então o seqüestro, apensando-se os autos aos da falência ou da concordata, se houver. O verbo “apensar”, no caso, tem a compreensão a êle dada no direito falimentar, significa “arquivar”. Não diz a lei qual o destino do seqüestro e o do inquérito se não há processo falimentar. Todavia, em matéria falimentar a simples distribuição de qualquer pedido, pretensão ou requerimento firma e previne a jurisdição do Juízo para o qual se faz a distribuição (art. 202, § 1.º, da lei falimentar), segue-se que ao Juízo para o qual se deu a distribuição de inquérito e seqüestro incumbe a guarda e conservação dos aludidos processos. Há possibilidade de novo pedido de igual natureza falimentar, e o “dossier” ficará em Juízo de competência já preventa, para eventual e futuro conhecimento do juízo universal que se instaurar. Tanto é assim que o art. 10 da Lei

n.º 1.808 dispõe: “Em caso de liquidação extrajudicial a distribuição do inquérito ao Juízo competente, na forma do art. 4.º desta lei, previne a jurisdição do mesmo juízo para a falência possível”. O que está de acôrdo com o princípio do art. 202, § 1.º, da lei de falências, quanto à prevenção da competência pela distribuição, acima lembrado. Sobrevindo a falência ao seqüestro, ou mesmo à propositura da ação de responsabilidade, tomará o síndico, daí por diante, as providências necessárias da Lei número 1.808 para o prosseguimento da ação ou do seqüestro, inclusive a habilitação incidente da massa falida como autora, em lugar de quem seja que haja iniciado o seqüestro ou demanda, para o que conta com o prazo de trinta dias (art. 5.º, § 2.º, Lei n.º 1.808).

*A ação de responsabilidade* — Efetivado o seqüestro, qualquer das pessoas supra, referidas como legitimadas para a ação de responsabilidade, deverá intentá-la, nos prazos mencionados anteriormente (trinta dias o Ministério Público ou o síndico, havendo, já a falência, mais quinze dias para qualquer interessado). A ação se funda no inquérito, à sua vez elemento informador do seqüestro. Independentemente do inquérito e do seqüestro, todavia, o síndico, o comissário, o credor habilitado, na liquidação extrajudicial, na falência ou na concordata preventiva, poderão propor a ação de responsabilidade de que trata o art. 6.º da Lei n.º 1.808. Também é assegurado aos credores por outro qualquer título, que não a responsabilidade solidária de que se cuida, mas credores pessoais dos administradores, cujos bens foram seqüestrados, no todo ou em parte, ou penhorados para os efeitos da Lei n.º 1.808, o direito de promoverem concurso de credores ou falência do devedor comum (art. 7.º, da Lei n.º 1.808). Por fôrça da universalidade do Juízo falimentar, contudo, para o mesmo Juízo da falência da empresa devem acorrer os processos de falência dos diretores e gerentes dos estabelecimentos de que se cogitam. Haverá um só síndico, da mesma forma que se dá na quebra de sócios solidários (WALDEMAR FERREIRA, Tratado de Direito Comercial, vol. 5.º, pág. 77, n.º 1.041, trazendo à colação o art. 7.º, § 2.º, da lei de falências). A faculdade de propositura da ação de responsabilidade por qualquer interessado, independentemente do inquérito do Banco Central ou do seqüestro, consoante a lição de SAMPAIO LACERDA (ob. cit., pág. 353), dificilmente poderá ser exercitada, já que a lei prevê (art. 3.º, § 1.º) a imediata comunicação do escrivão do feito ao Banco Central, para que promova o inquérito, em havendo falência ou concordata preventiva requeridas contra os estabelecimentos sujeitos à Lei n.º 1.808. Conclui o mencionado professor que o art. 6.º, que admite a ação de responsabilidade independentemente do inquérito ou de seqüestro, proposta por qualquer interessado, implica

em permissão legal para a propositura da mesma ação ainda que não esteja o estabelecimento em liquidação extrajudicial, em falência ou concordata.

*Natureza da ação de responsabilidade* — A ação de responsabilidade de que se trata, e precisamente porque não o diz a lei, é a ação ordinária do art. 291 e seguintes do Código de Processo Civil. Ainda que afastada a iniciativa de sua propositura, ou de seu seguimento como autor, pelo Ministério Público, em se cuidando de processo falimentar, impõe-se a intervenção do Curador de Massas Falidas, no Rio de Janeiro, ou do representante competente do Ministério Público na organização judiciária em que se der a demanda. Passada a sentença em julgado, declarada a responsabilidade dos administradores, na fase de execução, convolar-se-á o seqüestro em penhora. Reduzidos os bens a dinheiro, pagas as custas judiciais, ou liquidado o concurso creditório, sendo o caso, far-se-á, pelo síndico ou pelo liquidante extrajudicial o rateio, da importância conseguida, entre os credores do estabelecimento a que aproveitar a responsabilidade dos administradores. No caso de concordata preventiva, cujo processamento, assim deferido, comunicado ao Banco Central, ensejou o seqüestro e a ação de responsabilidade, além do inquerito do Banco Central, a execução só se fará depois de transformada a concordata em falência (art. 8.º, § 2.º, da Lei n.º 1.808). Não que seja necessária esta conversão da concordata em falência, nem se cria mais um caso de rescisão da concordata, a se somar aos do art. 150 da lei falimentar, ou um motivo a mais para a cessação dêste favor legal, a ser acrescido àqueles do art. 162 da mesma lei. Apenas se procuram resguardar os bens que constituem a garantia da concordata, tanto que o art. 9.º da Lei número 1.808, prevendo o trânsito em julgado da sentença que homologa a concordata, impõe a restituição dos bens seqüestrados aos seus donos, com os rendimentos percebidos, descontadas as despesas do seqüestro, conservação e guarda dos mesmos bens. A concordata não será homologada se houver qualquer ato de fraude ou má fé (art. 143, III, da lei falimentar), ou fato que caracterize crime falimentar (art. 143, parágrafo único, da mesma lei), objeto do mérito da ação de responsabilidade. Se acaso já homologada a concordata, será rescindida, na verificação de tais atos e fatos no julgamento da ação de responsabilidade. Denegada a concordata, diz o art. 9.º, *in fine*, da Lei número 1.808, entregam-se os bens seqüestrados ao síndico da falência, então necessariamente decretada (art. 161 da lei de falências). De toda a sorte, iniciada a liquidação extrajudicial, não poderá a empresa assim em liquidação impetrar concordata (artigo 11, Lei n.º 1.808).

*Seqüestro de bens no regime conjugal de comunhão de bens* — Suscitou-se a invalidade do seqüestro de bens do administrador de empresa sujeita à Lei n.º 1.808, quando o mencionado administrador de empresa seja casado, no regime de comunhão universal de bens: a teor do art. 263, VI, do Código Civil, no ponto respeitado pela Lei n.º 4.121, de 27-8-1961 (dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada), são excluídas da comunhão as obrigações provenientes de atos ilícitos (arts. 1.518 e 1.532, do Código Civil). Deixando de lado a argumentação no sentido de que se cuida de seqüestro previsto em lei especial, atenta a interêsse coletivo, relevante, que se sobrepõe ao interêsse dos particulares, é de verificar o debate a respeito, na doutrina e na jurisprudência, coincidentes na exegese do art. 263, VI, aludido, do Código Civil. “A exclusão da comunhão, prescrita no art. 263, VI, do Código Civil, quanto às obrigações provenientes de atos ilícitos, se aplica apenas às relações entre os cônjuges e quando não há proveito para o casal, só se tornando efetiva por ocasião da dissolução da sociedade conjugal” (ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, “A incomunicabilidade das obrigações por ato ilícito no regime de comunhão universal de bens”, Revista Forense, vol. 77, pág. 232). CARVALHO SANTOS (ob. cit., vol. V, pág. 68, n.º 7), aliás citado pelo professor ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA no trabalho supra referido, menciona acórdão do Supremo Tribunal Federal, em que se colhe a seguinte lição: “Para serem, porém, excluídas (as obrigações por ato ilícito do cônjuge) é necessário que o cônjuge) não haja participado das vantagens resultantes desses atos. Precisar, portanto, o cônjuge, provar: a) — que a obrigação em causa é oriunda de ato ilícito do outro cônjuge; b) — que os bens sobre que recaiu a execução pertencem à comunhão do casal; c) — que o reclamante não participou das vantagens resultantes desses atos” (Acórdão de 18-4-1925, Rev. Forense, vol. 45, pág. 293). A solução preconizada por ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA para a hipótese, deixando para a dissolução da sociedade conjugal a verificação do que é excluído da comunhão, embora para a hipótese de obrigações provenientes de atos ilícitos, é a solução da Lei n.º 4.121, em seu art. 3.º, relativamente a títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casados no regime de comunhão universal. Somente responderão por tais obrigações os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação. Como a meação é ideal, e só se concretizará em uma quota determinada na dissolução da sociedade, o credor é satisfeito de imediato, numa que antecipação da partilha dos bens do casal, para que, na dissolução, efetiva, a final, desfeita a sociedade conjugal, se compute o que foi retirado do patrimônio comum em decorrência da obrigação por esta forma satisfeita. A Lei n.º 4.121, no que se refere a títulos de dívida de um só dos cônjuges, optou

por uma das correntes que, na doutrina e na jurisprudência, se batiam a propósito. Uma entendendo nulas as obrigações assumidas pelo cônjuge, isoladamente, no caso. A outra sustentando a tese hoje consagrada na lei. Lamentável é que a lei não desse a solução idêntica ao caso de que se cogita, de obrigação decorrente de ato ilícito de um dos cônjuges, em virtude da qual se dá o seqüestro de bens da comunhão, de modo a evitar que a hipótese continuasse regida pela construção doutrinária e jurisprudencial supra referida.

*Revogabilidade de atos dos diretores e gerentes* — À semelhança da lei falimentar, o art. 12 da Lei n.º 1.808, reproduzindo com melhor redação o art. 3.º do Decreto-lei n.º 9.328, estabelece que deve ser fixado o termo legal da liquidação extrajudicial, para efeito de eventual revogação dos atos dos administradores da empresa liquidada. Enseja, assim, a ação revocatória falimentar, pois que estabelece que a revogação dos mencionados atos se fará “pela forma e nos casos previstos na lei de falências”. Por conseguinte, além da ação de responsabilidade, há, também a previsão legal de ação revocatória quanto a atos danosos dos administradores das empresas submetidas ao regime da Lei número 1.808. Completa-se, de tal forma, a tutela da ordem jurídica ao crédito popular e à economia coletiva.

## COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SÔBRE CRIMES DE RESPONSABILIDADE DE AUTORIDADES ESTADUAIS E MUNICIPAIS

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

1. Ao tratar das infrações praticáveis por titulares de certas funções públicas, distingue a Carta Magna Federal vigente (arts. 42, II; 44, I e II; 84, 85, 88 e parágrafos únicos; 113, § 2.º, 114, I, *a* e *b*; e 136, § 3.º), à semelhança do que faziam as Constituições republicanas anteriores (1), entre *crimes comuns* e *crimes de responsabilidade*.

Os primeiros são objeto do Direito Penal e punidos com penas criminais.

Já a expressão *crimes de responsabilidade* é de sentido equívoco, como mostra FREDERICO MARQUES (*Elementos de Direito Processual Penal*, vol. 3, págs. 374 e segs.). Por vêzes, designa “figuras delituosas de ilícito penal”, espécie de crimes comuns, portanto, *delicta in officio*, crimes de *função* ou *funcionais*, *delicta propria* dos funcionários públicos, como os previstos nos arts. 312 e segs. do Código Penal, e cujo processo está previsto no Capítulo II do Título II, do Livro II, do Código de Processo Penal — arts. 513 a 518 — o qual, aliás, usa a expressão *crimes de responsabilidade dos funcionários públicos*. Em outras oportunidades, a expressão em tela diz respeito à “violação de deveres funcionais não sancionada com pena criminal”.

É, neste último sentido, que o Direito Constitucional Brasileiro emprega a citada locução (afirmativa válida para todos os artigos citados da Carta de 1967), opondo-a a *crimes comuns*. Não são tais *crimes de responsabilidade*, em verdade, *ilícitos penais*, mas *político-administrativos*. Tanto assim que, como se

---

(1) Cf. arts. 53, 54, 59, I, *a* e *b*, da Const. de 1891; arts. 57, 58 e 76, n.º 1, *a*, *b* e *c*, da Const. de 1934; arts. 85 a 87, 89, 101, I, *b* e 103, *e* da Carta de 1937; arts. 59, I, 62, I e II e §§ 1.º, 2.º e 3.º, 88, 89, 92 e 93, 101, I, *a*, *b* e *c*, 124, IX, da Const. de 1946.

vê do parágrafo único, *in fine*, do art. 44 da *Constituição Federal* e dos arts. 2.º e 78 da *Lei Federal n.º 1.079, de 10 de abril de 1950* — que define *crimes de responsabilidade* e regula seu processo e julgamento, no tocante ao Presidente da República, Ministros de Estado e do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República — a pena prevista para os mesmos é a da perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública. É, pois, uma *sanctio juris* político-administrativa, através do instituto do *impeachment*, e não, uma pena criminal.

O Direito Brasileiro, com efeito, tem definição expressa de *crime*, no sentido penal: “considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente” (*Decreto-lei número 3.914, de 9-12-1941 — Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei das Contravenções Penais — art. 1.º*).

A sanção, no caso do *impeachment* é antes defesa do Estado, do que punição do culpado, o que ocorrerá mercê da atuação das instâncias penal e civil.

Em verdade, a autonomia recíproca das duas ordens de crimes está patente em dispositivos acima referidos, que elucidam não excluir a imposição de tal pena política o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal.

2. Sabemos que não é pacífica a caracterização da natureza do juízo do *impeachment*, quer no Direito Brasileiro, quer alhures. Para alguns, é indiscutível que se trata de *juízo político*; para outros, *jurisdição penal*; para terceiros, um processo *misto* ou *político-penal* (cf. PAULO BROSSARD DE SOUZA PINTO, *O Impeachment*, 1965; HÉLIO MORAIS DE SIQUEIRA, *Aplicação do Impeachment aos Prefeitos*, in *R. D. Ad.* 77/445; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *ob. cit.*, pág. 375; PAULINO JACQUES, *Curso de Direito Constitucional*, 2.ª ed., 1958, espec. págs. 245 e segs.; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Natureza Jurídica do “Impeachment” no Brasil*, *Rev. For.*, 215/13; *decisão do Trib. de Justiça de São Paulo*, in *Rev. Dir. Adm.*, 88/165).

Reafirmamos, porém, nosso entendimento de que se trata de matéria estranha aos quadros do Direito Penal e Processual Penal Comum e Especial, sendo, de cunho, exclusivamente, político-administrativo. Aliás, se assim não fôsse, a aplicação, por um mesmo fato, das sanções por crime de responsabilidade e comum, constituiria vedado *bis in idem* (art. 78 da Lei 1.079/50).

Ademais, a fórmula ampla de que “são de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal” (art. 84 da Carta de 67; art. 4.º da Lei 1.079/50) evidencia a desnecessidade de requisito da *tipicidade*, imprescindível, se se tratasse de delinquência criminal. Aliás, o Direito

Comparado patenteia que, em geral, se adotam cláusulas latas e abrangentes para a motivação do *impedimento*, sendo raros aquêles que editaram leis definidoras das infrações de responsabilidade (cf. Seção 4 do art. II da *Constituição Americana* que estatui: “The President, Vice President, and all civil officers of the United States shall be removed from office on impeachment for, and conviction of, treason, bribery, or other high crimes and misdemeanours”).

Mostra PAULO BROSSARD DE SOUZA PINTO em sua obra já citada, pág. 33, as diferenças entre o *impeachment* inglês, de caráter criminal, e o *norte-americano*, de natureza política. À tradição do primeiro se filiou o instituto, no Direito Brasileiro, na época monárquica (arts. 133 e 134 da Carta de 1824; Lei de 15-10-1827): com a implantação da República (cf. Decretos números 27, de 7-1-1892, e 30, de 8-1-1892), o *impeachment*, em nosso sistema jurídico, tornou-se exclusivamente político, na linha do seu símile estadunidense. (2)

No *Direito Inglês*, onde nasceu o instituto, êste era a acusação feita perante a Câmara dos Lordes, pela Câmara dos Comuns, contra Ministros, já que o Soberano era irresponsabilizável e os tribunais comuns não eram competentes para julgar os Ministros. A responsabilidade a ser apurada era política e criminal, constituindo o *impeachment* verdadeiro procedimento penal.

No *Direito norte-americano* distinguiu-se a responsabilidade política (*impeachment*) e a criminal (*indictment*).

---

(2) No tocante ao Direito Imperial, diz a decisão do Trib. de Just. de São Paulo, no auto de representação n.º G-11-633, sendo relator o Des. RODRIGUES DE ALCKMIN (in Rev. Dir. Adm., 88/166): “Sua finalidade não era, somente, a de afastar do cargo a autoridade, mas também a de puni-la criminalmente, com plena jurisdição. Não se restringia esta à aplicação de medidas jurídicas disciplinares para a correção e saneamento de órgãos administrativos, deixando ao Judiciário apurar e punir ofensa às leis penais acaso existente; o julgamento do Senado, com jurisdição plena, abrangia a apreciação, e a punição do ilícito penal. Com relação à República, declara: “No Direito republicano o *impeachment*, aproximando-se do modelo norte-americano assumiu feição caracteristicamente política, desvestindo-se de qualquer natureza criminal”. Nesta representação, ficou acordado, por maioria de votos, ser inconstitucional a Lei paulista n.º 8280, “em seus arts. 3.º, 12, 13, 14 e respectivos parágrafos, no que se refere à organização, funcionamento e julgamento do Tribunal Especial, com a participação de desembargadores e juizes”. Dissentimos, *data venia*, desta opinião, porquanto, embora consideremos mais próprio o julgamento do *impeachment* por órgãos exclusivamente políticos, nada tem de inconstitucional a orientação oposta. Basta ver-se que, pela própria Constituição Federal os Ministros de Estado (art. 88) e os Juizes de Direito (art. 136, § 3.º), são julgados, por crimes de responsabilidade, por órgãos judiciários. A propósito, cabe observar: o julgamento é político, no sentido de serem as infrações contra normas de Direito Político, Constitucional e Administrativo, mas, de qualquer modo, um julgamento jurídico. É político, também, no sentido de discricionário, porquanto, embora a tendência seja a de pormenorizar as infrações, não há tipicidade, como focalizamos, anteriormente, no texto.

Ensina, com propriedade, JOÃO DE OLIVEIRA FILHO (*O impeachment, Rev. For.*, 118/346) :

“A perda do cargo é que interessava ao direito público constitucional, ou ao direito político. As outras penas correspondiam ao direito comum, civil ou penal. Ficou a jurisdição política como preliminar das jurisdições criminal e cível.

Bastante razão ia nessa concepção. Para que tais altas personalidades pudessem ser submetidas aos tribunais comuns fôra preciso antes que se desqualificassem, isto é, que fôsses removidas dos cargos que ocupavam. Esses cargos lhe davam regalias especiais e muito naturais. Não seria, evidentemente, admissível que um Presidente da República, em pleno exercício de sua função, pudesse ser citado para vir se processar perante a Justiça comum. Dada a alta categoria do cargo, fôra mister que seu ocupante tivesse uma regalia compatível com a dignidade de que se achava investido. Uma espécie de *impeachment* se dá com os deputados e senadores quando as respectivas Câmaras dão licença para serem processados criminalmente. Há uma especial desqualificação da pessoa para poder ser submetida ao tribunal comum, a fim de poder responder pelo crime de que é acusada”.

E mais adiante :

“Processo político, o *impeachment*, consistindo na desqualificação do indiciado para poder ser submetido à jurisdição dos tribunais comuns, foi a forma política que o gênio norte-americano encontrou no instituto de direito penal inglês para contornar as dificuldades do regime presidencial, de tempo fixo de mandato, para colocar na simples situação de cidadão sujeito à justiça ordinária aquêle que se acha fora de sua ação, pela alta dignidade do cargo que ocupa” (3).

---

(3) Sôbre a *desqualificação* aludida, assim se manifestou o Ministro VITOR NUNES LEAL: “A doutrina mais autorizada sustenta que, quando o Presidente da República é absolvido no processo de *impeachment*, seja pela Câmara de Deputados, quando não lhe decreta a acusação, seja pelo Senado, que o absolve, fica êle isento de qualquer penalidade. O julgamento favorável dos órgãos políticos, pelo crime de responsabilidade, tem o sentido de absolvição, com efeitos definitivos. Parece-me que esta consequência não pode, de modo nenhum, ser estendida aos Prefeitos, porque resulta de uma disposição específica da Constituição, relativa ao Presidente da República e, conexamente, aos Ministros de Estado, quando fôr o caso.

Se a lei de responsabilidade dos Prefeitos manda que se lhes aplique a lei de responsabilidade do Presidente da República sômente *no que couber*, evidentemente não quis incluir aquela prerrogativa especialíssima do Chefe

TOCQUEVILLE (citado por JOÃO DE OLIVEIRA FILHO), já em 1838, afirmava (“*De la Démocratie en Amérique*”, trad. ingl., ed. Knoff, 1945):

“But the great difference which exists between Europe and America is that in Europe the political tribunals can apply all the enactments of the penal code, while in America, when they have deprived the offender of his official rank and have declared him incapable of filling any political office for the future, their jurisdiction terminates and that of the ordinary tribunals begins”.

A natureza política do *impeachment* tem sido tradicionalmente sustentada, no Direito Público Brasileiro, à semelhança

de Estado. O Prefeito é muito mais administrador do que titular de poder político. O Presidente da República, que exerce poder político por excelência, sujeito a injunções de máxima gravidade no desempenho de suas funções, tem de ser absolvido, ou condenado, pelos órgãos políticos da Nação. No precedente indicado, o Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI já deixava a ressalva: ainda que o processo de *impeachment* seja decidido favoravelmente ao Prefeito, afastado êle do cargo, fica sujeito a ser processado criminalmente.

Basta-me pôr em relêvo que a doutrina, que o Supremo Tribunal aceitou pela palavra do Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI, no Habeas Corpus número 38.619, consulta o interesse público. Em primeiro lugar, não absolve do processo criminal o Prefeito. O processo criminal contra o Prefeito em exercício, fica apenas sujeito a uma dilação, que corresponde à sua permanência no exercício do cargo; apenas enquanto estiver no exercício do cargo é que não poderá ser processado. Se a Câmara Municipal decide contra êle o processo de *impeachment*, acarretando-lhe a perda do cargo, fica o Prefeito, desde logo, sujeito a procedimento penal, inclusive a inquérito policial. O mesmo acontecerá, se deixar o cargo por qualquer outro motivo.

Essa doutrina atende, de um lado, ao interesse da repressão da criminalidade, e também protege, por outro lado, o bom desempenho da função pública. Um delegado de polícia atrabiliário, em cidade do interior, onde o Prefeito esteja em oposição ao Governador, poderá tornar impraticável a administração municipal, mediante inquéritos sucessivos, com buscas e apreensões, intimações para depor, etc. Dificilmente, o Juiz local poderia conceder *habeas corpus* para impedir, por exemplo, uma busca e apreensão” (Recurso de *habeas corpus* n.º 39.708, 15/5/1963, in R. D. A. 77/231 e segs.). A ementa diz: “Sòmente após o seu afastamento do cargo, pode o Prefeito ser processado por crime comum, definido como crime de responsabilidade. No mesmo sentido, ver petição de *habeas corpus* n.º 40.184 — 27/11/63 —, relator o Ministro VITOR NUNES — R. Dir. Adm., 78/218 e segs. Na Rev. Dir. Adm., 90/150 e segs., lê-se: “O processo judicial, por crime de responsabilidade, deve ser precedido da declaração do *impeachment* pelo órgão legislativo” (ac. do T. Just. de São Paulo, nos embs. de decl. n.º 51.043, rel. Des. Ferreira de Oliveira). No caso do Governador Mauro Borges (petição de *habeas corpus* n.º 41.296 — 23/11/1964 — rel. Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA, in Rev. Dir. Adm., 79/69 e segs.), decidiu o Supremo, unânimemente, deferir o *habeas corpus* para que não pudesse “a justiça comum ou militar processar o paciente sem o prévio pronunciamento da Assembléa estadual”.

do que ocorre nos Estados Unidos da América e na Argentina (em castelhano é usada a expressão *juicio politico*), através das vozes autorizadas (4) de ARISTIDES MILTON (*A Constituição do Brasil*, Rio, 1898, pág. 119), JOSÉ HIGINO (*Anais do Senado Federal*, vol. V, Sessões de 19 e 23-10-1891, resp., fls. 36 e 136), SORIANO DE SOUZA (*Noções de Dir. Pb. e Const.*, 1893, págs. 160 e 179), JOÃO BARBALHO (*Const. Fed. Bras. Coms.*, 1924, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 133), VIVEIROS DE CASTRO (*Estudos de Dir. Pb.*, 1914, páginas 445 a 447), *Rev. do S.T.F.*, 19/12), GABRIEL LUIZ FERREIRA (*O Direito*, 86/459), RUI BARBOSA (*O Direito*, 100/19 e segs.), GALDINO SIQUEIRA (*Dir. Penal Bras.*, Parte Geral, 1932, páginas 236 e 237), EPITÁCIO PESSOA (*Obras Completas*, vol. I, 1955, págs. 54, 71, 90, 99 e 105), THEMÍSTOCLES CAVALCANTI (*Arq. Jud.*, 85/77; *Rev. For.*, 125/112 e 398; *A Const. Fed. Comentada*, 1948, n.º II/263), JOÃO DE OLIVEIRA FILHO (*O "impeachment"*, in *Rev. For.*, 118/346), JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (*ob. cit.*), CARLOS MAXIMILIANO (*Comentários à Const. Bras.*, ed. Freitas Bastos, 1954, págs. 105/6), PAULO BROSSARD DE SOUZA PINTO (*ob. cit.*), HÉLIO MORAIS DE SIQUEIRA (*ob. cit.*) e JOSÉ FREDERICO MARQUES (*ob. cit.*).

Entre os partidários da tese da natureza penal dos crimes de responsabilidade podemos citar, no passado, AURELINO LEAL (*Teoria e Prática da Const. Federal Brasileira*, 1925, Parte Primeira, pág. 480), e, presentemente PONTES DE MIRANDA, que, com sua autoridade, afirma:

“É sem qualquer pertinência invocar-se o direito inglês, ou o direito dos Estados Unidos da América, para se resolverem questões sobre a responsabilidade política no Brasil .....

No sistema jurídico brasileiro, em que a palavra *impeachment* se evidencia inadequada, os crimes de responsabilidade, no Império e na República, são crimes, são figuras delituais penais” (*Comentários à Constituição de 1967*, *Editôra Rev. dos Tribs.*, Tomo III, págs. 350/1).

No sentido do caráter *misto* do instituto, ver PAULINO JACQUES (*ob. cit.*).

3. Em se tratando de *crimes de responsabilidade*, dada a natureza político-administrativa dos mesmos, segundo a orientação acima defendida, a competência para regular a matéria, em seus aspectos substantivo e adjetivo, é dos Estados-membros,

---

(4) Cf. indicações doutrinárias no n.º 3 *infra*.

quando são sujeitos ativos daqueles o Governador e Secretários de Estado, Prefeitos, Vereadores e outras autoridades municipais.

Em verdade, a enumeração, o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade das autoridades estaduais e municipais constituem matéria político-constitucional e são, na forma do art. 13, § 1.º, da Carta de 67, da competência do legislador estadual, respeitados, evidentemente, os princípios gerais inseridos na Carta Magna da União (5).

Daí, têmos sempre repellido, por inconstitucionais, as *Leis 1.079, de 10 de abril de 1950, e 3.528, de 3 de janeiro de 1959*, no concernente às autoridades estaduais e municipais, ainda quando sob a forma supletiva ou complementar, pois que a União não tem tal tipo de competência, no que é da alçada estadual: o artigo 8.º, § 2.º, da Constituição Federal estabelece, exatamente, o oposto. Outrossim, ao se considerar supletiva, a lei federal reconheceu, expressamente, a competência estadual para a matéria (art. 78, da Lei n.º 1.079; arts. 3.º e 4.º, da Lei n.º 3.528).

Nem se diga que se trata de legislar sobre Direito e Processo Penal (art. 8.º, XVII, *b*, da Constituição Federal), pois que o problema, como vimos, é de natureza político-administrativa: ainda mais, a competência federal referida é privativa e nunca supletiva.

É interessante ressaltar-se que, enquanto a maioria das Constituições Estaduais dispõe expressa e autônômamente sobre a matéria (a do Maranhão, por exemplo, em seu art. 60 dispõe quanto à parte substantiva, e no inciso III, do art. 28, diz ser da competência exclusiva da Assembléia “legislar sobre processo de responsabilidade do Governador”), outras, errôneamente, se mostram supletivas em face da legislação federal — (arts. 44 da do Pará, e 69, Pernambuco) (6).

---

(5) O Município tem sua autonomia restrita ao estatuído no art. 16 e seus §§ da Carta Federal.

(6) Os arts. das Consts. estaduais aqui referidas são os anteriores às modificações de 1967.

A Const. da Guanabara de 1967 trata da matéria nos arts. 40 (responsabilidade do Governador) e art. 41, §§ 6.º e 7.º (dos Secretários de Estado), dispondo sobre a parte substantiva e sobre a adjetiva. A atual Carta do Estado do Rio de Janeiro cuida do assunto em seus arts. 73 a 75; no tocante ao Governador, o parágrafo único do art. 73, por opção do constituinte fluminense, estatui que “esses crimes e seu respectivo processo serão, no que fôr aplicável, os definidos e regulados em lei espeial para o Presidente da República”; art. 79 e respectivo parágrafo único, no concernente aos Secretários de Estado; e arts. 166 e 167, quanto aos Prefeitos Municipais. Nesta última parte, o constituinte fluminense fez lamentável confusão: com efeito, já conhecendo o Decreto-Lei n.º 201/67 (*cf.* n.º 5 do texto), distinguiu crimes de responsabilidade (art. 166 e parágrafo único) e crimes de natureza político-administrativa (art. 167 e respectivo parágrafo), usando a mesma expressão em sentido diverso do que o fêz nos arts. sobre responsabilidade do Governador e dos Secretários. Outrossim, embora tenha reconhecido a competência do legislador federal para definir os deli-

Em favor da competência estadual, pela natureza política do *impeachment*, manifestaram-se GALDINO SIQUEIRA (ob. cit., páginas 243 e segs.), CLÓVIS BEVILÁQUA (7) (*Rev. de Direito*, 42/58), AFRÂNIO DE MELO FRANCO (*Rev. de Direito*, 42/73), AFONSO CELSO (*Rev. de Direito*, 42/77), EPITÁCIO PESSOA (7) (*Rev. de Direito*, 42/75), JOÃO BARBALHO (ob. cit., pág. 240), CARLOS MAXIMILIANO (ob. cit. Com. à Const. Bras., 1929, págs. 398 e 390), RUI BARBOSA (*O Direito*, 100/45; *Rev. de Direito*, 45/258), PRUDENTE DE MORAES FILHO (*Rev. de Direito*, 45/254), JOÃO DE OLIVEIRA FILHO (ob. cit., pág. 347), THEMÍSTOCLES CAVALCANTI (loc. cit.). Éste último doutrina:

“Processo político, pois, é o *impeachment* tanto no direito público americano, como no brasileiro, e não processo criminal ou civil, nem processo quase-criminal, como muitos doutrinam.

Como processo político, observa-se que a Constituição não reservou à União o direito de sobre êle legislar. Só legisla sobre o processo civil, comercial e criminal. Ficou assim a legislação sobre o processo político a cargo das Constituições estaduais ou das leis que vieram a ser complemento delas.

Nem a Constituição Federal ressaltou que o processo político dos Estados para o *impeachment* devesse obedecer estritamente os mesmos termos que ela estabeleceu para os seus altos indigitados, pois ficou expresso que cada Estado se rege pela Constituição e pelas leis que adotar, observados os princípios estabelecidos na Constituição, reservando-se os mesmos todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhe sejam vedados pela Constituição.

Nem a pena de inabilitação para o exercício de qualquer função pública incorre em implicar-se com a lei penal geral, ou com qualquer outra, inclusive a Consti-

---

tos penais funcionais e seu respectivo processo, acrescentou, indêbitamente, um caso (recurso ou demora na prestação de informações à Câmara); finalmente, no tocante a infrações político-administrativas, declinou de sua legítima competência, dispondo indêbitamente que elas seriam as “especificadas em lei federal”.

(7) Éstes autores sustentavam, porém, que a única penalidade que o Estado-membro poderia impor, seria a de destituição do cargo, pois que a inabilitação *ad futurum* já seria sanção só passível de ser estabelecida pela União. *Data venia*, não concordamos com a restrição, pois que a inabilitação para a futura ocupação de cargos públicos é, tal qual a própria perda do cargo, medida administrativa de defesa dos quadros funcionais. Aliás, existe, no campo dos contratos administrativos, a declaração de inidoneidade de empresas, incapacitando-as a contratar com a Administração, o que constitui penalidade semelhante àquela em questão.

tuição, sôbre inelegibilidade, pois aquela expressão ou pena sômente se entende quanto aos cargos públicos estaduais.

Ninguém nega que cada Estado pode estabelecer os requisitos para o exercício dos cargos de seu quadro de funcionários. Nem a constituição do tribunal especial para o processo e o julgamento dos crimes políticos de responsabilidade incorrem em contrariar quaisquer dos direitos e garantias individuais, porque tanto êsses direitos como essas garantias sômente estão asseguradas quando se refere à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, como se lê no art. 141, e não quanto aos direitos políticos, que não pertencem ao indivíduo senão e até quando correspondam aos interesses superiores da nação” (ob. cit.).

PONTES DE MIRANDA (ob. cit., pág. 350) sustenta:

“Crimes de responsabilidade no Brasil, são apenas os crimes que a lei apresenta — lei necessariamente federal — como crimes de responsabilidade.

As leis estaduais e municipais não podem, de modo nenhum, definir os crimes de responsabilidade, porque a competência é exclusivamente do Congresso Nacional”.

Mais adiante (pág. 358), admite, porém:

“As Constituições estaduais podem inserir regra jurídica sôbre o *impeachment* do Governador, sem prejuízo da ação perante a Justiça, pelo crime comum. Em se tratando de processo de *crime de responsabilidade*, os Governadores sômente podem invocar a necessidade de apreciação da *procedência da acusação* pela Assembléia Legislativa, se o crime de improbidade administrativa foi *contra o Estado-membro* que êles governam. Além disso, é preciso que tenham sido praticados ao *tempo do cargo*, isto é, quando eram Governadores os acusados”.

4. O *Supremo Tribunal Federal* tem-se manifestado, através dos tempos, sôbre o problema (8).

---

(8) Cf. outras decisões do Pretório Excelso em diferentes partes do presente trabalho.

Atendendo a natureza política do *impeachment*, o Excelso Pretório, reiteradamente, no regime de 91, não conheceu de recursos de revisão ou de pedidos de *habeas corpus* relativos à decisões condenatórias proferidas pelas Assembléias Legislativas Estaduais ou a processos de *impeachment* perante as mesmas. Podem ser citados, no particular, os acórdãos n.º 104, de 11-10-1895 (*in Jurisprudência*, 1897, págs. 239/240); n.º 343, de 22-7-1889 (9) (*ib*, 1901, pág. 343, rel. — Min. PIZA E ALMEIDA); n.º 1.476, de 13-4-1901 (*ib*, 1905, págs. 8/9); *habeas corpus* número 3.018, de 29-4-1911 (*D. Of.*, de 30-4-1911, fls. 3.223, relator Ministro ANDRÉ CAVALCANTI). O Magno Tribunal conheceu, porém, do *habeas corpus* n.º 4.091, de 23-9-1916 (*in Rev. Supremo Tribunal Federal*, 45/1) embora o tivesse denegado (10), e do de n.º 4.116, de 8-11-1916 (*ib*, 19/7), que concedeu, tendo anulado o processo de *impeachment* movido contra o Presidente do Estado de Mato Grosso, por ter sido considerado o *impeachment* de natureza *mista*, não tendo os Estados competência para legislar a respeito.

O *habeas corpus* n.º 26.544, de 30-8-1937 (relator, Ministro LAUDO DE CAMARGO), não foi conhecido pelo *Supremo*, pois que, no processo do *impeachment*, “o objeto é a perda do cargo e inabilitação para o exercício de outro, dentro de certo tempo” (*Arg. Jud.*, 45/212). Sustentou o eminente Relator:

“Mas não é só. O Tribunal Especial é um tribunal de natureza política, sem ligação ou dependência com o Judiciário. Êste só aparece após a condenação, quando se abrem as vias ordinárias, com as ações civis e criminais.

São palavras de PAULO DE LACERDA, no seu Direito Constitucional Brasileiro: “O Instituto tem caráter *marcadamente* político, já por sua origem e evolução, já pelo seu processo e o resultado a que chega”.

El acrescentou: “Se é um fim político o almejado e se até o processo escapa ao Poder Judiciário, ao qual naturalmente pertenceria, para constituir atribuição especialíssima dos ramos do Congresso Nacional (aqui, da

---

(9) Decidiu-se que o art. 81 da Const. de 91 não compreendia os processos de natureza política, em que só se podia impor a perda do cargo com inabilitação para exercer qualquer outro, tendo o respectivo julgamento como objetivo resolver se o titular do cargo público possuía ou não, os requisitos necessários para ser mantido em suas funções (*cf.* TH. CAVALCANTI, *in Arg. Jud.* 85/91).

(10) Acêrca da competência estadual da matéria e da natureza política do *impeachment*, manifestaram-se, nestes julgamentos, vários Ministros, entre os quais, cumpre ressaltar OLIVEIRA RIBEIRO, ENÉAS GALVÃO, VIVEIROS DE CASTRO e PEDRO LESSA (favorável à natureza *mista* do instituto).

Assembléia Legislativa) o instituto tem caráter político”.

O Ministro CARVALHO MOURÃO assim se manifestou:

“Em primeiro lugar, acho, de acôrdo com as considerações dos Srs. Ministros Relatores e COSTA MANSO, que a questão é exclusivamente política, visto como, no *impeachment*, não há, de modo algum, processo criminal, nem punição, mas, apenas, suspensão do cargo, pelo decreto de acusação, e, posteriormente, perda e inabilitação para outros. São estas medidas exclusivamente políticas; tanto é assim que a própria Constituição de Mato Grosso, como a Federal, que ela reproduz, manda se deixe inteiramente ressalvada a responsabilidade, civil e criminal; tal responsabilidade, uma vez destituído o depositário do poder público — no caso, o Governador do Estado — se tornaria efetiva, pelo processo comum, perante as autoridades competentes, conforme a natureza do crime cometido; no caso de haver crime comum, competirá o processo à Justiça Federal. De qualquer maneira, fica inteiramente ressalvado o processo criminal.

O *impeachment*, portanto, não tem caráter de processo criminal, como as medidas aplicadas não têm caráter de pena, havendo, simplesmente, afastamento, mais ou menos prolongado, do acusado, do cargo de então e de outros cargos futuros. Não só pela sua finalidade, como pela própria natureza das providências facultadas, o *impeachment* é medida exclusivamente política, escapando, pois, em virtude do art. 68 da Constituição, às atribuições do Judiciário”.

Em 3-10-1947, na Representação n.º 96, apesar do parecer em contrário do ilustre Prof. THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, então Procurador Geral da República, o *Supremo*, por unanimidade de votos, julgou inconstitucional o art. 45 da Constituição Paulista sôbre o *impeachment*, por fugir ao modelo constitucional federal. As fundamentações dos votos foram, todavia, díspares, tendo sido impugnado, principalmente, o fato de poder o Governador ser afastado, com o simples recebimento da denúncia (*Arq. Jud.*, 85/77). Mas, ao lado de quem sustentasse a natureza penal do *impeachment* (Ministro GOULART DE OLIVEIRA), a maioria manifestou-se em prol do caráter político do instituto, para cuja disciplina são competentes os Estados-membros (*cf.* votos dos Ministros LAFAYETTE DE ANDRADA e EDGARD COSTA): o constituinte paulista teria, porém, exorbitado.

Na Representação n.º 97 (Constituição do Estado do Piauí), de 12-11-1947 (*Arq. Jud.*, 85/147), problema semelhante foi debatido, tendo sido o julgamento igualmente pela inconstitucionalidade, no que tangia à composição do tribunal que julgaria o Governador, nos crimes de responsabilidade. Mais uma vez ressaltou-se, entretanto, o caráter político do *impeachment* e o reconhecimento da competência estadual (*cf.* voto do Ministro CASTRO NUNES).

No julgamento da Representação n.º 111, de Alagoas, em que se discutiu a validade dos dispositivos da respectiva Constituição Estadual no concernente à responsabilidade do Governador, como os princípios federais, no particular, não tinham sido obedecidos, declaram-se inconstitucionais vários dispositivos daquela Constituição (*Arq. Jud.*, 90/321).

Disse o Ministro OROSIMBO NONATO, na citada representação: “Entendo que o *impeachment*, sendo processo eminentemente político (juízo político), pode ser disciplinado pelo poder constituinte estadual, porque não se trata aqui de punir, criminalmente, alguém, o que seria função legislativa, mas de declarar incompatibilidades, desqualificações, destituições e tôdas de ordem política, admissíveis, assim, no plano federal, como no estadual”.

Em sentido diverso, votou o Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, baseado em pareceres de NOÉ DE AZEVEDO e JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, entendendo que “sòmente à União compete legislar sòbre o direito penal e o processo (Constituição, art. 5.º, XV, a)” (11).

No julgamento do Recurso de Mandado de Segurança, número 4.928 (caso Muniz Falcão, em 20-11-1957; *Rev. Dir. Adm.*, 52/275), na Côte Suprema, o primitivo relator, Ministro VILAS BOAS, chegou a uma conclusão intermediária, afirmando:

“Tenho, pois, como perfeita a Lei n.º 1.079, de 1950, quando define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo, porque nada mais é que a execução do art. 89, parágrafo único, da Constituição. O Legislativo Estadual não pode criar outros casos de impedimento para a função pública, nem estabelecer normas processuais diversas, para a verificação da culpa.

Entretanto, a designação do órgão competente, para a apuração da incompatibilidade e votação do *impeachment*, essa compete privativamente ao Estado, que deve fazê-la na sua Constituição, sem quebra dos princípios da Carta Federal”.

---

(11) Refere-se à de 1946.

Como já deixamos patente, linhas acima, estamos com ORO-SIMBO NONATO. A argumentação dos Ministros HAHNEMANN GUIMARÃES e VILAS BOAS é, *data venia*, imprecisa, pois não se trata nem de Direito, nem de Processo Penal, e os arts. 84 e 85 da Carta de 67, sucessores dos arts. 88 e 89 da de 46 só dizem respeito à responsabilidade do Presidente da República, como se vê da própíra epígrafe e do conteúdo da Seção III do Capítulo VII, do Título I, em que está localizado.

Nosso entendimento tem apoio nos votos dos Ministros NELSON HUNGRIA e CÂNDIDO MOTA FILHO, que, no julgamento indicado, sustentaram, de forma desassombrada e brilhante, a inconstitucionalidade da Lei n.º 1.079, na parte em que regula os crimes dos Governadores e seus auxiliares, expondo, doutamente, os argumentos que aqui já resumimos (*Rev. Dir. Adm.*, *ib.*, págs. 286/288; e 294/296).

Votaram, todavia, na mesma oportunidade, pela constitucionalidade da Lei n.º 1.079, os Ministros LUIZ GALLOTTI, AFRÂNIO COSTA, ARI FRANCO, o já citado HAHNEMANN GUIMARÃES e RIBEIRO DA COSTA, igualmente, apresentando argumentos, *venia concessa*, imperfeitos.

Mais pròximamente, o Excelso Pretório decidiu que “o legislador federal é competente para legislar sôbre o *impeachment* dos Prefeitos Municipais” (Recurso de Mandado de Segurança n.º 11.622; Relator Ministro CÂNDIDO MOTA FILHO; decisão unânime do Tribunal Pleno, de 24-3-60, *in Rev. Dir. Administrativo*, 86/181) (12).

5. O Decreto-lei n.º 201, de 27-2-67, que dispôs sôbre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores (tendo revogado a Lei n.º 3.528/59), procurou inovar a matéria, tendo, no entanto, cometido graves equívocos.

Preliminarmente, criou um elenco de *crimes funcionais dos Prefeitos Municipais*, apenados com *reclusão* e *detenção*, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, segundo, em geral, o rito ordinário ou comum do juízo singular, na forma do previsto no Código de Processo Penal (arts. 1.º e 2.º).

A *latere*, enumerou as *infrações político-administrativas* passíveis de serem cometidas por aquêles Prefeitos (art. 3.º) (13) e punidas com *cassação* (mais branda do que a prevista no artigo

---

(12) Recentemente, o *Tribunal de Justiça de São Paulo* tem-se manifestado no sentido da inconstitucionalidade da legislação federal disciplinadora do *impeachment* de Prefeitos (*cf. acórdãos nas Revs. Dir. Adm.*, 70/305, 83/203, 84/113).

(13) A Lei paulista n.º 8.280, de 28-8-64, já estabelecia que eram “*infrações político-administrativas* os delitos funcionais dos prefeitos definidos na Lei federal n.º 3.528, de 3 de janeiro de 1959 (crimes de responsabilidade)”.

2.º, da Lei n.º 3.528/59, e as impostas ao Presidente da República e Ministros de Estado, pela prática de infrações da mesma natureza, conforme o disposto no já citado parágrafo único do art. 44 da Constituição Federal).

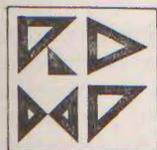
A distinção é, ontologicamente, perfeita, como vimos sustentando, mas somos de opinião de que a expressão *crimes de responsabilidade* deveria ter sido usada para rotular as *infrações político-administrativas* e não, os *delitos*, a fim de que se mantivesse a nomenclatura da própria Carta Magna Federal, podendo as *infrações penais* serem denominadas de *crimes funcionais*.

Desta forma, não se estaria contribuindo, ainda mais, para a confusão já existente em torno da expressão *crimes de responsabilidade*, conforme indicamos no n.º 1 supra. A nova nomenclatura só tem a vantagem de tornar ainda mais evidente a natureza político-administrativa e não, penal, dos ilícitos em tela.

Contém, destarte, o decreto-lei em pauta a mácula da inconstitucionalidade, por incompetência, já que, conforme vimos, as *infrações político-administrativas* são, no particular, da alçada estadual, quer quanto à fixação de seu elenco, quer no tocante ao estabelecimento do respectivo processo. O diploma em tela conservou, inclusive, o equívoco de manter, no que tange a êste, o caráter subsidiário das normas federais (art. 5.º), o que, como já salientamos, é insustentável.

Muitos dos fatos considerados pela Lei n.º 3.528/59 como *crimes de responsabilidade*, isto é, *infrações político-administrativas*, o Decreto-lei n.º 201/67 transformou em *delitos criminais* (cf. art. 1.º, n.ºs. 2, 8, 15, 17, 20 e 21, da Lei n.º 3.528/59, e art. 1.º, incisos II, VII, VIII, IX, XIV e XV, do Decreto-lei número 201/67). É claro que o legislador estadual poderá — e o fará, certamente — elegê-las como *infrações político-administrativas*, também.

Finalmente, somos de opinião de que, se há lei estadual regulando a matéria, embora de data anterior ao Decreto-lei número 201/67, aquela continua vigente, com as eventuais modificações determinadas pela Constituição estadual de 1967.



# PARECERES

---

## DO CONCEITO DE IMPENHORABILIDADE DOS BENS PÚBLICOS

— Sua *relatividade*. Salva vedação específica *expressa em lei* a *impenhorabilidade* é mero “efeito” ou “conseqüência” da *inalienabilidade* dos bens públicos, que também não é um *princípio absoluto*, mas *contingente e relativo*. Bens “*extra commercium*”; sua *impenhorabilidade*. Bens “*in commercio*”; sua *penhorabilidade*. Fundamento da *inalienabilidade* (e conseqüente *impenhorabilidade*) como necessária decorrência da “*afetação*” do bem ao *serviço público*. Interpretação da tese e seu alcance. *Decreto não cria impenhorabilidade*. Situação particular dos imóveis *negociáveis* da Caixa Econômica Federal. Hipótese especial da aquisição de bem *patrimonial* já gravado de ônus tributário do imposto predial. Vinculação do próprio bem ao débito fiscal preexistente. Incidência do art. 677, e seu parágrafo único, do Código Civil, e do Decreto n.º 22.866, de 28-6-1933 (art. 1.º e parágrafo único e art. 2.º). Contra a legitimidade da *penhora*, pela Fazenda não é válidamente invocável nenhum privilégio ou direito pessoal de isenção ou de imunidade, pelo adquirente do bem gravado, seja *pessoa privada* ou *pessoa de direito público*. Legislação. Doutrina nacional e estrangeira. Jurisprudência.

### PARECER

#### PRELIMINARMENTE:

Parece-nos embargável, com sólidos e jurídicos fundamentos, o ven. Acórdão da Primeira Turma do egrégio Supremo Tribunal Federal, proferido no Recurso Extraordinário n.º 42.961, entre partes, recorrente a Prefeitura do Distrito Federal e recorrida a Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro, em conformidade ao parágrafo único do art. 833 do Código de Processo Civil, de vez que a tese fundamental aí adotada como razão de decidir pelo não conhecimento do recurso

interposto (e, por sinal, *razão única*) diverge frontal e flagrantemente, das teses, em rumo diametralmente oposto, esposadas por essa mesma egrégia Côrte em, pelo menos, *dois julgados*, a saber: a) o Acórdão, em Tribunal Pleno, de 11 de outubro de 1944, proferido, por unanimidade, no Conflito de Jurisdição n.º 1.519 e publicado no *Diário da Justiça*, apenso ao n.º 132, de 12 de junho de 1945, págs. 2267 a 2270; e, b) o Acórdão de sua colenda Segunda Turma, também unânime, de 12 de abril de 1957, proferido no Recurso Extraordinário n.º 33.298, do Distrito Federal, publicado no *Diário da Justiça*, apenso ao n.º 206, de 9 de setembro de 1957, à página 2.357.

A divergência das *teses* de direito proclamadas e sustentadas num e noutro dêsses Acórdãos é manifesta e insofismável, como se passa a demonstrar:

O Acórdão ora em exame, que se molda e estrutura no voto de seu ilustre relator, o Ministro BARROS BARRETO, — adotado e seguido por tôda a Turma, — firmou, como base e razão de decidir pelo não conhecimento do apêlo extraordinário, a tese, o princípio — diga-se, a regra geral — da *impenhorabilidade dos bens de propriedade de autarquia federal* (no caso, a Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro), muito embora se tratasse de bem do *domínio privado* dessa entidade, *pôsto em comércio, alienável*, e pela mesma *adquirido quando já gravado de ônus tributário proveniente de impôsto predial*, que, sabidamente, *adere ao imóvel, como vínculo real*, e se transmite aos adquirentes, segundo a regra do parágrafo único do art. 677 do Código Civil, — gozem êles, ou não, de imunidade ou isenção tributária.

De logo consigna a respectiva *ementa* a substância da tese adotada como fundamento do Acórdão: — “*IMPENHORABILIDADE DE BENS DE ENTIDADE AUTARQUICA*”. E as “*razões de decidir*”, nêle mencionadas, se resumem no *argumento* único do voto do Ministro relator, *in verbis*:

“*Dês que impenhoráveis, ex-vi-legis, os bens de propriedade de autarquia federal, enquadrada nas entidades de direito público, torna-se inócua a indagação sôbre a transmissibilidade, ou não, do ônus dos impostos devidos anteriormente e relativos a certo imóvel*”.

Em evidente contraste com essa tese da absoluta “*impenhorabilidade*” dos bens de propriedade das autarquias, por enquadradas nas *entidades de direito público*, é a tese sustentada, defendida, justificada e referendada, em Tribunal Pleno, pela egrégia Côrte, através dos brilhantes votos emitidos pelos Exmos. Srs. Ministros OROSIMBO NONATO (relator) e PHILADELPHO AZEVEDO, no substancioso Acórdão de 11 de outubro de 1944, no Conflito de Jurisdição n.º 1.519, votos êsses sufragados pela unanimidade de seus ilustres membros.

Realmente, consignado está no voto do relator, Ministro OROSIMBO NONATO:

“Os bens do Estado são impenhoráveis, sem dúvida; mas êle, às vêzes, é forçado, pelas contingências históricas, a descer dos altos planos em que normalmente se desenvolve sua ação, para se entregar ao comércio, quando dirige emprêsas, lavra contratos, expede duplicatas, emite promissórias, quando contrata trabalho, e é difícil, então, a meu ver, levar o princípio, exato, da impenhorabilidade, às extremas consequências; porque o fato próprio daquela atividade está mostrando que certos bens, pelo menos, não podem ser postos *fora do comércio*”.

.....  
“O Estado, por motivos inelutáveis de contingências sociais, tem, por vêzes, de descer dos seus altos planos, para atividades comerciais e industriais”.

Secundou-o, nesse entendimento, em seu voto no mencionado Acórdão, o Ministro PHILADELPHO AZEVEDO, com estas palavras:

“A *impenhorabilidade* constitui, sem dúvida, privilégio, que não pode ser estendido fora de condições expressamente outorgadas. As curtas prescrições, a apelação de ofício, a não fluência de juros de mora, são outros tantos privilégios outorgados ao Estado e que, para serem estendidos às autarquias ou órgãos paraestatais, exigem *textos expressos*. Basta ver que, em relação à prescrição quinquenal, foi expedido o Decreto-lei n.º 4.597, mandando estendê-la aos órgãos paraestatais. *Fora dêsse meio, não se poderia admitir a impenhorabilidade de bens*, não sendo, ademais, razoável que emprêsas explorando variadas indústrias, inclusive a de edições, tenham seus bens impenhoráveis; ao revés, estão êles *em comércio*, como bem acaba de acentuar o egrégio relator, Sr. Ministro OROSIMBO NONATO. A *impenhorabilidade*, aliás, só se justificaria se facilitada por outros meios a execução das decisões judiciárias, sem importar se emanadas da Justiça do Trabalho. Ainda que se tratasse da Justiça Comum, em caso de condenação das emprêsas, haveria como se autorizar *penhora* de seus bens, que continuam *em comércio* a responder pelas obrigações assumidas. Nem haveria outra solução, dês que impossível seria, por outro lado, a expedição de precatória contra o Estado, pesando sôbre o Tesouro o cumprimento das obrigações de autarquias, cujo patrimônio aquêle recusa confundir com o da Nação, até quanto à percepção de tributos quando o próprio Estado

lança impostos sôbre muitos dêsses órgãos paraestatais, e não se justificaria, portanto, que se executassem as sentenças à custa de seus próprios cofres.

Assim, hão de se executar as sentenças sob forma normal, *mediante penhora* de bens do devedor. . .”

Êsses votos se entrosam e se completam, harmônicamente, na afirmação de uma tese de direito que o *placet* unânime do egrégio Supremo Tribunal consagrou como certa e verdadeira, qual seja a de que o princípio da *impenhorabilidade* dos bens das entidades maiores de direito público não se estende a *todos* os bens dessas entidades, mas, apenas, àqueles bens “*postos fora do comércio*”, estranhos às suas “*atividades comerciais e industriais*”, constituindo, outrossim, um “*privilégio*”, que não se estende, *sem outorga legal expressa*, às autarquias e órgãos paraestatais. Essa tese, proclamada no venerando Acórdão de 11 de outubro de 1944, não se coaduna com a da decisão ora apreciada, que julgou, irrestritamente, *impenhoráveis os bens das entidades autárquicas*, por estarem elas “*enquadradas nas entidades de direito público*”, e, em particular, um bem do *patrimônio privado* da Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro, — sem haver nenhum texto legal que declare *impenhoráveis* os bens dessa entidade, — tratando-se, outrossim, de um bem *desvinculado do serviço público* e eminentemente *alienável, pôsto em comércio*, como objeto das *transações imobiliárias* da Caixa, ademais disso por ela adquirido, de um particular, quando *já gravado de ônus real tributário (impôsto predial)*.

Com essa estranha decisão do ven. Acórdão em exame contrasta, por igual, a adotada no ven. Acórdão, unânime, da colenda Segunda Turma, de 12 de abril de 1957, no *Rec. Extr. n.º 33.298*, do Distrito Federal, entre partes, recorrente a Prefeitura do Distrito Federal e recorrido o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, pela qual *foi considerada e mantida como válida a penhora procedida em imóvel de propriedade dessa autarquia, — apesar de por ela invocado, COMO FUNDAMENTO DO RECURSO, texto expresso declarando impenhoráveis os seus bens* (art. 187 do Regulamento baixado com o Decreto n.º 1.918, de 27/8/937), — pelo fato mesmo de ser o ônus fiscal, que *gravava* o imóvel penhorado, *anterior à aquisição dêle pelo I.A.P.I.* (precisamente como no caso atual *sub judice*), não sendo de admitir-se a *retroatividade* da isenção do adquirente para subtrair o bem ao gravame de débito tributário *já existente*, — tal como reza a respectiva ementa:

“Imunidade fiscal. — A coisa se transmite com seus ônus. — Bem adquirido por autarquia, sôbre o qual pesava dívida fiscal. — Não é possível retroagir a isenção para beneficiar terceiro não beneficiado pela imunidade”.

Nesse caso — note-se bem isso! — havia um dispositivo expresso *declarando impenhoráveis* os bens do I.A.P.I., o que não se verifica no caso atual, em relação à Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro.

O Instituto adquirente do imóvel em débito de imposto predial *reagiu à penhora* efetuada sobre o mesmo, invocando não só a imunidade constitucional que acoberta as instituições de assistência social, como, ainda, especialmente, a isenção conferida a seus bens com a garantia de *cláusula expressa de “impenhorabilidade”* dêles, estabelecida no art. 187 do Regulamento baixado com o Decreto n.º 1.918, de 27 de agosto de 1937.

Essa *impenhorabilidade* foi, aliás, o *fundamento principal* do recurso extraordinário interposto (n.º 33.298), com citação do aludido art. 187 como lei violada. E o Procurador Geral da República, em seu parecer, invocou precisamente êsse mesmo art. 187 para justificar a inadmissibilidade da *penhora* feita em imóvel do I.A.P.I., como se verifica pelo seguinte trecho:

“O art. 187 do Regulamento baixado pelo Decreto n.º 1.918, de 1937, assim dispõe:

“Os bens patrimoniais do Instituto não podem ser objeto de *penhora*, arresto ou sequestro”.

Assim sendo, o ven. Aresto recorrido, ao confirmar a M.M. sentença de 1.ª instância que, rejeitando os embargos,  *julgou subsistente a penhora* (fls. 16), contrariou expressamente o referido artigo acima citado, dando, pois, ensejo ao conhecimento do presente recurso pela letra “a” do permissivo constitucional”.

Sem embargo disso, a col. Turma manteve a decisão que julgava boa e válida a *penhora* impugnada, e considerou procedente a execução do crédito fiscal — equivalente a um verdadeiro *ônus real, aderente ao imóvel* (CLÓVIS BEVILAQUA, *Código Civil comentado*, 3.ª ed., vol. III, pág. 235, comentário ao art. 677), como se vê pelo voto do eminente relator, Min. LAFAYETTE DE ANDRADA, peça estrutural do Acórdão, unanimemente adotado:

“Trata-se de bem que o Instituto adquiriu e sobre o qual já pesava dívida fiscal. Sendo assim, havendo dívida, cujo sujeito passivo era o alienante, não podia a isenção fiscal *retroagir* para alcançar terceiro não beneficiado pela imunidade”.

O dissídio jurisprudencial é, pois, manifesto, como se vê, no confronto entre o ven. Acórdão em análise e os vens. Acórdãos que aqui se invocam, pela diversidade das teses e das conclusões jurídicas por um

e outros adotadas, tudo a evidenciar o perfeito cabimento de *embargos* pela Prefeitura do Distrito Federal.

\*  
\*   \*  
\*

### NO MÉRITO:

A improcedência, *data venia*, da respeitável decisão contida no mencionado Acórdão, só atribuível a um equívoco, é de todo ponto irrecusável, e já se acha, a esta altura, patenteada pelo que se vem de expor e comparar.

Vejamos:

### QUANTO À PRETENZA IMPENHORABILIDADE

A primeira questão de *mérito* que, no caso, se apresenta, é a de saber se, em verdade, são *impenhoráveis* os bens que a Caixa Econômica adquire para nutrir a faina de suas transações imobiliárias com terceiros, particulares.

Cumpra indagar, antes de tudo, que significa, que vem a ser, em direito, "*impenhorabilidade*"; ou, melhor, qual vem a ser o fundamento político-jurídico dessa condição ou situação excepcional de certos bens.

A *impenhorabilidade* é um "*privilégio*", cujo gôzo não se presume nem se pode inferir por extensão ou analogia. Ou resulta de outorga inserida em *lei expressa*, ou se depreende como decorrência lógica e necessária da regra da *inalienabilidade* dos bens públicos, constante do art. 67 do Código Civil, ou, ainda, de alguma disposição de *lei especial* prescritiva de *inalienabilidade*, atento o disposto no art. 942, inciso I, do Código de Processo Civil.

Fora dessas hipóteses não há *impenhorabilidade*.

Acentue-se, antes de tudo, que não existe nenhuma *lei* conferindo o privilégio da *impenhorabilidade* aos bens de propriedade da Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro. É, pois, hipótese excluída, *ab initio*, de cogitação.

Passemos, pois, ao exame do assunto à luz da legislação geral, ordinária ou comum, atinente à espécie.

O Código de Processo Civil é o diploma que dispõe sobre quais os bens que não podem absolutamente ser penhorados, enunciando as *exceções à regra geral da penhorabilidade*, no seu mencionado art. 942, — entre as quais não existe nenhuma que beneficie os bens da Caixa Econômica e ampare, conseqüentemente, a conclusão do ven. Acórdão em análise. Senão, vejamos:

Além dos outros casos previstos nas alíneas II a XV (sem nenhuma relação com a hipótese em tela), preceitua o dispositivo do Código processual:

“Art. 942. Não poderão absolutamente ser penhorados:

I — Os bens *inalienáveis por força de lei*”.

Então, pôsto que o Acórdão *sub specie iuris* diz que são “impenhoráveis *ex vi legis* os bens de propriedade de autarquia federal enquadrada nas entidades de direito público” (*sic*), ter-se-á que apurar, desde logo, em que lei se arrima a suposta “impenhorabilidade” dos bens da pretensa beneficiária desse privilégio.

A impenhorabilidade, a bem dizer, só se compreende, só se admite e se justifica como “efeito” de uma “causa” superior condicionante, como conseqüência de um pressuposto de direito, isto é, como decorrência necessária de uma situação excepcional juridicamente protegida por motivos relevantes de ordem pública, social, moral ou humanitária.

A impenhorabilidade *sem causa* (e *justa causa*), como *obséquio legal* puro e simples, representaria uma excrescência, uma aberração de sabor ditatorial, uma anomalia jurídica, enfim, um privilégio odioso, abusivo, absurdo, iníquo e imoral, por contrário ao mandamento da *igualdade de todos perante a lei*, além de atentatório ao princípio ético e jurídico de que os bens do devedor são a garantia do credor e devem responder pela satisfação de suas dívidas.

Daí a doutrina, geralmente aceita, de que a *impenhorabilidade* dos bens públicos é, tão somente, uma *conseqüência* necessária, isto é, um “efeito” da sua *inalienabilidade*.

Di-lo, muito bem, o insigne BEVILAQUA, ao ensinar que

“a impenhorabilidade é, apenas, *uma forma particular da inalienabilidade*”.

(*Código Civil comentado*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. 4.<sup>o</sup>, pág. 228).

No mesmo sentido preleciona o douto SEABRA FAGUNDES:

“Esta norma assenta na *inalienabilidade* dos bens públicos...” “Da *inalienabilidade* decorre a *impenhorabilidade* e, como conseqüência, a impossibilidade de execução forçada exercida através de tais bens”.

(*O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3.<sup>a</sup> ed., 1957, pág. 220).

Ora, no aludido art. 942 do Código Civil, onde se estabelecem os casos (*excepcionais*) de *impenhorabilidade*, nenhum deles, *em especial*, se presta a acobertar os bens da Caixa Econômica.

Restaria o princípio *geral* da alínea I, segundo o qual não poderão absolutamente ser penhorados “os bens *INALIENÁVEIS por força de lei*”. Mas também não há lei alguma declarando “*inalienáveis*” os bens patrimoniais da Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro. Ao contrário, no mercado imobiliário, a sua faina incessante de comprar bens para revendê-los a particulares pressupõe, necessariamente, a *alienabilidade* dêles, que está na essência e na raiz do próprio negócio, em que reside, aliás, um de seus mais intensos e notórios ramos de atividade lucrativa.

Em falta de *lei especial* prescritiva de “*inalienabilidade*” de bens da Caixa (da qual pudesse decorrer o corolário da *impenhorabilidade*), ter-se-á, então, de verificar se ela se funda em *lei geral*, — no caso, o Código Civil.

Prescreve êste, em seu art. 67, a *inalienabilidade* dos “bens públicos” referidos no anterior art. 66, quando alude “à *inalienabilidade* que lhes é peculiar”.

Mas, é o próprio Código Civil que define e conceitua, no seu artigo 65, o que são “bens públicos”, *in verbis*:

“Art. 65. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à *União, aos Estados, ou aos Municípios*. Todos os outros são particulares, SEJA QUAL FÔR A PESSOA A QUE PERTENCEREM”.

Ora, a Caixa Econômica Federal *não é a União, não é Estado, não é Município*. Não se identifica nem se confunde com nenhuma dessas “*pessoas*” maiores, ou principais, de direito público interno (pessoas de *direito constitucional* ou *pessoas políticas*) expressamente mencionadas no texto legal, porque tem *personalidade jurídica própria*, condição *sine qua non* para a caracterização da sua alegada — mas ainda hoje discutível — natureza de “*autarquia*” (autarquia “*sui generis*”).

Trata-se, sim, de *pessoa outra*, que não a *União, Estado, ou Município*, o que basta para *excluir* os seus bens da categoria daquêles especificados no texto do art. 65 do Código Civil, onde, como já foi visto, se declarou que, *a não serem os “pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios”... “TODOS OS OUTROS SÃO PARTICULARES, SEJA QUAL FÔR A PESSOA A QUE PERTENCEREM”*.

Vê-se, pois, que a *lei geral* também não ampara o pretensão direito da Caixa Econômica. Consoante os arts. 65 a 67 do Código Civil, os bens das *autarquias* não se consideram, *nem se podem considerar*, incluídos no “*privilégio*” da *impenhorabilidade* em decorrência de *inalienabilidade*, pois esta não alcança os seus ditos bens, mas se restringe aos bens das “*pessoas*” expressamente mencionadas (*União, Estados, Municípios*).

E tanto assim é, e tanto assim se tem entendido, que o Governo Federal, quando quer estabelecer a *impenhorabilidade* de bens de certos

Institutos autárquicos, o faz por via de *ato legislativo especial* ou através de cláusulas específicas inseridas nos seus regulamentos. E assim procede, obviamente, em consideração à *necessidade* de texto *especial e expresso* de lei, para cada caso.

Logo, se *não existe lei* conferindo o *privilégio*, excepcionalíssimo, da *“impenhorabilidade”* aos bens da Caixa Económica; se *não há lei especial declarativa da “inalienabilidade”* de seus bens (da qual se pudesse inferir a *impenhorabilidade*, para os efeitos do art. 942, I, do Código de Processo Civil); se, finalmente, não se lhe pode aplicar, de direito (e, muito menos, de fato!), por via de *extensão* ou *analogia*, para os mesmos efeitos, a *regra excepcional* da *“inalienabilidade”* dos bens públicos *“pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios”*, estabelecida no Código Civil, (o que, de resto, ela própria não deseja, porque isso iria prejudicar seu *comércio imobiliário*); se tudo isso é certo, incontestável, como se está demonstrando, a única conclusão jurídica admissível é, e não pode deixar de ser, a de que os bens da Caixa Económica Federal do Rio de Janeiro *não gozam do privilégio da impenhorabilidade!*

A decisão examinada é, pois, juridicamente insustentável.

Razão inteira assistia ao eminente Ministro PHILADELPHO AZEVEDO para afirmar, como afirmou, no aludido Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 11 de outubro de 1944, que *“a impenhorabilidade constitui, sem dúvida, um privilégio, que não pode ser estendido fora de condições expressamente outorgadas”* (sic) e, mais ainda, que os *“privilégios outorgados ao Estado”, “para serem estendidos às autarquias ou órgãos paraestatais, exigem textos expressos”* (sic) (1).

O Pretório Excelso tem, aliás, numa multiplicidade copiosa de julgados, manifestado idêntico entendimento, que não pode nem deve ser, agora, desmentido, com a, *data venia*, injustificada e arbitrária extensão ou atribuição de *privilégio de impenhorabilidade* aos bens da Caixa Económica (e bens alienáveis, negociáveis, destinados a transações imobiliárias lucrativas) sem o menor fundamento jurídico-legal, em detrimento de legítimos e respeitáveis direitos do Erário Público do Distrito Federal. Porque — forçoso é dizê-lo — o de que aqui se

---

(1) As autarquias, também chamadas *peças públicas menores, secundárias, ou derivadas*, posto que criadas pelas *peças públicas maiores*, são meras *“peças de direito administrativo”*, que não se identificam nem se confundem com as *“peças de direito constitucional”* ou *“peças políticas”* (União, Estados, Municípios), de caráter institucional, orgânico, necessário e permanente em nosso sistema federativo. Não é senão essa a razão pela qual o eminente mestre PONTES DE MIRANDA alude, genericamente, a *“entidades públicas”*, e, especificamente, a *“entidades políticas”* ou *“entidades de direito constitucional (União, Estado-membro, Distrito Federal, ou Município)”* (sic) (Comentários à Constituição de 1946, 3.<sup>a</sup> ed., 1960, tomo II, págs. 277, 278, 282, 283, 286, 287, 299, 302, 308 e 309).

trata não é apenas de uma *ilegalidade*, mas, também, de *injustiça* manifesta, gritante.

\*  
\*       \*  
\*

Mas, ainda que se admitisse, *ad argumentandum*, poder a “pessoa jurídica Caixa Econômica” ser *identificada* com as *peçoas políticas* indicadas no art. 65 do Código Civil (*União, Estados, Municípios*) para o efeito de serem os seus bens incluídos entre os “bens públicos” sujeitos à regra excepcional da *inalienabilidade*, *ex vi* dos arts. 66 e 67 do citado Código, nem mesmo assim, nessa *absurda hipótese*, se poderia, em bom direito, considerar *inalienável* (e, por decorrência, *impenhorável*) um bem do seu *domínio privado*; isto é, a *inalienabilidade* não se estenderia aos *bens patrimoniais* dela, postos *no comércio*, e que não constituem “*instrumentalidade*” do *serviço público*, mas objeto de transações imobiliárias, de negócios visando a fins lucrativos, auferição de rendas ou aplicação remunerativa de capital.

E isso porque, na sistemática do direito civil pátrio, a *inalienabilidade* dos chamados “bens públicos” não constitui um princípio *absoluto*, mas sim *condicionado e relativo*. Nem todos os bens pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios, são *inalienáveis*. Sômente o são, em verdade, os “*de uso comum*”. Os “*de uso especial*” sê-lo-ão apenas enquanto a êle destinados e utilizados ou “*aplicados a determinada ordem de serviço público*”, na expressão de BEVILAQUA. Os “*dominiais*” ou “*patrimoniais*”, êstes são *alienáveis* — observadas as regras e formalidades legais atinentes à matéria.

Aí temos a opinião doutíssima do mesmo BEVILAQUA :

“Os *bens dominiais* da União, dos Estados e dos Municípios não são *inalienáveis*, como poderia ser alguém levado a supor, tomando à letra o disposto no art. 67. Sômente *se alienam* segundo as formas e regras estabelecidas na lei, porém *se alienam*. Os bens públicos *de uso comum*, êsses sim, são *inalienáveis*. São-no também os *de uso especial*, enquanto *conservarem êsse caráter*”. (Os grifos são nossos). (CLÓVIS BEVILAQUA, *Código Civil comentado*, 3.<sup>a</sup> ed., vol. 1.<sup>o</sup>, pág. 295).

Explica, por sua vez, CARVALHO SANTOS, em comentário ao mesmo art. 67 do Código Civil:

“A redação do texto supra deixa parecer que todos os bens de que trata o artigo anterior são *inalienáveis*. Mas assim não é, na verdade. Dêles só os *de uso comum* são *inalienáveis*. Esta é a regra. A lei pode, porém, ditar o contrário, nos casos e forma que prescrever”.

.....

“A *inalienabilidade*, na verdade, só é peculiar, isto é, própria, aos bens *de uso comum*, porque, como ensina AZEVEDO MARQUES, só êstes não podem pertencer, nem ser possuídos, por uma única pessoa particular como podem-no os outros bens”.

.....

“A nosso ver, entretanto, o que caracteriza a *inalienabilidade*, como já ficou dito, é o *uso público* a que é destinado o bem; qualquer outra espécie de bens, desde que não destinados ao uso público, embora destinados ao serviço público, não pode entrar na classe dos bens *inalienáveis*”.

(J. M. DE CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 4.<sup>a</sup> ed., vol. II, págs. 142, 143 e 145).

É que a própria *inalienabilidade* também tem e não pode deixar de ter a sua *causa*. E esta é, precisamente, o caráter de “*res extra commercium*” dos bens *de uso comum* e daqueles ditos *de uso especial* que compõem o patrimônio administrativo, desde que “*afetados*” ao serviço público estatal, vale dizer, empregados, utilizados como *instrumentos* da atividade governamental ou administrativa (domínio público do Estado). Procede, assim, o ensino do ilustre Prof. J. FERREIRA DE SOUZA, no sentido de que, *se os bens não são indisponíveis...*

“constituem o chamado *domínio privado* do Estado, uma de cujas conseqüências é a *dispensa na regra de inalienabilidade dos bens públicos*” (*Parêcer jurídico* de 19 de maio de 1949, em *Direito*, vol. LXVI, pág. 80).

Se, como diz ainda CARVALHO SANTOS, com apoio na lição de PLANIOL, “os bens do *domínio privado*” do ente público (Nação, Estado ou Município) “são equiparados a propriedades particulares e não fazem objeto de regras particulares” (*sic*), com redobrada razão — lógica e jurídica —, no caso especial dos bens (casas e apartamentos) que apenas *transitoriamente* se incluem no patrimônio da Caixa Econômica, em virtude mesmo do *fim negocial* ou *comercial* a que se destinam (qual seja, precisamente, o de sua *alienação* a particulares), torna-se de todo ponto inadmissível a idéia da *inalienabilidade*, condição única da qual decorreria a sua pretensa *impenhorabilidade*. E quanto a êles, com principalidade, caberia repetir êstes conceitos do eminente e saudoso civilista:

“não existe motivo que legitime a *exceção de inalienabilidade*. Basta refletir que *se vão ser alienados* é porque não mantêm mais êsse caráter”... “e chegaríamos, assim, à conclusão de que, na realidade, *nunca se verificará a oportunidade de serem inalienáveis tais bens*”.

Vale mencionar, outrossim, a autorizada opinião de GIORGI, invocada, a seguir, pelo mesmo tratadista, nestes termos:

“Com relação aos bens patrimoniais do Estado, é de importância capital a distinção entre os bens *disponíveis* e os *indisponíveis*. Bens *indisponíveis* são aqueles destinados ao serviço *governativo* (para distinguir o serviço público); esta distinção torna-os *inalienáveis* e *IMPENHORÁVEIS*, mas, não os equipara inteiramente aos bens do domínio público, se bem que, por exceção, comunique algumas vêzes aos bens patrimoniais algumas prerrogativas do domínio público, tornando-os por isso uma propriedade anômala e singularíssima”... “São, pois, *disponíveis* aqueles bens que não se destinam a nenhum serviço governativo (GIORGI, *Dottrina delle persone giurid.*, vol. 2, n.º 103)” (*Op. cit.*, mesmo vol., pág. 145. (Os destaques são nossos).

Os mais extrênuos defensores da regra da inalienabilidade dos bens públicos estabelecem, porém, como pressuposto da *relatividade* dessa regra, a distinção entre os bens *fora de comércio* (*res extra commercium*) e aqueles *que estão no comércio* (*res in commercio*), e que, por isto mesmo, dela se hão de considerar *necessariamente excetuados*.

MENEGALE, depois de acentuar que foi a diversidade de regime determinante da classificação dos bens públicos em *alienáveis* e *inalienáveis* que produziu a divisão do domínio em *público* e *privado*, assim diz:

“A *extra-comercialidade* dos bens públicos confere ao Estado o privilégio de subtraí-los às vias de execução do direito comum: a embargabilidade resolve-se, em suma, numa *alienação, que é impossível*”.

(J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. 2.º, págs. 9 e 14).

Ora, ainda que, *ab absurdo*, se pudessem *identificar* as “*pessoas*” da *Caixa Econômica* e da *União*, e confundir num só os respectivos patrimônios, ninguém, de boa mente, sustentaria que os bens imóveis do *domínio privado* dessa entidade autárquica — aqueles com que ela, habitualmente, *comercia, transaciona, especula, em operações de compra e venda a particulares*, na prática constante e notória de um ramo de negócio de natureza essencialmente *privatística*, — constituem “*res extra commercium*”. Pois que, como justamente conceitua PONTES DE MIRANDA, “*ser extra-comércio apenas significa não poder ser objeto de transmissão, salvo lei especial*” (*Tratado de Direito Privado*, tomo II, pág. 172). Ao contrário, tais bens *estão no comércio*, são vendáveis independentemente de especial autorização legislativa, e não é outra,

senão essa, a sua *destinação* verdadeira e única: ser objeto de *transmissão, de alienação* a terceiros.

Tem-se que reconhecer a inteira procedência e justeza daquela ressalva formulada pelo eminente Ministro OROSIMBO NONATO quando, de referência ao princípio da *impenhorabilidade* dos bens *do próprio Estado* (consequência do princípio da *inalienabilidade*), e aludindo à *atividade comercial* a que êle, por vêzes, se entrega, conclui que é difícil, então, levar o princípio às extremas consequências... “porque o fato próprio daquela atividade está mostrando que certos bens, pelo menos, não podem ser postos *fora do comércio*” (*Acórdão citado*, de 11/10/1944).

\*  
\*            \*  
\*

O entendimento é o mesmo no direito de todos os povos cultos, segundo se colhe pelas lições de seus mais autorizados doutrinadores.

Vêm aqui muito a propósito a lição e a crítica do sábio DUGUIT, pondo de manifesto os equívocos a que a matéria da *inalienabilidade* do domínio público tem dado ensanchas:

“Le domaine public est inaliénable. C'est là une de ces formules que les juristes se transmettent comme des dogmes de génération en génération, sans se demander quels en sont exactement le fondement et la portée”.

.....

“C'est une erreur grave de croire que l'inaliénabilité est une seule et même chose quelle que soit la catégorie des dépendances dominiales à laquelle elle s'applique. J'ai dit plus haut qu'il y avait comme une échelle descendante dans la domanialité publique; il en est de même pour l'inaliénabilité”.  
(LÉON DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 1923, tomo 3.<sup>o</sup>, págs. 337 e 341).

FELIX SARRIA, em capítulo especial sobre o tema da “*impenhorabilidade dos bens do Estado*”, assim diz:

“Acabamos de ver como el Estado posee dos clases de bienes o por mejor decir, posee dos títulos al dominio de los bienes y de las cosas, según que actúa en cuanto poder público o como persona jurídica.

Al primer carácter corresponde lo que hemos llamado el dominio público, que está *fuera del comercio* y del que hemos dicho que es *inembargable, inenajenable e imprescriptible*.”

.....

“Otro tanto, aunque en sentido inverso, ocurre con los bienes privados o patrimoniales del Estado, como las tierras, edificios, empresas industriales, rentas privadas, herencias vacantes, etc., que a título de dueño particular le pertenecen y *que están en el comercio*.”

Tales bienes *son embargables y ejecutables, sin restricción especial ninguna*’.

(*Derecho Administrativo*, 4.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, 1950, tomo II, págs. 86-87).

Consulte-se BIELSA:

“El fundamento jurídico de la prohibición deriva del *carácter de extracomercial* de esas cosas, en razón de su especial destino”.

.....  
“Pero si se trata de una cosa adquirida para librarla al uso público, mas éste no se realiza aún, el bien no se lo considera efectivamente de dominio público, y *es, por consiguiente, embargable y ejecutable* (Fallos, CXIII, 158). De donde se sigue, pues, que un bien destinado al uso público debe, para reunir los caracteres señalados, tener una *afectación real y actual*”.

.....  
“*A contrario*, todas las cosas que *no están en el comercio* son, por eso, *inalienables*”.

(RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, 4.<sup>a</sup> ed., tomo II, págs. 441, 442 e 444).

BULRICH, acêrca do caráter do domínio público e do domínio privado do Estado, explana:

“El carácter fundamental de los bienes del dominio público, según resulta de lo expresado en los números anteriores, consiste en que siendo de propiedad del Estado, por su afectación a un *fin público* existe una barrera al libre ejercicio de la propiedad privada y, en consecuencia, a las reglas generales del derecho privado”.

.....  
“Los bienes que no son susceptibles de propiedad privada y que no están en consecuencia sometidos a su régimen se encuentran por ello *fuera del comercio*, por lo que no son enajenables, ni embargables, ni prescriptibles”.

“Los bienes del dominio público no pueden tampoco ser hipotecados ni dados en embargo, ya que ello es incompatible con el principio de la inalienabilidad al cual he hecho referencia. Sería un absurdo hipotecar o embargar bienes *que no se pueden vender*”.

.....  
“Los bienes privados del Estado *están en el comercio y deben ser en consecuencia enajenables, embargables, hipotecables y prescriptibles como los de cualquier propietario particular*”.

.....  
“El patrimonio disponible lo constituyen los bienes que pertenecen a los entes públicos y que están sometidos al régimen del derecho privado; *se encuentran en el comercio, son enajenables, prescriptibles y objeto posible de transacciones particulares como los bienes de los individuos, salvo algunas limitaciones que, por lo general, son formales*”.

(RODOLFO BULLRICH, *Principios Generales de Derecho Administrativo*, págs. 209, 210, 215, 217 e 219).

GABINO FRAGA, após fazer notar que a *inalienabilidade* se baseia na “necessidade de favorecer a realização dos fins a que os bens estão afetados”, discrimina:

“Esta tiene un carácter absoluto cuando se trata de bienes que por su naturaleza se incorporan al *dominio público*. Cuando han sido afectados al uso común, por disposición de la ley, el carácter de inalienables sólo se les reconoce mientras no varíe su situación jurídica”.

.....  
“Los bienes que integran el *dominio privado* de la Federación están sometidos a un régimen que ya no es de derecho público, pues... la ley los somete en caso de que no regule su situación, al Código Civil Federal y a las disposiciones de policía del lugar de su ubicación”.

(*Derecho Administrativo*, 4.<sup>a</sup> ed., págs. 460, 461 e 463).

OTTO MAYER ensina que “se estableció el principio de la inalienabilidad de las cosas públicas” porque “parece haber unanimidad en considerar estas cosas como *res extra commercium*”, impondo-se, pois,

“la necesidad de garantizar esta cosa” (a coisa pública)  
“contra las perturbaciones que la adquisición de derechos reales en favor de particulares y la persecución judicial de

semejantes derechos pudieran ocasionar a su buen estado y a su destinación a la utilidad pública”.

(*Derecho Administrativo Alemán*, trad. argentina, *Editorial De Palma*, tomo III, págs. 95 e 108).

Fritz Fleiner, outro nome do direito administrativo germânico, versando, igualmente, o tema da *inalienabilidade* e conseqüente *impehorabilidade* das coisas públicas, excetua da regra os chamados bens do “patrimônio fiscal” do Estado, assim considerados os que, entre nós, se denominam “do domínio privado” do ente público, isto é, os que não são de *uso público* nem se integram no *patrimônio administrativo*. E explica:

“El patrimonio fiscal se regula por el Derecho privado. Las transmisiones y los gravámenes de sus bienes se realizan con las formalidades de Derecho privado; las cosas mencionadas son susceptibles de embargo y de procedimiento ejecutivo como el patrimonio de cualquier particular”.

(*Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. da 8.<sup>a</sup> ed. alemã, por S. Gendin, ed. espanhola, *Labor*, pág. 284).

Umberto Fragola, depois de examinar, à luz do direito italiano, as várias espécies de domínio do Estado, e de distinguir dos do *domínio público* propriamente dito os *bens privados* de propriedade dos entes públicos, anota:

“I beni privati degli enti pubblici cadono sotto la stessa disciplina dei beni delle persone private”.

(*Manuale di Diritto Amministrativo*, 4.<sup>a</sup> ed., pág. 210).

No mesmo sentido se pronuncia Alfonso Tesauro:

“I beni demaniali, per la loro destinazione, non possono essere alienati, nè formare oggetto di prescrizione, di esecuzione forzata ed, in genere, di un rapporto giuridico privato, e sono, perciò, detti fuori commercio o incommerciabili”.

.....  
“I beni patrimoniali dello Stato sono i beni mobili o immobili appartenenti allo Stato a titolo di *proprietà privata*. Essi, perciò, a differenza di quelli demaniali, sono alienabili, prescrivibili e sottoposti, in genere, al regime ordinario della *proprietà privata*”.

(*Nozioni Elementari di Diritto Amministrativo Italiano e Legislazione Sociale*, pág. 80).

E RENATO ALESSI, de sua parte, anota que

“questa sottrazione del bene demaniale alle regole del commercio giuridico privato costituisce l'essenziale esplicazione del principio della *incommerciabilità* dei beni demaniali”. (*Diritto Amministrativo*, pág. 382).

Como se vê, segundo a doutrina tradicional, que se abebera nas fontes do Direito Romano (NAMUR, *Cours d'Institutes*, Bruxelas, 1873, tomo I, pág. 149) (2), o fundamento político-jurídico da *inalienabilidade* dos bens públicos — do qual resulta, em decorrência ou consequência necessária, o princípio da *impenhorabilidade*, — é a *incommerciabilidade* desses bens. Só se podem considerar *inalienáveis* as coisas *fora de comércio* (“*res extra commercium*”), isto é, “aquellas que, no siendo susceptibles de propiedad privada, no pueden ser objeto de transacciones entre los hombres ni adquiridas por medio de la posesión” (BULLRICH, *op. cit.*, pág. 210). Seria, então, inadmissível estender o princípio e seus efeitos a bens que, pela natureza mesma das atividades a que se relacionam, “*não podem ser postos fora do comércio*”, no dizer textual do eminente Ministro OROSIMBO NONATO.

Realmente, ninguém dirá que os imóveis livremente comprados e vendidos pela Caixa Econômica, na atividade — manifestamente à margem de seus *fins institucionais* — por ela exercida no mercado imobiliário, sejam “*bens fora do comércio*” e, por assim, “*inalienáveis*”.

\*  
\*   \*  
\*

Todavia, ainda que se prefira esposar a corrente mais moderna, seguida por tratadistas franceses, belgas, japoneses, etc., consoante a qual o fundamento da *inalienabilidade* dos bens públicos não reside propriamente no seu caráter de “*res extra commercium*”, mas sim na *vinculação* ou “*afetação*” à *utilidade pública* ou ao *serviço público*, chegaremos a idêntico resultado.

ANDRÉ DE LAUBADÈRE, sob a epígrafe “*Fondement de l'inaliénabilité moderne*”, destarte se pronuncia:

“Elle ne constitue pas non plus une conséquence de la *nature* même du domaine public. Ce point de vue, que BERTHÉLEMY déduisait naturellement de sa théorie du domaine public, *chose*

---

(2) Em sua clássica obra o eminente tratadista, já então, observava que as coisas que estão *no comércio* (“*res in commercio*”) são aquelas suscetíveis de propriedade privada; e as coisas *fora do comércio* (“*res extra commercium*”) aquelas que, não sendo suscetíveis de propriedade privada, *não podem ser objeto de transações entre os homens*, nem adquiridas por meio da posse (NAMUR, *op. e* pág. *cits.*).

*hors du commerce* et insusceptible d'appropriations, est aujourd'hui abandonné.

Le fondement moderne de l'inaliénabilité est en réalité l'affectation du domaine public et les exigences de celle-ci. On considère que l'affectation du domaine ne peut être vraiment garantie que si celui-ci demeure la propriété pleine et entière des collectivités publiques".

.....  
"A cause de son fondement même l'inaliénabilité moderne a une portée relative qui la différencie profondément de l'inaliénabilité de l'ancien domaine royal.

Etant fondée sur l'affectation elle n'atteint en effet que les *dépendances du domaine public* et pendant la durée de leur affectation".

"Les *dépendances du domaine privé* échappent à l'inaliénabilité".

(*Traité Élémentaire de Droit Administratif*, pág. 764).

Mais além, em título sob a legenda "*Le régime du domaine privé*", aduz, outrossim, o eminente professor da Faculdade de Direito de Paris:

"A la différence du domaine public, le domaine privé constitue pour les diverses collectivités administratives *une propriété ordinaire dont la gestion est soumise aux règles du droit privé*" (*ibidem*, pág. 793).

Ao tratar da constituição do *domínio privado* do Estado, indica êle como um dos modos especiais da incorporação de bens a êsse "*domínio privado*" a *desafectação*, dos mesmos, do serviço público, *in verbis*: — "*le passage du domaine public dans le domaine privé par désaffectation*" (*ib.*, pág. 794).

Sôbre a gestão do *domínio privado* da Administração, diz que

"en principe *la gestion du domaine privé est soumise aux règles du droit privé*" (*ib.*, pág. 794).

E, dissertando sôbre o tema "*Les aliénations du domaine privé*", ademais de observar que o *domínio privado* do Estado *escapa ao principio da inalienabilidade do domínio público* ("*le domaine privé échappe au principe d'inaliénabilité du domaine public*"), observa:

"En principe *l'application du droit privé entraîne le droit pour l'Administration d'aliéner les dépendances de son domaine privé dans les conditions du droit civil*" (*ib.*, pág. 795).

Aliás, já o clássico MOREAU, discorrendo sobre o tema da *inalienabilidade* e *imprescritibilidade* do domínio público, assim dizia:

“La double règle se justifie par la considération que la puissance publique emploie directement les biens en question à l'utilité publique”.

.....  
“Ainsi les biens du *domaine public* ne sont pas saisissables, car la saisie conduit à la vente”.

.....  
“L'*inaliénabilité* n'agit que pour les biens qui appartiennent au *domaine public* et pour le temps qu'ils lui appartiennent; le déclassement et la désaffectation effacent la domanialité et l'*inaliénabilité*, pour les biens du *domaine public artificiel*”.  
(FELIX MOREAU, *Manuel de Droit Administratif*, págs. 606, 607 e 612).

Leia-se, agora, o que preleciona o eminente ROGER BONNARD, ao tratar do alcance da *inalienabilidade* do domínio público:

“L'*inaliénabilité* du *domaine public* a maintenant pour caractères d'être *relative* et *limitée*”.

.....  
“D'abord cette *inaliénabilité* est *relative* parce qu'elle ne s'applique qu'au *domaine public* et dans la mesure où la dépendance reste classée dans ce *domaine* et parce qu'elle cesse d'exister lorsque la dépendance est déclassée et passe ainsi dans le *domaine privé*”.

.....  
“On a eu en vue par cette *inaliénabilité* d'assurer effectivement l'usage de tous ou l'utilisation par le *service public*”.  
(*Précis de Droit Administratif*, 3.<sup>a</sup> ed., págs. 553, 555 e 556).

TROTABAS, filiado à mesma corrente (liderada por HAURIU, AUBRY et RAU e DUGUIT e atenuada por JÈZE), também sustenta que “la définition du *domaine public* ne dépend pas de la nature matérielle des biens, mais de leur affectation aux *services publics*” (*Manual de Droit Public et Administratif*, 7.<sup>a</sup> ed., pág. 134).

É este um dos pontos, aliás, em que DUGUIT, citando HAURIU, com ele concorda:

“HAURIU, que a écrit d'excellentes choses sur le *domaine public*, rattache, comme moi, la règle de l'*inaliénabilité* à l'affectation à un *service public*. Il écrit notamment: “La règle de l'*inaliénabilité* est la conséquence immédiate de l'affectation à un *service public*”.

*fection*. Les dépendances du domaine public sont inaliénables à cause de leur affectation; *elles ne sont inaliénables que dans la mesure nécessaire par leur affectation*" (*Droit Administratif*, 10.<sup>a</sup> édit., 1921, pág. 618)".

(DUGUIT, *op. cit.*, mesmo tomo, pág. 356).

De modo igual, ROLLAND:

"L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité ne tiennent pas à la nature du bien. Elles sont uniquement une conséquence logique et nécessaire de *son affectation très étroite et très immédiate au service public ou à l'usage public*".

(LOUIS ROLLAND, *Précis de Droit Administratif*, 9.<sup>a</sup> ed., pág. 470).

No direito português é excelente o parecer de CUNHA GONÇALVES:

"Do destino ao uso público é consequência forçosa... que as coisas públicas estão *fora do comércio*, isto é, são *inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis*"... "Mas, como também já dissemos, essas inalienabilidade e imprescritibilidade *só duram enquanto subsistir a afectação das cousas ao uso público*". (*Tratado de Direito Civil*, 2.<sup>a</sup> ed., e 1.<sup>a</sup> ed. brasileira — Max Limonad — São Paulo, 1958, vol. III, tomo I, pág. 157).

Assim também MARCELLO CAETANO, entre os requisitos necessários à atribuição do caráter *dominial (público)* a uma coisa, inclui — "*afecção de fato* dessa coisa à utilidade pública" (*sic*) (*Manual de Direito Administrativo*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1947, pág. 330).

YORODZU ODA, na área do direito japonês, por seu turno, pontifica:

"En effet, le caractère public d'une chose ou domanialité publique dépend exclusivement de son *affectation à un but public* qui forme une barrière au libre exercice de la propriété privée et, par suite, à l'application des règles générales du droit privé".

.....  
"L'*inaliénabilité* des choses publiques tire sa justification de leur nature juridique. En tant que *l'affectation à un but public* est la raison d'être d'une chose publique, il est absolument clair que tous les faits juridiques incompatibles avec cette raison d'être n'ont pas lieu d'exister".

.....  
"Le même raisonnement montre que les règles de l'*exécution forcée* du Code de procédure civile ne peuvent pas s'appliquer non plus aux choses publiques, dont *l'affectation à un but*

*public* serait évidemment mise en péril par les effets de l'exécution forcée".

.....  
"Du moment que les choses publiques sont *désaffectées*, elles perdent le caractère public qui a créé leur situation particulière et, partant, elles deviennent *choses privées* et *doivent être soumises aux règles générales du Code civil*, excepté certains cas spécialement prévus".

(*Principes de Droit Administratif du Japon*, págs. 323, 329, 331 e 334) (3).

Veja-se, outrossim, a explicação de GUIMARÃES MENEGALE:

"Com a evolução do pensamento jurídico, chegou-se à persuasão de que o critério para a distinção entre *domínio público* e *domínio privado* não devia proceder da natureza ou designação legal dos bens públicos, mas sim de sua *destinação a um serviço público*, qualquer que seja a natureza deles. Por conseguinte, constituem o *domínio público* os móveis ou imóveis destinados diretamente a um *serviço público* para serem utilizados ou consumidos com o fim de lhe assegurar o funcionamento. Ao *domínio privado* reservam-se os bens, móveis ou imóveis, explorados com o objetivo de dar renda, como acontece com propriedades particulares".

.....  
"A alienação só é cabível se o bem público *se desafetou do fim público*".

(*Op. cit.*, vol. 2.º, pág. 12).

Ora, seria rematado absurdo e, pior que isso, revelação de má-fé, pretender que os imóveis de propriedade da Caixa Econômica que cons-

(3) Noutro ponto de sua obra, já explicava o douto mestre nipônico:

"Etant investis du droit d'avoir un patrimoine, tous les sujets de l'Administration publique doivent avoir la faculté, comme les particuliers, d'être propriétaire, créancier, débiteur, plaideur, et d'acquérir ou aliéner tant à titre onéreux qu'à titre gratuit. Dans l'exercice de toutes ces facultés, il est non seulement inutile que les sujets de l'Administration publique soient traités d'une façon autre que des individus, mais il serait injuste d'adopter une inégalité, quelconque de traitement dans les rapports de ces sujets avec les individus en ce qui concerne l'exercice du droit d'avoir un patrimoine".

.....  
"L'Administration publique n'a aucun titre au privilège d'être exemptée des principes du droit privé qui régissent les rapports d'intérêts pécuniaires, à moins que des lois spéciales y apportent quelque restriction en faveur de l'intérêt public".  
(YORODZU ODA, *op. cit.*, págs. 44 e 46).

tituem objeto de suas *transações imobiliárias* com particulares sejam bens “afetados” ao serviço público. Tais bens não pertencem ao *patrimônio administrativo* da entidade e nem sequer se integram com propriedade e justiça no seu chamado *patrimônio fiscal*, consoante já observara TITO PRATES DA FONSECA:

“Os bens destinados à venda a particulares escapam à natureza do patrimônio fiscal. As suas rendas ou a sua alienação não contribuem para o custeio dos serviços públicos. O direito de propriedade da entidade paraestatal sobre tais bens é *acidental*, quer dizer, aguarda, apenas, a compensação de valores, pelos pagamentos de mensalidades, para se transformar em direito real de garantia, passando a propriedade, segundo a previsão contratual, a outro contratante devedor, *pessoa de direito privado*. A renda desses bens — alugueis, ou a sua habitação — não se destina à manutenção de *serviço público*, e, sim, ao *benefício privado* daquele que contrata com o Instituto. A situação, quanto à *afetação* desses bens, não muda, antes ou depois da escritura de compra e venda: constituem as suas rendas *vantagens privadas de um particular*. Não pertencem ao *patrimônio público fiscal da autarquia*, uma vez que não basta a *propriedade* para classificar como tais os bens públicos...”

“Em conseqüência, a imunidade não alcança os imóveis que as autarquias federais possuem *para vender a particulares, em prestações*. Esses imóveis não pertencem quer ao *patrimônio administrativo*, quer ao *patrimônio fiscal da autarquia*”.

Mais ainda:

“A maioria dos doutrinadores franceses inclina-se atualmente para as teorias fundadas na *afetação*, quando procuram determinar a extensão do domínio público. A *inalienabilidade* prende-se à *afetação*, sua justificativa. Essa conjugação entre as prerrogativas dos bens públicos e a sua *afetação aos fins da atividade administrativa* aparece clara no estudo feito por R. PELLOUX: “*Le Problème du Domaine Public*”, 1922.

Interessa à consulta, no regime dos bens públicos, a *inalienabilidade*. Escrevi, a esse respeito:

“Os bens públicos de uso comum, esses sim, são inalienáveis. São-no também os de uso especial, enquanto conservarem esse caráter (CLÓVIS BEVILAQUA, obs. ao art. 67). A lei que ordenasse a *alienação* de um bem de uso comum ou especial, desarticulá-lo-ia, *ipso facto*, do seu fim, do objetivo a que está *afeto*” (*Direito Administrativo*, págs. 360/361).

É evidente que os bens do patrimônio fiscal, *quando destinados a alienação, não podem ter a prerrogativa da inalienabilidade*". (TITO PRATES DA FONSECA, parecer jurídico, in *Revista Forense*, vol. XCVIII, págs. 52 e 53).

Do mesmo modo, outros eminentes juristas, como PHILADELPHO AZEVEDO e ALIOMAR BALEEIRO, acentuaram justamente que nada têm de "*serviço público*" essas atividades marginais de certas autarquias visando antes "*ao benefício de interesses e operações particulares*", na expressão do primeiro. E do segundo são estes incisivos comentários:

"Tomemos o exemplo corriqueiro de Institutos de Aposentadoria e Pensões que, *como particulares*, constroem casas para alugar ou vender. Nada existe de *governamental* ou de *serviço público* nesse negócio, que é tradicionalmente *privado*".

(A. BALEEIRO, *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, págs. 92/93).

Patenteia-se, destarte, que nem, tampouco, por esse aspecto de "*afetação*" a "*serviço público*" seria possível inferir-se, vislumbrar-se caráter de "*inalienabilidade*" (para efeito da *impenhorabilidade* prevista no inciso I ao art. 942 do Código de Processo Civil) nos bens "*negociáveis*" da Caixa Econômica, ainda que possível fôsse — argumentando *por absurdo* — estender a essa *pessoa pública menor (autarquia)* a regra estabelecida na *lei geral*, ou seja o Código Civil, de referência expressa e taxativa às *PESSOAS MAIORES DE DIREITO PÚBLICO INTERNO (UNIÃO, ESTADOS, MUNICÍPIOS)* e com declarada *exclusão* de quaisquer *outras pessoas* (art. 65, segunda parte).

Seja qual fôr o prisma por que se examine a matéria, não há possibilidade de fórmula ou solução que justificar possa a estranha tese do Acórdão submetido a nosso exame e parecer.

\*

\* \*

Nem se argumente que a *impenhorabilidade* dos bens públicos, em geral, é regra aplicável a todos eles, pela razão de *somente poderem ser alienados mediante ato do Poder Legislativo*, como observam SOUZA BANDEIRA (*Nôvo Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda*, § 503) e RODRIGO OTÁVIO (*Do Domínio da União e dos Estados*, 2.<sup>a</sup> ed., página 100); pois tal argumento milita exatamente *em contrário* à pretendida equiparação e a tôda possibilidade de simples analogia de situações que se quisesse estabelecer entre os bens de propriedade da Caixa Econômica e os verdadeiros *bens públicos*, de propriedade do Estado, atenta a judiciosa ponderação de THEMISTOCLES CAVALCANTI:

“A realidade é que os bens das *autarquias* não sofrem os efeitos da legislação sôbre os bens públicos, a sua aquisição e, principalmente, a sua alienação se fazem livremente, sem as peias que atingem a vida dos bens públicos, mesmo os de natureza patrimonial”.

(*A Constituição Federal Comentada*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. I, pág. 396).

Trata-se, como se vê, de situações jurídicas inteiramente diversas e que conduzem, por isto mesmo, a conclusões diferentes.

\*

\* \*

Muito menos prosperaria o possível argumento de que a *impenhorabilidade* dos bens do Estado — de fora parte a hipótese de *inalienabilidade* — decorreria do princípio de que contra êle não se empregam as vias comuns de execução.

Antes de tudo, a Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro não é o Estado. É claro que, tendo *personalidade própria e patrimônio próprio, autonomia administrativa e auto-suficiência econômica e financeira*, não se confunde sua “*pessoa*” com a da União, nem há possibilidade de confundir-se com o patrimônio desta o seu patrimônio (Supremo Tribunal Federal, Acórdão de 3/7/956, no Rec. Extr. n.º 30.920; — Acórdão de 11/7/956, no Rec. de Mand. Seg. n.º 3.403; — Acórdão de 26/11/956, no Rec. Extr. n.º 30.419, etc.). Os *privilégios* outorgados ao Estado não se estendem ou ampliam a *peessoas outras*, ainda mesmo que de caráter autárquico, sem texto expresso e inequívoco de lei (4).

\*

\* \*

---

(4) PHILADELPHO AZEVEDO, *Um Triênio de Judicatura*, vol. VII, págs. 45 a 46; — CASTRO NUNES, *Da Fazenda Pública em Juízo*, pág. 463; — *idem*, *Soluções de Direito Aplicado*, págs. 146 a 147; — LEOPOLDO BRAGA, *O Problema da Imunidade Fiscal das Autarquias em face do Direito Positivo*, 2.<sup>a</sup> edição (1957), págs. 47 a 55; — *idem*, *Pareceres e Estudos Jurídicos* (1959), tomo I, págs. 37 a 45; — *idem*, *Da Condição Jurídica da Caixa Econômica ante o Fisco Municipal* (1953), págs. 29 a 36; — *idem*, *Autarquia não goza de Imunidade Fiscal* (1954), págs. 4 a 9; — *idem*, *A Caixa Econômica Federal e seus Problemas Tributários* (1959), págs. 31 a 43.

Ainda sob o regime da Carta de 1937, o então Procurador Geral da República, Dr. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, oficiando, nessa qualidade, junto ao egrégio Supremo Tribunal Federal, em parecer de 22-4-66, no Agravo de Petição n.º 12.399, de São Paulo, emitiu os seguintes conceitos:

“A outorga de personalidade jurídica a um serviço descentralizado de uma entidade pública não importa em conferir-lhe todos os direitos e prerrogativas das mesmas entidades.

A criação das autarquias obedece a uma exigência de ordem técnica que visa principalmente não sobrecarregar os órgãos

É de salientar-se, outrossim, que, *ainda mesmo de referência ao próprio Estado*, a impropriedade da *execução forçada*, ou *coativa*, não constitui uma vedação *absoluta*, mas, ao revés, é uma regra geral *que comporta exceções*, como bem regista SEABRA FAGUNDES ao observar que ela “*não exclui alguns casos excepcionais, em que se concebe como possível, e mesmo necessária, a execução forçada contra a Administração Pública*” (*sic*). “*Vejamos alguns casos de execução forçada recaindo sobre bens da Fazenda Pública*” — escreve o preclaro administrati-

---

estatais com a execução de serviços que, na expressão de BIELSA, não se podem classificar entre os próprios do Estado, por isso que melhor se executam pelo sistema da gestão privada.

Eis por que a imunidade fiscal não cobre todos os serviços e bens das autarquias, cuja execução é regulada por um regime de todo em todo especial.

Efetivamente, não estão as autarquias subordinadas ao contrôlo do Tribunal de Contas, a sua vida financeira não se rege pelo Código de Contabilidade Pública, os seus bens não gozam nem dos privilégios nem das restrições impostas pela lei aos bens do domínio público, nem sequer aos patrimoniais.

A sua vida financeira obedece a um sistema maleável, inerente à gestão privada e os seus bens podem ser alienados sem necessidade de lei especial.

Assim, vivem as autarquias, entre nós, dentro de uma larga conceituação de pessoa jurídica de direito público mas com peculiaridades que, de todo em todo, as diferenciam das pessoas jurídicas de direito público de que emanam e que a elas outorgaram apenas alguns dos privilégios, aquêles necessários à *execução dos fins para os quais foram criadas* (ver nosso *Tratado de Direito Administrativo*, vols. II e IV; — DEMICHELLI, *Los Entes Autonomos*).

Este, aliás, o sistema usado nos Estados Unidos em relação às “*Public Corporations*” ou mesmo às “*Business Corporations*” (ver LILIENTHAL e MARQUIS, “*The Conduct of Business Enterprises by the Federal Government*”, in “*Harvard Law Review*”, vol. LIV, n. 4, pág. 506 — ERIK ERIKSON, “*The Supreme Court and the New Deal*” e os casos julgados que alteraram ou adotaram o “*leading case*” *Mac Cullog v. Maryland* — como *Helveding v. Gerhardt*; *Geanes v. New York*; *Rogers v. Graves*; *Allen Collector of International Resume v. Regent of the University System of Georgia*).

E esses privilégios e vantagens variam de acôrdo com a natureza da instituição e a finalidade específica de cada uma.

Eis por que tenho sustentado que a imunidade fiscal das autarquias não tem a mesma amplitude daquela atribuída às pessoas jurídicas de direito público — *União, Estados, Municípios*, — cujas rendas, serviços e bens, nos termos da Constituição, não podem ser reciprocamente tributados (nosso *Tratado de Direito Administrativo*, vol. VI, pág. 491)”.

Prosseguindo, e após aludir ao advento do Dec.-lei n.º 6.016, de 1943 (manifestamente *inconstitucional*, além de perecido com a extinta Carta de 1937), concluía que... “a imunidade não poderia decorrer da estrutura jurídica dessas entidades”, mas “haveria de emanar de lei expressa, por isso que a matéria de isenção é de *direito estrito*, não se pode nem se deve ampliar”.

(*Revista dos Tribunais* — São Paulo, vol. 168, fasc. 566, págs. 134 a 135).

vista pátrio; — e, a seguir, arrola vários exemplos ilustrativos de casos de *execução em espécie* contra o Estado, sem deixar, finalmente, de mencionar a hipótese — perfeitamente análoga à do caso presente — de achar-se o bem (*dominical*) vinculado a algum ônus ou garantia real:

“Há ainda, dando lugar excepcionalmente à execução coativa, os casos em que o Estado seja condenado como devedor de crédito, com garantia real, pignoratícia ou hipotecária. Uma vez que o Estado aquiesce em firmar penhor ou hipoteca, em benefício de credor seu, *abre mão, ao fazê-lo, da inalienabilidade reconhecida aos seus bens*”... “Só os bens *dominicais*, que são facultativamente alienáveis, podem ser gravados de ônus real”.  
(SEABRA FAGUNDES, *op. cit.*, págs. 221-222).

Conclusão lógica e irresistível, que se impõe, é, pois, a seguinte: Se, o só fato de, em suas relações negociais com particulares, aquiescer o *próprio Estado* na constituição de *ônus real* sobre seus bens autoriza e justifica a *execução coativa*, pela simples *presunção* de haver êle, no caso, *aberto mão da inalienabilidade* (pressuposto da *impenhorabilidade*) reconhecida aos seus bens, é claro, com infinita maioria de razão (e ainda mais em se tratando de *pessoa pública menor*, que não se confunde nem equipara com o Estado), que o mesmo efeito há de ser deduzido e reconhecido relativamente a bens sobre cuja comprovada *alienabilidade* (acima de qualquer mera “*presunção*”) não pode haver dúvida alguma, desde que *predestinados, por sua própria natureza, à venda ou promessa de venda a particulares!*... Máxime, outrossim, quando se trata de um bem que já ingressou no patrimônio da autarquia gravado por um *ônus real* tributário, como tal constituído *ex vi legis*, a exemplo do que ocorre no caso vertente.

\*

\* \*

Considere-se, ademais disso, que a matéria da *impenhorabilidade* está regulada, por inteiro, no art. 942 do Código de Processo, onde, nos incisos de I a XV, estão especificados os casos de *exceção* à regra geral da *penhorabilidade*. Neles não se encontra brecha favorável à pretensão da embargada e à tese do v. Acórdão, desde que a única válvula possível, ou seja aquela do inciso I, que excetua de penhora “os bens *inalienáveis por força de lei*” (*sic*), não lhes pode servir de escapatória, inexistindo, como inexistente, qualquer *lei (geral ou especial)* que autorize a declarar “*inalienáveis*” os bens pertencentes à Caixa Econômica.

Por outro lado, não se aponta nenhuma *lei especial* declarando “*impenhoráveis*” os bens da mesma entidade. E só uma *LEI*, não simples *decreto de regulamento*, teria força para alterar o Código de Pro-

cesso Civil criando novo caso de impenhorabilidade além dos taxativamente enumerados no art. 942.

E, finalmente, como bem observa o eminente Ministro PHILADELPHO AZEVEDO, em seu referido voto no Acórdão de 11 de outubro de 1944, “a impenhorabilidade, aliás, só se justificaria se facilitada por outros meios a execução”, tal como sucede em relação ao próprio Estado, através de precatórios de irrecusável cumprimento pelo Tesouro, o que não ocorre com relação às autarquias, não sendo admissível nem tolerável que estas se arroguem o gozo de uma posição mais favorável que a do próprio Estado, para a implantação do regime do calote, da velhacaria e da irresponsabilidade em face de seus credores (5).

Suponha-se, por exemplo, a existência, contra entidade autárquica, de um crédito fiscal (dívida ativa) proveniente do não pagamento de taxas remuneratórias.

Embora se trate de obrigação tributária de exigibilidade certa e indiscutível — pôsto que a ela todos estão sujeitos, não constituindo, sequer, matéria de imunidade, — e apesar da liquidez e certeza da dívida, nos próprios termos da lei e reconhecida até por decisão judicial, o refalsado preconceito da impenhorabilidade dos bens da entidade devedora colocaria o Fisco credor na ridícula impossibilidade de tornar efetiva a cobrança e operante a própria sentença, por falta de meios de execução; vitorioso, sim, mas, paradoxalmente, rendido à vontade ou ao capricho da parte devedora, que, afinal, pagaria se quisesse e quando quisesse... Estaríamos, assim, em face de um “direito” platônico, sem força executória e, pois, sem realidade prática.

Admite-se, de boa mente, semelhante contrassenso?...

\*  
\*   \*  
\*

Isto pôsto, na ausência de lei que declare inalienáveis os bens da Caixa Econômica ou que, por absurdo, sem razão lógica nem jurídica, conferisse aos mesmos a excepcional prerrogativa da impenhorabilidade, não há como e nem por onde se possa razoavelmente afirmar que tais bens são “impenhoráveis ex vi legis”, tal qual se lê — por incrível que pareça! — no aresto de que ora nos ocupamos.

Com efeito, a expressão latina “ex vi” significa — “por força”, “por efeito”, “por determinação expressa a que se não pode faltar” (A. V. REZENDE E SILVA, *Frases e Curiosidades Latinas*, 2.<sup>a</sup> ed., 1926). De onde se segue que “ex vi legis” quer dizer — “por força”... “por efeito”... “por determinação expressa”... “de lei”.

---

(5) Em expressivos comentários, num de seus lúcidos votos proferidos no Tribunal Federal de Recursos, o ilustre Min. AGUIAR DIAS teve ensejo de focalizar a anomalia, o absurdo mesmo a que conduz o entendimento da absoluta impenhorabilidade dos bens das autarquias; ter-se-ia de admitir, em favor delas, no plano das execuções, portanto, uma posição ímpar, mais privilegiada que a do próprio Estado!

Ora, se não há lei alguma que prescreva a *impenhorabilidade* dos bens das autarquias em geral, ou, em especial, dos bens da Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro, ou que, ao menos, declare a *inalienabilidade* deles (acarretando, por via de consequência, a *impenhorabilidade*), não pode prevalecer a tese do ven. Acórdão ora criticado, — de que são “*impenhoráveis, ex vi legis, os bens de propriedade de autarquia federal*” (*sic*) — dêis que, *data venia*, lhe falece qualquer fundamento no direito e na própria realidade dos fatos!

\*  
\*   \*  
\*

Entretanto, ainda que — *ad argumentandum* — houvesse lei (no caso, não há nem decreto ou norma regulamentar) impondo a *impenhorabilidade* dos bens da Caixa Econômica, essa prescrição deveria ser entendida *em têrmos*, no sentido de considerar-se *limitada* a vedação aos bens utilizados no *serviço público*, ou a êle especialmente destinados.

Partindo do salutar princípio, hoje universalmente acatado, de que não há *privilégio sem causa*, a moderna interpretação *teleológica* — (a única verdadeiramente científica e adequada, no plano do direito público, à indagação do fim político ou social colimado, que não se presume ser um fim injurídico ou imoral) — tem conduzido os mais eminentes exegetas e autorizados doutrinadores ao entendimento de que as franquias e prerrogativas outorgadas em lei e na própria Constituição, de modo geral, às pessoas públicas, de referência a seus bens, rendas e serviços, inclusive *imunidades* e *isenções*, sòmente se consideram aplicáveis, ainda no silêncio dos textos respectivos, àquêles bens, rendas ou atividades que digam respeito ao *serviço público*, que representem “*instrumentalidades*” (“*instrumentatities*”), meios de ação e de execução do poder governamental (ALIOMAR BALEEIRO, *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, págs. 93 e 95; — CARLOS A. ADROGUÉ, *Poderes Impositivos Federal y Provincial sòbre los Instrumentos de Gobierno*, págs. 77-78; — RAFAEL BIELSA, *Estudios de Derecho Público* — II — *Derecho Fiscal*, págs. 110-111; — MANUEL ANDREOZZI, *Derecho Tributário Argentino*, tomo I, págs. 212 a 214; — DINO JARACH, *El Hecho Imponible*, pág. 153; — LEOPÓLDO BRAGA, “*Empresas Públicas*”, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 20, págs. 179 a 184; — *idem*, *O Problema da Imunidade Fiscal das Autarquias em face do Direito Positivo*, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 96 a 101; — *idem*, *Pareceres e Estudos Jurídicos*, vol. 1.<sup>o</sup>, págs. 86 a 92, etc.).

Jamais se poderia entender a *impenhorabilidade* como extensiva inclusive a *bens particulares* da entidade, destinados à *faina de seu comércio imobiliário*, — bens alheios ao *patrimônio administrativo* e que não se poderiam nem mesmo considerar integrados no *patrimônio fis-*

cal da autarquia, como demonstrou TITO PRATES DA FONSECA, há pouco citado.

\*  
\* \* \*

Mister se faz demolir o mito, o fetiche, o tabu da *impenhorabilidade dos bens dominicais das autarquias*, mero preconceito sem consistência jurídica, — erronia que, engendrada pelo equívoco de uns e repetida, sem maior exame, pela ligeireza de muitos, logrou insinuar-se e entrou a circular como moeda falsa no comércio de nossas letras jurídicas.

Por obra e à sombra dêsse equívoco, instaurou-se, lamentavelmente, entre nós, no setor das atividades autárquicas, um regime intolerável e absurdo de irresponsabilidade, de nepotismo e de calote oficial, que avulta na sistemática sonegação de todos e quaisquer tributos, até mesmo de taxas remuneratórias, emolumentos, etc., obrigações fiscais de inquestionável exigibilidade; requinta na deliberada infração de preceitos edilícios, no ostensivo desrespeito a posturas municipais, *a que todos estão sujeitos*, ainda até os órgãos da Administração direta (inclusive a União) (6), graças à suposta inexequibilidade das *multas* correspon-

---

(6) Em voto vencedor proferido no Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 7.246, acertadamente sustentou o eminente Ministro PHILADELPHO AZEVEDO que a ninguém é lícito recusar obediência às *posturas municipais*, devendo a elas submeter-se, curvar-se, a própria União:

“Quanto à fiscalização dos poderes centrais sôbre a recorrente não poderia ir ao ponto de ofender interesses locais, ligados à própria saúde pública.

Em matéria menos importante, qual a de *posturas municipais* sôbre alinhamento, construção ou nivelamento, a União terá de se curvar, salvo acesso judicial...”

(PHILADELPHO AZEVEDO, *Um Triênio de Judicatura*, vol. VI, pág. 306).

E em voto vencedor no Rec. Extr. n.º 6.153:

“... a Lei n.º 125, de 3 de dezembro de 1935, sujeitou a União ao poder de *polícia* das Municipalidades, quanto às suas *posturas em matéria de edificação*”. (*Op. cit.*, vol. VI, pág. 319).

Noutros votos, igualmente brilhantes, desenvolveu a mesma tese, *exempli gratia* no que se lê in *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*, n.º 19, pág. 154:

“... convindo não esquecer que, em outro plano, a Lei n.º 125, de 1943, havia subordinado a própria União ao respeito de *posturas municipais*, como, sem dúvida, também estão os concessionários (*Arquivo Judiciário*, vol. 34, pág. 337)”.

Outrossim, do preclaro CASTRO NUNES é o ensino:

“Entende-se que a soberania da União não fica comprometida nem mesmo pela *sujeição* às leis de polícia do Estado ou às *posturas municipais*.”

Se a União quer construir um edifício, não estará dispensada de observar o alinhamento e outras restrições impostas

dentes a tais violações; e desborda na maré montante de outras práticas abusivas, aberrantes dos *fins institucionais* das aludidas entidades, — como a da venda de automóveis a prestações com juros judaicos, sem licença para negociar, nem pagamento de impostos, e, pois, em concorrência desleal ao comércio regular tributado, — atividades estranhas à natureza do *serviço público*, assumindo, não raro, a feição de especulações gananciosas e usurárias, proibidas e punidas em lei (7).

---

pela preceituação municipal ao direito de construir, pagando as taxas e emolumentos que forem devidos, como qualquer particular”.

(CASTRO NUNES, *Da Fazenda Pública em Juízo*, 1950, pág. 479)

Mantendo êsse entendimento em oportunidades várias, o mesmo egrégio Supremo Tribunal Federal tem decidido que...

“a isenção de impostos não faz abranger a infração de *posturas municipais*” (Acórdão no Rec. Extr. n.º 4.379);

e que

“... não há isenção relativa à infração de *posturas*” (Acórdão de 15/5/944, in *Diário da Justiça*, — “*Jurisprudência*”, edição de 15/8/944).

---

(7) Como eloqüente ilustração do asserto veja-se, por exemplo, o que, em enérgica decisão, divulgada pela imprensa local, lançou o Juiz da 4.ª Vara da Fazenda Pública, Dr. WELLINGTON PIMENTEL, nos autos de uma ação movida por Hélio da Rocha Lage e sua mulher contra o IAPETC, acusando-o de haver “cobrado luvas de um imóvel, o que é absolutamente ilegal”:

“Inteira razão assiste aos autores do feito. O documento de fls. 24, trazido aos autos pelo próprio réu, deixa certo que a dívida confessada pelo instrumento de fls. 5 diz respeito a alugueres devidos pelo anterior locatário do imóvel...” ... “Trata-se, como se vê, de inusitada forma descoberta pelo Instituto-réu de se cobrar das dívidas de antigos locatários, impondo a seus associados o pagamento dos débitos existentes. Desnecessário será dizer que a prática, sôbre não recomendar o Instituto, é manifestamente ilegal.

Com efeito, nos termos do art. 8.º da Lei n.º 1.300, de 1950, “não é permitido cobrar na locação de residência qualquer outra importância além do aluguel”. Ora, na proibição legal há de estar contida a cobrança de alugueres devidos por outro locatário, o que importa, em última análise, em verdadeira cobrança de *luvas*, o que é expressamente proibido por lei. O acôrdo firmado entre os autores e o réu contraria disposição de ordem pública e, como tal, não pode prosperar. Por outro lado, êste Juízo não pretende o lugar de crítico dos atos do Instituto-réu. Todavia, não pode silenciar ante a surpresa causada com o exame dos autos em que se verifica que o Instituto, fugindo à sua finalidade, contrariando normas de ordem pública, exige dos associados que lhe batem às portas pretendendo locação de um imóvel, a confissão de dívida de terceiros”.

(De O GLOBO, de 8 de fevereiro de 1960, — notícia publicada sob o título “*Incorreu o IAPETC em crime contra a economia popular*”).

Liderando, brilhantemente, a reação jurídica contra o errôneo e injustificado preconceito da *impenhorabilidade* dos bens patrimoniais das autarquias, o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo tem firmado, a respeito, salutar jurisprudência, segundo a qual, ainda que haja dispositivo expresso prescrevendo a *impenhorabilidade* (o que não ocorre em relação à Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro), o princípio não é absoluto, mas relativo, e não obsta à penhora em execução de *débitos fiscais*. Dela é exemplo o Acórdão unânime de sua Quarta Câmara Cível, de 8 de abril de 1948, no Agravo de Petição n.º 39.908, da Capital de São Paulo, entre partes, agravantes a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários da São Paulo Railway e a Municipalidade de São Paulo e agravados os mesmos, com a seguinte ementa:

“PENHORA. — Bens de autarquias. — Admissibilidade quando se trata de *dívidas por impostos*”.

E no seu contexto se lê:

“Quanto à *impenhorabilidade*, é fato que o art. 39 do Decreto n.º 20.465, de 1.º de outubro de 1931, estabelece que os bens das Caixas não estão sujeitos a penhora, embargo ou sequestro. Essa proibição tem, porém, limite, e cede diante da *imposição fiscal não satisfeita*”.

(*Revista dos Tribunais* — São Paulo —, vol. 174, fasc. 578, págs. 282/183).

Vai mais além a jurisprudência do preclaro Tribunal paulista, ao entender que a própria *cláusula de impenhorabilidade* inserida em dispositivo de simples *decreto regulamentar* não tem força jurídica para obstar à penhora dos bens patrimoniais das autarquias, se a *lei regulamentada* não contiver disposição proibitiva no mesmo sentido.

Haja vista aos expressivos termos do Acórdão (unânime) da Primeira Câmara Cível do antigo Tribunal de Apelação de São Paulo, de 17 de dezembro de 1945, proferido no Agravo n.º 24.904, entre partes, agravante a Prefeitura Municipal de Santo André e agravado o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários (I.A.P.I.), onde se lê:

(Ementa) “Penhora — Bens patrimoniais do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários — Admissibilidade, não obstante o disposto no artigo 187 do Decreto n.º 1.918, de 1937 — Aplicação do art. 14 da Lei n.º 367, de 31-12-1936. *Estão sujeitos a penhora os bens patrimoniais do I. A. P. I.*, por não conter disposição em contrário a *lei regulamentada* pelo Decreto número 1.918, de 1937”.

.....  
.....  
"O juiz anulou o processo *ab initio* sob o fundamento de serem *impenhoráveis* os bens do agravado, de acôrdo com o Decreto n.º 1.918, de 27 de agôsto de 1937, art. 187. Acontece, porém, que tal decreto foi expedido para "*regulamentar*" a Lei n.º 367, de 31 de dezembro de 1936, que criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, *que não contém dispositivo algum proibindo a penhora de seus bens*, pelo que nula não é a que foi feita no presente processo. Custas pelo agravante".  
(*Revista dos Tribunais* — São Paulo, — vol 160, fasc. 550, pág. 83).

Perfeitamente jurídica é a tese dêsse Acórdão, atento o curial princípio de que o *regulamento* não pode *innovar* no âmbito da matéria regulamentada, isto é, criar *direito nôvo*, não estabelecido na *lei* a que se subordina e, tampouco, modificar o direito expresso noutras leis de maior jerarquia — como sucede a respeito do tema da *impenhorabilidade*.

Realmente: Sendo a *regra geral*, em direito, a da *penhorabilidade* de bens, salvas as exceções expressamente previstas *em lei*, o Código de Processo Civil, regulando a espécie, de sua área de competência, estabeleceu e discriminou, taxativamente, no art. 942, os casos estritos de *impenhorabilidade* de bens (incisos I a XV).

Destarte, se a matéria está regulada em *lei geral*, não é de admitir-se possa um simples *decreto de regulamento* *CRIAR novos casos ou situações de impenhorabilidade* que não se enquadram nos casos ou hipóteses por aquela estabelecidos, o que importaria alteração flagrantemente subversiva da hierarquia das leis (VICENTE RÃO, *O Direito e a Vida dos Direitos*, vol. I, págs. 346 e 353 a 354).

Na relação de direito *sub judice*, além da inexistência de *lei* (geral ou especial) que determine a *impenhorabilidade* de bens patrimoniais das Caixas Econômicas ou, em particular, da Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro, nem sequer em algum dispositivo de seus *regulamentos* foi consignado o gôzo de tal *privilégio*. E *privilégio* não se presume, nem se concede por analogia ou por extensão, pois é matéria de *direito excepcional*, de exegese *restritiva*, ou, pelo menos, *estritíssima*: — "*Exceptio est strictissimae interpretationis*"; — "*Privilegia sunt stricti juris, non extenduntur*".

\*  
\* \*

Acresce considerar que, no caso concreto, não se trata de um crédito comum, de particular, mas de um crédito privilegiado, da Fazenda

Pública, proveniente de *impostos* não pagos e, assim, por bem dizer, de um *crédito de direito público*.

Nestas condições, *ainda que houvesse lei concedendo privilégio de impenhorabilidade aos bens do patrimônio privado da Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro*, nem por isto estariam êles a resguardo de execução e penhora por parte do Poder Estadual, no caso a Fazenda Pública local, para a cobrança de *créditos tributários*, dado que o *interêsse público maior*, que é o da coletividade, deve sobrepor-se ao *interêsse privado* e até ao *interêsse público menor*, acaso presumível na outorga feita a entidade paraestatal visando apenas ao benefício de um grupo ou fração dessa coletividade, representada pelos particulares adquirentes dos imóveis negociados.

Realmente, não se concebe que o suposto e limitado benefício inspirador do privilégio acautelatório de determinada área de interêsse público possa redundar em fonte de males e prejuízos — ainda maiores do que os que se pretenderam evitar — para o próprio Erário Público, a que impende o provimento das necessidades gerais do Estado.

Se o direito é, sobretudo, como dizia MAXIMILIANO, a ciência da lógica e da boa razão, não é possível considerar-se *jurídico* o que é *ilógico e irracional*.

Dai por que, em brilhante voto vencedor no seio do egrégio Supremo Tribunal Federal, sustentou, com razão, o insigne Ministro PHILADELHO AZEVEDO que...

*“a impenhorabilidade de bens é inoperante EM RELAÇÃO À FAZENDA”.*

Essa tese está consignada na própria ementa do Acórdão proferido no Agravo de Petição n.º 11.725, onde o aludido voto vencedor, após salientar que *“o interêsse particular não se pode sobrepor ao coletivo”*, assim remata:

*“Teríamos, porém, de fazer uma distinção capital: só haveria penhora de bens inalienáveis, ainda para satisfação do Fisco, quando o devedor não tiver outros, livres; de fato, é natural que, uma vez assegurado o interêsse coletivo, não haja êle de ser levado ao exagêro a ponto de se pedir a venda dos bens que devem ficar inalienáveis, ENQUANTO ISSO NÃO OFENDER O DIREITO DA FAZENDA”.*  
(PHILADELPHO AZEVEDO, *Um Triênio de Judicatura*, vol. VIII, págs. 223/224).

A mesma doutrina foi sufragada, como já vimos, pelo egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, no citado Acórdão unânime de 8 de

abril de 1948, proferido por sua 4.<sup>a</sup> Câmara, onde também se proclamou “a admissibilidade da penhora dos bens de autarquias”...

“quando se trata de DÍVIDAS POR IMPOSTOS”,

de vez que a *impenhorabilidade*, ainda quando haja sido estabelecida em texto expresso,

“tem, porém, um limite, e cede diante da IMPOSIÇÃO FISCAL não satisfeita”.

(Rev. dos Tribunais, vol. 174, fasc. 178, págs. 282-283) (8).

\*  
\*   \*   \*

### QUANTO À ANTERIORIDADE DO DÉBITO E À SUA NATUREZA DE ÔNUS REAL

Finalmente:

Ainda que *inalienáveis* fôsem os bens da Caixa Econômica, o que não é exato; ainda que houvesse *lei especial* determinando a sua *impenhorabilidade*, o que não se verifica, — nada disso teria, no caso, a virtude de obstar à execução, por via de penhora *sobre o próprio imóvel*

---

(8) Em Belo Horizonte já foram efetuadas penhoras em bens patrimoniais do IPASE, tendo, aliás, uma delas recaído sobre o próprio prédio de sua sede local, segundo noticiou a imprensa carioca, *in verbis*:

“Belo Horizonte, 18 — (Sucursal) — A sra. Raimunda Moreira Guimarães, por si e representando três filhos menores, ingressou em Juízo contra o Instituto de Previdência do Estado de Minas Gerais, com uma ação ordinária de cobrança para receber a importância de Cr\$ 20.000,00, correspondente ao seguro deixado por seu falecido marido Domingos Martins Guimarães.

O juiz de direito da 1.<sup>a</sup> Vara da Fazenda Pública deu provimento à ação e condenou a Previdência a pagar os 20 mil cruzeiros, mais juros de mora, honorários de advogado e custas do processo.

O advogado da viúva, dr. Octacilio Fonseca, requereu a execução da sentença, pedindo fôsse a Previdência citada a pagar no prazo de 48 horas, sob pena de penhora, a quantia de Cr\$ 27.805,50. Apesar dos embargos da Previdência, por seu advogado dr. Geraldo Bicalho, o juiz deferiu o pedido.

Os oficiais do Juízo dirigiram-se àquela autarquia estadual, e, como esta não pagasse no prazo concedido pelo juiz, penhoraram o prédio situado à rua Gonçalves Dias n.º 1.434.

Segundo informações de fontes dignas de crédito, a penhora recaiu sobre o prédio onde está instalada a Previdência, porque o terreno de sua propriedade, à rua Rio de Janeiro, esquina com Tamoios, já foi penhorado pela Prefeitura Municipal, em executivo fiscal por esta proposto”.

(Do “Correio da Manhã”, de 19 de março de 1960).

*gravado*, em se tratando, como se trata, de débito de *impôsto predial CONSTITUÍDO ANTERIORMENTE À AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE DO BEM ONERADO PELO TRIBUTO*. Trata-se, aí, de um *vínculo especial de direito tributário* participante da natureza dos *ônus reais*, por isto que — à semelhança do *ônus hipotecário — ADERE AO PRÓPRIO BEM e o acompanha através de tôdas as possíveis sucessivas transferências ou alienações de que possa ser objeto*.

É o que ensina CLÓVIS, em seu comentário ao art. 677 do Código Civil:

“A lei atribui ao impôsto sôbre prédios, urbanos ou rurais, a propriedade de *ADERIR AO SEU OBJETO* como se fôra *ônus real*. É um preceito de direito fiscal, que tem por fim assegurar e facilitar a cobrança dos impostos a que estão sujeitos os prédios”.

“Os *ônus reais* aderem à coisa, e a seguem no trânsito de uns para outros patrimônios”.

(CLÓVIS BEVILAQUA, *Código Civil com.*, 3.<sup>a</sup> ed., vol. 3.<sup>o</sup>, pág. 235).

#### E CARVALHO SANTOS:

“Resulta da *transmissão do ônus dos impostos ao adquirente* que a Fazenda Pública tem garantia no efetivo pagamento do crédito que lhe compete, podendo cobrá-lo desse adquirente *OU DE QUEM QUER QUE POSSUA O IMÓVEL GRAVADO PELOS IMPOSTOS DEVIDOS*. Pelo que, pode a Fazenda Pública *penhorar*, para se fazer pagar, o *imóvel GRAVADO*, sem que o adquirente possa oferecer embargos úteis, e, com mais razão, pode pedir seu pagamento sôbre o preço do imóvel que o adquirente, antes de qualquer execução, tenha vendido, transferindo para outrem a propriedade, isto em virtude do princípio de que *pretium succedit in locum rei*.”

E o que convém não esquecer é que êsse direito cabe à Fazenda Pública independente de qualquer transcrição ou inscrição do crédito dos impostos devidos, por isso que êsses impostos relativos a imóveis, que são ressaltados, ou, para usarmos da expressão do § 4.<sup>o</sup>, art. 6.<sup>o</sup> do Dec. n.<sup>o</sup> 169-A, *ficam salvos*, independentemente de qualquer transcrição ou inscrição.

O *ônus dos impostos sôbre prédios transmite-se aos adquirentes*, diz o texto supra. Resultando daí, clara e indubitavelmente, que a lei pressupõe os impostos devidos na época da aquisição e mais ainda os impostos já criados nessa ocasião, visto como o *ÔNUS REAL*, estabelecido em

favor da Fazenda Pública, remonta à data da criação legal do impôsto que fôr objeto da questão.

A regra estende-se aos credores hipotecários, podendo a Fazenda Pública cobrar os impostos devidos ainda que o prédio esteja hipotecado”.

.....  
“...o ônus *grava o imóvel*, pouco importando tenha ou não sido transcrita a certidão a que alude o texto do artigo supra”. (Os destaques são nossos).

(*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. IX, págs. 23 a 24 e 26).

JOÃO LUIZ ALVES, em comentário ao aludido art. 677 do Código Civil, explica:

“O ônus fiscal, a que o Pr. Cl. se não referiu, já era reconhecido pelo Direito Anterior como *ÔNUS REAL*: — “ficam salvos independentemente de transcrição e considerados como *ônus reais* o impôsto predial e outros impostos relativos a imóveis” (Dec. n.º 370, de 1890, art. 242).

O Código manteve essa doutrina, apesar da defeituosíssima redação do § único...”

.....  
“*Os impostos seguem o imóvel*”, foi o que quis dizer o Código na sua frase “*os impostos transmitem-se aos adquirentes*”.

(*Código Civil anotado*, 3.<sup>a</sup> tiragem, pág. 488).

Assim se tem entendido, por igual, no direito estrangeiro, de referência a essa espécie tributária, e, nomeadamente, no direito francês, quanto ao chamado “*impôt foncier*” — correspondente, na França, aos nossos *impostos predial e territorial*.

PIÉDELÈVRE, explicando e justificando a razão de *excluir-se da imunidade fiscal* atribuída aos Agentes Diplomáticos estrangeiros, por força de princípios, normas e convenções de direito internacional público, os impostos sobre prédios — especialmente o aludido “*impôt foncier*”, — assim se exprime:

“*Ces impôts frappent les biens*, abstraction faite de la qualité du possesseur, et tout possesseur, quel qu’il soit, en est tenu”.

(R. PIÉDELÈVRE, *Précis de Droit International Public*, tomo I, pág. 433).

PRADIER-FODÉRÉ, na sustentação da aludida tese, também o diz quase com as mesmas palavras:

“Ces impôts frappent, en effet, les biens, abstraction faite de la qualité du possesseur; tout possesseur indistinctement doit les payer”.

(P. PRADIER-FODÉRÉ, *Cours de Droit Diplomatique*, 2.<sup>a</sup> ed., tomo 2.<sup>o</sup>, pág. 73).

Esse caráter de *ônus real*, importando o *direito de seqüela*, tem sido reconhecido ao *impôsto predial* não só pela doutrina, como, ademais, pela jurisprudência, inclusive a do Supremo Tribunal Federal:

“Considera-se *ÔNUS REAL* o impôsto predial não pago e relativo a exercícios anteriores à execução hipotecária” — (Acórdão da 2.<sup>a</sup> Turma do S.T.F., de 6/7/943, no rec. extr. n.<sup>o</sup> 3.368, in *Revista Forense*, vol. XCVII, página 378).

Ora, o *ônus real* “recai imediatamente sobre a coisa”, na conceituação de TEIXEIRA DE FREITAS. “Com o gravame” — explica PONTES DE MIRANDA — “abstrai-se de quem seja, ao tempo da execução, ou da medida cautelar, o dono do bem. A gravação marca, juridicamente, a coisa, enquanto perdura o *direito real de garantia*, ainda que tenha ido a outro patrimônio, ou se tenha constituído sobre ela algum direito real limitado, ou sobre ela haja incidido medida constrictiva” (*Tratado de Direito Privado*, vol. XX, págs. 3 a 4). O vínculo real *preexistente*, não se dissolve, nem se tolfhem ou modificam os seus efeitos, pela circunstância de vir a ser o bem adquirido por *pessoa de direito público*, haja, ou não, em favor de seu patrimônio, *garantia de impenhorabilidade*. A *COISA* responde sempre pela obrigação, *seja qual fôr o seu adquirente*; e, sem embargo dos direitos, prerrogativas ou privilégios que êste invoque, *perdura o gravame* que assegura ao titular do direito o poder de se pagar até o limite dêle, pelo valor da *coisa gravada*.

O eminente SEABRA FAGUNDES, versando a matéria, ilustra-a (em nota) com a seguinte referência:

“O juiz VIEIRA FERREIRA, do Distrito Federal, teve ocasião de examinar, em sentença, um caso singular relacionado com o assunto do texto: a sub-rogação da Fazenda Pública na posição do devedor, estando a coisa já penhorada. Duas hipóteses formulou e a cada uma delas deu a solução mais racional. Primeira: *a coisa acha-se gravada de ônus real. A Fazenda não poderá adquirir mais direito do que tinha o executado. Subsiste a penhora. Quando o bem se incorporou*

ao patrimônio público já vinha gravado com o ônus, que se transmitiu ao adquirente”.

.....  
(O *Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3.<sup>a</sup> ed., 1957, pág. 227, nota n.º 15).

Ninguém sustentará que, se uma entidade autárquica adquirir imóvel já gravado de hipoteca em garantia de dívida obviamente anterior à aquisição de sua propriedade, fique o credor hipotecário impossibilitado de executar a hipoteca penhorando o prédio vinculado ao ônus real, que o acompanha, pela circunstância de gozar a adquirente de *impenhorabilidade* em relação aos seus bens, ainda que por outorga legal expressa (o que não sucede quanto à Caixa Econômica).

Evidente, pois, o acêrto, o aprumo com que decidiu, por expressiva unanimidade, a colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 33.298, já invocado, — em situação absolutamente igual à que ora se apresenta, — ao proclamar, contrariamente a pretensões escapatórias do I. A. P. I. :

“A coisa se transmite com seus ônus. Bem adquirido por autarquia, sôbre o qual pesava dívida fiscal. Não é possível retroagir a isenção para beneficiar terceiro não beneficiado pela imunidade”.

Naquele caso, a *penhora* foi julgada válida e boa, e mantida. A solução jurídica, no presente caso, não pode ser senão a mesma. Convém, aliás, assinalar que, em relação ao I. A. P. I., havia disposição expressa (art. 187 do Reg. baixado com o Dec. n.º 1.918, de 1937) declarando *impenhoráveis* os seus bens, — o que, como já se demonstrou, não ocorre em relação à Caixa Econômica Federal do Rio de Janeiro.

Não há “*impenhorabilidade*” que se oponha à execução do *ônus real tributário* que o Código Civil, mantendo tradição do direito anterior, estabeleceu, em favor da Fazenda Pública, no parágrafo único do art. 677. O prédio responde sempre pelo débito fiscal, independentemente das alienações que sofra, e sejam quais forem seus adquirentes.

As solicitações do interesse particular, ou do próprio interesse público, determinantes da impenhorabilidade de certos bens, em dadas circunstâncias, ou dos bens de certas pessoas, não poderiam sobrelevar os imperativos da coleta tributária de que se nutre o Erário Público para o provimento das necessidades gerais do Estado, nem, tampouco, produzir efeitos retroativos. Não teria sido outra, por exemplo, a razão das *ressalvas* consignadas nos arts. 70 e 71 do Código Civil, concernentes à instituição do *bem de família* — isento de execução por dívidas, — a primeira, em favor dos *impostos relativos ao mesmo prédio* (art. 70) e a segunda, em relação às *dívidas anteriores* à instituição (art. 71 e seu parágrafo único) (BEVILAQUA, *op. cit.*, vol. I, pág. 302).

Bem ao revés, o que se observa é a tendência a ampliar e reforçar as garantias e preferências dos créditos fiscais.

Haja vista para o Decreto n.º 22.866, de 28 de junho de 1933 (sobre o pagamento preferencial dos impostos e taxas devidos à Fazenda Pública), o qual, além de conferir aos impostos e taxas a ela devidos, em qualquer tempo, *preferência sobre "quaisquer outros créditos, seja qual fôr a sua natureza"*, por êles respondendo todos os bens do devedor, *quando gravados por ônus reais*, chegou a preceituar que se consideram feitas *EM FRAUDE DA FAZENDA PÚBLICA* as alienações, ou o seu comêço, realizadas pelo contribuinte em débito".

*In verbis:*

"Art. 1.º — Os impostos e taxas devidos à Fazenda Pública, em qualquer tempo, são pagos preferencialmente a quaisquer outros créditos, seja qual fôr a sua natureza".

"Parágrafo único. — Pelo pagamento respondem todos os bens do devedor, do seu espólio ou massa falida, ainda quando gravados por ônus reais, que não poderão obstar o processo executivo para a respectiva cobrança.

"Art. 2.º — Consideram-se *FEITAS EM FRAUDE DA FAZENDA PÚBLICA* as alienações, ou o seu comêço, realizadas pelo contribuinte em débito".

Está a ver-se, pois, que a alienação, à Caixa Econômica, de imóvel já gravado de ônus real tributário, proveniente de débito de imposto predial, não obstará à penhora do mesmo para a execução judicial do crédito da Fazenda Pública, ainda que impenhoráveis fôsem os bens da aludida entidade, ora embargada, — o que não acontece.

O próprio egrégio Supremo Tribunal Federal já tem feito expressa menção ao

"benefício reconhecido ao Fisco pelo Código Civil, no tocante à *penhorabilidade dos bens inalienáveis*, por dívidas de impostos relativos ao imóvel clausulado".

(Ac. unân. da 1.ª Turma do S.T.F., de 8/6/943, in *Revista Forense*, vol. XCVIII, pág. 79).

Além do que, até a alienação do bem vinculado ao gravame tributário, feita pelo contribuinte em débito à entidade autárquica adquirente, teria sido, em si mesma, *fraudulenta* (feita "*em fraude da Fazenda Pública*"), *ex vi legis*.

E da fraude não podem decorrer direitos invocáveis em seu benefício próprio pelos que dela participam. . .

\*

\*

\*

## QUANTO À IMPROPRIEDADE DO MEIO DE DEFESA

Registe-se, outrossim, a manifesta *impropriedade* do meio de defesa — “*embargos de terceiro*” — de que se valeu a Caixa Econômica para obstar à execução devidamente aparelhada. O proprietário *atual* do imóvel onerado por débito de *impôsto predial* ( que a êle *adere* e o *acompanha* nas sucessivas transmissões de que seja objeto) não se considera “*terceiro*” em relação à Fazenda exequente, ainda que se trate de dívida anterior à aquisição, na conformidade do inciso IX ao art. 4.º do Decreto-Lei n.º 96, de 1938, que, entre os *sujeitos passivos* da ação executiva fiscal enumera e inclui, expressamente,

“O *ADQUIRENTE*, quando a dívida *GRAVAR A COISA ADQUIRIDA*”.

O Código Civil dispõe, de modo expresso e claríssimo, sôbre o assunto. Depois de estabelecer, em seu art. 677, que “*os direitos reais passam com o imóvel para o domínio do adquirente*”, preceitua, a seguir, no respectivo parágrafo único:

“*Os ônus dos impostos sôbre prédios transmitem-se aos adquirentes, salvo constando da escritura as certidões do recebimento, pelo fisco, dos impostos devidos e, em caso de venda em praça, até o equivalente do preço da arrematação*”.

Assim, não sendo nem podendo considerar-se “*terceiro*”, alheio à relação de direito ajuizada (do mesmo modo que o não é o *sucessor* no negócio por dívida do *antecessor*, quando a ela obrigado), o *adquirente* de prédio *gravado* por débito de *impôsto predial* não se defende por via de “*embargos de terceiro*”, e sim por via de *simples embargos, comuns, de defesa*, nos têrmos do art. 16 do aludido Decreto n.º 960.

A sentença não tinha, pois, razão nenhuma para distinguir, como fez, entre *matéria de mérito* concernente à *defesa* alegável em *embargos do executado* e *matéria de embargos de terceiro*. Ainda nesse passo, laborou em grave equívoco, para não dizer em êrro palmar.

\*  
\*            \*

Por todos os fundamentos e razões até aqui expostos, são cabíveis e devem ser, no caso, interpostos embargos de nulidade e infringentes do julgado, em defesa dos legítimos direitos e interêsses da Fazenda do Distrito Federal, assim prejudicados por uma decisão *data venia* injurídica e injusta.

Salvo melhor juízo, é o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 30 de novembro de 1959.

LEOPOLDO BRAGA

O DIREITO PÚBLICO DO MENOR, DO BRASIL,  
E O JOVEM ENTRE 18/21 ANOS

1. *A menoridade, no Código Civil brasileiro.*
2. *18 anos — faixa etária para a responsabilidade penal.*
3. *Idem, para a capacitação profissional.*
4. *Idem, para a capacitação ao exercício do comércio.*
5. *Outras prerrogativas de maioridade, atribuídas ao indivíduo de 18 anos completos.*
6. *As derrogações do artigo 130 do Código de Menores.*
7. *O Conselho Superior da Corte de Apelação do Rio de Janeiro, em 1928, julgou "sem força legal" os artigos 128 e 129 do Código de Menores.*
8. *A legislação penal e processual penal extravagante e subsequente modificou "o regime do Código de Menores" (Aníbal Bruno).*
9. *O Código Penal de 1940, a legislação penal extravagante e a Lei das Contravenções Penais só atribuem tratamento de imaturo ao menor de 18 anos.*
10. *A competência restrita do Juiz de Menores do Estado da Guanabara para a fiscalização administrativa das infrações do Código de Menores.*
11. *Na dúvida, interpreta-se restritivamente a competência de órgão do Poder Judiciário em matéria administrativa (lição de Bernard Schwartz).*
12. *Conclusões.*

PARECER

1. O Código Civil Brasileiro, em seus artigos 6.º, 9.º *et passim*, fixou nos 21 anos completos a cessação da menoridade, embora tivesse enumerado situações que, concretizadas, implicam na capacitação jurídica plena do menor da faixa dos 18/21 anos, e são contidos nos parágrafos 1.º e 2.º do referido artigo 9.º. Entretanto, um direito extravagante que já vai sendo conhecido como Direito do Menor, tal a sua amplitude, vem atribuindo aos jovens da faixa etária de 18/21 anos, e de

modo sistemático, tratamento que corresponde, ordinariamente, ao deferido a indivíduo de maioridade.

2. Com efeito, para todos os fins do Direito Penal a maioridade virtual se alcança aos 18 anos: nessa idade, pelo artigo 23 do Código Penal, cessa a irresponsabilidade criminal; se normas que se referem aos ilícitos de natureza sexual, tais como a corrupção de menores, a sedução de virgem, e até a qualificação do ilícito de conjunção carnal ou de práticas libidinosas mediante fraude, sempre tomam os 18 anos como limite de idade para a proteção especial da lei (Lei n.º 2.252, de 1-7-1954; Código Penal, artigos 215, 216, 217 e 218).

3. Para a capacitação profissional, nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho, Capítulo IV, Título III (artigos 402/441), só é considerado menor o indivíduo que tiver menos de 18 anos (cfr. artigo 402): acima dêsse limite o jovem tudo pode fazer, inclusive exercer o trabalho noturno (art. 404), como atuar profissionalmente em teatros de revistas, cassinos, cabarés, *dancings*, cafés-concêrto e estabelecimentos análogos, em espetáculos de saltimbancos, na produção, composição ou venda de gravuras que talvez nem correspondam plenamente aos bons costumes ou à moralidade pública, e, até, trabalhar na venda a varejo de bebidas alcoólicas (artigos 405, § 1.º). — Tais fatos ocorrem porque o Estatuto do Trabalho, a “Consolidação”, trata o jovem de idade superior a 18 anos como *maior*, de como resulta, por exclusão, da própria ementa do Capítulo IV do Título III (“Da proteção do *trabalho do menor*” — de 18 anos), e da letra da primeira parte do artigo 411 (“a duração do *trabalho do menor*... — de 18 anos).

4. Quanto à capacitação plena, no pertinente ao exercício da atividade comercial, já em 1850 se permitia fôsse ela exercida por quem tivesse mais de 18 anos de idade, desde que — para tanto — houvesse recebido autorização dos pais (artigo 1.º, § 3.º do Código Comercial).

5. Isso, porém, não exaure o elenco de prerrogativas que o indivíduo passa a ser capaz de fruir, nem o rol dos deveres que há de cumprir, quando complete 18 anos, pois, se cidadão: *a*) ao alcançar tal idade, êle se torna eleitor, integrando-se, dessarte, no corpo cívico da nação, com obrigação de exercício do voto que decide sôbre os destinos da mesma (Constituição federal, art. 142); *b*) transforma-se em elemento potencialmente dinâmico de resguardo da soberania da nação, com o dever de prestar serviço militar, nos termos do artigo 93 da Constituição, combinado com os artigos 4.º e 34 da Lei do Serviço Militar (Decreto-Lei n.º 9.500, de 23-7-1946); *c*) passa a titular do direito de exercer uma função pública, segundo o disposto no artigo 22, II da Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952.

Entretanto, ainda que não seja cidadão, outras, muito amplas, prerrogativas de capacidade jurídica o homem tem, algumas desde os 16 anos, e que são enunciadas neste elenco apresentado pelo professor

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, em seu "Curso de Direito Civil", 5.<sup>a</sup> ed., Saraiva, 1967, vol. I, págs. 66/67. — Com efeito, entre 16 e 21 anos o menor pode, livremente:

- a) — servir de testemunha, inclusive em testamentos (Código Civil, arts. 142, n.º III, e 1.650, n.º I);
- b) — testar (art. 1.627, n.º I);
- c) — ser mandatário (art. 1.298);
- d) — firmar recibos de pagamentos de benefícios de Previdência Social, a critério da instituição previdenciária (Lei n.º 3.807, de 26-8-1960, art. 63);
- e) — exercer a pesca (Dec.-Lei n.º 794, de 19-10-1938, art. 6.º);
- f) — ingressar em cooperativas (Decreto n.º 22.239, de 19-12-1932, art. 7.º, § 1.º);
- g) — equipara-se ao maior, quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos (Cód. Civil, art. 156);
- h) — não se exime de obrigação quando dolosamente oculta a sua idade (art. 155).

Entre os 18 e os 21 anos, por sua vez, o jovem pode:

- a) — casar (se fôr mulher a idade nupcial é de 16 anos — Cód Civil, art. 183, n.º XII);
- b) — requerer o registro de seu nascimento (Dec. n.º 4.857, de 9-11-1939, art. 63, § 2.º);
- c) — pleitear perante a justiça trabalhista, sem assistência do pai ou tutor (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 792);
- d) — celebrar contrato de trabalho (mesma Consolidação, art. 446);
- e) — exercer, na justiça criminal, o direito de queixa, renúncia e perdão (Cód. Proc. Criminal, arts. 34, 50, parágrafo único, e 52);
- f) — comerciar (Cód. Comercial, arts. 1.º inciso II, e 5.º; Dec.-Lei n.º 7.661, de 21-6-45, art. 3.º, inc. II);
- g) — movimentar depósitos nas Caixas Econômicas (Decreto n.º 24.427, de 19-7-1934, art. 53);
- h) — ser eleitor (Lei n.º 1.164, de 24-7-1950, art. 2.º);
- i) — firmar recibos relativos a salários e férias, sendo trabalhador rural (Lei n.º 4.214, de 2-3-1963, art. 58).

6. Nada justifica, portanto, que se pretenda tratar ao jovem que completou 18 anos como um adolescente retardatário: por demais, nenhum preceito legal outorga poderes à autoridade pública — executiva

ou judiciária — no sentido de habilitá-la a restringir ou a disciplinar os movimentos dos jovens da faixa etária superior a essa.

Existe, é certo, na “Consolidação das Leis de Assistência e Proteção a Menores”, editada pelo Presidente da República com o Decreto n.º 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, e conhecida por “Código de Menores”, um artigo — o de n.º 130 — que permite pensar-se na liceidade de uma coerção, nos termos supra-referidos, especialmente na proibição de acesso — dos jovens entre 18 e 21 anos — “aos cafés-concerto, *music-halls*, *cabarets*, *bars* noturnos e congêneres” (alínea *b*), e, ainda, “em casas de jôgo” (alínea *c*).

Não obstante, três considerações sugerem essas alíneas *b* e *c* do artigo 130: 1.º — elas se acham derogadas pelo artigo 405, § 1.º, alíneas *a* e *b*, da Consolidação das Leis do Trabalho, as quais, além de terem incompatibilidade material com o preceituado nas alíneas *b* e *c*, supra transcritas, do artigo 130 do Estatuto dos Menores, regulam inteiramente, e de maneira diversa, a matéria, que neste se continha (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2.º, § 1.º); 2.º — a alínea *b* da Consolidação das Leis de Menores encerra preceito que se exauriu de conteúdo pela ocorrência de várias leis gerais subseqüentes, ou, então, permanece como enunciado desprovido de sanção específica; 3.º — no que tange à alínea *c*, em virtude de ter sido proibido o jôgo de azar no país, a freqüência a “casas de jôgo” tornou-se ilícito universal.

7. Há mais, contudo: o artigo 130 do Código de Menores estabelece que quem infringir as proibições de suas alíneas *a*, *b* e *c* será passível das penas do artigo 128. Ora, êsse artigo 128, acrescido de 8 parágrafos, trata de interdição de espetáculos a menores de várias idades, e das sanções a recair sôbre os infratores: os seus parágrafos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e 5.º tratam de assuntos que não vem a pelo, no caso dos jovens de 18/21 anos; o § 6.º é pertinente ao “trabalho de menores nos estúdios cinematográficos”, matéria derogada pela Consolidação das Leis do Trabalho, derrogação que também atinge o § 8.º; o § 7.º é que realmente nos interessa, aqui, pois estabelece as multas que punirão empresários ou empregados que “venderem ou permitirem ingressos a menores interditos de acesso aos espetáculos”, e, outros — sim, permite fechamento e suspensão de exploração de estabelecimento, “por um prazo não excedente de seis meses”, “em caso de reincidência, se o diretor ou dono do estabelecimento (...) ou o responsável pelo espetáculo procedeu intencionalmente”. — Ocorre observar, no entanto, que desde 1928 — há quarenta anos, portanto, — um acórdão do antigo Conselho Superior da Côrte de Apelação do Rio de Janeiro já havia proclamado, *in verbis*: “Os artigos 128 e 129 do Código de Menores não tem força legal, por não constarem os seus dispositivos de qualquer das leis consolidadas nesse Código. O Código de Menores tem a sua esfera de ação delimitada claramente no seu capítulo I, artigo 1.º, aos menores abandonados e delinqüentes” (*apud* ALVARENGA NETTO, *in Código de Menores*”, 2.ª edição, Livraria F. Bastos, Rio, 1941, pág. 152).

Realmente, o acórdão do Conselho Superior da Côrte de Apelação tinha sentido coerente com o “objeto e fim” do Código de Menores, o qual está apontado no referido Capítulo I (“Do objeto e fim da lei”), em seu artigo único, que é o artigo 1.º, que assim dispõe:

“O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinqüente que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código”.

Merece, aliás, ser salientado que o mesmo argumento — estribado nesse artigo 1.º do Código de Menores — que levou o Conselho Superior referido a condenar a validade dos artigos 128 e 129 do Código de Menores, serve para repulsa do contido na alínea *b* do artigo 130: tôda a matéria pertinente a jovens de idade entre 18 e 21 anos, e que não sejam abandonados ou delinqüentes, extravaza do objeto do Código de Menores e da alçada do Juzizado de Menores. — Mas isso desenvolveremos adiante.

8. Registre-se ainda que a legislação penal subsequente ao “Código de Menores” alterou, em muitos tópicos, as normas dêste último diploma; mas não alterou sòmente as normas, pois, e a expressão é do mestre ANIBAL BRUNO, eminente catedrático da Faculdade de Recife, — com referência aos artigos 23 do Código Penal e 7.º da Lei de Introdução ao mesmo — foi até modificado “o regime do Código de Menores”, a ponto de se haver tornado necessária uma legislação especial, para realizar “o ajustamento” dos novos dispositivos penais com os anteriores, da Lei dos Menores (*in* “Direito Penal”, 3.ª ed. Forense, 1967, 2.º vol., pág. 165). — Para tal ajustamento foi que se editou o Decreto-lei n.º 6.026, de 24 de novembro de 1943, ao qual deixamos de apreciar, particularmente, por não interessar ao tema dêste trabalho.

Todavia, interessa-nos menção especial à recente Lei n.º 5.258, de 10 de abril de 1967, que deu nôvo tratamento legal às infrações penais dos menores, e dispôs, em seu artigo 10:

“A autoridade policial encaminhará ao juiz competente o menor de 18 anos que fôr encontrado viajando ou vagando sem ter destino certo ou meios próprios de subsistência, bem como o que fôr achado em lugar ou companhia cuja frequência lhe é interdita”.

Está claro que se a autoridade policial deverá encaminhar ao Juiz de Menores o “menor de 18 anos (...) achado em lugar (...) cuja frequência lhe é interdita”, não adotará essa mesma providência no caso de encontrar jovem de 18 a 21 anos freqüentando café-concôrto, *music-hall*, cabaré, bar noturno ou congênere. — O que deverá fazer, então?

Acima dos 18 anos, ou melhor, ao completar 18 anos, o menor é plenamente responsável no plano do direito penal, donde ser inadmissível que, — aceitando-se, *gratia-argumentandi*, como vigentes e válidas as alíneas *b* e *c* do artigo 130 do Código de Menores — possa alguém ser punido por um ato ilícito da responsabilidade de terceiro que o praticou (e se o ilícito é de outra natureza que não a penal, a responsabilidade do menor surge aos 16 anos, na forma do artigo 156 do Código Civil).

9. Do mesmo modo que o Código Penal, de 1940, e farta legislação extravagante dêsse diploma, a Lei das Contravenções Penais, de 1941, em muitos dos seus artigos deixaria inequívoca a idéia, do legislador mais recente, de atribuir tratamento de imaturo apenas ao menor de 18 anos.

Tanto isso é certo que o emprêgo, ou a freqüência, de menor em casa de jôgo proibido só é agravante da sanção penal a lançar contra o responsável pelo estabelecimento no caso de “pessoa menor de 18 anos”, (artigo 50, § 1.º); também no caso de proporcionar, “servir”, bebida alcoólica a menor, só haverá infração se a pessoa servida fôr “menor de 18 anos” (art. 63-I). — Por demais, sempre que o contacto de alguém com o menor possa implicar na prática de uma contravenção ou agravar ilícito contravencional, a lei só admite o ilícito se na sua composição aparecer um “menor de 18 anos” (v., *ad ex.*, artigos 19 § 2.º, alínea *b* ec, art. 60, e outros, da citada Lei das Contravenções Penais).

Aliás, implicitamente se infere que o Código de Menores já seguia essa diretriz apontada nos diplomas recentes, quando no seu artigo 143 (alíneas *a*, *b* e *c*) mandava punir com prisão celular e multa quem — tendo-o sob sua guarda ou cuidado — permitisse que “menor de 18 anos” freqüentasse casa de jôgo proibido ou mal afamada, de espetáculos pornográficos, ou residisse em prostíbulo. — *A contrario sensu*, seria lícito, a quem tivesse sob sua guarda ou cuidado jovem de 18 a 21 anos, consentir tudo o que foi apontado como incriminatório, nas linhas anteriores, e referido nas alíneas do artigo 143...

10. Face às considerações precedentes, temos como óbvio ser receedor de sentido objetivo o contido nas alíneas *b* e *c* do artigo 130, do Código de Menores: trata-se aí, — dissemo-lo antes — de matéria que discrepa das finalidades dêsse diploma, consoante a expressão de seu artigo 1.º, supratranscrito, como do Decreto (ato legislativo, apesar da enganosidade do nome) n.º 5.083, de 1 de dezembro de 1926, que tinha delegado competência, ao executivo para “consolidar” a esparsa legislação de menores.

Já vimos que em tal artigo 130 se contiveram preceitos hoje derogados por farta legislação codificada ou extravagante, e que, ainda estivessem vigentes, implicariam em mera recomendação, pois não dispõem de sanções capazes de lhes atribuir sentido cogente.

Não obstante, ainda, há mais que dizer-se, a propósito da matéria em tela (a coerção, por autoridade, dos movimentos de jovens entre 18 e 21 anos de idade); e agora apreciamos um delicado tema de competência de autoridade: admitindo-se (o que fazemos, *ad argumentandum*) validade atual nos preceitos das alíneas *b* e *c* do artigo 130 do Código de Menores, a quem compete regulamentar sua aplicação ou vigiar sua eficácia? — Desde logo responderemos *não* à apregoada competência do Juiz de Menores, no Estado da Guanabara; esta é restrita a casos do interesse de menores abandonados ou delinquentes, e, em situações especiais, a casos pertinentes a menores não abandonados, mas, sempre, numa ou noutra hipótese, a alçada do Juiz abrange apenas menores de 18 anos de idade.

Essa área de jurisdição, foi, efetivamente, a que os artigos 146 e 147 do Código de Menores (dos quais emergiu criado o Juízo de Menores local) traçaram, assim:

“Artigo 146. É criado no Distrito Federal um Juízo de Menores, para assistência, proteção, defesa, processo e julgamento dos menores abandonados e delinquentes, que tenham menos de 18 anos”.

“Artigo 147. Ao Juiz de Menores compete:

I — processar e julgar o abandono de menores de 18 anos, nos termos deste Código, e os crimes ou contravenções por êles perpetrados;

II a XII. *omissis*;

XIII — praticar todos os atos de jurisdição voluntária tendentes à proteção e assistência aos menores de 18 anos, embora não sejam abandonados, ressalvada a competência dos Juizes de Órfãos;

XIV a XVI. *omissis*.

Posteriormente, com a Lei n.º 65, de 13 de junho de 1935, esse artigo 147 teve alterada a redação de seu inciso VIII, que dispunha sobre a competência do Juiz de Menores para “processar e julgar as infrações das leis e dos regulamentos de assistência e proteção aos menores de 18 anos”, e passou a ter a cláusula final assim redigida: “... a menores de qualquer idade” (vale dizer, até 21 anos). — Saliente-se, todavia, que aqui se trata de competência judicial a propósito de matéria contenciosa, sobre a qual descabem comentários.

Não obstante, quando se veio a editar a nova Lei de Organização Judiciária local (o Decreto-lei n.º 8.527, de 31 de dezembro de 1945), e um pouco antes, até, quando se editou o Decreto-Lei n.º 6.026, de 24-11-43 (que “dispõe sobre as medidas aplicáveis aos menores de 18 anos, pela prática de fatos considerados infrações penais” — como dito em sua ementa), voltar-se-ia à fixação dos 18 anos como idade limite

para a jurisdição contenciosa do Juízo de Menores: veja-se o que se acha disposto no *caput* do artigo 53, do vigente Código de Organização Judiciária (êsse Decreto-Lei n.º 8.572), definidor da competência do Juiz da Vara de Menores, que não deixa margem para querelas, em tôrno da matéria:

“Ao Juiz da Vara de Menores, ressalvada a competência privativa dos Juizes de outras Varas, competem as atribuições definidas na legislação especial sôbre menores e, notadamente:

I — processar e julgar o abandono de menores de 18 anos, ordenando as medidas concernentes à sua guarda, tratamento, vigilância, educação e colocação;

II a VIII. *omissis*;

IX. Fiscalizar a freqüência de menores nos teatros, cinemas, estúdios e casas de diversão, públicas ou fechadas, fazendo observar as leis e regulamentos de proteção a menores;

X a XI. *omissis*;

XII. Praticar todos os atos de jurisdição voluntária, expedindo provimentos ou tomando quaisquer providências de caráter geral para proteção e assistência a menores, embora não abandonados, ressalvada a competência dos Juizes de Família;

XIII. *Omissis.*”

Saliente-se, porém, e a prática o tem evidenciado, que a redação dos incisos dêsse artigo do Código de Organização Judiciária, ensejam a criação de uma área de conflito entre as atribuições dos Juizes de Menores e a dos Juizes de Família, sobretudo em matéria contenciosa; conflitos, entretanto, não têm ocorrido, em matéria de jurisdição voluntária, simplesmente porque os Juizes de Família vêm sendo moderados na interpretação de seus poderes, que talvez sejam mais amplos que os dos Juizes de Menores, consoante o inciso III do artigo 51, que reza:

“Aos Juizes das Varas de Família compete:

(...)

III. *Praticar todos os atos de jurisdição voluntária necessários à proteção da pessoa dos incapazes e à administração de seus bens, ressalvada a competência dos Juizes de Menores e de Órfãos e Sucessões (o grifo é nosso)*”

Aqui, sim, tem-se como objeto das providências de *jurisdição voluntária* (“função materialmente administrativa e formalmente jurisdicional”, ou “administração de direito privado atribuída a órgãos ju-

diciários”: cfr. JOSÉ FREDERICO MARQUES, in “Ensaio sôbre a Jurisdição Voluntária”, 2.<sup>a</sup> ed. Saraiva, S. P., 1959, pág. 29) os “incapazes”, sem qualquer restrição: não seria esdrúxulo que os Juizes de família entendessem de incluir nesta cláusula ainda aquelas pessoas referidas no artigo 6.<sup>o</sup> do Código Civil, *id est*, os “incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer” (*id est*, até os menores entre 18 e 21 anos).

11. Poder-se-á, contudo, dizer que o artigo 131 do Código de Menores autoriza o arbítrio — o “prudente arbítrio” — do Juiz de Menores, para tomar deliberações normativas como “autoridade protetora de menores”. — *Data venia* êsse entendimento têmo-lo como exorbitante de nosso sistema jurídico-político, além de o ser do próprio contexto do Diploma de Menores.

Com efeito, êsse artigo 131 do Código em referência diz é que:

“A autoridade protetora dos menores pode emitir, para a proteção e assistência dêstes, qualquer provimento que a seu prudente arbítrio parecer conveniente, ficando sujeita à responsabilidade pelos abusos de poder”.

Ora, “autoridade protetora” não é exatamente o Juiz de Menores, ou, pelo menos, não o é necessariamente. O Código de Menores, foi muito explícito, quando, no Capítulo X da Parte Geral, — Capítulo onde também se encontra êsse artigo 131 — tratando de “vigilância sôbre os menores”, e referindo os principais poderes da “autoridade pública encarregada da proteção aos menores” (*caput* do art. 126), explicitou que essas autoridades agirão até com “processo sumaríssimo”, que, em seguida, remeterão “ao Juízo competente”; e no § 3.<sup>o</sup>, do mesmo artigo 126, é esclarecido quem poderá exercer as funções de vigilância e inspeção (e não serão os juizes de menores).

Afinal, é mister esclarecer que, em carência de outorgas constitucional ou legal expressas, a competência para decidir questão administrativa — e esta o é, inquestionavelmente, — se resolve contra órgão judiciário. Cabe, aqui, o magistério de um dos mais conceituados publicistas contemporâneos, o americano BERNARD SCHWARZ, tomado de obra recentíssima: “ao dotar a Côrte Suprema dos Estados Unidos de poder judiciário, a Constituição pressupôs um sentido histórico nessa expressão, e confiou ao Judiciário autoridade, apenas, sôbre questões apropriadas para serem resolvidas por Juiz;” assim deve ser, realmente (e aqui SCHWARTZ invoca pensamento do notável *judge* FRANKFURTER, e a orientação da Suprema Côrte americana), porque se entende que “os tribunais não são encarregados da proteção geral contra tôdas as más ações potenciais, nas complicadas tarefas do Govêrno”, porque “a função judicial é mais limitada”, e porque “o Poder Judiciário, por maior que

seja, tem uma órbita mais ou menos estritamente definida" (in "Direito Constitucional Americano", trad. bras., ed. Forense, 1966, pág. 157).

Qualquer manifestação de autoridade, nos casos de omissão da norma positiva, só pode resultar do poder legiferante implicitamente contido — embora de modo restrito — nas prerrogativas modernas do Poder Regulamentar (cfr. n/estudo sôbre "A Crise do Estado de Direito e a Nova Constituição do Brasil", in Rev. de Dir. Adm., vol. 92, pág. 19 e segs.), que são prerrogativas do Poder Executivo (v. artigos 83-II, da Constituição Federal, e 43-II da Constituição da Guanabara, de 1967).

Assim, a cláusula encerrada no artigo 155, do velho Código de Menores de 1927, — segundo a qual o Juizado de Menores seria "classificado entre as varas administrativas da Justiça local" — não tem mais sentido, e se choca com a filosofia das Constituições brasileiras vigentes: o Poder Administrativo é atribuição essencial do Executivo; êle é alicerce do Poder Regulamentar, o qual, de sua parte, além de corresponder à atribuição essencial, é exclusivíssimo do Poder Executivo.

12. Em face do exposto, — a propósito da situação jurídica dos jovens com idade entre 18 e 21 anos, e da identificação da autoridade competente para dirigir o poder administrativo de polícia e o poder regulamentar a exercer sôbre os menores, — temos como conclusões, a extrair das observações precedentes, as seguintes:

1.º — os artigos 128, 129, 130, além de muitos outros, do Código de Menores, estão derogados por uma farta legislação posterior a 1927 (ano da promulgação do diploma);

2.º — por isso, como êsses preceitos estão fora de vigência, não tem sentido a invocação do artigo 130, do Código de Menores, especialmente do disposto em sua alínea *b*, para fundamentar ato de coação da liberdade de movimentos e de diversão, dos jovens com idade entre 18 e 21 anos;

3.º — a legislação do Código de Menores, como a extravagante (melhor se diria, o Direito Público do Menor brasileiro), só envolve os menores até 18 anos completos, pois nosso direito normativado mais recente trata o jovem de idade superior como individuo *sui juris*, com as únicas restrições decorrentes do pátrio poder, que é matéria de Direito Privado (encerrada, sobretudo, no Capítulo VI, do Título V, do Livro I, que trata do Direito de Família, no Código Civil);

4.º — há de ser prerrogativa do Poder Executivo a fiscalização administrativa dos preceitos do Direito Público do Menor (Código de Menores e legislação extravagante

sobre o menor), como a edição de provimentos normativos, eis que dêsse Poder são as atribuições de polícia e regulamentar; isso, aliás, é o que decorre dos artigos 83-II, da Constituição Federal, e 43-II, da Constituição da Guanabara, de 1967.

A. B. COTRIM NETO  
Secretário de Estado de Justiça

## APELAÇÃO CÍVEL N.º 62.301

1.ª CÂMARA

Apelante: Waldemar Acker

Apelado: 1 — Consórcio Brasileiro de Imóveis, Comércio e Indústria S. A.

2 — Liquidante Judicial Comissário da Concordata Preventiva do Consórcio.

*Direitos reais de garantia, impossibilidade jurídica de a parte os criar. Enumeração taxativa de tais direitos.*

### PARECER

Trata-se de dívida sujeita à lei falimentar, não sendo, pois, privilegiado o crédito do autor, ora apelante, porque a garantia, dada pelo devedor, devidamente inscrita, não é direito real de garantia, pois não se enquadra nos tipos de garantia real enumerados pela lei: hipoteca, penhor, anticrese e caução de títulos. O autor, promitente vendedor, logo após a quitação do preço de promessa de compra-e-venda de imóveis, devidamente inscrita no registro imobiliário, recebeu, em garantia de dívida, dada pelo promitente comprador, diretor presidente do Consórcio Brasileiro de Imóveis, em concordata, tal direito e ação. Tal garantia inexistente entre os direitos reais de garantia. Na Itália, alguns civilistas dando, nas garantias reais, maior relêvo ao aspecto contratual, admitem a possibilidade de a parte criar garantias não previstas pela lei, desde que respeitados os princípios de ordem pública. O novo Código Civil Italiano colocando-as no capítulo da "Tutela do Direito" facilitou tal interpretação. Igualmente, os que consideram os direitos reais de garantia como direitos mistos, formados de elementos dos direitos reais e de elementos dos direitos de obrigações, mais dêstes do que daqueles, admitem por convenção ser ampliada a enumeração legal de tais direitos. Entretanto, nosso Código colocou tais direitos no Livro II, ou seja, entre os direitos reais, disciplinados por normas taxativas, e não por normas

dispositivas. Por tal motivo achamos que CLÓVIS BEVILAQUA tem razão quando, em seus comentários ao art. 674 do Código Civil, ensina:

“o número dos direitos reais é sempre limitado nas legislações. Não há direito real, senão quando a lei o declara”.

São assim em “número reduzido”, constituindo “figuras de tipo fixo”, determinadas pela lei. Tal não ocorre com os direitos obrigacionais, que são inumeráveis. E assim é porque a extensão dos efeitos dos atos em relação a terceiros (*erga omnes*) só pode ser estabelecida por lei, como ocorreu, entre nós, por exemplo, com a Lei n.º 4.864, de 1965, e com o Decreto-Lei n.º 70, que criaram novos tipos de garantia real. Não podendo ser enquadrada a “caução” em causa nos tipos enumerados pelo nosso legislador, não pode ser considerada como garantia real. O Código Civil só admite caução de títulos da dívida pública e dos títulos de crédito, equiparável ao penhor, valendo, quando transcrita, contra terceiros. Não previu nosso legislador a caução de direito-e-ação. No presente caso, não se trata de título de crédito ou da dívida pública, mas de direito e ação. A transcrição de garantia *atípica*, como a presente, no registro imobiliário, não a transforma em garantia real, porque tal garantia é pela lei enumerada em tipos fixos. Tal transcrição só dá publicidade à dívida, não tendo, assim, a função de assegurar ao credor a satisfação do crédito conferindo-lhe um poder especial sobre o que foi dado em garantia. Conseqüentemente: não se tratando de garantia real, deve ser o crédito do apelante considerado como quirografário, não privilegiado, a ser habilitado, como decidiu a sentença, no processo da concordata.

Pela confirmação da v. sentença apelada.

Rio de Janeiro, 5 de dezembro de 1968.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO  
7.º Procurador da Justiça

PROCESSO DE DÚVIDA N.º 40.030

Apelante: Condomínio dos Edifícios Moderno Marquês de Abrantes e Moderno Radial Sul.

*Aquisição de propriedade por condomínio — Impossibilidade de o condomínio ser sujeito de relação de direito material.*

PARECER

1 — Trata-se de apelação de sentença que julgou procedente dúvida suscitada pelo Sr. Oficial do 9.º Ofício do Registro de Imóveis quanto a transcrição de escritura pública pela qual o apelante comprou o apartamento n.º 205 da Rua Marquês de Abrantes n.º 172 e respectiva fração de terreno.

Afirma o Oficial suscitante que o condomínio, porque desprovido de personalidade jurídica, não podia adquirir aquela propriedade, e acrescenta que

*“só as pessoas físicas ou jurídicas são aptas a adquirir direito e contrair obrigações. Condomínio, entretanto, não é pessoa ou entidade, mas instituto de direito.”* (fls. 35).

2 — Inconformado, alega o Condomínio dos Edifícios Moderno Marquês de Abrantes e Moderno Radial Sul que

*“tal afirmação é inteiramente improcedente, pois que os condomínios, conforme estabeleceu a Lei n.º 4.591, possuem personalidade jurídica.”* (fls. 2).

Cita o apelante acórdão em que se teria reconhecido ao condomínio capacidade jurídica, e invoca em abono de sua tese o disposto no § 3.º do art. 63 da Lei n.º 4.591, de 16-12-64, segundo o qual

“§ 3.º. No prazo de vinte e quatro horas após a realização do leilão final, o condomínio, por decisão unânime de assembléia geral, em condições de igualdade com terceiros, terá preferência na aquisição dos bens, caso em que serão adjudicados ao condomínio.”

3 — A decisão objeto do apêlo indeferiu o pedido inicial sob fundamento de que

“No caso em exame, não há como invocar disposições da Lei 4.591, que, se aplicada, daria ao Síndico apenas poderes irrevogáveis para, em juízo próprio, cobrar o devido pelo condômino em atraso nos seus pagamentos. Por outro lado, o Dr. Curador, em seu parecer de fls. 43 verso, coloca a questão em seus exatos têrmos: nem uma só lei há que reconheça o condomínio como pessoa jurídica.”

4 — O tema foi debatido suficientemente, e as razões do recurso nada acrescentam à discussão. Cumpre-nos, todavia, repisar alguns pontos mal-feridos. Por exemplo, capacidade e personalidade. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO resume as duas noções da seguinte maneira:

“Capacidade é a aptidão para adquirir direitos e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil. O conjunto dêsses poderes constitui a personalidade, que, localizando-se ou concretizando-se num ente, forma a pessoa. Assim, *capacidade* é elemento da personalidade. Esta, projetando-se no campo do direito, é expressa pela idéia de *pessoa* ente capaz de direitos e obrigações. Capacidade exprime poderes ou faculdades; personalidade é a resultante dêsses poderes; pessoa é o ente a que a ordem jurídica outorga êsses poderes.” (Curso de Direito Civil, Vol. I, 5.<sup>a</sup> ed., 1967, página 61).

Como não se cogita de pessoa física, diga-se logo que, em face do nosso direito positivo, pessoas jurídicas são aquelas previstas no artigo 16 do Código Civil: I) as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações; II) as sociedades mercantis.

Pergunta-se: seria o condomínio uma sociedade civil? CARLOS MAXIMILIANO, dissertando sôbre a questão, ensina que

“não se confunde a comunhão com sociedade: acha-se fixada a diferença desde o tempo da antiga Roma” (Condomínio, 3.<sup>a</sup> ed., pág. 12).

Acentuando essa distinção, PONTES DE MIRANDA frisa que

“...a sociedade passa além da noção de condomínio e o direito dos sócios é direito de outra natureza.” (Comentários à Constituição de 1946, 2.<sup>a</sup> ed., vol. V, pág. 113).

O próprio objeto do condomínio especial — propriedades em planos horizontais — afasta a idéia de subsunção a um dos tipos de sociedades comerciais, que, ademais, são apenas aquêles expressamente previstos na lei.

Teria, entretanto, a lei especial dado ao condomínio o caráter de pessoa jurídica, assim ampliando a enumeração do Código Civil?

Deixemos que a essa pergunta responda CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA autor do anteprojeto que resultou na Lei n.º 4.591, de 16-12-68:

“O domínio do imóvel não pertence a uma pessoa jurídica. A reunião dos condôminos é *destituída de personalidade*.” (Condomínio e Incorporações, 1.<sup>a</sup> ed., 1965, pág. 66).

Páginas adiante dessa mesma obra esclarece o ilustre catedrático mineiro que

“SERPA LOPES observa a semelhança entre a comunhão dos proprietários de apartamento e a sociedade, dadas as necessidades e relações jurídicas próprias, além de sua movimentação. Mas igualmente insurge-se contra a personificação, cuja idéia em nosso direito se não coaduna com o fenômeno comunitário do edifício de apartamentos, que pressupõe em cada proprietário um interesse próprio, muito embora em comunhão orgânica. E, para bem frisar aquela aproximação com a sociedade, acrescenta que a comunhão dos proprietários, naquilo em que ostenta a comunidade de interesses, tem a sua côr, não a substância: *colorem habet, substantiam vero nullam*. Contra a personalidade discreta ainda PAULO CARNEIRO MAIA, com bons arrimos doutrinários. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em julgado a respeito, sustentou que não existe personalidade jurídica, reconhecendo contudo que entre os comunheiros surgem relações jurídicas permanentes, de ordem interna e de ordem externa.” (Gb., cit., pág. 72).

Para contraminar êsses argumentos, certamente o apelante traria à colação os acórdãos já citados, nos quais se reconhece ao condomínio direito de agir.

Porém, serão por acaso a massa falida, o espólio e a comunhão de debenturistas pessoas jurídicas? — Negativa é a resposta. No entanto, por força de lei, fazem-se representar em juízo na defesa de seus interesses. Com efeito, dispõe o art. 85 do Código de Processo Civil que

“Serão representadas em juízo, ativa e passivamente, a massa falida, pelo síndico ou liquidatário; a herança, pelo inventariante, salvo quando dativo; a herança vacante ou jacente, pelo seu curador.”

No mesmo diploma legal — art. 298 — se prevê ação executiva

“X. Do administrador, para cobrar do co-proprietário de edifício de apartamentos a quota relativa às despesas gerais fixadas em orçamento.”

A ação aqui é do administrador, porém o § 1.º, a, do art. 22 da Lei n.º 4.591 reza que

“§ 1.º. Compete ao Síndico:

a) representar, ativa e passivamente, o condomínio, em juízo ou fora d'ele, e praticar os atos de defesa dos interesses comuns, nos limites das atribuições conferidas por esta lei ou pela convenção.”

Em acórdão em que se dirimiu controvérsia semelhante à dos autos, assim se pronunciou o Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, pelo voto de seu Relator, o insigne SERPA LOPES:

“Ora, de condomínio é que se trata no presente processo e não de pessoa jurídica, como se quer fazer crer. Há, quando muito, uma designação imprópria quanto à individualidade da parte do autor. Mas nem mesmo tal ocorre, dada a situação especial com que se apresenta o conjunto de interesses dos co-proprietários de apartamentos, formando uma comunhão *pro diviso*, subordinada a uma estrutura orgânica prevista em lei, a qual impõe uma representação necessária, ainda que por intermédio de uma relação de mandato. É a mesma situação que ocorre, no tocante à massa hereditária, denominada de Espólio de F.... sem que com isto se pretenda ver uma personalidade jurídica; é o que igualmente se dá com o estado de falência, cujos interesses coletivos são representados pelo respectivo síndico sendo as ações propostas pela Massa Falida de F....., ou contra a Massa Falida; tal é igualmente o que sucede na representação dos portadores de debêntures, nos termos do

Decreto-lei n.º 781, de 12 de outubro de 1938 e outros casos semelhantes; são coletividades que, pôsto não dotadas de personalidades, têm que ser encaradas de um modo juridicamente diverso do que sucede, v. g., numa relação de condomínio, sem que isso importe em se afastar as regras dêste totalmente.” (SERPA LOPES, Curso de Direito Civil, 2.<sup>a</sup> ed., vol. VI, p. 358, Rio, 1962).

Portanto, embora não sejam pessoas jurídicas, a lei reconhece a essas coletividades a capacidade de ser parte em juízo. Sobre êsse assunto assim se manifestou CHIOVENDA:

“Ao lado, porém; dessas figuras típicas e precisas de pessoas, a lei ou a prática plasmaram certas figuras especiais que revestem um elemento exterior qualquer, de pessoa, de modo a poder dizer-se que, para certos efeitos, se tratam como pessoas, ainda que de pessoa lhes falte o caráter essencial, que é o de ser sujeito de direitos. Tais são: a) as uniões sem personalidade jurídica .....

b) os patrimônios autônomos. O patrimônio autônomo representa uma massa patrimonial pertencente a determinado sujeito jurídico, pelo que não é, em si, uma pessoa jurídica, mas subtraída à administração de seu sujeito e confiada a um administrador que age em nome da massa, o que permite que o patrimônio autônomo se comporte no comércio jurídico como um todo independente, análogamente a uma pessoa. O administrador não representa o sujeito do patrimônio; do que decorre que êsse não é parte em causa nas lides relativas ao patrimônio. São casos principais dessa figura: a falência, a herança jacente, a herança sob administração (arts. 857, 964, Cód. Civil), o condomínio de prédios (Decreto-lei de 15 de janeiro de 1934, n.º 56, convertido em lei a 10 de janeiro de 1935, n.º 8, art. 20, o administrador tem a representação jurídica do condomínio, pode promover ações contra os condôminos ou os terceiros a ser citado em juízo por qualquer motivo), a empresa municipalizada (Lei de 15 de outubro de 1925, n.º 2.578). Em cessando, nesses casos, a *separatio bonorum*, o sujeito do patrimônio é obrigado a reconhecer tudo quanto legalmente realizou a administração do patrimônio (Instituições de Direito Processual Civil vol. 2, 1965, São Paulo, pág. 261/3, trad. de J. Guimarães Menegale).

A fls. 38, proclama o apelante haverem os tribunais reconhecido a capacidade jurídica do condomínio, como exemplifica o acórdão ali trans-

crito. Não é exato. O acórdão não reconheceu capacidade jurídica, mas capacidade de ser parte: a primeira é de direito material, a segunda é pressuposto processual. MOACYR AMARAL SANTOS distingue claramente as duas situações:

“Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil” (Código Civil, art. 2.º). Trata-se de *capacidade jurídica*, ou capacidade de gozo, regulada pelo direito civil. Assim, todo homem é capaz de direitos e deveres processuais, isto é, de ser sujeito da relação processual, e, pois tem *capacidade de ser parte*. Tem-no, também, as pessoas jurídicas, pois que também dotadas de capacidade jurídica.

Ao lado das pessoas naturais e jurídicas, o direito processual reconhece capacidade de ser parte a certas massas patrimoniais — a massa falida, a herança, a herança vacante ou jacente — (Código Processo Civil, art. 85), dando-lhes o caráter e a denominação de *peças formais*.

Têm, pois, capacidade de ser parte:

- a) — as pessoas naturais, o homem, inclusive o nascituro (Código Civil, art. 4.º);
- b) — as pessoas jurídicas;
- c) — as peças formais”

(Direito Processual Civil, vol. I, pág. 387, São Paulo, 1962).

Veja-se a propósito dessa distinção PONTES DE MIRANDA, Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo II, pág. 6, Rio, 1958, e Tratado de Direito Privado, Tomo I, pág. 157, Rio, 1954.

5 — Resta-nos examinar mais detidamente o referido § 3.º do art. 63 da Lei n.º 4.591. Verifica-se de imediato que se trata de regra estabelecida para prevalecer apenas durante a fase de incorporação e construção do edifício. Nessa fase, inadimplente o contratante, e se assim se tiver estipulado no contrato, pelos seus débitos respondem os direitos à respectiva fração ideal de terreno e à parte construída. Não liqüidado o débito, e levados êsses bens à praça sem que o maior lance tenha atingido a importância do desembólso do inadimplente, o condomínio terá preferência na sua aquisição, caso em que a êle serão êsses bens adjudicados.

Entende o apelante que êsse dispositivo quando permitiu ao condomínio adjudicar bens leiloados, conferiu-lhe personalidade jurídica.

Nada mais errado. Os bens não são adquiridos pelo condomínio *ut singuli*, mas pelos condôminos, que sobre êles constituem um condomínio ordinário, regulado pelos arts. 635 usque 641 do Código Civil (WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, Loteamentos e Condomínios vol. II, pág. 122, Rio, 1959).

Em suma, a Lei confere ao Síndico poderes de administração dos interesses da massa patrimonial, inclusive para representá-la, ativa e passivamente, em juízo ou fora dêle.

Todavia, cabe aos condôminos-individualmente a titularidade dos direitos decorrentes do condomínio. Para venda da propriedade comum ou aquisição que exorbite da administração ordinária todos comparecem ou se fazem representar. Essa regra é aplicável igualmente ao espólio, em que apesar da representação do inventariante, a titularidade dos direitos decorrentes da herança cabe aos herdeiros legítimos ou testamentários. Veja-se acórdão unânime da 3.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo, de 23-8-61, citado por ALEXANDRE DE PAULA em "O Processo Civil à Luz da Jurisprudência", vol. 28, pág. 235, Rio, 1968.

Em conclusão, o condomínio não pode ser sujeito de relação de direito material. Dessarte, a escritura de cessão de direitos aquisitivos e compra e venda de fls. é insuscetível de registro, a menos que re-ratificada pelos condôminos — devidamente qualificados — os quais assumirão a posição de sujeitos da relação jurídica, atribuindo-se a cada um — individualmente — a respectiva fração ideal do imóvel objeto da escritura. De conseguinte, opinamos pelo não provimento do recurso.

Rio de Janeiro, 18 de novembro de 1968

EVERARDO MOREIRA LIMA  
2.<sup>o</sup> Curador Regs. Públicos

8.<sup>a</sup> CÂMARA CÍVEL

Reclamação n.<sup>o</sup> 6.668

Relator: Exmo. Snr. Desembargador Ivan Castro Araújo  
Reclamante: Alberto Barrandon Guimarães e outra  
Reclamado: Dr. Juiz da 6.<sup>a</sup> Vara de Família

Reconciliação: Competência — *A competência para a reconciliação é a do juízo da residência dos requerentes ou de qualquer dêles, que não estão obrigados a recorrer ao Juízo do desquite. Os princípios fixados para a competência na matéria de jurisdição contenciosa, salvo disposição em contrário, não se aplicam, em regra, aos processos de jurisdição voluntária.*

PARECER

1 — Os reclamantes desquitaram-se na Comarca de Niterói, no Estado do Rio de Janeiro porque na ocasião do desquite, tinham domicílio naquela circunscrição.

Agora, requereram a reconciliação como lhes faculta os arts. 323 do Código Civil e 646 do Código de Processo Civil, no Juízo de Direito da 6.<sup>a</sup> Vara de Família, dêste Estado.

O Dr. Juiz *a quo* indeferiu a inicial por considerar competente o Juízo onde foi processado o desquite amigável. Negada a reconsideração solicitada, reclamaram os peticionários.

2 — Do despacho em questão, parece-nos que caberia agravo de instrumento com base no inciso II do art. 842 do Código Civil que dispõe ser êle permissível das decisões "*que julgarem as exceções de incompetência*".

E' certo que o Código fala em *exceção*, fazendo crer que o preceito incidiria somente nos casos em que a matéria de competência tivesse sido decidida em virtude de exceção.

Formou-se em tôrno da interpretação dêsse preceito legal divergência doutrinária e jurisprudencial. Alguns VV. Acórdãos julgaram

que só se aplicará o inciso aos casos em que tivesse havido formal exceção de incompetência; outros julgados fixaram que seria cabível quando alegada pela parte como matéria de defesa e decidida, preliminarmente, em destaque, sem resolver o mérito; há julgados, porém, que consideram irrecorrível as decisões sobre competência decidida de ofício, sem alegação da parte (Acórdão da 3.<sup>a</sup> e 5.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de São Paulo, *apud* ALEXANDRE DE PAULA, “O Processo à Luz da Jurisprudência”, vol. XIV, 6.<sup>o</sup> Supl., 1955 — pág. 1.169, ns. 22.966 e 22.968).

Não obstante julgados em contrário, com a devida vênia, temos dado ao inciso uma interpretação extensiva para abranger as hipóteses de julgamentos preliminares, mesmo sem ser em virtude de exceção.

Seria, pois, de não admitir a reclamação por ser cabível o agravo. Todavia, sendo a matéria do cabimento do agravo controvertida, dada a divergência jurisprudencial acima mencionada, e, no mérito, tratando-se de assunto de relevância que ficará sem o controle eficiente do duplo grau de jurisdição, salvo um possível conflito para ser decidido no Egrégio Supremo Tribunal Federal, parece-nos que, na espécie, seria de admitir a reclamação para poder ser apreciada a matéria argüida.

3 — No mérito, parece-nos que a razão está com os que sustentam da competência do Juízo do domicílio dos cônjuges, que não estariam obrigados a recorrer ao Juízo do desquite, como doutrina VICENTE FARRIA COELHO, em “O Desquite na Jurisprudência dos Tribunais”, página 196, n.<sup>o</sup> 52; CLÓVIS BEVILÁQUA, nos “Comentários ao Código Civil”, vol. 2, pág. 284; CARVALHO SANTOS, no “Código Civil interpretado”, vol. I, pág. 291, todos citados pela parte e, também, ODILON DE ANDRADE quando, em comentário ao art. 646 do Código de Processo Civil, afirma: “O processo far-se-á perante juiz competente. Este é o do domicílio dos cônjuges”. (ODILON DE ANDRADE, Código de Processo Civil Comentado, Edição da Revista Forense, vol. VII, página 370).

Aliás, PONTES DE MIRANDA, invocado na informação, de fato, explicitamente nada diz a respeito da competência, quer nas suas obras de direito civil, como nas de direito adjetivo, no entanto, ao apreciar a natureza jurídica das sentenças de desquite afirma que “A reconciliação dos cônjuges é *circunstância nova, nova declaração constitutiva*, que nada tem com a questão da coisa julgada material” (pág. 343) .... mais adiante: “A sentença de reconciliação é *constitutiva positiva*” (pág. 347 dos Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, tomo II, pág. 343 e 347).

Afirma-se que o art. 138 do Código de Processo Civil dirime a hipótese dos autos porque a reconciliação é oriunda do desquite.

O art. 138 do Código citado dispõe que “as ações acessórias, ou oriundas de outras, julgadas ou em curso, serão da competência do juiz da causa principal”. Esse preceito se refere às ações e destina-se, evidentemente, à jurisdição contenciosa.

Ora, o processo de reconciliação não é de jurisdição contenciosa, nem é oriundo de outra ação, mas é de jurisdição voluntária e autônoma, com a nova declaração de vontade que nêle se insere.

FREDERICO MARQUES dedica um capítulo de suas "*Instituições de Direito Processual Civil*" à competência na jurisdição voluntária, sublinhando as dificuldades que existem em matéria de competência de fôro, onde as regras estabelecidas para jurisdição contenciosa não podem ser aplicadas, afirmando mesmo que não "há competência territorial absoluta para os atos de jurisdição voluntária".

Não se pode falar em declinatória fori porque não existem duas partes (LIEBMAN); nem se fixar a competência pelo domicílio do réu, uma vez que, nesses processos, não há réu.

Conclui o ilustre professor o seu estudo afirmando que, salvo disposição em contrário, em matéria de jurisdição voluntária predomina o princípio da competência pelo lugar "do domicílio, residência ou sede do requerente". Ouçamo-lo nas suas próprias palavras:

"Como não traz o Código nenhuma regra própria a respeito da competência na jurisdição voluntária, fôro especial não existe para êsses atos judiciários. Desta forma, a competência será, por exclusão, a do fôro comum. E como não se pode falar em fôro do domicílio do réu, porque não há litígio, funcionará o fôro supletivo: *o do domicílio de quem faz o pedido*.

Daí a regra seguinte: quando o ato de jurisdição voluntária não é contemplado com preceito especial sobre a competência, o procedimento será feito no lugar do "domicílio, residência ou sede do requerente".

(FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, pág. 484).

Assim, na hipótese dos autos, a competência é, *data venia*, a do fôro dêste Estado, onde residem e estão domiciliados os requerentes.

E', sem dúvida, a melhor solução. Está de acôrdo com a doutrina, atenta aos interesses das partes e aos fins da lei que visa facilitar o restabelecimento da sociedade conjugal.

4 — Nestas condições, invocando os Doutos Suplementos da Egrégia Câmara, opinamos que seja dado provimento à reclamação para se reconhecer a competência do Juízo reclamado.

Rio de Janeiro, 10 de março de 1969.

CLOVIS PAULO DA ROCHA  
11.º Procurador da Justiça

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 53.796/69

2.ª CÂMARA CRIMINAL

Apelante: O Juízo da 14.ª Vara Criminal

Apelado: Celso Benedito Dias Souza

*Artigo 281 do Código Penal. — Flagrante. — Nulidade*

PARECER

1 — No dia 28 de dezembro do ano próximo passado, ou seja, no dia imediato à publicação oficial do Decreto-lei n.º 385 — com ampla divulgação pela imprensa — uma das turmas da Delegacia de Tóxicos, chefiada pelo Detetive Abifio, surpreendeu e prendeu o apelado, Celso Benedito Dias Souza, quando trazia consigo, clandestinamente, determinada quantia de “maconha” — 1,60 gramas, fls. 30 — bastante para a preparação de um cigarro ou dois. (HÉLIO GOMES, Medicina Legal, pág. 156, 10.ª ed.).

2 — Conduzido à Delegacia Especializada, foi o apelado autuado em flagrante e recebeu nota de culpa como incurso nas penas do artigo 281 do Código Penal, por isso que, depois de ter sido ouvido, bem como os policiais que participaram da diligência, resultaram das respostas que deram às perguntas que lhe foram feitas, não fundadas suspeitas contra o conduzido, que é o que a lei exige (Art. 304, § 1.º, do Código de Processo Penal), mas certeza de que em seu poder, como aliás confessou, encontrava-se a substância apontada como “maconha”, e como tal pericialmente reconhecida (fls. 30).

3 — Há ainda quem suponha, pense, imagine ou entenda, que o inquérito há de ser contraditório, quando certo é, pelo sistema vigente, que os “expertos” ainda não *inventaram* melhor, que contraditória é a instrução criminal e assim, se o inquérito — no caso flagrante — mera peça informativa (R.H.C. 43.878, R.T.J., v. 140, pág. 275) — tem a seu favor a presunção de verdade (R.H.C. 39.457, D. Justiça de 2-5-63), certo é que essa presunção não prevalece se ilidida pela instru-

ção criminal. Por isso mesmo, se no inquérito — no caso flagrante — há vícios, não têm êstes a virtude de afetar o processo subsequente, em que a mais ampla defesa foi assegurada, nos prazos que a lei fixa, de modo que, sem embargo do respeito e da consideração que justamente merece o ilustrado prolator da sentença apelada, é mera *poesia*, quando da sentença, anular o flagrante, já superado pela instrução criminal, e ainda sob a alegação, respeitável mas que não substitui a prova, de *experiência própria*, como policial, que revelaria que a Autoridade apontada como o tendo presidido, bem como o Curador nomeado diante da idade alegada pelo apelado, ambos advogados inscritos na ordem, achavam-se ausentes quando da lavratura do flagrante, e não obstante deram-se como presentes e assinaram o auto, vergonhosa mentira denunciada pelo honrado prolator da sentença apelada, com “fulcro” na “experiência”.

4. Nem se diga que haja nos autos prova, de leve que seja, da falta, no cumprimento do dever, apontada pela douta sentença apelada. Fundou-se seu prolator, na sua longa “experiência” — segundo afirmou e reafirmou — e por força dela e em virtude dela, concluiu que às 20 horas de um sábado do mês de dezembro, não há Delegacia de Polícia nesta terra de São Sebastião, que disponha de um Delegado para presidir um flagrante e, muito menos, de um Curador para completar a representação de um incapaz. Às 20 horas teria sido lavrado o flagrante, quem o disse foi o apelado, que sem embargo da coação de que teria sido vítima, segundo disse, tempo e vagar dispôs para cronometrar todos os seus passos, minuto por minuto, desde a sua prisão após alegre disputa esportiva no Jardim Botânico. O apelado e mais ninguém, e louvando-se nêle, no que êle disse, e pela sua longa “experiência”, concluiu o honrado magistrado pela ausência do Delegado, e do Curador, que seriam, além de relapsos, mentirosos, sem embargo do merecido e elevado conceito de que ambos, Delegado e Curador, gozam perante as respectivas classes a que pertencem.

5. A sentença anulou tardiamente o flagrante e, paralelamente, julgou improcedente a denúncia. Antes da ação penal, poderia ter sido anulado, se nulidade houvesse, com reflexo, tão somente, na liberdade do apelado, mas diga-se que a instrução criminal confirmou tudo e mais nada, o que já constava do flagrante. Os policiais que detiveram o apelado, na instrução criminal, não foram somente ouvidos como testemunhas, mas também como se réus fôsem. Foram interrogados e esta é a impressão que resta das perguntas que lhes foram feitas. Pois bem, apesar disto e não obstante o louvável esforço do eminente magistrado que presidiu a instrução criminal, as respostas que deram às perguntas feitas, foram coerentes, firmes e uniformes. De suas declarações e do confronto com os demais elementos que informam os autos, não há o *menor indício* de que tenham as testemunhas faltado à verdade. Foram minuciosos e esclareceram, inclusive, o motivo da presença dêles no local

e a causa da revista que resultou na prisão do apelado. Não se aponta também nada nos autos que revele, de longe, o interesse subalterno dêles em prenderem o apelado se inocente fôsse, a que não conheciam nem dêle eram conhecidas.

6. Para concluir pela imprestabilidade do testemunho dos policiais, diz o eminente prolator da sentença apelada, que Abílio, o Detetive que chefiou a diligência, “não tem condições bio-psicológicas” para exercer suas funções ou de servir como testemunha, e além dêle, suspeito também é Ney, porque, sendo guarda-noturno como era, não iria trabalhar à tarde, voluntariamente, tendo perdido a noite em suas funções normais.

Quanto a Abílio, li e reli fôlha por fôlha dos autos, e desprezando, *data venia*, os valiosos “ensinamentos do Prof. Antônio Dellepiane”, citado pela erudita sentença, e abstraída “a teoria da convergência dos indícios”, embora o tenha em elevada conta, não encontrei “indício” algum que o apontasse como imprestável para o exercício de suas funções policiais ou que o incapacitasse para o dever de servir como testemunha. Muito mais exigente, segundo parece, é o Dr. Juiz, porque para a Lei.

“Tôda a pessoa poderá ser testemunha” (Art. 202), salvo, evidentemente, aquela impedida de depor por fôrça de lei, o que não é o caso.

Na verdade, Ney seria da Guarda Noturna, e daí concluir o Doutor Juiz que, forçosamente, perderia êle as noites palmilhando as ruas desta cidade. Daí, segundo parece, entendeu que depois de uma noitada, não teria Ney fôrças nem disposição para participar, gratuitamente, de qualquer diligência policial. Mera suposição, sem apoio na realidade dos fatos, pois consta do flagrante, com tôdas as letras, que o tal Ney, é “Inspetor da Guarda-Noturna à disposição desta Delegacia” (fls. 3). Bem ou mal, o aludido “Inspetor” exercia funções policiais na Especializada, e nada o impedia, como a qualquer do povo, de “prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (art. 301 do Cód. Processo Penal) e de cumprir o dever imposto a todo cidadão de servir como testemunha (Art. 202, Cód. citado), e tudo *gratuitamente*.

7. Não há nada como se ter *experiência*. Dela dizia o grande César que era “mestre de tôdas as coisas”, e acrescentava, “quando se ajusta à inteligência”. Da falta de *experiência* me penitencio, mas peccador renitente que sou, repito que não há nos autos — perdoe a expressão — *a mais leve prova* de que as testemunhas faltaram com a verdade, ou melhor, mentiram de parceria com o Dr. Delegado e o Curador do apelado.

8. Fala-se no *abastardamento da função de autoridade policial* e isto de “certo número de anos para o presente”, diz a douta sentença. Antes tal não havia. A desmentir, *data venia*, a alegação, há que ponderar que numerosos magistrados ingressaram em tôdas as épocas e

até recentemente, na nobre e difícil função de julgar, inclusive o honrado prolator da decisão apelada, saindo dos quadros da *Polícia*. Não há que defender os policiais, que no exercício também de suas árduas funções prenderam o apelado, mesmo porque, não contra êles e sim contra o apelado, é que foi intentada a ação que culminou na respeitável e douta sentença apelada. Ninguém ignora, ainda que inexperienced, que não há corporação ou instituição, que seus membros não tenham sido acusados de vícios vários, e quanta injustiça tem sido praticada. A *Polícia* é uma delas, e o policial não se livra de críticas tantas vezes, a maioria talvez, sem nenhum fundamento. O magistrado também está sujeito a elas. Da *Justiça Criminal* ouvi dizer:

“Tenho muito medo da *Justiça Criminal*. A *Justiça Criminal* ou tem carinhos maternos para com os acusados ou então um rigor absurdo” (Vide H.C. 42.445, R.T.J., vol. 35, pág. 515).

Não me convenci do acerto dessas palavras que para mim constituem, com a devida vênia de quem as proferiu, se bem que magistrado dos mais dignos, grave injustiça e isto — com a permissão do honrado prolator da sentença apelada — fruto de minha experiência e convívio, para honra minha, com numerosos magistrados que significariam o mais alto dos Tribunais da mais civilizada das Nações. E assim, como não dei como verdade, *data venia*, o que se disse da *Justiça Criminal*, só me convenço do que dizem da *Instituição Policial*, ou melhor, dos policiais, ou de qualquer outro cidadão, diante de prova inequívoca. Somente diante da prova, e por força da prova que instrui os autos, é que opino pelo provimento da apelação, para que seja o apelado condenado, pois, sem sombra de dúvida, tinha êle consigo, clandestinamente, o entorpecente apreendido, o que é bastante à configuração do crime do art. 281, do Código Penal. Primário e menor o apelado, a pena, segundo me parece, é de ser fixada no mínimo legal, concedido “*sur-sis*”, por militar a seu favor a presunção de que não tornará a delinquir.

Rio de Janeiro, 14 de abril de 1969.

A. PIRES E ALBUQUERQUE JÚNIOR  
3.º Procurador da Justiça

9.<sup>a</sup> VARA CRIMINAL (N.º 28.235).

12.<sup>a</sup> D.D. (449/67).

*Exercício arbitrário das próprias razões. Tentativa de furto. — Diferenciação.*

#### PARECER

Divergem o representante do M.P. e o MM. Dr. Juiz quando à classificação penal cabível, entendendo o Magistrado tratar-se de furto tentado, sustentando o Dr. Promotor como vulnerado o art. 345 do C. Penal — exercício arbitrário das próprias razões —, com a conseqüente transmutação da ação em privada, à falta de violência.

O comportamento dos indiciados, além de enquadrar-se na moldura típica (*tatbestand*) da tentativa de furto, estaria, também, nos limites do exercício arbitrário das próprias razões? A resposta é afirmativa.

Esclarece NÉLSON HUNGRIA (Com. ao Código Penal, IX, 496), e contra a orientação de MAGALHÃES DRUMOND (Estudos, 1938, página 383) que a pretensão *não há de ser necessariamente legítima, bastando que o agente assim a considere* — e os indiciados estavam convencidos da legitimidade de sua ação, tanto assim que foram ao encontro do agente da autoridade policial, reclamando a injustificada diminuição do seu patrimônio anteriormente ocorrida.

Ainda o insigne NÉLSON HUNGRIA (obra citada, pág. 497) aduz, roborando o ponto de vista do Dr. Promotor, que o crime do art. 345 é “referível a qualquer direito, contra a propriedade, contra...”

A coincidência em epígrafe serve para demonstrar que a teoria da tipicidade (ERNST BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubingen, 1906), com a crítica excessivamente desfavorável de FERRI (*Principii di Diritto Criminale*, Torino, 1928, pág. 387, n.º 1), teve sua justa medida em FLORIAN (*Trattato di Diritto Penale*, parte generale, 4.<sup>a</sup> ed., Milano, 1934, I, n.º 298) e em MAGGIORE (*Principii di Diritto Penale*, Bologna, 1938, I, 195): a *tatbestandmässigkeit* do Mestre de Munich é útil, mas não necessária ou decisiva.

Conseqüentemente, e caracterizando o elemento dito *transitivo* constitutivo dos *elementa essentialia propria delicti* qualquer dos dois

crimes, a identificação do crime realmente perpetrado será dada pelo *elemento subjetivo*:

A forma intermediária de culpabilidade preconizada por LÖFFLER (“*As Formas Da Culpa*”, Leipzig, 1895) — o *conhecimento* — e incluída no projeto tcheco, não teve aceitação, continuando o direito penal hodierno a consagrar unicamente o dolo e a culpa (s.s.).

Ante a multiplicidade de escolas e correntes que definem o crime doloso, louvável foi a orientação do nosso diploma substantivo ao inserir seu conceito, filiando-se à teoria da vontade (oposta à da representação): *nihil volitum quem praecognitum*.

Ressalta MAGGIORE:

“Non basta la previsione senza la volontà, ma non basta neppure la volontà senza previsione”. (obra citada, I, 365).

Ajustando-se qual luva à hipótese vertente, poderíamos citar o exemplo de A. J. DA COSTA E SILVA, o expoente da escola técnico-jurídica no Brasil:

“Não comete furto o sentenciado que, no intuito de livrar-se dos rigores da pena, se evade da prisão, levando a roupa do estabelecimento com a qual estava vestido, porque não foi a idéia de ficar com a roupa o motivo determinante da evasão. Uma série de delitos tem como elemento integrante a intenção (no sentido supra). É o chamado dolo específico”. (C.P. Anotado, São Paulo, 1943, I, 108).

É o caso dos autos, *m.m.*: o escôpo dos indiciados não foi a simples subtração, *mas a reparação*, embora de forma arbitrária e injurídica, da diminuição do seu patrimônio anteriormente ocorrida, ou seja, *agiram com o dolo específico insito ao exercício arbitrário das próprias razões*.

Deve, conseqüentemente, ser mantido o pedido de arquivamento, ressalvada a eventual iniciativa da parte, eis que, à falta de violência, o crime praticado (art. 345 do C. P.) passa a ser de ação privada.

Rio, 29 de dezembro de 1967.

ROBERVAL CLEMENTINO COSTA DO MONTE  
Adjunto do Procurador Geral

Aprovo. Rio, 29 de dezembro de 1967. — LEOPOLDO BRAGA, Procurador-Geral de Justiça.

## FUGA DE PRÊSO

*Fuga de prêso. Cautela normal da escolta*

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Criminal n.º 50.222/1967.

Edmar Pereira de Miranda x a Justiça.

### PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Egrégia 3.<sup>a</sup> Câmara Criminal:

O réu, soldado da Polícia Militar, e cumprindo escala de serviço no Hospital Barata Ribeiro, escoltara um prêso confiado à sua guarda, que fôra ao banheiro, e que daí fugiu. Condenado como incurso nas penas do art. 156 do Código Penal Militar (“Deixar fugir prêso por culpa”), apela o dito soldado.

Tem êle carradas de razões! Em matéria de culpa, a lei tem em vista o *homo medius* e a previsibilidade deve ser *objetiva*:

*“La lei penal tiene que crear motivos de conducta en los asociados, estimulando alguna situación socialógica en que la previsión aparezca, lo cual significa que hay que precisar cuando se impone el deber de prever. Por esto se ha ido delineando una teoria objetiva de la previsibilidad. Ya IMPALLOMENI hablava de un cálculo sobre la capacidad media de los hombres, y TOLOMEI sostenia que, para la noción de la previsibilidad, es preciso referirse a una previsibilidad objetiva, medida según las aptitudes de la generalidad de los hombres”*

(ENRICO ALTAVILLA, in “La Culpa”, pág. 57, ed. 1956, tradução do italiano para o espanhol).

Ora, no caso presente, o prêso não fugiu nem da enfermaria, nem do corredor. Fugiu quando estava no interior do reservado sanitário,

que se *presume* seguro e indevassável no *id quod plenumque accidit* ...  
... Qualquer vigilante *normal* vigia o prêso *pari passu*, menos no *water closet*... O vigilante não vai ficar ao lado do prêso enquanto ele urina ou defeca ..... Nem vai deixar que o prêso satisfaça suas necessidades fisiológicas, com a porta do banheiro *aberta*, o que constituiria ultraje público ao pudor ..... E muito menos o vigilante vai fazer inspeção *a priori* no banheiro, estando o prêso apertado ..... O responsável pelo estabelecimento que trate de tornar *seguro* o reservado. O soldado, portanto, agiu objetivamente com as cautelas do homem *normal*.

Se o prêso fugiu, fê-lo em *circunstâncias especiais* (dificilmente previsíveis). Ora:

“Presume-se a negligência em tôda a evasão de detidos, salvo, provando o guarda, que nehuma culpa pode ser-lhe incriminada em face das *circunstâncias especiais* em que se deu a evasão”. (H. CANABARRO REICHARDT, in “Código Penal Militar”, pág. 163, Rio, ed. 1945).

A Procuradoria, por conseguinte, é pelo provimento da apelação de fls. 74/75.

Rio de Janeiro, 23 de março de 1967.

JORGE GUEDES  
Procurador em exercício



# JURISPRUDÊNCIA

## JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

### RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AUDITORES CONTÁBEIS

*Responsabilidade civil dos auditores contábeis, quando ocorre. Auditoria interna e externa. Concurso de culpa. Apelação provida, em parte.*

*Voto vencido, rejeitando a divisão da culpa e provendo a apelação, apenas, quanto aos honorários e juros.*

**Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara (7.<sup>a</sup> Câmara Cível)**

**Apelação Cível n.º 10.770**

Deloitte Plender Griffiths & Cia.  
versus Panair do Brasil S. A.  
Relator: Des. Mauro Gouvêa Coelho.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível número 10.770, em que é apelante Deloitte Plender Griffiths & Cia. e apelada Panair do Brasil S. A.:

Acordam os Juízes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, em dar provimento, em parte, à apelação, por unanimidade, quanto aos honorários de advogado, que devem ser principal da condenação, e juros de calculados na base de 10% sobre o principal da condenação e juros de mora, a partir da citação, segundo a taxa de 6% a.a., e, por maioria, para admitir a concorrência de culpa, condenando a apelante no paga-

mento do principal de Cr\$. . . . . 12.735.519,40, vencido, neste ponto, o Des. Oliveira e Silva, que rejeitava a divisão de culpa, mantendo a sentença apelada. Custas, divididas entre as partes.

Ação ordinária de indenização, com fundamento em ato ilícito, movida pela ora apelada contra a ora apelante, que, como auditora contábil, teria, por omissão nos seus exames e verificações, permitido que empregados desonestos da apelada, em repetidos desfalques e realizados pelo mesmo processo durante cerca de quatro anos, lesassem a apelada em importância que atingiu a Cr\$. . . . . 27.230.707,00, e que isso decorreu da falha profissional da apelante. A apelante argumenta, citando o laudo do perito Desempatador, depois de fazer a distinção entre as atribuições de auditores internos e auditores externos, que ela, auditora externa, não contribuiu com a sua atuação para que os desfalques se consumassem, de vez que não estava incumbida de proceder a exames permanentes ou mesmo periódicos na Caixa da Cia., mas, apenas, no último dia de cada ano, sem qualquer caráter de surpresa, estando, assim, alertados os responsáveis pela caixa, diante da habitualidade desses balanços. Na apelação que veio a interpor da sentença de fls. 1.150 a 1.163, que julgou a ação procedente, condenado a apelante a indenizar a A., ora apelada, pagando Cr\$. . . . .

25.971.038,80, acrescidos de juros de mora na base de 1% ao mês, custas proporcionais e honorários de advogado fixados em 20% sobre o *quantum* apurado, na apelação sustenta a apelante que a sentença decidiu *ultra petita*, pois, que a inicial pedira, apenas, juros de mora e a sentença concedeu generosos juros de 1% ao mês, que equivale a um ônus de Cr\$ 3.116.524,60 por ano, quando é certo que na ausência de convenção a taxa de juros deve ser a legal, não prevalecendo o estilo da praça ou os usos locais (CARVALHO SANTOS, "Cód. Civ. Bras. Interpretado", vol. XIV, pág. 281, ed.1938); que, ainda, é exagerada a sentença na condenação de honorários de advogado de 20%, o que dá uma soma superior a Cr\$ 10.000.000,00; que é comum que a taxa de honorários desça na proporção que cresce o valor da condenação, para que não se chegue a resultados fantásticos, e insiste que não houve culpa de sua parte, mera auditora externa; que nesse tipo de revisão não se pode esperar a revelação de faltas, mesmo de somas substanciais, que sejam de somenos importância em relação ao ativo no seu total; que, na espécie, as importâncias dos desfalques eram insignificantes em relação ao todo do movimento financeiro, podendo ser habilidosamente desfarçados e jure quando o desfalque quintuplicou, tornando-se relevante, foi descoberto e essa descoberta foi feita pela apelante; que as circunstâncias ligadas às inadvertências apontadas pelo perito Desempataador, aliás com expressão exclusiva e negligência ou omissão, somente adquiriram algum realce depois de conhecido o desfalque, pois, antes, constituíam simples detalhes a que não se poderia, ligar a idéia de fraude.

Vejamos, porém, os fatos. O mecanismo do desfalque era o seguinte: para encobrir as importâncias subtraídas durante o ano, no último dia do ano, — 31 de dezembro — os empregados infiéis da A., ora apelada, e que já foram condenados pela Justiça Penal, empregados que tinham a seu cargo o controle de caixas, bancos e caixa geral, faziam um de-

pósito bancário por meio de cheque da própria Panair, de importância igual ao desfalque, contando que o banco contra o qual era imitado o cheque só iria acusar a retirada quando aquêle outro banco onde se fizera o depósito lhe apresentasse o cheque para cobrança, em 3 ou 4 de janeiro. Assim, no dia 31 de dezembro, a situação da caixa era, aparentemente certa. Ainda se mantinha, de acordo com a demonstração do banco onde estava o depósito, a importância do cheque que não tinha sido ainda apresentado, e já havia um outro depósito em outro banco. Dessa forma, se fazia a conferência. Somente três ou quatro dias depois é que o ardil se revelava. Mas todas as conferências dos auditores eram referidas a 31 de dezembro, e nesse dia, mercê da manobra astuciosa, as coisas estavam aparentemente certas.

A fraude verificou-se pela primeira vez em 1946, e a importância foi, relativamente, pequena — Cr\$. . . . 500.000,00 —, como se os ladrões estivessem a experimentar a eficiência dos controles. No ano seguinte, em 1947, a manobra repetiu-se exatamente como da primeira vez, com a importância suficiente para cobrir, não só o desfalque do ano anterior, como outros que foram ocorrendo no curso do ano. Fez-se um depósito simulado de Cr\$ 2.600.000,00, nada tendo sido notado na verificação dos auditores. Em 1948 já foi necessário um depósito simulado de Cr\$. . . 4.900.000,00 para se cobrir as somas dos desfalques anteriores e os novos ocorridos no curso do ano. Parece que, animados com esses resultados, os empregados infiéis demandaram-se durante o ano. A soma dos desfalques durante o ano de 1949 já era superior a Cr\$. . . . . 19.000.000,00, e os depósitos simulados para cobrir essa importância e as anteriores tinham de se elevar a mais de Cr\$ 26.000.000,00. Ainda assim, o sistema de fraude funcionou bem, e só foi descoberto porque os ladrões erraram nas suas contas. Não fizeram depósitos que cobrissem os 26.000.000,00. Os auditores notaram na conferência de caixa a di-

ferença de Cr\$ 1.000.000,00 e pediram comprovação desse depósito. Como não haviam feito, os empregados infiéis pretextaram que o documento de depósito estava na gaveta de um funcionário que não comparecera naquele dia, mas que na segunda-feira seguinte, chegando esse funcionário, seria entregue o documento de depósito. Na segunda-feira, porém, não compareceram. Fugiram. Assim descobriram-se os desfalques, fazendo, então, os auditores a sua apuração desde o ano de 1946.

A questão de direito é se a auditoria contábil, que é a apelante, por não haver descoberto desde logo a manobra ardilosa, que permitiu a repetição dos desfalques com os prejuízos decorrentes, se incorrera ou não em culpa, com a conseqüente responsabilidade civil. Essa questão envolve uma outra, de natureza técnica contábil: se dentro dos limites das funções de auditores ou de revisores, era ou não passível a apelante descobrir a manobra fraudulenta.

Os técnicos de contabilidade distinguem dois tipos fundamentais de auditoria, a "interna" e a "externa". A interna é de natureza permanente e esta tinha a própria Cia. apelada, como se pode ver do quadro do seu Departamento de Contabilidade, constante dos laudos de todos os peritos. É usual, nas grandes empresas, utilizar-se ainda o controle "externo", como uma apuração ou filtragem final que possa revelar as falhas do seu sistema contábil, que tenham passado despercebidas pela auditoria interna e, ainda, falhas da própria auditoria interna. Sempre quem está de fora vê melhor. Essa auditoria externa, como referem-se os peritos, admite vários graus. Pode ser detalhada, completa, geral, contínua e de revisão de balanço. O perito Desempataador, no seu laudo, admite que a auditoria exercida pela apelante nos anos de 1946 a 1949, era "auditoria de revisão de balanço, com a comprovação de caixa na data do balanço" (resp. ao 4.º q. supl. da A., fls. 826/832 dos autos). Aceitando que seja esse

o tipo da revisão que a apelante fazia para a apelada, verifica-se que, de acordo com o item 5.º do impresso das suas próprias instruções do formulário de certificado de caixa, lhe cabia "examinar os recibos de depósitos em bancos referentes aos depósitos feitos na data da contagem e no dia anterior". Esses recibos que a Ré apelante tinha de examinar e relativos aos depósitos nos bancos, que permitiram a fraude, apresentavam uma falha essencial e nessa falha se fundava todo o mecanismo da fraude: é que não se mencionava em tais recibos de depósito bancário se o depósito era feito em dinheiro corrente ou em cheque (Veja-se fotostáticas de fls. 556/557). Foi isso, como se viu, que permitiu que os fraudadores simulassem o depósito, apenas, movimentando o cheque de um banco para depositar em outro, dando a impressão que permanecia o depósito no primeiro banco e já havia um depósito de novo numerário no segundo banco, e esse jôgo encobria os desfalques no dia do exame. A experiência dos auditores não devia passar em branco essa falha. Aliás, é para isto mesmo que eles existem, para apontar as falhas existentes. Deveriam ter chamado a atenção para se adotar um documento de depósito bancário, distinguindo o depósito em dinheiro e o depósito feito mediante cheque. Os bancos já, atualmente, estão adotando dois tipos de impressos, em cores diferentes, conforme se trata de depósito com a entrega de dinheiro ou de cheque. Essa simples correção, ao seu tempo, teria evitado a repetição da fraude. Focalizando esse ponto, disse o perito desempataador: — "é indeclinável a obrigação para os auditores de comunicar aos administradores as falhas que verificarem no controle interno. Nos relatórios relativos aos exercícios de 1947 e 1948, produzidos pelos auditores, há diversas ressalvas que importam referências a dificuldades que tiveram para certificar-se de alguns saldos de contas expressos nos balanços, bem como indicações relativas a ausência de inventários. Quanto ao ponto focali-

zado pela ré no item 16 da contestação (fls. 99 a 100), presume-se que os auditores tiveram conhecimento da falha do controle interno por ocasião da apuração do desfalque. Não há negar, entretanto, que se considera falha do controle interno a permissão do uso de recibos de depósitos passados por banco, que não discriminam a espécie em que foram efetuados tais depósitos — se em dinheiro ou se em cheques —; também essa circunstância passou inadvertida aos auditores, constando quaisquer recomendações destes para que se fizesse constar de tais recibos a discriminação da espécie depositada” (Res. do perito desempataador, Mário Lorenzo Fernandez, ao quesito 17, suplementar da A., às fls. 839).

É certo, porém, que esse mesmo ilustre perito desempataador veio, depois, a concluir: “No entender do signatário, os auditores externos não contribuíram, com a sua atuação para que os desfalques se consummassem” (resp. ao 24.º quesito suplementar da Ré, fls. 845). Essa conclusão do perito está ressaltada com ênfase pela apelante no seu memorial de defesa. Mas, aqui, há, *data venia*, uma invasão pelo perito nas atribuições do julgador. Os peritos fornecem os dados técnicos, porém, as conclusões que interessam ao direito em debate, quem as tira é o juiz. E, mais ainda, no caso concreto, entendimento do ilustre perito desempataador não encontra apoio em muitas de suas próprias respostas.

No final dessa sua conclusão, o perito procura justificar o seu juízo de que “os auditores externos não contribuíram, com a sua atuação, para que os desfalques se consummassem, uma vez que, ao que consta dos autos, não estavam incumbidos de proceder a exames permanentes, ou mesmo periódicos, na caixa da Companhia, mas, apenas, no último dia de cada ano, sem qualquer caráter de surpresa, por isso que os responsáveis pela caixa estariam alertados face à habitualidade desses balanços (fls. 845). Essas razões apresentadas para justificar a conclusão

do perito são insuficientes, pois o próprio perito notou, como se viu da sua resposta ao 17.º q. supl. da A., que passou inadvertida aos auditores a falha do controle interno na permissão do uso de recibos de depósitos bancários sem discriminação se feito com dinheiro contado ou em cheque. Tratava-se de coisa visível nos documentos de depósito que examinavam no último dia de cada ano. Para se perceber isso não se fazia necessário exames de surpresa, nem o exercício de controle permanente. Bastava olhar e a experiência e a técnica dos revisores, que existem para isso, notariam, de pronto, a falha, se não tivessem sido desatentos. E essa falha explica a fraude e foi baseada nela que se desenvolveu todo o mecanismo do furto.

Ainda mais; a técnica da revisão contábil aconselha para verificação de caixa em fim de exercício que se examinem as contas bancárias referentes ao último mês do exercício e as do primeiro do exercício seguinte. Se isto tivesse sido feito, a fraude, também, teria sido descoberta, porque no dia 3 ou 4 de janeiro, já o banco contra o qual tinha sido sacado o cheque acusava a retirada da importância do cheque que lhe tinha sido apresentado por aquele outro onde se fizera o depósito simulado, o que desmanchava inteiramente a conferência da caixa. A esse respeito é ilustrativo o laudo dos peritos da polícia que funcionaram no processo crime movido pelo Ministério Público contra os empregados infiéis, ao focalizar os ensinamentos dos mestres de contabilidade sobre a técnica da revisão:

“A narração dos fatos não deixa a menor parcela de dúvida, de que os revisores externos não atuaram com a devida e indispensável eficiência técnico-profissional em relação às revisões realizadas. Deixaram eles de cumprir dispositivos de suas próprias instruções sobre a verificação de caixa, seguidamente nos exercícios de 1946 a 1948, erro que também

incidiram na revisão geral do balanço e da conta de lucros e perdas de todos aquêles exercícios. Tanto assim que foram descobertas as fraudes em 1949, inicialmente porque o revisor lembrou-se de exigir os comprovantes dos depósitos realizados nos bancos nos dias 30 e 31 de dezembro, quando da conferência da "caixa geral", no final do exercício. Esse procedimento é, aliás, clássico na "auditação" contábil, eis que é ensinado por todos os tratadistas da matéria, consoante se exemplifica a seguir: R. Piqué Batlle — *Revisión Técnica de Contabilidad*, p. 5 — *Las cuentas bancarias son, en realidad, una extensión de las operaciones de caja, y es por ello que su examen habrá de ser no solo simultaneo, por la interrelación que entre ambas existe, sino que habrá que prestar gran atención a todas las operaciones practicadas durante el ejercicio, y una manera especial e las que correspondam a los primeros y ultimos días del mismo*". (O grifo é da perícia). Bell y Johns — *Intervención y Fiscalización de Contabilidad*", p. 75 (ver. espanhola) — *En todo caso es indispensable hacer tantos a fin de cerciorarse de si el importe total de los depositos hechos en el banco concuerda con los registros de caja. Los periodos que se elijan para esos tantos han de abarcar por lo menos el primero mes y el ultimo del año. La razón para comprobar así los depositos individuales, y especialmente, su integración, es descubrir cualquier evidencia de defraudación temporal de numerario que haya sido reintegrado después...*" (o grifo é da perícia).

(autos, cert. de fls. 46/46v.).

Essas normas técnicas, como já se viu, não foram observadas no caso e eram suficientes, se cumpridas, para evidenciar o desfalque.

Os auditores, ora apelantes, chegaram a perceber, como se vê de comentários de seu relatório, no balanço de caixa de 31 de dezembro de 1948, às fls. 46/47, que "parece haver um atraso indevido no depósito de remessas em cheques nos Bancos do Rio de Janeiro". Mas, não aprofundaram essa verificação e nem viram nisto a ponta da meada que os levaria a dismantelar o mecanismo da fraude. Assim, não há dúvida que falharam em sua missão e dessa falha decorreu prejuízo para a apelada.

É certo que há uma correlação entre o contrôle interno e o contrôle externo. O perito desempatador afirma que, "em tese, a resposta dada pelo eminente perito da A. (Prof. Francisco D'Auria), que estabelece que o contrôle interno e a revisão externa se completam na ação de prevenir e descobrir fraudes, é exata e perfeita, entendendo o signatário que a auditoria externa, entretanto, não logrará êxito se não tiver consistência no contrôle interno da empresa" (Resp. ao 18.º q. da A., fls. 839). No caso, falharam ambos os contrôles, o da auditoria interna, mantida pela própria apelada, e o da auditoria externa, exercida mediante contrato pela apelante. Se qualquer um dos dois tivesse funcionado com a eficiência que a técnica contábil permite, os desfalques não se tinham repetido. É certo que quem teve a última possibilidade de evitar ou descobrir a fraude foi quem atuou por último e tinha até por missão suprir as falhas do primeiro contrôle. Mas, a teoria da causa próxima que responsabiliza aquêles que teve a última possibilidade de evitar o evento danoso e falhou, teoria essa muito difundida na Inglaterra (Cf. Ripert "La Règle Morale dans les Obligations Civiles", n.º 117), país de origem da apelante, não tem eco em nossa doutrina e jurisprudência, que se filiam com os mestres franceses, a doutrina da equivalência dos antecedentes, eis que sendo cada um dos antecedentes, isoladamente, capaz de produzir o evento, todos são causas do prejuízo, porque, suprimindo um desses ante-

cedentes, — se não houvesse essa falha —, o mal não teria ocorrido e, então, diante da impossibilidade de se escolher um só para lhe atribuir todo o pêso do prejuízo, conclui-se pela equivalência das condições e, conseqüentemente, pela culpa comum, dividindo-se entre os culpados a responsabilidade pelo dano. Diante dessa ordem de idéias e verificada que está a concorrência de culpas (qualquer um dos contrôles interno ou externo que não tivesse falhado teria evitado o evento), divide-se o prejuízo entre as partes, para não se carregar todo o pêso a um dos culpados.

Há ainda a observar que, quanto ao primeiro desfalque de quinhentos mil cruzeiros, nenhuma responsabilidade tem a apelante, porque mesmo que tivesse descoberto, na sua revisão, o desfalque já estava feito. No que ela falhou foi na correção que impedisse os desfalques posteriores. Assim, na divisão da culpa exclui-se essa parcela com referência à apelante.

A sentença de primeira instância, erudita e firme, proferida por um dos nossos melhores juizes, cujo nome se declina com especial aprêço, o dr. Mário Fidalgo, está acima da crítica veemente e por vêzes injusta da apelante; contudo, deve ser modificada, ainda, em outros pontos: no tocante aos juros de mora e aos honorários de advogado.

Os juros da mora, que a sentença fixou em 1% ao mês, ou sejam 12% ao ano, não podem exceder, na ausência de qualquer convenção, à taxa legal de 6% ao ano (art. 1.062, do Código Civil).

Mesmo reduzida a condenação, nos termos do presente acórdão, excluindo-se a importância de Cr\$ 500.000,00 e dividindo-se pela metade o restante reconhecido pela sentença, o que totaliza Cr\$ 12.735.519,40, ainda,

assim, trata-se de uma importância elevada para se calcular os honorários de advogado na base de 20% desse valor. Os honorários, como é sabido, conceituam-se como retribuição do trabalho e responsabilidades do advogado, e jamais como participação ou associação do advogado no crédito ou indenização a que tem direito o seu cliente. Assim, no caso, a retribuição ao advogado não ficará apoucada se lhe atribuir a percentagem de 10% sobre o principal da condenação, o que ainda corresponderá a uma importância respeitável superior a um milhão e duzentos mil cruzeiros.

Rio de Janeiro, 1.º de dezembro de 1960. — *Martinho Garcez Neto* — Presidente, sem voto; *Mauvo Gouvêa Coelho* — Relator; *João José de Queiroz*.

*Francisco de Oliveira e Silva*. “Data venia” da maioria vencedora, aceito, como incensurável, a decisão recorrida, exceto quanto ao pagamento de honorários de advogado e juros, por entendê-los, na espécie, devidos.

Como assinala o dr. juiz “a quo” (fls. 1.159), a ré, contrata para controlar os serviços de contabilidade da autora, ora apelada, se houve com evidente omissão, acalentando a desonestidade dos prepostos da autora, durante quatro anos. Acresce que, sem pesquisar, estimulando aquela desonestidade, omitira o exame dos recibos de depósitos bancários. Assim, com a sua negligência manifesta, provocara um vultoso desfalque nos cofres da autora.

Eis porque não acompanho a maioria vencedora, no que concerne à tese da concorrência de culpa, em face da autora, ora apelada, não haver, direta ou indiretamente, colaborado na referida omissão da ré.

*Francisco de Oliveira e Silva*.

## LOCAÇÃO COMERCIAL — AÇÃO NEGATÓRIA E RENOVATÓRIA CONEXAS — RETOMADA PARA CONSTRUÇÃO — LICENCIAMENTO — CUSTAS E HONORÁRIOS

*I — Locação comercial — Ação negat6ria e ação renovat6ria conexas — Retomada para reconstru73o — Deve ser reconhecido ao propriet6rio o direito da retomada para edifica73o com maior capacidade de utiliza73o, desde que prove a aprova73o do projeto e seu licenciamento. Essa prova pode ser feita mesmo no curso do processo, em raz3o do atendimento pelo julgador dos fatos jur6dicos supervenientes 3 propositura da a73o.*

*II — A Lei estadual n.º 242, de 1948, e o Decreto n.º 9.605, de 1949, que a regulamentou, n3o proíbem o licenciamento de constru73o de edif6cios de mais de tr6s andares sem pr6vios trabalhos de prospec73o, mas apenas obstam a que se inicie a edifica73o sem que 6les sejam comprovados.*

*III — Processo Civil — Custas e honor6rios — Por aplica73o do § 2.º do art. 64 do C3digo de Processo Civil, se o propriet6rio s3o em Superior Inst3ncia comprovou o licenciamento da constru73o pretendida, mostrando que era fundada a oposi73o do locat6rio em Primeira Inst3ncia, deve-se repartir a responsabilidade pelas custas e reduzir os honor6rios fixados para o vencedor.*

**Tribunal de Justi73a do Estado da Guanabara (4.º Grupo de C3maras C6veis)**

**Embargos de Nulidade e Infringentes na Apela73o C6vel n.º 58.085**

Luiz Severiano Ribeiro S/A versus Paulino Ribeiro Campos. Relator: Des. Jo3o Coelho Branco.

### AC3RD3O

Vistos, relatados e discutidos 6stes autos dos Embargos de Nulidade e Infringentes na Apela73o C6vel n.º 58.085, em que 6 embargante Luiz Severiano Ribeiro S/A. e embargado Paulino Ribeiro Campos:

1 — A sociedade embargante, na qualidade de locat6ria do pavimento t6rreo do pr6dio n6mero 51 da Pra73a Floriano, onde tem instalado o Cinema Capit3lio, prop3o a73o renovat6ria do contrato contra o propriet6rio, ora embargado, o qual, a seu turno, ajuizou a73o negat6ria, alegando necessitar do im3vel para reconstruir edif6cio de maior capacidade de utiliza73o.

As a73es tiveram curso conjunto perante o Juízo da 18.ª Vara C6vel, cujo titular, depois de feita prova do indeferimento do projeto de constru73o, denegou a retomada e julgou procedente a a73o renovat6ria, fixando n3o aluguel e nova base para o seguro.

Mas a E. Oitava C3mara C6vel, pela maioria de votos dos Desem-

bargadores Ivan Araújo, relator e Amílcar Laurindo, deu provimento à apelação do proprietário para deferir a retomada, considerando que o mesmo locador trouxera posteriormente aos autos comprovação do deferimento do pedido de reconstrução, ficando, porém, vencido o Desembargador Clóvis Rodrigues, que confirmava a sentença recorrida, não só porque a licença concedida para a edificação era condicional, como também porque considerava insincero o pedido, consoante tudo se lê no v. acórdão de fls. 150 a 153.

Com base nesse voto vencido, ofereceu a sociedade locatária embargos de nulidade, em que sustenta que a prova de licenciamento da reconstrução não podia ser oferecida depois de encerrado o período probatório em primeira instância, como ainda que a licença era condicional e não definitiva, sendo o pedido de inegável insinceridade (fls. 155/162).

Os embargos foram impugnados (fls. 165 a 172).

O embargado ofereceu a certidão de fls. 175 do Departamento de Edificações, sobre a qual se pronunciou a embargante no prazo legal que lhe foi concedido (fls. 177).

2 — Questão que deu lugar a largos debates doutrinários e profundas divergências em nossos Tribunais foi a de saber se lícito era ao proprietário afastar a renovação do contrato de locação comercial ou industrial, por via da retomada para demolição e reconstrução voluntária, de vez que a má redação da letra *d* do parágrafo único do artigo 8.º do Decreto n.º 24.150 levava muitos à conclusão de que no dispositivo só se previu a hipótese de reconstrução compulsória imposta pelo poder público.

Acabou, porém, prevalecendo a exegese segundo a qual pode o locador retomar o imóvel, não só quando estiver obrigado, por determinação da autoridade pública, a realizar obras que importem na radical transformação do prédio, mas ainda quando pretender nêle introduzir profundas modificações que lhe alterem a natureza e o valor. (*Goulart de Oliveira, Renovação de Con-*

*trato*, 1942, vol. II, n.º 746, pág. 326; *Philadelpho Azevedo, Um Triênio de Judicatura*, vol. III, n.º 409, página 220-223; *Darcy Bessone, Do Direito do Comerciante à Renovação do Arrendamento*, 1940, pág. 109; *Alfredo Buzaid, Da Ação Renovatória*, 1958, ns. 193 e 194, pág. 293 e segs.; *Espinola Filho, A Locação Residencial e Comercial*, 3.ª ed. 1956, vol. II, n.º 57, pág. 850 e segs.; *Oswaldo Opitz, Problemas de Locação Comercial e Industrial*, 1963, pág. 184 e segs.; *J. Nascimento Franco e Nisóke Gondo, Ação Renovatória e Ação Revisional de Aluguel*, 1.ª ed., 1968, ns. 145 e segs., pág. 197 e segs. Em sentido contrário, vide *Pontes de Miranda, Tratado de Direito Predial*, 1953, vol V, pág. 161 e *Tratado de Direito Privado*, 1962, T. XLI, pág. 225).

E o E. Supremo Tribunal Federal já reconheceu o princípio, inserindo-o na *Súmula* n.º 374: “Na retomada para construção mais útil, não é necessário que a obra tenha sido ordenada pela autoridade pública.”

3 — O voto vencido, em que se firmam os embargos, não nega êsse princípio; sustenta apenas, para denegar a retomada, que o *dominus* não fez prova de licenciamento regular para a pretendida reconstrução e que o pedido era insincero, porque não havia prova de despejo das demais unidades locatárias do edifício, acrescentando o embargante não ser lícito produzir-se, em segunda instância, a comprovação da licença para a obra.

É inegável que, tratando-se, como se trata, *in casu*, de nova edificação voluntária, a prova de aprovação e de licença dela pelas autoridades administrativas é prescindível, porque, com ela, mais do que a necessidade e a sinceridade da defesa feita, comprova o proprietário a possibilidade e a exequibilidade da edificação projetada. Mesmo quando se trata de obra compulsória, exige a lei que a contestação do *dominus*, além da notificação da autoridade, seja comprovada com relatório minucioso e pormenorizado, com estimativas parceladas e devidamente

justificadas, assinado por engenheiro construtor, legalmente habilitado (art. 8.º, § único, letra *d*). Do mesmo modo, em relação ao inquilinato comum, exige a lei emergencial prova de estar a edificação projetada devidamente licenciada (Lei n.º 4.494, de 25 de novembro de 1964, art. 11, n.º VIII).

Mas, ao contrário do que sustenta o embargante, essa prova pode ser feita no curso do processo. É que, com fundamento na doutrina da economia dos juízos, domina o direito processual moderno o princípio da *causa superveniens*, do *ius superveniens*, segundo o qual o juiz, ao sentenciar, deve considerar os fatos constitutivos ou extintivos do direito verificado no curso da demanda. Chiovenda justifica-o plenamente, asserindo: “A aplicação rigorosa do princípio de que “deve atuar-se a lei como se isso ocorresse no momento de demanda” conduziria as duas conseqüências práticas: a) que o Juiz não deveria levar em conta fatos extintivos do direito posteriores à demanda; b) que não deveria ter em apêço fatos constitutivos do direito e da ação posteriores à demanda. Dêsse rigor em ambas as aplicações conservam-se traços no direito romano clássico. Já no direito moderno, é temperado pelo princípio da economia dos processos. Conseqüentemente, o Juiz decide baseado no que se apura no encerramento da discussão, e portanto: a) Absolve o réu, se o direito extinguiu-se durante a lide (era já a máxima dos sabinianos: *omnia iudicia esse nō solutoria*). Nesse caso, não se podendo declarar infundado o pedido, motiva-se a absolvição com a cessação da matéria da contenda; b) recebe o pedido, se o fato, em que se fundava, se verificou durante a lide (*ius superveniens*). Neste segundo caso, impõe-se, porém, que não se trate de demanda nova, conforme os princípios da identificação das ações (adiante, § 14); a proibição, pois, de mudar o pedido no curso da lide e, por conseqüência, de mudar a *causa petendi*, não inclui que se possa fazer valer uma causa superveniens, quando seja o próprio fato ju-

rídico afirmado como existente na demanda judicial e que, naquele momento, ainda não existia. Assim, na reivindicação, a posse, do réu; na ação hereditária, a morte do *de cuius*; a necessidade na ação alimentar, e semelhantes (*Instituições de Direito Processual Civil*, trad. brasil. de Guimarães Menegale, 1942, vol. I, n.º 38, pág. 257, e, ainda números 21 e III, pág. 113 e 497; idem, *Princípios de Derecho Procesal*, trad. de Santaló, t. I, págs. 194-195).

Esse princípio foi reconhecido e proclamado entre nós por autorizadas vozes, como as de Pontes de Miranda (*Comentários*, 2.ª ed., 1958, T. II, pág. 411); Pedro Batista Martins (*Comentários*, 1942, vol. III, n.º 225, página 281); Pereira Braga (*Exegese do Código de Processo Civil*, vol. II, T. II, página 248) e Lopes da Costa (*Direito Proc. Civil*, vol. I, n.º 95, pág. 128).

O Prof. Alberto dos Reis, fixando os limites de aplicação do art. 663 do Código Português, que consagrou a regra da atendibilidade dos fatos jurídicos supervenientes, esclarece: “A outra limitação que resulta do artigo 663 é esta: o fato superveniente há de ser alegado até o encerramento da discussão; o tribunal só pode tomá-lo em conta se fôr invocado até esse momento. Mas por encerramento da discussão entende-se tanto o que se verifica na 1.ª instância, como o que se verifica na 2.ª instância. Suponhamos que o fato ocorre depois de encerrada a discussão na 1.ª instância; já não pode ser atendida a sentença. Mas, se houver recurso, pode o fato ser alegado perante a relação, contanto que o seja até ao encerramento da discussão neste Tribunal. Se ocorrer ou fôr invocado depois de encerrada a discussão na 2.ª instância, já não pode ser considerado, ainda que se interponha recurso para o Supremo, visto este Tribunal não conhecer da matéria de fato” (*Código de Processo Civil Anotado*, 1952, vol. V, pág. 85).

O salutar princípio já perfilhou o Anteprojeto de Código de Processo Civil de Alfredo Buzaid, em cujo artigo 502 se lê: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitu-

tivo, modificativo ou extintivo do direito influir sobre a decisão da lide, caberá ao Juiz tomá-lo em consideração de officio ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.”

O próprio legislador já o adotou e sancionou na Lei n.º 4.632, de 18 de maio de 1965, que, alterando o art. 64 do Código de Processo Civil, lhe editou o seguinte parágrafo segundo: “Se a sentença se basear em fato ou direito superveniente, o Juiz levará em conta essa circunstância para o efeito da condenação nas custas e nos honorários.”

A fonte dessa norma é, sem dúvida, o artigo 663 do Código de Processo Civil Português, em cujo segundo período se lê: “A circunstância de o fato jurídico ter surgido ou desaparecido no decurso do processo será levada em conta para o efeito da condenação em custas.”

Essa norma é reafirmada no artigo 459, que, tratando da repartição do encargo das custas, estabelece: “Se a posição do réu ora fundada no momento em que foi deduzida e deixou de ser por circunstâncias supervenientes, cada uma das partes pagará as custas relativas aos atos praticados durante o período em que exerceu no processo uma atividade injustificada.”

Isso quer dizer, no autorizado sentir de *Alberto dos Reis*, que “o autor tem de pagar as custas correspondentes à fase do processo que decorreu até ao momento em que se produzir o fato constitutivo do seu direito; o réu tem de pagar as custas concernentes à fase do processo posterior à produção do fato constitutivo do direito no autor, se mantiver durante essa a sua oposição. (Ob. cit., vol. II, págs. 235-237).”

4 — No caso *sub-indice*, o proprietário não trouxe aos autos, com a inicial da ação negatória, nem na contestação da ação renovatória, a prova da aprovação do projeto e do licenciamento da reconstrução pretendida.

Na fase probatória, certificaram os peritos, à vista das plantas juntas e de elementos outros extraídos do processo em curso no Departamento de Edificações, que o mesmo compreendia a transformação do atual “Edifício Capitólio” de seis (6) andares e em cujo pavimento térreo está instalado o cinema da locatária, em um novo edifício de 22 pavimentos, 2 sobre-lojas e um subsolo, concorrendo não só para maior valor de aproveitamento da propriedade, como também para progresso e modernização da Cinelândia.

Mas os peritos atestaram também que o projeto não fôra aprovado nem a licença concedida, porque o locador não atendera ao disposto no art. 2.º da Lei n.º 688, de 21-12-1951, segundo o qual, na zona teatral, não será permitida a construção de edifícios de mais de dez andares, sem que do respectivo projeto conste um teatro com, pelo menos, quinhentos lugares.

Essa a razão, em virtude da qual o Dr. Juiz *a quo* repeliu a ação negatória e julgou procedente a renovatória.

Nesta Superior Instância, porém, apresentou o proprietário ~~apelante~~ prova de que o projeto fôra aprovado e a obra licenciada, embora com a restrição da Lei n.º 242 de 23-11-1948, segundo a qual não poderá ser concedido licenciamento de prédio de mais de três pavimentos, sem que seja instruído o respectivo processo com prova documental de estudo da natureza e constituição do sub-solo, e apresentação de gráfico dos estudos geológicos e do sistema de fundação projetada. (fls. 142).

A maioria da E. Oitava Câmara aceitou a prova do licenciamento, por considerar que “a exigência da Lei n.º 242 deve ser atendida de maneira a não tornar impraticável o direito de retomada para obra de maior vulto.” O voto vencido, todavia, entendeu que “não se pode opor ao direito do locatário, terceiro, licença concedida sem apóio na lei.”

A conclusão do v. acórdão encontra alicerce seguro no próprio Decreto n.º 9.605, de 21-2-1949, baixado para regulamentar a referida Lei n.º 242 e que, reconhecendo que, “em regra geral, os trabalhos de prospecção só podem ser feitos es-

tando o terreno desocupado, tornando-se, pois, indispensável, para executá-los, demolir previamente as construções porventura existentes no terreno,” estatuiu, no art. 6.º: “No caso em que a construção de que trata o art. 1.º tiver de ser feita em terreno ocupado por edifício habitado, a licença poderá ser expedida independentemente das exigências constantes do mesmo artigo, mas as obras de fundações só poderão ter início depois de estarem satisfeitas as referidas exigências.”

Assim, o decreto regulador da lei, reconhecendo que os trabalhos de prospecção por ela exigidos só podem ser realizados depois de desocupado e demolido o edifício, logicamente denuncia e indica ao proprietário a via legal da retomada do imóvel. É o que acentua a nova certidão da Secretaria de Obras trazida aos autos pelo embargado a fls. 175 e onde se lê: “Esta licença foi concedida com restrição da Lei n.º 242, que diz que as obras só poderão ser iniciadas após a apresentação da planta das fundações, o que só poderá se dar com a demolição do prédio existente no local.”

Não é a primeira vez que surge neste Tribunal tal *quaestio iuris*. Dois arestos unânimes da E. Primeira Câmara Cível, de que foi relator o que o presente subscreve, a dirimiram. No primeiro, de 23-12-1953, na Apelação Cível n.º 25.057, já se concluiu não ser a licença *condicional*, por isso que ela apenas subordina o início da construção ao prévio trabalho das fundações e das sondagens, exigência comum a toda edificação de mais de três pavimentos. E no segundo, de 18-5-1955, na Apelação Cível n.º 31.310, repelindo a oposição do locatário, por depender a obra do resultado de sondagens no terreno, assertava que a falta delas não podia obstar a retomada, por isso que, em boa técnica, só podem ser realizadas depois da desocupação do imóvel, dada a insegurança que produzem para os moradores, que não podiam mesmo ser obrigados a nelas assentir (Diário de Justiça, de 1-9-1955, pág. 3.061).

Impõe-se, portanto, como já o fêz o v. acórdão embargado, o reconhecimento do direito de retomada, em que se conciliam, ao mesmo passo, interesses privados e públicos, tanto mais quanto a alegada insinceridade do pedido não encontra nenhum apoio na prova dos autos, nos quais, ao contrário, se verifica que parte do edifício já está desocupado e sobre a outra parte pendem ações de despejo.

Em hipóteses como a presente, a renovação contratual deve sobrepor-se a retomada, que não atende apenas ao interesse particular do proprietário, porque reflete também as conveniências coletivas. Bem entenderam os Tribunais que, em face dos próprios termos do art. 8.º do Decreto n.º 24.150, só a contestação fundada em matéria de fato estava adstrita aos casos nêle enumerados, já que havia ressalva expressa à defesa de direitos, regulável pelos princípios gerais, na qual, dentro dos limites constitucionais, não se poderia deixar de aceitar a que se ajustasse ao princípio inscrito no artigo 157, III, da Lei Magna, que preconiza, na ordem econômica, a função social da propriedade, (*Arquivo Judiciário*, 37-443 e 49/80).

Assim, como dizia *Philadelpho Azevedo*, “criou-se uma jurisprudência a par da lei, *praeter legem*, como corolário do direito de propriedade, não expressamente excluído.” (*Um Triênio de Judicatura*, vol. III, n.º 409, págs. 220-223).

E, como bem observam *Nascimento Franco* e *Nisseke Gondo*, desde que o locador demonstre preencher as condições legais para retomar, não cabe ao locatário argüir a sua inidoneidade financeira para a realização das obras programadas, visto que pode inclusive obter financiamentos, solicitar empréstimos, enfim realizar as operações de crédito que a seu exclusivo arbítrio se tornem necessário para lastrear financeiramente o empreendimento.” (*Ob. Cit.*, n.º 146, pág. 201).

5 — Impõe-se, contudo, pela sanção da citada norma do § 2.º do artigo 64 do Código de Processo, a re-

partição das custas, em partes iguais, entre os litigantes e a redução da taxa de honorários do vencedor, porque o embargado exerceu durante a primeira instância, atividade processual injustificada, estava em Juízo sem ter direito, já que lhe fôra negada licença para a edificação, e a embargante, por seu lado, ofereceu, na segunda instância, resistência injusta, apesar de saber que o embargado já tinha razão, pois já tinha conhecimento da ocorrência do fato constitutivo do direito do *dominus*.

6 — Em razão do exposto, *acordam* os Desembargadores do Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, em decisão unânime, receber em parte os embargos para, de acôrdo com o § 2.º do art. 64 do C. P. Civil, determinar a repartição das custas, em partes iguais, entre os litigantes e reduzir para 5% a taxa de honorários fixados em favor do embargado.

Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 1968. — *João Coelho Branco*, Presidente e Relator.

## AÇÃO COMINATÓRIA E AÇÃO DE COBRANÇA

*Ação cominatória. Artigo 302, XII do Código de Processo Civil. Suas aplicações clássicas, segundo Pontes de Miranda. Suas limitações. A ação cominatória só tem aplicação à luz do texto invocado quando se tratar de obrigação de dar, de fazer ou de não fazer (Código Civil, artigo 863 e seguintes). Não se pode confundir a prestação objeto do contrato com o seu custo. Para obtenção daquela é de se recorrer à ação cominatória; para lograr o pagamento daquele, a via indicada seria a da ação de cobrança, revista ela o rito ordinário ou o executivo. Outra diferença, marcante, na ação cominatória: levar-se-á em conta a pena contratual ou a que fôr pedida pelo autor; na ação de cobrança, somente os juros moratórios serão de exigir-se. Inaplicabilidade, in casu, do disposto no artigo 276 do Código de Processo Civil. No que toca à ação em apenso, referente ao pedido de prestação de contas, de toda a procedência a preliminar levantada de intempestividade da contestação oferecida. Aplicabilidade do que preceitua a artigo 308, § 1.º do Código de Processo Civil. Reforma da sentença recorrida.*

**Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara (3.ª Câmara Cível)**

**Apelação Cível n.º 55.884**

**Mozart da Silva Pereira "versus" Ernesto Fehberg Engenharia e Construções.**

Relator: Des. Maurício Eduardo Rabello.

### ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de Apelação Cível número 53.884, em que é apelante Mozart da Silva Pereira e apelado Ernesto Fehberg Engenharia e Construções, acordam os Juizes da 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça por maioria, em dar provimento ao recurso, para reformando a decisão recorrida julgar-se a apelada acrededora de ação, ressalvado, porém, o direito que lhe assiste de pelos meios próprios cobrar do Apelante aquêle saldo a que se julga com direito.

No que toca à ação em apenso, de pedido de prestação de contas, dá-se também provimento no sentido de acolher-se a preliminar levantada de que a contestação da Apelada foi oferecida fora do prazo legal, o que leva a determinar o seu desentranhamento, para o fim de considerando-se a Apelada sem defesa, assinar-se à mesma o prazo de 48 horas para oferecer suas contas, sob pena de admitir-se aquelas que forem apresentadas pelo Apelante, conforme o prescrito no art. 308, § 1.º do Código de Processo Civil, condenando em honorários na base de 20% sôbre o valor da causa, vencido o Desembargador Revisor, negava provimento aos agravos no auto do processo, e aos recursos.

Custas na forma da lei.

Assim procedem face aos seguintes fundamentos:

Como se verifica do pedido inicial, o Apelante contratou com a Apelada, mediante o regime de administração, obras que deveriam ser executadas no prédio sito na rua Barão do Bom Retiro n.º 2.518, as quais, uma vez concluídas, de seu custo, o Apelante apenas pagou a quantia de Cr\$.... 3.800.000, que não teria dado para cobrir as despesas realmente efetuadas pela empresa construtora, a exigir, portanto, um acerto de contas.

Não chegando as partes a um acôrdo, a Apelada propôs contra o Apelante uma vistoria *ad perpetuam rei memoriam* com arbitramento, por via da qual se apurou a realização de obras no montante de Cr\$.... 11.636.866,00. Já tendo sido paga, como se disse, a quantia de Cr\$.... 3.800.000, teria restado o saldo devedor de Cr\$ 7.836.866.

Para sua cobrança, propôs, então, a Apelada a ação cominatória de que trata os autos, com fundamento no art. 302, inc. XII, do Código de Processo Civil, com a cominação da multa diária de Cr\$ 20.000,00, enquanto não fôsse efetuado o pagamento em questão.

Por seu turno, o Apelante propôs, em apenso, outra ação cominatória, com base no inc. V do art. 302, do citado Código, visando a compelir a Apelada, a prestar contas.

Ambos os feitos foram processados conjuntamente, sendo certo que o Apelante, na primeira ação agravou no auto do processo do despacho saneador, que não acolheu a preliminar levantada da impropriedade da ação.

O eminente Dr. Juiz *in quo* deu pela procedência da primeira ação cominatória e, conseqüentemente, pela improcedência da ação cominatória de prestação de contas, e, arrazoadando o recurso interposto, o Apelante reiterou a preliminar levantada em réplica, de que a contestação articulada pela Apelada na ação de prestação de contas, fôra manifestada fóra do prazo legal.

A ação cominatória, especificada no art. 302, do Código de Processo Civil, estabelece em seus incisos de I a XI, aquêles casos em que ela

cabe tipicamente, para por último, admiti-la no item XII

“em geral, a quem, por lei ou convenção tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentro de certo prazo”

Como se deverá entender êsse ato ou fato? Pontes de Miranda estudando o dispositivo, adverte:

“Algumas das aplicações do artigo 302, XII, que poderíamos chamar clássicas, são as seguintes: a) se alguém prometeu fazer certa obra, ou praticar certo ato, dentro de determinado prazo (Ordenação do Livro IV, Título 70, pr.), ou se a execução fôr incompleta e defeituosa; b) se se quer que usufrutuário (Código Civil, artigos 729 e 730) *caucione de bene utendo*, porém não o doador que reservou para si o usufruto, nem o pai, usufrutuário dos bens dos filhos menores (Código Civil, art. 731); c) para que o legatário eleja a coisa de que lhe foi deixada à escolha; d) para que o foreiro exerça o direito de preferência, segundo o art. 684 do Código Civil (não para que o senhorio exerça a opção do art. 683); e) se o réu, demandado na ação de reivindicação, começa de fazer, ou vai fazer, benfeitorias no prédio, para que não as faça, com a cominação de não serem atendidas, se perder a causa, salvo se necessárias; f) para que o gestor de negócios não continue a gerir, sob pena de não ter jus a despesas (semelhantemente, o procurador ou o comissário)” (Código de Processo Civil, t. V., pág. 42, 2.<sup>a</sup> ed.)

Apesar da amplitude que se pretende emprestar ao dispositivo examinado, não é êle, assim, tão lato; está obviamente, sujeito a limitações. De outro jeito, ter-se-ia encontrado na ação cominatória meio coercitivo eleito, por excelência, à maneira de uma panacéia, para lograr, de imediato, a exigibilidade de um direito. A ação cominatória passaria a ser aquêle instrumento ideal para lograr qualquer objetivo judicial. Bastaria alguém ver reconhecido um

direito para, de imediato, arbitramdo um preceito, lograr a capitulação do devedor, desde que este tivesse patrimônio que pudesse responder pela sua solução. A pena automática e diáriamente aplicada tornaria em pouco insuportável a situação, podendo vir a se constituir, com o amparo da justiça, numa fonte de enriquecimento ilegal, com o desprezo total das normas processuais que dão, a cada caso, o tratamento adequado.

É sabido e pacífico que a ação cominatória só tem aplicação, à luz do texto invocado, quando se tratar de obrigação de dar, de fazer ou de não fazer (Código Civil, arts. 863 e segts).

Bulhões Carvalho, em brilhante sentença publicada no Arquivo Judiciário, vol. 61, pág. 204, assim se pronunciou sobre o tema:

“Ora, quando cabe a ação cominatória, nos termos do Código de Processo?

Este é expresso quando determina só competir essa forma de ação “para prestação de fato ou abstenção de ato” rubrica do título II do livro IV), ou seja “em geral, a quem, por lei ou contrato, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentro de certo prazo” (art. 302, n.º XII).

No caso, entretanto, que pede a autora? Simplesmente que o réu lhe pague a quantia em dinheiro que entende lhe ser devida em razão de superveniência do termo fixado, para esse pagamento pelo contrato a folhas 6 dos autos da cominatória (a saber: — pela terminação das obras correspondentes à 5.ª prestação e subsequente concessão dos “habite-se”, momento este último fixado para a 6.ª prestação).

Não se trata, pois, da obrigação de fazer, mas simplesmente de prestar uma importância em dinheiro.

No caso do contrato supracitado, “a obrigação de fazer” era a que estava a cargo dos cons-

trutores intervenientes no mesmo contrato”.

De todo o exposto se verifica que não se pode confundir a prestação objeto do contrato, com o seu custo. São obrigações distintas. Para obtenção daquela, é de recorrer-se à ação cominatória; para lograr o pagamento daquele, a via indicada será a da ação de cobrança, revista ela o rito ordinário ou o executivo. Por certo que, nessa confusão, iniciou a Apelada, sendo imprópria a ação proposta. Na ação cominatória, levar-se-á em conta a pena contratual, ou a que fôr pedida pelo autor na ação de cobrança somente os juros moratórios serão de exigir-se. Eis mais uma diferença marcante. Poder-se-ia invocar, no caso dos autos, o disposto no art. 276 do Código de Processo Civil quando declara que, a impropriedade da ação não importará nulidade do processo, anulando-se, tão somente, os atos que não puderem ser aproveitados.

Todavia, embora o art. 303, § 2.º do Código citado declare que, contestada a ação cominatória, seguirá ela o rito ordinário, não há como, na espécie, se aproveitar os atos praticados, por isso que a ação se iniciou tendo, como estabelecida a certeza e a liquidez da importância reclamada através de vistoria realizada. Ora, nesse processo preparatório, os engenheiros que funcionaram como peritos, limitaram-se, apenas, como foi de sua competência, a verificar a realização de obras, e arbitrar os seus respectivos custos. Esse arbitramento, pois, não pode substituir a prestação de contas reclamada pelo Apelado.

Somente mediante o acesso a todos os meios de prova que o processo ordinário propriamente dito franqueia, é que se poderá chegar a uma convicção a respeito da dívida reclamada. Nessa oportunidade, então, é que se logrará a certeza do quanto que teriam custado as obras efetuadas. Esse resultado poderá concluir por uma cifra abaixo, igual ou superior àquela encontrada pelos peritos engenheiros.

Chegando-se a essa conclusão, é de impor-se o provimento do agravo no auto do processo, para a manifesta impropriedade da ação proposta para, reformada a sentença recorrida, julgar-se a Apelada carecedora de ação, ressaltado, porém, o direito que lhe assiste de pelos meios próprios cobrar do Apelado aquêlê saldo a que se julga com direito.

No que toca à ação em apenso, de pedido de prestação de contas, é também de prover-se a apelação, no sentido de acolher-se a preliminar de que a contestação da Apelada foi oferecida fora do prazo legal. Realmente, a sentença recorrida, dando por prestadas as contas na vistoria que instruir a ação comitatória proposta pela Apelada, deixou de apreciar aquela preliminar por isso mesmo, "ainda que a contestação tivesse entrado fora do prazo da lei" (fô-lhas 136, *in fine*).

Ora, verifica-se dos autos em apenso, que o mandado foi junto (fls. 26) aos 23 de dezembro de 1966, e contando-se cinco dias para oferecimento da contestação (art. 308 do Código de Processo Civil), bem é de

a 28 daquele mês (quarta-feira), e ver que o prazo para tanto, findou não a 2 de janeiro (segunda feira) de 1967, quando efetivamente se verificou o oferecimento da defesa em Juízo.

A consequência da perempção dêsse prazo, leva a determinar o desentranhamento da contestação oferecida, para o fim de, considerando-se a Apelada sem defesa, assinar-se à mesma o prazo de 48 horas para oferecer suas contas, sob pena de admitir-se aquelas que foram apresentadas pelo Apelante, conforme prescrito no art. 308, § 1.º do Código de Processo Civil.

Rio. — *Nélson Ribeiro Alves*, Presidente. — *Maurício Eduardo Rabello*, Relator. — *Gonçalves de Oliveira*, Revisor.

NOTA — O presente acórdão foi confirmado pelo 2.º Grupo de Câmaras Cíveis. Relator Des. *Marcelo Santiago Costa*, por unanimidade, rejeitados os embargos, fundados no voto vencido.

## SEPARAÇÃO DE BENS. COMUNHÃO DE AQUESTOS

*Na falta de pacto, excluindo da comunhão os bens adquiridos na constância do casamento, comunicam-se tais bens, ainda que o regime de separação seja obrigatório.*

**Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara (4.º Grupo de Câmaras Cíveis)**

**Recurso de Revista n.º 8.010 nos Embargos de Nulidade e Infringentes na Apelação Cível n.º 6.948**

Espólio de Bernardino Lopes de Almeida e Dona Stella de Almeida Trindade *versus* José Maria Fernandes de Carvalho e outros.

Relator designado: Des. Olavo Tostes Filho.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Revista n.º 8.010, em relação ao acórdão nos Embargos de Nulidade e Infringentes na Apelação Cível n.º 6.948, sendo recorrentes espólio de Bernardino Lopes de Almeida e D. Stella de Almeida Trindade, recorridos José Maria Fernandes de Carvalho e outros,

Acordam os Juizes do 4.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, vencidos os eminentes Desembargadores Paulo Alonso e Salvador Pinto Filho, em negar provimento ao recurso, do qual se conheceu por unanimidade.

Assim decidem porque, na controvérsia, que já teve a sua época e foi larga e eruditamente discutida na doutrina e nos tribunais, sôbre a

comunicabilidade ou incomunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento, quando legal o regime de separação, a jurisprudência pacificou-se no sentido da comunhão, salvo pacto antenupcial, estendendo a separação aos aqüestos. Esse entendimento consta mesmo da Súmula dos julgados do E. Supremo Tribunal Federal (n. 3.771), sendo reiterados nos julgados mais recentes. Dispensa-se a repetição dos argumentos que levam à opinião vitoriosa, visto que a esta altura, tratada a matéria pelos civilistas mais eminentes e versada em dezenas de julgados, não há fundamento novo que possa ser aditado, nada mais cabendo aos juizes que filiarem-se em uma ou outra corrente, obedecendo às próprias convicções.

Rio de Janeiro, 28 de agosto de 1968. — *Nelson Rebello Horta*, Presidente. — *Olavo Tostes*, Relator designado.

*Paulo Alonso*, Relator, vencido, pois provia o recurso. O casamento da mulher maior de 50 anos tem obrigatoriamente o regime de separação de bens (Cód. Civ., art. 258, § único, inciso II).

O dispositivo do art. 259 não incide porque na separação obrigatória de bens não há nenhum contrato.

E as mesmas razões que levaram o legislador a impor esse regime, prevaleceu tanto para os bens existentes antes do casamento, como para os adquiridos depois dele.

A comunhão dos adquiridos ou comunhão parcial pressupõe sempre a existência de contrato nupcial.

*Salvador Pinto Filho*, vencido, nos termos do voto do Desembargador Paulo Alonso.

## CONCUBINATO. CONDIÇÕES PARA O RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO

*Ação ordinária. — A simples ajuda ou colaboração natural, própria da condição de concubina, não basta para considerá-la sócia do amásio. Para reconhecimento da sociedade de fato exige-se a demonstração inequívoca do esforço comum, para a formação do patrimônio. Reforma da decisão recorrida.*

**Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara (3.<sup>a</sup> Câmara Cível)**

**Apelação Cível n.º 60.236**

Espólio de Pedro Ferrari *versus* Iracema Ferreira Salgado.

Relator: Des. Sebastião Perez Lima.

Revisor: Des. Maurício Eduardo Rabello, designado para o acórdão.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível número 60.236, em que é Apelante — Espólio Pedro Ferrari e Apelada — Iracema Ferreira Salgado.

Acordam os Juizes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, a fim de ser julgada improcedente a ação, condenada a Apelada nas custas e honorários de advogado, êstes na base de dez por cento (10%) sobre o valor da causa, vencido o Desembargador-Relator, que lhe negava provimento. De-

signado relator do acórdão o Desembargador Revisor.

Assim procedem, adotando o relatório da sentença, de fls.82, aditado a fls. 102v., que fará parte integrante do presente aresto, pelos seguintes fundamentos.

É de se reformar a decisão recorrida, eis que é por demais precária a prova feita pela Apelada, no sentido de que o imóvel adquirido pelo *de cujus* fôra possível pelo esforço comum. As testemunhas, em número de cinco, nada esclarecem a respeito, sendo que, apenas, reconhecem ter sido a apelada companheira do *de cujus*, não podendo precisar quanto êles ganhavam.

Ora, a jurisprudência tem entendido de maneira uniforme que a simples ajuda ou colaboração natural, própria da condição de concubina, não basta para considerá-la sócia do amásio.

Exige-se demonstração inequívoca do esforço comum, para a formação do patrimônio cuja partilha se pretende, pelo reconhecimento da sociedade de fato.

A Apelada, em nenhum passo deste processo, conseguiu fazer prova dessa sua colaboração, no sentido de formar um patrimônio comum. Antes, pelo contrário, a sua afirmativa, de que o *de cujus* percebia, apenas NCr\$ 115.454,20, está desmentida com a certidão de fls. 67, na qual se verifica ter o referido *de cujus* quantias muito superiores ao alegado.

O fato de manter conta conjunta, não é prova bastante de ter a con-

cubina ajudado na feitura do patrimônio do casal.

Nestas condições, não havendo a prova da afetiva comunhão na constituição do patrimônio comum, por parte da concubina, de modo a jus-

tificar a existência de uma sociedade de fato, é motivo bastante para a reforma da decisão apelada.

Rio de Janeiro, 10 de outubro de 1968. — *Maurício Eduardo Rabello*, Relator designado.

## JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

### ESTAGIÁRIOS. ATOS DE CARTÓRIO. PRÁTICA

*Habeas corpus. Estagiários. Podem praticar os chamados atos de cartório, como inquirição de testemunhas. Provimento da Ordem dos Advogados do Brasil autorizando-os à "tomada de depoimentos pessoais, inquirições e acareações de testemunhas". — Inexistência de nulidade. Precedentes em casos idênticos (44.163 e 44.346). Habeas corpus denegado.*

Supremo Tribunal Federal  
(2.<sup>a</sup> Turma)

Habeas Corpus n.º 44.744 — GB

Paciente: Moacyr da Silva Peixoto  
Relator: Sr. Ministro Evandro Lins e Silva

#### 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, denegar o pedido.

Brasília, 7 de dezembro de 1967.  
— *Evandro Lins e Silva*, Presidente e Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Evandro Lins (Relator): — Trata-se de *habeas cor-*

*pus* requerido em favor de Moacyr da Silva Peixoto, alegando nulidade do processo, porque o paciente foi defendido por estagiário, tendo sido as alegações finais referendadas pelo defensor público.

Solicitei informações, prestadas pelo Presidente do Tribunal de Justiça da Guanabara, que confirmou o alegado na inicial e transcreveu as decisões que condenaram o réu em primeira e segunda instâncias, como incurso no crime do art. 171, § 2.º, n.º VI, do Cód. Penal.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Evandro Lins (Presidente e Relator): — O meu voto é negando a ordem de *habeas corpus*. Já temos decidido que os estagiários podem praticar atos de cartório. Nesse sentido existe um provimento da Ordem dos Advogados do Brasil. No caso dos autos, a defesa final foi referendada pelo defensor público. Li a defesa, que é eficiente, trabalhada, exaustiva, apesar de o estagiário estar defendendo réu revel.

#### EXTRATO DA ATA

HC 44.744-GB, Relator, Ministro Evandro Lins. Impetrantes Waldemiro dos Santos e Wilson Q. Braga. Paciente Moacyr da Silva Peixoto.

Decisão: Negou-se a ordem, unânimemente.

Presidência do Sr. Ministro Evandro Lins. Presentes os Srs. Ministros Themistocles Cavalcânti, Aliomar Beleeiro e o Dr. Oscar Correia

Pina, Procurador-Geral da República, substituto. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Adauto Cardoso e Adalício Nogueira.

Brasília, 7 de dezembro de 1967. —  
*Guy Milton Lang*, Secretário.

## ESTAGIÁRIOS. ATOS A QUE ESTÃO AUTORIZADOS

Habeas corpus. — Não constitui nulidade, mas antes observância regular da lei, o funcionamento, na ausência de seu advogado, do Estagiário da Defensoria Pública, o qual está expressamente autorizado por lei, a funcionar na “tomada de depoimentos pessoais, inquirições e acusações de testemunhas” (Provimento n.º 26, de 4 de maio de 1966, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, artigo 4.º, b). Ordem denegada.

**Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara (2.ª Câmara Criminal)**

**Habeas Corpus n.º 21.598**

Paciente: João Carlos Fernandes Gouveia.

Relator: Des. Mauro Gouvêa Coelho.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de habeas corpus número 21.598, em que é impetrante o Dr. Carlos Alberto Trindade e paciente João Carlos Fernandes Gouvêa:

Acordam os Juizes da 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por unanimidade de votos, em denegar a ordem. Custas, *ex lege*.

Em favor do paciente, condenado nas penas do art. 168, § 1.º, n.º III, do Código Penal, a dezesseis anos de reclusão, impetrou-se o presente ha-

beas corpus, alegando-se nulidade na instrução criminal, porque, por ocasião do depoimento das testemunhas da acusação, não tendo comparecido o advogado constituído do réu, foi nomeado defensor dativo um Estagiário da Defensoria Pública que, sendo mero estudante de direito, é pessoa sem habilitação, quando não assistida pelo Defensor Público e que no caso, não fêz nenhuma pergunta às testemunhas. Não ocorre a nulidade. A lei expressamente dispõe: “A falta de comparecimento do defensor, ainda que motivada, não determinará o adiamento de ato algum do processo devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato” (Parágrafo único do art. 265, do Código de Processo Penal). O Estagiário, — acadêmico que cursa o quarto ou quinto ano de Direito, só não pode praticar os atos privativos de advogado que são: “elaborar e subscrever petições iniciais, contestações, réplicas, memoriais, razões, minutas e contraminutas nos processos Judiciais, bem como a defesa em qualquer fôro ou instância”, como está expressamente declarado no art. 72, da Lei n.º 4.215, de 27 de abril de 1963 — Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Entre os atos que os Estagiários estão legalmente autorizados, se incluem: “tomada de depoimentos pessoais, inquirições e acareações de testemunhas” (art. 4.º, b, do Provimento n.º 25, de 24 de maio de 1966, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, publicado no *Diá-*

*rio Oficial do Estado da Guanabara*, parte III, de 13 de setembro de 1966, págs. 12.232/12.233. Em face do exposto, denega-se a ordem de *habeas-corpus*.

Rio de Janeiro, 12 de janeiro de 1967. — *Alberto Mourão Russell*,

Presidente. — *Mauro Gouvêa Coelho*, Relator. — *Oduvaldo José Abrita*.

Ciente: Rio de Janeiro, 9 de fevereiro de 1967. — *Hermano Odilon dos Anjos*, 18.º Procurador da Justiça.

## NULIDADE. AUSÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA

*Não ocorre nulidade, se o advogado nomeado pelo réu, no ato do interrogatório, se omite na apresentação de defesa prévia.*

**Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara (2.<sup>a</sup> Câmara Criminal)**

**Habeas Corpus n.º 21.596**

Astério de Oliveira e Manoel de Oliveira *versus* a Justiça Pública.  
Relator: Des. Carlos Luiz Bandeira Stampa.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal número 49.784, Apelante Astério de Oliveira; Apelada a Justiça, acordam os Juizes da 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, em dar provimento, em parte, ao recurso, para absolver o apelante Manoel de Oliveira, combinando em tudo o mais a sentença recorrida.

Como bem observou o ilustre Procurador da Justiça, Dr. Pires e Albuquerque, não merecem acolhida as preliminares argüidas nas razões de recurso. Nenhum dos peritos que funcionaram no exame pericial havia opinado antes sobre o objeto da perícia. O que ocorre é que, efetuada a prisão, o exame pericial precede a lavratura do flagrante e, para isso, os policiais se fazem conduzir ao Instituto de Criminalística, acom-

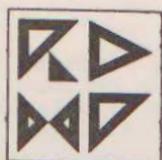
panhados do detido e conduzindo a substância apreendida, a fim de confirmarem o seu mau estado. Tal providência destina-se a evitar a instauração de processos inútilmente, quando o exame pericial não confirma a impressão dos policiais sobre as más condições da mercadoria posta à venda.

Também não se verifica nulidade pelo fato de se haver omitido o advogado na apresentação de defesa prévia. Não se trata de peça essencial, como o têm proclamado inúmeros julgados, constituindo, na maioria das vezes, um verdadeiro recurso de defesa dos advogados experimentados, que preferem não se comprometer com uma versão que posteriormente possa se apresentar insustentável, em face do encaminhamento da prova do sumário.

Não resta dúvida quanto ao mérito, havendo o primeiro acusado, inclusive, confessado o mau estado dos alimentos. Merece, contudo, provimento a apelação do segundo apelante, que não se encontrava presente no estabelecimento e de quem não se aponta um só gesto de que se conclua a sua participação voluntária no crime.

Rio de Janeiro, 27 de março de 1967. — *Olavo Tostes Filho*, Presidente. — *Carlos Luiz Bandeira Stampa*, Relator. — *Basileu Ribeiro Filho*.

Ciente: Rio de Janeiro, 30 de março de 1967. — *A. Pires e Albuquerque Júnior*.



# ATUALIDADES

---

## MAGISTRATURA E MINISTÉRIO PÚBLICO

*Discurso proferido pelo Juiz JORGE ALBERTO ROMEIRO, a 23-12-1968, saudando o Juiz FABIANO DE BARROS FRANCO, na solenidade da posse dêste no Tribunal de Alçada, em vaga destinada ao Ministério Público, no quinto constitucional da referida Côte de Justiça.*

O ingresso de V. Ex.<sup>a</sup> nesta Casa como juiz, a par do sentimento geral de satisfação, do qual comungo neste instante, representa, particularmente, para mim, um grande alívio...

Até êste momento, arqueei sòzinho (e só Deus sabe por que forma!...), com as pesadas, asfixiantes responsabilidades, no quinto constitucional dêste colegiado, de representante único da gloriosa instituição do Ministério Público, onde, até ontem, emprestava V. Ex.<sup>a</sup> o brilho de seu esclarecido concurso.

Havia de mister que outro viesse, para aqui repartir comigo incumbência tão relevante. E V. Ex.<sup>a</sup> chega a tempo, com as credenciais já realçadas pelo expressivo sufrágio de seu nome ilustre, em primeiro lugar, na lista tríplice organizada pelo Egrégio Tribunal de Justiça dêste Estado, para o preenchimento da vaga em que ora se empossa.

Sei bem, Sr. Dr. Juiz Fabiano de Barros Franco, — porque já vivi, intensamente, momento idêntico (e quatro anos são passados!...) — o que vai lá no íntimo de V. Ex.<sup>a</sup> de alvoroço e de tensões, que se traduzem em incertezas e receios, diante do desconhecido de sua nova profissão de magistrado.

Posso afirmar-lhe, entretanto, com a experiência de quem lutou na mesma estacada de onde vem V. Ex.<sup>a</sup>, lavrou o mesmo campo e, como V. Ex.<sup>a</sup> hoje, colheu de sua messe, que tudo não passa, não vai além de um buquê de sadias emoções, que enfeitarão, um dia, como flôres, os longes de sua saude...

Bem esbatidas e esfumadas são as fronteiras entre a magistratura e o Ministério Público, que a sabedoria dos juristas franceses denominou, com muita propriedade, *la magistrature debout*... A magistratura de pé!

V. Ex.<sup>a</sup> não chega hoje sequer a trocar de toga, Muda, apenas, o colorido de sua faixa, desafivelando o cinto escarlate de Promotor Público, —

que V. Ex.<sup>a</sup> ainda o era, como eu também, quando aqui cheguei, — para cingir o branco de Juiz de Direito...

Rufando de emoção o tambor velado que cada um de nós traz dentro do peito, marcha V. Ex.<sup>a</sup> para uma simples mudança de guarda: — a da ronda da letra da lei, para a da vivificação de seu espírito, através de sua aplicação efetiva.

A subida de V. Ex.<sup>a</sup> para o vértice do triângulo da relação processual, se o aparta da hipotenusa que liga as partes entre si, não o desvincula do cateto de sua posição anterior.

A Justiça, como a Santíssima Trindade, é uma só em três pessoas distintas: — o juiz, o advogado e o representante do Ministério Público. E, nas funções dêste, há muito das de juiz...

Daí a afirmação generalizada, — que testei e endosso, — de serem as tarefas do Ministério Público, as de mais difícil desempenho no campo forense, em virtude da obrigatória conciliação de aprumos os mais díspares e diversos, que se enjeitam e repelem, quais os de parte processual e, ao mesmo tempo, de defensor e de fiscal da lei.

Tão bela, quanto conhecida, é a imagem de Giurati, reproduzida por Altavila, em sua "Psicologia Giudiziaria", para expressar dificuldades que tais.

O pintor Davi, incumbido de retratar a um Príncipe italiano, mirando a lisonjeá-lo, indagou do mesmo como poderia conciliar, em seu quadro, a inquietude, a vivacidade e o azugamento de seu gênio, com a serenidade, a imparcialidade e a frieza exigidas pelo seu alto cargo.

Vaidoso, respondeu-lhe o Príncipe: — *Dipingetemi David, freddo, tranquillo, impávido, sopra un cavallo infuriato* (Pintai-me, Davi, frio, tranqüilo, impávido, montando um cavalo enfurecido).

Eis a imagem perfeita do representante do Ministério Público, *doublé* de juiz e de parte. Frio, tranqüilo, impassível, como o primeiro, cavalgando, na qualidade de parte, o corcel escrapeteado dos debates, sempre aos saltos e aos pinchos...

Ora, Sr. Dr. Juiz Fabiano de Barros Franco, sua passagem pelo Ministério Público marcou, como perfeita, sua atuação ali, pela qual recebe hoje V. Ex.<sup>a</sup> entre as galas e as pompas desta solenidade, o prêmio do bom combate, o *honor pugnae* cantado por Virgílio.

Havendo ingressado, no *Parquet*, como Defensor Público, por concurso de títulos e de provas, no já longínquo ano de 1951, em minha companhia, — o que só me honra, — e na de outro magistrado desta Casa, o eminente Juiz Basileu Ribeiro Filho, que, também, tive a ventura de saudar neste plenário, ao ensejo de sua vinda para aqui, foi V. Ex.<sup>a</sup> promovido aos cargos de Promotor Substituto e de Promotor Público, sempre por merecimento.

Suas qualidades, raras, de independência e de equilíbrio, tão indispensáveis ao desempenho das funções judicantes, V. Ex.<sup>a</sup> demonstrou-as nas inúmeras designações que teve, para acompanhar e presidir importantes inquéritos instaurados nesta cidade, dos quais destaco o do chamado "crime dos mendigos", do conhecimento de todos, pelo noticiário dos jornais, e o

destinado a apurar irregularidades na Eletrobrás, que lhe valeram invejáveis elogios públicos do Executivo dêste Estado.

De sua cultura jurídica, diz mais eloqüentemente que quaisquer palavras a circunstância de haver integrado V. Ex.<sup>a</sup> a banca examinadora do último concurso de provas, realizado no Ministério Público.

Da amizade, do respeito e da confiança que costuma inspirar a seus pares, fala bem alto sua eleição, por duas vezes, para o Conselho do Ministério Público, órgão máximo daquela instituição, que a orienta, disciplina e seleciona seus ilustres membros, para promoção.

Jactando-se sempre de manter rigorosamente em dia seu serviço, V. Ex.<sup>a</sup> pertenceu, ainda, àquela leva de intrépidos representantes do Ministério Público que nunca temeu a tribuna do Júri, o “fogo cruzado dos debates”, — verdadeiro espantelho dos Promotores Públicos...

Naquela difícil tribuna brilhou V. Ex.<sup>a</sup> anos a fio, quer no I, quer no II Tribunal do Júri, ofertando à Justiça, incessante, generosamente, o melhor de suas energias físicas e morais, através, — não de antipáticas, como se assoalha por aí, — mas de bravas e edificantes acusações públicas, notadamente edificantes.

As gerações que se renovam nos colégios não traduzem o *Corpus Jûris*, nem o *Pro Milone*, nos currículos do latim, mas as *In Verrem* e *In Catilinam orationes*, acusações públicas que outorgam ao grande Cícero o agnome insigne de *Pater patriæ*...

É necessário não esquecer que foi uma acusação pública que sagrou nas páginas dos Evangelhos o maior profeta de todos os tempos, João Batista, cuja cabeça, sangrando num prato, em meio de um festim, bem poderia simbolizar tôda a grandeza do Ministério Público, que eu reverencio, neste instante, sob forte emoção, saudando a V. Ex.<sup>a</sup> em nome dos Juizes desta Casa.

## A SERVIÇO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A serviço do nosso Ministério Público, de promotor adjunto a procurador geral (1924-1960), enfrentei problemas de consciência, hoje mais graves e importantes. Transmito a experiência aos novos servidores, na esperança de acender pobres luzes sobre os seus tormentos.

1. *"Crime do amor filial"*. 2. *O acusador na defesa*. 3. *Erro judiciário*. 4. *"Não fui eu!"*. 5. *"Cachorro não se engana"*. 6. *Agonia e mentira*. 7. *Prostituta não prostituída*. 8. *Os dilemas*. 9. *"Ainda não morreu, desgraçado?"*. 10 *Ilegalidades de um fiscal da lei*.

1. *"Crime do amor filial"*. J.M.C. de P. assassinou a amásia (amásia é amante do pobre) de seu pai. Nas vésperas do julgamento a defesa romanceara o episódio nos corredores, junto aos jurados, com habilidade e eficiência. *"Crime do amor filial"*. Com o propósito de evitar a absolvição merecida e funesta, sem prejuízo da temperança individualizadora, preveni a exploração sentimental. Em plenário estudei a prova da autoria, objeto de confissões e descrevi a execução. Acentuei que a vítima fôra surpreendida pelas costas, quando, abaixada, lavava roupa num córrego. Segundo o laudo de exame cadavérico, mostrei, o crânio da vítima foi esmigalhado a golpes de foice. Tratei das declarações do réu, que alegou haver praticado o crime porque a vítima era a responsável pela infelicidade de sua mãe, despertando-lhe ciúmes e, por isso, levando seu pai a seviciá-la, bem como a seus irmãos. Disse que, no dia do crime, repetiram-se em casa as cenas motivadas pela vítima. Cansado de presenciá-las, perdeu a cabeça e, desorientado, apanhou um pau. Só quando vibrou os golpes, viu que era uma foice. Demonstrei que o réu não perdeu a cabeça, resultando da prova, mais do que a consciência e a voluntariedade do seu ato, a premeditação. Assim, quando saiu de casa, o réu dissera: "Vou acabar com aquela mulher". Nessa disposição, de foice à mão, venceu uma distância que consumiu vinte minutos. Por outro lado, frizei, as circunstâncias concomitantes e posteriores prejudicavam o aspecto moral acen-

tuado pela defesa. Quando a menina Alcídia, testemunha do brutal espetáculo, vendo sua mãe banhada em sangue e de crâneo esfacelado, gritou por socorro, o réu ameaçou-a de cortar-lhe as pernas. Praticado o crime, desfêz-se da foice, passou por cima do corpo da vítima, abandonado no córrego, fugiu e homiziou-se na casa de um tio durante dez dias. Era indiscutível responsabilidade penal do réu e, tanto o reconhecia a defesa, que procurou desviar a questão jurídica para a questão moral. O experimentado patrono do réu iria apresentar mais um crime de amor e, desta vez, de amor filial. No entanto, não se podia confundir paixão ou emoção com o cálculo da vingança. Desenvolvi longas considerações a respeito.

O acusado não podia ser juiz da questão conjugal de seus pais e, muito menos, com o poder de aplicar e executar, sumária e pessoalmente, a pena de morte, descarregando a culpa que era apenas de seu pai contra uma viúva franzina e mal nutrida de 52 anos, mãe de cinco filhos pequeninos, em pleno trabalho duro e honesto. Se se reconhecesse a legitimidade do gesto, daríamos, pelas mesmas razões, aos filhos da vítima, um dos quais assistiu ao crime, o direito de vingá-la, também por amor, também por amor filial. Não havia nos autos matéria para acusar a vítima, mas, que houvesse, o Código Penal, punindo como homicídio o ato de "matar alguém", não distinguia a qualidade da vítima. Não neguei a boa aparência do impulso que impeliu, cruelmente, a foice transformada em instrumento de crime de morte quando é símbolo do trabalho. Mas a consequência fôra anti-social, restabelecendo as piores formas da justiça privada, incompatíveis com as mais modestas civilizações. A sociedade não podia consagrar o amor que degenera em violência, que se desfaz em sangue, que se transforma em ódio, pelo fenômeno da ambivalência, sobretudo numa fase de incerteza na concepção e na prática dos princípios morais.

Apreciei a atenuante da emoção violenta excusável prevista no Código Penal argentino. Aludi a uma sentença de juiz do crime em Buenos Aires (Benjamin Garcia Torres). Um filho matou o agressor de mãe anciã que caíra desmaiada aos seus golpes. Foi punido com quatro anos e seis meses em sentença confirmada pela instância superior, atendendo-se, apenas como atenuante, ao motivo ético. O juiz portenho demonstrou a necessidade de pena defensiva que contemplasse, também, o dano irreparavelmente causado. Nosso Código previa a situação, quando atenuava a pena do crime praticado em desafronta de grave injúria a ascendente.

Procurando resolver a crise de seu lar, como sempre acontece, quando o indivíduo usurpa a função social da Justiça, o réu cometeu injustiças irremediáveis. Puniu com a morte a vítima, desatendendo ao exemplo de sua mãe que se queixava, não da vítima, mas do marido, e que, mesmo assim, não se lembrou de matar, porque no caso não havia culpa de morte. No seu caso impiedoso, o réu, que pretendia a absolvição de um homicídio, alcançou os cinco filhos da vítima, abandonados na sua orfandade. Lembrei uma crônica na véspera publicada por Humberto de Campos: os homens que matam não atingem apenas ao condenado. A dor fica na terra, perene, surda, imortal. O morto continua vivo no coração dos que o ama-

ram. Matando, deixam em derredor, chorando e sangrando, aquêles de quem o morto foi arrimo e consôlo.

Usurpando a solução do caso doméstico, o réu agravou-o, colocando, entre os seus pais, um cadáver, lançando-lhes no coração o perpétuo desgosto de verem na frente do filho o estigma de assassino e, nas suas mãos, quando levantadas para a bênção, o sangue de outra mãe, que também tinha filhos. Estaria certo o réu de que ela era a amante de seu pai? Nem isto. O réu devia desenvolver e cultivar sentimento orgânico que é o amor filial, mas no sentido do bem, no qual a primeira consequência é o respeito à mãe dos outros. O Júri iria decidir entre a justiça vindicta e a justiça em que o réu, um assassino, e não simples suspeito de comparsa em adultério, comparece involuntariamente amparado, cercado e defendido. O júri iria escolher entre o benefício de uma pena adequada e a impunidade, consagração do mal, estímulo para o crime, fonte de desespero para órfãos da vítima quando vieram a saber que, quem matou por amor filial, foi considerado inocente e no uso de um direito. O Júri optará entre a Justiça da foice que extermina, que esmigalha, que espatifa e a justiça da lei, que previne, que regenera, que readapta, numa época, em que o respeito à vida humana nega ao próprio médico o direito de matar por misericórdia, compaixão e amor.

A defesa pedira a absolvição do réu menor, trabalhador, de conduta exemplar, mas o Júri condenou-o a três anos. Aceitou, assim, minha sugestão: a aplicação de pena e não a absolvição, com o prêmio da Justiça e o hino da defesa.

O jornal *A Tarde* criticou-me taxando de “cacoete oratório” a referência aos filhos da vítima: “A amásia do pai de J.M.C. de P. deixou órfãos cinco filhos. Admite-se a hipótese de que um dêles queira um dia ferir com o mesmo ferro o assassino da mãe. A hipótese é humana. Mas é lamentável que dela não se tenha esquecido o Ministério Público... A consciência de jurista e de sociólogo do Dr. *Roberto Lyra* não se revelou, é bem verdade, neste diminuto, mas importante senão, que se deveria levar à conta de um pequenino “cacoete de oratória”. Ela será melhor apreendida no conjunto da acusação, conduzida num sentido humano de piedade e condoimento para com aquêlo pobre quase-menino, arrancado estupidamente pelo destino dos sonhos da puberdade para a desolação do cárcere”.

Exatamente o “sentido humano”, por natureza equitativo e consequente, estava a prevenir as retaliações desesperadas. É o que se verifica do “conjunto da acusação”, insusceptível de recortes e destaques. Não incluirei o lance entre os meus pecados. O Júri estava decidido à absolvição que evitei.

Entretanto, receio haver abusado, noutros julgamentos, de pedidos de atenuações, desclassificações e até absolvições. Fui aplaudido e elogiado por isto. Antigo jornalista, sempre dispus da boa imprensa. Mas, eu pretendia mesmo promover equidade, como é da essência do Júri? Aprofundando puramente a reflexão, suspeito de recuos táticos para capitalizar a confiança dos jurados e aproveitá-la nos julgamentos de maiores res-

ponsabilidades. Ou estava em causa, pessoalmente, prevenindo “derrotas”, provocando transações? Em alguns casos, talvez. Em regra, havia escrúpulo na benevolência. De qualquer modo, permiti-me excessiva liberdade nas adaptações dos libelos a juizes de consciência, no jôgo das teses sôbre causalidade, tentativa, responsabilidade, justificativa, apenação e na consideração dos problemas gerais. Contudo, jamais deixei de resolver pelo acusado dúvida real quanto à autoria.

2. *O acusador na defesa.* Assim foi, por exemplo, no processo contra Marcos V. dos S., ameaçado de condenação por homicídio, quando apenas acudira ao grito de socorro de u’a mulher seviciada e chamou a autoridade policial. Segundo o libelo, Marcos teria vibrado pauladas em Joaquim Antônio Francisco, quando êste agredia sua amásia Maria Adelaide da Silva, à rua Capitão Menezes. Joaquim fôra detido e levado à delegacia do 24.º Distrito Policial por dois soldados, a pedido de Marcos que comunicara ao delegado a violência de Joaquim contra Maria Adelaide. O agressor caminhou, ao lado dos soldados, sem auxílio de ninguém, percorrendo mais de três quilômetros. Na delegacia subiu escadas, prestou declarações e, em face destas, foi recolhido ao xadrez. O fato é que, no dia seguinte pela manhã, Joaquim morreu. Marcos foi denunciado, pronunciado e, afinal, submetido a julgamento como autor da morte de Joaquim. Entretanto, o laudo de exame cadavérico indicara como “causa mortis” um grupo de lesões na cabeça, que teriam impedido que a vítima andasse e falasse.

Promovi diligências no local do fato e na Delegacia e requeri esclarecimentos dos peritos e a reinquirição das testemunhas em plenário. As testemunhas disseram que a lesão apresentada pela vítima, quando prêsã à rua Capitão Menezes, era insignificante e deixava muito pouco sangue. O perito-relator afastou a hipótese de poder a morte da vítima resultar dos golpes atribuídos ao acusado. O perito signatário tentou fazer um discurso. Tratava-se apenas de apurar, objetivamente, se a vítima, depois de receber as lesões descritas, podia encaminhar determinado número de quilômetros. O segundo perito começou: — “Quando estudei na legendária Bahia, terra de Castro Alves e Rui Barbosa...” Cortei a verborragia, dizendo: — M.M. Juiz, desisto da oração do eloqüente perito. — E, em voz baixa: — Se eu fôsse jurado, condenaria êste homem a seis anos de estudos forçados. As testemunhas e o perito-relator não deixaram dúvida. Pedi ao jurados, e obtive, que negassem a letalidade das lesões, nos termos do Código revogado. Fiz extrair cópias de vários depoimentos e documentos pelos quais se poderia inferir que o autor da morte era outrem, conforme mesmo auto de qualificação existente no inquérito policial. Mereci, pois, os encômios do advogado que declarou desconhecer “em tôda a história criminal em caso de êrro igual ao reparado pelo representante da sociedade...” Os defensores costumam ser exagerados no louvor e na censura. O réu foi condenado pelas lesões corporais e não pela morte.

3. *Êrro judiciário.* Li tanto sôbre êrro judiciário que me angustiava diante da dúvida, assumindo a iniciativa de diligências que habitassem

à afirmação da autoria. Indicarei ainda o caso do chamado “crime da rua do Núncio”.

Empregados da Limpeza Pública, nas horas vagas, faziam biscates recolhendo papéis servidos nos depósitos de lixo das casas comerciais. Numa rixa, entre êles, o de nome Francisco Gonçalves Teixeira recebeu várias facadas, vindo a falecer. Prêso em flagrante como autor do crime, Luiz Andrade Mota fôra denunciado e pronunciado. Sôlto, em cumprimento a ordem de *habeas-corpus*, desapareceu. O assistente (então auxiliar) de acusação informara ao juiz que o réu alistara-se na Polícia Militar. Prêso o soldado, que se supunha ser o autor, negou a autoria e aludiu a um sósia, seu primo. Requeri a individual datiloscópica do soldado para confronto com a do prêso em flagrante. Apurou-se que as duas individuais datiloscópicas pertenciam a pessoas diversas. Pedi a imediata expedição do alvará de soltura, o que foi feito, apesar dos protestos do “auxiliar de acusação”. Êste pretendia o reconhecimento do prêso pelas testemunhas. Aleguei, com o apôio do juiz Magarinos Tôrres, que tanto o prêso quanto o seu sósia haviam sido empregados da Limpeza Pública. Considerei impossível o reconhecimento, sobretudo depois do decurso de tanto tempo. O verdadeiro autor alterara o seu nome, que era Luiz Oscar de Andrade, parecido com o do primo e se fizera passar por filho de seus tios. Por exceção, mencionei o nome por inteiro do acusado porque foi inocentado. Em regra, utilizo iniciais, pois o antigo criminoso pode estar hoje reintegrado na vida social, e ser prejudicado com a referência.

4. “*Não fui eu!*” Aquêlo acusado de defloramento (hoje sedução), desde o interrogatório em Juízo, dizia e repetia: “*Não fui eu!*” “*Não fui eu!*” Pediu entrevistas comigo (promotor) e com o juiz para afirmar-nos, reiteradamente, sua inocência. Falei com o advogado, que se mostrou indiferente. “*Todos são inocentes! Nós é que bem sabemos como êles são inocentes!*” E sorriu ou, pior, gargalhou. “*E quem foi?*” perguntou o juiz. “*Foi o pai dela. Ela me disse.*” A inverossimilhança da imputação, apesar dos desgraçados precedentes, esfriou nosso interêsse pelo caso. Estávamos habituados a ouvir protestos de inocência de autores dos mais comprovados crimes e, na hipótese, a monstruosidade atribuída ao pai da menor parecia-nos repugnante invencionice. Quando das declarações da ofendida, sem revelar a confidência do acusado (no interrogatório, êle nada dissera contra o pai dela) foram feitas perguntas e reperguntas discretas. E o acusado, depois: “*Ela tem mêdo dêle. Foi ameaçada de morte. Todos da casa têm mêdo dêle. Ela não disse nem à mãe.*” O pai da menor acompanhou a ofendida. Falamos com êle. Tivemos boa impressão, pela rusticidade tranqüila e reverente e, sobretudo, pelas aparentes atenções com a filha. O réu foi condenado. Apelou, e a sentença foi confirmada. Nas minhas visitas à Penitenciária, procurou-me sempre para jurar: “*Não fui eu!*” “*Não fui eu!*” Aquêlo refrão, agora, calava mais sèriamente em meu espírito. Êle já estava condenado definitivamente. Não dependia mais do promotor. Não precisava mentir. Levei o processo para casa. Li-o página a página, atentamente, sem tendência do que nenhum

acusado escapa. Há até juízes “condenadores”, por aberração moral e cívica e não por exação funcional. Procurei informação sôbre a ofendida e sua família. Soube que se havia mudado para “o interior”. Meu coração de sentimental bate atôa. Môço ou velho, sempre foi assim e há de ser até o último batimento. Um galope cardíaco saudou a descoberta no processo da falta de assinatura dos peritos no laudo de exame de corpo de delito. A omissão escapara a todos, inclusive a mim, na longa trajetória do processo até o arquivo. E representava, nada mais nada menos, do que a anulação do processo. Um dos peritos havia falecido. Sem nada dizer ao sentenciado, impetrei *habeas corpus* em seu favor. O promotor pode e deve pedi-lo, pois, acima de parte na ação pública, é fiscal da lei e de sua execução. O h.c. foi concedido, unânime. Obtive o alvará de soltura, tomei um taxi e fui levá-lo pessoalmente ao diretor da Penitenciária. É fácil imaginar-se o meu alvôço. Mandei chamar o sentenciado e, prudentemente, — não sômente a dor, a alegria também mata — disse-lhe: Vá buscar suas coisas. Quero levá-lo até em casa. Aqui está seu alvará de soltura. Êle desfaleceu e caiu ao chão. Amparado e medicado, voltou a si. Sofri mais do que êle. O diretor, frio e, por isso, previdente, mandou um portador à casa do sentenciado para preparar a família, evitando contentamentos homicidas, sobretudo dos velhos pais. Quem me conhece pode avaliar a minha plenitude pela felicidade daquele lar que só tinha a riqueza da virtude e a fôrça da união. Todos me observavam com olhos úmidos de gratidão, como se eu fôsse um emissário do sobrenatural. Ao despedir-se de mim, o ex-sentenciado beijou-me a mão e exclamou: “Não fui eu, Dr. Muito obrigado”. Haverá fortuna e poder que valham aquêles momentos de glória?

5. “Cachorro não se engana!” Ao organizar a cadeia de indícios contra um réu, hesitei em incluir certas circunstâncias assinaladas na pronúncia: o crime ocorrera no sítio em que morava a vítima e o cachorro desta não latiu; ora, o animal conhecia o acusado; logo, quem entrou no sítio para matar a vítima foi o acusado. Limitei-me a leve referência, pois os vizinhos não ficaram todo o tempo registrando os latidos. E a falta dêstes poderia provir de outra causa. Desdenhei daquele Procurador Cassagnol, de *Anatole France*, que, em idénticas circunstâncias, explicava: — “O cão não latiu contra o assassino porque o conhecia!”

O réu foi condenado, e o jurado mais influente explicou-me, ao despedir-se: — “Nós todos podemos nos enganar. Cachorro não se engana. Foi o homem mesmo”. E aprendi. O indício que eu considerava mais fraco foi decisivo.

6. *Agonia e mentira*. Única prova de autoria: as palavras da vítima poucos instantes antes de morrer. A defesa alegara o vício da suspeição e a desintegração da síntese mental pela agonia. E citou autores. Resolvi replicar com argumentos extraídos do senso comum. Preveni a dúvida, de que o defensor desdenhara, mas que podia acudir aos jurados. A vítima sabia que ia morrer? Mostrei que sim e notei a incomparável

solenidade do momento, que tranca os lábios do homem para a mentira, engrandecendo-o pelo ministério da transição suprema. A vítima sabia que ia morrer, que a morte era inevitável. E estava lúcida, serena, à altura da majestade da agonia. Se admissível um impulso de vingança, é claro que se dirigia a quem realmente praticara o crime. O moribundo não iria inocentar o culpado e culpar o inocente.

7. *Prostituta não prostituída!* A bala extraída do corpo da vítima não correspondia à arma apreendida como instrumento do crime. As testemunhas não traziam qualquer esclarecimento. O acusado negara a autoria. Mas eu “sentia” na prova a autoria. Devia existir uma explicação para aquêlo fato que a defesa saberia aproveitar a fim de obter a absolvição. Na véspera do julgamento dirigi-me ao local do crime: uma pensão de mulheres. Convidei os defensores que se recusaram a acompanhar-me. Levei os dois escrivães. Em conversa com uma das prostitutas, que depusera no processo e nada dissera, soube da verdade: havia duas armas e a que servira ao acusado fôra escondida. Um companheiro dêste desfechara depois um tiro com a arma apreendida para ludibriar a autoridade. A testemunha explicou-me que, ameaçada, tivera medo de contar o ocorrido. Fiz-lhe uma exortação, a bem da verdade, e só da verdade, para que se fizesse justiça. E notei o rubor da compenetração. Eram aquelas, talvez, as primeiras palavras de respeito e confiança que ouvira durante tôda a vida. Disse-lhe que pediria seu depoimento em plenário.

O auxiliar da acusação (atualmente, assistente) e colegas do Ministério Público tudo fizeram para demover-me da “imprudência”. Os promotores não gostam de expor sua prova aos imprevistos da reinquirição perante juízes leigos, desconhecedores da relatividade da certeza e das contingências da Justiça. E, então — pior — tratava-se de testemunha indigna de fé. Não desisti. Tentaria desfazer a dúvida que levaria, irremediavelmente, à absolvição. Se antes apenas “sentia” nas entrelinhas do processo, agora conhecia a verdade pela pureza cívica de lábios impuros.

A prostituta cumpriu sua palavra. E tudo explicou perante o Júri. A firmeza de suas declarações — notei logo — impressionou aos jurados. O advogado procurou desmoralizar o depoimento, glosando, sarcásticamente, a extrema inidoneidade da testemunha. Ora, uma prostituta!

Em réplica de quinze minutos, consegui, com palavras intensas e vigorosas, mostrar que o crime não se relacionava à prostituição, que a testemunha era insuspeita. Prostituta, sim, mas não prostituída, pois, naquele mesmo julgamento, dera provas de fidelidade ao dever, de honradez como testemunha. Entre o acusado, moço, forte, próspero, influente, e a vítima, com quem ficou? Com o cadáver. Entre a verdade perigosa e a mentira conveniente, optou pelo sacrifício e pela renúncia, a bem da Justiça. Frizei a segurança de suas declarações, reproduzi suas atitudes desassombradas e altaneiras. Pedi um *veredictum* condenatório que fôsse também a redenção moral daquela infeliz, fazendo-a perseverar no bem, confiar nos homens, crer na Justiça!

8. *Os dilemas.* — Como poderia vangloriar-me dos aplaudidos dilemas que hoje me atormentam a memória pelo artifício e pela hipocrisia? A vítima recebeu dois tiros pelas costas e dois pela frente. O réu começou a atirar pela frente, e excedeu-se na invocada legítima defesa, pois foram letais os ferimentos, ou começou a atirar pelas costas e não pode alegar legítima defesa quem agride pelas costas!

Conservei, entretanto, o vício dos dilemas nas controvérsias. Assim, por exemplo, quando brasileiros foram acusados de ouvir irradiações do inimigo: — Ou as irradiações não foram captadas pelas fôrças em combate e não houve perigo, ou foram captadas e, nesse caso, criaram o perigo os que, por ação ou omissão, concorreram, de qualquer modo, para a captação. Sem esta o evento seria impossível pela absoluta inidoneidade do meio.

9. *“Ainda não morreu, desgraçado?”* — Antecipei uma réplica, repetindo, enquanto a defesa falava, uma pergunta do réu à vítima que eu, premeditadamente, tratara de comprovar na acusação: “Ainda não morreu, desgraçado?” Tôda vez que a defesa fazia uma pausa, aproveitava o silêncio e a concentração gerais para insistir: “Ainda não morreu, desgraçado?” A sombra da impiedade com a vítima estrebuchante dissolvia todos os argumentos do defensor. Não precisava replicar, porque o fizera, tumultuariamente, glosando com ênfase mímicas e verbais aquêle mote.

Fiz coisa parecida noutro caso, explorando, também, o patriotismo dos jurados: “Cachorro”! Era a expressão do ódio do estrangeiro, à vítima, moço brasileiro.

Eficiente? A técnica jamais deveria sobrepujar a ética, aliás com subversão da ordem processual que o Promotor fiscaliza. Realizei tréplica paralela, disfarçada, perturbadora.

10. *Ilegalidades de um fiscal da lei.* — Como curador de órfãos, promovi contra a lei a curatela do avô materno sôbre o filho do primeiro leito de mulher casada interdita. A lei manda deferir a curatela e, portanto, a tutela do menor ao padrasto dêste. O neto — expliquei — desde o nascimento, vivia com os avós maternos que tudo lhe davam. Como matar os velhos tirando a razão de ser de sua existência e prejudicando a criança, moral, material, afetivamente? Confiá-lo ao padrasto, aliás não de todo estranho à doença mental da espôsa biruta? Entregar-lhe, inclusive, a administração dos bens do enteado?

Como curador de menores aconselhei ao noivo de uma menor: — Deflore-a! O noivo, a bem da menor, tirou-a de casa e confiou-a a família idônea. É que os pais obrigavam-na a servir bebidas aos parceiros de jôgo e a tolerar suas liberdades de ébrios. A menor não tinha idade para o casamento. O pai pediu ao juiz de menores a apreensão dela. Assim, voltaria para o lar indigno. Como o noivo tivesse respeitado a menor, não cabia a exceção do art. 214 do Código Civil: casamento para evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal. Por isso, depois de explicações jurídicas e morais, aconselhei o noivo a deflorar a menor. E

que luta para vencer os seus escrúpulos! O exame médico-legal foi feito no juízo de menores em segredo de justiça. Providenciei o suprimento judicial da autorização dos pais. Fui testemunha do casamento e padrinho do primeiro filho!

ROBERTO LYRA

Professor Titular de Direito Judiciário Penal  
na Faculdade de Direito da Universidade do  
Estado da Guanabara. Membro do Ministério  
Público aposentado.

## A LEI SÔBRE MENORES INFRATORES

ALYRIO CAVALLIERI

O Código de Menores de 1928 continha dispositivos referentes aos menores infratores, os quais denominava delinqüentes. Com o surgimento do Código Penal, em 1940, tornou-se imperativo modificar-se o tratamento do menor, aparecendo, em 1943, o Decreto-Lei n.º 6.026.

Em 1967 — 10 de abril — foi promulgada a Lei n.º 5.258, que se constituiu numa completa subversão no Direito do Menor, contrariando tudo quanto existia, aqui e no estrangeiro, em matéria de considerações doutrinárias, teóricas e legais, sôbre o assunto.

Como resultado da rebelião dos interessados — juizes de menores, curadoes, juristas, educadores — a lei de 1967 foi modificada na sua essência, com a sanção da Lei n.º 5.439, de 22 de maio de 1968.

Houve, de parte do Ministro GAMA E SILVA e do consultor jurídico PAULO FERNANDES VIEIRA, uma grande sensibilidade para ouvir e entender os reclamos aflitos dos encarregados de aplicar a Lei n.º 5.258. E foi graças a essa compreensão, que o Poder Executivo enviou mensagem ao Legislativo, tornando possível a alteração do indesejável diploma. O Congresso foi também, por sua parte, receptivo e, em breve tempo, o país libertou-se de uma legislação que degradava sua cultura jurídica. Repetindo BULHÕES CARVALHO, ela era um "atentado".

Com efeito, tendo a Lei n.º 5.258 determinado a internação obrigatória do menor infrator, por prazos fixos, na proporção da pena relativa ao ato praticado, conquistou o galardão de um pioneirismo canhestro: não há similar em nenhum país do mundo. Compulsamos o direito positivo referente a cerca de 30 nações; algumas legislações impõem medidas rigorosas a menores delinqüentes; entretanto, tais medidas ficam sempre a critério de um juiz ou tribunal, que decidirá sôbre a conveniência de sua aplicação.

Pois bem, a lei brasileira eliminou tôdas as considerações pertinentes à figura do juiz de menores; ignorou as conquistas da pedagogia e da assistência educativa; subverteu o princípio básico do direito nacional e determinou:

"se o menor praticar fato definido em lei como infração penal a que seja cominada pena de reclusão, o juiz mandará

interná-lo em estabelecimento apropriado para a sua reeducação, pelo tempo e nas condições constantes dos parágrafos seguintes:

§ 1.º — O prazo da internação não será inferior a dois terços do mínimo, nem superior a dois terços do máximo da pena privativa de liberdade cominada ao fato na lei penal...”

Foi dessa enormidade que nos livramos. O texto integral, em que há outras aberrações, foi publicado por esta Revista, no seu primeiro número, à pág. 239.

### MUDAR POUCO, MAS ALGUMA COISA

Uma pergunta será, fatalmente, formulada pelos especialistas: por que não se fêz, logo, na alteração da lei repelida, uma legislação que incorporasse tôdas as modernas conquistas do Direito do Menor?

É fato notório o progresso em tôrno do assunto. Bastam as referências a recentes eventos para se aquilatar o progresso atual.

Em 1966, o VII Congresso da Associação dos Juizes de Brasília, JORGE DUARTE DE AZEVEDO, fixou os princípios da proteção judiciária ao menor; o Instituto Interamericano Del Niño, dirigido pelo notável jurista RAFAEL SAJON, está em profícua atividade. Realizou, em 1967, em Córdoba, um curso de especialização para autoridades judiciárias, estando o Brasil representado por CAVALCANTI DE GUSMÃO e PECEGUEIRO DO AMARAL.

Há uma opulenta contribuição de juristas especializados, tornando muito fértil a literatura sôbre a matéria, não sendo de esquecer-se os nomes de CHAZAL (*Les Droits de l'enfant*), MARC ANCEL, BESSON, HEUYER, LEVASSEUR, CECCALDI (obra sôbre os socialmente inadaptados), PIERRIS (*Delincuencia Juvenil*), DEL CAMPO, GONZALEZ ROURA (sôbre a proteção jurídica) e tantos mais.

No campo legislativo, há o moderno Código de Portugal, de 1962, consagrado por prestigiosas opiniões.

No Brasil, deixando-se de lado os anteprojetos que estão sepultados no Congresso, está em estudos o esbôço de código de menores do grande Juiz CAVALCANTI DE GUSMÃO, a obra de seu colega paulista, ALDO DE ASSIS, já na segunda instância (*O Menor em Face da Justiça*), e os estudos do emérito cultor do nôvo direito, BULHÕES CARVALHO, decano do Tribunal de Justiça da Guanabara.

Fato de realce foi a realização do III Encontro Nacional de Juizes de Menores, em Brasília, em outubro de 1968, presentes vinte magistrados, representando as comarcas das capitais brasileiras. Foi votada uma carta de princípios, de profundo significado. Fundou-se, ali, também, a Associação Brasileira de Juizes de Menores, sendo seu primeiro presidente o Juiz de Brasília, JORGE DUARTE DE AZEVEDO. Outros membros da direção são CAVALCANTI DE GUSMÃO, ALYRIO CAVALLIERI e DJALMA DE GOUVEIA.

Na esfera da assistência, o Brasil viveu uma autêntica revolução de métodos e princípios, com a extinção do SAM e a implantação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor. A obra confiada a MÁRIO ALTENFELDER começa a receber o reconhecimento do aplauso de organismos internacionais, como se constata pelas manifestações da ONU. A FNBEM tem propiciado uma elaboração doutrinária fecunda, com os encontros que tem realizado entre personalidades de renome.

Pois bem, diante de tão grande progresso no ramo nôvo do Direito do Menor, por que não adotou as modernas concepções o govêrno federal na oportunidade da alteração da Lei de 1967?

A indagação é válida.

A resposta, porém, merece consideração.

Uma legislação que traçasse modificações profundas no tratamento do menor infrator, não se poderia formular sem o apêlo aos numerosos e competentes especialistas que há no Brasil. As consultas demandariam tempo e resultaria, todo o esforço, em nôvo Código, de aprovação demorada.

E havia urgência em modificar a malsinada Lei n.º 5.258. Optou-se, pois, pelo restabelecimento dos princípios gerais do decreto-lei de 1943, que, em sua execução, estava sendo satisfatório, aplicado por todos os juizes do país, sem maiores percalços.

Está, entretanto, aberto o caminho para as modificações legislativas de base.

O Brasil precisa de uma legislação sôbre menores à altura do prestígio de sua cultura jurídica; aquêles que podem proporcionar o evento estão aí; há um clima propício, com o despertar da sensibilidade da opinião para o momentoso assunto. A atuação da FNBEM faz-se sentir em todos os Estados e a Guanabara já criou sua Fundação Estadual, presidida por FERNANDO ABELHEIRA, e a entidade nacional faz convênios com as demais unidades. Com a reforma da organização judiciária da cidade-Estado, o Juizado de Menores terá uma ampliação de recursos à altura das necessidades da capital cultural do país.

Antecipando-se a essa reorganização, o Conselho da Magistratura do Tribunal da Guanabara, por inspiração do Desembargador BULHÕES CARVALHO, publicou os provimentos 25 e 26, criando no juizado o serviço de subsídio familiar, para amparo ao menor abandonado, que terá profundas repercussões.

#### A LEI NOVA

Divulgamos, aqui, o texto em vigor, da legislação atinente ao menor infrator. Incorporamos as alterações à lei de 1967, com parcos comentários. A publicação assim feita, facilita sua utilização, evitando a remissão aos vários textos, o da lei nova, o da lei alterada, o Código de 1928 e o Código Penal.

LEI N.º 5.258, DE 10 DE ABRIL DE 1967

*Com as alterações de Lei n.º 5.439, de 22 de maio de 1968*

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.

O texto alterou, completamente, a Lei n.º 5.258, restabelecendo o Decreto n.º 6.026, com uma única exceção: uma emenda supressiva do Senador ALOYSIO DE CARVALHO eliminou o § 1.º do Decreto, pelo qual, em casos excepcionais, o juiz podia mandar internar o menor perigoso em seção especial de estabelecimento de adultos. Considerando-se que nem mesmo a Guanabara possui local adequado para tais menores, imagine-se a situação de todo o país. Nesta cidade, há cerca de 15 menores, com idade acima de 17 anos, internados em seção separada da Penitenciária Milton Dias Moreira. Lá, muitos têm sido recuperados, pela atuação do assistente social CARLOS MEIRELES. Em geral, praticaram atos anti-sociais descritos no Código Penal como homicídio, roubo qualificado (assalto a mão armada e latrocínio). A dificuldade dos juizes de resultar na construção de estabelecimentos adequados, o que será, de qualquer modo, um progresso.

É a seguinte a redação da legislação citada no § 1.º (Decreto-lei número 3.914, de 9-12-41, ou seja, a Lei de Introdução do Código Penal):

“Art. 7.º, § 2.º — Se o menor completar vinte e um anos, sem que tenha sido revogada a medida de internação, será transferido para colônia agrícola ou para instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional, ou seção especial de outro estabelecimento, à disposição do juiz criminal.

§ 3.º Aplicar-se-á, quanto à revogação da medida, o disposto no Código Penal sobre a revogação de medida de segurança”.

A revogação de medida de segurança é regulada no art. 81 do Código Penal, dependendo da verificação de cessação da periculosidade.

Todo o texto que se segue é o da Lei n.º 5.258, com alterações que serão indicadas.

Art. 3.º Sempre que tiver conhecimento da prática, por menor de 14 a 18 anos, de fato definido como infração penal, a autoridade policial iniciará investigações e fará apresentar incontinenti o menor ao juiz competente.

§ 1.º O juiz, depois de ouvir o menor, as testemunhas, os pais e responsáveis, bem como as pessoas que julgar conveniente, resolverá sobre o seu destino provisório e marcará prazo para a conclusão das investigações policiais.

§ 2.º Recebidas e atuadas as investigações, o juiz mandará abrir vista do processo, por cinco dias, ao Ministério Público.

§ 3.º A seguir, o juiz determinará as diligências que entender, marcando o respectivo prazo.

§ 4.º É sempre necessário o exame pericial para averiguar o grau de desenvolvimento mental do menor.

A referência que vinha a seguir ao art. 2.º, § 4.º perdeu sua razão de ser, com a derrogação.

§ 5.º Completadas as diligências, o juiz ouvirá novamente o menor e, conclusos os autos, após audiência, em dez dias, do Ministério Público, no prazo de vinte dias, proferirá decisão fundamentada.

§ 6.º O menor será submetido a tratamento apropriado quando o seu estado o exigir.

A fim de permitir, por um lado, o rápido conhecimento por parte do Juízo, da detenção de menores infratores e, por outro, propiciar à autoridade policial efetuar diligências havendo necessidade, em casos graves ou de co-autoria com maiores — redigimos a Portaria n.º 623, em fevereiro de 1967. Interpretamos o mandamento legal da apresentação incontinenti ou imediata do menor ao juiz, facultando à autoridade policial fazer a comunicação por qualquer meio, ao plantão do juizado, que a transfere, logo ao magistrado; é comum ser designado comissário para acompanhar as diligências.

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 do disposto nesta lei, na forma dos artigos 68 e seus parágrafos e 79 do Decreto número 17.943-A, de 12 de outubro de 1927 (Código de Menores), com audiência do Ministério Público.

Foi eliminada a parte final do artigo, nesses termos: “A internação não poderá prolongar-se além da data em que o menor completar 18 anos de idade”.

Os artigos 68 e parágrafos e 79 do Código de Menores referem-se ao tratamento judicial do menor de 14 anos, destacando-se a determinação de que “não será submetido a processo penal de espécie alguma”; os incisos dispõem sobre o simples registro do fato, estado do menor e situação de seus

responsáveis, destino a ser-lhe dado — entrega ou internamento — e a obrigação que têm pela reparação civil do dano causado, os que sejam incumbidos de sua vigilância, salvo se provarem que não houve culpa de sua parte.

Art. 5.º O escrivão registrará, em livro especial, qualquer decisão definitiva sobre menor de 18 anos, bem como a qualificação do menor, dos pais ou responsáveis e das testemunhas. A decisão só será comunicada aos pais ou responsáveis ou à autoridade judicial ou policial reservadamente.

Parágrafo único. Para os efeitos do processo, deve ser considerada a idade do menor à data do fato.

Art. 6.º A decisão definitiva do Juiz ficará sujeita a re-exame 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 dez dias, contados da intimação, devendo os autos subir no prazo de 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.

A competência para a revisão, na Guanabara, é do Conselho da Magistratura. O art. 6.º tinha dois parágrafos, reduzidos a um único. O inciso eliminado referia-se a recurso “ex-officio”, nos casos em que o Juiz desligasse o menor do estabelecimento em que o tivesse internado ou o mandasse para estabelecimento de adulto, havendo particular periculosidade.

Art. 7.º Compete ao Juiz a designação do estabelecimento a que deva ser recolhido o menor, atendida a necessidade de tratamento especial. Mediante decisão motivada, o Juiz poderá transferir o menor de um para outro estabelecimento ou alterar o regime de internação.

Parágrafo único. Sem prejuízo da responsabilidade civil (Código Civil, arts. 159 e segs), o Juiz arbitrará, na sentença em que determinar a internação, a pensão mensal, que o internado, ou quem lhe deva alimentos, pagará pela sua manutenção no estabelecimento a que fôr recolhido, observado no que fôr aplicável, o disposto nos arts. 400 e 401 do Código Civil.

Art. 8.º O Juiz poderá ouvir os técnicos ou os funcionários que hajam examinado ou assistido o menor.

Art. 9.º Em todos os casos, o Juiz estudará a personalidade do menor, sobretudo em seu ambiente familiar e social, mandando proceder reservadamente, a perícias e inquéritos necessários à individualização do tratamento e da reeducação.

Art. 10. A autoridade policial encaminhará ao Juiz competente o menor de 18 anos que fôr encontrado viajando ou vagando sem ter destino certo ou meios próprios de subsistência, bem como o que fôr achado em lugar ou companhia cuja freqüência lhe é interdita.

Art. 11. O processo de alimentos devidos a menores abandonados será iniciado por petição ao Juiz de Menores e obedecerá ao rito estabele-

cido no art. 685 do Código de Processo Civil, cabendo reexame da decisão na forma do art. 6.º e seu parágrafo, no que fôr aplicável.

Art. 12. A autorização para o trabalho, expedida pelo Juiz de Menores, suprirá, durante o prazo de um ano, a carteira de trabalho de que trata o Título III, Capítulo IV, Seção III, da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n.º 5.452 de 1/5/43.

Parágrafo único. Expedida a autorização, o Juiz de Menores promoverá a emissão da carteira de trabalho do menor, enviando à autoridade competente os documentos necessários.

Art. 13. As multas estabelecidas pelas leis de assistência e proteção a menores serão impostas pelo Juiz competente nos processos em curso, ou em processos especiais.

§ 1.º O processo especial de multa será iniciado com o auto de infração lavrado por funcionário competente e subscrito por duas testemunhas.

§ 2.º Poderão ser utilizadas formas impressas com dizeres comuns do auto, preenchidos os claros e inutilizadas as linhas em branco.

§ 3.º Sempre que possível, a lavratura do auto seguir-se-á imediatamente à verificação da infração, certificando-se, em caso contrário, os motivos do retardamento.

Art. 14. Aos autuados será facultado o prazo de 15 dias para apresentação da defesa contado da data da intimação que será feita:

a) Pelo autuante, no próprio auto quando êste fôr lavrado na presença do autuado;

b) por oficial ou funcionário do Juízo, que entregará cópia do auto ao infrator ou ao seu representante legal, lavrando certidão;

c) por via postal, se não fôr encontrado o infrator ou seu representante legal;

d) por edital, com o prazo de 30 dias, se incerto ou não sabido o paradeiro do infrator ou seu representante legal.

Art. 15. Com a defesa, poderá o autuado apresentar documentos, arrolar testemunhas, e requerer outras provas.

§ 1.º Para a produção das provas, será concedido prazo suplementar de 5 dias, findo o qual subirão os autos ao Juiz para decidir dentro de dez dias.

§ 2.º Da decisão do Juiz, caberá reexame nos termos do artigo 6.º, quando a multa fôr superior a dois salários-mínimos vigentes na região.

Com a atualização das multas, também foi revisto o valor referido nesse parágrafo, que era de dois mil cruzeiros antigos.

Art. 16. As multas serão cobradas pela União ou pelo Estado mediante executivo fiscal.

Segue-se o art. 17 que, autorizando a abertura de crédito de cinquenta milhões de cruzeiros antigos para a criação, ampliação e reforma de estabelecimentos, perdeu sua validade, com o transcurso do ano financeiro de 1967.

Art. 18. Continua em vigor a legislação especial a respeito de menores, no que não contrariar o disposto nesta lei.

O texto alterado da Lei 5.258 termina aqui. A Lei que a alterou possui mais três artigos. Um, o segundo, atualiza os valores das multas aplicáveis às casas de diversões e os dois seguintes à vigência da lei e revogação de disposições em contrário. Como, “falta la lege, trovato l’ingano”, verifica-se não terem sido modernizadas as multas referentes a outras cominações impostas pelo Código de Menores. É de notar-se, entretanto, serem de rara aplicação.

Art. 2.º O valor da multa referida no art. 128, § 7.º do Decreto número 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.

O valor da multa, constante do citado Decreto (Código de Menores), era de 50 a 200 cruzeiros antigos por menor admitido nas casas de diversões, quando houvesse infração da lei. A multa de 50 cruzeiros não podia ser aplicada, pois as máquinas das coletorias da Guanabara não registravam mais essa importância. São sujeitas às multas, também, os porteiros, vendedores de ingressos e as pessoas que conduzirem os menores.

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*

*Luiz Antônio da Gama e Silva*

Publicada no “Diário Oficial de 23 de maio de 1968.

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA GUANABARA — CONSELHO DA MAGISTRATURA

PROVIMENTO N.º 13/67

O CONSELHO DA MAGISTRATURA DO ESTADO DA GUANABARA, tendo em vista o estatuído pela Lei n.º 1.091, de 29 de setembro de 1966, que, sem procedência de Mensagem do Poder Judiciário, veio alterar o Código de Organização Judiciária do Estado baixado com o Decreto-Lei n.º 8.527, de 31 de dezembro de 1945, e leis posteriores; e

CONSIDERANDO que embora não seja passível de dúvida a manifesta inconstitucionalidade da referida lei uma vez que, apresentado o projeto sem preceder mensagem do Poder Judiciário, em assunto da competência privativa desse Poder;

CONSIDERANDO, porém, que não tendo o Conselho da Magistratura competência para declarar inconstitucional a referida lei em decisão de caráter administrativo;

CONSIDERANDO que, nada obstante essa impossibilidade, cumpra ao Conselho determinar a aplicação da lei pela forma que fôr menos prejudicial aos interesses das partes, e aos serviços judiciários;

CONSIDERANDO que, dentro da interpretação mais salutar e teleológica do texto, pode ser ressalvado o andamento de processos e a prática de atos que pela sua natureza urgente não contrariem a finalidade da lei e assegurem o direito das partes;

### R E S O L V E :

a) nos períodos a que se refere o art. 1.º da Lei n.º 1.091, de 29 de setembro de 1966, poderão ser praticados os atos necessários ao resguardo e salvaguarda do direito das partes, previsto no Livro V do Código de Processo Civil, suspenso o prazo para o respectivo recurso, ressalvado o uso da reclamação para o Conselho da Magistratura;

b) nos mesmos períodos a que se refere o item anterior poderão ser processados todos e quaisquer feitos até o despacho saneador exclusivo, bem assim os processos administrativos e mandados de segurança até decisão.

final, suspensos também os prazos para os respectivos recursos, ressalvado o direito de reclamação para o Conselho da Magistratura;

c) os processos-crimes não sofrerão interrupção em seu curso, quer se trate ou não de réu preso, por ser iminente a possibilidade da ocorrência de prescrição;

d) fica o Presidente do Tribunal de Justiça autorizado a promover, quer diretamente, quer por intermédio da Procuradoria Geral do Estado ou da Justiça, a declaração de inconstitucionalidade da lei referida perante o órgão judiciário competente, na forma prevista na Constituição e nas leis em vigor.

Registre-se e publique-se.

Rio de Janeiro, 11 de janeiro de 1967.

Ass.: Des. *Aloysio Maria Teixeira* — Presidente.



# BIBLIOGRAFIA

---

OSCAR DIAS CORRÊA, *A Constituição de 1967, contribuição crítica*, Forense, 1968, 138 páginas.

Não obstante a existência dos excelentes comentários à nova Constituição, de Pontes de Miranda, e a publicação de obras de divulgação de autoria de Paulo Sarazate e Paulino Jacques, ainda era parca a nossa bibliografia referente ao novo texto constitucional, que suscitou maior número de estudos sobre os seus aspectos tributários. É assim sumamente oportuna a obra do deputado e professor de Economia Oscar Dias Corrêa, que traz um depoimento pessoal sobre a elaboração legislativa e discute, com ampla informação e agudo senso crítico, o sentido exato dos textos aprovados pela Constituinte. Num trabalho que pretende ser polêmico, o autor assumiu a tarefa de fazer o estudo comparativo do espírito e do texto das nossas duas últimas Constituições de 1946 e 1967. Na introdução, esclarece o professor Oscar Dias Corrêa que deliberadamente fugiu ao debate puramente doutrinário, para ficar no comentário objetivo "tendo em vista a vivência dos dispositivos, como os vimos e entendemos, os que fomos forçados a enfrentar a opção de votá-los". A posição do autor era mais favorável à revisão da Constituição de 1946, com o aproveitamento da nossa experiência política e o seu estudo reafirma que certa era a sua tese, pelo caráter de compromisso e de equilíbrio que caracterizara o nosso documento legislativo fundamental anterior à Revolução.

Especial importância merece o capítulo referente às disposições econômicas e sociais da Constituição na qual o autor vislumbra uma "Ordem econômica indefinida", alegando que a abundância dos dispositivos constitucionais existentes sobre a matéria não traça uma ordem econômica explícita e de contornos precisos. Para o professor Oscar Dias Corrêa, "pelo contrário, caracteriza-se pela indefinição, pela indeterminação, pela vaguedade, se não pela própria contradição dos termos" (pág. 80).

Também merece a crítica do autor o art. 89 do texto constitucional que considera toda pessoa física ou jurídica como responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei. Numa apreciação tanto jurídica como política da matéria, o antigo constituinte esclarece que "com isso, em verdade, não se esclareceu nada, senão uma responsabilização que permite tudo e tudo autoriza, dentro de conceito instável, entregue à caracterização objetiva do governante da hora ante a situação que enfrentar" (pág. 91).

O livro analisa outrossim o sentido enigmático do art. 157, parágrafo 11, da Constituição, que só permite que a pessoa tenha uma empresa para a produção de bens supérfluos, afirmando que o texto atual é “inexplicável e ininteligível” (pág. 100).

O processo legislativo, na sua forma atual, é objeto de um capítulo no qual Oscar Dias Corrêa se insurge contra a inflação legislativa, criadora de verdadeiro labirinto de leis, provocando inúmeras retificações e ensejando uma balbúrdia legal condenável pela insegurança que gera no mundo dos negócios.

A posição das leis complementares consideradas como tendo um processo próprio de elaboração pelo novo texto constitucional e sendo assim de nível superior às demais normas legais suscita ponderações do autor quanto à necessidade de reformulação das leis ordinárias anteriores que regulam matéria que, pela Constituição vigente, só pode ser disciplinada por lei complementar, como seria o caso por exemplo do Código Tributário Nacional.

Estudo escrito numa linguagem fácil, com a veemência do parlamentar e o senso didático do professor, o livro de Oscar Dias Corrêa abre um debate da maior importância para a renovação do nosso direito público e a boa disciplina das instituições políticas.

*Arnoldo Wald*

ANTÔNIO TITO COSTA, *Recursos em matéria eleitoral*, Editora dos Tribunais, 1968, 151, páginas.

O advogado Antonio Tito Costa, que vem militando, de longa data, perante os Egrégios Tribunal Superior Eleitoral (T. S. E.) e Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (T. R. E.-S. P.), como causídico e delegado de partido, conhecedor que é dos problemas atinentes à legislação eleitoral, acaba de publicar excelente trabalho sob o título “Recursos em matéria eleitoral”.

Esse trabalho, vem, sem dúvida, preencher lacuna existente sobre relevante tema — sobretudo para os que militam na Justiça Eleitoral — qual seja, a dos recursos em matéria eleitoral, quer no campo civil, quer no campo criminal.

O ilustrado autor trata no capítulo I da organização e da competência de Justiça eleitoral, assunto preliminar necessário quando se trata de trabalho jurídico sobre recursos.

A seguir, usando sempre de linguagem clara e obedecendo método adequado no tratamento do tema, aprecia os *recursos em geral* no capítulo II, capítulo no qual, de início, esquematiza as diversas espécies de recurso admitidos na legislação eleitoral (cap. II, 1) e faz com precisão a distinção entre *Recurso e Impugnação* (cap. II, 2). Essa distinção preliminar se fazia mesmo necessária, porque a lei eleitoral usa largamente das impugnações, no sentido exato indicado no trabalho, isto é: “Oposição manifestada mesmo antes de ser tomada uma decisão ou praticado um ato”, produzindo efeitos imediatos (art. 171 do Código Eleitoral).

Merece destaque, ainda, as seguintes apreciações do ilustre autor, no referido capítulo II, sobre:

- a) o efeito suspensivo dos recursos no sistema eleitoral brasileiro;
- b) os prazos e sua contagem, no Direito Eleitoral;
- c) a adoção pela lei eleitoral do instituto da *preclusão processual*, “com o fim de assegurar precisão e rapidez ao desenvolvimento dos atos judiciais”;
- d) quem pode apresentar os recursos eleitorais, matéria que tem suscitado larga controvérsia, sobretudo no que diz respeito a obrigatoriedade da intervenção de advogado na sustentação dos recursos perante os Tribunais Eleitorais;
- e) a função da *representação*;
- f) a inadmissibilidade no processo eleitoral do *recurso de ofício*;
- g) a admissibilidade do *pre-julgado* no processo eleitoral brasileiro.

No capítulo terceiro seguido sempre o mesmo método claro e objetivo, sob o título “Instância e Recurso”, aprecia “os recursos interpostos perante as Juntas e o Juízos eleitorais, em relação a atos e decisões de umas e outras, da competência do Tribunal Regional Eleitoral — T. R. E.; os recursos perante os Tribunais Regionais Eleitorais, ressaltando que as decisões dos T. R. E.s, em geral, são finais, terminativas, irrecorríveis e indicando, ainda, a possibilidade dos recursos especiais e ordinários de determinadas decisões para o T. S. E. fixados na Constituição do Brasil; os recursos perante o T. S. E., ressaltando, a final, a regra geral da irrecorribilidade das decisões proferidas pelo T. S. E. e as exceções dessa regra geral, expressamente previstas na Constituição do Brasil e Código Eleitoral.

No capítulo IV, trata o autor dos *embargos de declaração*, admissíveis no Código Eleitoral e, ainda, aprecia a inadmissibilidade de *embargos infringentes das decisões do T. S. E.*, destacando, como antes apreciado, que dois são os recursos admissíveis contra as decisões do T. S. E., para o Supremo Tribunal Federal. Completando o exame dos embargos infringentes, no processo eleitoral (cap. IX), conclui, também, pelo descabimento de embargos infringentes quanto a acórdãos dos T. R. E.s em matéria criminal.

No capítulo V versa o ilustre autor sobre o *agravo de instrumento* no processo eleitoral, ressaltando que na lei eleitoral, diversamente do que ocorre no Código do Processo Civil, é o agravo admissível, genericamente, contra as decisões dos Presidentes dos T. R. E.s que denegam recurso especial, ou contra despacho do Presidente do T. S. E. denegatório de recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal.

No capítulo VI cuida o autor, desenvolvidamente como exige a importância do assunto, do *recurso contra diplomação*, detendo-se, sobretudo, no exame das hipóteses de cabimento dêsse recurso.

O capítulo VII trata do Recurso Extraordinário, ressaltando, sobretudo, as divergências no Supremo Tribunal Federal a respeito do cabimento dêste recurso em matéria eleitoral, em face do princípio da irrecorribilidade das decisões do T. S. E., expresso na Constituição do Brasil.

No capítulo VIII aprecia o trabalho, clara e objetivamente do Mandado de Segurança e do Habeas Corpus em matéria eleitoral.

Finalmente, no capítulo IX expõe o “Processo e julgamento dos crimes eleitorais”, assunto de relevância em face da legislação relativa a ramo de Direito Penal Especial, qual seja, o Direito Penal Eleitoral.

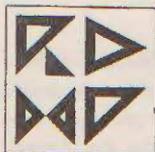
Destaca o ilustre autor:

a) natureza exclusivamente pública da ação penal, embora a *notitia criminis* possa ser trazida ao Ministério Público ou Juiz, por qualquer decisão;

b) o processamento dos crimes eleitorais perante os Juizes eleitorais, segundo as normas dos artigos 355 e 364 do Código de Processo Penal;

c) Disciplina quais os recursos cabíveis, e a admissibilidade da revisão criminal, nos processos crimes sôbre matéria eleitoral.

*José Carlos S. Murta Ribeiro*



# REVISTAS EM REVISTA

---

## ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT

N.º 13, 1968, Paris.

*Villey*: Préface historique à l'étude des notions de contrat.

*Batiffol*: La crise du contrat et sa portée.

*Rieg*: Le contrat dans les doctrines allemandes de XIX<sup>e</sup> siècle.

*Castro (L)*: Deux ouvrages récents sur l'idée de contrat.

*Lyon-Caen*: Défence et illustration du contrat de travail.

*Terré*: Sur la sociologie juridique du contrat.

*Stoyanovitch*: La théorie du contrat selon E. B. Pachoukanis.

*Augé*: Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius.

*Despotopoulos*: La notion de synallagma chez Aristote.

*Chehata*: Le contrat en droit musulman.

*Broderick*: La notion d'institution de M.HAURIOU dans ses rapports avec le contrat en droit positif français.

Études. Chroniques, notes e comptes rendus.

## WASHINGTON LAW REVIEW

Vol. 43, June 1968, n.º 5

Symposium on the Japanese Constitution.

*Henderson*: Perspectives on the Japanese Constitution after twenty years.

*Maki*: The Japanese constitutional style

*Fukui*: Twenty years of revisionism

*Takyanagi*: Some reminiscences of Japan's.

*Takaynagi*: Problems — The rule of law

*Henderson*: Japanese judicial review of legislation, The first twenty years.

*Yokota*: Political questions and Judicial review: a comparison

*Sato*: Treaties and the constitution

*Ogawa*: Judicial review of administrative actions in Japan

*Beer*: The public welfare standard and freedom of expression in Japan

*Ukai and Nathanson*: Protection of property rights and due process of law.

*George*: The "right of silence" in Japanese law.

REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
DO ESTADO DA GUANABARA

A. VII, n.º 18, 1968

*Oscar Tenório*: A profissão do direito

F. P. de Bulhões Carvalho — Missão da jurisprudência

*José Duarte*: Escôrço sobre Organização Judiciária do Brasil (parte II).

*J. A. Romeiro*: O novo Código da justiça militar francês

Jurisprudência cível e criminal.

Pareceres da Procuradoria-Geral da Justiça

Noticiário — Legislação

REVISTA FORENSE

Vol. 222. Abril — junho 1968, fasc. 778-780.

*Mendonça Lima (A)*: Recursos no anteprojeto de Código de Processo Civil

*Seabra Fagundes*: Da ordem econômica na nova Constituição.

*Nelson Hungria*: Novas teorias e diretrizes do direito penal.

Pareceres. Jurisprudência. Crônica. Notas e comentários. Bibliografia. Legislação.

REVISTA DOS TRIBUNAIS

A. 57, abril, 1968, vol. 390

*M. Oliveira Franco Sobrinho (M)*: O crime político e a Justiça Federal.

*Pereira de Bulhões Carvalho (F)*: Princípios de direito moderno sobre menores infratores.

*Azevedo Franceschini (J. L. V.)*: Revisão criminal.

*Sávio Brandão Lima*: "Mandatum in rem suam"

Consultas e pareceres. Jurisprudência. Notas e comentários. Noticiário. Leis e decretos.

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE PELOTAS

A. X, n.º XIII, setembro, 1965

*Alonso Olea (M)*: Princípios fundamentais da Lei de Bases da Previdência Social espanhola.

*Valladão (H)*: Lei geral de Aplicação das normas jurídicas.

*Azevedo Sodré (R)*: Direito moral do necessitado ter assistência jurídica, e dever funcional do advogado designado, de prestá-la, gratuitamente, à luz do Estatuto da O. A. B.

*Pereira de Mello (L)*: Direito, cultura e vocação profissional.

*Netto Armando (J)*: Venda, em falência, dos imóveis hipotecados. Leilão e não hasta pública.

*Mendes Silveira (D)*: O Estado e as finanças públicas.

- Mendonça Lima (A)*: Exceções. Conceito, espécies, sistema do C. P. C.  
*Russomano (M. V.)*: Linhas gerais do Estatuto do Trabalhador Rural.  
*Lopes Neto (S. J.)*: Estrutura da Sociedade rural brasileira.  
*Corrêa Meyer Russomano (G. M.)*; Conceito e natureza jurídica da cooperação internacional.  
Noticiário.

## REVISTA DE DIREITO PÚBLICO

Outubro-Dezembro 1968, n.º 6, São Paulo.

- Ataliba Nogueira*: Teoria do Município.  
*Amílcar de Araújo Falcão*: Empréstimo compulsório e tributo restituível.  
Sujeição do regime jurídico tributário.  
*Josaphat Marinho*: Revisão constitucional.  
*Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*: Poder político e Poder Administrativo.  
*Fernando Jorge Schneider*: O conceito legal de taxa.  
Pareceres. Atualidades. Jurisprudência.



# LEGISLAÇÃO

## LEGISLAÇÃO FEDERAL

### ATO INSTITUCIONAL N.º 5, DE 13 DE DEZEMBRO DE 1968

O Presidente da República Federativa do Brasil, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e

Considerando que a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, "os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria" (Preâmbulo do Ato Institucional n.º 1, de 9 de abril de 1964);

Considerando que o Governo da República, responsável pela execução daqueles objetivos e pela ordem e segurança internas, não só não pode permitir que pessoas ou grupos anti-revolucionários contra ela trabalhem, tramem ou ajam, sob pena de estar faltando a compromissos que assumiu com o povo brasileiro, bem como por-

que o Poder Revolucionário, ao editar o Ato Institucional n.º 2, afirmou, categoricamente, que "não se disse que a Revolução foi, mas que é e continuará" e, portanto, o processo revolucionário em desenvolvimento não pode ser detido;

Considerando que esse mesmo Poder Revolucionário, exercido pelo Presidente da República, ao convocar o Congresso Nacional para discutir, votar e promulgar a nova Constituição, estabeleceu que esta, além de representar "a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução", deveria "assegurar a continuidade da obra revolucionária" (Ato Institucional n.º 4, de 7 de dezembro de 1966);

Considerando, no entanto, que atos nitidamente subversivos, oriundos dos mais distintos setores políticos e culturais, comprovam que os instrumentos jurídicos, que a Revolução vitoriosa outorgou à Nação para sua defesa, desenvolvimento e bem-estar de seu povo, estão servindo de meios para combatê-la e destruí-la;

Considerando que, assim, se torna imperiosa a adoção de medidas que impeçam sejam frustrados os ideais superiores da Revolução, preservando a ordem, a segurança, a tranqüilidade, o desenvolvimento econômico e cultural e a harmonia política e social do país comprometidos por processos subversivos e de guerra revolucionária;

Considerando que todos êsses fatos perturbadores da ordem são contrários aos ideais e à consolidação do Movimento de março de 1964, obrigando os que por êle se responsabilizaram e juraram defendê-lo, a adotarem as providências necessárias, que evitem sua destruição,

Resolve editar o seguinte

## ATO INSTITUCIONAL

Art. 1.º — São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais, com as modificações constantes dêste Ato Institucional.

Art. 2.º — O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sitio ou fora dêle, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.

§ 1.º Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em tôdas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios.

§ 2.º Durante o período de recesso, os Deputados federais, estaduais e os vereadores só perceberão a parte fixa de seus subsídios.

§ 3.º Em caso de recesso da Câmara Municipal, a fiscalização financeira e orçamentária dos Municípios que não possuam Tribunal de Contas, será exercida pelo do respectivo Estado, estendendo sua ação às funções de auditoria, julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valôres públicos.

Art. 3.º — O Presidente da República, no interesse nacional, poderá decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição.

Parágrafo único. Os Interventores nos Estados e Municípios serão nomeados pelo Presidente da República e exercerão as funções e atribuições que caibam, respectivamente, aos Governadores ou Prefeitos, e go-

zarão das prerrogativas, vencimentos e vantagens fixados em lei.

Art. 4.º — No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.

Parágrafo único. Aos Membros dos Legislativos federal, estaduais e municipais, que tiverem seus mandatos cassados, não serão dados substitutos, determinando-se o *quorum* parlamentar em função dos lugares efetivamente preenchidos.

Art. 5.º — A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa simultaneamente, em:

I — cessação de privilégio de fôro por prerrogativa de função;

II — suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais;

III — proibição de atividades ou manifestação sôbre assunto de natureza política;

IV — aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança:

a) liberdade vigiada;

b) proibição de freqüentar determinados lugares;

c) domicílio determinado.

§ 1.º O ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados.

§ 2.º As medidas de segurança de que trata o item IV dêste artigo serão aplicadas pelo Ministro de Estado da Justiça, defesa a apreciação de seu ato pelo Poder Judiciário.

Art. 6.º — Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo.

§ 1.º O Presidente da República poderá, mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim como empregados de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares

ou membros das polícias militares, assegurados, quando fôr o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço.

§ 2.º O disposto neste artigo e seu § 1.º aplica-se, também, nos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

Art. 7.º — O Presidente da República, em qualquer dos casos previstos na Constituição, poderá decretar o estado de sítio e prorrogá-lo, fixando o respectivo prazo.

Art. 8.º — O Presidente da República poderá, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilícitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Parágrafo único. Provada a legitimidade da aquisição dos bens, far-se-á sua restituição.

Art. 9.º — O Presidente da República poderá baixar Atos Complementares para a execução dêste Ato Institucional, bem como adotar, se necessário à defesa da Revolução, as medidas previstas nas alíneas “d” e “e”, do parágrafo 2.º do artigo 152 da Constituição.

Art. 10.º — Fica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos

de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Art. 11.º — Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acôrdo com êste Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

Art. 12.º — O presente Ato Institucional entra em vigor nesta data, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 13 de dezembro de 1968; 147.º da Independência e 80.º da República.

A. COSTA E SILVA

*Luís Antonio da Gama e Silva*

*Augusto Hamann Rademaker Grunewald*

*Aurélio de Lyra Tavares*

*José de Magalhães Pinto*

*Antonio Delfim Netto*

*Mário David Andreazza*

*Ivo Arzua Pereira*

*Tarso Dutra*

*Jarbas G. Passarinho*

*Márcio de Souza e Mello*

*Leonel Miranda*

*José Costa Cavalcanti*

*Edmundo de Macedo Soares*

*Hélio Beltrão*

*Afonso de A. Lima*

*Carlos F. de Simas*

## ATO INSTITUCIONAL N.º 6, DE 1.º DE FEVEREIRO DE 1969

O Presidente da República, considerando que, como decorre do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, a Revolução brasileira reafirmou não se haver esgotado o seu poder constituinte, cuja ação continua e continuará, em toda sua plenitude, para atingir os ideais superiores do movimento revolucionário e consolidar a sua obra;

Considerando que, como órgão máximo do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal é uma instituição de ordem constitucional, recebendo da Lei Maior, devidamente definidas, sua estrutura, atribuições e competência;

Considerando haver o Governo, que

ainda detém o poder constituinte, admitido, por conveniência da própria justiça, a necessidade de modificar a composição e de alterar a competência do Supremo Tribunal Federal, visando a fortalecer sua posição de côrte eminentemente constitucional e, reduzindo-lhes os encargos, facilitar o exercício de suas atribuições;

Considerando que as pessoas atingidas pelas sanções políticas e administrativas do processo revolucionário devem ter igualdade de tratamento sob o império das normas institucionais e demais regras legais delas decorrentes.

Resolve editar o seguinte Ato Institucional:

Art. 1.º — Os dispositivos da Constituição de 24 de janeiro de 1967, adiante indicados, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 113 — O Supremo Tribunal Federal, com sede na capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze (11) ministros.

§ 1.º Os Ministros serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre brasileiros natos, maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2.º Os Ministros serão, nos crimes de responsabilidade, processados e julgados pelo Senado Federal.”

“Artigo 114 — Compete ao Supremo Tribunal Federal:

.....

II — Julgar, em recurso ordinário:

a) Os habeas corpus decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais locais ou Federais, quando denegatória a decisão, não podendo o recurso ser substituído por pedido originário;

b) As causas em que forem partes um Estado estrangeiro e pessoa domiciliada ou residente no país;

c) Os casos previstos no art. 122, parágrafo 2.º.

III — Julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros Tribunais, quando a decisão recorrida:

a) Contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência a tratado ou lei federal;

b) Declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) Julgar válida Lei ou Ato do Governo local, contestado em face da Constituição ou de Lei federal;

d) Dar à Lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.”

“Art. 122 — A Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhados.

§ 1.º Esse fôro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares.

§ 2.º Compete, originariamente, ao Superior Tribunal Militar processar e julgar os Governadores de Estado e seus Secretários, nos crimes referidos no parágrafo primeiro.

§ 3.º A lei regulará a aplicação das penas da legislação militar em tempo de guerra.”

Art. 2.º — As disposições do artigo 5.º e seus parágrafos 1.º e 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, aplicam-se às pessoas punidas com fundamento no artigo 10 e seu parágrafo único, do Ato Institucional n.º 1, de 9 de abril de 1964, ou no art. 15 do Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965.

Art. 3.º — Ficam ratificadas as emendas constitucionais feitas por Atos Complementares subsequentes ao Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968.

Art. 4.º — Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

Art. 5.º — O presente Ato Institucional entra em vigor nesta data, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 1.º de fevereiro de 1969; 148.º da Independência e 81.º da República.

A. COSTA E SILVA

*Luis Antonio da Gama e Silva  
Augusto Hamann Rademaker Grunewald*

*Aurélio de Lyra Tavares*

*José de Magalhães Pinto*

*Antônio Delfim Netto*

*Mário David Andreazza*

*Ivo Arzuza Pereira*

*Tarso Dutra*

*Jarbas G. Passarinho*

*Márcio de Souza e Mello*

*Leonel Miranda*

*Antônio Dias Leite Júnior*

*Edmundo de Macedo Soares*

*Hélio Beltrão*

*José Costa Cavalcanti*

*Carlos F. de Simas*

**ATO INSTITUCIONAL N.º 7, DE 26 DE FEVEREIRO DE 1969**

O Presidente da República,

Considerando que se impõe, no interesse dos Estados e Municípios e em defesa dos princípios da Revolução de 31 de março de 1964, a edição de normas que disciplinem o funcionamento das Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais e a remuneração dos respectivos membros;

Considerando que constitui privilégio inaceitável contar-se para fins de aposentadoria, o período de exercício do mandato legislativo por tempo superior ao do próprio mandato;

Considerando que, no interesse de preservar e consolidar a Revolução, é desaconselhável a realização de eleições parciais, para cargos executivos ou legislativos da União, dos Estados, dos Territórios e dos Municípios; resolve, editar o seguinte Ato Institucional:

Art. 1.º — Os deputados estaduais não poderão perceber subsídios superiores a dois terços, quer em relação ao valor da parte fixa, como ao da parte variável, dos que são atribuídos aos deputados federais, nem ajuda de custo excedente a êsse limite;

Parágrafo único. Não será devida ajuda de custo quando houver convocação extraordinária de Assembléia, no intervalo das sessões legislativas, ou prorrogação destas.

Art. 2.º — Durante o mês, não poderá exceder de 8 (oito) o número de sessões extraordinárias remuneradas das Assembléias Legislativas.

Art. 3.º Além dos subsídios e da ajuda de custo, a que se referem os artigos anteriores, nenhum outro pagamento poderá ser feito, a qualquer título ou sob qualquer pretexto, a deputado estadual, pelo exercício do mandato ou em razão dêle.

Art. 4.º O parágrafo segundo do art. 16 da Constituição de 24 de janeiro de 1967, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 16 — .....

§ 2.º Sòmente serão remunerados os vereadores das capitais e dos municípios de população superior a trezentos mil (300.000) habitantes, dentro dos limites e critérios fixados em lei complementar.

Art. 5.º — É vedado às Câmaras Municipais realizar durante o mês, mais de três (3) sessões extraordinárias remuneradas.

Art. 6.º — Nenhum funcionário público da União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, assim como das respectivas autarquias, poderá contar, para qualquer efeito, o período correspondente ao exercício de mandato eletivo por tempo excedente à efetiva duração dêste.

Art. 7.º — Ficam suspensas quaisquer eleições parciais para cargos executivos ou legislativos da União, dos Estados, dos Territórios e dos Municípios.

§ 1.º Nos municípios em que se vagarem os cargos de prefeito e vice-prefeito, em virtude de renúncia, morte, perda ou extinção do mandato dos respectivos titulares, será decretada, pelo Presidente da República, a intervenção federal.

§ 2.º Se a vacância do cargo de prefeito municipal coincidir com o término do mandato dos membros da Câmara Municipal, o interventor exercerá, também, as atribuições que a êste confere a Lei Orgânica dos Municípios.

Art. 8.º — Caberá ao Presidente da República, quando julgar oportuno, suspender a vigência do disposto no artigo anterior, providenciando a Justiça Eleitoral a fixação das datas para as novas eleições.

Art. 9.º — Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acòrdo com êste Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

Art. 10 — O Presidente da República poderá baixar Atos Complemen-

tares para a execução dêste Ato Institucional.

Art. 11 — O presente Ato Institucional entrará em vigor nesta data, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 26 de fevereiro de 1969; 148.º da Independência e 81.º da República.

A. COSTA E SILVA

*Luis Antonio da Gama e Silva*  
*Augusto Hamann Rademaker Grünwald*

*Aurélio de Lyra Tavares*  
*José de Magalhães Pinto*  
*Antônio Delfim Netto*  
*Mário David Andreazza*  
*Ivo Arzua Pereira*  
*Tarso Dutra*  
*Jarbas G. Passarinho*  
*Márcio de Souza e Mello*  
*Leonel Miranda*  
*Antônio Dias Leite Júnior*  
*José Fernandes de Luna*  
*Hélio Beltrão*  
*José Costa Cavalcanti*  
*Carlos F. de Simas*

---

## ATO INSTITUCIONAL N.º 8, DE 2 DE ABRIL DE 1969

O Presidente da República, considerando a inadiável necessidade de dinamizar a Reforma Administrativa, em fase de plena implantação na esfera federal, inclusive com a sua extensão às demais áreas governamentais, resolve editar o seguinte Ato Institucional;

Art. 1.º Fica atribuída, ao Poder Executivo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de população superior a duzentos mil habitantes competência para realizar, por decreto, a respectiva reforma administrativa, observados os princípios fundamentais adotados para a Administração Federal.

Parágrafo único. A implantação da reforma administrativa não determinará aumento nas despesas de custeio de pessoal.

Art. 2.º — Para possibilitar a realização da reforma administrativa, poderá o Poder Executivo, inclusive o da União, através de decreto:

I — alterar a denominação de cargos em comissão;

II — reclassificar cargos em comissão, respeitada a tabela de símbolos em vigor;

III — transformar funções gratificadas em cargos em comissão; e

IV — declarar a extinção de cargos.

Parágrafo único. Ficam revalidados os atos do Poder Executivo que já efetivaram quaisquer das medidas administrativas previstas neste artigo.

Art. 3.º — O presente Ato Institucional entrará em vigor nesta data, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 2 de abril de 1969, 148.º da Independência e 81.º da República.

A. COSTA E SILVA

*Luis Antônio da Gama e Silva*  
*Augusto Hamann Rademaker Grünwald*

*Aurélio de Lyra Tavares*  
*José de Magalhães Pinto*  
*Antônio Delfim Netto*  
*Mário David Andreazza*  
*Ivo Arzua Pereira*  
*Tarso Dutra*  
*Jarbas G. Passarinho*  
*Márcio de Souza e Mello*  
*Leonel Miranda*  
*Edmundo de Macedo Soares*  
*Antônio Dias Leite Júnior*  
*Hélio Beltrão*  
*José Costa Cavalcanti*  
*Carlos F. de Simas*

**ATO COMPLEMENTAR N.º 40, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1968**

(Com retificação — D.O. de 10-1-69)

O Presidente da República, no uso das atribuições que lhe conferem o § 1.º do artigo 2.º e o artigo 9.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, resolve baixar o seguinte

**ATO COMPLEMENTAR**

Art. 1.º — Fica acrescentado ao artigo 13 da Constituição de 24 de janeiro de 1967, o seguinte item:

“Art. 13 — .....

VIII — a aplicação, aos servidores estaduais e municipais, de limites máximos de retribuição estabelecidos em lei federal”.

Art. 2.º — Fica revogado o § 6.º do artigo 22 da Constituição de 24 de janeiro de 1967.

Art. 3.º — Os dispositivos da Constituição de 24 de janeiro de 1967, adiante indicados, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 13 — .....

§ 4.º As polícias militares, instituídas para a manutenção da ordem e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, e os corpos de bombeiros militares são considerados forças auxiliares, reserva do Exército, não podendo os respectivos integrantes perceber retribuição superior à fixada para o correspondente posto ou graduação do Exército, absorvidas, por ocasião dos futuros aumentos, as diferenças a mais, acaso existentes”.

Art. 24 — .....

II — operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por produtores, industriais e comerciantes”.

Art. 24 — .....

§ 2.º O imposto a que se refere o n.º I compete ao Estado da situação do imóvel, ainda que a transmissão resulte de sucessão aberta no estrangeiro; sua alíquota não excederá os limites fixados em resolução do Senado Federal, por proposta do Poder Executivo da União, na forma prevista em lei federal, e o seu montante será dedutível do imposto cobrado

pela União sobre a renda auferida na transação”.

Art. 24 — .....

§ 4.º A alíquota do imposto a que se refere o n.º II será uniforme para todas as mercadorias; o Senado Federal, através de resolução tomada por iniciativa do Presidente da República, fixará as alíquotas máximas para as operações internas, para as operações interestaduais e para as operações de exportação para o estrangeiro.

Art. 26 — Do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o artigo 22, ns. IV e V, a União distribuirá doze por cento na forma seguinte:

I — cinco por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

II — cinco por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

III — dois por cento ao Fundo Especial a que se refere o § 3.º deste artigo.

§ 1.º A aplicação dos Fundos previstos nos incisos I e II deste artigo será regulada por lei federal, que cometerá ao Tribunal de Contas da União o cálculo das cotas estaduais e municipais, condicionando-se a entrega das cotas:

a) à aprovação de programas de aplicação elaborados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, com base nas diretrizes e prioridades estabelecidas pelo Poder Executivo Federal;

b) à vinculação de recursos próprios, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, para execução dos programas referidos na alínea a;

c) à transferência efetiva para os Estados, Distrito Federal e Municípios, de encargos executivos da União;

d) ao recolhimento dos impostos federais arrecadados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, e à liquidação das dívidas dessas entidades, ou de seus órgãos da administração indireta, para com a União, in-

clusive em decorrência de prestação de garantia.

§ 2.º Para, efeito do cálculo da percentagem destinada aos Fundos de Participação, exclui-se a parcela do imposto de renda e proventos de qualquer natureza que, nos termos dos artigos 24, § 1.º e 25, § 1.º, letra a, pertence aos Estados e Municípios.

§ 3.º O Fundo Especial terá sua destinação regulada em lei, tendo em vista a aplicação do sistema tributário estabelecido nesta Constituição”.

“Art. 99 — .....

§ 2.º Extinto o cargo ou declarada pelo Poder Executivo a sua desnecessidade, o funcionário extável ficará em disponibilidade remunerada, com proventos proporcionais ao tempo de serviço”.

“Art. 136 — .....

§ 4.º Os vencimentos dos juizes vitalícios serão fixados 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 e não

podendo nenhum membro de Justiça estadual perceber mensalmente importância total superior ao limite máximo estabelecido em lei federal”.

Art. 4.º — Este Ato Complementar entrará em vigor em 1.º de janeiro de 1969, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 30 de dezembro de 1968; 147.º da Independência e 80.º da República.

A. COSTA E SILVA

*Luís Antonio da Gama e Silva  
Augusto Hamann Rademaker Grönewald*

*Aurélio de Lyra Tavares*

*José de Magalhães Pinto*

*Antônio Delfim Netto*

*Mário David Andreazza*

*Ivo Arzua Pereira*

*Tarso Dutra*

*Jarbas G. Passarinho*

*Márcio de Souza e Mello*

*Leonel Miranda*

*José Costa Cavalcanti*

*Edmundo de Macedo Soares*

*Hélio Beltrão*

*Afonso A. Lima*

*Carlos F. de Simas*

## ATO COMPLEMENTAR N.º 46, DE 7 DE FEVEREIRO DE 1969

O Presidente da República, no uso das atribuições que lhe conferem o § 1.º do artigo 2.º e o artigo 9.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, resolve baixar o seguinte Ato Complementar:

Art. 1.º — Fica mantida a organização administrativa e judiciária dos Estados e seus Municípios e do Distrito Federal, vigente a 31 de dezembro de 1968.

Parágrafo único. Nenhuma modificação poderá ser feita, na organi-

zação administrativa e judiciária, a que se refere este artigo, sem prévia autorização do Presidente da República, ouvido o Ministério da Justiça.

Art. 2.º — Este Ato Complementar entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 7 de fevereiro de 1969; 148.º da Independência e 81.º da República.

A. COSTA E SILVA

*Luís Antônio da Gama e Silva*

## ATO COMPLEMENTAR N.º 52, DE 2 DE MAIO DE 1969

O Presidente da República, no uso das atribuições que lhe conferem o § 1.º do artigo 2.º e o artigo 9.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, e

Considerando que, com o Ato Complementar n.º 41, de 22 de janeiro de 1969, o Governo Federal visou a coibir possíveis excessos quanto à admissão de servidores públicos pelos

Estados, Distrito Federal e Municípios;

Considerando, porém, que as medidas baixadas não devem servir de obstáculo ao exercício das atividades públicas essenciais, resolve baixar o seguinte

#### ATO COMPLEMENTAR

Art. 1.º — O artigo 1.º do Ato Complementar n.º 41, de 22 de janeiro de 1969, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.º — Fica vedada a nomeação, contratação ou admissão de funcionário ou servidor da administração direta ou autárquica dos Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive das Secretarias e Serviços Auxiliares dos Poderes Legislativo e Judiciário e dos Tribunais de Contas, a partir da publicação deste Ato.

§ 1.º Excetuam-se dessa proibição:

I — A nomeação para cargo em comissão ou a designação para função gratificada, criados por lei;

II — A nomeação, por concurso, para cargo ou função do quadro permanente;

III — A contratação ou admissão de pessoal para serviços considerados essenciais nos setores da saúde, ensino e pesquisa, assim como do pessoal auxiliar estritamente necessário à execução desses serviços;

IV — A contratação ou admissão de pessoal para serviços de engenharia, obras e outros de natureza industrial, assim como para serviços braçais;

V — A contratação ou admissão de pessoal para preenchimento de claros resultantes de exoneração, demissão ou dispensa;

VI — A renovação de contratos.

§ 2.º A nomeação, contratação ou admissão em desacôrdo com o disposto neste Ato é nula de pleno direito e acarreta a demissão da autoridade e do funcionário que a autorizou ou realizou”.

Art. 2.º — A juízo e no interesse da Administração, os servidores civis estáveis da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios, ocupantes, em caráter efetivo, de cargos ou funções extintas ou declaradas desnecessárias, poderão ser compulsoriamente aproveitados em outros cargos ou funções compatíveis com sua capacidade funcional, mantido o vencimento do cargo ou a retribuição da função, ou ser postos em disponibilidade, nos termos do § 2.º do artigo 99 da Constituição, com a redação dada pelo artigo 3.º do Ato Complementar n.º 40, de 30 de dezembro de 1968, ratificado pelo artigo 3.º do Ato Institucional número 6, de 1.º de fevereiro de 1969.

Art. 3.º — Este Ato Complementar entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 2 de maio de 1969; 148.º da Independência e 81.º da República.

A. COSTA E SILVA

*Luís Antonio da Gama e Silva*

*Augusto Hamann Rademaker Grunewald*

*Aurélio de Lyra Tavares*

*José de Magalhães Pinto*

*Antônio Delfim Netto*

*Mário David Andreazza*

*Ivo Arzuza Pereira*

*Tarso Dutra*

*Jarbas G. Passarinho*

*Márcio de Souza e Mello*

*Leonel Miranda*

*Edmundo de Macedo Soares*

*Antônio Dias Leite Júnior*

*Hélio Beltrão*

*José Costa Cavalcanti*

*Carlos F. de Simas*

DECRETO-LEI N.º 335, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1968

Dá nova redação ao artigo 281 do Código Penal

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o § 1.º do artigo 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, decreta:

Art. 1.º — O artigo 281 do Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940), modificado pela Lei n.º 4.451, de 4 de novembro de 1964, passa a vigorar com a seguinte redação:

Comércio, posse ou facilitação do uso de entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica.

Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica.

“Art. 281 — Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo, substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar:

Pena — reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1.º Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente:

I — importa ou exporta, vende ou expõe à venda, fornece, ainda que a título gratuito, transporta, traz consigo ou tem em depósito ou sob sua guarda matérias-primas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica;

II — faz ou mantém o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes, ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica.

III — traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Forma qualificada

§ 2.º Se o agente é farmacêutico, médico, dentista ou veterinário:

Pena — reclusão, de 2 a 8 anos, e multa de 20 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Receita legal

§ 3.º Prescrever o médico ou dentista substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior que a necessária ou com infração de preceito legal ou regulamentar:

Pena — detenção, de seis meses a 2 anos, e multa de 10 a 30 vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 4.º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que:

Induzimento ao uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

Local destinado ao uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

Incentivo ou difusão do uso de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

Aumento de pena.

I — instiga ou induz alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

II — utiliza local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dêle se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ilegal de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica;

III — contribui, de qualquer forma, para incentivar ou difundir o uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

§ 5.º As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica é vendida, ministrada, fornecida ou prescrita a menor de 16 anos.

Art. 2.º — No cálculo da multa levar-se-á em conta o salário-mínimo vigente na data da infração penal.

Art. 3.º — Este Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 26 de dezembro de 1968; 147.º da Independência e 80.º da República.

A. COSTA E SILVA

*Luís Antônio da Gama e Silva*

---

## DECRETO-LEI N.º 417, DE 10 DE JANEIRO DE 1969

### Dispõe sobre a expulsão de estrangeiros

O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o § 1.º do artigo 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, decreta:

Art. 1.º — É passível de expulsão, por decreto do Presidente da República, o estrangeiro que, por qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade e moralidade públicas e à economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo ou perigoso à conveniência ou aos interesses nacionais.

Parágrafo único. É, também, passível de expulsão o estrangeiro que:

I — praticar fraude, a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil;

II — havendo entrado no território brasileiro com infração à lei, dêle não se retirar, no prazo que lhe fôr assinado para fazê-lo, não sendo passível a deportação;

III — entregar-se à vadiagem e à mendicância;

IV — desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.

Art. 2.º — Em se tratando de procedimento contra a segurança nacional, a ordem política e social e a economia popular, assim como no caso de desrespeito à proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro, a expulsão far-se-á mediante investigação sumária, que não poderá exceder o prazo de quarenta e oito horas.

Parágrafo único. Dispensar-se-á a investigação sumária quando o estrangeiro houver prestado depoimento em inquérito policial ou inquérito policial militar ou administrativo, no qual se apure haja êle se tornado passível de expulsão.

Art. 3.º — Não será expulso o estrangeiro que tenha cônjuge ou filho brasileiro, dependente de economia paterna.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica ao estrangeiro

desquitado que, não tendo filho brasileiro dependente da economia paterna, não haja sido condenado ao pagamento de alimentos ao cônjuge brasileiro.

Art. 4.º — A expulsão poderá efetivar-se, a juízo do Presidente da República, antes de concluído o inquérito policial, policial militar ou a ação penal a que esteja respondendo o estrangeiro e, na hipótese de condenação, durante o cumprimento da pena.

Art. 5.º — Este Decreto-lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 10 de janeiro de 1969;  
148.º da Independência e 81.º da República.

A. COSTA E SILVA

*Luís Antônio da Gama e Silva*

## LEGISLAÇÃO DA GUANABARA

### EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 3, DE 1968

A mesa da Assembléia Legislativa do Estado da Guanabara, nos termos dos arts. 7.º, item XII, 16, item I e 19, da Constituição Estadual, resolve:

Da Constituição do Estado da Guanabara suprima-se, no título IV — Disposições Gerais e Transitórias — o artigo 102 que reza:

“Art. 102 — O Estado promoverá, nos termos da Constituição do Brasil, a anexação ao seu território das áreas geo-econômicas limítrofes que

histórica e juridicamente lhe pertença”.

Rio de Janeiro (GB), em 4 de novembro de 1968. — *José Bonifácio Diniz de Andrada*, Presidente. — *Rossini Lopes da Fonte*, 1.º Vice-Presidente. — *Hélio Damasceno*, 2.º Vice-Presidente. — *Geraldo Araújo*, 1.º Secretário. — *Mauro Werneck*, 2.º Secretário. — *Frota Aguiar*, 3.º Secretário. — *Sebastião Menezes*, 4.º Secretário.

---

### LEI N.º 1.737, DE 14 DE NOVEMBRO DE 1968

**Transforma 6 (seis) cargos de Curadores de Acidentes do Trabalho do Ministério Público da Justiça do Estado, em 6 (seis) cargos de Curadores Assistentes e dá outras providências**

O Governador do Estado da Guanabara,

Faço saber que a Assembléia Legislativa do Estado da Guanabara decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1.º — Ficam transformados em 6 (seis) cargos de Curadores Assistentes do Quadro do Ministério Público da Justiça do Estado da Guanabara (Procuradoria-Geral da Justiça), com a designação de primeiro a sexto (1.º a 6.º), os atuais cargos de Curadores de Acidentes, do mesmo Ministério.

Art. 2.º — Aos Curadores Assistentes incumbe, por designação do Procurador-Geral, assistir e auxiliar o Procurador-Geral ou os Procuradores da Justiça, emitindo pareceres nos assuntos e processos que lhe forem distribuídos, sujeitos à aprovação do Procurador-Geral ou dos Procuradores da Justiça, conforme o caso.

Art. 3.º — O órgão competente processará a apostila da transformação dos cargos, nos títulos de provimento dos atuais titulares das Curadorias de Acidentes do Trabalho.

Art. 4.º — Os Curadores Assistentes entrarão no exercício das suas funções imediatamente após o encerramento das atividades das Varas de Acidentes do Trabalho, em decorrência da publicação da Lei Federal n.º 5.316, de 14 de setembro de 1967.

Art. 5.º — A despesa com os Curadores Assistentes continuará a correr pela verba atual do orçamento da Procuradoria-Geral da Justiça.

Art. 6.º — Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 14 de novembro de 1968; 80.º da República e 9.º do Estado da Guanabara.

FRANCISCO NEGRÃO DE LIMA  
*Cotrim Neto*  
*Álvaro Americano*

## ÍNDICE DE AUTORES

	Págs.
ALBUQUERQUE JÚNIOR, A. Pires e — Artigo 281 do Código Penal — Flagrante — Nulidade .....	182
BRAGA, Leopoldo — Notoriedade .....	27
— Do Conceito de Impenhorabilidade dos Bens Públicos .....	119
CAVALLIERI, Alyrio — A Lei sobre Menores Infratores .....	226
COTRIM NETO, A. B. — O Direito Público do Menor, do Brasil, e o jovem entre 18 e 21 anos. 1 — A menoridade, no Código Civil Brasileiro. 2 — 18 anos — faixa etária para a responsabilidade penal. 3 — <i>Idem</i> para a capacitação profissional. 4 — <i>Idem</i> para a capacitação ao exercício do comércio. 5 — Outras prerrogativas de maioridade, atribuídas ao indivíduo de 18 anos completos. 6 — As derrogações do art. 130 do Có- digo de Menores. 7 — O Conselho Superior da Córte de Ape- lação do Rio de Janeiro, em 1928, julgou “sem força legal” os artigos 128 e 129 do Código de Menores. 8 — A legislação penal e processual penal extravagante e subsequente modificou “o regime do Código de Menores” (Aníbal Bruno). 9 — O Có- digo Penal de 1940, a legislação penal extravagante e a Lei das Contravenções Penais só atribuem tratamento de imaturo ao menor de 18 anos. 10 — A competência restrita do Juiz de Menores do Estado da Guanabara para a fiscalização adminis- trativa das infrações do Código de Menores. 11 — Na dúvida, interpreta-se restritivamente a competência de órgão do Poder Judiciário em matéria administrativa (lição de Bernard Schwartz). 12 — Conclusões .....	159
FERREIRA, Sergio de Andréa — Competência para Legislar sobre Crimes de Responsabilidade de Autoridades Estaduais e Mu- nicipais .....	105
GOMES, Luiz Roldão de Freitas — Inegociabilidade da Matéria Orgâ- nica. Transplante de Órgãos ou Partes do Corpo .....	58
GUEDES, Jorge — Fuga de prisão. Cautela normal da escolta .....	188
GUSMÃO, Paulo Dourado de — Direitos reais de garantia, impossibi- lidade jurídica de a parte os criar. Enumeração taxativa de tais direitos .....	170
— Elaboração ou Revisão de Código Civil, Tarefa Ádua .....	34
LIMA, Cláudio Vianna de — Responsabilidade dos Administradores de Instituições Financeiras .....	86
LYRA, Roberto — A Serviço do Ministério Público .....	217
MONTE, Roberval Clementino Costa do — Exercício arbitrário das próprias razões. Tentativa de furto. Diferenciação .....	186
MOREIRA, José Carlos Barbosa — Seqüestro e Penhora no Processo da Ação Popular .....	54

	Págs.
RIBEIRO, José Carlos S. Murta — Antônio Tito Costa, <i>Recursos em matéria eleitoral</i> , Editôra Revista dos Tribunais, 1968, 151 páginas .....	237
ROCHA, Clóvis Paulo da — <i>Reconciliação: Competência</i> — A competência para a reconciliação é a do juízo da residência dos requerentes ou de qualquer deles, que não estão obrigados a recorrer ao Juízo do desquite. Os princípios fixados para a competência na matéria de jurisdição contenciosa, não se aplicam, em regra, aos processos de jurisdição voluntária .....	179
ROMEIRO, Jorge Alberto — Magistratura e Ministério Público .....	214
TUNC, André — Os Problemas Contemporâneos da Responsabilidade Extracontratual .....	3
WALD, Arnaldo — Da Alienação Fiduciária .....	44
— Oscar Dias Corrêa, <i>A Constituição de 1967</i> , contribuição crítica, Forense, 1968, 138 págs. ....	236

## ÍNDICE DE ASSUNTOS

### AÇÃO COMINATÓRIA:

Págs.

- e Ação de Cobrança. Artigo 302, XII do Código de Processo Civil. Suas aplicações clássicas, segundo Pontes de Miranda. Suas limitações. A ação cominatória só tem aplicação à luz do texto invocado quando se tratar de obrigação de dar, de fazer ou de não fazer (Código Civil, art. 863 e segs.). Não se pode confundir a prestação objeto do contrato com o seu custo. Para obtenção daquela é de recorrer à ação cominatória; para lograr o pagamento daquele, a via indicada seria o da ação de cobrança, revista ela o rito ordinário ou o executivo. Outra diferença, marcante, na ação cominatória, levar-se-á em conta a pena contratual ou a que fôr pedida pelo autor; na ação de cobrança, somente os juros moratórios serão de exigir-se. Inaplicabilidade, *in casu*, do disposto no art. 276 do Código de Processo Civil. No que toca a ação em apenso, referente ao pedido de prestação de contas, de toda a procedência a preliminar levantada de intempestividade da contestação oferecida. Aplicabilidade do que preceitua o art. 308, § 1.º do Código de Processo Civil. Reforma da sentença recorrida ..... 202

### AÇÃO POPULAR:

- Seqüestro e Penhora no Processo da (de José Carlos Barbosa Moreira) ..... 54

### ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA:

- (de Arnoldo Wald) ..... 44

### BENS:

- Separação de bens. Comunhão de aqüestos. Na falta de pacto, excluindo da comunhão os bens adquiridos na constância do casamento, comunicam-se tais bens, ainda que o regime de separação seja obrigatório ..... 206
- Da Impenhorabilidade dos Bens Públicos (de Leopoldo Braga) ..... 119

### BIBLIOGRAFIA ..... 236

### CÓDIGO PENAL:

- Decreto-lei n.º 385 — de 26 de dezembro de 1968. Dá nova redação ao art. 281 do Código Penal ..... 252

CONCUBINATO:

Págs.

- Condições para o reconhecimento da sociedade de fato. *Ação ordinária*. A simples ajuda ou colaboração natural, própria da condição de concubina, não basta para considerá-la sócia do amásio. Para reconhecimento da sociedade de fato exige-se a demonstração inequívoca do esforço comum, para a formação do patrimônio. Reforma da decisão recorrida ..... 207

CONDOMÍNIO:

- Aquisição de propriedade por condomínio — Impossibilidade de o condomínio ser sujeito de relação de direito material (de Everardo Moreira Lima) ..... 172

CRIMES DE RESPONSABILIDADE:

- Competência para Legislar sobre Crimes de Responsabilidade de Autoridades Estaduais e Municipais (de Sergio de Andréa Ferreira) ..... 105

DIREITOS REAIS DE GARANTIA:

- Impossibilidade jurídica de a parte os criar. Enumeração taxativa de tais direitos (de Paulo Dourado de Gusmão) ..... 170

ESTAGIÁRIOS:

- Atos de cartório. Prática. *Habeas-corporis*. Podem praticar os chamados atos de cartório, como inquirição de testemunhas. Provimento da Ordem dos Advogados do Brasil autorizando-os à “tomada de depoimentos pessoais, inquirições e acareações de testemunhas”. Inexistência de nulidades. Precedentes em casos idênticos (44.163 e 44.346). *Habeas-corporis* denegado ..... 209
- Atos a que estão autorizados. *Habeas-corporis*. Não constitui nulidade, mas antes observância regular da lei, o funcionamento, na ausência de seu advogado, do Estagiário da Defensoria Pública, o qual está expressamente autorizado, por lei, a funcionar na “tomada de depoimentos pessoais, inquirição e acareações de testemunhas” (Provimento n.º 26, de 4 de maio de 1966, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, art. 4.º, “b”). Ordem denegada ..... 211

ESTRANGEIROS :

- Decreto-lei n.º 417, de 10/1/69. Dispõe sobre a expulsão de. 253

FUGA :

- de prêso. Cautela normal da escolta (de Jorge Guedes) .... 188

FURTO :

- Exercício arbitrário das próprias razões. Tentativa de furto. Diferenciação (de Roberval Clementino Costa do Monte).... 186

LOCAÇÃO COMERCIAL :

- Ação negatória e revogatória conexas — Retomada para construção — Licenciamento — Custas e honorários. I — Locação

comercial — Retomada para construção — Deve ser reconhecido ao proprietário o direito da retomada para edificação com maior capacidade de utilização, desde que prove a aprovação do projeto e seu licenciamento. Essa prova pode ser feita mesmo no curso do processo, em razão do atendimento pelo julgador dos fatos jurídicos supervenientes à propositura. II — A Lei Estadual n.º 242, de 1948, e o Decreto n.º 9.605, de 1949, que a regulamentou, não proíbem o licenciamento de construção de edifícios de mais de três andares sem prévios trabalhos de prospecção, mas apenas obstam a que se inicie a edificação sem que êles sejam comprovados. III — Processo civil — Custas e honorários — Por aplicação do § 2.º do art. 64 do Código de Processo Civil, se o proprietário só em Superior Instância comprovou o licenciamento da construção pretendida, mostrando que era fundada a oposição do locatário em Primeira Instância, deve-se repartir a responsabilidade pelas custas e reduzir os honorários fixados para o vencedor 196

MENORES :

- A Lei sôbre Menores Infratores (de Alyrio Cavallieri) ..... 226
- O Direito Público do Menor, do Brasil, e o jovem entre 18 e 21 anos. 1. A menoridade no Código Civil Brasileiro. 2. 18 anos, faixa etária para a responsabilidade penal. 3. *Idem*, para a capacitação profissional. 4. *Idem*, para a capacitação ao exercício do comércio. 5. Outras prerrogativas de maioridade atribuída ao indivíduo de 18 anos completos. 6. As derrogações do art. 130 do Código de Menores. 7. O Conselho Superior da Côrte de Apelação do Rio de Janeiro, em 1928, julgou “sem força legal” os arts. 128 e 129 do Código de Menores. 8. A legislação penal e processual penal extravagante e a Lei das Contravenções Penais só atribuem tratamento de imaturo ao menor de 18 anos. 10. A competência restrita do Juiz de Menores do Estado da Guanabara para a fiscalização administrativa das infrações do Código de Menores. 11. Na dúvida, interpreta-se restritivamente a competência do órgão do Poder Judiciário em matéria administrativa (lição de Bernard Schwartz). 12. Conclusões (de A. B. Cotrim Neto) ..... 159

MINISTÉRIO PÚBLICO :

- A serviço do (de Roberto Lyra) ..... 217
- Magistratura e (de Jorge Alberto Romeiro) ..... 214
- Lei n.º 1.737, de 14/11/68. Transforma 6 (seis) cargos de Curadores de Acidentes de Trabalho do Ministério Público da Justiça do Estado, em 6 (seis) cargos de Curadores Assistentes e dá outras providências ..... 255

NOTORIEDADE :

- (de Leopoldo Braga) ..... 27

NULIDADE :

- Artigo 281 do Código Penal — Flagrante (de A. Pires de Albuquerque Júnior) ..... 182

	Págs.
— Ausência de defesa prévia. Não ocorre nulidade se o advogado nomeado pelo réu, no ato do interrogatório, se omite na apresentação de defesa prévia .....	213
<b>RECONCILIAÇÃO :</b>	
— <i>Competência</i> — A competência para a reconciliação é a do juízo da residência dos requerentes ou de qualquer dêles, que não estão obrigados a recorrer ao Juízo do desquite. Os princípios fixados para a competência na matéria de jurisdição contenciosa, salvo disposição em contrário, não se aplicam, em regra, aos processos de jurisdição voluntária. (de Clóvis Paulo da Rocha) .....	179
<b>RESPONSABILIDADE :</b>	
— Os Problemas Contemporâneos da Responsabilidade Civil Extracontratual (de André Tunc) .....	3
— dos Administradores de Instituições Financeiras (de Cláudio Vianna de Lima) .....	86
— civil dos Auditores Contábeis, quando ocorre. Auditoria interna e externa. Concurso de culpa. Apelação prevista, em parte. Voto vencido, rejeitando a divisão de culpa e provendo a apelação, apenas quanto aos honorários e juros .....	190
REVISTAS EM REVISTA .....	240
<b>TRANSPLANTE :</b>	
— Inegociabilidade da matéria orgânica. Transplante de órgão ou partes do corpo. (de Luiz Roldão de Freitas Gomes) .....	58

