

REVISTA

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

8

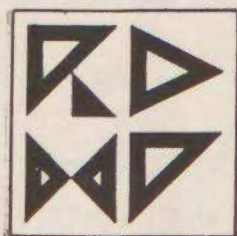


1969

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 8 — MAIO-AGOSTO — VOL. 8 — 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 Benjô.

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 dirigida toda correspondência.

MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA GUANABARA

PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA

Procurador-Geral da Justiça

LEOPOLDO BRAGA

PROCURADORES DA JUSTIÇA

Alcírio 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

Antônio da Costa Marques Filho
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
Hélio Cezar Penna e Costa

Jefferson Machado de Góes Soares
Joaquim Corrêa Marques Filho

CURADORES DE MENORES

Nelson Pecegueiro do Amaral

Raul Caneco de Araújo Jorge

CURADORES DE ÓRFÃOS

Alvaro Duncan Ferreira Pinto
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 Eduardo Bernardi Montauray Pimenta
Carlos Maximiliano Netto
Carlos de Novaes Vianna
Cyro de Carvalho Santos
Eduardo Guimarães Salamonde
Fernando José Pessoa da Silva
Helcio Baptista de Paula
Hortêncio Catunda de Medeiros
Humberto Piragibe Magalhães
José Murad Lašmar
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 de Mello Pôrto
Carlos Alberto Ponzo
Edgardo Tenório
Heitor Pedrosa Filho
Hélio da Veiga Sarmiento Osório
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 Cavalcanti 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
Homero das Neves Freitas	Rosa Déa Veiga da Silva
Ivan Rezende Pereira Leal	Ruth Sarah Hirschfeldt
Jacyr Villar de Oliveira	Salua Bunahum
João Marcelo de Araújo Júnior	Sérgio Castanheira
Jocymar Dias de Azevedo	Sylvio Tito de Carvalho Coelho
José Carlos da Cruz Ribeiro	Télius Alonso Avelino Memória
Juary Silva	Valneide Serrão Vieira
Lafredo Lisboa Vieira Lopes	Vera de Souza Leite
	Waldy Genuino 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

ÍNDICE

DOUTRINA:

• GIORGIO DEL VECCHIO — Obrigação da Verdade no Direito ..	3.
• PEDRO DAVID — Psicologia, Sociologia e Crime	10.
• ALBERT KREBS — O Funcionário da Execução Penal	15.
• LEOPOLDO BRAGA — Da Ação Autônoma como Substitutiva da Reconvênção nas Demandas de Desquite	26.
• ALCINO PINTO FALCÃO — Substituição Processual e Relação de Direito Administrativo	38.
• J. C. SAMPAIO DE LACERDA — Marca de Comércio	46.
• HELENO CLÁUDIO FRAGOSO — A Motivação da Sentença na Aplicação da Pena	53.
• ARNOLDO WALD — Direito e Imprensa	64.
• PAULO DOURADO DE GUSMÃO — Reforma Parcial do Código Civil Argentino. Breves Notas	76.
• SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA — A Lei n.º 5.467, de 5-7-1968, e o Instituto da Reabilitação Criminal	81.
• NILSON SANT'ANNA e NILTON SALLES — O Infanticídio no Anteprojeto do Código Penal. Considerações Médico-Legais .	89.

PARECERES:

— Alienação fiduciária. Situações jurídicas "sui generis" das partes. Atipicidade do negócio jurídico. — Ação cabível no caso de inadimplemento do fiduciante. Não cabimento, em princípio, de condenação em perdas e danos pelo mau uso da coisa.	
— de PAULO DOURADO DE GUSMÃO	102
— I — É válida a promessa de compra-e-venda de imóvel inalienável, desde que ajustada sob condição suspensiva da sub-rogação judicial do ônus em outros bens e sem ofensa às regras estatuídas para o processo respectivo. II — A sub-rogação não constitui condição juridicamente impossível porque não é vedada no sistema do Código Civil. III — Não realizada a condição suspensiva sem culpa dos contratantes, desfaz-se o negócio jurídico, cabendo-lhes restituir as prestações provisoriamente cumpridas.	
— de JOÃO COELHO BRANCO	105

- Os efeitos da concordata ou da falência do comerciante singular não atingem os bens do casal, isto é, os comuns, senão até o limite de sua meação.
— de RODOLFO ARAÚJO 115
- O prazo para a interposição de recurso conta-se a partir do momento em que o demandante teve ciência da decisão por um dos meios de conhecimento previstos na lei processual. O recebimento dos autos legais de conhecimento da sentença. Conhecimento legal e conhecimento de fato. Efeitos.
— de CLÓVIS PAULO DA ROCHA 123
- Filho Adulterino. Reconhecimento em testamento. É lícito o reconhecimento do filho adulterino no testamento porque este ato jurídico só tem eficácia após a morte do testador, quando já está dissolvida a sociedade conjugal, como exige a lei.
— de CLÓVIS PAULO DA ROCHA 127

JURISPRUDÊNCIA:

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL:

- Responsabilidade civil de locadora de automóveis. Locação mercantil de automóvel. Co-responsabilidade da locadora na composição de dano causado a terceiro. Recurso extraordinário não conhecido 132
- Casamento religioso. Registro. Eficácia. O casamento religioso não registrado não é ato inexistente; é ato cuja eficácia civil depende de sua inscrição no registro civil, com efeito retroativo (acompanhado de parecer de CLÓVIS PAULO DA ROCHA e do Provimento n.º 195, baixado pelo então Corregedor do Estado da Guanabara, Exmo. Sr. Des. FRANCISCO PEREIRA DE BULHÕES CARVALHO) 134
- Apelação — Prazo para a sua interposição — Retirada dos autos, em confiança, antes da publicação, no órgão oficial, das conclusões da sentença — Prevalência da data da publicação como termo inicial, dado que, influindo este na determinação do momento da formação da *res indicata* — matéria de ordem pública — escapa a fixação do *dies a quo* ao poder dispositivo das partes — Provimento do agravo 145
- Execução. Apostilamento de títulos em assentamentos funcionais. A execução é feita através de ofício ao Presidente do Tribunal de Justiça, com a simples comunicação deste à Procuradoria-Geral do Estado 148

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL:

- Processo sumário. Portaria de autoridade policial. Requisitos. Nos processos sumários iniciados por Portaria da autoridade policial, a relação processual só se perfaz com o primeiro ato praticado pelo juiz, havendo, antes disso, apenas um procedimento judicial independente de ação, embora a lei diga o contrário. Não impõe o Código de Processo Penal, sob pena de nulidade, como faz em relação à denúncia e

à queixa (art. 41), para conteúdo da Portaria (art. 533), o "fato criminoso, com tôdas as suas circunstâncias" e, "quando necessário, o rol das testemunhas". A expressão "Portaria" tem o sentido comum e técnico de fórmula com que as autoridades públicas criam lugares, preenchem-nos ou se dirigem a seus subalternos e, com êste último significado, é empregada pelo art. 533 do Código de Processo Penal. A exegese das leis deve fazer-se de acôrdo com o sentido comum e técnico das palavras usadas. Opinião de BLACK e SUTHERLAND. Sentença condenatória. Confirmação (com comentário do DR. JORGE GUEDES) 151

— Disparo de arma de fogo. Bem jurídico tutelado. O bem jurídico tutelado pelo nosso direito positivo, na contravenção de "disparo de arma de fogo" (art. 28 da L.C.P.), é a "incolumidade pública", como se verifica da epígrafe, em que está insito o dito dispositivo legal, sendo assim, irrelevantes, para a sua caracterização, os disparos com festim, denominados, pelos publicistas alemães, à carga cega (*blind Ladung*) e, pelos italianos, *sparo a salve* 157

— Reabilitação criminal. Ressarcimento do dano causado pelo crime. Réu condenado por sedução. Ausência de prova de que tenha ressarcido o dano causado à ofendida pelo crime. Benefício indeferido. Embargos rejeitados. Inteligência dos arts. 744 do Código de Processo Penal e 1.548 do Código Civil. Sem prova de haver ressarcido o dano causado pelo crime ou de persistir a impossibilidade de fazê-lo, não pode ser deferido o pedido de reabilitação 158

— Revisão. Pode o Ministério Público requerê-la. Nulidade de sentença condenatória prolatada após a morte do réu. Tratando-se de recurso em favor do réu mas, também, "*pro-societate*" no sentido amplo de atender a assegurar o prestígio e a responsabilidade da Justiça, pode o Ministério Público requerê-la, porque lhe é atribuído o poder geral de recurso pelo art. 577 do Código de Processo Penal, além do que vierem a prever expressamente o Decreto-lei n.º 8.527, de 1945 (Cód. de Organização Judiciária do então Distrito Federal), no art. 139, n.º V, e a Lei n.º 3.434, de 1958 (Cód. do Min. Público do então Distrito Federal), nos arts. 16, n.º VII, 21, n.º III, e 40, n.º VIII. Tanto a pretensão do Ministério Público de apenação do réu quanto os direitos processuais do réu hão de ser considerados como de interesse social, do qual o interesse do réu é um dado, possa o Ministério Público, que é uno, estar pleiteando em favor do réu, pela Defensoria Pública, prevendo o Código de Processo Penal que mesmo o Promotor possa requerer *habeas-corpus* (art. 654). A liberdade do inocente é compulsória e exigida em favor do Estado, tanto quanto em favor do indivíduo; e a êste há de ser imposta, tanto quanto ao Estado. Em tese, se o sentido da pena é o ajustamento do réu à sociedade, a pena há de ser considerada como atuando tanto em benefício da sociedade quanto do indivíduo, como animal social, ainda quando, relativamente a êste, tenha o poder público que lhe impor o benefício. Nula é a sentença conde-

natória expedida após extinta pela morte a punibilidade do réu	160
--	-----

ATUALIDADES:

— Breves Considerações sobre o Registro de Imóveis (MURILO RENAULT LEITE)	171
— Cassação de fiança: nova disciplina legal (ARION SAYÃO ROMITA)	174
— Ordem de Serviço "E" n.º 1/69, de 24-1-69	177
— Ordem de Serviço "E" n.º 2/69, de 31-1-69	178
— Ordem de Serviço "E" n.º 3/69, de 17-3-69	179
— Ordem de Serviço "E" n.º 4/69, de 2-4-69	180
— Concursos para Defensor Público. Programas	180
— Concurso de 1962/1963	
— Concurso de 1965/1966	
— Questões apresentadas no Concurso realizado em 1963 para o cargo de Defensor Público da carreira do Ministério Público	191
— O Plano Habitacional Brasileiro (GILBERTO DE POVINA CAVALCANTI)	193

BIBLIOGRAFIA:

— Videla Escalada, Federico N. — <i>Derecho Aeronautico</i> , Tomo I, Victor P. de Zavalía, editor, Buenos Aires, 1969, 492 páginas (J. C. SAMPAIO DE LACERDA)	200
— Roberto Lyra: <i>Sociologia Criminal</i> , Rio de Janeiro, Editôra Forense, 1969, 212 págs., 1.º volume (MARIA IZANEIDE SILVA)	203

REVISTAS EM REVISTA	205
---------------------------	-----

LEGISLAÇÃO:

— Ato Institucional n.º 9, de 25-4-1969	207
— Ato Institucional n.º 10, de 16-5-1969	208
— Decreto-lei n.º 474, de 19-2-1969. Modifica a relação de dispositivos do Decreto-lei n.º 960, de 17-12-1938, e dá outras providências	210
— Decreto-lei n.º 484, de 3-3-1969. Altera dispositivos do Decreto-lei n.º 401, e dá outras providências	212
— Decreto-lei n.º 486, de 3-3-1969. Dispõe sobre escrituração e livros mercantis e dá outras providências	243
— Decreto-lei n.º 489, de 4-3-1969. Regula a disponibilidade dos funcionários públicos civis	216

— Decreto-lei n.º 496, de 11-3-1969. Dispõe sobre as aeronaves de empresas de transportes aéreo em liquidação, falência ou concordata e dá outras providências	217
— Decreto-lei n.º 504, de 18-3-1969. Modifica a redação do artigo 624 do Decreto-lei n.º 3.689, de 3-10-1941 (Código de Processo Penal)	218
— Decreto-lei n.º 505, de 18-3-1969. Dispõe sobre a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, como Solicitador Acadêmico	219
— Decreto-lei n.º 510, de 20-3-1969. Altera Dispositivos do Decreto-lei n.º 314, de 13-3-1967, e dá outras providências	219
— Decreto-lei n.º 515, de 7-4-1969. Define a empresa individual nas atividades imobiliárias	225
— Decreto-lei n.º 552, de 25-4-1969. Dispõe sobre a concessão de vista ao Ministério Público nos processos de <i>habeas corpus</i>	230
— Decreto-lei n.º 553, de 25-4-1969. Altera os limites do Mar Territorial do Brasil e dá outras providências	230
— Decreto-lei n.º 554, de 25-4-1969. Dispõe sobre desapropriação por interesse social, de imóveis rurais, para fins de reforma agrária, e dá outras providências	231



DOUTRINA

COLABORAM NESTE NÚMERO

ALBERT KREBS — Professor de Penitenciariismo e de Criminologia na Universidade de Marburg.

ALCINO PINTO FALCÃO — Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara.

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

GIORGIO DEL VECCHIO — Professor na Universidade de Roma.

HELENO CLAUDIO FRAGOSO — Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito Cândido Mendes.

J. C. SAMPAIO DE LACERDA — Juiz do Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara. Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Docente-livre de Direito Comercial da U.F.R.J.

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

NILSON SANT'ANNA — Livre-docente de Medicina Legal da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara e da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Presidente da Sociedade de Medicina Legal do Estado da Guanabara.

NILTON SALLES — Professor Titular de Medicina Legal da Escola de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro.

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

PEDRO DAVID — Professor Titular da Universidade Nacional de Buenos Aires e da Universidad del Salvador. Secretário-Geral do **Institut International de Sociologie**.

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.

OBRIGAÇÃO DA VERDADE NO DIREITO (*)

GIORGIO DEL VECCHIO

O respeito à verdade é um princípio ético fundamental que tem aplicação, não só na moral, como também no direito: duas categorias normativas que têm a mesma origem. Mas, enquanto na moral tal princípio se apresenta imediatamente em seu valor absoluto, isto é, como imperativo categórico que comporta pouquíssimas exceções ou limitações, no direito, a obrigação de dizer a verdade assume uma forma precisa, protegida por sanções civis e penais, sobretudo em casos determinados: quando a mentira e a reticência produzem dano injusto a outrem. E assim é, como é fácil verificar, em virtude da própria natureza do direito, que deixa no campo do lícito, em que predomina a liberdade do indivíduo, não só a prática de certos atos prescritos pela moral, como também de outros com ela incompatíveis, por não causarem prejuízo a outrem. Citaremos um exemplo bastante conhecido: quem se exceder no uso de bebidas alcoólicas viola, certamente, o dever da temperança sem estar sujeito a sanções jurídicas, salvo se a embriaguez prejudicar a outrem ou salvo se, nesse estado, cometer um crime. Assim, a embriaguez é moralmente reprovável, mas não é passível de pena por não prejudicar a outrem. Outro exemplo: aquele que, ao depor, exagera suas façanhas, não praticará crime salvo se prejudicar a outrem, apesar de ser condenado pela moral.

A falsa identidade ou a afirmação de qualidade inexistentes com o objetivo de obter vantagem, mantendo outrem em erro (obtenção, p. ex., de emprêgo) motiva a anulação do ato a que der causa, além de outras conseqüências mais graves.

(*) Extraído do livro "Nuova Silloge di Temi Giuridici e Filosofici" (Torino, G. Giappichelli — Editore, 1967, pág. 121-133). Tradução de Maria Cecília Pereira Reis.

É sabido que, para proteger a fé pública, a lei pune quem, abusivamente, usar em público a farda ou sinais distintivos de um ofício ou emprêgo público, de um corpo político, administrativo ou judiciário, ou ainda de uma profissão para a qual é requerida uma especial habilitação do Estado. Igualmente é punido quem se arrogar abusivamente dignidade ou grau acadêmico, títulos, condecorações etc. As razões de tais normas, que se encontram nas legislações de todos os povos, são evidentes, pois a falsa aparência suscitada por êsses abusos prejudica diretamente as relações sociais, além de poder afetar o prestígio de tais profissões ou cargos e além de causar dano àqueles que, possuindo títulos ou graus legítimamente adquiridos, têm o direito legítimo de pretender que não seja arbitrariamente diminuído o valor dos mesmos.

Apesar de alguns artifícios destinados a enganar serem, geralmente, condenados, não só pela moral, como pelo direito (lembramos a conhecida máxima: *fraus omnia corrumpit, malitius non est indulgendum*), existem, todavia, numerosos casos admitidos pelo direito, dentro de certos limites, como a simulação e a dissimulação, capazes de produzir determinados efeitos, tendo em vista a boa-fé de terceiros, a certeza das relações jurídicas, ou outras razões. Tal questão é uma das mais discutidas na ciência jurídica, tendo sido objeto de estudos e de debates antes que o novo Código Civil (italiano) fixasse sobre essa questão algumas normas (art. 1414-1417) que correspondem, em substância, a tudo o que vinha sendo elaborado pela doutrina e pela jurisprudência, tendo em vista, ainda, os princípios gerais do direito. No contraste entre o negócio jurídico aparente (simulado) e a vontade real das partes (dissimulada), foi reconhecida a prevalência dessa última, sempre que tenha um objeto lícito e desde que não lhe faltem os outros requisitos essenciais (*plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*). O negócio simulado não produz efeito entre as partes, que não podem opor a simulação aos terceiros de boa-fé, para os quais o negócio mesmo, apesar de falso, pode dar origem a certos direitos.

A ciência e a técnica do direito têm elaborado, nessa matéria, diversas regras acolhendo distinções às vezes sutis. Se, por exemplo, o menor se obriga, declarando falsamente ser maior, pode ser pleiteada a anulação do contrato. A proteção jurídica em seu favor se estende ainda ao caso da simulação. Mas, se o menor de idade oculta tal circunstância mediante embuste, por exemplo exibindo uma falsa certidão de nascimento, perde o direito de pleitear a anulação da obrigação (art. 1426 do Código Civil Italiano). Aplica-se, assim, de forma limitada, a velha máxima: *nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Diferentes da simulação são as chamadas ficções jurídicas, usadas nos sistemas

jurídicos antigos e modernos, tão familiares ao jurista. Elas não são mais do que meios técnicos para formular regras de direito e declará-las aplicáveis quando faltam os elementos de fato que normalmente deveriam servir-lhes de pressupostos. Mediante tal fictícia equiparação entre a existência e a inexistência de uma certa realidade, obtém-se uma expressão abreviada e simplificada de uma norma que poderia ser formulada diversamente, com maior aderência ao seu efetivo objeto. As ficções, que IHERING chamou *technisch*, *Notlügen*, não se destinam a enganar, e tampouco ofendem, a não ser relativamente, a verdade; como não a ofendem, a rigor, os espetáculos cênicos, as fictícias batalhas nas manobras militares etc. Em geral, as alterações ou imitações artificiosas do verídico, abertamente declaradas e aceitas como tal, não são por si mesmas reprováveis: constituem ainda, por outro lado, uma espécie de verdade secundária, relativa ou convencional, merecedora de respeito quando destinada a fins legítimos. Assim, por exemplo, o pseudônimo é objeto de tutela jurídica, desde que tenha adquirido a importância do nome (art. 9.º do Código Civil Italiano). Deve-se esclarecer, todavia, que tais artifícios devem ter um limite nas reais necessidades, devendo ser abandonados com o cessar de tais necessidades. Isto vale ainda para as ficções jurídicas que, originariamente, exerceram uma função, por assim dizer provisória, na evolução do direito, facilitando a introdução de novas normas, sem abandonar as antigas. Nesse sentido, como observou IHERING, as ficções foram, e podem ser ainda, instrumentos úteis ao progresso jurídico; não seria razoável propor *ex abrupto* a abolição das mesmas, sem substituí-las por inovações legislativas em correspondência mais perfeita com as mesmas exigências, como não se poderia pedir a quem caminha com muletas para abandoná-las antes de estar em situação de caminhar sozinho.

A gradual eliminação da ficção no campo da ciência do direito é, sem dúvida, o ideal no qual devem inspirar-se os legisladores e os juristas em geral, um objetivo que, em grande parte, tem sido atingido nos sistemas mais evoluídos.

Próximo da ficção jurídica, que com ela praticamente se confunde, estão as presunções *juris et de jure*, ou seja, aquelas que, pela lei, não admitem prova em contrário. Elas obrigam a se considerar verdadeiro o que, apesar de provável ou verossímil, poderia não estar, em casos singulares, conforme com a realidade, como, por exemplo, *pater is est, quem nuptiae demonstrant*; *res judicata pro veritate habetur* etc. A justificação dêste instituto é dada, geralmente, pela necessidade de assegurar a estabilidade das relações jurídicas, bem como a necessidade de evitar que as lides se eternizem. Ninguém poderá negar a gravidade de tais razões. Não se deve esquecer que essa espécie de presunção, bem diversa da outra, *hominis et juris tantum*, cons-

titui impedimento à livre investigação da verdade, devendo por isso reduzir-se ao mínimo indispensável.

Mas o princípio ético que impõe o respeito à verdade adquire singular relêvo, dando lugar a problemas particulares, no campo do Direito Processual. Isto porque a atividade judiciária, tanto no cível como no crime, tem como primeira preocupação a busca da verdade, que é um pressuposto essencial para a perfeita aplicação da lei e para uma sentença justa. Compreende-se, portanto, que a obrigação da veracidade por parte daqueles que, como testemunhas ou peritos, devem concorrer para esclarecer o juiz sobre a realidade dos fatos *sub-judice*, seja punida com graves sanções. Por isso, para consagrar e tornar solene tal obrigação, alguns sistemas jurídicos, modernos e antigos, exigem das testemunhas e dos peritos a prestação de juramento, que empenha não só a sua responsabilidade diante da lei, como também a sua consciência religiosa.

Por outro lado, tal obrigação não subsiste, ou não é imposta de forma tão rigorosa para o acusado em processo criminal ou para as partes, na ação cível. Não resta dúvida de que, tanto o interrogatório do acusado, como o depoimento das testemunhas, têm por fim a descoberta da verdade; mas o princípio que dá ao acusado, ao ser interrogado, a mais ampla liberdade, possibilita a presença da mentira ou da reticência em seu depoimento, sem cominar-lhe sanções jurídicas, a não ser que se trate de falsas declarações sobre a própria identidade pessoal. Fica, pois, para a competência e a consciência dos juízes a apreciação da credibilidade de tais afirmações.

Existem, ainda nessa matéria, exceções e limitações que demonstram como a obrigação de dizer a verdade se deve relacionar e harmonizar com outras obrigações de valor ético.

Assim, em regra, e salvo determinados casos especiais, podem negar-se a depor em processo penal os parentes próximos do acusado, que teriam grave pêsso em suas consciências, se agravassem a situação do mesmo. Por outro lado, ao perito é imposta a obrigação do segredo, salvo a faculdade das partes de tomar conhecimento da perícia. É amplamente garantido nas legislações modernas o respeito ao sigilo profissional e funcional. Segundo o Código de Processo Penal Italiano (art. 351 e 352), ninguém pode ser obrigado a depor como testemunha sobre o que lhe foi confiado ou de que tem conhecimento em razão de ofício ou de profissão, como é o caso dos sacerdotes, advogados, notários, médicos e os que exercem profissão sanitária, salvo os casos em que a lei impõe a essa última classe de pessoas a obrigação de informar a autoridade pública. Além disso, os funcionários públicos e os encarregados de serviço público não podem ser obrigados a depor sobre fatos conhecidos em razão de ofício ou sobre fatos que devem manter em se-

grêdo. Particularmente é tutelado o segredo sôbre notícias políticas e militares, que, se reveladas, possam prejudicar a segurança ou interesse político, interno ou internacional, do Estado.

Tudo isso constitui, sem dúvida, restrições ao princípio do direito — dever de dizer a verdade, em qualquer ocasião; princípio que, abstratamente considerado, não deveria sofrer qualquer limitação, principalmente no setor judiciário, em que é importante, sobretudo, o triunfo e o esclarecimento da verdade. Mas a tutela do segredo se funda, em muitíssimos casos, em importantes razões éticamente apreciadas, porquanto abolir completamente essa tutela significaria turbar profundamente o desenvolvimento normal da vida civil. Deve ter-se, finalmente, em vista que o silêncio, nessas hipóteses, se confunde com a mentira. Pode conceber-se como desejável que, no futuro, em uma ordem social mais evoluída, cessem muitos vínculos necessários, que restringem o referido princípio e que hoje impedem a livre comunicação do saber.

A questão que tem sido mais vivamente discutida recentemente entre os juristas consiste em saber se, no processo civil, deve ser admitida como princípio geral a obrigação das partes e de seus representantes de dizer a verdade. Se tal obrigação existe (não posta em dúvida por ninguém) para as testemunhas e para os peritos, por que deveria ser dispensável para aquêles que, no processo, são, de certa forma, os protagonistas? Algumas legislações como, por exemplo, a austríaca, formulam expressamente a obrigação de as partes expressarem-se *conforme a verdade*. Mas, na maioria dos sistemas de direito processual, foi evitada uma forma tão rígida e obrigatória. O vigente Código de Processo Civil Italiano (1940) contém a seguinte norma: “As partes e os seus defensores têm o dever de se comportar em juízo com lealdade e probidade. Em caso de falta dos defensores a êsse dever, o juiz deve comunicar o fato à autoridade que exercer o poder disciplinar sôbre os mesmos” (art. 88). Pode-se ainda recordar que a lei sôbre justiça gratuita declara: “O advogado e o procurador designados para o patrocínio gratuito devem tratar a causa de acôrdo com seu conhecimento e consciência” (art. 32).

Muitas razões foram adotadas, na época do antigo Código de Processo Italiano, por diversos juristas, para explicar e justificar a falta de proibição expressa de afirmações falsas em juízo. Observou-se, por exemplo, que a vigilância recíproca entre as partes possibilita o contrôle da verdade das afirmações respectivas, deixando para os casos mais graves as cominações legais, como, por exemplo, o juramento falso etc. Segundo REDENTI, “inexiste uma verdade histórica para as partes, pois cada uma tem a *sua* verdade, segundo a sua *forma*

mentis, sob o influxo dos seus próprios interesses e das suas paixões. E é só através da prova e do contrôlle crítico dos contrastantes depoimentos que pode ser atingida a *verdade do juiz*, que é a que vale para o ordenamento jurídico.” Há quem sustentou, especialmente CARNELUTTI, que o valor do processo “depende sobretudo da iniciativa e, portanto, da liberdade das partes. Cada limite imposto a elas compromete o rendimento”. A ação das partes “desenvolve-se no contraditório e do contraditório, que é uma forma de luta, da qual não se pode, a não ser de modo relativo, eliminar a força e a astúcia”. Deve entender-se “força” e “luta” em sentido metafórico, apesar da metáfora usada na argumentação ser falsa. Quanto à “astúcia”, pode ser lícita ou ilícita, motivo por que, nesse terreno, seria necessário uma distinção.

Um ilustre jurista sul-americano, COUTURE, depois de um exame atento das várias doutrinas, assim concluiu: “existe um dever jurídico de exprimir a verdade no juízo cível”. Tal opinião parece-nos correta, principalmente sob o aspecto ético e racional. A verdade, aqui, deve ser entendida no sentido subjetivo. Segundo o projeto preliminar do Código de Processo Civil Italiano (art. 26), às partes, aos procuradores e aos defensores era imposta “a obrigação de expor ao juiz os fatos segundo a verdade, e de não propor demandas, defesas, exceções ou provas que não sejam de boa-fé.” Tal fórmula, que poderia ser melhorada com alguns leves retoques, era preferível, a nosso ver, à que foi finalmente adotada; e não é este o único caso *reformatio in pejus* verificado na elaboração dos Códigos, apesar das variadas e prolongadas discussões entre um grande número de colaboradores.

Se, nos ordenamentos jurídicos positivos, como, por exemplo, no italiano, não é imposto o dever da verdade no processo como princípio ou regra geral, é, entretanto, expressamente declarado o dever de “comportar-se em juízo com lealdade e probidade”. A distinção entre os dois conceitos, que têm evidentemente a mesma raiz, é sutil, não estando até agora bem esclarecida na doutrina. Tal distinção significa, em substância, que qualquer alteração da verdade no processo, como no direito em geral, não constitui ato ilícito, que se configura quando as alterações da verdade ou os artifícios empregados destinam-se a enganar a parte adversária ou o juiz. Compreende-se, todavia, que, na prática, possam surgir a respeito inúmeras questões, não sendo esta, porém, a oportunidade para se tratar das mesmas.

Fica, assim, estabelecido que, ao menos dentro de certos limites, o respeito à verdade é imposto pelo direito, bem como pela moral, especialmente no campo da atividade judicial. E não poderia ser de outra forma, porque a verdade e a justiça estão

sempre juntas, sendo intrinsicamente contraditório administrar a justiça ou provocá-la sem respeito à verdade.

É oportuno acrescentar algumas observações sobre a profissão forense. A missão do advogado, como a do juiz, tem por fim essencial a realização da justiça; por isso, já dissemos que, entre a magistratura e os advogados, deve haver uma estreita colaboração. É próprio da missão dos que labutam na justiça evitar, na sustentação de causas, sofismas ou provas falsas, para fazer prevalecer determinada tese, com prejuízo da verdade e da justiça. É óbvio que o advogado honesto não hesita em refutar seu patrocínio, quando está convencido de que a causa não possa ser sustentada com sérios e fundados argumentos.

Convém esclarecer a possibilidade da sustentação de boa-fé de interpretações e opiniões divergentes em virtude de serem complexas as relações sociais. Tal complexidade não decorre da arte dos advogados, mas da própria natureza das coisas e da alma humana, que se apresenta em uma série infinita de novos acontecimentos, imprevistos e imprevisíveis, em sua forma concreta, ao próprio legislador.

E' possível, entretanto, que os advogados e os juristas em geral, no exercício de suas profissões, possam agir com incorreção e com certa insensibilidade moral, o que não deveria acontecer em virtude de sua alta cultura e da própria índole de suas funções, pois deveriam constituir exemplos de perfeita retidão e de conduta ilibada. Tais condutas são deploráveis e afetam o prestígio da própria classe. Por isso, êsses abusos devem ser reprimidos pelos órgãos profissionais dotados de poder disciplinar e constituídos para tal fim.

Concluindo, é de se augurar que, como já observamos a propósito do comércio, sejam adotados critérios mais rigorosos e, sobretudo, um progressivo aperfeiçoamento da consciência moral e jurídica. Não é por acaso que usamos êsse binômio, porque o exclusivo respeito às regras de direito é insuficiente, se não fôr acompanhado e integrado com o respeito, igualmente necessário, à lei moral.

PSICOLOGIA, SOCIOLOGIA E CRIME (*)

PEDRO DAVID

1. Insuficientes são os fatores ambientais ligados à situação conflitiva para dar resposta integral *a priori* à pergunta acêrca do conhecimento exaustivo da formação da conduta delinqüente. Com efeito, as situações em que insiste a psicanálise não constituem patrimônio exclusivo do menor delinqüente, porquanto estão presentes também na evolução vital de menores socialmente adaptados. Por outro lado, inexistem fatores ambientais que, em si, possuam a capacidade de gerar, fatal e constantemente, atos delituosos. "A noção de conflitos, esclarecida pelo estudo psicogênico da delinqüência juvenil, não fornece uma noção etiológicamente certa, porquanto tais conflitos caracterizam também a existência da criança normal" (1). Por outro lado, SUTHERLAND e COHEN (2) têm criticado acertadamente as estruturas das explicações da delinqüência baseadas em um fator ou em múltiplos fatores. COHEN tem endereçado suas críticas a três pontos principais. O primeiro diz respeito à confusão existente entre uma explicação da delinqüência fundada na operação de um só fator e a explicação da delinqüência baseada em uma teoria particular e única. Com efeito, uma teoria não explica a criminalidade, tendo em vista um só fator, senão em virtude de um número de variáveis. Se disermos, por exemplo, que decorre de vários fatores, em nenhum dos casos estaremos esboçando uma *teoria* sobre o problema da delinqüência. A explicação que, em termos de teoria, relaciona entre si essas variáveis acarreta uma co-variação de

(*) Extraído do livro "Sociologia Criminal Juvenil" (Buenos Aires, Depalma, 1968, 3.^a edição, pág. 163-169). Tradução de Maria Cecília Pereira Reis.

(1) LEBOVICI (S.): *Rapport sur les facteurs psychogènes de la délinquance juvénile*. Actes du II^{ème} Congrès International de Criminologie, Paris, PUF; R. LE SENNE: "Traité de caractérologie", Paris, PUF.

(2) COHEN: *Delinquent Boys*, Glencoe, The Free Press.

SUTHERLAND: *Principles of Criminology*, New York, 1955, 5.^a edição.

variáveis. A simples enumeração de fatores não constitui explicação teórica.

Em segundo lugar, os fatores são passíveis de confusão com as causas, pois se acredita que cada um deles seja capaz de gerar um crime. Em terceiro lugar, existe falácia de supor que cada um dos fatores possua virtualidade negativa. Assim, cada vez que se fala de crime ou de um problema social, tem-se a tendência a mencionar uma extensa série de fatores sórdidos, que, interligados, se presume que originam o ato delituoso. (3) Por outro lado, tem-se dito que a explicação psicológica ou sociológica deve integrar-se ao estudo das “estruturas e tendências caracterológicas que escapam a toda análise conflitiva e que aparecem realmente dadas ao indivíduo”. (4) Além disso, teríamos de nos referir a um caráter anterior a toda noção de conflito prévio à experiência vital. A caracterologia forneceria, desse modo, a perspectiva de fundo sobre a qual deveria articular-se a dinâmica tensão dos fatores psicológicos e ambientais e sua indissolúvel conexão. É importante evitar dogmatismos teóricos nesse terreno, motivo por que sempre criticamos a teoria psicanalítica, ao tentar explicar, através de seus conceitos, a gênese da delinquência juvenil (5). Por isso, a etapa a ser atingida consistiria em verificar detalhadamente quais os fatores psicológicos que têm um papel criminógeno específico, bem como a possível influência que os mesmos possuem sobre cada estrutura da personalidade e em que momento desencadeiam, juntamente com os fatores ambientais, o ato delitual do menor. Concorreriam assim, psicologia, sociologia e caracterologia na caracterização integral do delito, objeto da sentença, de modo a dar realce, fora da dimensão legal, à dimensão humana (6).

Finalmente, a viabilidade das teorias depende da maneira como dão conta da realidade investigada. Seria interessante ressaltar, nesse ponto, a necessidade de confirmar as teorias por meio da investigação empírica, isto é, colocar teoria e investigação em relação mais estreita e independente, na forma que ROBERT K. MERTON estabeleceu (7). Como HERRERA FIGUEROA afirma (8), “deve-se encontrar o justo equilíbrio entre o estu-

(3) R. MACIVER: *Causación social*, Fondo de Cultura Económica, México, 1949, cap. III, esp., págs. 71 a 84; E. EXNER: *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1946, cap. I.

(4) LEBOCINI e LE SENNE: obras citadas.

(5) PEDRO R. DAVID e OSCAR V. OÑATIVIA: *Apuntes para una psicología del comportamiento*, “Humanitas”, año II, n.º 6, 1955.

(6) HANS VON HENTIG: “*Criminología*”, Buenos Aires, 1948.

(7) MERTON: *Social theory and social structure*, cap. II e III, The Free Press, Glencoe, Ill., USA 1967.

(8) HERRERA FIGUEROA: *Psicología y Criminología*, Buenos Aires, 1966, D.31.

do da autocontenção da pessoa e de sua comunicação com o mundo”.

2. Recentes estudos (9) têm analisado o problema dos fatores psicológicos que estruturam o tipo de conduta mórbida de que estamos tratando. O conceito de delinquência juvenil, sustenta o autor citado, é usado vagamente com referência a uma grande disparidade de síndromes e modelos sintomáticos de conduta. A maioria dos menores assim chamados demonstram, todavia, uma necessidade primária de agir de um modo inaceitável pela sociedade, precisamente em virtude de uma desorganização particular do funcionamento de processos psíquicos.

O diagnóstico, levando em conta as características dessa perturbação, tem sido classificado como *desordem caracterológica anti-social*. O conceito anti-social aí empregado supõe a ocorrência de uma perturbação básica no processo de socialização desses jovens. Desordem de caráter ou caracterológica refere-se ao modo por que êsse mau desenvolvimento é expressado: em essência, como uma derivação socialmente condicionada do mesmo. Em vez de manifestações primariamente neuróticas ou psicopáticas, a criança defende-se de conflitos insolúveis através de sua conduta inadaptada.

Em geral, a conduta da criança se expressa através de atos incontrolados, hostis e agressivos em relação à propriedade ou à pessoa de outros, em uma tentativa de aparentar tensão ou ansiedade. Tais faltas demonstram conflito com valores sociais: a) conflitos com valores sociais; b) aversão às instituições sociais; c) preocupação exclusiva consigo mesmo, para satisfazer as necessidades próprias; d) falta de sentimento de culpa ou remorso; e) tais faltas tornam-se cada vez mais manifestas à medida que a criança cresce. Daí surgem os bem conhecidos sintoma de deserção escolar, desafio a outras crianças, atos antijurídicos, tais como furto, incêndio, briga com outras crianças, fuga do lar, prática da mentira, irresponsabilidade etc.

Existe um período em que, antes de tais sintomas aparecerem, encontram-se presentes em um estágio de delinquência latente. Durante êsse estágio prematuro, o menor demonstra, mais comumente, tendência a reagir de maneira incontrolável ou desafiadora se não fôr autorizado a se conduzir como quer, bem como uma falta de consideração em relação aos direitos de propriedade de outras crianças e um forte ressentimento por seus irmãos.

Numerosos estudos têm ressaltado, com certa ênfase, as relações do menor com sua mãe, com a mãe que o rechaça ou lhe

(9) SIDNEY BERMAN: *Readings in juvenile delinquency*, ob. cit., páginas 141 a 152.

é hostil, ou inconsistente em seu tratamento, do que resulta uma perturbação emocional. Tais faltas são o resultado de um encadeamento de circunstâncias especificamente traumáticas que ocorrem, aproximadamente, ao final do primeiro ano de vida e ao começo do segundo.

Em certos lugares de baixo nível sócio-econômico, nota-se, às vezes, a ausência da mãe, ou a do pai que, se convive com a criança, é violento e ditatorial. Normalmente, na medida em que a criança completa o primeiro ano de vida, as condutas motoras começam a dominar seu comportamento. Nessa fase, sua atividade agressiva, verbal, chega ao máximo, começando a diferenciar seu ser do dos outros.

Esta é a etapa em que a criança requer mais cuidado, ajuda, apoio e supervisão da mãe, para satisfazer, conter e dirigir êsses impulsos sob a forma de condutas ajustadas, com sentido.

Quando a criança experimenta tal relação, a resposta com referência à mãe e à imagem dela por êle interanalisada tem a qualidade afetiva do amor, da confiança e da verdade, em virtude de ser ela quem dêle cuida.

Se a mãe, ou quem a substitui, é sem afetividade, indiferente ou cruel, a criança a vê como alguém que rechaça suas necessidades e a trata como quem a odeia. A criança, nesses casos, conhece o ódio e êste ódio, em relação à imagem e à pessoa real da mãe, se converte no sentimento mais importante em seu relacionamento com o mundo em que vive. Êsse período de sua vida será por ela conceituado como uma etapa de afastamento (no sentido sociológico e psicológico), porque, para êsse tipo de mãe, que espera que a criança cuide de si mesma, as demandas que surgem são intoleráveis, devido à própria necessidade de independência que essas mães experimentam.

A ausência de amor cria, assim, um vazio que é completado pelo ódio mais intenso. Tal substituição terá conseqüências muito graves para o futuro desenvolvimento da criança. Ódio e amor não se equilibrarão nesse tipo de criança. As qualidades positivas, boas, súbitamente perdem sua força, enquanto as negativas e más crescem e se expandem. Mas ao mesmo tempo em que a criança odeia, teme assemelhar-se à imagem gravada da mãe; para reagir contra êsse medo, projeta, no mundo que o rodeia, seu ódio e desespero. Às vezes, as mães, para se libertarem de seus sentimentos de agressão contra os maridos, incitam a criança a desafiá-lo ou a provocá-lo; isto é grave, porque aumenta o sentimento de amargura e de exploração. Por outro lado, a relação da criança com a mãe, fundada no ódio, reflete-se sobre sua própria identidade sexual. No afã de substituir a mãe como objeto de amor, às vezes se inclinam a experiências sexuais pervertidas, associando o sexo com horror, com violência e confusão.

Sobre tal estrutura primária, sem equilíbrio, chega o período da adolescência, quando suas relações com o mundo se desenvolvem sem nenhuma ternura, evitando, quando amam, o que para eles pode constituir uma armadilha afetiva.

Alguns jovens tornam-se delinquentes, alcoólatras ou toxicômanos.

A maioria só consegue uma adaptação sexual marginal.

O FUNCIONÁRIO DA EXECUÇÃO PENAL

ALBERT KREBS (*)

“Sêres humanos e não prescrições” — com estas palavras inicia KROHNE em 1889, nessa época diretor da penitenciária em Berlim e mais tarde diretor do Sistema Penitenciário do Ministério do Interior da Prússia, o capítulo *O funcionário de penitenciária*, de seu clássico *Manual do Penitenciarismo*. Depois continua: “Essa expressão tem sentido todo especial para a administração penitenciária. Os melhores sistemas, os regulamentos mais perfeitos conseguirão muito pouco com um funcionalismo medíocre; os defeitos dos sistemas desaparecem com bons funcionários”.

Serão tais afirmações ainda hoje válidas? O resultado depende das respostas às seguintes perguntas: “Qual é a tarefa do executor da ordem penal? Que forma de organização foi criada para realizar esta tarefa? Como se desenvolveu a imagem profissional do funcionário nas diversas áreas de trabalho?”

(*) Observações sobre “O funcionário da execução penal”, do Professor Krebs.

1. O estudo que ora divulgamos foi tomado do livro “Strafvollzug in Deutschland” (“A execução penal na Alemanha”), no qual vários autores colaboraram — abordando temas diversificados —, Dietrich Rollmann editou, e a Livraria Fischer, de Frankfurt, publicou, em dezembro de 1967. Esses colaboradores, pela informação do editor Rollmann, no prefácio do livro, são cientistas e práticos, políticos e jornalistas, com trato do problema da execução penal na Alemanha.

2. O especialista que escreveu o capítulo sobre “O funcionário da execução penal” (“Der Strafvollzugsbedienstete”) é Albert Krebs, doutor em filosofia, com estudos particulares de psicologia, sociologia e história, e, desde 1950, professor de Penitenciarismo e de Criminologia na Universidade de Marburg.

A partir de 1923 o professor Krebs trabalhou em estabelecimentos prisionais, tendo começado bem jovem em tarefas ligadas à assistência social (“Fürsorger”), passando logo a diretor; terminou sua carreira como Superintendente do Sistema Penitenciário de seu Estado natal, do

A execução da ordem penal pressupõe, em cada caso, um mínimo de *providências* e de determinações legais, a fim de que os funcionários executores da ordem penal possam seguir uma orientação clara e seja excluída qualquer arbitrariedade.

Após a fundação do Império Alemão, foi editado o Código Penal de 1871, que ainda hoje se encontra em vigor, com certas emendas e aditamentos. Prescrições sobre a execução de pena de privação da liberdade nêle quase não se encontram, ainda que de modo genérico; na lei falta mesmo qualquer prescrição sobre a execução penal. É bem verdade que, para a execução penal, foram finalmente assinados, em 1961, acordos entre vários Estados alemães; todavia, a falta de uma regulamentação legal tem sido muito prejudicial. Somente na área peculiar do direito penal de menores, foi regulada claramente por lei, no art. 91 da Lei sobre Tribunal de Jovens (*Jugendgerichtsgesetz*), a tarefa da execução da pena relativa aos menores. A concepção atual da execução penal, como, por exemplo, se acha expressa no art. 21 da Constituição de 1946 do Estado de Hesse ("todos os presos devem ser tratados com humanidade"), tem longa história. "Quantos caminhos teve de percorrer a humanidade até

Hesse, e os frutos de sua obra nós os conhecemos, *in loco*, no ano de 1967. O professor Krebs é, ainda, redator-chefe, desde 1952, da excelente "Revista de Execução Penal", editada em Darmstadt pela Sociedade em prol do Aperfeiçoamento dos Funcionários da Execução Penal. O longo e interessado trato dos problemas da execução penal e a obra que realizou no Hesse, foram certamente as razões pelas quais o Dr. Gebhard Müller, notável jurista que preside o Tribunal Federal Constitucional alemão, nos indicou o Dr. Albert Krebs, quando lhe pedimos um nome para representar o seu país no Simpósio de Sistema Penal que reunimos no Rio de Janeiro, em dezembro de 1967.

A tradução de Krebs, ora apresentada, foi feita pela Srta. Elza Massena, tendo cabido a nós modesta colaboração, na parte da nomenclatura jurídica que, em língua alemã, é muito peculiar e perturbadora do não-jurista.

3. Deve ser — ademais — informado aos leitores que alguns assuntos abordados no estudo do Professor Albert Krebs vêm sendo atacados, concomitantemente, pelos governos federal e estaduais da Alemanha: é que, nesse país, as questões relacionadas com a política de repressão à criminalidade, em cujo quadro se situa a execução penal (segundo o proclamado em Genebra, em 1955, numa reunião convocada pela ONU), do mesmo modo que a edição do direito penal e dos preceitos reguladores da execução penal, são objeto de "legislação concorrente", da União e dos Estados-membros (art. 74-I, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha), ou são tema de legislação "exclusiva" do Estado-federal (artigo 73, inciso 10, da citada Lei Fundamental), embora "em trabalho conjunto da União e dos Estados", o que não deixa de ser, por si mesmo, causa de certas perplexidades.

Para ilustrar até que ponto vão as dificuldades resultantes dessa imprecisão de competência, para o trato dos problemas da execução penal na Alemanha (e no Brasil isso também ocorre, em virtude do que resul-

chegar a tratar também os culpados com indulgência, a poupar os criminosos e a ser humana com os desumanos!" (Goethe).

Sob a influência do Racionalismo e do Cristianismo, o Primeiro Simpósio para a Reforma Penitenciária, reunido em Frankfurt sobre o Meno, em 1846, tentou determinar o objetivo e o método da privação da liberdade. Foi a primeira reunião internacional do gênero e com isto o início das conversações, que ainda hoje se realizam entre representantes de nações civilizadas, especializados em penitenciarismo. No Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre "Prevenção da Criminalidade e tratamento dos Apenados", realizado em Genebra, em 1955, foram elaborados os *Princípios Mínimos Uniformes para o Tratamento dos Presos*, complementados pelas *Recomendações para a Seleção e Formação dos Funcionários de Penitenciárias*. A República Federal da Alemanha, que esteve representada no Congresso, declarou-se partidária dos resultados das conversações. O *Regulamento de Serviço e Execução Penal (Dvollzo)*, de 1.º de dezembro de 1961, reflete as recomendações de Genebra.

Embora a ordem soe uniforme — "Todos os presos devem ser tratados com humanidade", desenvolveram-se, condicionadas

ta do artigo 8.º — XVII, c) c.c. 8.º § 2.º, de nossa Constituição de 1967, como do que já se continha no artigo 5.º, XV, b) c.c. art. 6.º do diploma de 1946), basta-nos citar a disposição do "Regulamento de Serviço e Execução Penal", ato federal de 1.º de dezembro de 1961, comentada por Krebs quase ao final de seu estudo, que atribui a Procuradores de Justiça de Estados (não a Procuradores "Gerais"), ou a Diretores de Tribunais de categoria de nossos juizados de primeira instância ("Amtsgerichte"), a orientação dos trabalhos de certos países de tipo presidencial: não vimos isso na Alemanha, nos Estados do Hesse e de Berlim, cujas administrações penitenciárias conhecemos. — Entretanto, Krebs admite que noutros Estados o regime prevalece, mas isso, — resulta da observação do mestre citado — não ocorre para benefício dos sistemas penitenciários respectivos.

Advertimos, também, que a referência do autor dêste estudo a "Ministério" deve ser pensada, pelos leitores brasileiros, em termos de referência a "Secretarias de Estado": na Alemanha a nomenclatura é uniforme, na indicação dos integrantes do quadro superior do Governo, para o Estado e para a União (por exemplo: o homólogo do Ministro da Justiça federal é o Ministro da Justiça estadual).

4. À guisa de explicação dos motivos que nos levam à publicação do trabalho de Krebs, dizemos o seguinte: não existe no Brasil, mesmo nos Estados da Guanabara e São Paulo, um grupo permanente de servidores de alta categoria profissional, no seio do qual devem ser recrutados os dirigentes de estabelecimentos prisionais. Na Guanabara, onde depende da Secretaria de Justiça a Superintendência do Sistema Penitenciário, durante nossa gestão que já vai para três anos, temos adotado o seguinte critério na escolha dos dirigentes de estabelecimentos prisionais: em primeiro lugar, eles serão os membros do Ministério Público; na falta destes (ninguém pode ser comissionado contra-vontade), oficiais da Po-

por particularidades biológicas e de direito penal, múltiplas disposições. Os presos não são todos iguais! Os estabelecimentos para menores foram separados dos estabelecimentos para adultos, e cada um deles foi novamente separado por sexo. Os indivíduos em regime de prisão preventiva estão sujeitos a normas diversas das que regem os presos reclusos e os submetidos a medidas de segurança. Na verdade, esta diferenciação necessária dificulta, por um lado, a orientação da execução penal, mas, por outro lado, promove a idéia da diferenciação de tarefas a serem executadas pelos funcionários, dentro dos vários tipos de instituições prisionais.

Nos estabelecimentos organizados nos séculos XVII e XVIII, em tôda a Europa, nos moldes da penitenciária de Amsterdão (1595), também se desenvolveu, por fôrça das circunstâncias da época, a organização corporativa dos que nêles trabalhavam. É digno de nota, na organização dessa corporação, que ela se preocupasse com a assistência social e o direito penal. Por muito

lícia Militar com o curso de bacharel em direito; por último, bacharéis em direito, ainda que tomados fora dos quadros do Estado.

Entretanto, havemos de convir que, sendo êsse um critério pessoal, e não legal, ainda agravado pela falta do quadro permanente de onde sejam escolhidos os diretores de estabelecimentos prisionais, nunca teremos o acúmulo de experiência no seio de um grupo limitado de servidores. — Quando sair dos cargos a equipe que nós organizamos, e que já tem um razoável acêrvo de experiência, tudo haverá de recomeçar em zero, com outro grupo...

Na Argentina, onde o regime penitenciário é provincial (nas velhas províncias, como Buenos Aires), mas é também federal, na base de convênio Província-Governo Central (nas províncias novas, como La Pampa, e no Distrito Federal), o governo central tem um corpo de oficiais penitenciários, com excelente formação profissional, do seio do qual saem os diretores de estabelecimentos. À parte certas inconveniências, resultantes da condenada militarização dos guardas de estabelecimentos penais, o que lá se consegue, na especialização funcional do servidor da execução penal, é excelente, como observou um grupo de dirigentes da Guanabara que visitou o país amigo, nos meados dêste ano (1968).

No esforço que vimos desenvolvendo, no Estado da Guanabara, pelo aperfeiçoamento das instituições penitenciárias, vamos tentar — com base em estudos que ora têm curso — de suprir a lacuna antes assinalada, por si só capaz de invalidar qualquer progresso sistemático do funcionalismo da execução penal.

Encerrando, apraz-nos dizer, muito a propósito do estudo do professor Krebs: ou nós organizamos um quadro de servidores especializados para o tratamento penitenciário ou, nessa matéria, como em tantas outras, o Brasil continuará, apenas, o país do... futuro!

A. B. COTRIM NETO

Prof. na Faculdade Federal de Direito do Rio de Janeiro
(U.F.R.J.)

Secretário de Justiça da Guanabara.

atraente que fôsse apresentar a história das corporações dos executores da ordem penal e da estruturação da autoridade de que eram detentores, sômente algumas fases dessa história, rica em descuidos e erros, podem ser aqui citadas.

Com o decorrer do tempo, levantou-se cada vez com maior insistência a questão relativa a quem competia determinar o dia-a-dia nos estabelecimentos penais, perguntando-se quem seria o “oficiante”. No fim do século XVIII, fracassaram os esforços de alguns elementos dentre os próprios funcionários de estabelecimentos penais no sentido de criar instituições para a formação dêsses funcionários, o mesmo ocorrendo no século XIX com as pretensões, ainda nesse sentido, do Conselho Fiscalizador de Prisões da Prússia. Foi apenas possível mudar parcialmente o tratamento de presos, sob a influência das formas militares, introduzidas pelas campanhas napoleônicas. Mais tarde, os especialistas planejaram seguidamente a criação de *escolas de guardas*; algumas foram fundadas, mas a seleção, a formação e o aperfeiçoamento, amplamente planejados, dos funcionários de estabelecimentos penais não se realizou, no Império Alemão. Sômente após 1945, começaram os Estados da República Federal da Alemanha a realizar sistematicamente esta tarefa. Mas apenas em alguns dêsses Estados o trabalho atingiu condições satisfatórias.

Pelas tarefas a desempenhar na execução penal, os colaboradores dessa atividade podem ser divididos em quatro seções: funcionários da fiscalização, da administração, de obras e de educação. Dentro do estabelecimento penal, as seções deverão ser organizadas com vistas a tarefas claramente delimitadas, embora conjugadas. À frente de cada seção deveria encontrar-se um especialista que, trabalhando em estreita colaboração com sua equipe, fôsse, antes de mais nada, responsável perante o diretor do estabelecimento. HEINRICH WAGNITZ e JOHANN HEINRICH WICHERN apelaram insistentemente, nos séculos XVIII e XIX, para o verdadeiro espírito do trabalho de equipe. O *Regulamento de Serviço e de Execução Penal*, dos Estabelecimentos Penais da Turingia, de 1924, contém, de início, a frase que se tornou clássica: “A fim de que possa ser realizado frutífero trabalho educacional, todos os funcionários, do diretor ao mais jovem guarda, deverão estar impregnados de um espírito de educador”. O supra-mencionado Regulamento (*DVollzO*) federal de 1961 recorre à mesma idéia no capítulo *Deveres Profissionais Gerais dos Funcionários*, que contém determinações relativas ao diretor do estabelecimento e suas tarefas, é aos funcionários das quatro seções antes referidas, bem como normas pertinentes à colocação, formação e aperfeiçoamento dêstes. A enumeração das seções — nesse Regulamento — não obedece a qualquer hierarquia, mas à adequada conjugação da equipe.

Os quadros do pessoal dos estabelecimentos penais de cada um dos Estados da República Federal da Alemanha, inclusive os quadros de planejamento, propostos no Orçamento de 1966, demonstram que 14.590 pessoas trabalham em estabelecimentos penais. Dessas pessoas, 341 ocupam os cargos superiores; 769 os cargos médios ou especializados; 10.223 são funcionários ordinários, havendo ainda 3.257 empregados, de regime não estatutário. O estudo mais aprofundado das diversas tarefas atribuídas a esses servidores só será possível depois do exame do número de presos em cada estabelecimento penal. Na República Federal, há cerca de 100 estabelecimentos penais "independentes" com um diretor principal. Eles se diferenciam fortemente, e não apenas quanto ao número de ocupantes, que oscila entre 100 e 1.500 presos. A proporção numérica entre guardas e presos oscila entre 1:3,37 e 1:5,40. O número de assistentes sociais alcança apenas as cifras de 214 homens e 24 mulheres para um total de 60.715 presos, oscilando entre 1:680 e 1:80 a proporção média entre funcionários e presos nos 11 Estados da federação.

O diretor do estabelecimento, como responsável pelo conjunto de tarefas de execução penal, encontra-se em situação de dupla tensão: entre os presos e os funcionários do estabelecimento, e entre esses funcionários e as autoridades supervisoras. Sua eficiência no cargo é condição primordial para o perfeito exercício do mesmo. Em comparação com outros cargos de chefia do serviço público, este posto exige invulgar independência moral. As autoridades supervisoras devem ratificar sua confiança no candidato, quando, após pormenorizadas investigações, decidirem empossá-lo nesse alto cargo. Somente aquele que já viveu e trabalhou em condições tão tensas e cheias de tentações quanto estas, tem competência para exercer mais tarde função de autoridade superior. Somente com base na própria experiência, poderá tal funcionário, com o maior espírito de camaradagem, exigir o esforço necessário ao encontro do equilíbrio adequado entre o castigo do crime e a readaptação do criminoso à vida social, e os objetivos da prevenção da reincidência. Faz parte do número de suas qualidades indispensáveis a de "manter a paz entre todos os funcionários, no serviço e fora dele, a fim de que, pela colaboração total, os objetivos da execução penal sejam alcançados com segurança ainda maior" (KROHNE).

Com a afirmação de que "um bom diretor de estabelecimento penal não se cria ou educa, mas se acha", KROHNE estabelece um princípio às vezes mal entendido e por isto controvertido: é preciso, antes de tudo, reconhecer a tempo as qualidades do candidato. Este reconhecimento evitará também, mais tarde, a monopolização do cargo, exigindo de seu ocupante a melhor formação possível. O primeiro homem do estabelecimento

não está obrigado, sòmente, a “manter a paz entre os funcionários”, mas também a manter a paz com os representantes das autoridades que lhe são superiores. Quanto aos conhecimentos especializados exigidos de um diretor de estabelecimento penal, vale dizer o seguinte: “Êle adquirirá a maior parte de seus conhecimentos quando estiver em serviço e nunca deixará de aprender, por mais idoso que fique”. O principal, que ninguém aprende, é ter coração para com os presos, aos quais êle sempre se dirigirá, não obstante tôdas as decepções e todos os fracassos, com o firme propósito de “não desistir de ninguém e de coisa nenhuma”. As possibilidades de trabalho frutífero são, sem dúvida, fortemente determinadas pelo tamanho do estabelecimento.

Na história dos diretores de estabelecimentos penais alemães serve de modelo a figura de M. OBERMAIER, diretor dos estabelecimentos penais de Kaiserslautern e Munique, nos meados do século XIX. Sua coragem diante de um prêso que se revoltara e que êle enfrentou sòzinho, no pátio da prisão e na presença dos demais presos, desarmando-o, foi exemplar. Sua capacidade de resolver os problemas urgentes, e de, sem grandes palavras, demonstrar confiança nos presos, provou-a na ocasião em que um incêndio, iniciado em edificio vizinho, ameaçava seu estabelecimento. Durante a noite, mandou conduzir os presos ao pátio, abrir os portões e formar uma fila até um ribeiro próximo, para apanhar água. Em seguida ordenou: “Vamos, meus filhos, apaguem o fogo!” — o que êles fizeram vitoriosamente, sem que nenhum tivesse fugido. Exemplos semelhantes recomendam não sòmente um estabelecimento, mas tôda a categoria dos funcionários da execução penal.

O número de funcionários no serviço de fiscalização demonstra ser esta seção de colaboradores a mais importante de todo o funcionalismo do sistema penitenciário. Ela se torna, assim, no duplo sentido da palavra, a “seção-chave”. O guarda tem, acima de tudo, de cumprir tarefas de segurança; deixar de reconhecê-lo seria minimizar irresponsavelmente o problema do tratamento dos presos. Além disto, convém observar que é necessário deixar de exigir dos guardas, do ponto de vista moral, exclusivamente virtudes negativas, como aconteceu, há mais de um século, em 1835, no Regulamento de Rawicz, destinado à Prússia — porém adotado por tôda a Alemanha. Mais uma vez foi JOHANN HEINRICH WICHERN quem reconheceu ser através do guarda que, em primeiro lugar, os presos tentam burlar a autoridade ou manipulá-la a seu favor.

A experiência de muitos anos demonstra que, no ambiente de um estabelecimento penal onde se busca tratar construtivamente os presos, sòmente permanecem demoradamente no serviço de guardas os que se dispõem a fazer mais do que o “Re-

gulamento” ordena. Fora algumas exceções, há homens e mulheres que prestam neste campo, sem grande alarde, invulgar serviço. Por motivos religiosos, humanitários ou outros, sujeitam-se, durante toda uma vida, à tarefa de, juntamente com os demais funcionários, auxiliar o prêso, reconhecer o valor de sua vida e daí tirar as devidas conclusões. Nenhuma decepção conseguirá torná-los amargos ou indiferentes. O valor desta profissão, tal como o de outras, deve ser apreciado pela contribuição positiva da maioria de seus componentes. Os funcionários de estabelecimentos penais também devem esforçar-se no sentido de expulsar das organizações profissionais os elementos inadequados.

Com a reconstrução, em moldes federais, da República Alemã, o sistema penitenciário de cada Estado apresenta uma particularidade impregnada de tradição e de responsabilidade realística. Tomando como exemplo a formação de guardas das penitenciárias do Estado de Hesse, vamos apresentar em linhas gerais o que lá se realizou desde 1945, em matéria de formação profissional, e o que prescreve o “Regulamento para a Formação e o Exame dos Candidatos ao Serviço de Guardas de Estabelecimentos Penais”, de 1959. A formação dos funcionários do serviço de guarda nos demais Estados em princípio pouco se diferencia da aqui realizada, mas na prática tal diferenciação é considerável. Escolhemos o Estado de Hesse por servir de bom exemplo pela extensão de seu sistema penitenciário. No verão de 1966, havia em todos os seus estabelecimentos penais cerca de 4.500 presos, e, segundo os quadros funcionais, de um total de 1.400 funcionários, cerca de 1.000 serviam como guardas. No decorrer dos últimos vinte anos, criou-se lá o Seminário Heinrich Wagnitz para a Formação e Aperfeiçoamento de Funcionários da Execução Penal do Estado de Hesse, cujos diplomados confirmavam seu aproveitamento em serviços práticos nos estabelecimentos.

Homens e mulheres, com mais de 23 e o máximo de 30 anos de idade — ainda no Hesse —, podem candidatar-se ao serviço preparatório, após exame vocacional, contanto que preencham as condições estabelecidas para a ocupação de cargos do serviço público do Estado. O serviço preparatório tem a duração de 18 meses e se articula com a formação prática, que inclui 3 meses num presídio, 8 meses num estabelecimento penal independente e 2 meses numa prisão de menores, e com a formação teórica no seminário de execução penal, constante de um curso introdutório de 2 meses e um curso final de 3 meses. O currículo letivo apresenta as seguintes matérias: Conhecimentos Gerais, Direito do Cidadão, Direito Penal e Processual Penal, Criminologia, Conhecimentos de Execução Penal, inclusive as prescrições de serviço, Teoria de Educação, Assistência Social e Médica, Direito

Disciplinar relativo aos Funcionários e ao Serviço, Administração Econômica e do Trabalho nos Estabelecimentos Penais, Primeiros Socorros em Caso de Acidente, Exercícios Físicos e de Luta com uso de armas brancas ou de fogo e sem armas. A enumeração de tão grande quantidade de matérias esclarece que se trata, apenas, do ensino de noções básicas de cada uma delas. O ensino abrange de 4 a 6 aulas diárias, atenta à formação básica e à idade do candidato, e o orienta no trabalho intelectual. O candidato dispõe de tempo bastante para recapitular o que ouviu nas aulas. O corpo docente é recrutado, principalmente, entre os funcionários de estabelecimentos penais, que podem animar as aulas e dar-lhes cunho realístico com a apresentação de exemplos colhidos na prática. Os exames finais produziram até agora resultados satisfatórios e justificaram a cuidadosa seleção dos candidatos.

De acôrdo com o *DVollzO*, ao assistente social cabe “dar assistência social ao prêso, colaborar nos testes de personalidade e na elaboração e execução dos planos do estabelecimento penal. Ele trabalha em estreita ligação com os funcionários do estabelecimento, os presos de bom comportamento, os assistentes sociais de outros estabelecimentos e as associações particulares de auxílio social. O assistente social poderá ser ainda incumbido de tarefas relacionadas com a instrução de adultos e a utilização das horas livres dos apenados”.

Em 1953, apenas 21 mulheres e homens trabalhavam como assistentes sociais nos estabelecimentos penais do Hesse; em 1966, êsse Estado contava já com 49 homens e 9 mulheres exercendo as funções de Assistente Social junto a 3.942 presos homens e 218 mulheres. O total de Assistentes Sociais em atividade em todos os 11 Estados da República Federal da Alemanha é, todavia, ainda demasiado pequeno, mesmo examinado no prisma do mal-entendido que resulta em submeter o apenado a processo educativo adotado para crianças ou para adolescentes deficientes.

Nas penitenciárias de adultos, recebem amparo psicológico os seres humanos que se sentem ameaçados e angustiados. Com isto torna-se claro que o trabalho dos “funcionários de educação” integrantes de uma das quatro classes em que dividimos o pessoal da execução penal não deve limitar-se ao cumprimento das tarefas específicas de médico, sacerdote, psicólogo, professor, assistente social ou pedagogo social; ao contrário, deve manifestar-se em tôda a vida do estabelecimento.

Desde a criação dos estabelecimentos penais, surgiu o problema: “Quem comanda a execução penal?” Na atualidade, cada vez mais ganha foros de cidadania a imagem das três colunas correspondentes à ação penal, e que são aquelas das instâncias gerais do processo, a da aplicação da lei penal e a da execução

penal. Essas três colunas são, na verdade, independentes, mas dêste fato resultam conclusões apenas parciais. Assim, determina o "Regulamento" federal de 1961: "A orientação administrativa do estabelecimento penal, no lugar onde estiver sediado um tribunal estadual de alçada média (*Landgericht*), depende do Procurador da Justiça (do *Oberstaatsanwalt*, nome que corresponde a um cargo imediatamente inferior ao do Procurador-Geral da Justiça do Estado, e equivale ao do nosso Procurador da Justiça lotado no Tribunal de Alçada); onde tiver sede um tribunal de primeira instância, essa orientação administrativa, para o caso de estabelecimento penal ligado ao Tribunal, dependerá do diretor dêste".

Pelo visto, neste caso, torna-se claro que a evolução histórica ainda não se encerrou.

Dá muito que pensar o fato de que na maioria dos Estados da Federação os estabelecimentos penais de categoria média estejam submetidos a funcionários estranhos à especialidade (Procuradores-Gerais da Justiça são as altas autoridades da execução penal, nesses casos), e que, com poucas exceções, o sistema penitenciário esteja vinculado, dentro dos Ministérios, a seções estranhas ao sistema. Cabe aí apontar a falta da respectiva fiscalização especializada, pois somente ela poderá tomar a verdadeira responsabilidade final. Evidentemente, falta aí a correta avaliação da independência do sistema penitenciário.

Entre as mais importantes funções da autoridade superior inclui-se aquela que apóia do modo mais discreto possível os funcionários do sistema penitenciário, nos estabelecimentos penais, em seus esforços construtivos. A autoridade supervisora não funciona em causa própria, ela serve como mediadora no esforço de preenchimento dos claros deixados no delineamento de tarefas atribuídas à execução penal.

O funcionário que conhecer superiores compreensivos, prontos a honrá-lo com sua confiança, receberá com o mesmo espírito, quando estiver em situação idêntica de autoridade supervisora, o diretor do estabelecimento e seus colaboradores.

O pôsto médio e de mediação entre o estabelecimento penal e o Ministério da pasta competente, bem como os Parlamentos, só poderá ser desempenhado com objetividade e invulgar dedicação. Vale dizer o mesmo quanto à cooperação de todos os serviços, que deverão ser consultados, no interêsse da tarefa comunitária, em nível estadual e federal. Na assistência social aos liberados surge ainda a cooperação com as associações privadas de auxílio social. Finalmente, devem os representantes das autoridades superiores colaborar estreitamente com os sindicatos e os representantes das diversas categorias profissionais de funcionários da execução penal, na Federação e nos Estados.

Em regra, o funcionário da execução penal não é notado pelo público. Todavia, pergunta-se: “Para que destinar-lhes recursos? Que poderá ser economizado?” — O interesse somente desperta quando em um ou outro estabelecimento penal acontece algo: então se promove uma investigação aprofundada, uma punição correspondente, exigindo-se, ainda, uma mudança radical.

A consideração justa do trabalho dos funcionários da execução penal dificilmente se fará. Continua até hoje vinculada a esta profissão, de modo generalizado, a má fama conquistada pelo carcereiro. Como dado positivo, pode-se afirmar que o serviço dos funcionários da execução penal, no caso dos menores, está obtendo o reconhecimento cada vez maior da opinião pública. Nesta área de trabalho o legislador também exigiu: “Os funcionários devem ser qualificados e educados para a tarefa educacional da execução penal” (*Lei do Tribunal para Jovens*). Na execução penal em caso de menores, deverá ser evitada, mais ainda do que na dos adultos, a imitação inadequada das formas militares (Regulamento de 1961). Isto deveria observar-se também no uniforme dos funcionários; uma roupa à paisana em feitiço único, usada pelos guardas, expressaria esta transformação interna.

Sempre que se recorre, em nossos dias, à idéia do exemplo, exige-se do funcionário uma atitude modelar. As tarefas por eles exercidas em tôdas as quatro seções podem ser parafraseadas com as seguintes palavras: “Mesmo que a segurança do Estado continue a ser, em todo o caso, o objetivo da pena, não esqueçamos que à medida que o criminoso fôr melhorando, estaremos promovendo simultâneamente a segurança do Estado” (WAGNITZ).

Em resumo, deve-se exigir o deferimento, mais do que tem sido feito até agora, de consideração, de compreensão e de estímulo aos homens e mulheres encarregados da execução penal. Deve-se advertir, mais uma vez, que as leis e os sistemas não são panacéias para a nossa execução penal: eles são apenas instrumentos. A decisão não pode ser outra: “Sêres humanos e não prescrições”.

DA AÇÃO AUTÔNOMA COMO SUBSTITUTIVA DA RECONVENÇÃO NAS DEMANDAS DE DESQUITE

LEOPOLDO BRAGA

No campo do Direito Judiciário, a chamada *teoria das ações* — firmando como pressuposto fundamental a “possibilidade, inerente a todo direito, de se fazer valer em juízo”, traduzida no postulado de que “*todo direito permite o uso de uma ação*”, — tem estabelecido, em seus desenvolvimentos doutrinários, que a *actio* e a *reconventio* participam da mesma natureza jurídica, sendo a segunda mera *modalidade* do exercício da primeira e, como esta, igualmente autônoma. Daí promana a consagrada regra de que “*a quem cabe o direito de reconvir cabe o direito de acionar*”, ressaltados, apenas, como é óbvio, os obstáculos da prescrição e da coisa julgada.

Tendo em vista tais princípios, não é lícito sustentar — e, sobretudo, no tom *dogmático* com que se tem pretendido fazê-lo em *causas de desquite* — que se torna carente do direito de *ação distinta* o réu que, acionado sobre a mesma relação de direito, não usa da faculdade de *reconvir*. E isto, porque:

a) na idéia de *reconvenção* se contém, necessariamente, a de *ação*; de onde o postulado clássico de que “quem pode *reconvir* pode *acionar*”;

b) a *reconvenção* — direito autônomo tanto quanto a *ação* — não é, como a contestação e a exceção, simples *meio de defesa* do réu contra o autor que o demanda, e, sim, *meio de ataque*: — ação do réu contra o autor, destinada a fazer valer uma pretensão própria e autônoma, com a inversão das partes no processo;

c) destarte, sempre que tenha o réu uma jurídica pretensão autônoma oponível à do autor por via de ação distinta, capaz de modificar ou excluir a preten-

são por este ajuizada, a lei, inspirada num princípio de *economia processual*, lhe concede, em seu benefício, a *FACULDADE* de formulá-la por via de *reconvenção* (*ação reconvenicional*), isto é, “no mesmo feito e Juízo em que é demandado”, consoante a expressão de PAULA BATISTA, desde que o faça com a contestação e não seja diferente o rito processual adequado ao seu exercício;

d) sendo, pois, a *reconvenção* mera *FACULDADE*, que a lei *concede* ao réu, de, mediante certas e determinadas condições, exercitar, *querendo*, o *direito de ação*, que porventura tenha contra o autor, no mesmo processo da demanda que este lhe move, torna-se evidente que *ninguém é “obrigado” a reconvir*, como, aliás, bem se infere dos próprios termos da lei, ao dizer que “o réu *poderá reconvir*” (*sic*); de onde se segue que o réu, tanto pode exercitar seu aludido direito por via de *reconvenção*, beneficiando-se das vantagens que isso lhe proporcione (economia de tempo, de trabalho e de pecúnia), como pode *preferir* fazê-lo por via de *ação distinta*, arcando com os ônus e labôres dessa *escolha*. Na primeira hipótese, ter-se-á a figura da “*reconventio propria*” (*reconvenção propriamente dita*), caracterizada pela vinculação formal, direta e imediata, dir-se-ia, mesmo, orgânica, à ação principal, a cujo processo se incorpora, sem perder seu caráter autônomo; na segunda hipótese, tratar-se-á da chamada “*reconventio impropria*” (já assim qualificada pelo Direito Canônico), cujo liame com a *precedente* ação adversa provém da *conexão de causas*, que induz à *prorrogação da jurisdição* e implica a *identidade de competência do Juízo da primeira ação para o conhecimento de ambas*.

Tudo isso está bem claro na lição dos doutos.

Ao conceituar o instituto da *reconvenção*, que, conforme salienta, “obedece ao princípio da *economia processual*”, explica o ilustre magistrado e professor JÔNATAS MILHOMENS:

“Instaurada a instância, *PODE* o réu, tomando posição de autor, dentro da própria demanda a que foi chamado, além de defender-se, contra-atacar. Esse contra-ataque consiste em propôr, com a contestação, outra ação contra o autor (*actio a reo contra auctorem*). Eis a ação reconvenicional, ou *reconvenção*”.

“A ação que elle poderia propor contra o autor, capaz de modificar ou excluir o pedido, propõe *juntamente com a contestação*, para que ambas sejam juntamente processadas e decididas”.

(*Manual de Prática Forense*, vol. I, pág. 392).

Assim, a “*faculdade*” de uso, pelo réu, da *reconvenção formal*, a fim de que a sua ação se processe conjunta e *simultâneamente* com a do autor, vale dizer, *nos mesmos autos*, não obsta — e, historicamente, jamais obistou — ao exercício, pelo mesmo réu, de seu *direito* por via de *ação própria, separada e distinta*.

Atente-se no ensino de AMARAL SANTOS:

“Não se ignora a figura da *reconventio impropria*, como a denominou a doutrina canônica, permitindo ações reconventionais *em processo diferente do principal*, cada qual seguindo os seus trâmites regulares, apenas ligados pela competência do mesmo juiz”.

Analisando o instituto da *reconvenção* desde suas origens no Direito Canônico e em sua evolução através do direito português, de onde o herdamos, e da legislação brasileira anterior ao atual Código de Processo Civil, explica o mesmo illustre tratadista que, a par do sistema filipino da *reconvenção* no sentido próprio do instituto,

“praxistas eminentes, com o trato do direito canônico, também construíram o seu sistema de *reconventio impropria*, que se daria quando a reconvenção não fôsse proposta no momento oportuno, mas ainda em curso o processo principal, ou quando a reconvenção não fôsse de natureza a tomar o rito daquele. Nesses casos, porque a ação principal cria para o réu o *forum reconventionis*, teria a reconvenção apenas o efeito de prorrogar a competência do juiz da ação, para perante elle ser o autor acionado pelo réu. Nessas hipóteses — escreve LOBÃO — não se admite a reconvenção “com efeito de *simultaneidade*, mas só com o da *prorrogação da competência*”, do que resultava que ambas as ações corriam, *em processos separados*, o seu curso normal”.

Examinando, outrossim, a matéria em face do Reg. n.º 737, de 1850, em que foi, também, consignado como mera “*faculdade*” para o réu o instituto da *reconvenção própria*, ou *formal*, nos

têrmos de seu art. 103 (“*Se o réu QUISER reconvir ao autor...*” etc.), aduz o mesmo processualista:

“Sem embargo disso, não se vedava a *reconvenção imprópria* proposta *posteriormente*, mas ainda em curso e não decidido em primeira instância o processo principal, caso em que a reconvenção poderia ser *processada em autos apartados...*”.

Encarada, finalmente, a reconvenção à luz dos princípios e normas vigentes no nosso direito atual, mui especialmente no que respeita à sua natureza, ao seu fundamento e ao seu processo, AMARAL SANTOS, além de registrar que,

“em verdade, há uma velha distinção entre *reconvenção própria* e *reconvenção imprópria*, segundo se processe *simultaneamente, ou não, com a ação originária*”,

ensina e explica, ainda, em têrmos de meridiana clareza:

“Está-se a ver que, *num e noutro caso*, achar-se-ia o réu armado de razão jurídica para, assumindo as vêzes de autor, tomar a iniciativa de pedir a prestação jurisdicional do Estado em tutela do seu interêsse contra ou em relação ao autor da primeira ação, isto é, a de tomar a iniciativa, êle próprio, *de propor a respectiva ação tendente a êsse objetivo. Aliás, êsse seria o caminho normal, na conformidade dos princípios.*

Mas acontece que autor e réu, por provocação daquele, já estão vinculados a uma relação processual, da qual participa o órgão judicante, do qual aguardam uma decisão, e motivos diversos, particularmente de natureza processual, dos quais falar-se-á mais adiante, recomendam que se *aproveite* da mesma relação assim estabelecida e *se permita* ao réu, no mesmo processo, respeitadas certas condições, desferir o seu contra-ataque, que corresponderá *àquela ação que, não fôsse êsse privilégio, êle teria que propor diretamente e iria dar origem a um outro processo*”.

E, equacionando o assunto com as regras contidas nos artigos 116 e 138 do Código de Processo Civil:

“Êsses dois preceitos estão a dizer que a ação do réu contra o autor, provocada pela ação dêste e com ela *conexa*, a requerimento do réu poderá, e segundo os

princípios da doutrina da competência, *deverá reunir-se à ação originária, para que ambas sejam julgadas concomitantemente*".

(MOACYR AMARAL SANTOS, *Da Reconvenção no Direito Brasileiro*, 2.^a tiragem, São Paulo, 1958, páginas 96, 100, 110, 158, 179 e 277). (Os destaques são nossos).

Não menos lúcida e expressiva é a preleção que, a respeito, nos ministra, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, o notável mestre do direito processual brasileiro PEDRO BATISTA MARTINS, explicando e mostrando que o *não-uso da reconvenção formal*, pelo réu, na própria ação que lhe move o autor, não lhe constitui empecilho à iniciativa de fazer valer o direito, que contra o segundo lhe assista, por via de *ação própria e distinta*, perante o mesmo Juízo cuja competência já se tenha firmado para a primeira ação proposta, a fim de serem AMBAS julgadas concomitantemente por êste:

"Reconvenção será formulada juntamente com a contestação. Se não o fôr, o réu não mais poderá reconvir ao autor, *CONTRA QUEM TERÁ QUE PROPOR AÇÃO DISTINTA, SE TIVER QUALQUER PRETENSÃO A EXIGIR*".

"Mas por diversos caminhos se vai a Roma. Se a matéria que o réu *podia* deduzir contra o autor, por meio de *reconvenção*, vier a constituir fundamento ou objeto de *AÇÃO DISTINTA*, nada obsta a que o juiz mande reunir os dois processos, para julgá-los numa só e mesma sentença". (Cita, em *nota* (n. 15) ao texto do comentário, o art. 116 do Cód. de Proc. Civil, segundo o qual, "antes de proferida a sentença, o juiz poderá ordenar, *ex officio* ou a requerimento, a reunião de ações conexas...").

"Desde que haja *conexão* entre as duas ações paralelas, poderá qualquer dos interessados requerer ao juiz a reunião dos respectivos processos, para que, em atenção ao princípio da continência do Juízo, se profira *um só julgamento*. Com essa providência evitam-se decisões contraditórias sobre o mesmo ou idêntico objeto.

Embora, portanto, não se possa admitir ação do réu sob a forma reconvenicional, depois de apresentada a contestação, a verdade é que, atendendo às suas vantagens, *a lei a possibilita pela via indireta da reunião dos processos*. Não a permite com a mesma forma, mas

admite-lhe os *efeitos*, porque o fim visado pela reunião dos processos outro não é que o da própria reconvenção: o julgamento de *ambas as ações* por uma só e mesma sentença.

Para ser posta em relêvo a *identidade fundamental* entre o instituto da *reconvenção* e a faculdade de *reunião de processos*, tal como a admite o Código, é oportuno lembrar que a reconvenção, em sua origem, representa também, de acôrdo com PAPINIANO, uma certa conexão entre os dois objetos: o da ação do autor e o da ação do réu”.

(PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, ed. *Revista Forense*, vol. III, pág. 299; *idem* no livro *Comentários ao Código de Processo Civil*, de PEDRO BATISTA MARTINS — atualizado por José Frederico Marques, vol. III, págs. 89 a 90). (Os destaques são nossos).

Não tem, pois, nenhum cabimento supor-se a inadmissibilidade da *ação* (separada e distinta) do réu, que, citado, não apresenta reconvenção, limitando-se a contestar a ação.

Deixando de reconvir no têrmo da contestação, o réu só perde o prazo para a *reconvenção formal*. Tal perda, porém, não obsta ao exercício do direito de fazê-lo por meio de *ação própria, distinta e separada*, submetida, por *conexão de causas*, ao juiz da precedente ação, pois para isso *não há prazo fixado* e nem outras limitações são oponíveis ao exercício de tal direito, senão a *prescrição (decadência)* e a *coisa julgada*.

A regra limitativa constante do art. 190 do Código de Processo Civil sômente se refere e se aplica ao caso específico de *reconvenção formal (reconvêntio própria)*, e não ao exercício de *ação distinta* que possa e *prefira* o réu intentar contra o autor, em contrapartida, paralelamente à que antes lhe foi por êste proposta, como de seu legítimo e irrecusável direito.

Aliás, CARVALHO SANTOS, no próprio comentário ao art. 190 do Código de Processo Civil, após explicar o sentido e razão de seu tópico final, onde se preceitua que “a reconvenção será formulada com a contestação”, aduz:

“Perdendo a oportunidade de oferecer a reconvenção com a contestação, *RESTARÁ AO RÉU O RECURSO DE INTENTAR AÇÃO SEPARADA, PLEITEANDO AQUILO QUE NA RECONVENÇÃO PODERIA SER PEDIDO*”. (Os destaques são nossos).

No mesmo sentido é a lição do moderno processualista Professor DE PLÁCIDO E SILVA:

"SE A RECONVENÇÃO VIER DEPOIS DA CONTESTAÇÃO, terá simplesmente o efeito de prorrogar a jurisdição, SENDO PROCESSADA EM AUTOS APARTADOS".

(DE PLÁCIDO E SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 4.^a ed., vol. 2.^o, pág. 88). (Os destaques são nossos).

Ao elenco de tantos e tão ilustres autores se junta JORGE AMERICANO com o acentuar que *"a reconvenção é uma forma processual do exercício do direito de ação por parte do réu"* e, assim, *"pode constituir fundamento de uma causa autônoma"*, pôsto que *"os direitos das partes na reconvenção são os mesmos que teriam em ação autônoma"* (*Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, vol. I, págs. 282 e 283).

O eminente magistrado e professor Desembargador VICENTE DE FARIA COELHO — em livro notável de sua autoria, analisando o tema da *reconvenção em ação de desquite*, é, por igual, preciso e categórico no afirmar:

"Admite-se que, em matéria de desquite, o ius reconveniendi seja exercido POR AÇÃO DISTINTA, quando não o tenha sido em pedido reconvenicional. Verificada a conexão, dar-se-á a apensação das duas ações, para o julgamento simultâneo".

(VICENTE DE FARIA COELHO, *O Desquite na Jurisprudência dos Tribunais*, 3.^a ed., pág. 453). (Os destaques são nossos).

* * *

Por sua vez, a jurisprudência dos tribunais pátrios, através de várias decisões, vem adotando, no particular, uma orientação coincidente com a da tese doutrinária exposta e defendida neste trabalho.

O egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, por Acórdão unânime de sua 3.^a Câmara Cível, de 26 de agosto de 1947, na Apelação n.^o 31.796 (relator o Des. BARROS MONTEIRO), confirmou e manteve sentença do Juiz MÉDICI FILHO, de 2-10-1946, com o decisório constante da seguinte ementa:

“O réu que não apresentou reconvenção no desquite PODE POR AÇÃO DISTINTA pleitear e obter o que deixou de pedir no processo anterior”.

(Revista dos Tribunais, vol. 170, pág. 125; *idem* em citação de ALEXANDRE DE PAULA, n.º 4.993, no vol. III da 2.ª edição de sua obra *O Processo à Luz da Jurisprudência*, pág. 1.422). (Os destaques são nossos).

Igualmente digna de registo é a decisão proferida sôbre o mesmo tema jurídico pelo douto então Juiz de Direito da 2.ª Vara Cível dêste Estado da Guanabara, Dr. MARCELLO SANTIAGO COSTA, *in verbis*:

“O art. 190 do Código de Processo Civil, empregando a expressão “*poderá reconvir*”, não impõe a *obrigatoriedade* da reconvenção, mas confere ao réu, em qualquer ação, a *faculdade de apresentá-lo, SEM QUE O NÃO-USO DESSA FACULDADE IMPLIQUE A IMPOSSIBILIDADE DE VIR A EXERCITAR O DIREITO, QUE PODERIA PLEITEAR ATRAVÉS DA RECONVENÇÃO*”.

(*Diário da Justiça*, de 14-7-1948, pág. 5.163; — *idem* ALEXANDRE DE PAULA, *op. cit.*, 1.ª ed., vol. IX, 4.º Suplemento, n.º 12.084). (Os destaques são nossos).

A egrégia 4.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal (atual Estado da Guanabara), em brilhante Acórdão de 8 de abril de 1953, em que foi relator o ilustre Desembargador BULHÕES CARVALHO, na Apelação Cível n.º 15.580 — relativa precisamente à matéria de *desquite*, — depois de mostrar que, atentos seus *motivos* determinantes, os efeitos da *reconvenção*, em última análise, são os mesmos da *conexão* existente entre duas ações autônomas — a do autor e a do réu —, afirma e conclui que, portanto, assim como pode o réu *reconvir*, pode, ao invés disso, exercitar o seu direito *por via de ação própria e autônoma*, contemporânea ao processo da primeira ação, ou mesmo depois que esta tenha sido julgada:

“A reconvenção é definida como sendo “a ação do réu contra o autor proposta no mesmo feito em que está sendo demandado” (JOÃO MONTEIRO, *Programa*, § 292).

O motivo da junção dessas duas ações autônomas, *ação e reconvenção*, no mesmo feito, prende-se à *conexidade* existente entre ambas e visa à economia de tempo e dinheiro dos litigantes” (AURELIANO DE GUSMÃO, vol. 1.º, pág. 474).

Do princípio de que a reconvenção corresponde a uma ação autônoma *resulta que O RÉU, EM VEZ DE RECONVIR, PODE PROPOR SUA AÇÃO EM OUTRO PROCESSO AUTÔNOMO*, contemporâneo ao da primeira ação, ou mesmo depois que esta tenha sido julgada.

Por isso diz o art. 190 do Código de Processo Civil que o réu "*poderá*" *reconvir*, assim indicando que a reconvenção é *FACULTATIVA*, e não *obrigatória*. *O FATO DE NÃO RECONVIR NÃO PREJUDICA O DIREITO DE PROPOR SUA AÇÃO EM PROCESSO AUTÔNOMO*". (Os destaques são nossos).

Quase toda a jurisprudência indígena, sobre o assunto, posterior a esse acórdão, tem admitido, *em matéria de desquite*, que o cônjuge primeiramente demandado e não *reconvinte* pode fazer valer contra o autor, *por ação distinta e conexa*, o direito ou pretensão que podia ter exercitado por via de *reconvenção formal*, para o julgamento simultâneo de ambas as ações, como se colhe pelo trecho, já citado e transcrito, da obra do eminente Desembargador FARIA COELHO; e, antes mesmo, já assim se entendia, consoante o atesta o magistral parecer proferido, em 14 de maio de 1951, pelo atual preclaro Desembargador J. COELHO BRANCO, na Reclamação n.º 119, quando ainda exercia o cargo de 1.º Subprocurador do Distrito Federal, — parecer também citado e transcrito, ilustrativamente, na mesma obra, *in verbis*:

"A reclamação é formulada contra decisão que mandou sobrestar o processo de desquite intentado pela reclamante contra seu marido, até que o E. Tribunal de Justiça decidisse o agravo de petição interposto pelo espôso, em apenso, do despacho que indeferiu a distribuição por dependência de *outra ação de desquite* por ele articulada, a seu turno, contra a espôsa.

Sustenta a reclamante haver grave erro na decisão reclamada, porque o marido, tendo *contestado* a ação por ela ajuizada, mas *não tendo oferecido reconvenção*, não podia, *a posteriori*, propor contra ela *outra ação de desquite*, não havendo, portanto, o alegado perigo de decisões contraditórias, invocado pelo M.M. Dr. Juiz para justificar o ato de suspensão do andamento do processo.

2. A reclamante interpôs pedido de reconsideração (fls. 4 v.) que o M.M. Dr. Juiz reclamado indeferiu (fls. 5).

3. *De meritis*, opinamos pela improcedência da reclamação.

Ao juiz, que pode, *ex vi* do art. 116 do Código de Processo Civil, determinar, *ex officio*, a junção de causas *conexas*, não se pode negar autoridade para mandar sobrestar o andamento de uma ação até que a Superior Instância decida da possibilidade da proposição da segunda ação, de inegável e indiscutível conexão com aquela outra: *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*.

Em ambas as hipóteses visa a ação do Magistrado aos mesmos objetivos e benefícios: economia processual e coerência ou uniformidade de julgamento.

Não se pode, além disso, contestar a possibilidade de verificar-se na espécie a *conexidade* entre ações distintas, porque *HÁ DOUTRINA E HÁ JURISPRUDÊNCIA ADMITINDO QUE O "IUS RECONVENDI" SE EXERCITE, MESMO EM MATÉRIA DE DESQUITE, NÃO SÓ POR MEIO DE RECONVENÇÃO, COMO TAMBÉM POR VIA DE AÇÃO SEPARADA E DISTINTA* (JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Comentários ao Código de Proc. Civ. Português*, 1946, vol. 3.º, página 97; — PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários ao Cód. Processo Civil*, ed. Rev. For., 1941, vol. III, número 190, pág. 299; — Ac. do Trib. de Just. de São Paulo e Sent. do Juízo da 2.ª Vara Cível do Distrito Federal, in ALEXANDRE DE PAULA, *O Proc. Civ. à Luz da Jurisprudência*, vol. IX, ns. 12.080 e 12.084)". (*Diário da Justiça* de 29 de maio de 1951, pág. 4.704). (Os destaques são nossos).

Merece especial relêvo, na elucidação do problema em tela, o magistral Acórdão unânime da col. 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal (Estado da Guanabara), de 4 de maio de 1959, na Apelação n.º 614, não só por ter sido seu relator um dos mais eminentes processualistas pátrios, o douto Desembargador GUILHERME ESTELLITA, como, também, por parecer talhado sob medida para ilustração da matéria ora versada:

"Não perde o marido o direito de propor ação de desquite contra a mulher por haver deixado de contestar a ação com o mesmo fim por ela contra êle ajuizada.

Não há confundir o direito do réu, de *reconvir*, o qual só pode ser exercido *dentro do prazo da contestação*, com o direito de intentar o mesmo réu, contra o autor, *AÇÃO AUTÔNOMA*, mas com fim idêntico ao da causa não contestada.

Não estando ainda *julgada*, e sendo as ações *conexas*, pelo objetivo idêntico a que visam, deve o juiz ordenar a *reunião* dos respectivos processos, para *julgar as causas na mesma sentença* (Cód. Proc. Civil, art. 116).

Sem dúvida, na hipótese, a ação do réu revel apresenta o sentido de uma *reconvenção*, pois visa a excluir ou modificar o pedido da autora (Cód. de Proc. Civil, art. 190). Mas constitui *direito autônomo seu* — o de pedir um cônjuge o desquite contra o outro, e isso pode ser reclamado em juízo *mediante AÇÃO AUTÔNOMA*.

Foi êsse aspecto do caso que escapou ao ilustre Juiz, levando-o a negar ao apelante o *direito* de pedir contra sua mulher o desquite, só por *não ter recon vindo a tempo na ação de desquite*.

Enquanto a ação de desquite, movida pela mulher, não estivesse *julgada*, poderia o marido intentar a sua, *pedindo o julgamento simultâneo de ambas*".

(*Diário da Justiça da União*, de 17 de setembro de 1959, pág. 3.174; — *idem* em JURANDYR NILSSON, *Jurisprudência do Processo Civil*, 1963, vol. IV, págs. 193 a 194, n.º 1.858). (Os destaques são nossos).

Haja vista, outrossim, o Acórdão, também unânime, de 14 de setembro de 1959, da mesma 1.ª Câmara Cível, proferido no Agravo de Petição n.º 11.429 (relator o Desembargador PAULO ALONSO) do seguinte teor integral:

"Ação de desquite. Reconvenção. Nada impede que o cônjuge, que haja deixado de reconvir em ação de desquite, proponha ação com a mesma finalidade, procedendo-se ao julgamento de ambas. Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Agravo de Petição n.º 11.429, *agravante*, Antônio Ferreira Botelho Filho, *agravada*, Edméa Ferreira Botelho: Acordam os Juizes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em votação unânime, dar provimento ao recurso, para que a ação proposta pelo agravante prossiga. Custas na forma da lei.

O agravante propôs uma ação de desquite contra a agravada, com fundamento no art. 317, III, do Código Civil, obtendo a distribuição por dependência de outra que antes lhe intentara a agravada.

Mandado fazer apensação, indeferiu o Doutor Juiz *a quo*, *in limine*, o pedido inicial, por *incabível*, afir-

mando que não era lícito ao autor uma verdadeira reconvenção a destempo, já que isso não fizera ao contestar a ação em que figura como réu (fls. 9v-10).

Mas esta Câmara tem jurisprudência contrária à tese esposada pelo despacho agravado. Realmente, na Apelação Cível n.º 614, de que foi Relator o douto Desembargador GUILHERME ESTELLITA, em acórdão de 4-5-1959, decidiu que: "Não há confundir o direito do réu, de reconvir, o qual só pode ser exercido dentro do prazo da contestação, com o direito de intentar o mesmo réu contra o autor ação autônoma, mas com fim idêntico ao da causa não contestada. Sem dúvida, na hipótese, a ação do réu apresenta o sentido de uma reconvenção, pois visa a excluir ou modificar o pedido da autora (C.P.C., art. 190). Mas constitui direito autônomo seu o de pedir um cônjuge o desquite contra o outro, e por isso pode ser reclamado em juízo mediante ação autônoma. Foi êsse o aspecto da causa que escapou ao ilustre juiz, levando-o a negar ao apelante o direito de pedir contra a sua mulher o desquite, só por não ter reconvindo a tempo na ação de desquite. Enquanto a ação de desquite movida pela mulher não estivesse julgada, poderia o marido intentar a sua pedindo o julgamento simultâneo de ambas" (*"Diário da Justiça"* (Apenso n.º 212) de 17 de setembro de 1959, página 3.174).

Por tais considerações, mereceu provimento o agravo, para o fim de, cassado o despacho agravado, ter seguimento a ação, como de direito.

Rio de Janeiro, 14 de setembro de 1959. — Presidiu a sessão e foi voto vencedor o Desembargador GUILHERME ESTELLITA. — PAULO ALONSO, Relator. — JOÃO COELHO BRANCO."

(*Diário Oficial*, parte III, apenso ao n.º 140, de 30 de julho de 1964, pág. 339).

* * *

Em face de tantos e tão expressivos subsídios jurídicos — doutrinários e jurisprudenciais, — é de concluir-se, com inequívoco acerto, que o não-uso da faculdade de reconvir, nas ações de desquite, não obsta ao réu a possibilidade de exercitar por meio de ação distinta o direito que poderia pleitear através da reconvenção.

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL E RELAÇÃO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

ALCINO PINTO FALCÃO

1. O ponto de manter o direito administrativo com o direito processual civil, intercâmbio de princípios aplicáveis a ambas as disciplinas, se apresenta como coisa natural, aceito e realçado pela melhor doutrina (1).

Entre nós isso mais ainda se compreende, se se atentar que o nosso Código de Processo Civil (Decreto-lei 1608/1939) também se aplica às causas em Juízo, em que forem partes, quer o Fisco, quer as demais entidades de direito público, e pouquíssimos artigos contêm, prevendo essa participação. De fato, além do artigo 32 (dilatando os prazos para os representantes da Fazenda Pública), do artigo 87 (regulando os representantes em Juízo), do parágrafo único do artigo 371 (pondo requisito de audiência prévia na hipótese nêle prevista), poucos se depararão naquele diploma que atendam aos particularismos do direito administrativo (p. ex., § único do art. 918, relativo aos precatórios).

Justifica-se que assim tenha procedido o nosso legislador processual civil da época, eis que sua missão histórica urgente era unificar o nosso direito processual, em âmbito nacional e a tendência à unificação, de certo, não seria bom fator condicionante para atender a particularismos, a uma diversificação de Códigos ou proliferação de normas (quando não leis) específicas e especiais. Assim mesmo, mérito a lhe ser creditado, foi deixar para lei especial, quer o procedimento das desapropriações, quer o dos executivos fiscais.

Aliás, na ocasião, entre nós sequer havia ainda o simples embrião desse pujante movimento atual de especialistas, que, com

(1) Cf. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, 2.^a ed. (1966), pág. 11; GABINO FRAGA, *Derecho administrativo*, 3.^a ed., pág. 153; PIETRO BODDA, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, pág. 9.

boas razões, propugnam pela edição de códigos particulares para o processo administrativo e para o tributário, na sua fase judicial e tão bem pôsto em relêvo, de recente, por G. W. ROTHMANN (2). Nem ao menos teria o nosso legislador o estímulo do parágrafo alienígena, uma vez que o que encontraria era leis regulando o processo do contencioso administrativo ou fiscal, mas não diplomas processuais referentes a compartimentos especializados do Poder Judiciário (Justiças Especiais), competentes para apreciar de litígios fundados no direito administrativo ou no fiscal; antes da Lei Fundamental de Bona (art. 19, IV), a via judiciária era a dos Tribunais ordinários, o mais podendo constituir via administrativa contenciosa, mas não judicial (3) e isso, evidentemente, não seria de contemplar no nosso Código de Processo Civil.

Essa carência de legislação própria, que entre nós se faz sentir, pode levar o órgão jurisdicional comum, que tenha de apreciar litígio fundado em relação de direito administrativo, a deixar-se enlevar pelas atrativas concepções do direito processual civil, chegando a soluções que aquêle não consagra.

Um exemplo disso será admitir a figura da substituição processual, assunto dêste nosso artigo.

2. Mérito dos autores alemães ter sido insulado o fenómeno da substituição processual (4), ou seja, da *Prozesstandenschaft*. Não obstante se apresentar a nova figura como um passo à frente na explicação do problema geral da legitimação — e por isso adquirir, com rapidez, adeptos da maior autoridade — processualistas de boa suposição, como SALVATORE SATTA (5), continuam achando que a locução “substituição processual” resulta, deveras, vazia de sentido, eis que, em verdade, o que se quer qualificar como substituição processual não é senão uma

(2) Artigo na *R.D.P.*, vol. 5, págs. 84 e segs., com ampla informação sobre o movimento pelos novos diplomas e rica indicação de bibliografia.

(3) Cf., HANS J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, 2.^a ed., vol. I, pág. 69: “Früher wurde als Rechtsweg nur der Weg zu den ‘ordentlichen’ (Zivil- und Straf-Gerichten angesehen. Das ist zumindest seit Art. 19, IV, GG nicht mehr haltbar, der klar zwischen Rechtsweg und ordentlichem Rechtsweg unterscheidet.”; *idem*, citando a “Jornada dos Professores de Processo e de Teoria do Estado”, realizada em abril de 1951 em Weinheiner, que adotou a terminologia: “Rechtsweg ist der Weg zum Gericht, entweder Zivilrechtsweg (Weg zu ordentlichen oder besonderen Zivilgerichten oder zu den mit diesen organisatorisch verbundenen Strafgerichten) oder verwaltungsrechtsweg (Weg zu den allgemeinen und zu den besonderen Verwaltungsgerichten)” — CHRISTIAN FRIEDRICH MENER, *System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, 1954, pág. 57.

(4) Ver. J. FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, 2.^a ed., vol. II, pág. 224. Desde KOHLER, adverte J. GOLDSCHMIDT (*Derecho procesal civil*, tradução, pág. 116).

(5) Cf., *Diritto processuale civile*, 1948, pág. 57.

hipótese de interferência entre relações jurídicas. Faz, porém, a observação (que, para este artigo, tem pertinência): “Legittimazione ad agire che, passivamente considerata, diventa legittimazione a contraddire”.

As críticas e resistências à consagração, pela doutrina, do novo instituto se tornaram minoritárias e sem força de impedir sua quase geral aceitação. E' que uma mais cuidada observação demonstra que, ao lado dos casos clássicos de representação, outros há — afins, mas substancialmente diversos — de sujeitos que comparecem a Juízo, em nome próprio e não como representantes, posto alheio o direito. E isso com consequências práticas: “L'importanza pratica dell'istituto consisterebbe in ciò, che molte volte si è costretti a domandarsi se *in certe determinate contingenze* abbia o meno azione un soggetto giuridico che non è il titolare del diritto, mentre non esiste un rapporto di mandato nè un testo di legge che gli conferisca la rappresentanza: in tali casi (e sempre quando ne ricorrano gli estremi) la sostituzione processuale consentirebbe di stabilire che è tuttavia titolare del diritto di azione” (6).

Não se esgotam nisso, porém, os pontos que o aplicador do direito deva ter em mira, antes de optar pela ocorrência da nova figura, na situação processual concreta. Antes de mais, deve ter presente — como sublinha F. LENT (7) — que “não se trata de uma questão do processo, mas sim do direito material”; este é que dirá se alguém pode ou não ser considerado como substituto processual.

Uma das mais claras e autorizadas lições, no pertinente, foi a de PIERO CALAMANDREI (8): é um instituto excepcional, cuja característica... está na contraposição entre a pessoa que é titular do direito controvertido (“diritto altrui”), que será o *substituído*, e a pessoa que é legitimada a fazê-lo valer no processo “em nome próprio”, que será o *substituto*. Enquanto normalmente nos sujeitos da relação substancial coincide a legitimação *ad causam* ativa e passiva (legitimação normal), sempre mais numerosos são nas legislações modernas os casos de legiti-

(6) Cf., PAOLO D'ONOFRIO, *Commento al nuovo codice di procedura civile*, 1.^a ed., vol. I, pág. 89.

(7) *Zivilprozessrecht*, 6.^a edição, pág. 44: “Es handelt sich um eine Frage nicht des Prozess—, sondern des materiellen Rechts, sie ist ausschliesslich nach bürgerlichen Recht zu beurteilen”. A mesma regra, quando o direito a aplicar deva ser o administrativo, como adverte o professor viennense LUDWIG ADAMOVICH (*Handbuch des Verwaltungsrechts*, 5.^a edição (1954), vol. I, págs. 220/221): “...der Prozessfähigkeit der Parteien und bloss Beteiligten ist... in erster Reihe nach der für den konkreten Fall in Betracht kommenden materiell-rechtlichen Verwaltungsvorschrift zu beurteilen”.

(8) Cf., *Istituzioni di diritto processuale civile*, 1944, vol. II, páginas 244/247.

mação *anômala*, em que o poder de provocar o procedimento jurisdicional sobre uma relação substancial é atribuído a pessoas (ou contra pessoas) diversas dos titulares da própria relação. E, ainda: o substituto processual, de fato, é legitimado a fazer valer em Juízo o direito alheio, porque entre êle e o substituído subsiste uma relação ou situação de direito substancial, por mercê das quais, através do exercício do direito do substituído, o substituto *viene a soddisfare un interesse individuale suo proprio*.

Esse traço (grifado) é o marcante na figura da substituição processual: o substituto processual não atua *nomine alieno*, mas sim *em interesse próprio*, já que é um interesse seu — realça F. CARNELUTTI (9) — aquêle que o impulsiona a provocar a tutela do interesse do substituído.

Com essa recapitulação das noções elementares sobre a substituição processual e o destaque de seus *essentialia*, parece-me que já antecipei algo da dificuldade que há em receber essa figura, quando em jôgo relação principal de direito administrativo. Ao que saiba, o assunto — aliás nem sempre enfrentado pelos recentes autores, mesmo tudescos — entre nós não tem merecido estudo dos especialistas e, por isso, êste meu trabalho pretende apenas ter a finalidade de conclamá-los para o tema, que não apenas tem o sabor das coisas acadêmicas, mas também é de interesse prático, como se verá a seguir, pois há, ao menos, julgados cariocas conflitantes, uns admitindo e outros negando (embora sem maior demonstração técnica) que uma pessoa de direito público estadual possa figurar no Juízo como substituta processual de outra.

3. Realmente, no Estado da Guanabara, certas desapropriações ainda não consumadas foram transferidas para um órgão por êle criado, com personalidade jurídica e autonomia financeira (Sursan), algumas levadas a cabo pela entidade autárquica e outras em curso ainda. Como consequência dessa demora, surgiram pretensões dos desapropriados a reajustamento do preço, isto é, correção monetária. Umaz vêzes no próprio processo de desapropriação ainda não encerrado pelo pagamento do preço e outras em ação ordinária, em que, *ad cautelam*, os autores costumam pedir a citação do Estado da Guanabara e a da autarquia, como responsáveis. Isso tem dado margem a que se estabeleça uma discussão dentro dos autos, entre o Estado e sua autarquia, aquêle dizendo que a legitimidade passiva é dela, pois para isso foi instituída pelo Estado, que apenas a deve assistir em Juízo (*ad adjuvandum tantum*); a última, sustentando que a responsabilidade é só do Estado, que iniciou a desapropriação, tendo ela recebido a ação de desapropriação já

(9) *Sistema*, trad., vol. II, n.º 142, pág. 43.

em fase judicial adiantada, mas isso não como sucessora, mas sim como substituta processual.

A jurisprudência tem, a respeito, variado. Assim, enquanto a 7.^a Câmara Cível, em acórdão da lavra do eminente des. MARCELO COSTA (10) repeliu essa preliminar da autarquia, por maioria e contra meu modesto voto, a 4.^a Câmara Cível — aliás sem maiores esclarecimentos, em acórdão ainda não vindo a lume no repertório oficial, sendo relator o culto des. H. HORTA DE ANDRADE, admitiu a ilegitimidade de parte (passiva) da autarquia (ap. civ., n.º 55.489).

O aresto da 7.^a Câmara Cível, em conclusão a meu ver correta, desprezou o argumento da substituição processual, por motivo lógico, mas, de fato, deixando de lado o ponto de ser ou não cabível a figura da substituição processual (que seria a preliminar da própria preliminar). Convém transcrever o que, no tocante à preliminar, diz tal julgado: “A primeira questão a examinar é a referente à legitimidade passiva da apelada, que alega ser apenas substituta processual do Estado da Guanabara, não podendo responder pela conduta anterior dêste, no tocante ao pagamento do preço da desapropriação. Improcede a objecção. Se a apelada, por delegação legal, constante da lei que a criou, promoveu a execução e depositou o preço, a ela cabe, na mesma qualidade em que agiu, pagar o valor que a Constituição Federal exige que seja não apenas prévio, mas justo”.

A meu ver, a questão prévia suso marcada reforçaria, de muito, essa conclusão; não compreendo mesmo que se alegue em Juízo a qualidade de substituto processual e não se decida sobre o cabimento dessa figura, ficando-se sem saber se admissível ou não, na espécie concreta. E é sobre essa preliminar da preliminar que me deterei, nas linhas a seguir.

4. Sob o aspecto puramente processual, a posição de substituto processual não parece poder autorizar a exclusão do processo, como fez o segundo acórdão; o que se compreende, se se atentar que o substituto processual, segundo CHIOVENDA (11) é *parte* e como tal comparecera na ação primitiva, como bem acentuou o acórdão da 7.^a Câmara Cível. A melhor doutrina é a que considera o substituto processual como *parte* na ação, não vingando — adverte SERGIO COSTA (12) — a doutrina que, distinguindo o sujeito da lide do sujeito da ação (difundida por CARNELUTTI), considera o substituto (sujeito da ação) como mero instrumento da realização do direito, sendo parte o substituído, o que viria a confundir a figura particular da substituição processual com a clássica da representação.

(10) Ap. Civ. n.º 46.726, na *Rev. de Jurisprudência do T.J.G.B.*, vol. 14, págs. 229/230.

(11) *Principi*, ed. de 1923, pág. 597.

(12) *L'Intervento coatto*, 1935, pág. 9.

Deixando de lado as objeções fundadas no puro direito processual, haveria que demonstrar ser idônea a figura da substituição processual, em face dos princípios do direito administrativo. E isso — não obstante ser escassa a doutrina e jurisprudência no tocante — não me parece possa prosperar.

O saudoso KURT EGON v. TUREGG (13) dava especial ênfase a que, em razão do princípio da *Gebundenheit* (sujeição), a figura da substituição processual não é utilizável (“Die Figur der Prozesstandschaft... ist... nicht verwertbar”).

Por mais “direitos” que se reconheçam às autarquias, criadas por lei do Estado, não se pode obliterar que não se podem comportar como borboletas, que se julguem independentes em relação ao casulo, donde saíam.

Com exatidão, reproduzindo a lição comum, CELSO ANTÔNIO (Bandeira de Melo), em erudita e valiosa monografia, (14) faz observações que merecem transcritas: “Já as pessoas administrativas, autarquias, precisamente em razão do fato de assim se qualificarem, são entidades servientes, como já se deixou dito. Isto significa que, por serem pessoas, podem — ao contrário da Administração — titularizar interesses públicos, mas, apenas, na condição de servas de uma vontade anterior, jungidas ao cumprimento exato dos fins que aquela vontade, por lei, lhes assinalou”. E, páginas adiante: “Sem embargo, criando o Estado pessoas administrativas, portanto entes submetidos ao mesmo regime de indisponibilidade de interesses públicos, fraciona a unidade de sua manifestação administrativa. Exclui de si próprio a responsabilidade imediata por um conjunto de interesses indisponíveis que, em tese, estariam concentrados em uma única pessoa e prosseguidos pela Administração. A fim de manter a coerência harmônica do todo administrativo e reter sua integridade, pôsto que a função das pessoas autárquicas é idêntica à que exercita em sua manifestação administrativa, mantém-nas sob contróle. Com isto reconstitui, de certa forma, a unidade que quebrou — e que nunca poderia romper totalmente, sob pena de mutação qualitativa em a natureza de tais pessoas”.

Pelo direito administrativo não há como dar à autarquia a posição de substituta processual do Estado, que a criou e a que está vinculada; será dêle sucessora, por decorrência da lei, que lhe transferiu o encargo de ultimar assuntos começados por êle.

Segundo os doutôres do direito administrativo, é comum o Estado instituir autarquias, outorgar-lhe assuntos próprios para a sua atividade futura, mas também transferir-lhe matérias do próprio Estado, constituindo um “círculo de atuação transferida”

(13) *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 3.^a ed. (1956), pág. 220.

(14) *Natureza e regime jurídico das autarquias*, 1967, págs. 297 e 305.

(*übertragene Wirkungskreis*) ou delegada. Em relação aos casos dêsse círculo, não há assunto próprio da autarquia, mas sim negócios do próprio Estado, que êste, expressamente, transferiu à mesma (15).

Não se tratando de assunto próprio dela, não haveria interêsse próprio a fazer valer em Juízo, quando recebeu a ação de desapropriação e para que haja substituição processual, no ensinamento dos próprios processualistas, como inicialmente realcei através da lição de CALAMANDREI, é de mister que o substituto “venha a satisfazer um seu interêsse individual próprio”.

Não convence a opinião do processualista EDOARDO GARBAGNATI, festejado autor do livro “La sostituzione processuale” (Milão, 1942) e que, em monografia posterior (16), afirma a idoneidade da figura da substituição processual para explicar a posição de certos litigantes, mesmo quando a relação principal fôr informada pelo direito administrativo. Não diz êle, porém, uma palavra para justificar como se poderá falar em substituição processual, quando o pretense substituto não se apresenta com um interêsse diferente do substituído (isto é, não pode postular em interêsse individual próprio), pois que ambos só podem defender o interêsse do próprio Estado, por imposição da organização, em que repousa o mesmo e dos princípios cogentes do direito administrativo. Aqui seria, ao contrário, de dar prevalência à exata observação de GUIDO ZANOBINI (17): “Può avvenire che per una stessa causa siano chiamate in giudizio due o più autorità: ciò non determina una pluralità di convenuti, nè un litis-consorzio, perchè tali autorità non rappresentano altrettanti soggetti, ma l'unica persona dello Stato in più aspetti della sua attività amministrativa”.

Pontualmente exata, repelindo a figura da substituição processual, a lição do catedrático napolitano, FRANCESCO D'ALESSIO (18), concluindo — em razão dos particularismos do direito administrativo, a refletir-se na relação processual (pág. 560): “Sostituzione non vi sarà mai, ma, a seconda dei casi, il soggetto parteciperà al giudizio come rappresentante di altro soggetto interessato, o come interessato esso stesso”.

Não chega a outra conclusão GERHARD LÜKE, em rica monografia sob o título “Die Abgrenzung der Klagebefugnis im Verwaltungsprozess” (19), quando acentua (pág. 210, nota 85) que não há que falar em substituição processual, por não pretender o representante do interêsse público fazer valer direitos alheios

(15) Cf., ERWIN RUCK, *Verwaltungsrecht*, 3.^a ed. (1951), vol. I, páginas 62/63.

(16) *La giurisdizione amministrativa*, 1950, págs. 109/110.

(17) *Corso di diritto amministrativo*, 5.^a ed., III, pág. 112.

(18) *Istituzioni di diritto amministrativo*, 3.^a ed., vol. II, n.º 640.

(19) Publicada no *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 84 (ano de 1959).

(“denn der Vertreter des öffentlichen Interesses macht nicht fremde Rechte geltend”). Dado os particularismos do direito administrativo vai mais longe ainda (pág. 223, nota 128) e, esteiado em GEHRING, considera que nem mesmo essa figura da substituição processual cabe ao particular, que pretenda fazer valer direito contra a administração, face à natureza altamente pessoal dos direitos e deveres públicos (“mit dem Hinweis auf die höchstpersönliche Natur öffentlicher Rechte und Pflichten”). Isso, porém, não cabe discutir neste artigo.

MARCA DE COMÉRCIO

J. C. SAMPAIO DE LACERDA

1. *Marca de comércio* é todo sinal feito em um produto ou a êle aposto independentemente do nome comercial para determinar qual o fabricante e assim distinguir seus produtos dos de outro concorrente.

Podem constituir marca, nomes, palavras, letras, algarismos, monogramas, emblemas, figuras, vinhetas, ornamentos, desenhos, ilustrações, relêvos, perfurações, transparências, estampas, recortes, rendilhados, impressões, gravuras, fotografias, sinetes, cunhos, selos, rótulos e quaisquer sinais distintivos de atividade industrial ou comercial (art. 79 do Cód. Prop. Ind.; dec.-lei n. 254, de 28-2-1967). Não podem, porém, constituir marcas (artigo 80) :

1) os braços, armas, medalhas, distintivos públicos ou oficiais, nacionais ou estrangeiros, ou respectivas designações e figuras, salvo havendo autorização expressa de autoridade competente;

2) o emblema da Cruz Vermelha ou as palavras Cruz Vermelha ou Cruz de Genebra;

3) as expressões, figuras ou desenhos contrários à moral e aos bons costumes e as que envolvam ofensa individual ou atentem contra cultos religiosos ou idéias e sentimentos dignos de respeito ou veneração;

4) as designações de repartições ou estabelecimentos oficiais, o nome de empresa, o título de estabelecimento e a insígnia de que legítimamente não possa usar o registrante;

5) a côr das mercadorias ou produtos;

6) o nome ou indicação de país, região, localidade ou estabelecimento notôriamente conhecido como centro de fabricação ou extração do produto, bem como imitações suscetíveis de confusão, esteja ou não junto a essa indicação em nome suposto ou alheio;

7) as medalhas de fantasia suscetíveis de confusão com as concedidas em exposições industriais ou congressos científicos;

8) o nome civil e a efígie de terceiros, salvo com expresso consentimento do titular ou seus sucessores diretos;

9) os termos técnicos usados nas indústrias, ciências e artes;

10) a reprodução ou imitação de cunhos oficiais regularmente adotados para garantia de metais preciosos, armas de fogo e padrões oficiais de qualquer gênero ou natureza;

11) os nomes de obras artísticas ou científicas, de peças teatrais, cinematográficas, ou divulgadas por quaisquer meios de comunicação e os desenhos artísticos impressos por qualquer forma;

12) a reprodução ou imitação de títulos, apólices, moedas e cédulas da União, dos Estados, dos Municípios ou de países estrangeiros;

13) as cores, exceto quando combinadas em conjunto original;

14) as denominações simplesmente descritivas dos produtos ou serviços a que se aplicam;

15) tudo mais que pode constituir violação da propriedade industrial, por contrafação, imitação ou usurpação.

As marcas destinadas a produtos nacionais não poderão conter dizeres em língua estrangeira, salvo quando tais dizeres forem de uso corrente no Brasil (art. 75). O Cód. Prop. Ind., de 1945, no § único do art. 91, esclarecia que esse dispositivo não se entendia com os nomes de bebidas e outros produtos sem designação própria, em português, tais como *bitter*, *brandy*, *cognac*, *fernet*, *Kirsch*, *rum*.

Não servem também como marcas os nomes genéricos (art. 80, n. 6), como rebuçados, flora, espumante, cerveja, *malzbier*, etc., a não ser quando acompanhados de acessórios que os caracterizem, e nem nomes ou denominações necessários usuais ou vulgares (art. 80, n. 2). Mas a reunião de sinais vulgares às vezes, apresentando certo cunho característico, pode ser admissível, como, por exemplo: sabão XPTO; automóveis FIAT, que neste último caso, traduz as iniciais de Fábrica Internacional de Automóveis de Turismo.

2. Não há propriamente diferença entre *marca de indústria* e *marca de comércio*, pois quer uma e outra são amparadas pelos mesmos textos legais. CARVALHO DE MENDONÇA propunha a distinção e tanto o Código anterior, como o vigente, adotaram essa distinção: *marca de indústria* é a usada pelo fabricante e *marca de comércio*, pelo negociante (art. 73). Na prática, porém, é difícil distingui-las. O comércio não poderá suprimir a do fabricante, salvo se a revenda é feita de outra maneira, isto é, por

exemplo, mercadorias compradas para serem revendidas confeccionadas e que deverão conservar a do fabricante (exemplo: roupa *Ducal* confeccionada com casemira *Aurora*).

3. O uso da marca é antigo. Usava-se na cerâmica (porcelanas chinesas e japonesas), nas estátuas (na Grécia). Em Roma eram comum marcas com emblemas de animais. Havia mesmo em Roma defesa contra a usurpação por meio da LEX CORNELIA ou *actio iniuriarum* ou *doli*. Nas ruínas de Pompéia foram encontrados vasos de terracota contendo marcas de célebre fábrica de potes, situada nos arredores da cidade histórica. Na Idade Média a marca era utilizada para porcelanas, tecidos, produtos agrícolas. As corporações exigiam dos fabricantes o uso de marcas das corporações, mas permitiam o uso de outra individual. Eram elas registradas em livros próprios ou nas matrículas dos comerciantes. Na hipótese de violação, havia sanções: ressarcimento do dano, multa e, às vezes, expulsão da corporação, com o confisco da mercadoria infratora. Visava-se mais ao interesse dos industriais que ao dos consumidores. Com a queda das corporações desapareceu a marca de monopólio, mas surgiu a marca facultativa e individual, para qualquer ramo de comércio.

4. No Brasil, o Código Comercial não regulamentou o uso da marca, conquanto fizesse referência à marca em alguns de seus textos: arts. 88, n. 3; 100, n. 2, etc.

Também o Código Criminal de 1830 não capitulara em seu texto crimes dessa espécie. O problema surgiu na Bahia, num caso que ali foi levado aos Tribunais. A Sociedade Moreira & Cia. fabricava tabaco em pó com a marca Rapé Areia Prêta. Outra sociedade Moreira & Cia. lançou à venda o Rapé Areia Parda e, em seguida, apropriou-se da própria marca Areia Prêta, sem qualquer diferença. Como não houvesse lei que garantisse o uso da marca, entendeu o Tribunal de Justiça que nada podia fazer apesar de RUI BARBOSA ser o advogado da reclamante, embora no início de sua vida profissional. Daí o assunto passar ao legislativo, que dêle mais se preocupou após a Convenção de Paris de 1883. Foi, então, que surgiu o dec. n. 3.346, de 14-10-1887, com regulamento aprovado pelo decreto n. 9.828, de 31-12-1887, projeto de AFONSO CELSO e LEÃO VELOSO. Com a República foi modificado pelo dec. n. 847, de 11-10-1890. Seguiu-se depois a lei n. 1.236, de 24-9-1904 com regulamento aprovado pelo dec. n. 5.424, de 10-1-1905 (projeto GERMANO HASLOCHER). Posteriormente o dec. n. 16.264, de 19-12-1923, criou a Diretoria Geral de Propriedade Industrial, modificando a legislação sobre marcas. Pelo dec. n. 19.668, de 24-2-1931 aquela diretoria passou a denominar-se Departamento Nacional de Propriedade Industrial. O dec.-lei n. 7.903, de 27-8-1945 aprovou o Código de Propriedade Industrial, alterado

depois pelo dec.-lei n. 8.841, de 27-12-1945, em algumas partes. Hoje vigora o dec.-lei n. 254, de 28-2-1967, que aprovou novo Código de Propriedade Industrial.

5. No campo internacional a primeira Convenção foi a de Paris, de 20-3-1883 sobre proteção à propriedade industrial, promulgada, no Brasil, pelo dec. n. 9.233, de 28-6-1884, revista sucessivamente em Bruxelas (1900), em Washington, em 1911 (sancionada, entre nós, pelo dec. n. 2.868, de 23-9-1914), em Haia, 1925 (sancionada pelo dec. n. 5.685, de 30-7-1929 e promulgada pelo dec. n. 19.936, de 31-12-1929), em Londres, 1934 e em Lisboa, 1958. Até hoje essas duas revisões não foram objeto de qualquer ato pelo Brasil.

Em 14 de abril de 1891 foi celebrado o Acôrdo de Madri sobre registro internacional de marcas de fábrica e de comércio, já revisto em Bruxelas, 1900; Washington, 1911, Haia, 1925; Londres, 1934 e em Nice, 1957, sendo que esse último ato ainda não entrou em vigor, ao que parece, por não ter obtido as doze adesões exigidas. Entre nós o dec. n. 19.056, de 31-12-1929, promulgou a Convenção de Paris e o acôrdo de Madri, tendo o Brasil em 8-12-1934 denunciado o convênio de Madri (dec. n. 196, de 31-12-1934), em atenção aos reiterados apelos das classes produtoras do país e aos interesses nacionais. Também denunciaram o convênio de Madri: Cuba, Indonésia, México e Turquia. Mas os depósitos efetuados antes da data da denúncia continuaram válidos até a sua expiração normal, como informa SAINT-GAL.

Entre os Estados americanos várias conferências foram assinadas: Buenos Aires, 1910; Santiago, 28-4-1923 (promulgada, entre nós, pelo dec. n. 16685, de 26-11-1924); Washington, 11-2-1929, completada por Protocolo sobre registro interamericano, que ainda não foi promulgada, entre nós, mas que é a única em vigor.

6. A marca deve ser *nova e especial*.

A novidade é, porém, relativa. Pode ser um sinal antigo e conhecido. Não precisa ser uma concepção nova. Basta ser nova em relação à espécie. Pode até ter sido abandonada e outro usá-la. A aplicação deve ser nova, para outra espécie de produto, pois a confusão só é possível quando há identidade de mercadoria. Pode ser usada no mesmo ramo de comércio, só em caso de abandono, isto é, dois anos sem uso ou dez anos após o registro sem que tenha sido renovado o prazo (arts. 125 e 114 do Cód. Prop. Ind.). Impossível, todavia, a novidade para produtos similares (como a marca da manteiga de um fabricante para a marca do queijo de outro fabricante), o que não ocorre nos demais casos (como a de cigarros usada em licores, a de sapatos para loção de cabelo, etc.). Para isso a lei esta-

belece uma classificação, conforme se refere o art. 166 e enumera em quadro anexo n. II, com cinquenta classes.

7. Com relação às *marcas notórias*, isto é, àquelas notoriamente conhecidas, o atual Cód. Prop. Ind. a elas se refere, no art. 83, protegendo-as mesmo que se destinem a artigos ou serviços diferentes, desde que haja possibilidade de confusão, com prejuízo para a reputação da marca ou de seu titular, ou do seu caráter distintivo ou poder atrativo junto à clientela. A jurisprudência de vários países vinha impugnando o uso delas para produtos de origem diversa. É o caso das canetas-tinteiro Waterman para marca de lâminas de barbear (França); de dentifrícios Odol para marca de tesouras (Alemanha); das armas Winchester para aparelhos elétricos (Argentina); do refrigerante Coca-Cola para perfumes (Áustria); das máquinas fotográficas Kodak para aparelhos de rádio (Brasil) ou para bicicletas (Inglaterra); dos automóveis Rolls-Royce para aparelhos de televisão (U.S.A.); dos relógios Omega para canetas-tinteiro (Grécia), etc.

Convém, todavia, esclarecer o cuidado que se há de ter ao examinar o caso de marcas notórias, que, assim, deverá ser apurado hipótese por hipótese. Pode suceder, por exemplo, que certa marca notória não impeça o uso em produto diverso que nunca permitirá confusão nem ferir a sua reputação. Nada impedirá, portanto, o uso da marca de um piano "Rubstein" como homenagem ao grande pianista, em face da marca notória "Helena Rubstein" para produtos de beleza.

8. Há ainda as chamadas *marcas defensivas* ou *de reserva*, isto é, criadas para tutelar outra em uso, a fim de impedir que concorrentes possam usar outras semelhantes. A marca *Odol* tem registradas vinte e quatro semelhantes; a *Maggi*, vinte e seis. Mas essas marcas só podem ter validade nos países em que a legislação não admite a caducidade pela falta de uso (Áustria, Alemanha). Entre nós não teria eficácia, em face da caducidade prevista no art. 125 do Cód. Prop. Industrial, pela falta de uso durante dois anos consecutivos.

9. Em relação à colocação da marca, não precisa ela estar aderente ao produto, embora seja essa a forma que melhor a garanta. Mas poderá ser também no invólucro, no recipiente, na etiqueta, no rótulo (art. 72 C. P. Ind.). Nem sempre, é certo, poderá ela ser colocada na própria mercadoria. É o caso, por exemplo, dos espelhos, dos cristais, dos líquidos ou dos produtos em fios ou em pó. Para os líquidos em geral é colocada na garrafa (recipiente) ou na rôlha. Diz RAMELA que melhor será colocá-la na rôlha, na parte que penetra na garrafa, o que, segundo nos parece, não é aconselhável, pois o consumidor só virá a saber depois que retirar a rôlha da garrafa, consti-

tuindo fator de dúvida para o consumidor. Às vezes o invólucro pode ter individualidade própria, conforme a configuração que o mesmo apresentar, resguardado seu uso mesmo para produtos similares. É o caso, por exemplo, do saco azul com fita encarnada do Açúcar Pérola; das garrafas típicas do refrigerante Coca-Cola, etc.

Também a forma do próprio produto pode constituir marca, desde que não sejam adotadas com fim funcional (art. 80, n.º 7, do Cód. Prop. Ind.) ou artística, como a forma cilíndrica dos cigarros, da forma redondada dos queijos, que já são do domínio público como tal. Devem, para ser aceitas, servir para distinguir os produtos e não por serem necessárias. São as chamadas *marcas de três dimensões* ou de *formas plásticas* (ex.: o sabonete).

10. Há ainda, atualmente, as *marcas de serviços*, isto é, as que não visam a distinguir mercadorias e sim a prestação de serviços ou atividades (art. 74, do Cód. Prop. Ind.), como as usadas pelas tinturarias, lavanderias, empresas de publicidade e de transporte. Na doutrina houve sempre quem as defendesse, como, na Espanha, MASCAREÑAS. Foram elas, porém, objeto de debates nas conferências diplomáticas de Nice (1957) e de Lisboa (1958), tendo essa última reconhecido a sua validade, passando a figurar no texto revisto, em Lisboa, da Convenção de Paris (art. 1.º).

11. A marca não é, entretanto, obrigatória, pois se assim fôsse impor-se-ia restrições à liberdade de comércio. Ela é, pois, facultativa, salvo em casos excepcionais e por motivo de ordem pública, quando o Governo determinar (parágrafo único do art. 70, do Cód. Prop. Ind.).

12. Em relação à natureza jurídica da marca, para alguns trata-se de direito de propriedade (VIVANTE), porque atribui para sempre a quem a adotou o direito exclusivo de gozar e dispor dela, podendo transferi-la a título gratuito ou oneroso. Já RAMELLA contraria esse ponto de vista, pois esse direito não é exclusivo e pode ser usado em outro ramo de comércio, além de poder perder-se esse direito com o decurso do prazo da lei se não fôr renovado ou por inobservância legal ou pela falta de uso. Conclui, então, RAMELLA que esse direito deriva do direito da personalidade. Pela nossa lei, aliás, só está garantido o uso exclusivo da marca (art. 70). Segundo ALEXANDRE ELSTER não se trata nem de direito de personalidade, nem de direito patrimonial e sim o resultado de ambos na concorrência comercial. Por isso, mais aceitável esse ponto de vista, apoiado, entre nós, por FRANCISCO CAMPOS, que diz tratar-se de um direito concorrencial, já que o uso da marca só é protegido em vista da concorrência, tanto que admite-se

seja usada em ramos de comércio diversos. Deve ter, pois, como objeto uma garantia não só para o comerciante, como também para o consumidor, que precisa saber com certeza o produto que deseja adquirir.

13. As marcas podem ser nominais, emblemáticas ou mistas, ou melhor dizendo, *simples*, se apresentarem só palavras ou só figuras, e *complexas*, quando apresentarem, em conjunto, palavras e figuras. Costumam-se mencionar ainda as marcas imateriais ou *auditivas*, isto é, aquelas constituídas por sons ou perceptíveis pelo cheiro, pelo gosto ou pelo tato, mas que não têm sido aceitas.

14. Não devem, porém, as marcas conter um nome geográfico quando essa indicação não corresponder exatamente ao local em que é fabricado o produto ou à sua origem verdadeira, a fim de não levar o público a equívocos. Assim não devem ser aceitas marcas para perfumes com as denominações de Marra-kech ou Volga se os produtos por elas visados não forem originários de Marrocos ou da U.R.S.S. Há às vezes exceções, caso a denominação geográfica apresente caráter bastante fantasista (ex.: perfume "Crepe da China"), ou se certa é a inexistência de indústria do gênero no país mencionado (ex.: a marca Alaska para lápis) ou, então, quando já tenham caído no domínio público (ex.: Água de Colônia). Também não devem ser válidas marcas que tragam indicações suscetíveis de enganar o público com relação à natureza do produto. Assim, por exemplo, marca para produtos alimentícios com o radical "lact" só é admissível se o produto designado tiver como base leite. A jurisprudência francesa considerou nula a marca Bioghurt para certo produto derivado do leite, sem que em sua composição entrasse o famoso fermento búlgaro (base do Yoghurt), que é recomendado para a saúde, porque foneticamente faria pensar que se tratava de Yoghurt e levar a clientela a equívocos, com fundamento, aliás, em texto expresso da lei de 23-6-1857 (art. 8.º, 2). Essas são as marcas que os franceses chamam de *déceptives*.

Entre nós esse princípio deduz-se da interpretação do texto do art. 80, do Cód. de Prop. Industrial.

A MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA NA APLICAÇÃO DA PENA

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO

1. À aplicação da pena vem dedicando a Ciência Penal de nosso tempo crescente interesse, tanto na perspectiva do mais eficaz tratamento dos delinqüentes, como no aspecto pròpriamente jurídico e dogmático, com a análise detida de inumerável quantidade de questões técnicas relacionadas com o exercício do poder discricionário que a lei confere ao magistrado.

Objeto destas notas não será o exame da aplicação da pena tendo em vista o que concerne ao tratamento do condenado (1). Vamos nos deter apenas na motivação da sentença ao aplicar a pena, tendo em vista a nossa recente experiência judiciária.

2. O sistema do livre convencimento, por um lado, e, por outro, a tendência do Direito Penal de nosso tempo no sentido da ampliação dos poderes discricionários do juiz, tornam mais grave e importante o dever de fundamentar a pena imposta, para excluir, tanto quanto seja possível, o arbítrio e o capricho do julgador, assegurando-se a aplicação da pena justa.

Orienta-se o Direito Penal de nosso tempo no sentido da realização da justiça material, ampliando-se, por isso mesmo, os poderes discricionários do juiz na verificação do merecimento concreto de pena (2). Em contrapartida, maior rigor deve haver na motivação da pena imposta.

(1) O assunto é importante e será examinado no próximo Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, que se realizará em Roma, em setembro próximo. Cf., a respeito, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 17, pág. 171 ("O papel do tribunal na aplicação das penas").

(2) Cf. HELMUTH v. WEBER, *Die richterliche Strafzumessung*, 1955, pág. 38.

3. Como ensina BETTIOL (3), a sentença é fruto e resultado de uma delicada operação lógica que o juiz deve manifestar por escrito, a fim de que o raciocínio por ele seguido possa ser controlado sob o aspecto de sua impecabilidade. A jurisdição é inteiramente ligada à motivação. A motivação, no que se refere ao fato, exige que o juiz, *referindo-se às provas recolhidas e valoradas*, deva exprimir as razões pelas quais um fato, nos seus elementos objetivos e subjetivos, essenciais ou acidentais, constitutivos ou impeditivos deva ou não considerar-se presente. A motivação, quanto ao direito, exige que o juiz deva exprimir o porquê de uma determinada escolha normativa e interpretativa.

Conclui o mestre italiano: *"Solo così l'imputato è posto in grado di conoscere e giudicare l'attività mentale del magistrato nella scelta e nella valutazione di ogni momento rilevante alla decisione; e solo così potranno essere individuati e indicati gli errori logici nei quali è caduto il giudice. Anche questa possibilità che oggi l'ordinamento giuridico riconosce all'imputato è una delle garanzie predisposte dallo stato di diritto per la tutela della libertà individuali"*.

A motivação da sentença surge como conquista liberal e garantia do cidadão no Estado de Direito, a qual remonta à Revolução Francesa. Apareceu, por primeira vez, na lei de 8-9 de outubro de 1789, que impediu o juiz de usar a fórmula *"pour le cas résultant du procès"*.

A motivação da sentença é exigência de tôdas as legislações modernas, onde exerce, como diz FRANCO CORDERO, função de defesa do cidadão contra o arbítrio do juiz. De outra parte, a motivação constitui também garantia para o Estado, pois interessa a êste que sua vontade superior seja exatamente aplicada e se administre corretamente a justiça. O juiz mesmo, protege-se, mediante o cumprimento da obrigação de motivar a sentença, contra a suspeita de arbitrariedade, de parcialidade ou de outra injustiça (4).

A falta ou a contraditoriedade da motivação implica na nulidade da sentença, segundo a lição comum.

O art. 381, inciso III, do Cód. Proc. Penal, estabelece como requisito da sentença *"a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão"*, o que constitui formalidade essencial, cuja falta induz em nulidade (art. 564, inciso IV, do Código de Processo Penal).

Por isso, NUVOLONE assinala que "o contrôle da motivação por parte do juiz da impugnação torna-se um problema de garan-

(3) BETTIOL, *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*, 1966, página 220.

(4) FRANCO CORDERO, *Procedura Penale*, 1966, pág. 615; MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad., vol. IV, pág. 490.

tias e, pois, *lato sensu*, de legalidade; de modo que se compreende como em alguns ordenamentos (entre êles o italiano), a Côrte de Cassação se arroga o dever de controlar não só a existência, mas também a *logicidade da motivação*".

Trata-se de controlar não apenas as fontes do convencimento, mas a *coerência* do estado psíquico do juiz no corpo da sentença (5).

Falta de motivação significa ausência de motivação, que deve ser entendida também, como afirma o excelente LEONE (6), no aspecto lógico. Ensina o grande mestre da Universidade de Roma, que "*Qualunque momento della indagine suscettibile di valutazione propria assume una sua individualità ai fini dell'obbligo della motivazione. In sostanza, la motivazione deve toccare tutti i punti della decisione e, nell'ambito di ciascun punto, tutti i profili che abbiano dato o avrebbero dovuto dar luogo ad accertamento*".

A lição é clara: todos os momentos da investigação, suscetíveis de valoração própria assumem individualidade própria para os fins da obrigação de motivar. A *motivação deve referir-se a todos os pontos da decisão, e no âmbito de cada ponto, a todos os aspectos que deram ou poderiam ter dado lugar à verificação*.

Resumindo o entendimento comum, BELLAVISTA (7) ensina que a falta de motivação que legitima a anulação da sentença, ocorre em três situações: 1. quando o juiz omite as razões de seu convencimento; 2. quando as tenha indicado incorrendo em evidente êrro lógico-jurídico, de modo a que as premissas em que a decisão se funda possam considerar-se *tanquam non esset* (falta de motivação intrínseca); 3. quando, apresentando-se em seu contexto motivada, tenha omitido exame de um fato decisivo para o juízo, de tal modo que leve a crer que, se o juiz o tivesse examinado, teria chegado a diversa decisão (falta de motivação extrínseca).

Convém ressaltar que *não há motivação sem referência aos elementos de prova relativos aos pontos fundamentais da causa*. É perfeita a observação de RICARDO C. NÚÑEZ (8): "*En relación a las conclusiones de hecho de la sentencia, para llenar su obligación de motivarlas (fundarlas), el juez debe comenzar por enunciar los elementos probatórios que justifican cada una de esas*

(5) SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, 1940, pág. 12.

(6) LEONE, *Istituzioni di Diritto Processuale Penale*, 1965, vol. II, pág. 349.

(7) BELLAVISTA, *Lezioni di Diritto Processuale Penale*, 1965, página 308.

(8) RICARDO C. MÚÑEZ, *El contralor de las sentencias de los tribunales de juicio por vía de la casación*, no volume *Temas de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal*, 1958, pág. 85.

conclusiones de hecho. No le bastaria decir: está probado que Juan murió. Es preciso que sustente esa afirmación en elementos probatórios. La motivación debe ser sobre todos y cada uno de los presupuestos de la decisión; debe ser, en una palabra, completa".

É nula também a sentença cuja motivação se apresenta *contraditória*.

A motivação é causal com respeito ao dispositivo da sentença, expressando o processo lógico em que se exterioriza o raciocínio do magistrado (9).

Diz bem CARNELUTTI (10) que "a resolução representa o *epílogo* da decisão, e se denomina dispositivo, enquanto que o pensamento do julgador anterior representa o seu *prólogo*, denominando-se motivação". Constitui, assim, a sentença, um desenvolvimento lógico, que conduz à resolução, e isso porque "a sentença não pode ser um ato de fé, mas um documento de convicção racionada" (11). A exigência da motivação visa a tornar possível o controle sobre o processo lógico mediante o qual o juiz chegou à conclusão.

São contraditórias, em suma, as declarações inconciliáveis, lógica ou juridicamente.

São numerosas as decisões de nossos tribunais declarando a nulidade de sentenças condenatórias, por falta de fundamentação. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal em diversos julgados, tem anulado sentenças, por falta de nexo ou contradição entre os fundamentos e a conclusão. Veja-se, por exemplo, a decisão proferida no h.c. 44.070, relator o eminente Min. ADAUTO CARDOSO, em que se afirmou a nulidade, por falta de nexo, entre as premissas e a conclusão (12). No h.c. 42.998, relator o ilustre Min. EVANDRO LINS E SILVA, a 1.^a Turma anulou sentença condenatória por contradição entre seus fundamentos e a conclusão (13). A sentença deve apresentar, iniludivelmente, uma estrutura lógica, devendo haver correspondência entre a significação jurídica das provas que o juiz articula como elementos de convicção e as conclusões.

4. Por outro lado, é nula a sentença omissa ou contraditória na fundamentação da pena imposta, não bastando, de forma alguma, a simples referência genérica ao art. 42 do Cód. Penal.

(9) A motivação contraditória é nula, porque, como afirma CAVALLLO (*La sentenza penale*, 1936, pág. 372), "*toglie valore al requisito perche contine in sè la sua propria negazione*".

(10) CARNELUTTI, *Principi del Processo Penale*, 1960, pág. 253.

(11) FLORIAN, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, trad., 1934, pág. 400.

(12) *Rev. Trim. Jurispr.*, 41/545.

(13) *Rev. Trim. Jurispr.*, 36/302.

Como diz, com muita propriedade SCHRÖDER, (14) não apenas o *se mas o como* da pena devem ser constitucionalmente fixados. LOTHAR SCHMIDT (15) desenvolve a mesma idéia ao afirmar que “o acusado tem não apenas o direito de saber porque é punido, como também o direito de saber porque recebe *esta* pena”.

Confere a lei ao juiz poder discricionário para que ele possa atender às exigências da adequação da pena que defluem dos valores estabelecidos pelo ordenamento jurídico. De um modo geral, a discricionariedade significa sempre, como ensina FRANCO BRÍCOLA “*il rinvio del legislatore al caso concreto come unica fonte idonea ad esprimere quella significatività di valore che è più consona al raggiungimento delle finalità normative*”.

Não há aqui um poder arbitrário e o juiz não pode fixar a pena a seu capricho. É o mesmo BRÍCOLA que assinala que “*il dovere di motivazione*” constitui “*la più efficace garanzia per un regolare esercizio del potere discrezionale*”, de tal modo que uma simples referência genérica aos critérios do art. 133 do Cód. italiano (correspondente ao art. 42 do Cód. brasileiro), terminaria por reduzir a discricionariedade a um *merum arbitrium*. A motivação é o diafragma que separa o poder discricionário do arbítrio (16).

Evoluiu, nesse aspecto, o Direito Penal de forma notável, a partir da concepção mecanicista da atividade judicial, de que era exemplo o Código Penal francês, de 1791, com o sistema de tarifas, que significava a aplicação automática das únicas sanções previstas na lei. Por largo tempo desenvolveu-a a doutrina no sentido da individualização da pena, com vigoroso impulso da Escola Positiva, retomando, aliás, antigas lições. E, nas leis penais, com a cominação das penas com maior amplitude, surgiram as fórmulas gerais sobre a aplicação da pena, como a do art. 133 do Código Penal italiano, a que corresponde o art. 42 de nosso Código. Pela sua importância e significação, BETTIOL chama a estas últimas de “*polmone della legislazione penale*”.

Busca-se assim subtrair sempre mais a comisuração da pena, como ensina FOSCHINI (17) “*ad un insindacabile impulso emozionale*”, para que a consideração do fato concreto e da perso-

(14) SCHRÖDER, *Gesetzliche und richterliche Strafzumessung*, Mezger Festschrift, 1954, pág. 416.

(15) LOTHAR SCHMIDT, *Die Strafzumessung*, in *Materialien zur Strafrechtsreform*, 1954, pág. 104: “*Der Angeklagte hat nicht nur ein Recht zu erfahren, warum er bestraft wurde, sondern auch ein Recht zu wissen warum er diese strafe erhielt*”.

(16) FRANCO BRÍCOLA, *La discrezionalità nel Diritto Penale*, 1965, pág. 5, 7 e 143.

(17) FOSCHINI, *Misura della pena*, no volume *Reati e pene*, 1960, pág. 186.

nalidade do agente, corrigindo a amplitude da cominação legal, impeçam que a pena imposta seja substancialmente injusta, embora dentro dos limites previstos em lei.

A liberdade do juiz na fixação da pena é, assim, aparente, pois êle não tem o direito, mas o *dever* de escolher a decisão que melhor se adapte ao caso (18).

5. É unânime na doutrina o repúdio à simples referência genérica ao art. 42 do Código Penal, que os juízes geralmente fazem, ao fixar a pena. A fórmula geralmente usada (“atendendo ao disposto no art. 42...”.) demonstra em regra a displicência dos magistrados e o desconhecimento de seus delicados deveres na aplicação da pena. A sentença em que a pena é fixada com tal fórmula é nula por ausência de motivação (19).

Diz o nosso JOSÉ FREDERICO MARQUES (20): “Para que sua atuação possa ser apreciada e se tenha assim uma demonstração de como usou do *arbitrium* que a lei lhe outorgou na aplicação da pena, cumpre ao magistrado, em sua sentença, fundamentar e motivar a orientação que seguiu. Ao graduar a sanção penal tem o juiz de dar conta, na sentença condenatória, dos motivos que o levaram a fixá-la no *quantum* expresso na parte dispositiva do julgado, *sob pena de ser nulo o seu pronunciamento*”.

LYDIO MACHADO BANDEIRA DE MELO (21) é de rara precisão ao afirmar: “A defesa e a acusação têm o direito de saber por que caminhos e com que fundamentos de fato e de direito o juiz chegou à fixação da pena concreta ou definitiva. Esconder êsses caminhos é cercear a defesa ou desarmar a acusação. É dificultar ou impossibilitar a fundamentação dos recursos das partes e o ataque lógico é jurídico às injustiças da sentença. *As sentenças penais devem ser de motivação transparente*, para incutirem no povo respeito e admiração pela justiça e confiança na retidão e segurança de seus juízes”.

(18) GÜNTHER WARDA, *Die richterliche Strafzumessung*, 1955, página 38. Na doutrina alemã, muitos reconhecem, no entanto, certa esfera de livre apreciação em que a atividade do juiz é dirigida essencialmente por sua sensibilidade jurídica e seu espírito de Justiça. É a *freie Raum*, de que fala KARL PETERS, *Strafprozess, ein Lehrbuch*, 1966, pág. 569, e, basicamente, a famosa *Spielraumtheorie*. Veja-se sobre o assunto o excelente tratado de HANS-JÜRGEN BURNS, *Strafzumessungsrecht*, 1967, págs. 567 e seguintes.

(19) BELLAVISTA, ob. cit., pág. 36, pronunciando-se nesse sentido, alude a “*formulete pigre*”.

(20) JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado*, vol. III, pág. 253.

(21) LYDIO MACHADO BANDEIRA DE MELO, *Da Capitulação dos Crimes e da Fixação das Penas*, 1963, pág. 121.

ROMEUI PIRES DE CAMPOS BARROS (22) afirma, igualmente, a nulidade da sentença, *se o juiz desatende à necessidade de fundamentar as razões de escolha da pena ou sanção aplicada*, bem como a quantidade, ou seja, o tempo de duração.

O art. 132 do Cód. Penal italiano expressamente estabelece que o juiz deve aplicar a pena discricionariamente, nos limites fixados pela lei, acrescentando: “*esso deve indicare i motivi che giustificano l'uso di tal potere discrezionale*”. A ausência ou a contraditoriedade da motivação conduzem à nulidade da sentença, o que ocorre também quando o juiz se serve de parâmetros diversos daqueles fixados pela lei para a escolha da pena. O *quantum* da pena não pode atender a critérios estranhos, sob pena de verificar-se *error in iudicando* (23).

O dever de motivar a medida da pena é expressamente consignado no art. 79, inciso 4 do Código grego. O projeto português de EDUARDO CORREIA, no art. 86 parágrafo único, igualmente dispõe: “Na sentença devem ser expressamente referidos os fundamentos da medida da pena” (24).

A expressa referência na lei evitaria a benevolência indevida de alguns tribunais.

São numerosas as decisões do Supremo Tribunal Federal concessivas de *habeas corpus* para anular sentenças que não fundamentam a fixação da pena, quando aplicada acima do mínimo legal. Podemos invocar as decisões proferidas nos h.c. 39.903 (*D.J.* 22-8-64, pág. 2699); 42.081 (*D.J.* 23-6-65, pág. 1515) e 42.741 (*Rev. Trim. Jurispr.*, 36/27). Nessa última decisão (Tribunal Pleno, unânime) afirmou o Min. VICTOR NUNES: “Concedo a ordem para anular o acórdão impugnado, por falta de fundamentação da pena. A pena *in abstracto* é de um a cinco anos, e foi fixada em dois anos. Portanto, o Tribunal há de ter levado em conta circunstâncias que não mencionou e que deveria ter indicado, nos termos do art. 42 do C. Penal”.

No mesmo sentido, o STF decidiu no h.c. 42.470 (*Rev. Trim. Jurispr.*, 36/126), relator o eminente Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, anulando a sentença em caso de sedução, porque “não diz porque a pena deve ser de dois anos e meio. Então o juiz passa a apreciar as provas e não dá os motivos pelos quais a pena é de dois anos e meio”.

É antiga a jurisprudência no sentido da anulação da sentença que não justifica a graduação da pena (25).

(22) ROMEUI PIRES DE CAMPOS BARROS, *Lineamentos do Direito Processual Penal Brasileiro*, 1967, vol. II, pág. 582.

(23) Cf. BRÍCOLA, ob. cit., págs. 105, 108 e 144.

(24) O art. 48 do anteprojeto HUNGRIA, em sua redação definitiva, deveria incluir disposição semelhante.

(25) Cf. *Arg. Jud.*, 63/440; 63/360; 64/211; 65/327; 65/254.

Veja-se também HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.º 22.

O T.J. do antigo Distrito Federal, por sua 2.^a Câmara Criminal, de que então fazia parte mestre NELSON HUNGRIA, as-sentou, de forma lapidar: “Consoante vários e reiterados julgados das egrégias Câmaras dêste Tribunal, não basta que o juiz, entendendo provados o crime e a responsabilidade dos acusados, a êstes aplique, arbitrariamente, certas doses de pena, entre os limites estatuídos nos dispositivos do Cód. Penal em que ditos acusados hajam incorrido; *é de mister que o julgador deixe dito como e por que chegou à fixação ou dosagem das penas que impôs na sentença.*”

Não tendo êle arbítrio absoluto na escolha da pena, quando a lei estabelece duas alternadamente, não o tem, ainda, relativamente à fixação do *quantum* de uma ou de ambas, *cumprindo-lhe ao contrário deixar clara e discriminadamente expressos quais os motivos que o levaram ao resultado final nela consignado*, pois isto é o que constitui a individualização da pena, com o emprego dos meios e critérios indicados nos artigos 42, 43 a 48 e 50 do Cód. Penal”. (Arq. Jud., 73/444).

O eminente Min. OROSIMBO NONATO, no julgamento do h.c. 28.427, afirmou: “A graduação da pena, no antigo regime, fazia-se mediante critério predeterminado; no atual sistema o mesmo não ocorre. Mas dentro da liberdade do juiz, deve êle denunciar os motivos da graduação da pena, *sem o que não há sentença*; há, apenas, a parte dispositiva da sentença, sem a fundamentação, no caso indispensável, pois a parte dispositiva há de guardar com ela estreita ligação... *Se o juiz não mostrou as razões por que graduou a pena, é nula a sentença, ao que me parece*” (26).

Caso mais recente tivemos no h. c. 44.207, julgado pela 1.^a Turma do STF, relator o ilustre Min. DJACI FALCÃO.

Fôra o paciente condenado por sentença cuja motivação era a seguinte: “Isso pôsto: a revelia deixou a acusação sem contestação. Julgo procedente a denúncia e condeno o réu como incurso no dispositivo já mencionado, às penas de dois anos de reclusão e multa de 500 cruzeiros”. Tratava-se de apropriação indébita qualificada (art. 168, parágrafo único, III, do Código Penal).

A pena cominada para o fato descrito na denúncia era de 1 a 4 anos de reclusão, aumentada de um terço. O mínimo seria, para a forma qualificada, um ano e quatro meses.

Contra o voto do ilustre Des. CRISTOVAM BREINER, a 3.^a Câmara Criminal do T.J. da Guanabara havia denegado o h.c., entendendo que “a sentença de maneira muito resumida, mas expressa e clara, deu a razão de decidir”. O Des. BREINER, concedendo a ordem, salientou ser “flagrante a insuficiência,

pelo menos, da motivação. Acusado, devia ver as razões da procedência da acusação e não condenado por um motivo negativo, qual o de se não ter apresentado para defender-se”.

O STF deu provimento unânimemente ao recurso interposto. Em seu voto, afirmou o eminente relator: “Não há no caso uma sentença com fundamentação lacônica, ou deficiente, mas uma decisão que se ressenste de motivação. Há falta absoluta de motivação, requisito substancial à sua validade (inc. III, do art. 381 Cód. Proc. Penal). Por outro lado, nem de modo sucinto, o juiz indicou as circunstâncias em que se baseou para fixar a pena. Pôsto à margem foi o mandamento da individualização (art. 42 Cód. Penal). Nula é a sentença, pela absoluta falta de fundamentação inclusive no fixar a pena (artigo 564, inc. IV Cód. Proc. Penal)” (27).

A correção do julgado é evidente. Estávamos diante de autêntica sentença suicida.

O TFR não discrepa de tal orientação constante, como se pode ver pela decisão proferida no h.c. 1281, relator o eminente Min. ANTONIO NEDER. Em tal julgado, o tribunal anulou a sentença, entre outros motivos, porque não fundamentou a aplicação da pena. Em seu voto, afirmou o ilustre relator: “Na sentença o juiz deve considerar concretamente cada um dos elementos referidos nos arts. 42 e 43 do Cód. Penal, e apreciar cada um deles para o efeito de fixar a pena-base. É princípio êsse que constitui conquista do Direito Penal moderno. Todos sabemos que a pena deve ser individualizada, isto é, fixada de maneira objetiva, concreta, e não abstrata, como se fazia ao tempo dos clássicos. As indicações para fixar a quantidade justa, proporcional, estão no art. 42 do Cód. Penal. *A sentença deve ser fundamentada, inclusive no tocante à fixação individualizadora da pena.* No caso, o M.M. Dr. Juiz não atendeu ao que expressa o art. 387, II, do Cód. Proc. Penal, e fixou a quantidade da pena segundo um critério subjetivo, sem considerar, como lhe cumpria, os antecedentes e a personalidade do acusado, a intensidade do dolo, os motivos e conseqüências do crime” (28).

7. A nulidade da sentença por falta de fixação da pena-base, quando ocorrem causas de aumento de pena, é uma das orientações mais constantes de nossos tribunais (29).

Nem sempre é, no entanto, muito claro o que se deve entender por *pena-base*, que se afirma ser indispensável fixar quando a pena deve ser acrescida de *quantum* determinado.

(27) *Rev. Trim. Jurispr.*, 43/305.

(28) *TFR Jurispr.*, 9/81.

(29) Cf. HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, números 18 a 20.

No h. c. 43.693, da 1.^a Turma, consta do voto do eminente relator, o Min. EVANDRO LINS E SILVA, o entendimento prevalente: “Só há necessidade de uma expressa referência à pena-base quando essa há de sofrer acréscimo ou diminuição pela interferência de atenuantes ou agravantes legais. Quando não haja, como no caso, agravantes ou atenuantes obrigatórias a considerar, não há que falar em pena-base, pois esta é a que deveria resultar do complexo das chamadas circunstâncias judiciais arroladas no art. 42 e se identificaria assim com a pena fixada” (30).

Todavia, no h. c. 43.857, da mesma turma, funcionando o mesmo ilustre relator, seguiu-se entendimento diverso. No caso, o juiz deixara de fixar a pena-base, tratando-se de lesão corporal grave, ocorrendo a agravante do art. 44, II, f. Considerou o juiz tôdas as circunstâncias judiciais e os demais elementos do art. 42 e, ainda, a agravante legal, chamando de pena-base o *quantum* que então determinou. Nessa decisão, entendeu a Turma que a pena-base deve ser fixada compreendendo já as circunstâncias *legais*, de tal forma que só restariam a considerar as causas especiais de aumento ou diminuição, previstas na Parte Geral ou na Parte Especial (31).

Parece-nos que a primeira orientação é que é a correta. O que se pretende é levar o juiz à exata motivação do *quantum* da pena aplicada, reconhecendo nisso um elemento de garantia para o condenado. O juiz deve demonstrar como chegou à pena finalmente imposta. Ora, se existem elementos de agravação ou atenuação *obrigatórios*, que são as circunstâncias legais, não há dúvida de que tais elementos devem incidir sobre a pena que o juiz aplicaria à sua falta. Essa é a chamada pena-base.

A verdadeira dosimetria constante da Parte Especial de nosso Código, com as numerosas causas de aumento de pena, em quantidade ora fixa ora determinada entre certos limites, constitui critério anacrônico, que deve ser abandonado em favor de disposições regulativas gerais, que orientem o juiz na fixação da pena justa. A preocupação constante da doutrina moderna com a aplicação da pena em vista da recuperação social do delinqüente, por outro lado, compromete o verdadeiro sistema de tabelas que nossa legislação ainda apresenta em muitos delitos.

8. Do que ficou exposto se verifica que a fixação da pena é questão de legalidade e se compreende porque o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, tenha reduzido, através de *habeas corpus*, a pena ilegalmente imposta. No h. c. 38.862, relator o Min. PEDRO CHAVES, afirmou o E. Tribunal que “quando a errônea graduação da pena decorre de evidente má aplicação

(30) Rev. Trim. Jurispr., 40/324.

(31) Rev. Trim. Jurispr., 40/329.

da lei, a matéria é de direito e pode ser conhecida em processo de *habeas corpus*" (D.J., 11-6-64) (32).

9. Lamentável é que os processos geralmente pouco esclareçam sobre a personalidade do acusado. O relatório sobre a vida pregressa, elaborado pela autoridade policial ou é peça absolutamente inútil ou de duvidosa veracidade. Os atestados que a defesa costuma trazer aos autos são prova unilateral e geralmente comprometida.

Daí a preocupação com o exame da personalidade do acusado, introduzido no art. 81 do Código de Processo Penal francês, tendente a proporcionar ao julgador elementos mais seguros para a fixação da pena. No direito inglês e no direito federal americano, o processo em duas fases introduz um hiato entre a condenação e a fixação da pena, precisamente para permitir que, após a condenação, venham ao juiz os elementos de informação sobre a pessoa do acusado de modo a permitir a aplicação da pena mais adequada (33).

Como é óbvio, a informação mais ou menos precisa de que o magistrado disponha não afeta os aspectos de garantia e legalidade que a motivação impõe, como elemento inseparável do exercício da atividade jurisdicional.

(32) Veja-se o h.c. 43.613, relator o ilustre Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA (*Rev. Trim. Jurispr.*, 39/529), em que se reduziu a pena ao mínimo. Podemos também invocar a decisão proferida no h.c. 43.801, relator Min. ALIOMAR BALEEIRO, em que se reduziu a pena ao mínimo, num caso de estelionato (*Rev. Trim. Jurispr.*, 42/26), bem como a decisão no h.c. 43.834, relator Min. ADALÍCIO NOGUEIRA, proferida num caso de desacato, em que a pena de prisão foi convertida em multa (*Rev. Trim. Jurispr.*, 41/615). Cf. também HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.º 334.

(33) Sobre o exame da personalidade do acusado no processo penal, cf. *Premier Cours International de Criminologie*, Paris, 15 de setembro a 24 de outubro de 1952, *L'examen médico-psychologique et social des délinquants*; VIII Journées de Défense Sociale, Paris, 16-17 de junho de 1960, *Revue de Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1960, págs. 595 e segs. (veja-se a nota do saudoso HERZOG sobre o tema, à pág. 702 do mesmo volume); ALÍPIO SILVEIRA, *O exame bio-psico-social na Justiça Penal*, *Revista Bras. Crim. Dir. Penal*, n.º 11, pág. 119.

DIREITO E IMPRENSA (*)

ARNOLDO WALD

Coube-me apresentar algumas considerações sôbre os problemas jurídicos da imprensa escrita e falada. Não pretendo oferecer, na matéria, qualquer solução definitiva, contentando-me em despertar a curiosidade do estudante para as relações entre o direito e a imprensa, mediante um levantamento panorâmico da situação atualmente existente na legislação vigente, com algumas referências ao direito estrangeiro.

Talvez pudesse ficar satisfeito simplesmente em descobrir, com os meus ouvintes, que existe um direito da imprensa, como ramo autônomo, merecedor da atenção do jurista. Efetivamente, aos poucos, o critério de classificação dos ramos do direito vai sofrendo importantes modificações. Não se atende mais, com exclusividade, aos interesses que o direito protege para distinguir, por exemplo, o *ius privatum* do *ius publicum*, pela prevalência do interesse privado ou público. Nem se focaliza, tão somente, a classe de pessoas à qual se aplica determinado ramo do direito numa apreciação meramente subjetiva, como acontecia em relação ao direito comercial ou mesmo ao direito do trabalho, considerados, respectivamente, como direito dos comerciantes e dos empregados. Cada vez mais, os ramos do direito vão sendo caracterizados pelos seus objetos, ou seja, pela sua área de incidência. Fala-se assim, por exemplo, no direito atômico, no direito da eletricidade, no direito bancário. Tem-se a impressão que surge um novo método de estudo das matérias, uma nova focalização, uma espécie de corte longitudinal ou vertical em relação a problema sempre apreciado no plano horizontal. É a vida que se superpõe à lógica, impondo critérios dinâmicos e uma especialização crescente em torno de verdadeiras unidades orgânicas.

(*) Palestra realizada no Egrégio Tribunal Regional Eleitoral da Guanabara, no dia 28 de agosto de 1968.

Poderia indagar da existência de um direito da imprensa e responderia que o número de normas legais existentes sobre a matéria justifica a admissão de um ramo autônomo, que interessa não apenas ao advogado, mas, também, ao jornalista, ou publicitário, ao político e ao administrador público. É um conjunto de normas que abrangem *comandos* e *sanções* nas áreas do direito civil e do direito penal, do direito administrativo e do direito constitucional, normas processuais e materiais, garantias que constam da lei magna, da legislação ordinária e de regulamentos aprovados por decretos do Poder Executivo, contando hoje com uma jurisprudência de grande importância emanada tanto dos tribunais, como dos órgãos administrativos.

O aluno no seu curso, na Faculdade de Direito, estuda os crimes de imprensa em direito penal, analisa, em direito civil, os direitos autorais do jornalista e procura entender, em direito constitucional, o exato sentido da liberdade de comunicação.

Na colcha de retalhos assim composta, há um elemento comum que é a imprensa, realidade que o direito não pode desconhecer, e que se apresenta como o “quarto poder” nos países de formação democrática.

A recente reivindicação de estudantes em todo o mundo no sentido de uma participação maior significa, no fundo, a criação de um novo mecanismo da democracia que consiste na influência mais direta e profunda da opinião pública global ou setorial nos destinos da nação. Nas diversas técnicas de funcionamento democrático das sociedades, que abrangem a escolha dos governantes pelos governados e as garantias de direitos mínimos — denominados direitos do homem e do cidadão —, a participação direta do povo no governo, dentro da estrutura legal, se realiza pelo *plebiscito*, pela destituição de eleitos na forma do *recall* do direito norte-americano e mediante uma mobilização contínua das forças nacionais, ou seja, um plebiscito permanente que é o controle realizado pela imprensa sobre os atos de governo e de administração.

Não é por acaso que já LA ROCHEFOUCAULD considerava a livre comunicação como um dos direitos mais preciosos do homem, fazendo com que ROBESPIERRE afirmasse, perante a Assembléia Nacional, que “a liberdade de imprensa é uma parte inseparável do direito de comunicar os seus pensamentos”.

Um século e meio após a Revolução Francesa, o Presidente ROOSEVELT reconhecia que a primeira das quatro liberdades essenciais era a liberdade de expressão (Mensagem ao Congresso de 6 de janeiro de 1941).

Palladium de todas as liberdades civis, políticas e religiosas, a independência da imprensa tem sido ameaçada em todos os momentos de crise. Não se trata, pois, de um problema específico do nosso tempo, mas não deixa de ter profunda atualidade, especialmente

quando lembramos os inúmeros incidentes que, nos últimos tempos, no Brasil e no exterior, têm posto em discussão as dimensões da liberdade do jornalista.

É, realmente, muito difícil encontrar o justo equilíbrio entre a informação ampla e o sensacionalismo, entre a crítica construtiva e o anarquismo, entre o *animus narrandi* e a injúria ostensiva. A imprensa é, simultaneamente, orientadora da opinião pública e reflexo do espírito popular, sofrendo as pressões dos homens e dos acontecimentos e apresentando os fenômenos da psicologia das multidões a que se referiam TARDE e LE BON. Não há dúvida que a liberdade do jornalista pode dar margem a determinados abusos, que devem implicar responsabilidade. Mas, o receio das distorsões não deve levar à intolerância e à repressão.

Poucos autores colocaram o problema com a felicidade e a clareza de ALEXIS DE TOCQUEVILLE que, na sua obra clássica sobre *A Democracia na América*, ponderou com energia e serenidade:

“Confesso que não tenho pela liberdade de imprensa o amor completo e irrestrito que deve ser concedido às coisas naturalmente boas. Amo esta liberdade mais pelos males que impede do que pelos bens que faz. Se alguém me pudesse apontar entre a independência completa e a servidão do pensamento, uma posição intermediária na qual me pudesse colocar, nela ficaria. Mas quem poderá descobrir tal posição intermediária?”

E concluiu TOCQUEVILLE:

“Em matéria de imprensa, não há meio termo... Para colhêr as vantagens inestimáveis que assegura a liberdade de imprensa, é preciso sujeitar-se aos males inevitáveis dela decorrentes. Querer obter os primeiros e escapar aos segundos é mera ilusão...”

Se, todavia, a virtude está no meio, verifica-se a possibilidade de uma conciliação entre a liberdade e a responsabilidade, que caracteriza a sociedade democrática contemporânea.

O conflito entre a repressão estatal e o direito à informação não é platônico. Ao contrário, acompanha a vida judiciária e política do país, exigindo do magistrado, do Ministério Público e do advogado, uma sensibilidade aguçada e uma extrema acuidade para evitar tanto a repressão indevida, como o abuso distorsivo da liberdade. Efetivamente, a repressão da liberdade de imprensa é o caminho que leva os povos à tirania, enquanto a inércia diante dos abusos pode contaminar uma sociedade, destruindo todos os valores fecundos nela existentes.

No Brasil, os processos penais e administrativos decorrentes de crimes e irregularidades cometidos pela imprensa têm sido relativamente freqüentes nos últimos anos. Ainda está presente, na memória de alguns de nós, o *habeas corpus* impetrado em favor de um jornalista que publicara matéria confidencial vinculada à segurança nacional. Mais recentemente, uma revista foi apreendida por apresentar fotografias julgadas obscenas e uma estação de rádio sofreu uma suspensão, logo em seguida revogada. Lembramos tais fatos para indicar que o conflito entre o interesse de divulgar determinados fatos e a política administrativa existe de modo latente e pode concretizar-se em qualquer momento.

A matéria não tem merecido, entre nós, uma bibliografia ampla, limitando-se, praticamente, a alguns artigos, aos comentários dos textos do código e das leis especiais e a uma bela monografia do juiz paulista DARCY ARRUDA MIRANDA, intitulada — *Dos Abusos da Liberdade de Imprensa*. Nesta excelente obra, o autor defende a livre atuação da imprensa, condenando, tão somente, os abusos, as distorções, em que a imprensa é utilizada para a prática de atos que normalmente seriam criminosos e que não podem perder tal característica, pelo simples fato de ser a imprensa utilizada como veículo ou instrumento.

A doutrina norte-americana, que mais diretamente influenciou o nosso direito constitucional, esclarece, com muita felicidade, que:

“Não há direito de expressão absoluto. A sociedade democrática é um mercado, onde, da mesma forma que as mercadorias, as idéias são compradas e vendidas. Trata-se de mercado governado pelo princípio do comércio livre. As idéias têm curso e são expulsas do mercado, apenas se incapazes de despertar interesse e proselitismo.

Mas, da mesma forma que a lei proíbe práticas desleais na venda de mercadorias, cumpre-lhe defender o público consumidor na venda de idéias. Assim, jamais se deve defender a fraude ou a mentira sob o manto da liberdade de expressão”. (EDWIN S. NEWMAN, *Liberdades e Direitos Civis*, “Forense”, pág. 9).

Desde o mais remoto passado, têm merecido a repressão penal a indecência, a falta de pudor, a obscenidade, assim como a calúnia e a difamação. Não há motivo para desclassificar ou tornar impune o crime pelo simples fato de ter sido cometido por intermédio da imprensa.

Evidentemente, o conceito de pudor tem variado com o tempo, mas a jurisprudência firmou a respeito critérios que por serem flexíveis não deixam de ser válidos. Assim, entendeu-se,

como matéria obscena, aquela que “trata de sexo de maneira e com a finalidade de despertar interesses mórbidos”, tendo nos Estados Unidos o Juiz da Suprema Côrte BRENNAN afirmado que “sexo e obscenidade não são sinônimos” e que a caracterização do sexo ou referência ao mesmo na arte, na literatura e nos trabalhos científicos não constitui, em si mesma, razão suficiente para excluir a proteção constitucional da liberdade de expressão e de imprensa.

A lei tem criado regimes distintos para a imprensa escrita e falada, considerando que a primeira constitui verdadeira propriedade dos seus titulares, enquanto, ao contrário, as estações de rádio e de televisão, são apenas permissionárias ou concessionárias de canais pertencentes ao Estado.

O artigo 150 da Constituição Federal vigente garante, salvo na vigência do estado de sítio (art. 152, parágrafo 2.º, letra e), a livre manifestação de pensamento e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer, sendo, outrossim, assegurado o direito de resposta. A Constituição autoriza, também, a publicação de livros, jornais e periódicos, independentemente de licença prévia, vedando, todavia, e com tôda razão, a propaganda de guerra, da subversão da ordem e de preconceitos de raça ou de classe.

Os comentadores do nosso texto constitucional louvaram a redação da Constituição de 1967, nela vendo contemplada a liberdade de pensamento, que se explicita na referência à livre publicação de livros e periódicos correspondente ao princípio da incensurabilidade da imprensa, que se completa, na palavra de PONTES DE MIRANDA, pelo remédio jurídico processual (direito de resposta) e sofre as limitações excludentes da liberdade quando utilizada contra a ordem pública vigente (não liberdade para a propaganda de guerra, subversão ou divulgação de preconceitos de raça e classe) (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição*, tomo V, pág. 141).

Na realidade, a Constituição estabeleceu, além do princípio da responsabilidade, quais as limitações que a lei ordinária podia estabelecer em relação à liberdade de imprensa. Surge, assim, o problema de saber quais as posições respectivas da Lei de Imprensa e da Constituição. A Lei de Imprensa é a Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, sendo posterior à promulgação e anterior à vigência da nova Constituição que, promulgada em 24 de janeiro — antes da Lei de Imprensa — só entrou em vigor em 15 de março, ou seja, após a publicação da Lei de Imprensa e o início da vigência da mesma, que se deu em 14 de março de 1967.

É preciso, inicialmente, verificar se existe ou não conflito entre o texto constitucional e a lei ordinária. Parece que, no-

espírito e de acôrdo com a letra constitucional, a liberdade de imprensa só pode ser limitada quando implica propaganda de guerra, subversão da ordem e preconceitos de raça ou classe. A lei vai mais além e condena, por exemplo, as notícias falsas ou truncadas que possam provocar “desconfiança no sistema bancário ou abalo de crédito de instituição financeira ou de qualquer outra empresa, pessoa física ou jurídica ou prejuízo ao crédito das pessoas jurídicas de direito público ou, ainda, sensível perturbação na cotação das mercadorias e dos títulos no mercado financeiro” (art. 16 da Lei n.º 5.250).

É incontestável que não foi feliz a lei ao definir tais crimes, especialmente quando não exigiu que houvesse no caso dolo ou culpa, estabelecendo uma verdadeira responsabilidade objetiva, que restringe o direito de informação tão importante no mundo moderno. Basta dizer que se, com a antecedência de uma semana, um jornal tivesse noticiado a possibilidade do recente aumento da taxa cambial do dólar teria o seu redator incorrido na sanção penal, quando é direito da população estar informada no tocante à política econômica e ao planejamento financeiro do governo.

Cabe, pois, a indagação acerca da constitucionalidade e da vigência dos textos da Lei de Imprensa que, na realidade, estabeleçam restrições à liberdade de imprensa não previstas na Constituição. Não pretendo dar, desde logo, qualquer resposta à indagação, mas parece que ela se apresenta com a seriedade necessária para merecer um estudo em profundidade por parte dos juristas. Embora, à primeira vista, o texto constitucional apenas impeça determinadas atividades sem necessariamente permitir as demais, a idéia básica do legislador constituinte parece ter sido a de fixar as restrições admissíveis à liberdade de imprensa, rejeitando todas aquelas que não foram constitucionalmente previstas e considerando inválidas as restrições excluídas do texto constitucional.

A lei de imprensa pretendeu reagir contra a impunidade anteriormente existente, que transformava o jornal num veículo no qual todas as injúrias, calúnias e difamações eram lícitas. Assim, o novo diploma apresentou algumas inovações louváveis como, por exemplo, a modificação de competência para o processamento e julgamento dos crimes de imprensa que passou do júri para o juiz singular. A nova lei deu, outrossim, regulamentação adequada do direito de resposta.

Em outros aspectos, todavia, a lei foi tècnicamente imperfeita, introduzindo até algumas inovações que parecem chocantes ao estudioso do direito penal, além de outras incompletas ou incoerentes. Admitiu, por exemplo, como agravante a prática de crime contra numerosas autoridades federais, em relação às quais também não reconheceu a possibilidade da *exceptio veritatis*,

mas nenhuma autoridade estadual, nem mesmo o Governador do Estado, mereceu tal tratamento privilegiado, sentindo-se, no caso, uma falta de simetria injustificada, como se verifica nos artigos 20, parágrafo 3.º e 23, inciso I da Lei.

Mas a falha no caso é perdoável. Mais séria é a criação, pela lei, da falta de idoneidade moral para poder ser punido pelos crimes previstos na Lei de Imprensa, a que se referem os artigos 38, parágrafo 1.º e 39 do novo documento legal. Admite a lei que determinados jornalistas não tenham idoneidade moral para que a pena sobre eles possa incidir, caso em que será responsável o redator-chefe ou diretor de jornal. Merecem ser lidos os referidos artigos que têm a redação seguinte:

“Art. 38, parágrafo 1.º:

O gerente ou proprietário da agência noticiosa poderá nomear o autor da transmissão incriminada, juntando a declaração dêste assumindo a responsabilidade pela mesma. Neste caso, a ação prosseguirá contra o autor nomeado, salvo se estiver ausente do país OU FÔR DECLARADO INIDÔNEO PARA RESPONDER PELO CRIME.

Art. 39:

Cabe ao ofendido, caso o deseje, mediante apresentação de documentos ou testemunhas merecedoras de fé, FAZER PROVA DA FALTA DE IDONEIDADE QUER MORAL QUER FINANCEIRA DOS RESPONSÁVEIS PELOS CRIMES PREVISTOS NESTA LEI, NA ORDEM E NOS CASOS A QUE SE REFEREM OS INCISOS E PARÁGRAFOS DOS ARTIGOS ANTERIORES”.

A ordem de sucessão estabelecida pela lei começa pelo autor da notícia ou do artigo, continuando com os gerentes ou proprietários de agências noticiosas, os diretores e redatores-chefes de jornais ou periódicos.

O parágrafo 4.º do artigo 37 e o parágrafo 3.º do artigo 39, estabelecem uma responsabilidade sucessiva em que o segundo responsável passa a ser punido desde que o primeiro não tenha idoneidade moral ou financeira e assim por diante. Diz o último dos parágrafos citados:

“Declarado inidôneo o primeiro responsável, pode o ofendido exercer a ação penal contra o que lhe suceder nessa responsabilidade, na ordem dos incisos dos artigos anteriores, caso a respeito dêste novo res-

ponsável não se haja alegado ou provado a falta de idoneidade" (art. 39, parágrafo 3.º).

A responsabilidade sucessiva do fiador com benefício de ordem se encontra, assim, transferida para o direito penal que ressuscita, outrossim, com a inidoneidade, uma espécie de *morte civil*, numa condenável pandectização da legislação criminal a que já aludia, há alguns anos atrás, em memorável conferência, o mestre Ministro NÉLSON HUNGRIA.

Jamais a pandectização e a desumanização do direito penal alcançou a objetividade fria e insensível da lei de imprensa que provoca, por parte do estudioso de direito, um movimento de estranheza e curiosidade. Saibam o diretor de jornal ou o redator-chefe e o proprietário ou gerente de agência noticiosa dos perigos que correm na hipótese de estarem com funcionário moral ou financeiramente inidôneos. E qual o critério para apurar a idoneidade moral no caso? E por que a inidoneidade financeira pode implicar em transferência da pena para alguém que tenha idoneidade financeira? Desde quando as penas criminais dependem da situação econômica do criminoso e somente são válidas e aplicadas quando se trata de pessoa de recursos?

Não foi, por acaso, que a imprensa acolheu, com reservas, o novo diploma legal e tem assim razão o Congresso Nacional na sua preocupação com determinadas disposições contidas na Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que não honram, sobremaneira, o nosso direito penal de tão boas, antigas e sólidas tradições.

Essas observações não visam a uma análise exaustiva do texto legal, mas pretendem, apenas, despertar a atenção dos juristas para a falta de técnica do texto legal vigente e as eventuais áreas de atrito existentes entre a Lei e a Constituição Federal, justificando, assim, um oportuno esforço legislativo no sentido de uma reformulação legal na matéria.

A liberdade de imprensa não sofre limitações apenas por parte do Estado. Também o poder econômico exerce, em determinados casos, um importante impacto sobre a liberdade de imprensa. Basta lembrar, a este respeito, a grande campanha que se desenvolveu recentemente na França em relação à publicidade na televisão que, naquele país, constitui monopólio estatal e até agora não admitiu anúncios. Toda a imprensa francesa considerou a introdução da publicidade na televisão como um ato de hostilidade à imprensa. É verdade que os jornais sofrem dificuldades crescentes. Não têm mais os regimes de favor de outrora e devem desenvolver-se em bases comerciais ou empresariais, pois não se conhece mais o subsídio do papel, nem mesmo a tradicional isenção do imposto de renda que beneficiava os jornalistas.

A informação se torna de mais em mais cara, diante de uma tecnologia cada dia mais aperfeiçoada, em que não basta ao jornalista ser apenas o especialista em idéias gerais de outrora, exigindo a realidade hodierna uma especialização crescente que se faz sentir nos diversos setores da imprensa.

O investimento feito pela imprensa exige continuidade e não se coaduna com uma intervenção constante do Poder Público. No campo do rádio e da televisão, a fiscalização estatal se exerce de modo mais intenso, nos precisos termos do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962), que atribui ao Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL), a função regulamentar de fixar normas para as estações de rádio e de televisão e de fiscalizar a atividade das mesmas. Composto por quatorze membros com mandato fixo de quatro anos, deveria o CONTEL ter um *status* que o aproximasse das grandes comissões norte-americanas e, especialmente, da *Federal Communications Commission* criada em 1934. Nos Estados Unidos a referida comissão tem sete membros nomeados pelo prazo de sete anos pelo Presidente da República, com a aprovação prévia do Senado.

No Brasil, o CONTEL é composto por representantes dos diversos ministérios, do Estado-Maior das Forças Armadas, dos partidos políticos e, ainda, dos diretores dos Correios e Telégrafos, do Departamento Nacional de Telecomunicações e da empresa pública incumbida da exploração dos troncos do Sistema Nacional de Telecomunicações (EMBRATEL). Por mais que o legislador tenha pretendido seguir o exemplo norte-americano das grandes comissões inspiradas na Interstate Commerce Commission, o CONTEL não conseguiu surgir no cenário nacional com as garantias normalmente atribuídas à magistratura e à independência política necessária.

As atribuições do CONTEL são como as da Comissão Federal americana de Comunicações de caráter regulamentar, sendo competente para estudar, formular e aplicar uma política, com poderes de investigação e de repressão contra as irregularidades, constituindo numa área setorial determinada, um verdadeiro governo em miniatura com a especialização legislativa, executiva e judiciária, como se verifica nas múltiplas competências reconhecidas no artigo 29 do Código de Telecomunicações.

A legislação chega a determinar que durante o seu mandato o conselheiro não pode ser destituído a não ser por justa causa comprovada em inquérito administrativo. Não sei se o artigo 17 e seu parágrafo único poderão ser considerados constitucionais. Em primeiro lugar não se aplicam aos diretores de serviço, que são membros natos do Conselho, como os Diretores do Departamento dos Correios e Telégrafos, do Departamento Nacional de Telecomunicações e da EMBRATEL. Por outro lado, o Supremo

Tribunal Federal tem entendido que os cargos de confiança na política governamental mesmo quando tivessem, por lei, prazos certos podiam ter os seus titulares substituídos em qualquer tempo. A tese foi firmada pela Excelsa Côrte por ocasião da discussão surgida em tôrno de presidentes e diretores de autarquias aos quais a Lei da Previdência Social garantira prazo certo de mandato. Resta saber se a mesma jurisprudência deve ser aplicada em relação ao CONTEL ou se a Súmula n.º 25 não incide na hipótese.

De qualquer modo, o critério de escolha dos membros do CONTEL os deixa numa dependência direta dos ministros de Estado que os nomearam.

Parece preferível garantir aos conselheiros uma situação de independência que conhecem, entre nós, o Poder Judiciário e alguns outros órgãos como, por exemplo, o Tribunal de Contas. O critério de escolha também poderia ser misto com indicações feitas em listas tríplexes por órgãos representativos das classes e da própria cultura nacional, dando-se caráter misto ao Conselho que abrangeria representantes da imprensa, do govêrno e, eventualmente, como poder moderador, empresários ou professores universitários, que pudessem garantir o justo equilíbrio entre a moralidade e a liberdade.

Não me cabe suscitar outros problemas de caráter mais especializado como a questão da nacionalidade das empresas jornalísticas e da intervenção estrangeira na imprensa. No particular, a Lei n.º 5.250 ofereceu algumas soluções que mereceriam ser discutidas e analisadas em profundidade.

Da visão rápida que tivemos em conjunto do direito da imprensa, concluimos que é um direito *in fieri*, mas que já está merecendo a sua autonomia. As leis vigentes são deficientes e tècnicamente imperfeitas; a jurisprudência é parca, a doutrina omissa.

E, todavia, o problema da imprensa não pode deixar de preocupar os juristas. Os nossos juizes não o esquecem e quando tratam com liberalidade os jornalistas, o fazem conscientemente, porque sabem que da liberdade de imprensa depende a manutenção do regime democrático e ao rigorismo maior da lei tem geralmente correspondido uma interpretação menos severa dos magistrados, pois a jurisprudência exerce sempre a sua função amortecedora e renovadora do direito.

Da imprensa numerosas são as queixas. O govêrno, algumas vêzes, alega que perde a batalha de informação, embora tenha ganho a dos fatos e já se atribuiu à imprensa tôda a responsabilidade pelas crises nacionais e mundiais que atravessamos recentemente. Mas os fatos não desaparecem pela simples razão de não serem mencionados nos jornais e, afinal de contas, se a imprensa lidera a opinião pública, também reflete os anseios do povo.

Merece ser lembrada, no particular, a posição eminentemente liberal dos tribunais norte-americanos que têm tolerado a imprensa sempre que a notícia dada ou a propaganda feita não representasse um perigo claro e iminente para o Estado e a sociedade ou, ao menos, um perigo claro e provável.

Coube aos juizes da Suprema Côrte, HOLMES e BRANDEIS, a missão de elaborar inicialmente como voto vencido, e, em seguida, como voto vencedor, a doutrina norte-americana referente à liberdade de imprensa assegurada na 1.^a emenda à Constituição. Em vários acórdãos salientaram os eminentes magistrados norte-americanos que “os que fizeram a independência dos Estados Unidos, mediante uma revolução, não eram covardes e não temiam as mudanças políticas, não exaltando a ordem em detrimento da liberdade.” “Sòmente uma emergência”, concluíam, “pode justificar a repressão, pois, em regra, a autoridade deve conciliar-se com a liberdade” (Ap. POLLAK, *The Constitution and the Supreme Court*, vol. II, pág. 19).

Para a justiça brasileira e nos têrmos da Constituição vigente, a liberdade de imprensa deve ser a regra e excepcional deve ser a repressão. Cabe à lei e incumbe à jurisprudência a missão de fixar os limites entre o uso da liberdade e o seu abuso, nos têrmos em que a Constituição especificou as restrições válidas. No fundo, trata-se de complementar a norma constitucional vigente que garante a liberdade de imprensa mediante a elaboração de disposições legais, que não a transformem numa ficção, nem, tampouco, consagrem a irresponsabilidade. Mas a responsabilidade penal não pode, dentro do nosso sistema, abandonar o seu fundamento, que é a existência de culpa ou de dolo. Por mais que se admita a responsabilidade solidária e a responsabilidade baseada no risco no direito civil, o direito penal deve manter-se fiel à estrutura moral que se origina de sua tradição cristã e romanista.

Dizia um poeta que os homens são grandes pelo que procuram e absurdos pelo que encontram. Não há dúvida que o direito da imprensa é um campo fecundo e rico para os juristas. Encontrar o justo equilíbrio entre o direito de dar e de receber a informação e o direito de não ser enganado e de não receber a comunicação de fatos truncados não é fácil. É um equilíbrio que nem mesmo as leis, por mais perfeitas que possam ser, encontram nas fórmulas abstratas. É na batalha diária dos tribunais que se renova e se amplia o direito da imprensa, que é o próprio direito da democracia, pois, como ainda o reconhecia TOCQUEVILLE, a liberdade de imprensa é o corolário da soberania popular. E hoje sabemos que de nada valem os grandes princípios sem os recursos técnicos adequados que protegem e garantem os direitos individuais. Por isso, tinha razão RIPERT quando dizia que de tôdas as revoluções, a única que permanecia e frutificava era a revolução jurídica. As grandes ideologias de nada

valeriam se não fôsem concretizadas e consubstanciadas em normas técnicas, pelo legislador, e em acórdãos, pelo magistrado.

No Brasil, a tradição liberal criou um direito da imprensa que honra as nossas tradições jurídicas. É preciso que o desenvolvimento tecnológico e que a hipertrofia do poder público não interfiram na mola propulsora da sociedade democrática que é a imprensa livre.

O jurista, soldado do direito, tem assim o dever, hoje mais do que nunca, de rever e consolidar um direito antigo na sua formação, mas nôvo pelas dimensões crescentes que está adquirindo o direito da imprensa.

REFORMA PARCIAL DO CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. BREVES NOTAS

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

1. Como dissemos no trabalho publicado no último número desta Revista ⁽¹⁾, a elaboração ou a revisão de um código civil é tarefa árdua, executada com muita cautela. Os exemplos que citamos no citado trabalho demonstram ser tarefa morosa. O código civil francês, que é de 1804, desde 1904, portanto há 65 anos, vem sendo examinado por comissões de elevado nível, constituídas para revê-lo, que, até a presente data, não foram bem sucedidas. O nosso código, desde 1930, é alvo também, de estudos semelhantes, porém ainda está de pé. Na Argentina o mesmo ocorreu, pois a reforma que estamos examinando resultou de um trabalho de 42 anos, datando o código reformado de 1871. A comissão que elaborou o anteprojeto da lei argentina n.º 17.711, de 1968, que reformou o velho código de VÉLEZ SANSFIELD, constituída por G. BORDA, A. G. SPOTA, R. MARTINEZ RUIZ, J. M. LOPES OLACIREGUI, J. F. BIDAÚ, A. FLEITAS e D. ALCINA ATIENZA, posteriormente reduzida a três membros (A. FLEITAS, R. MARTINEZ RUIZ e J. F. BIDAÚ), teve seus trabalhos facilitados pelos anteprojetos anteriormente apresentados ⁽²⁾. Estabeleceu o projeto dessa comissão, convertido em lei (lei n.º 17.711, de 22 de abril de 1968), em vigor a partir de 1.º de julho do mesmo ano, alterações profundas no Código de 1871, sobre as quais, a largas pinceladas, daremos aqui uma notícia sumária e parcial.

2. Das alterações introduzidas no citado código pela referida lei destacamos, inicialmente, as que modificaram o regime da capacidade. A pessoa física aos 21 anos alcança a maioridade.

(1) *"Elaboração ou revisão de código civil, tarefa árdua"*, publicado no 7.º número desta Revista.

(2) Consultar o trabalho acima em que damos breve notícia dos estudos feitos na Argéntina para revisão do Código de 1871.

Há quem pense dever ser em nossa época obtida a maioridade mais cedo. Não adotamos tal opinião por entendermos que a personalidade, em sua constituição, segundo a moderna psicologia, resulta de um processo de interação entre o mundo exterior e o interior. Da interação das condições sociais (objetivas), do meio em que vive o indivíduo, com as condições internas (subjetivas), resulta a personalidade. Ora, a maturidade depende dessa interação. Crises econômicas e dos valores fundamentais, como as existentes desde 1918 no espaço sócio-cultural de nossa civilização, juntamente com tensões sociais, influem, como condições objetivas, em tal interação, com reflexos sobre a capacidade de escolha e de decisão do indivíduo. A situação atual do mundo, imprevisível em suas consequências, tem provocado nos jovens certa desorientação. Tal desorientação é agravada, como nota SEYMOUR LIPSET, de Harvard, por se encontrarem os jovens de nossos dias pressionados por duas necessidades: a de “depende economicamente de suas famílias, recebendo delas proteção e condição social, e a de assumir sua própria função como trabalhadores e chefes de família”. Tal situação, a nosso ver, inevitavelmente produz estado de tensão, de indecisão e de desorientação, que afetam a capacidade de decisão dos jovens. Nessa situação pensamos ser mais prudentes estabelecer, como fez a lei argentina citada, aos 21 anos a aquisição da maioridade.

Pela nova lei argentina, aos 18 anos, pode o menor ser emancipado pelo pai, mediante escritura pública, ou, no caso dos sob tutela, por decisão judicial, a requerimento do tutor ou do próprio menor. A lei citada indica atos jurídicos que o emancipado não pode celebrar.

Instituiu o regime da semicapacidade (*inhabilitación*), que não chega a ser uma interdição, mas que incapacita os atingidos pela medida para a prática de atos que excedam a administração ordinária (art. 152 bis).

A incapacidade da mulher casada foi suprimida.

No caso das pessoas jurídicas, além de outras inovações, disciplinou as “simples associações”, isto é, as associações de fato, não autorizadas, sem existência legal como pessoas jurídicas.

A questão do abuso do direito foi assim solucionada de forma eclética:

“O exercício regular de um direito próprio ou o cumprimento de uma obrigação legal não pode constituir, como ilícito, nenhum ato.

A lei não ampara o exercício abusivo dos direitos. Considera-se como tal o incompatível com os fins que a lei teve em vista ao reconhecê-los ou o que exceder os limites impostos pela boa fé, a moral e os bons costumes” (art. 1.071).

Como vemos, SALEILLES e JOSSEERAND estão presentes nessa definição do abuso do direito, bem como a conceituação dada pelos códigos alemão e suíço. Condenamos as definições legais de abuso do direito, isto porque toda definição de abuso do direito estabelecida pelo legislador corre o risco de não compreender todas as modalidades de exercício abusivo dos direitos, sendo preferível deixar à doutrina e à jurisprudência conceituá-la. Por isso, pensamos terem sido mais felizes os autores do projeto de Código de Obrigações brasileiro de 1965, que, no art. 857, não o definiram, limitando-se a prescrever que:

“Aquêle que abusar de seu direito será obrigado a reparar o dano que causar”;

entretanto pecaram ao colocá-lo no capítulo da “responsabilidade civil”, pois não se restringe o abuso do direito a um caso de responsabilidade civil. Nesse ponto, a comissão encarregada da revisão do código civil francês resolveu melhor a questão, colocando o abuso do direito, não no capítulo da responsabilidade, como pretendia NIBOYET, mas, como defendia LYON-CAEN e ROUAST, na “*théorie générale de la loi*”, sendo para isso aberto um capítulo que trata “Do exercício anormal dos direitos” (3). A fórmula genérica do citado projeto brasileiro, se fôsse incluída na Parte Geral do Código, seria a ideal, pois, como sustentamos em livro recente (4), as definições são sempre incompletas quando se trata de abuso do direito, devendo ser deixado, como dissemos, à doutrina e à jurisprudência a tarefa de estabelecê-la.

No direito de família, a presunção da paternidade do marido foi enfraquecida. Dispõe a êste respeito a nova lei:

“Si hubiere juicio de divorcio o nulidad de matrimonio y la mujer tuviere algún hijo nacido después de trescientos días desde que la separación tuvo lugar, no se presume la paternidad del marido salvo se probare que medió reconciliación privada al tiempo de la concepción” (art. 250).

Entre nós a jurisprudência foi além, pois, havendo separação de fato, não subsiste, segundo alguns julgados, tal presunção: admite-se como possível a investigatória, mesmo sem contestação do pai presumido, desde que ocorra separação de fato do casal prolongada e não contestada, subordinando assim a presunção da

(3) *Travaux de la commission de réforme du code civil*, année 1950-1951, Paris, 1952, pág. 22-26.

(4) *Elementos de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1969, pág. 256, § 14.

paternidade à convivência conjugal (R.E. n.º 56.892, Guanabara, 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, decisão unânime, 18-5-65). Daqui do Tribunal de Justiça da Guanabara:

“Presunção de ilegitimidade da filiação, resultante da separação legal dos cônjuges, cessa diante da prova de superveniente conjunção carnal do marido com sua mulher” (Apelação Cível n.º 44.189, 5.ª Câmara Cível, 10-12-1957).

Assim, havendo separação de fato prolongada, a presunção de paternidade do marido é substituída pela presunção de ilegitimidade da filiação. Tal inversão pode ferir a letra da lei, mas não o seu espírito, pois a presunção da paternidade foi constituída para tornar certa a paternidade, que não deve prevalecer, mesmo quando decorrido o prazo previsto no art. 178, § 3.º, do Código Civil, quando houver prova de a paternidade não ser do marido.

Nas ações de alimento não cabe, segundo a nova lei, a discussão de validade do casamento.

No direito de obrigações e contratos não foi unificado o direito privado.

Previu a Lei n.º 17.711 a indenização dos danos morais:

“A obrigação de ressarcir o dano causado por ato ilícito compreende, além da indenização de perdas e danos, a reparação do dano moral causado à vítima” (artigo 1.078).

Faculta, também, ao juiz no caso de culpa contratual, a reparação do dano moral de “acôrdo com a índole do fato gerador da responsabilidade e circunstâncias do caso” (art. 522).

A situação patrimonial do devedor pode determinar a redução da indenização desde que o ilícito não decorra de dolo (artigo 1.069).

As conseqüências remotas, que não têm com o ilícito nexo adequado de causalidade, não são reparáveis (art. 906).

Reparável, por equidade, pode ser o dano, independente de culpa, sempre que suportar a reparação o patrimônio do autor do fato e exigi-la a situação pessoal da vítima (art. 907).

Passível de revisão judicial é a cláusula penal quando desproporcional com a gravidade da falta, desde que configure um abusivo aproveitamento da situação do devedor; ao revê-la o juiz deve levar em conta o valor das prestações (art. 656).

As faculdades inerentes à propriedade podem ser restringidas quando usadas abusivamente (arts. 2.513 e 2.514).

Fumaça, calor, odores, luminosidade, resíduos ou vibrações, provenientes de um imóvel, só caracterizam mau uso da proprie-

dade quando exceder a normal tolerância. Não basta ser normalmente intolerável, pois influem na configuração do mau uso da propriedade as condições do lugar. Conforme as circunstâncias do caso, os prejuízos que causarem podem dar lugar à reparação. O juiz, ao apreciar tais casos, deve ter em vista as “exigências da produção e o respeito devido ao uso regular da propriedade”. Decisivo nesses casos a “prioridade do uso” (art. 2.618).

É possível a revisão judicial ou a anulação dos contratos por motivo de lesão, sempre que uma das partes explore a necessidade ou a inexperiência da outra, obtendo uma vantagem patrimonial evidentemente desproporcional e sem justificação. A verificação da desproporcionalidade deve ser feita com os “valôres ao tempo do ato”, devendo a desproporção, para justificar tais ações subsistir até o momento da demanda. Presume-se, salvo prova em contrário, ocorrer exploração da necessidade ou da inexperiência de uma das partes pela outra, quando fôr “notável a desproporção das prestações”. A ação anulatória transformar-se-á em ação de reajuste equitativo sempre que fôr proposta na contestação a revisão do contrato (art. 954).

Finalmente, as alterações que o código civil argentino de 1871 sofreu com a Lei n.º 17.711, de 1968, o afastaram do individualismo e liberalismo jurídicos, que o norteavam. Aliás, o Ministro GUILHERME BORGA, que pertenceu à comissão que elaborou o anteprojeto da citada lei, reconheceu que o velho código recebeu novo espírito, fruto da filosofia social e cristã, na forma exposta em *Populorum Progressio*.

A LEI 5.467, DE 5-7-1968, E O INSTITUTO DA REABILITAÇÃO CRIMINAL

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

1. A recente *Lei 5.467*, de 5/7/1968, que alterou o disposto nos artigos 119 e 120 do Código Penal, veio, além de ter inovado em outros aspectos, coroar toda uma evolução doutrinária e jurisprudencial acerca de duas fundamentais questões relacionadas com o instituto da reabilitação criminal: a possibilidade de sua aplicação, quando não tiver sido imposta ao condenado pena acessória; e quando não tiver havido cumprimento da pena principal, mas extinção da punibilidade, ou tiver o réu sido beneficiado com a suspensão condicional da pena ou com o livramento condicional.

2. A reabilitação tem suas origens filiadas à *restitutio in integrum* do Direito Romano, ato de indulgência da maior amplitude, concedida pelo povo, depois pelo Senado, e, afinal, pelo Imperador (cf. ANIBAL BRUNO, *Direito Penal*, vol. I, tomo 3.º, 1962, nota 5, nas págs. 219 e segs.).

Na França, foi, inicialmente, medida de ordem administrativa, ato de clemência, ligada ao direito de graça, devendo ser citadas as *lettres de réhabilitation*, restauradoras da reputação e boa fama do condenado. Posteriormente, em 1885, passou a ato judiciário, fazendo desaparecer a própria condenação: era a *reabilitação judicial*, ao lado da qual surgiu, no direito gaulês, a *legal*, produto, tão só, da fluência de um prazo, sem outra condenação grave.

No direito suíço, é medida de caráter *judicial*. O respectivo Código Penal, complementado pela lei de 5-10-1950 (arts. 76 a 81), autoriza a reintegração do condenado nos direitos que lhe haviam sido suprimidos, uma vez executada a sentença e transcorrido certo prazo, tendo o condenado provado boa conduta e reparado o dano sofrido pela vítima. Outrossim, autoriza o juiz a, por solicitação do condenado, determinar o cancelamento da sentença no registro judiciário, preenchidos os requisitos de cumprimento das penas, transcurso de prazos e boa conduta.

O direito italiano abandonou a *reabilitação legal* ou *de direito*, tendo passado a admitir, apenas, a *judicial*. O respectivo Código Penal disciplina a matéria, em seus artigos 178 a 181, estatuinto o primeiro dos mesmos que “a reabilitação extingue as penas acessórias e qualquer outro efeito penal da condenação, salvo se a lei dispuser diversamente”.

O instituto, com variantes, está presente em outros direitos, como o alemão, o austríaco, o português, o espanhol, o chileno.

3. No direito brasileiro, sob o regime do Código Penal de 1890, era a reabilitação consequência da revisão criminal: reformada, por injusta ou errônea, a condenação constante de processo já terminado, o réu era reabilitado, com a completa recuperação de seu *status dignitatis* anterior.

Segundo a Consolidação das Leis Penais (Decreto 22.213, de 14-12-1932), art. 72, a reabilitação extinguiu a condenação.

O Código Penal vigente enumera, em seu artigo 108, VI, a reabilitação como causa extintiva da punibilidade, disciplinando-a em seus artigos 119 e 120, onde estabelecia, originariamente: —

“Reabilitação

“Art. 119 — A reabilitação extingue a pena de interdição de direito, e somente pode ser concedida após o decurso de quatro anos, contados do dia em que termina a execução da pena principal ou da medida de segurança detentiva, desde que o condenado:

I — tenha dado durante êsse tempo provas efetivas de bom comportamento;

II — tenha ressarcido o dano causado pelo crime, se podia fazê-lo.

§ 1.º — Se o condenado é reincidente, o prazo mínimo para a reabilitação é de oito anos.

Penas que a reabilitação não extingue

§ 2.º — A reabilitação não pode ser concedida em relação à incapacidade para o exercício de pátrio poder, tutela, curatela ou autoridade marital, se imposta por crime contra os costumes, cometido pelo condenado em detrimento de filho, tutelado ou curatelado, ou por crime de lenocínio contra a própria mulher.

Prazo para renovação do pedido

§ 3.º — Negada a reabilitação, não pode ser novamente requerida senão após o decurso de dois anos.

Revogação da reabilitação

Art. 120 — A reabilitação é revogada e não pode mais ser concedida, se o reabilitado sofre nova condenação, por sentença irrecorrível, à pena privativa de liberdade”.

A Exposição de Motivos comenta que a reabilitação prevista pelo projeto não era, ao contrário do que ocorria no direito anterior, a *restitutio in integrum*, no caso exclusivo de condenação injusta, mas um benefício que consistia “no cancelamento da pena acessória de interdição de direitos”. Era, segundo aquela Exposição, a *reabilitação judicial*, estilo suíço-italiano, operando *ex nunc*.

O Código de Processo Penal regula a parte procedimental do instituto, em seus artigos 743 a 747 e 749 a 750.

No seu artigo 748, acrescentou, porém, outro importante efeito da reabilitação, qual seja, o de que

“a condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na fôlha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitados por juiz criminal”.

Destarte, como doutrina JOSÉ FREDERICO MARQUES (*in Curso de Direito Penal*, vol. 3, 1956, pág. 438), “a reabilitação é, assim, o prêmio que o condenado recebe pela sua conduta, após o cumprimento da pena privativa da liberdade para que se apaguem os efeitos extrapenais de seus *status poenalis* de condenado”.

Tinha, então, a reabilitação duplo significado: pelo Código Penal — arts. 108, VI e 119 — e pelo de Processo Penal — arts. 743 a 747 — era forma de extinção da punibilidade de certas penas acessórias de interdição de direitos; e, pelo segundo diploma legal indicado, consoante seu artigo 748, tinha importante efeito relacionado com o *status dignitatis* do condenado: a não-menção, na fôlha de antecedentes do reabilitado nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal, da condenação ou condenações anteriores daquele. *

4. Existiam, porém, a propósito, no nosso direito, duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais.

A primeira, restritiva, entendia, na interpretação conjunta dos dois Códigos aludidos, que a reabilitação só era aplicável, quando tivesse sido imposta ao condenado pena acessória de in-

* No caso de *sursis*, há o dispositivo no art. 709, §§ 2.º e 3.º, do Código de Processo Penal.

terdição de direito. A reabilitação era causa de extinção do *jus puniendi*, alcançando a referida pena. O benefício do artigo 748 do C. P. Penal seria, apenas, uma consequência da sua natureza acima aludida. Destarte, a reabilitação não podia ser utilizada para operar, tão somente, o segundo efeito indicado, pois o mesmo só atuaria como subproduto da função da reabilitação como forma de extinção da punibilidade.

A segunda corrente, ampliativa do âmbito da reabilitação, e qualificada de pretoriana, *praeter*, ou mesmo *contra legem*, entendia, no que contava com nossa adesão, que o instituto em pauta se aplicava também aos casos em que não tivesse havido imposição de pena acessória. Considerava a reabilitação *remedium juris* que poderia ter por fim exclusivo o benefício do artigo 748 do Código Processo Penal.

5. Sempre nos pareceu, quer pelo histórico e finalidades do instituto, quer pela interpretação lógica dos textos legais então vigentes, que esta era a opinião certa. *

Seria um ilogismo negar ao condenado ao qual se aplicou, apenas, a pena principal, o benefício concedido a delinquente para o qual se revelou insuficiente tal pena, benefício este que é "o mais sério e procurado efeito da reabilitação, qual seja, o outorgado pelo artigo 748 do Código Processo Penal".

Era inegável, pois, que a reabilitação, no Direito Brasileiro tinha dupla função: era causa de extinção de punibilidade e *remedium juris* para o outro efeito mencionado. Se operava na primeira função, o fazia automaticamente, quanto à segunda, a qual podia, todavia, existir, independentemente daquela.

O que o Código Penal estatuiu era a não-extinção pela reabilitação, das penas principais (o que era considerado o ideal, de *lege ferenda*) e de certas penas acessórias, mas não estabeleceu que só caberia, quando tivesse havido a imposição de pena acessória, para extingui-la.

O Código Processual veio acrescentar o outro citado benefício, que, como já salientamos, podia atuar, independentemente, sendo de fundamental importância para o condenado, pois apaga de sua vida o estigma da punição, que o impede, inclusive, de obter a maioria dos empregos públicos e particulares e de exercer determinadas profissões, sempre a exigirem *fôlha limpa*.

6. Esta opinião tinha o apoio do grande jurista JOSÉ FREDERICO MARQUES, como se vê de seu *Curso de Direito Penal* já citado, vol. 3, págs. 440/441.

Em manifestação ainda mais antiga (*A Reabilitação. artigo in O Estado de São Paulo*, em 11-10-53, pág. 16, *apud* MIL-

* Cf. nosso trabalho na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 12, págs. 173 e segs.

TON EVARISTO DOS SANTOS, que se mostrava, também favorável à opinião liberal, em *Reabilitação (Estudos de doutrina e jurisprudência)*, in *Rev. For.*, 157/541), o aludido FREDERICO MARQUES já defendia, com ardor e lógica, a tese ampliativa, não como solução extralegal, mas de acôrdo com a própria teleologia do instituto e por força de conclusão de ordem sistemática, de indeclinável aceitação.

Em verdade, demonstrava como a corrente restritiva beneficiava o réu de comportamento mais perigoso. Outrossim, sustentava que o Código de Processo Penal, sendo posterior ao Código Penal, ampliava as acanhadas lindes em que este situara a reabilitação. O artigo 748 do Código de Processo Penal não teria sentido, se não fôsse entendido como um complemento do artigo 119 do Código Penal, para dar à reabilitação maior campo de aplicação. Sendo assim, a limitação do campo de incidência do instituto da reabilitação aos casos de pena acessória seria contrária ao sistema de nossos estatutos penais, mercê da deturpação de suas altas finalidades daquela.

THEODORO ARTHOU (in *Rev. For.*, 110/291), ilustrado membro do Ministério Público carioca, mostrava-se, igual e totalmente contrário à tese restrita.

MAGALHÃES NORONHA, em seu *Direito Penal* (2.^a ed., 1963, 1.^o vol. págs. 497 e segs.), apresentava-se, também, favorável à corrente ampliativa pelos argumentos já expostos.

No que tangia à jurisprudência, as seguintes decisões eram favoráveis à opinião liberal: *Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, rec. crim. n.º 6.365, de 22/8/66 (*Rev. Jurisp.* 16/347); rec. crim. n.º 6.319, de 25/4/66 (*ib.*, 14/293); rec. crim. n.º 5.956, de 2/12/63 (*Rev. Bras. de Crim. e Dir. Penal*, 12/171); rec. n.º 2.017, de 3/8/42 (*Arq. Jud.* 64/300); rec. n.º 4.351, de 30/1/56 (*Rev. For.* 171/368); *Tribunal de Justiça de São Paulo*: rec. 13.978, de 6/8/45 (in *Rev. Tribs.* 159/549), acórdão clássico no assunto; rec. 14.843, de 21/3/46 (*id.* 164/128); rec. 26.365, de 24/11/49 (*id.* 184/618); rec. 27.140, de 2/12/49 (*id.* 184/263); rec. 35.150, de 13/12/51 (*id.* 199/130); rec. 47.871, de 12/3/56 (*Rev. For.* 167/386); rec. 63.913, de 3/12/59 (*Rev. For.* 193/340); *Tribunal de Alçada de São Paulo*: rec. 2.913, de 28/8/54, de 5/5/59 (in *Repositório de Jurisp.* do Código Penal n.º 2.017, de *Darcy A. de Miranda*, vol. III, págs. 263/4); *Tribunal de Justiça da Paraíba*: rec. n.º 1.068, de 5/2/52 (*Rev. For.* 145/460); *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*: rec. n.º 606, de 16/12/65 (*Rev. For.* 213/94); rec. n.º 695, de 28/9/65 (*Rev. For.* 217/321).

Havia, também, em verdade, copiosa corrente doutrinária e jurisprudencial a favor da opinião restritiva. Algumas manifestações, menos rigorosas, embora considerassem, de *lege ferenda*, justa a tese liberal, julgavam-na inviável, de *lege lata*.

7. Quanto à segunda questão focalizada, cabimento da reabilitação, sem que tivesse havido integral cumprimento da pena principal, isto é, no caso de extinção da penalidade, *sursis* e livramento condicional, a solução estava em ler-se onde a lei (art. 119 do Código Penal) dizia que a reabilitação só podia ser concedida *quatro anos após a execução da pena principal*, ler-se *quatro anos após a extinção da pena*. Do contrário, cair-se-ia em idêntico ilogismo, de se negar a concessão da reabilitação ao condenado beneficiário do *sursis*, do livramento condicional, do idulto, graça ou anistia.

A argumentação de ALOYSIO DE CARVALHO FILHO era precisa. Insistiremos no trecho em que dizia: “Se a sociedade, por seu alvedrio, dispensa a pena, a pretexto de prescrita, aceitando que o condenado ingresse na vida social, como parcela livre, por que lhe negar a reabilitação, de que precisa para o seu definitivo reajustamento?”.

BASILEU GARCIA (*ob. cit. ib.*), por exemplo, mostrava a insuficiência do enunciado legislativo, no nosso Direito, pois nada justificava recusar-se a reabilitação, quando havia prescrição da pena privativa da liberdade, citando, a respeito, lição de FLORIAN (*Trattato di Diritto Penale*, parte geral, Milão 1934, pág. 1.154). Mas, embora a admitisse, em caso de *sursis*, e que para isto se devia ler *extinção de pena*, julgava que, diante do Código Penal, em sua redação original, não cabia no caso de prescrição:

“Já que não se executa a pena privativa da liberdade, a equitativa concessão teria de exceder, perturbadoramente, a estrita órbita legal”.

8. A Lei 5.467, de 5/7/1968, derivou da Emenda Substitutiva n.º 1-CCJ, da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal (Relator: Senador Jefferson de Aguiar), ao Projeto n.º 29/66 (na Câmara n.º 4.044/65) do Senador Guido Mondin (*vide D. Congr. Nac.*, Seção I, de 19/5/1967, fls. 2.447 e segs.).

O novo diploma legal assim estabelece: —

“Art. 1.º — Os arts. 119 e 120 do Código Penal, que dispõem sobre a reabilitação criminal, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 119 — A reabilitação alcança quaisquer penas impostas por sentença definitiva.

§ 1.º — A reabilitação poderá ser requerida decorridos 5 (cinco) anos do dia em que fôr extinta, de qualquer modo, a pena principal ou terminar sua execução e do dia em que terminar o prazo da suspensão

condicional da pena ou do livramento condicional, desde que o condenado:

a) tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;

b) tenha dado, durante êsse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;

c) tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

§ 2.º — A reabilitação não pode ser concedida:

a) em favor dos presumidamente perigosos pelos ns. I, II, III e V do art. 78 dêste Código, salvo prova cabal em contrário;

b) em relação à incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela, curatela ou autoridade marital se imposta por crime contra os costumes, cometidos pelo condenado em detrimento de filho, tutelado ou curatelado, ou por crime de lenocínio.

§ 3.º — Negada a reabilitação, não pode ser novamente requerida senão após o decurso de 2 (dois) anos.

Art. 120 — A reabilitação será revogada de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, se a pessoa reabilitada fôr condenada, por decisão definitiva, ao cumprimento de pena privativa da liberdade.

Parágrafo único — Os prazos para o pedido de reabilitação serão contados em dôbro no caso de reincidência”.

Verifica-se, destarte, que, atendendo à corrente liberal — que veio a consagrar totalmente — a recente lei explicita que a reabilitação alcança tôda e qualquer pena (principal ou acessória) imposta por sentença final, contando-se o prazo para seu requerimento (aumentado para cinco anos) a partir do término da execução da pena, da extinção da condenação por qualquer motivo, ou da data em que findar o prazo do *sursis* ou do *livramento condicional*, desde que preenchidos os requisitos legais, agora mais rigorosos. Abandonou-se, no particular, o critério original do Código Penal, de, no caso de haver medida de segurança detentiva, contar-se o prazo a partir do término desta *passando a prevalecer* sempre o prazo da pena principal.

No concernente ao pressuposto do ressarcimento do dano, equiparou-se àquele a renúncia da vítima ou a novação da dí-

vida, equiparação esta última que ALOYSIO DE CARVALHO FILHO (Comentários, Florense, 1955, págs. 441/2), no regime anterior, não admitia, salvo se se tratasse de novação subjetiva.

Outrossim, a lei tornou-se mais rigorosa com relação aos *reincidentes*, já que para estes o prazo de requerimento é de dez anos, sendo de quatro anos, se negado a reabilitação uma primeira vez, o prazo para novo pedido.

Ao tratar da impossibilidade da concessão da reabilitação, abrangeram-se, também, os presumidamente perigosos (com exceção dos *reincidentes*) “salvo prova cabal em contrário”, o que tornou, para este fim, tal presunção, tão somente *juris tantum*. Por outro lado, com relação à mesma questão, o novo diploma legal ao tratar da condenação, por crime de lenocínio, como causa impeditiva à reabilitação quanto à incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela, curatela ou autoridade marital, já não restringe a limitação, ao contrário do que fazia, anteriormente, o Código, à hipótese da prática daquele crime *contra a própria mulher*.

A atual redação do artigo 120 repete o art. 750 do Código Processo Penal, ao estatuir que a revogação da reabilitação pode ser feita de ofício ou a requerimento do Ministério Público, tendo passado a exigir, apenas, para tal fim, a condenação a pena privativa da liberdade por *sentença definitiva*, não mais se fazendo necessária a *irrecorribilidade* da mesma.

É evidente, enfim, que se mantém o benefício do art. 748 do Código Processo Penal, como vimos um dos mais importantes efeitos da reabilitação, bem como todo o sistema do diploma processual, em princípio atingido pelo projeto original do Senador Guido Mondin.

Podemos afirmar, portanto, que a nova disciplina do instituto da *reabilitação criminal*, no Direito Brasileiro, é louvável, pois que, mais rigorosa nos requisitos para a concessão do citado benefício, tornou-se mais abrangente e mais eficaz, como instrumento de recuperação moral e social do criminoso.

O INFANTICÍDIO NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL. CONSIDERAÇÕES MÉDICO-LEGAIS (*)

NILSON SANT'ANNA e NILTON SALLES

Depois de quase três décadas de vigência do nosso Código Penal, a evolução dos costumes e as novas condições sociais em que vivemos impuseram a elaboração de nova codificação penal, sendo apresentado o Anteprojeto do Ministro NELSON HUNGRIA.

Do ponto de vista médico-legal, pensamos, todavia, que possam ser sugeridas algumas alterações ao nôvo texto normativo.

No caso do Infanticídio, verificamos, quando das legislações anteriores, a vacilação com que tem sido o mesmo conceituado; ora ao admitir como única justificação a honra ameaçada, entendendo-se, assim, que o "delitum exceptum" seria decorrente da procura, pela mãe, de ocultar sua própria desonra (Códigos de 1830 e 1890); ora ao buscar explicação para a diminuição da pena na esfera biopsicológica própria ou inerente ao parto, na dependência do estado puerperal, e refutando inteiramente a condição "honoris causa" (Código de 1940). Chamou-se ao primeiro critério adotado de psicológico e ao segundo de fisiopsíquico ou biopsíquico.

O critério psicológico ou "honoris causa" levaria ao efeito da degradação da imputabilidade, pelo justificado motivo da ocultação da desonra, com todo o cortejo de angústia e de sofrimento, imposto por uma sociedade convencional e obediente a grande número de preconceitos, que peca, mas não aprendeu a perdoar o pecado. Esta ao agir, pressionando contínua e progressivamente, terminaria por esmaecer o instinto de piedade da infeliz mãe, chegando mesmo a levá-la à ocisão de seu fruto gestacional, quase sempre ilegítimo, espúrio.

Entenderam nossos legisladores de 1940 abolir o motivo "honoris causa" e tomar como base, para o tratamento privile-

(*) Trabalho realizado na Cadeira de Medicina Legal da Escola de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro.

giado da criminosa, as condições fisiopsicológicas rotuladas de “influência de estado puerperal”.

Vê-se, agora, no Anteprojeto, a conjugação de ambos os critérios, o de honra e o fisiopsíquico, como elementos justificativos da apenação diminuída:

Art. 119 — “Matar, para ocultar sua desonra ou sob a influência de perturbação fisiopsíquica provocada pelo estado puerperal, o próprio filho, durante ou logo após o parto:

Pena — detenção, de 2 a 6 anos”.

Substituiui, portanto, o Ministro NELSON HUNGRIA, a expressão “sob a influência do estado puerperal” por “sob a influência de perturbação fisiopsíquica provocada pelo estado puerperal”.

Com a devida vênia do douto e eminente jurista, não podemos aceitar a conceituação do referido crime fundamentada em tais princípios, nem, tampouco, entendemos necessária a nova fórmula empregada, presumivelmente mais explicativa.

Em primeiro lugar, a condição fisiopsíquica alegada, rotulada como “perturbação”, gera, indiscutivelmente, confusão no uso das expressões.

A Exposição de Motivos de FRANCISCO CAMPOS assim esclarece: “O infanticídio é considerado um “*delitum exceptum*”, quando praticado pela parturiente sob a influência de estado puerperal. Esta cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta sobrevivendo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto-inibição da parturiente. Fora daí, não há porque distinguir entre infanticídio e homicídio”.

Portanto, para os autores do Código Penal, a influência do estado puerperal pressupõe, como condição indispensável, a existência de “perturbação psíquica”, para que se possa ter o delito privilegiado.

Mas o que seria perturbação psíquica? Diferiria da “perturbação mental” referida no parágrafo único do art. 22?

Na Exposição de Motivos ainda se lê: “No seio da comissão foi proposto que se falasse de modo genérico em “perturbação mental”; mas a proposta foi rejeitada, argumentando-se, em favor da fórmula vencedora, que esta era mais compreensiva, pois, com a referência especial ao “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, e devendo entender como tal a própria falta de aquisições éticas (pois o termo mental é relativo a todas as faculdades psíquicas congênitas ou adquiridas, desde a memória à consciência, desde a inteligência à vontade, desde o raciocínio ao senso moral), dispensava alusão expressa aos surdo-

mudos e silvícolas inadaptados". E mais adiante: "O projeto teve em vista, aqui, principalmente, os chamados "fronteiriços" (anormais psíquicos, psicopatas)".

Onde, pois, a diferença, a delimitação entre a perturbação psíquica e a mental? Quais as funções psíquicas que estariam alteradas em uma e não na outra?

Perturbação é obrigatoriamente anormal, patológica, não mais compatível com a higidez; é a desordem, a confusão, a turbacão manifesta, acentuada, prolongada ou rápida, permanente ou episódica. Mas, como um breve "raptus" que seja, ela é anormal.

O Ministro NELSON HUNGRIA, em seus *Comentários ao Código Penal*, volume V, examinando o infanticídio, em correlação ao parágrafo único do art. 22, assim preceitua: "O art. 123 encerra, em última análise, um caso especial de "responsabilidade diminuída", que importa, "ex vi legis", conceitualmente em uma pena grandemente diminuída, em relação a qualquer homicídio doloso. A identificação de tal caso como está subordinada à averiguação de que o estado puerperal, ou seja, o estado conseqüente às dores do parto, ou de excitação e angústia por êste produzidas, aliado ao psiquismo particular (não anormal) da parturiente, contribui no ato voluntário da ocisão do infante".

Seria, portanto, normal ou anormal a paciente? Apresentando alterações, perturbações psíquicas ou mentais, como retirá-la das condições do art. 22 e seu parágrafo?

Ocorreriam, assim, condições normais e especiais da mãe, de natureza psicológica, geradas durante a gravidez e cujo parto, por si só, seria capaz de funcionar como fator eclosante do equilíbrio aparente até então existente. Nunca um surto agudo, episódico, abrupto, violento, surgido em plena clareza mental; nunca um surto de depressão, ou de excitação maníaca, que viesse a eclodir com o traumatismo do parto; nunca um "raptus" esquizofrênico, ou um estado lacunar de consciência de natureza comicial; jamais um estado confusional de natureza exógena, ou endógena, por distúrbios metabólicos ou do endocrinismo.

Em qualquer destas hipóteses, evidentemente, estaríamos nas condições de que trata o art. 22 e seu parágrafo.

A chamada "loucura puerperal", tão decantada por alguns antigos cultores da psiquiatria, com o assassinato do próprio filho, representa, hoje, apenas um dado histórico a ser mencionado quando do estudo dêste delito privilegiado, que não carece de maiores considerações.

Afastada inteiramente a motivação "honoris causa", como explicar que as novas condições psicológicas surgidas, subitâneas e passageiras, viessem a acarretar situações capazes de, por si sós, armarem a mão da criminosa para matar o próprio filho?

O legislador foi, então, coagido a forçar uma explicação para justificar tal procedimento da parturiente, que implicaria no privilégio da redução da pena cominada. Admitiu, portanto, que as dores do parto seriam suficientes para produzir alterações emocionais, que terminariam no desespero e no crime, em pessoas absolutamente normais, sem doenças mentais, ou psicopatias. Só nestas condições o legislador aceitaria a benignidade do tratamento à infanticida.

A prática, todavia, não referendou, em todo este tempo, e, por certo, não virá a corroborar a substituição de “impetus pudoris” pelo “impetus doloris”.

É ponto de vista pacífico, atualmente, para todos os mestres, clássicos ou não da psiquiatria, que esta forma autônoma de loucura puerperal aguda, transitória, episódica, com delírio momentâneo de pouca duração, capaz de levar a mãe ao decesso do próprio filho, não mais é aceita à luz da moderna psicopatologia.

O que existe, não há que discutir, é a imprecisão que têm os leigos do conceito das doenças mentais. Estas não são permanentes, obrigatoriamente continuadas, no que respeita à sintomatologia, em que deversem permanecer os pacientes sempre alienados, perturbados crônicos, sem interrupção desses estados. Fora dos episódios agudos é ele um indivíduo que se poderia tomar por normal, em muitos casos.

Quando livre do período agudo da melancolia, ou da fase maníaca, o psicótico maníaco-depressivo é um indivíduo ativo, trabalhador e operoso como os demais, apenas não se separando das manifestações decorrentes de sua ciclotimia e não indo, por outro lado, ao apoucamento demencial, nem mesmo tardiamente. Mas, abrupta ou lentamente, quando de um novo surto, pode ele ir ao suicídio, ao homicídio, ou à prática de outros delitos, por ação ou omissão, podendo ser estes surtos determinados por múltiplos fatores, inclusive o parto. Não mais se fala em intervalo lúcido nos dias atuais.

São sem conta as pacientes internadas com psicoses “post-partum”, de curta ou longa duração, com exuberante ou discreta sintomatologia. Os surtos agudos esquizofrênicos em mulheres que vinham ôtimamente bem fora da gravidez e que irrompem de um momento para outro, com forma paranóide ou catatônica, conduzindo à violência própria desses estados, são observados com acentuada frequência.

A probabilidade de surgir uma crise comicial, ou de se apresentar quadro de furor epilético, após o parto, ou durante o mesmo, é de fácil entendimento.

Acrescente-se que, atualmente, com o advento da moderna quimioterapia neuropsiquiátrica, o controle dos sintomas e a re-

missão do quadro clínico se tornaram muito mais evidentes e eficazes que antes. São inúmeros os epiléticos sem crises, os esquizofrênicos que vivem adaptados às suas funções, os estados maníacos e depressivos facilmente controlados.

Parece-nos que sempre que o legislador se refere a perturbações psíquicas, tem os olhos voltados para os quadros mentais descritos pelos clássicos, em tempos idos, como a loucura puerperal de MARCÉ, que fez fortuna e, ainda hoje, imprime aos códigos atuais a falsa e errônea idéia da existência das tais condições fisiopsíquicas especiais inerentes ao parto e ao puerpério.

A observação, entretanto, jamais comprovou a existência real de tais situações anômalas. Mas, ainda que as encontrássemos, elas estariam perfeitamente enquadradas no disposto no art. 22 e seu parágrafo.

É absurda, consoante os estudos psicopatológicos modernos, a admissão de tais perturbações, nos moldes em que foram descritas, capazes de levar a mãe ao extermínio do próprio filho. É fato teórico, poético e imaginativo, mas não científico.

Um código penal tem que ser fundamentado em conhecimentos sólidos, concretos, comprovados e aceitos unânimemente pelos técnicos especializados. Aqui, justamente o inverso é o que se verifica.

Não há mais lugar para ficções e fantasias em assuntos de tal importância social. O empirismo já o cedeu à ciência, como a alquimia já se perdeu no fundo das distâncias.

E ainda se não bastassem tais argumentos, também faltaria sua exequibilidade. Como poderia o perito afirmar que tal episódio psicológico de curta duração ocorrido de forma subitânea, desaparecendo sem deixar "reliquat", em mulher mentalmente sã, realmente houvesse ocorrido, e mais, fôsse capaz de justificar a conduta homicida? Onde a exequibilidade da aplicação da lei? Como observar a tipicidade da lei penal? Como caracterizar a figura delituosa, em face de laudo psiquiátrico inconcludente?

Infelizmente, os autores que se têm ocupado destas questões falam muito em perturbação mental, em estado confusional, enfim, em diversas situações anômalas, tipicamente patológicas, que não se coadunam, absolutamente, com o conceito específico estabelecido pela lei. Referem-se, sempre, não há dúvida, ao que está previsto no art. 22 e seu parágrafo.

Manteve, ainda, o Anteprojeto, a mesma conceituação de puerpério, ou estado puerperal, em desacôrdo com a definição que lhe dá a Medicina. Entendem os juristas que este período se inicia com o parto, permanecendo algum tempo após o mesmo; para os médicos êle se iniciaria após o parto, em seguida à expulsão da placenta e se estenderia até à volta do organismo materno às condições pré-gravídicas.

Se se fala de influência dêste “estado”, que agiria por uma série de sintomas fisiopsíquicos, como delimitar até que ponto poderia o mesmo atuar?

É fácil falar-se em “logo após”, delimitando, assim, o período ao simples desejo do legislador. Mas, é de se perguntar: É isto certo, de acôrdo com os conhecimentos ginecológicos e obstétricos atuais? É fundamentado em algum dado científico verdadeiro? Decorrido o breve período, logo após o parto, que poderia ser determinado pela secção do cordão umbilical, ou pela execução de cuidados ao nascituro, limpando-o do induto sebáceo e sanguinolento que o envolve, enfim, após ser realizado qualquer ato indicativo de avaliação daquele curto espaço, teriam desaparecido as tais alterações fisiopsíquicas apresentadas pela puérpera? Horas depois, ou no dia imediato, não mais se poderia admitir a influência do puerpério? Mas nem no dia seguinte ao parto, quando praticamente nenhuma involução ainda se processou? Ou o legislador quer apenas se referir à influência do parto, do traumatismo somatopsíquico decorrente da parturição, do fenômeno às vêzes estafante e doloroso à que é submetida a mulher durante o curso de algumas horas de duração? Se êsse fôsse o pensamento, por que falar em estado puerperal, e não em estado inerente à parturição?

Observe-se, ainda, que os casos verdadeiros de perturbação ou de doença mental surgidos “post-partum”, comumente não surgem naquele exíguo tempo compreendido na expressão “logo após” e, sim, dias depois do mesmo.

Pressente-se, portanto, que o legislador do código vigente, ao corrigir o de 1890, que só cogitava do motivo de honra, não quis alterar o período breve que se estenderia até pouco depois do parto, que, por certo, teria perfeita aplicação ao se cogitar da honra, mas nunca em se tratando do estado puerperal. No Anteprojeto em estudo, a conjugação de ambos resultou numa impropriedade científica.

Quanto à condição “honoris causa”, se é bem verdade que, excepcionalmente, a pressão permanente, violenta e impiedosa exercida pela sociedade contra a mãe, pelo repúdio à ilegitimidade possa levá-la a exterminar o próprio filho, para com isto fazer desaparecer o inocente responsável por seu opróbrio, cumpre, entretanto, tecer algumas considerações.

Foi criada a figura do abôrto “honoris causa”, no Anteprojeto.

“Abôrto por motivo de honra:

Art. 124. Se o abôrto visa a ocultar a desonra de mulher, seja provocado por esta, seja por terceiro com o seu conhecimento:

Pena — detenção, de 6 meses a 2 anos”.

Um delito menor — o aborto “honoris causa” para substituir o infanticídio “honoris causa”.

Ora, poder-se-ia perguntar: Se a lei faculta a diminuição de pena, só para encobrir a desonra, o que permitiria a mãe promover a morte de um embrião, entre um e três meses de vida, por que, ainda, conceder-lhe o privilégio de, rejeitando a concessão anterior, matar um recém-nascido, após haver exibido durante nove meses o abdômen globoso e ostensivo da gravidez?

Note-se que tudo lhe seria mais favorável, desde a desnecessidade da difícil ocultação da prenhez, até a facilidade de interrupção com riscos diminutos para sua vida.

A êste respeito, em recente conferência “A Medicina Legal em face do Anteprojeto Nelson Hungria”, proferida no Instituto Latino-Americano de Criminologia, assim se expressou o ilustre tratadista HELIO GOMES: “Portanto, o objetivo da lei, que é ocultar seu estado é eficiente. Mas, que uma mulher deixe a gravidez ir a térmo e, nessa ocasião, mate o filho para ocultar sua situação é inadmissível... A gravidez é, por excelência, sensacionalista, publicitária. É uma situação do conhecimento geral”.

Concordamos com a idéia apresentada pelo ilustre professor, mas entendemos que é forçoso admitir que situações múltiplas podem dificultar, quando não tornar mesmo impossível a intervenção abortiva. Desde o problema financeiro, não lhes sendo permitido o ônus de operação clandestina, até as dificuldades encontradas no seio da família e do local onde vivam, aos problemas de ordem religiosa, ao medo de se submeter aos riscos da perigosa operação, etc., tudo isto reforçado pela baixa condição sócio-econômica e cultural, que quase sempre acompanham estas angustiadas mães. Atente-se que, decorridos os três primeiros meses, mais se acentuam os obstáculos à intervenção. Os abortadores mais experimentados se recusam, após êste período, a praticar as manobras abortivas, em virtude dos maiores riscos apresentados; ou fazem-nas ainda alguns, mas por quantias muito maiores, com intervenções cirúrgicas em Casas de Saúde, despesas com auxiliares, etc., tornando inacessíveis os gastos necessários.

E assim, prossegue a gravidez, perdendo a mãe a oportunidade de livrar-se, cedo, da causa de sua desonra, cometendo um delito menor.

O infanticídio, muito raro em nossos dias, tende a desaparecer, com o perpassar dos anos, a evolução cultural dos povos, as novas condições de vida e a influência de novas correntes filosóficas. Em breve, não mais nos haveremos de ocupar de tal crime. Desaparecerá, por certo, o motivado pela honra, podendo ser encontrado, esporadicamente, mas determinado por parturi-

ente, ou puérpera, nas condições de que trata o art. 22 e seu parágrafo.

Mas, no momento atual, entendemos que deva ser êle conservado no Anteprojeto. Mesmo porque, retirar-lhe as condições de privilégio com que é tratado, corresponderia a transformá-lo em homicídio qualificado, com muitas agravantes. Sairíamos de uma pena de detenção de 2 a 6 anos, para outra de reclusão, de 12 a 30 anos, o que contrariaria, sem dúvida, os postulados de política criminal. O tempo melhor determinará quando, por motivo de honra, não mais se deva considerar o infanticídio um "delictum exceptum".

Em nossos dias, são inteiramente outros os conhecimentos e meios técnicos e científicos no campo dos anticoncepcionais. Todavia, ainda há que se considerar a ignorância de nossa gente, do grau cultural de nosso povo, embora, em verdade, os novos meios empregados dependam, cada vez menos, para sua aplicação, de boa capacidade intelectual das mulheres que dêles se utilizam, visto que, até compulsoriamente, por vêzes, têm sido êles aplicados.

Não nos move, neste trabalho, evidentemente, o desejo de apreciá-los do ponto de vista médico-jurídico, mas, sim, alertar o legislador para o fato de que tais práticas são hoje de uso corrente, muito difundidas em todo o território nacional, principalmente as pílulas contraceptivas, e, portanto, dêles se poderiam prover, se assim o desejassem, aquelas mulheres cujos conluios não fôsse legitimados.

Seria a prevenção de concepção ilegítima, logicamente muito mais aceita, compreendida e tolerada, que um aborto criminoso, ou o assassinio de uma criança a termo e bem formada. Não nos esqueçamos porém, que, ainda que o desejassem, muitas mulheres não se poderiam utilizar dos anovulatórios, ou por contra-indicação médica, dados os para-efeitos determinados, ou pela falta de numerário para adquiri-los continuamente.

As novas descobertas e o aperfeiçoamento da técnica em Bioquímica, por certo ainda mais mudarão, em futuro próximo, a situação atual, reduzindo acentuadamente, a incidência do infanticídio.

No que concerne à influência da perseguição de ordem moral, a que a mãe seria submetida por uma sociedade intolerante, julgamos lícito aceitá-la, ainda nos dias que correm, quando é patente a liberação de carcomidos preconceitos, que, outrora, tão larga cobertura de privilégios davam à mulher homicida. No futuro, cremos, será impossível, senão ridículo, o fato de se admitir a tolerância de um homicídio, sobremaneira qualificado, para escusar-se a mulher que teria matado o próprio filho, para encobrir sua desonra.

Serão outras, sem dúvida, as reações apresentadas pela sociedade em face da gravidez ilegítima (se assim ainda a pudermos chamar); serão outras as concepções da família e a aceitação do amor livre das barreiras preconceituais; será revisto, certamente, aquêlê entendimento da desonra, como nós a admitimos hoje.

Mas de que honra fala nosso legislador? Ilegitimidade dos congressos sexuais? Infâmia de nascer um filho natural? Desonra do amor livre? Abandono da mãe pelo amante, após a gravidez?

A não ser assim, indubitavelmente, não refletiria o código o retrato fiel da sociedade contemporânea. Lembremo-nos que “o Código Penal é o mínimo de moral exigido de um povo”, e esta moral, esta concepção de princípios morais, éticos e de normas de conduta, também não é estacionária, não é estática. É, sim, dinâmica como o são tôdas as conquistas sociológicas.

Lê-se em ANÍBAL BRUNO, em seu *Tratado de Direito Penal — Crimes contra a Pessoa*: “A honra de que aí se trata é a honra sexual, a boa fama. O respeito público de que goza a mulher pela sua vida de decência e bons costumes. Se a sua existência anterior era desonesta ou a sua desonra era conhecida, não lhe cabe a alegação da defesa da honra”.

Conclui-se, portanto, que a morte do recém-nascido representaria o apagamento do único, ou do último vestígio ostensivo do qual se deveria livrar a mãe desonrada. O parto seria, então, o limite divisório entre a honra e a desonra. Minutos antes, a ameaça da desonra pública; minutos após, com o homicídio, o soerguimento da honra ultrajada. O homicídio restituiria, destarte, a honra combalida e conspurcada, voltando, assim, a mulher ao seio da sociedade, sem que sôbre ela voltasse a pairar a sombra da infâmia, do infortúnio.

Estamos reforçando um pouco as tintas, ao descrever as razões de honra, para que sintamos como, em futuro próximo, talvez não mais as possamos admitir.

A observação dos casos registrados, no entanto, mostra-nos que existe, indiscutivelmente, uma noção de honra, nestas mães, um pouco diferente da que teria a sociedade em geral.

Atuam desesperadas, descontroladas, determinadas pela pressão, a coação a que são submetidas, e, não mais resistindo, após tanto tempo, num ímpeto em que não avaliam, não ponderam o que fazem, repelem o filho, repudiam-no. Não consegue a mãe dedicar-lhe afeto; sente, ao contrário, repulsa. Quer apenas livrar-se dêle, para continuar a viver tranqüila, ou, pelo menos, não humilhada, perseguida, amaldiçoada e infeliz.

Esta a sua concepção, a sua noção de honra. Diferente, sem dúvida, de nossa compreensão, de nossa capacidade de entendimento, de nosso poder de reação; mas perfeitamente compre-

ensível, em tais mulheres, quase de condição humilde e reduzido grau sócio-cultural.

A favor disso fala o fato de que tais crimes não se repetem, sendo sempre praticados pela mãe uma única vez.

Este é um argumento fortíssimo para a aceitação do infanticídio "honoris causa" — a não reincidência —, e, por outro lado, a recusa da influência do estado puerperal, pois em outras gravidezes sucessivas poderia o delito perfeitamente se repetir, o que nunca se observou na prática.

Não nos esqueçamos que a lei permite o abôrto sentimental em caso de estupro, compreendendo que a mãe não poderia ser obrigada a aceitar aquêlê filho, fruto de uma conjunção carnal violenta. Ora, não conseguindo, por um motivo qualquer, a interrupção da gravidez e chegada esta a têrmo, é de se avaliar o psiquismo daquela pobre mãe, o estado emocional, afetivo e volitivo, que deverá apresentar por ocasião do parto. E, se num ato desesperado, em que não controlasse o ímpeto que a dominasse momentâneamente, viesse a matar o próprio filho que a fazia viver amargurada e infeliz por tanto tempo, não seria razoável que a esta mãe se estendesse o privilégio da pena diminuída? Não seria justo o entendimento da situação emocional desta mãe, para ocultar sua desonra?

No que se relaciona à verificação de vida, permitimo-nos, ainda, algumas considerações. É ponto de vista tranqüilo entre os juristas que aqui se trata, tão-sòmente, de vida biológica, venha ou não a existir vida autônoma. Basta, portanto, que a criança tenha sua vida dependente da vida da mãe durante o processo do parto.

No entender de NELSON HUNGRIA, desde que a ação delituo-sa seja cometida sôbre um fato que se poderia chamar biolôgica-mente vivo, o crime está enquadrado no código, bastando para tanto averiguar se antes da expulsão havia vida, isto é, um mî-nimo de atividades funcionais, como por exemplo, a circulação sangüínea presente em todo o feto vivo. O que interessa nesse particular, para caracterizar o crime em face do atual código, é que êle seja cometido sôbre um feto vivo, mesmo com reduzida afirmação de vida, sem ter respirado ainda, incapaz de vida au-tônoma, ou sôbre um recém-nascido imaturo, anômalo, disforme, com a vitalidade que apresentar, contanto que esteja vivo, em-bora por pouco tempo, dada sua imperfeição ou anomalia. Não entra em causa a questão da viabilidade para a configuração do crime.

É lógico que o feto vive no seio materno, pode continuar vivo durante a expulsão, antes de respirar, mas também é pos-sível que morra nessa fase pela ação de causas patológicas, ou violentas, não criminosas.

Se, todavia, violências delituosas forem cometidas durante ou após o parto, nestas últimas condições, entendemos não poder haver crime, por falta do objeto, em face dos dispositivos da lei. Não é suficiente, pois, sômente demonstrar que o feto estivesse vivo no comêço do parto; é necessário também afirmar a vida durante o período da expulsão, para que o crime seja consubstanciado.

Pelo fato do indivíduo ter estado vivo no útero, é mera suposição dizer-se que deveria estar vivo durante a transição para a vida extra-uterina, desde que não se prove cabalmente que, naquele momento, realmente estivesse vivo.

A presença do "caput succedaneum" ou tumor do parto indica que o feto estava vivo quando iniciado o trabalho de parto, mas não prova que, do início até a expulsão, o feto não tenha morrido e, portanto, não tivesse sido expelido já morto. É até eventualidade comum em parto laborioso com sensível sofrimento do feto, que êste tenha bossa sero-sangüínea volumosa e seja expulso morto. Também não é regra estar sempre presente a bossa sero-sangüínea, que nem só pode faltar, como nos partos rápidos de apresentação cefálica, ou em casos de dimensões exiguas da cabeça, como pode passar despercebida ao exame tanto mais que as perícias dêste gênero são feitas em cadáveres putrefeitos, ou em mau estado de conservação.

Além do mais, os partos nem sempre são assistidos, sendo freqüentemente clandestinos, e quando há dificuldades no trabalho, não contam com a experiência de qualquer técnico que possa diminuir o sofrimento do feto e facilitar sua expulsão, havendo nem só maior possibilidade de morte do mesmo, como também maior bossa sero-sangüínea.

Traduzem, portanto, que até sua produção o feto estava vivo. Do mesmo modo se comportam as pequenas hemorragias superficiais do couro cabeludo, ou mesmo do pericrânio.

Não julgamos possa ser válida a aceitação de que a prova testemunhal da vida extra-uterina venha a ser supletiva da prova pericial, sendo sempre subsidiária desta. Em que se poderiam basear afirmações de leigos a respeito de vida extra-uterina do feto, quando as provas técnicas falharem?

Estas informações, infalivelmente, dizem respeito a gritos e movimentos do recém-nascido. Sabe-se, porém, que um pequeno grito pode ser determinado mecânicamente pela penetração de ar na traquéia e grossos brônquios, ou pela expulsão do mesmo, sem que tenham agido os músculos respiratórios. Quanto aos movimentos, é conhecido que o embrião ainda com algumas semanas de vida intra-uterina já os pode apresentar.

FODERÉ, citado por SOUZA LIMA, já havia observado que as crianças, logo depois do parto, podem abrir a bôca, estender os braços, levantar os olhos, sem que êstes sinais indiquem vida

subsistente. Podem ser até movimentos convulsivos que apresentem no momento mesmo em que cessam de viver.

Os obstetras estão habituados a ver embriões de três a quatro meses apresentarem movimentos, sem que isso implique em vida no sentido completo da palavra.

Não vemos, pois, como se possa assegurar a existência de vida extra-uterina ou “intra-partum”, se não se puder provar tenha havido respiração.

O que a lei exige não é a morte de um feto, de vez que não temos a figura jurídica do feticídio, mas, sim, a morte de um indivíduo, com vida autônoma.

Entendemos absurdo, por exemplo, acusar-se alguém da prática de infanticídio, por ter executado manobras violentas em um feto de quatro meses, que tivesse apresentado movimentos finais de uma vida dependente da mãe.

Os legisladores devem criar, então, uma figura jurídica para êsse tipo de morte violenta, mas não buscar tipicidade naquele delito.

A respeito da viabilidade, é grande a discordância entre os peritos e juristas. Parece-nos que, com os progressos da ciência médica, a inviabilidade tende a reduzir-se em face dos novos recursos que, de futuro, serão empregados para a consecução de conquistas nesse terreno. Mas, ainda assim, é preciso que se delimite o período dessa viabilidade. Abaixo de uma determinada idade fetal, o desenvolvimento dos órgãos, as condições anátomo-fisiológicas daquele ser não amadurecido, não são de molde a permitir, em hipótese alguma, o prosseguimento daquela vida residual, agora em situação autônoma.

Cremos que bem se poderia estabelecer, como limite da viabilidade, o prazo de cinco meses de vida fetal, tendo em vista ser praticamente impossível que se consiga fazer sobreviver um feto com menor tempo de vida intra-uterina. O que, portanto, se observaria, caso viesse a mãe a promover o extermínio de seu produto conceito, imaturo e inviável, de menos de seis meses de vida gestacional, seria a extinção de um resto de vida parasitária, dependente, que se esvairia mesmo que nenhuma violência houvesse sido praticada, e mais, ainda que inversamente, todos os cuidados lhe houvessem sido prestados.

É-nos difícil deixar de ver um contra-senso, no entendimento dêste fato, da forma como foi exposto, como um infanticídio, rotulando dessa maneira, aquêle resto, aquêle fim de uma vida prestes a se extinguir, aquela última centelha, aquêle derradeiro lampejo de uma existência residual decorrente das trocas metabólicas placentárias.

A perícia comprovando, após estudo detalhado, a impossibilidade absoluta da inviabilidade, por manifesta impossibilidade de respiração, julgamos com SOUZA LIMA e a maioria dos au-

tores, que se deva ter a justa condescendência de não considerar a existência de crime. A não ser, como já referimos, que o futuro código cogite do crime de feticídio, no qual a violência seria concentrada, tão-sòmente, sôbre o feto que estava ainda com vida biológica sem ter autonomia dessa vida.

Acrescente-se, ainda, que a redação do artigo fala em “durante ou logo após o parto”, e o que aqui se verificaria jamais se poderia chamar de parto.

Como falar-se em parto, referindo-se à expulsão de um feto de menos de cinco meses — prazo que ousamos sugerir para a delimitação do período de inviabilidade —, quando se sabe que o que teria ocorrido seria um abôrto espontâneo? Onde encontrar as características inerentes ao trabalho de parto, em uma simples expulsão abortiva não violenta? Não se pode falar em trabalho de parto em uma expulsão de feto de cinco meses.

E note-se que as alegadas condições de traumatismo, de estafa, de dores, de angústia e de ansiedade, as quais poderiam vir segundo o critério fisiopsíquico, a acusar, durante o parto, ou logo após êste, situações psicológicas especiais na mãe, capazes de levá-la ao assassínio do filho, não existiriam em um simples trabalho de abortamento espontâneo.

Não sendo previsto no Código Penal a figura jurídica do feticídio, não entendemos justo, pelas razões expostas acima, o enquadramento dessa possibilidade dentro do infanticídio.

Em resumo, consideramos que se deva, em nossos dias, conservar o tratamento privilegiado do infanticídio, única e exclusivamente por motivo de honra, conservando a delimitação do tempo que decorre durante o parto e se estende até logo após êste. Estamos, assim, de acôrdo, plenamente, com a Comissão Revisora do Anteprojeto, quando sugeriu a nova redação para o infanticídio:

“Matar, para ocultar sua desonra, o próprio filho, durante ou logo após o parto:

Pena — detenção, de 2 a 6 anos”.

Julgamos também indispensável, para aplicação da lei, que o recém-nascido seja de idade superior a cinco meses de vida intra-uterina, e que seja comprovado, pela perícia, tenha o feto respirado, isto é, vivido.

Concordamos, com o legislador, seja mantido o abôrto “honoris causa”, nas condições em que foi enunciado, não vindo impossibilitada alguma em conservá-lo ao lado do infanticídio “honoris causa”, evidentemente cominando a êste pena maior que àquele, como foi estabelecido.



PARECERES

APELAÇÃO CÍVEL N.º 65.726/69

1.ª Câmara Cível

Apelante: Fonseca Bittencourt S/A Engenharia, Comércio e Indústria e Outro.

Apelado: Brasil Central S/A Bracinvest, Investimentos, Crédito e Financiamento.

PARECER

Alienação fiduciária. Situações jurídicas "sui generis" das partes. Atipicidade do negócio jurídico. Ação cabível no caso de inadimplemento do fiduciante. Não cabimento, em princípio, de condenação em perdas e danos pelo mau uso da coisa.

1. Trata-se de *alienação fiduciária*, contrato em que o *fiduciante* (devedor) obtém financiamento da *fiduciária* (credor) para adquirir bens de terceiro, ficando a guarda dos mesmos com o *fiduciante*, que não pode deles dispor, enquanto não pagar o empréstimo, podendo o *fiduciário*, no caso de mora ou de inadimplemento, reavê-los, não para os incorporar a seu patrimônio, mas para vendê-los, a fim de ser pago o débito mais as despesas, sendo do *fiduciante* o saldo.

Tal negócio jurídico, cujas raízes históricas podem ser encontradas no Direito Romano, que dele abusou, recebeu entre nós tratamento especial na Lei do Mercado de Capitais (lei 4.728, de 1965), que tem gerado dúvidas, não só quanto à natureza das situações jurídicas das partes oriundas de tal negócio, como também quanto à ação cabível no caso de inadimplemento.

2. No presente caso, tendo ocorrido o inadimplemento do fiduciante (devedor), foi proposta *ação de depósito*. Depositados os tratores; vistoriados; foi pericialmente constatado estarem danificados pelo mau uso. Por tal motivo, a sentença condenou os réus em perdas e danos, a serem apurados em ação própria, mais custas e honorários, em 10%. Daí a presente apelação, em que o apelante argúi nulidade, em virtude de ter ocorrido o prosseguimento da ação sem ter sido citado um dos réus e em virtude de ter o autor desistido, depois da contestação, da ação contra o réu não citado sem a anuência dos demais réus citados, objeto de agravos, bem como nulidade pela impropriedade da ação proposta.

3. Vejamos os agravos. A nosso ver, não devem ser providos. Quanto ao primeiro (fls. 131), porque, havendo solidariedade confessada pelo próprio recorrente, o credor, ora apelado, pode acionar qualquer um dos devedores, não estando obrigado a acionar todos. Assim, em virtude da solidariedade, o credor pode desistir da ação contra um dos devedores, prosseguindo contra os demais, sem que estes possam impugnar a desistência, pelo simples fato de que o credor pode exigir a prestação de um dos devedores. Improcede o segundo agravo (fls. 153), não só por tais motivos, mas também porque o autor só não pode desistir da ação, depois da contestação, contra o réu citado, que a contestou, porém pode contra o réu não citado. A ação é uma simples faculdade do credor, e não uma faculdade-dever.

4. Finalmente, quanto à propriedade da ação, a questão é controvertida, sendo omissa a lei nesse ponto, inexistindo, na jurisprudência, base sólida para ser construída uma solução. A nosso ver, o devedor, antes de pago o débito, é mero depositário *sui generis*, pois tem a condição de *depositário* (art. 66, § 2.º da lei 4.728) e as faculdades de quem tem posse. Tendo em vista tal situação, pensam alguns caber, no caso de inadimplemento do fiduciante, *ação de depósito*. Entretanto, dois ou três julgados de São Paulo, publicados no *O Estado de S. Paulo*, não seguem tal direção, pois, apontam a *possessória* como ação cabível. Entretanto, entre nós, houve um julgado que transformou a ação de depósito em *ação ordinária*. Porém, a maioria entende que *Busca e Apreensão* é cabível. Tal medida visa a retirar a coisa do poder de quem a detém ilegítimamente para colocá-la à disposição de quem sobre ela tem direito. De certa forma, a ação de depósito, sem se confundir tecnicamente com tal medida, chega, na prática, ao mesmo resultado. Assim, considerando, como consideramos, dever o Direito dar soluções práticas, e não se perder em questões acadêmicas, que complicam e não conduzem, na maioria das vezes, a resultado algum; considerando que o devedor (fiduciante), na alienação fiduciária, tem a *guarda* da coisa; considerando que tal guarda é *sui generis*, pois atribui-lhe faculdades da posse; considerando que, no caso concreto, o *fiduciante* é *depositário* (cláusula 11), tendo assim, por força do contrato, mais do que a mera *condição* de depositário; considerando que a lei silencia

quanto à ação cabível no caso de mora ou inadimplemento do fiduciante e a jurisprudência não se firmou ainda nesse terreno, flutuando entre a *ordinária*, a ação de *depósito*, a *reintegração de posse* e a *imissão de posse*; considerando que a atipicidade da alienação fiduciária permite apontar como cabível, no caso de inadimplemento, uma dessas ações, pois dá origem a situações jurídicas decorrentes de mais de um instituto jurídico: depósito comodato em virtude de o fiduciante ter o uso gratuito da coisa, posse e promessa de venda com reserva de domínio; considerando que apesar da divergência reinante, há acôrdo quanto à *busca e apreensão* como medida cabível; considerando que, no presente caso, a coisa, objeto do negócio fiduciário, já está depositada, à disposição do credor (fiduciário); considerando que tal resultado não difere do que seria o atingido com busca e apreensão, reputada como cabível; considerando tôdas essas circunstâncias e questões de direito, é que opinamos pela rejeição da preliminar de não-cabimento da ação, por entendermos, havendo inadimplemento do devedor, caber, no caso de alienação fiduciária, a ação de depósito. Aliás o Professor VICENTE RAO, em parecer, acompanhado de sugestões para a reforma da Lei do Mercado de Capitais, aponta a ação de *depósito* como cabível no caso de inadimplemento do fiduciante, e o ilustre Des. LUIZ ANTONIO DE ANDRADE acaba de apresentar anteprojeto de lei reformador da referida lei, dando no art. 13, ao credor, a ação de *depósito* para recuperar a coisa no caso de inadimplemento do devedor.

5. Colocada a questão nestes termos, parece-nos que as demais questões não oferecem dificuldade, salvo a que diz respeito à condenação em perdas e danos, que achamos não ser aqui cabível. E assim pensamos por entendermos que *dano* significa diminuição de um patrimônio. Ora, na alienação fiduciária, o credor não tem domínio, não sendo proprietário da coisa negociada, que assim não está integrada em seu patrimônio. Tem crédito, e não domínio. Direito pessoal garantido pela coisa, e não direito real. Sendo assim, tècnicamente, não se pode dizer ter o credor sofrido diminuição em seu patrimônio em virtude do mau uso da coisa, ou seja, ter sofrido dano com o mau uso do objeto negociado. Tanto é assim que, recuperado o objeto do negócio, não é incorporado ao patrimônio do credor, pois deve ser vendido para ser obtido o saldo devedor mais despesas, sendo do devedor o que restar (art. 66, § 5, da lei 4.728). É certo que o depositário, com direito de usar a coisa, tem a obrigação de guardá-la com toda diligência, respondendo, conseqüentemente, pelo mau uso. Todavia, tal regra supõe que o depositante tenha direito à coisa, que esteja ela incorporada a seu patrimônio, o que não ocorre com o fiduciário, que tem direito de *exigila*, no caso de inadimplemento, para vendê-la, a fim de ser saldado o débito. Tendo em vista que o objeto negociado, tratores, em face da desvalorização da moeda, deve ter adquirido nôvo valor, fatalmente superior ao saldo devedor mais despesas, não vemos razão, *no momento*, para a condenação em perdas e danos. Se a venda do objeto depositado

não atingir, em face do estado em que se encontra, o valor do débito, terá então o credor direito a propor ação para obter o que faltar, ou seja, perdas e danos, no montante do que faltar, tendo como prova a perícia realizada nesta ação.

6. Quanto aos honorários, 10% sobre o valor da causa, é condenação usual e moderada.

Pelo provimento em parte do recurso, para excluir perdas e danos da condenação.

Rio de Janeiro, 5 de agosto de 1969.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

7.º Procurador da Justiça

APELAÇÃO CÍVEL N.º 13.215

6.ª Câmara

Apelantes: 1.º) Espólio de Aroldo Leitão da Cunha, por sua inventariante Angelina de Carvalho Leitão da Cunha.

2.º) Alde Feijó Sampaio.

Apelados: Os mesmos.

I — *É válida a promessa de compra-e-venda de imóvel inalienável, desde que ajustada sob condição suspensiva da sub-rogação judicial do ônus em outros bens e sem ofensa às regras estatuídas para o processo respectivo.*

II — *A sub-rogação não constitui condição juridicamente impossível, porque não é vedada no sistema do Código Civil.*

III — *Não realizada a condição suspensiva sem culpa dos contratantes, desfaz-se o negócio jurídico, cabendo-lhes restituir as prestações provisoriamente cumpridas.*

PARECER

1 — O DR. AROLDO LEITÃO DA CUNHA, com a necessária assistência da espôsa, sendo senhor e possuidor de propriedade agrícola havida em pagamento da legítima paterna, gravada da cláusula de inalienabilidade, prometeu vendê-la, *sub conditione* de obter prévia sub-rogação judicial do ônus em outros bens.

Na escritura de promessa (fls. 16), ficara convencionado que a sub-rogação deveria efetuar-se no prazo de seis meses, prorrogável por motivo de *fôrça maior*, ou *puro embaraço judicial*. Ficou ainda pactuado que, se, findo o referido prazo de seis meses, não houvesse solução no processo de sub-rogação, lícito seria aos promitentes compradores assumir-lhe a direção para o que lhe outorgariam os promitentes vendedores os necessários poderes.

A sub-rogação foi requerida regularmente (fls. 166) e não se ultimou dentro do semestre estabelecido, sem culpa dos requerentes, como o reconheceram os próprios promitentes compradores, que não quiseram tomar a responsabilidade de orientar o processo, conforme lhes facultava o contrato.

Sobreveio, porém, a morte do DR. AROLDO LEITÃO DA CUNHA (fls. 11), e sua viúva-inventariante e filhos-herdeiros propuseram a presente ação ordinária, com fundamento nos arts. 69, 145, V, 158 e 1.676 do Código Civil, para o fim de ser declarada a nulidade da escritura de promessa de compra-e-venda, que teve por objeto bem inalienável e fora do comércio, condenados os réus a devolver a posse do imóvel.

Os promitentes compradores não só contestaram a ação, como ofereceram reconvenção, em que pleitearam fôsem os autores-reconvindos condenados a outorgar escritura definitiva de venda, cumprindo a promessa pactuada, ou a restituir o sinal e pagar perdas e danos.

O MM. Dr. Juiz *a quo*, na r. sentença de fls. 191, julgou improcedente a ação, porque, na escritura incriminada, “nem se cogitou de vender coisa inalienável, já que a venda só teria lugar quando ela mais não o fôsse, nem se invalidou cláusula que assim a tornava, pois que a *condição* do negócio era seu desaparecimento por sub-rogação”.

Julgou, outrossim, os réus carecedores do direito de reconvir, invocando a regra proibitiva da alínea V do art. 192 do Código de Processo Civil.

Daí as duas apelações.

Justifica-se a intervenção do Ministério Público, em razão da existência de um interdito entre os autores.

2 — Se o contrato, que deu origem ao litígio, constituísse uma promessa de compra-e-venda pura e simples, teria incidido, sem dúvida, na sanção dos arts. 69 e 1.676 do Código Civil, conforme sustentam os autores, ora primeiros apelantes, porque da inalienabilidade vitalícia do bem emanaria a nulidade do compromisso de alienação.

Não nos parece que, em tal hipótese, pudessem prevalecer argumentos oriundos da teoria da natureza pessoal da promessa bilateral de compra-e-venda, como contrato autônomo e distinto da compra-e-venda definitiva, gerando, ao contrário dêste, obrigação de *fazer* e não de *dar*, e cujo inadimplir tem por efeito apenas o ressarcimento do dano. (FRANCESCO DEGNI, *Lezioni di Diritto Civile — La Compra-Vendita*, 1930, págs. 12 e segs.).

Em verdade, não haveria como esquecer que, no direito brasileiro, a legislação posterior ao Código Civil revestiu a promessa de compra-e-venda do caráter de direito real, equivalente à própria compra-e-venda e passível de execução compulsória *in natura* pela forma específica da adjudicação judicial contra o devedor recalcitrante, orientando-se no sentido do direito francês, para o qual “la promesse de vente vaut vente lorsqu’il y a consentement sur la chose et sur le prix” (Cód. Civil, art. 1.589) (SERPA LOPES, *Tratado dos Registros Públicos*, 2.^a ed., vol. III, 1950, págs. 185 e segs.).

Assim, a cláusula de inalienabilidade vitalícia implica a proibição genérica de alienação, devendo entender-se por alienação, não só toda a transmissão de propriedade, como também a imposição de direito real sobre os bens gravados.

Na espécie, tratando-se de promessa, em que se convencionou ser “negócio definitivo, não podendo qualquer das partes arrepender-se em tempo algum” (fls. 17), constituiria ela incontestável ônus real sobre bem inalienável, se se não tivesse subordinado a eficácia da convenção à condição suspensiva da sub-rogação.

Na falta dessa *condicio*, a promessa irretratável equivaleria à venda definitiva de bem inalienável, cuja sanção seria a nulidade, ou melhor, a anulação ou anulabilidade, por falta de objeto idôneo, e o retorno do bem ao patrimônio do herdeiro ou donatário, como reconhecem mesmo os autores daqueles países, em que não há clausulamento da legítima, que constitui peculiaridade do direito nacional. (AGOSTINO RAMELLA, *La Vendita nel Moderno Diritto*, vol. I, 1920, n.º 30, págs. 63-64; DOMENICO RUBINO, *La Compravendita*, 1950, n.º 34, págs. 45-47).

3 — A verdade é, todavia, que, *in casu*, não há a apreciar promessa de compra-e-venda pura e simples de bem inalienável. Compreenderam as partes o vício indelével que macularia tal negócio e, em tempo, deram-lhe feição legítima, condicionando-lhe a existência à prévia sub-rogação judicial da cláusula em outros bens.

Em parecer proferido sobre a causa, junto a fls. 204, o Dr. CARVALHO SANTOS qualificou, com exatidão técnico-jurídica, a convenção, quando afirmou que “a configuração do ato em discussão é a de uma promessa de compra-e-venda, sujeita a uma condição suspensiva, qual foi a de ficar dependendo a efetividade do contrato da condição de ser a sub-rogação deferida pelo Juiz competente.

Os termos da escritura não deixam margem a nenhuma controvérsia a respeito dessa assertiva; *verbis*: “dependendo a realização final do negócio da permissão judicial pela sub-rogação da cláusula de inalienabilidade” (fls. 17 dos autos). ”

Trata-se, pois, de negócio *sub conditione*, e não de negócio *purum*; e a condição é suspensiva, porque dela ficou dependente a definitiva existência e eficácia do negócio jurídico (Código Civil, arts. 114 e 118).

4 — Ousamos, contudo, divergir do ilustre jurista, quando afirma que a sub-rogação, em outros bens do promitente vendedor, da cláusula

de inalienabilidade que onerava o imóvel objeto do contrato, constitui uma condição juridicamente impossível, incidindo na sanção do art. 116, *in fine*, do Código Civil, ao prescrever que “as condições juridicamente impossíveis invalidam os atos a elas subordinados”.

As condições ilícitas ou imorais são as que violam a lei ou os bons costumes. “Condição juridicamente impossível — dizia MANOEL IGNACIO CARVALHO DE MENDONÇA —, em suma, é a ofensiva à moral, aos bons costumes ou à lei. Tôdas estas anulam a obrigação.” (*Doutrina e Prática das Obrigações*, 2.^a ed. 1911, vol. I, n.º 103, pág. 254).

Deve, pois, a condição ser *lícita*, isto é, não deve ser contrária à norma imperativa, à ordem pública e aos bons costumes: “La condizione deve essere *lecita*, cio è non deve essere contraria a norma imperativa, all'ordine pubblico o al buon costume.” (CASATI e RUSSO, *Manuale del Diritto Civile Italiano*, 1948, pág. 482).

A condição suspensiva, que subordina o nascimento do contrato à sub-rogação do ônus do bem objeto do mesmo, não transgredir a ordem jurídica, porque, ao contrário, consagra *remedium iuris* sempre admitido no direito pátrio, não só nos casos de desapropriação e de execução fiscal, em que há prevalência do interesse público e social, senão também no caso de impossibilidade de o instituído conservar o bem clausulado, em que há respeito e defesa dos interesses de família amparados pelo instituidor. A sub-rogação neste último caso, como bem esclarecia CLÓVIS, “não invalida nem dispensa a cláusula de inalienabilidade. Apenas transfere de uns para outros o vínculo a que estão os primeiros submetidos, quando as conveniências individuais reclamam essa providência e o juiz as reconhece. *No regime do Código, não são vedadas as sub-rogações*. O que não podem os juizes é anular nem dispensar a inalienabilidade imposta pelos testadores ou doadores.” (Parecer in *Rev. For.*, 27-118, *apud* LYCURGO LEITE, *Código Civil Brasileiro Anotado*, 1923, pág. 531, nota 1.511).

Evidente, portanto, que não agiu *contra legem*, ou *in fraudem legis*, o promitente-vendedor que, considerando-se em estado de necessidade para obter a sub-rogação, postulou-a em juízo, como condição *sine qua* para liberar a propriedade a alienar. A hipótese foi prevista por SEBASTIÃO DE SOUZA, ao asserir que “os bens gravados com a cláusula de inalienabilidade em testamento ou doação podem ser alienados, *sub-rogando-se em outros bens o vínculo*. Assim, nesses casos, as coisas não estão absolutamente fora do comércio, uma vez que elas podem ser alienadas, em determinadas circunstâncias e mediante certas formalidades”. (*Da Compra e Venda*, 1946, pág. 118).

Não procede, também, a nosso ver, o argumento de que a condição era juridicamente impossível, porque, consoante opinara o Dr. Curador de Resíduos no processo de sub-rogação (fls. 167), as terras haviam sido objeto de divisão amigável, que dependia de homologação judicial, por se tratar de imóvel gravado.

A falta de homologação da divisão *communi consensu* — sendo essa formalidade essencial — não tornava ilícita a sub-rogação, porque seria pressuposto que podia ser, preliminarmente, satisfeito.

Demais, mesmo que se tratasse de propriedade indivisa, não nos parece fôsse vedada a sub-rogação da cota de participação no bem comum, já que, como observa GASCA, cada co-proprietário pode até alienar sua parte ideal da propriedade, revestindo apenas a venda o caráter de venda sob condição suspensiva de que na divisão se atribua ao vendedor uma parte da coisa comum:

“Ciascun comproprietario può alienare la sua parte ideale di proprietà, ed il compratore sottenbra nei diritti di lui sulla cosa comune. Ma, come dispone l'articolo 679 Codice Civile, l'effetto dell'alienazione si limita a quella porzione che verrà a spettare al partecipante nella divisione. Si può dire che la vendita della quota di comproprietà è sotto la condizione sospensiva che, nella divisione, resti attribuita al venditore, e per esso al cessionario, una parte della cosa comune.” (*Trattato della Compra-Vendita Civile e Commerciale*, 2.^a ed. vol. I, 1914, n. 347, pág. 483).

5 — Não se pode, por consequência, em nosso sentir, divisar na *sub-rogação judicial* uma condição juridicamente impossível ou condição ilícita ou imoral.

E qualificamos a sub-rogação de *judicial*, para advertir da inadmissibilidade de sub-rogação *extra-judicial*, isto é, sob condições pactuadas pelas partes e que evidentemente não podem dispensar as formalidades legais estatuídas para sua concessão.

É, portanto, de evidente e incontestável juridicidade a afirmativa de CLÓVIS, em parecer prolatado em hipótese mui semelhante à presente, *in litteris*: “o nosso direito não concede sub-rogação de bens inalienáveis, sem prévia licença do Poder Judiciário”. (*Rev. Trib.*, 51-77).

Inegável, outrossim, a asserção de FRANCISCO NONATO, em parecer sobre a mesma questão, *in verbis*: “sub-rogação pactuada pelas partes, sem intervenção do juiz, por preço predeterminado, é coisa verdadeiramente absurda e inadmissível em face do direito” (pág. 76).

As partes não podem comprometer-se sobre as condições e a forma da sub-rogação, mas podem comprometer-se sobre a compra-e-venda do bem depois de sua liberação, isto é, se fôr concluída, com observância das formalidades legais, a sub-rogação. Essa confusão foi de certo modo feita pelos dois saudosos mestres, como bem salientou ANTÃO DE MORAIS, em observações feitas aos aludidos pareceres. (*Rev. Trib.* 52-344). Não se poderia, destarte, dizer que há “o absurdo de bem *ao mesmo tempo alienável e inalienável*”, porque só se aliena o bem *se e depois* que êle deixou de ser inalienável.

O Código Civil, no art. 1.676, não veda a sub-rogação de bens inalienáveis, em virtude de real conveniência do proprietário, judicialmente

reconhecida, mas cerca o processo de tôdas as cautelas para evitar o desrespeito à vontade do testador.

Assim, quando foi firmada a escritura incriminada, em 12 de junho de 1944, exigia a lei, no processo de sub-rogação, a avaliação do bem a alienar e a do a adquirir, ou a do pelo qual houvesse de fazer-se a permuta. (Código de Processo Civil, art. 629).

Hoje, em razão do maior rigor do Decreto-lei n.º 6.777, de 8 de agosto de 1944 (arts. 1.º e 2.º) e da Lei n.º 1.301, de 28 de dezembro de 1950 (art. 62), o princípio é que, na sub-rogação, quer a permuta se faça por apólices, quer por outro imóvel, o valor da propriedade gravada tem de ser aferido e verificado em hasta pública. Em qualquer dos casos, porém, não se efetivará a alienação, desde que o interessado ofereça, em substituição do bem gravado, apólices, ou outro imóvel, de valor igual ou superior ao do maior lance acima da avaliação, ou ao desta, na falta de licitante.

Se, por qualquer motivo, não se realiza a sub-rogação, com rigorosa observância dessas formalidades legais, esvai-se a condição e, com ela, o negócio condicionado. E a condição, uma vez anulada, não mais pode reviver: *Conditio, quae semel evanuit, amplius non reviviscit*.

Foi o que se verificou no caso em exame.

6 — O fundamento legal da presente ação, a sua procedência incontestável, está, com efeito, em que o vínculo contratual se desfêz. o contrato se tornou inoperante, ineficaz, inoponível, em virtude da não-realização ou não-cumprimento da condição suspensiva.

A decisão da condição, isto é, o seu cumprimento (*conditio est, conditio existit*), ou não-cumprimento (*conditio deest, conditio deficit*), põe termo ao estado de pendência (*conditio pendet*), que é, no dizer de VON TUHR (*Derecho Civil*, B. Aires, 1948, vol. III, 1, §§ 81 e 82, págs. 328 e 352), uma expectativa em favor de quem deve receber do negócio benefícios ou direitos, e que ENNECERUS denomina “direitos de expectativa em estado de pendência”. (*Tratado de Derecho Civil*, trad. espanhola, T. I, Parte Geral, vol. I, 1934, pág. 324).

Há o não-cumprimento, a extinção da condição, quando se torna certo que o evento não se verificou, nem pode mais verificar-se por causa inimputável à parte que tinha interêsse contrário à sua realização. E, faltando a condição, se é *suspensiva*, o negócio fica privado de seus efeitos. É a noção recente dada por DOMENICO BARBERO:

“Si ha mancamento della condizione (*conditio deest*), quando è certo che l'evento non si è verificato nè può più verificarsi, per causa non imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento (qualora il mancamento fosse imputabile a questa parte, la condizione si dovrebbe considerare verificata: art. 1359). Mancando la condizione: a) se questa è *suspensiva*, il negozio resta privo di effetti negoziali (se vi siano altri effetti, non negoziali, sarà da

vedere caso per caso); b) se è *risolutiva*, gli effetti del negozio, nati condizionatamente, diventano definitivi.”

(*Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano*, 2.^a ed., vol. I, 1949, pág. 397. No mesmo sentido: RUGGIERO e MAROI, *Istituzioni di Diritto Privato*, 8.^a ed. vol. I, 1950, pág. 138; ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, 5.^a ed., 1950, pág. 156; MESSINEO, *Dottrina Generale del Contratto*, 3.^a ed., 1948, pág. 119-120).

DE PAGE, com concisão e clareza, realça os efeitos da caducidade da condição suspensiva: não nasce a obrigação nem surge, portanto, o direito correlato; as partes ficam como se nada houvessem contratado; as prestações porventura realizadas devem ser restituídas:

“Lorsque l'événement envisagé ne se réalise pas, on dit que la condition est défaillie.

Rappelons que, dans certains cas spéciaux, la loi répute la condition défaillie, parce qu'il s'avère évident que la condition ne se réalisera plus (art. 1.176).

Les effets de la défaillance de la condition sont extrêmement simples. S'il s'agit d'une condition suspensive, l'obligation ne prend pas naissance. Les parties sont dans la même situation que si elles n'avaient pas contracté. En conséquence, les prestations éventuellement déjà faites sont sujettes à restitution. S'il s'agit d'une condition résolutoire, le droit est transmis définitivement. L'obligation, qui était pure et simple, mais soumise à résolution éventuelle (*obligatio pura, sed sub conditione resoluitur*), le devient à titre définitif, et l'exercice du droit qui, par suite de la menace de la condition résolutoire, était amoindri en une certaine mesure dans le chef de l'acquéreur-débiteur conditionnel, ne subit plus aucune restriction. Il est complet, et à titre définitif.”

(*Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, 2.^a ed., T. I, 1948, n.º 169, pág. 218).

Tratando justamente das conseqüências jurídicas da condição suspensiva irrealizada, frisa e salienta GIORGI, que, se — como se deu no caso dos autos — o contrato teve execução provisória, devem as partes restituir, reciprocamente, a coisa objeto do contrato com seus acréscimos e o preço já pago:

“Se la condizione manca, viene in applicazione il ditterio forense: *actus conditionalis, defecta conditione, nihil est*.

Si fa conto cioè, che il contratto non sia stato concluso mai. Gli atti di disposizione effettuati dal creditore rimangono annullati, restano all'incontro in pieno vigore qualli

conclusi dal debitore. Supposta l'esecuzione provvisoria del contratto, il debitore dovrà tosto restituire la cosa, che gli era stata consegnata; ed anzi, quasi tutti gli scrittori opinano dovere egli restituire anche i frutti, non essendovi titolo che gli dia diritto di ritenerli. Dall'altra parte però il creditore sarà in obbligo di restituire il prezzo con gli interessi legali."

(*Teoria delle Obbligazioni*, 7.^a ed., vol. IV, 1925, n.º 368, pág. 457).

É o princípio reafirmado, no direito nacional, por CLÓVIS (*Direito das Obrigações*, 3.^a ed., 1931, § 18, pág. 74), MANOEL INACIO CARVALHO DE MENDONÇA (*Obrigações*, 2.^a ed., vol. I, 1911, n.º 112, pág. 266; e *Contratos*, T. I, 1911, n.º 146, pág. 348) e ESPÍNOLA (*Manual do Código Civil Brasileiro*, vol. III, parte 2.^a, 1926, n.º 25, pág. 376).

7 — Como se expôs, considera-se falha, decaída, extinta a condição, quando não se realizou, ou certo se torna de que não poderá realizar-se.

Em que momento, porém, se poderá considerar não cumprida a condição? Quando poderá ela ser havida como falha?

Dí-lo TEIXEIRA DE FREITAS, em regras lapidares cinzeladas no *Código Civil — Esboço*, Parte 1.^a, 1.860:

"Das condições não cumpridas.

As condições positivas julgar-se-ão não cumpridas:

1.º Não havendo prazo marcado para o seu cumprimento, quando o fato ou a ação, de que dependia a aquisição ou resolução do direito, tornam-se impossíveis (artigo 556, n.º 3.º).

2.º *Havendo prazo marcado para o seu cumprimento, quando dentro desse prazo o fato não aconteceu, ou a ação não foi executada; ou quando, antes de terminar o prazo, o fato ou a ação tornam-se impossíveis* (art. 556, n.º 3.º).

E, nesse referido art. 556, n.º 3.º, diz:

"Art. 556. Serão havidos como *relativamente impossíveis*:

.....

3.º Os (fatos) que, suposto fossem possíveis ao tempo dos atos jurídicos, tornaram-se depois impossíveis".

No caso presente, segundo já expusemos, foi fixado o prazo de seis meses para a realização da condição, isto é, a ultimação da sub-rogação, prazo prorrogável por motivo de *fôrça maior*, ou de *embaraço judicial*.

A sub-rogação não se efetivou no semestre marcado, de maneira que, se se não admitir que houve *justa causa* para a prorrogação do prazo prevista no contrato, a conclusão é que a condição se extinguiu, e se extinguiu sem causa imputável ao promitente-vendedor, de vez que os autos evidenciam não ter havido de sua parte dolo, culpa, ou simples negligência, devendo-se, antes, atribuir a não-ultimação do processo, iniciado *opportuno tempore*, à natural tardança forense em ações dessa natureza. Não caberia, portanto, na hipótese, a aplicação da regra contida no art. 120, primeira alínea, do Código Civil e que foi adotada em homenagem ao princípio *malitūs non est indulgendum*. (CASATI e RUSSO, Ob. cit., pág. 484).

Admitindo-se que o prazo estivesse prorrogado pelas causas previstas no contrato, *fôrça maior* ou *embaraço judicial* (expressões que DIAS FERREIRA considerava sinônimas, definindo o *impedimento judicial* como “todo fato estranho e superior à vontade do interessado” — *Código Processo Civil Português Anotado*, vol. 1.^o, pág. 136, *apud* ANTÔNIO PEREIRA BRAGA, *Exegese do Código do Processo Civil*, vol. III, T. I, pág. 193), admitindo, assim, estivesse o prazo prorrogado e em curso quando ocorreu o falecimento do promitente-vendedor, ter-se-ia de julgar não-cumprida e extinta a condição, porque a sub-rogação se tornou impossível, em virtude da morte do herdeiro gravado.

É a segunda hipótese prevista na alínea 2.^a do citado art. 630 do *Esbôço*: a condição positiva considera-se não-cumprida, havendo prazo marcado, quando, antes de findo o mesmo, o fato ou a ação tornam-se impossíveis.

A morte do promitente-vendedor tornou, em verdade, impossível a sub-rogação, porque esta constituía obrigação *personalíssima*, intransmissível aos herdeiros legítimos, por imposição de preceito legal taxativo.

Já POTHIER advertira para a questão de saber se o fato pôsto em condição devia ser cumprido pela pessoa mesma, ou o podia ser pelos herdeiros, e respondia que “la décision de la question dépend de la nature du fait, et de l'examen de l'intention qu'ont eux les parties contractantes”. (*Traité des Obligations*, 1.883, n.^o 207, pág. 88).

Mas, como bem pondera CLÓVIS, não há a atender apenas à natureza da prestação e à vontade dos contratantes, mas ainda ao que determinam os imperativos da lei:

“A relação de direito criada pelo vínculo obrigacional é, em geral, transmissível aos herdeiros das pessoas primitivamente vinculadas, tanto em sua face passiva e restritiva da personalidade, quanto em sua feição ativa e ampliadora. Conseqüentemente, a obrigação não se extingue pela morte do credor, nem pela do devedor, *a menos que outra coisa resulte de disposição de lei*, do contrato ou da natureza da mesma prestação. Realmente, há obrigações *personalíssimas*, em que a qualidade das pessoas é particularmente atendida,

e essas não se poderão transmitir aos sucessores do obrigado, como igualmente àquelas *cujas transmissibilidade as leis ou os próprios contratos vedam* (Código Civil, art. 928).” (*Direito das Obrigações*, 3.^a ed., 1931, § 29, pág. 97).

Ora, a obrigação de sub-rogar não podia transmitir-se aos herdeiros legítimos do promitente-vendedor, por isso que o Código Civil dispõe, no art. 1.523, *in fine*, que “a cláusula de inalienabilidade não obstará a livre disposição dos bens por testamento e, em falta dêste, a sua transmissão, *desembaraçados de qualquer ônus*, aos herdeiros legítimos”.

Esse preceito legal deixa bem claro que o clausulamento vitalício da legítima, inovação peculiar ao nosso direito, visa, não só, proteger os herdeiros do primeiro grau, como também a amparar os do segundo grau. (FRANCISCO MORATO, *Miscelânea Jurídica*, vol. II, 1945, pág. 484). Daí dizer CLÓVIS: “A cláusula de inalienabilidade não protege os bens somente em vida do herdeiro, favorece também os herdeiros dêle, que terão de receber êsses bens desembaraçados de qualquer ônus... O prédio inalienável por cláusula testamentária não responde, após a morte do legitimário, pela obrigação contraída durante o período da inalienabilidade e impenhorabilidade”. (Parecer *in Rev. dos Trib.*, 103-105, *apud* CARVALHO SANTOS, *Código Civil Interpretado*, vol. XXIV, pág. 100-101).

8 — Demonstrado o não-cumprimento e a extinção da condição, a consequência jurídica é o desfazer, a ineficácia, a inoperância do negócio condicional, que, assim, não pode aperfeiçoar-se. Na precisa conceituação de BETTI, ao fixar a situação jurídica decorrente da deficiência da condição suspensiva, o negócio se patenteou *inutilis*, isto é, sem prática razão de ser, porque idôneo a alcançar o escopo que lhe haviam as partes destinado: “Il negozio si palesa *inutilis*, cioè senza una pratica ragione di essere, perchè inidoneo a raggiungere lo scopo cui le parti lo avevano destinato”. (*Teoria Generale del Negozio Giuridico*, 2.^a ed., 1950, n.º 67, págs. 533-534, *in Trattato di Diritto Civile Italiano* de Vassalli, vol. XV, t. 2.).

A conclusão não pode deixar de ser, portanto, a procedência da ação, em que se pleiteia, em virtude da extinção da condição, o pronunciamento da ineficácia e inexistência do negócio jurídico, restaurando-se a ordem de interesses com o retorno das partes ao *statu quo ante*.

9 — Quanto à reconvenção oferecida pelos réus, ora segundos apelantes, é certo que há jurisprudência, entendendo que o inciso V do art. 192 do Código de Processo Civil, invocado pela r. sentença recorrida, abrange apenas a ação que versou sobre o *ius in re* ou a em que o imóvel constitua diretamente a *causa petendi*, e não a fundada no *ius ad rem*, embora a obrigação tenha por objeto coisa imóvel, e concluindo que, assim, deve ser admitida a reconvenção, se a lide consistir em perdas e danos pelo inadimplemento de contrato de promessa

de compra-e-venda de imóvel (Ac. da 5.^a Câmara do T. J. do D. F. de 18-IV-47 na Ap. Civ. n.º 8.538, rel. Desembargador SERPA LOPES, in *Direito*, 45-376, apud ALEXANDRE DE PAULA, *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*, vol. IX, n.º 12.095, pág. 276).

Assim, admitindo, *ad argumentandum*, a admissibilidade da reconvenção, verdade é que ela só teria procedência, em razão de tudo quanto expusemos, para condenar os autores — primeiros apelantes a restituir a parte do preço já paga.

Não há falar em execução compulsória, dado que o contrato não obriga, como mostramos, os herdeiros e sucessores do promitente-vendedor; nem há cogitar de perdas e danos, se a prestação do fato da condição — a sub-rogação — se impossibilitou, consoante também demonstramos, sem culpa do *de cujus* (Código Civil, arts. 865, 879 e 1.056). “Se o não-cumprimento duma das obrigações sinalagmáticas — anota o Professor MERÊA — não fôr imputável ao devedor, o contrato resolver-se-á para ambas as partes, sem direito à indenização, salvo o caso de mora” (*Código Civil Brasileiro Anotado*, 1917, página 356).

10 — Em suma: quanto à primeira apelação, opinamos pelo provimento, julgando-se procedente a ação, para o efeito de, pronunciada a resolução do contrato, condenar os réus — primeiros apelados — a restituir a propriedade; e quanto à segunda apelação, opinamos pelo provimento em parte, para, julgando parcialmente procedente a reconvenção, condenar os autores — segundos apelados — a restituir o sinal dado.

Distrito Federal, 5 de março de 1952

JOÃO COELHO BRANCO (*)

PARECER

Os efeitos da concordata ou da falência do comerciante singular não atingem os bens do casal, isto é, os comuns, senão até o limite de sua meação.

1. Na hipótese, objeto da consulta, a mulher comerciante teve o seu pedido de concordata preventiva despachado pelo Juízo da 24.^a Vara Cível desta Comarca, enquanto o marido foi citado para responder,

(*) Parecer do atual Desembargador JOÃO COELHO BRANCO ao tempo em que exercia o cargo de 1.º Subprocurador. A presente publicação é uma homenagem desta *Revista* a quem tanto dignificou o Ministério Público e que hoje abrilhanta a Magistratura local.

perante o Juízo da 15.^a Vara Cível, por ação executiva que lhe move o credor de três notas promissórias, no valor total de NCr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros novos), emitidas pela esposa comerciante, nas quais, porém, se obrigara o marido como avalista.

O Juízo da Concordata, a requerimento do Comissário, solicitou ao Juízo da ação executiva a sustação da penhora em qualquer dos bens do casal, como uma imposição da própria lei de falência, no que foi atendido.

Indaga-se, assim, da legalidade da sustação da penhora, já agora, por força de mandado de segurança impetrado, sob a decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado.

2. A matéria envolve questão de alta indagação qual seja a da situação jurídica da mulher casada, definida na Lei n.º 4.121, de..... 27-8-1962, diante do Direito Comercial.

Não há como negar que a matéria da capacidade é disciplinada pelo direito civil, diante do qual hoje a mulher casada é plenamente capaz.

Com o devido respeito aos que entendem de modo contrário, somos de opinião que não tem mais aplicação o art. 1.º, inciso IV, do nosso vetusto Código Comercial nos dias que correm. Impossível muito menos sustentar-se a não incidência do art. 246 e seu parágrafo único do Código Civil, em sua nova redação, ou do preceito inovador do art. 3.º da Lei n.º 4.121/62 referida, sobre a profissão mercantil ou os títulos de dívida comerciais.

3. Feitas estas definições, como tomada de posição inicial, pasamos a abordar o tema, na verdade palpitante, porquanto as inovações, que o diploma legal trouxe, alteraram profundamente o regime da comunhão universal de bens no casamento.

Três importantes inovações trouxe o diploma legal de 1962:

a) — Excluiu da comunhão os *bens reservados*, figura por sua vez também nova, erigida em patrimônio separado;

b) — Excluiu igualmente da comunhão os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos (art. 263, incisos XII e XIII e art. 246);

c) — Determinou que pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casados pelo regime de comunhão de bens, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação (art. 3.º).

4. A mulher casada, quando comerciante, tem nos bens que constituem o seu estabelecimento comercial, salvo pacto ante nupcial em contrário, os *bens reservados*, os quais não respondem pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família.

O estabelecimento comercial da mulher casada não se inclui, pois, na comunhão.

5. Todavia, inovação mais importante, pela sua generalização, carregou-nos o art. 3.º da dita Lei, ao declarar que, pelos títulos de dívida, de qualquer natureza, firmados por um dos cônjuges, ainda que casados pelo regime de comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação.

A matéria pode não parecer nova, porquanto muito se discutiu na doutrina e nem sempre pacífica se apresentou a jurisprudência, com relação à aplicação da responsabilidade do cônjuge, oriunda de ato ilícito, excluída que era da comunhão (Código Civil, art. 263, inciso VI).

A hipótese da fiança prestada por um cônjuge, sem anuência do outro, embora alcançada pela nulidade, diante do inciso X do art. 263 do Código Civil, encontrou as mesmas dificuldades na sua aplicação, a exemplo da responsabilidade do cônjuge no caso de ato ilícito.

São conhecidas as três teorias em que se dividiram doutrina e jurisprudência a respeito do assunto. Apresentou-as recentemente em bom trabalho doutrinário, Edgar Quinet de Andrade, em artigo sobre "A situação jurídica da mulher casada nas transações civis e comerciais", publicado na Revista Forense (Vol. 202, págs. 379 a 382).

Uma das teorias admite a excusão só na metade dos bens do casal. As duas outras se apresentam, a primeira só admitindo a excusão após dissolvida a sociedade conjugal, e a segunda permite a excusão sobre os bens comuns, mas ressaltando o direito regressivo do cônjuge inocente sobre a meação do culpado, por ocasião da partilha. É a incomunicabilidade entre os cônjuges, mas comunicabilidade em relação a terceiros, *ex vi* Arnaldo Medeiros da Fonseca (R. F. 77/232).

Toda a dificuldade residia na impossibilidade aparente de promover-se a partilha de bens para efeito de apuração da meação, durante a permanência da sociedade conjugal. Tanto que se levantou até o caráter da indivisibilidade dos bens no regime de comunhão, na sociedade conjugal.

Nada tem a ver o problema da responsabilidade patrimonial em foco com o da dissolução da sociedade conjugal. A incomunicabilidade da dívida jamais teria o dom de tornar impenhorável a meação atribuída ao cônjuge responsável, nos bens do casal.

Outro não é o pronunciamento de Pontes de Miranda, quando, no seu Tratado de Direito Privado, se pronuncia especificamente sobre o assunto.

Vale a pena, pela autoridade do eminente jurista, e pela ênfase com que se definiu, transcrever o trecho do seu Tratado, atinente ao assunto:

"Quanto às obrigações provenientes de atos ilícitos, são incomunicáveis, mas têm de ser executadas, e respondem por elas assim os bens que o cônjuge obrigado levou para o casal como os que depois adquiriu, ainda que por metade, devido à comunhão, e, pagas tais dívidas, deduzir-se-ão da

meação do devedor quando dissolvida a comunhão. A solução de só se pagarem depois da morte, ou outro fato de dissolução da sociedade conjugal, excluídos os bens que se comunicassem, durante todo o tempo da constância da sociedade conjugal, seria amoral e faria passar depois do direito privado o que é de imediato interesse público — a indenização. Não se justificaria que o autor do delito, ou o que, ainda sem ser autor, tivesse de responder, não tendo bens particulares, nem tendo trazido bens à comunhão, no momento do casamento, mas tendo recebido herança, ou ganho outros bens comunicáveis, ficasse isento de pagar a dívida ex delicto, enquanto vigorasse a sociedade conjugal. A metade dos bens comuns é do cônjuge devedor. A dívida proveniente de ato ilícito é incomunicável. Nada obsta, porém, a que se pague a obrigação ex delicto dentro da metade do cônjuge devedor, levando-se em conta, quando dissolvida a sociedade conjugal, o que à metade se tirou. Uma vez que o Código Civil nada disse a respeito, outra não pode ser, dentro dos princípios gerais de direito, a solução adequada.

A jurisprudência tem admitido ao outro cônjuge usar de embargos de terceiros para livrar da penhora a sua meação quando bens comuns são penhorados para a solução de obrigações provenientes de atos ilícitos. Portanto, admito a penhora na outra metade — a do cônjuge devedor. A respeito é de lembrar-se o acórdão da 3.^a Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, de 10 de novembro de 1927 (R. do D., 90,591): “Não há dúvida, como considerou a sentença apelada, que as obrigações provenientes de atos ilícitos são excluídas da comunhão, conforme dispõe o art. 263, VI, do Código Civil. Aplicada essa disposição à hipótese dos autos, não se pode deixar de concluir que a meação da mulher do embargante nos bens do casal não responde pela obrigação de ato ilícito cometido por seu marido. Mas, pertencendo a êsse metade do bem penhorado levado à praça, bem feita foi essa penhora e conseqüente arrematação, pois essa metade responde pela obrigação, salvo à mulher reaver a sua parte, mediante embargos de terceira senhora e possuidora”. A sentença havia anulado tôda a penhora. (Tratado, VIII, págs. 316/317).”

Agora, *legem habemus*. Expressamente determinou o legislador (Lei 4.121/62, art. 3.^o) que responderão os bens comuns, pelos títulos de dívida, não firmados pelo outro cônjuge, até o limite de sua meação.

Invocando o critério germânico por simples questão metodológica, da divisão da obrigação em *schuld* e *haftung*, isto é., o débito e a responsabilidade, vemos que a lei não limitou o débito, mas impôs tão

sòmente limite à responsabilidade, e esta se verifica em não alcançar a meação do cônjuge não signatário do título de dívida.

Ora, a responsabilidade é sujeição ao poder de expropriação do Estado, aliás posição processual defendida por Cernelutti.

É a própria lei que determina que a responsabilidade incide sôbre os bens comuns, mas até o limite da meação do cônjuge responsável. Diante disso, já não se pode cogitar de condições ou pressupostos que não foram fixados pelo legislador.

Voltar a sustentar a condição da dissolução da sociedade conjugal, para daí apurar-se a meação do cônjuge responsável, seria dar por inócuo o dispositivo da lei.

VI — Assim, é perfeitamente lícito e legítimo penhorar-se a parte ideal de bens do casal, na execução movida contra um dos cônjuges, quando a responsabilidade pesa sòmente sôbre a sua meação.

Aliás, sôbre êste assunto já se pronunciou o Tribunal de Justiça de Pernambuco, pela sua 3.^a Câmara Cível, servindo de Relator o então Desembargador Djací Falcão, na apelação cível n.º 61.551/66, convindo ressaltar o seguinte tópico do seu voto prevalente por unanimidade:

“Dest’arte, ante o sentido finalístico da lei n.º 4.121, tenho para mim que a mulher casada pode omitir títulos de dívida, por êle respondendo os seus bens particulares e os comuns, no regime da comunhão universal, até o limite da sua meação”.

VII — E não se argumente com a regra do art. 230 do Código Civil, da irrevogabilidade do regime dos bens do casal, como impeditiva da aceitação do nôvo disciplinamento impôsto pelo estatuto da mulher casada (Lei 4.212/62).

Em verdade, do que cogita o invocado dispositivo do Código Civil, é da irrevogabilidade por ato dos cônjuges, vedando-lhes alterar, na constância do casamento, aquilo que pactuado fôra quanto ao regime dos bens do casal, com o que se atende aos interesses dos cônjuges e aos de terceiros, as duas fortes razões em que se inspira a irrevogabilidade, no entendimento de Washington de Barros Monteiro (Curso de Direito Civil, vol. II, pág. 146).

No caso, do que se trata é de alteração, no regime da comunhão, trazida por disposição legal. Êsse nôvo disciplinamento alcança tôdas as situações em curso, isto é, passou a normar tôda a problemática do regime da comunhão, naquilo em que inovou.

É claro que nenhum casal pode furtar-se a êsse nôvo disciplinamento, diante do caráter, coagente da norma legal. Adotado que tenha sido o regime da comunhão, embora antes da lei 4.121, êsse regime, ante as alterações dêste diploma, passou a ser conceitualmente por êle estruturado.

Não se cogita, pois, da revogação voluntária do regime de bens, senão de nôvo disciplinamento legal do regime pactuado.

VIII — Apreciando a matéria no campo do direito falimentar, vemos que os preceitos ditados pela Lei n.º 4.121, de 1962, no que dizem respeito aos *bens reservados*, aos frutos civis de trabalho ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos e à responsabilidade do cônjuge signatário por títulos de dívidas de qualquer natureza, sem assinatura do outro, ainda que casados pelo regime de comunhão universal, têm inteira aplicação.

“Traçou-se a linha do *divortium acquarum* obrigacional dos esposos” — proclamou o saudoso mestre Waldemar Ferreira, no derradeiro Tratado de Direito Comercial que nos legou (Vol. 14, pág. 573).

No processo de falência, a lição do mestre paulistano não se fez tardar: — “Ter-se-á, dessarte, na falência, quer do marido, quer da mulher, de separar os bens próprios de cada um, que responderão pelas dívidas do falido; e ademais os bens comuns, a fim de apurar-se a meação dêste, pois só esta responderá pelos títulos de dívida não firmados pelo outro sônjuge” (op. cit.).

IX — Ora, a concordata constitui um benefício concedido ao comerciante que atentada aos requisitos e condições ditados pela lei.

E, como tal, é um instituto privativo do comerciante, seja pessoa natural, seja pessoa jurídica.

Vale salientar que sômente os credores quirografários de comerciante estão sujeitos aos efeitos da concordata.

Ela não atinge o credor privilegiado.

Ademais, o comerciante não perde, na concordata, a disponibilidade sôbre seus bens, como acontece na falência; tanto assim que continua o concordatário no exercício do seu comércio, sofrendo tão sômente certas restrições com relação ao poder de alienar ou onerar bens imóveis e vender ou transferir o seu estabelecimento, bem como no seu procedimento quanto à administração dos seus haveres, sempre fiscalizados pelo comissário, enquanto se processa a concordata.

Verifica-se, pois, que a universalidade do juízo da concordata, restringe-se e circunscreve-se aos credores sujeitos aos seus efeitos, isto é, sômente aos credores quirografários do devedor comerciante.

E a lei foi expressa ao dizer que a concordata não desonera os coobrigados com o devedor (Art. 148).

O marido, avalista, é um coobrigado cambial que, por não ser comerciante, não se pode beneficiar dos efeitos do despacho que instaura o processamento da concordata, requerida pela espôsa, a *uxor mercatrix*.

No despacho que manda processar a concordata, não pode o Juiz ordenar a suspensão de ações ou execuções contra os coobrigados do devedor.

“Não cabe suspensão de ação executiva ou de qualquer outra ação contra *avalista* ou *coobrigado* do concordatário”, ensina JOSÉ DA SILVA PACHÊCO (*Trat. das Execuções — Falência e Concordata* — Edição Borsoi, 1961, vol. 5, II, pág. 305, n.º 627).

Concedida que seja que essa universalidade, é relativa, pois circunscreve-se aos credores quirografários do comerciante e não há indivisibilidade do Juízo, porquanto os credores privilegiados poderão ajuizar a cobrança de seus créditos perante outro juízo, o mesmo. ocorrendo com relação aos credores posteriores à concordata, estes mesmos quirografários, salvo se pretenderem à decretação da falência. Eis o que alega o Comissário:

X — “Ocorre, porém, que, casado o executado pelo regime da comunhão de bens, não possui ele patrimônio próprio, achando-se todos os bens do casal em estado de indivisão, o que impossibilita se faça penhora em coisa concreta ou determinada, mesmo para garantia de débitos da responsabilidade de um só cônjuge, uma vez que, nem existem bens particulares do executado, nem quanto aos bens comuns, se tenha procedido a qualquer partilha, para efeito de separar-se a respectiva meação.

Ao contrário, tratando-se de negociante em firma individual, todos os bens do casal constiuem garantia de seus credores e devem ser arrecadados no caso de falência, e no caso de concordata, relacionados, e na hipótese, foram oferecidos, como não poderiam deixar de ser, como garantia a ser efetivada na concordata, pelo suplicante, o que consta da redação de fls. 27 dos respectivos autos, de acôrdo com o art. 189, alínea IX, da Lei de Falências.

Exercendo o comércio a mulher casada, as obrigações que assumir não podem deixar de afetar todos os bens do casal, se o regime de bens fôr de comunhão (art. 253 do Código Civil Brasileiro) enquanto esta existir e somente com a dissolução da sociedade conjugal, passarão a responder por elas os bens componentes de sua meação, então individualizada e concretizada, como determina o art. 3.º da Lei n.º 41.121, de 27-8-1962”.

XI — A tese, invocada pelo Comissário, é precisamente a repelida por Pontes de Miranda, no sentido de que somente com a dissolução da sociedade conjugal seria possível a divisão dos bens do casal pela partilha, a fim de apurar-se a respectiva meação, tanto mais quanto a concordatária havia oferecido todos os bens do casal em garantia da concordata requerida, o que consta de relação nos autos, de acôrdo com o art. 189, alínea IX, da Lei de Falências.

Analisando a alegação do Comissário, verifica-se que a concordatária não poderia oferecer em garantia do cumprimento da concordata se não os seus “bens reservados” e bens outros do casal, mas até o limite de sua meação.

A meação do marido, que não é comerciante, poderia ser dada também em garantia, mas pelo próprio marido, como qualquer terceiro pode prestar garantia real ou fideicomissória ao cumprimento de qualquer concordata de outrem. Todavia, é evidente que a prestação de tal garantia pelo marido, jamais poderia ser dada em fraude à execução ou aos direitos de seus respectivos credores.

Ademais, pelo raciocínio do Comissário a própria meação da mulher comerciante jamais responderia pela concordata, porque enquanto não dissolvida a sociedade conjugal, os bens do casal permaneceriam em estado de indivisão, sendo impossível, antes da partilha, que essa meação seja individualizada e concretizada para responder pelas obrigações assumidas pela concordatária.

Conclui-se *a contrario sensu* que a posição assumida pelo Comissário levaria a Concordatária a jamais responder pelas suas próprias obrigações, enquanto não dissolvida a sua sociedade conjugal.

E ainda ter-se-ia de admitir, ao arrepio da lei, que o marido, embora não comerciante, pela simples posição de coobrigado da concordatária, gozaria dos benefícios da concordata.

XIII — Por outro lado, a admitir-se semelhante entendimento, seria inovar-se na criação de mais uma hipótese de impenhorabilidade de bens, não incluída dentre as que a lei contempla, quer dentre as de impenhorabilidade absoluta (art. 942 do Cód. do Proc. Civil), quer dentre as de impenhorabilidade relativa (art. 943 do CPC). Com efeito, inadmitir-se a penhora na meação do marido, no caso em apreciação, sob o falso argumento de que essa meação somente se poderá apurar após a dissolução do casamento, seria furtar da penhorabilidade os bens de tal meação, tôdas as vêzes em que a responsabilidade a êles se limitasse.

CONCLUSÃO

XII — Torna-se evidente, assim, que o estado de comunhão, na hipótese *sub-judice*, não impede a execução na meação de um dos cônjuges, passível de apuração perante qualquer dos juizes, quer o da Concordata, quanto à meação do cônjuge comerciante, quer o da Ação Executiva, quanto à responsabilidade do cônjuge não comerciante, como mero coobrigado da espôsa.

E em sendo assim, avulta, *data venia*, a flagrante ausência do escopo legal na sustação da penhora em bens da meação do marido, operada por força de determinação do juízo da concordata, a que não se opôs o juízo da ação executiva.

Salvo melhor juízo.

Recife, 19 de janeiro de 1969.

RODOLFO ARAÚJO

Professor de Direito Comercial
da Faculdade de Direito do
Recife.. Procurador do INPS.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 21.990

8.^a Câmara Cível

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Luiz Antônio de Andrade.

Agravante: Carmen Marine Cunha de Viveiros.

Agravado: Sojene — Indústria e Comércio de Ferro Ltda.

O prazo para a interposição de recurso conta-se a partir do momento em que o demandante teve ciência da decisão por um dos meios de conhecimento previstos na lei processual. O recebimento dos autos em confiança não constitui meio legal de conhecimento da sentença. Conhecimento legal e conhecimento de fato. Efeitos.

PARECER

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto do despacho que negou seguimento à apelação por intempestiva.

Não tendo sido proferida a sentença na audiência de instrução e julgamento, nem na audiência então designada para a sua publicação, o prazo deveria fluir a partir da publicação no Órgão Oficial, das suas conclusões.

Acontece, porém, que o advogado retirou os autos de Cartório, em 3 de janeiro de 1968 e os restituiu em 24 de janeiro de 1968 (fls. 13 verso).

Se o prazo fôr contado da data da publicação, a *apelação é tempestiva*; se fluir da retirada dos autos de Cartório em confiança, ou com vista, como consta da carga, a *apelação é intempestiva*.

2. O ilustre Dr. Curador das Massas opinou à fls. 17 pelo provimento do agravo, por considerar que o prazo para apelar, na espécie, só poderia começar a partir da publicação no *Diário da Justiça*, não constituindo o conhecimento da sentença por qualquer outro meio, forma adequada ou prevista na lei para lhe dar o efeito de servir para fixar o momento do início do prazo para apelar (fls. 17).

3. De fato, tem havido controvérsia em saber se o conhecimento da sentença por outros meios que não os indicados na lei processual podem servir de base para o início da contagem do prazo para apelar. A jurisprudência dos Tribunais tem-se orientado no sentido de que o conhecimento inequívoco da sentença por qualquer meio, como a retirada dos autos de Cartório, em confiança, ou com vista, supre a intimação pessoal ou a publicação para o início da contagem do prazo para recorrer.

Esta Egrégia 8.^a Câmara em V. Acórdão de lavra do saudoso Desembargador FERNANDO MAXIMILIANO, vencido o Desembargador

JOÃO JOSÉ DE QUEIROZ, decidiu que o prazo para o recurso “conta-se da data em que o advogado teve ciência inequívoca da sentença, quando para preparar as suas razões, segundo o livro de carga, retirar em confiança, do Cartório, os autos da ação”. (*Revista da Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, vol. 7, página 112).

De idêntico modo, manifestou-se a *Egrégia 3.^a Câmara*, em V. Acórdão de lavra do Desembargador IVAN LOPES RIBEIRO, na mesma *Revista*, vol. 15, pág. 234.

Ainda esta *Egrégia 8.^a Câmara Cível*, em V. Acórdão, de 6-10-1950, de lavra do Desembargador GUILHERME ESTELITA decidiu que “importa ciência da parte obter seu advogado vista do processo, em confiança, por ato do escrivão” (D.J. apenso, 22-8-1951, página 2.355, *apud* ALEXANDRE DE PAULA, *O Processo Cível à Luz da Jurisprudência*, vol. XIV (6.^o Suplemento), 1955, pág. 1.072, n.^o 22.531).

Poderiam ser invocadas ainda decisões que se encontrem na *Revista Forense* v. 60/251, 61/28: 71/80; 76/59 e *Revista dos Tribunais* 227/468.

4. Em sentido contrário à jurisprudência acima citada encontra-se parecer de FRANCISCO CAMPOS, no qual se afirma que “sòmente o conhecimento adquirido mediante a forma legal de comunicação é que constitui conhecimento válido ou suscetível de produzir efeitos processuais” (*Revista Forense*, vol. 165, pág. 61).

É verdade que no caso estudado pelo eminente jurisconsulto, os autos foram retirados de Cartório pela própria parte e não, pelo advogado. Todavia, essa circunstância não altera a tese porque nesse parecer o Professor FRANCISCO CAMPOS sustentou o tema geral de que se a lei dá uma forma para a comunicação ou o conhecimento de determinado ato processual, nenhuma outra forma ou maneira de conhecimento ou ciência é válida para efeitos processuais.

Vejamos o mestre, com as suas próprias palavras e argumentos:

“A lei, em suma, formalizou, restringindo-os, os meios e as fontes de conhecimento dos atos processuais. Para os efeitos do processo, as únicas fontes a que a lei atribui o privilégio de gerar a presunção absoluta de conhecimento dos atos processuais por parte dos interessados, é o sistema de comunicação por ela preordenado. Aos outros meios e fontes de conhecimento, por mais efetivos e adequados que eles sejam, falta o caráter formal que imprime ao sistema legal de comunicação o cunho de segurança, de certeza e de autenticidade próprio aos atos judiciais, de qualquer espécie, modalidade ou natureza. Para efeitos processuais, repetindo as palavras de CHIOVENDA: *a notificação ou intimação não admite equivalente*”.

(*Rev. Forense*, vol. 165, pág. 63).

Invoca ainda a opinião CHIOVENDA, transcrevendo o seguinte trecho do professor italiano :

“Portanto, ainda que estivesse provado que a parte contra a qual devem correr os prazos, ou executar-se a sentença, ou que deve comparecer em dia determinado, tivesse pleno conhecimento efetivo do provimento, se este não lhe foi notificado, os prazos não correm, a execução não pode iniciar-se e o não-comparecimento da parte não lhe pode acarretar prejuízo. E isto se exprime dizendo-se que a notificação não admite equivalentes.”

(*Apud* in Revista Forense, vol. 165, pág. 62).

SEABRA FAGUNDES, na mesma linha, afirma que não é admissível forma diversa para a publicação, nem o conhecimento por outra forma, criticando VV. Acórdãos do Tribunal do Rio Grande do Sul que decidiram, em sentido contrário à tese e elogiando outro V. Acórdão do mesmo Tribunal que acolheu o princípio. (Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil, págs. 69/70, nota 9).

Na doutrina italiana, além de CHIOVENDA, já citado, podemos invocar ZANZUCCHI, PROVINCIALI e D'ONOFRIO.

PROVINCIALI declara que como causa e momento inicial do decurso do prazo, a notificação não tem possibilidade de equivalentes, ou *in verbis*:

“Como causa e momento iniziale del decorso del termine, la notificazione non ha possibilità di equipollenti: neppure il prelievo, il possesso, la produzione della copia della sentenza, neanche la dichiarazione del legittimato all'impugnazione, puo sostituirvisi”.

(PROVINCIALI, Delle impugnazioni in generale, pág. 69).

ZANZUCCHI incisivamente declara que são admitidos equivalentes:

“...notificazione, atto certo, da cui l'avversario trae notizia della sentenza e di cui quindi non sono da ammettersi equipollenti; e come equipollenti non può valere neppure la cognizione privata della sentenza”.

(ZANZUCCHI, *Diritto Processuale Civile*, vol. II, pág. 188).

D'ONOFRIO é também claro ao dizer que qualquer conhecimento da sentença, que não seja decorrente da notificação, não tem valor processual, ou nas suas próprias palavras:

“...esso decorre unicamente dele notificazione (...); qualunque notizia il soccombente avesse in precedenza adquirido della sentenza (...) non varrebbe a metterlo in moto”.

(D'ONOFRIO, *Commento al Código di Procedura Civile*, vol. I, pág. 551).

VIRGILIO ANDRIOLI, comentando o artigo 326 do Código de Processo Italiano diz incisivamente que “a notícia legal da existência e do conteúdo da decisão judiciária não se adquire senão em virtude da notificação” ou em suas próprias palavras:

“...perchè la notizia legale della esistenza e del contenuto della decisione giudiziaria non si acquista che in virtù della notificazione”.

(VIRGILIO ANDRIOLI, *Commento al Código di Procedura Civile*, Napoli, 1945, 2.^a Edizione, vol. II, pág. 279).

5. O argumento fundamental, salienta JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, é o de que o termo *a quo* do prazo para recurso influi na determinação do momento do trânsito em julgado, matéria de ordem pública, que escapa ao poder dispositivo das partes. Pela mesma razão se exclui em doutrina a possibilidade de dilatação convencional do prazo para recurso, e da própria suspensão da instância com essa finalidade (cf. GABRIEL DE RESENDE FILHO, *Curso de Direito do Processo Civil*, 3.^a ed., vol. II, págs. 32/3; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito do Processo Civil*, 2.^a ed., vol. II, página 357; vol. III, páginas CVV/VB; vol. IV, página 64; AMARAL SANTOS, *Direito do Processo Civil*, 2.^a ed., vol. III, págs. 95; S. FAGUNDES, *Dos Rec. Orde.*, páginas 79/80).

Aliás, em diversos atos processuais, não se admite o conhecimento, com efeitos adjetivos, senão pela forma indicada na lei, como acontece, *verbi gratia*, com a citação para a ação cujo prazo para contestar não poderá fluir pelo fato da parte ter tido conhecimento do processo antes de citada, ainda quando o tenha recebido em confiança, com carga assinada no livro próprio.

6. Pensamos, com a devida vênia, que a corrente que mais atende à natureza de ordem pública dos preceitos legais é a que só considera com eficácia processual o conhecimento obtido por uma das formas previstas na lei, não se permitindo a ciência por meios substitutivos.

Na espécie, não é de se admitir o recebimento dos autos em confiança como conhecimento de efeitos processuais, para termo inicial do prazo de recurso.

7. Em tais condições, invocando os Douts Suplementos da Egrégia Câmara, opinamos pelo provimento do agravo.

Rio, 4 de março de 1969.

(a) CLOVIS PAULO DA ROCHA

11.º Procurador da Justiça.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 62.939

8.ª Câmara Cível

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Graccho Aurélio.

Apelante: Espólio de Nélson de Magalhães Feitosa Júnior e outros.

Apelado: Carlos Eduardo Albano Feitosa e outros.

PARECER

FILHO ADULTERINO. RECONHECIMENTO EM TESTAMENTO.

É lícito o reconhecimento do filho adulterino no testamento porque este ato jurídico só tem eficácia após a morte do testador, quando já está dissolvida a sociedade conjugal, como exige a lei.

1. O de cujus NELSON DE MAGALHÃES FEITOSA deixou três filhos adulterinos que foram reconhecidos pelo falecido, não só no ato do registro de nascimento, como também, no testamento que se encontra por certidão à fls. 239 do primeiro apenso.

Êsses filhos adulterinos requereram habilitação no inventário na qualidade de herdeiros.

O Dr. Juiz *a quo* na respeitável sentença de fls. 194 decidiu que seria uma desumanidade mandar êsses filhos ilegítimos para as vias ordinárias, quando foram reconhecidos pelo próprio pai no ato do registro civil e no testamento.

Inconformados, apelaram a viúva meeira e os filhos legítimos.

2. Alega o apelante preliminarmente que o Dr. Juiz feriu a coisa julgada formal. Todavia, como bem demonstraram os apelados e a ilustre Curadoria de Órgãos à fls. 222, não houve ofensa à coisa julgada

porque o requerimento em apenso versou somente sobre a destinação do inventariante e foi essa matéria o objeto do agravo de instrumento, do qual não conheceu a Egrégia 8.^a Câmara Cível. Assim, não é de ser acolhida a preliminar.

No mérito, merece igualmente confirmação a respeitável sentença apelada.

3. A lei 883, de 21-10-1949, declarou que “dissolvida a sociedade conjugal será permitida a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare a filiação.”

Previu a lei o reconhecimento voluntário feito pelo pai após a dissolução da sociedade conjugal ou o reconhecimento compulsório através de ação proposta pelo filho.

Três são as formas para o reconhecimento voluntário do filho ilegítimo: — o termo de nascimento, a escritura pública ou o testamento (Código Civil, art. 357).

Na espécie, o pai os reconheceu nos termos de nascimento e no testamento. Acontece, porém, que o reconhecimento feito no termo do registro civil não pode ter efeitos jurídicos válidos, porque, na ocasião em que se efetivou, a sociedade conjugal não estava dissolvida, como o exige o art. 1.^o da lei citada.

Todavia, o reconhecimento feito no testamento tem pleno valor, porque o *testamento só tem eficácia, só produz efeitos, a partir do momento da morte do testador* e nesse momento deu-se a dissolução da sociedade conjugal.

É por esta razão que os filhos adulterinos, na hipótese, não precisam propor ação para se declarar a filiação porque essa já foi reconhecida de forma legal e definitiva.

Não é pacífica, porém, a tese.

4. O saudoso Professor ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA opinava pela impossibilidade do reconhecimento feito em testamento, se, na época da sua conclusão, a sociedade conjugal não estivesse dissolvida, ou *in verbis*:

“249. *Particularidade a atender.* Quer, porém, o reconhecimento se faça em escritura pública ou por testamento, será essencial que aquele que o realiza possa efetuar-lo no momento em que tal ato se pratica. De fato, não sendo lícito ao genitor casado, na constância do matrimônio, reconhecer filhos havidos de relações adulterinas, e não se admitindo reconhecimento a termo, ou sob condição, a falta de capacidade jurídica para o ato, no momento em que este se realiza, o invalida de vez que não se trata de simples confissão (n.^o 273, *infra*), ressalvados outros efeitos que tal declaração pode produzir, quer no que diz “respeito ao pedido

de alimentos, quer para autorizar a propositura da ação judicial de reconhecimento forçado”.

(“Investigação de Paternidade”, ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, pág. 309, 3.^a edição).

Em nota n.º 41, nessa mesma página da sua preciosa monografia, invoca o ilustre mestre a autoridade do direito italiano. No direito italiano, entretanto, há texto expresso de lei declarando que “o reconhecimento contido em testamento só tem efeito se a dissolução do casamento já teve lugar ao tempo em que o testamento foi feito” (art. 25 do Código Civil Italiano).

Nesse direito, houve necessidade da lei ser expressa a respeito, não cabendo, portanto, invocar-se, para o direito brasileiro, os autores italianos, porque no nosso direito não há preceito legal a respeito.

5. ORLANDO GOMES e NELSON CARNEIRO igualmente se pronunciaram de modo contrário ao nosso ponto de vista, sustentando que não há possibilidade do reconhecimento voluntário, quando a sociedade conjugal fôr dissolvida pela morte do pai adúltero.

Afirmando, ainda, que o pai não pode reconhecer no testamento porque, ao tempo em que o concluiu, a sociedade conjugal não estava dissolvida.

Vejamos nas próprias palavras os ilustres mestres:

“Evidentemente, quando a sociedade conjugal seja dissolvida pela morte do marido adúltero, não há possibilidade de reconhecimento voluntário, porquanto, embora o testamento seja ato feito para valer depois da morte, o pai não pode reconhecer o filho por esse modo, visto como ao tempo em que fêz não estava dissolvida a sociedade conjugal, e, por conseguinte, não tinha capacidade para o cometer. A possibilidade de reconhecimento provém exatamente do falecimento do pai, em virtude do qual o casamento se dissolve”.

(ORLANDO GOMES e NELSON CARNEIRO, *Do Reconhecimento dos Filhos Adulterinos*, 1.^a Ed., Rio, 1952, pág. 191, § 149).

Todavia, ORLANDO GOMES, posteriormente, mudou de opinião para, no seu recente “Direito de Família”, dizer:

“O reconhecimento por testamento não exige que esteja dissolvida a sociedade conjugal ao tempo em que o pai, valendo como se feito após a dissolução, por se tratar de ato

jurídico que somente se torna eficaz com a morte do testador (1)".

(ORLANDO GOMES, "Direito de Família", pág. 253, edição de 1968).

Em nota n.º 1, nessa mesma página 253, declara ainda:

"(1) — Sustentamos opinião contrária na monografia "Do Reconhecimento dos Filhos Adulterinos" mas nos rendemos aos argumentos dos que a combatem".

6. A natureza jurídica do testamento leva-nos a concluir pela possibilidade do reconhecimento não só porque se trata de ato cujos efeitos só se produzem após a morte do testador, como também porque, por uma ficção jurídica, considera-se a vontade como enunciada no instante da morte.

De fato, o testamento é um ato de última vontade, que uma vez concluído fica quanto aos seus efeitos jurídicos em estado de pendência até o advento da morte.

É um ato válido de eficácia *pendente* "até a abertura da sucessão e aceitação da herança" (BULHÕES DE CARVALHO — "Ineficácia do Ato Jurídico e a Reforma do Código Civil", Rio, 1966, pág. 2).

Em consequência, só irá produzir efeitos *post mortem*, no momento em que está dissolvida a sociedade conjugal.

Segundo a natureza jurídica do testamento, a vontade do *de cujus* é como se tivesse sido proferida no último instante da vida, no momento da morte.

OROZIMBO NONATO assim se pronuncia sobre o tema:

"Considera-se haja o testador manifestado aquela vontade somente ao perder a vida.

Na possibilidade de ser empreendido pela morte *plerumque incident homini bus mors* — o testador, de cauteloso antecipa a expressão daquela vontade.

Como disse o jurista, êle a redige "d'avance sous la crainte d'être sur pris par la mort, mais qu'il est réputé "émettre seulement en perdant la vie".

(OROZIMBO NONATO, "Estudos sobre Sucessão Testamentária", vol. 1, pág. 189).

ROBERTO RUGGIERO, com a sua habitual clareza, após afirmar que o testamento destina-se a produzir efeitos unicamente depois da morte do testador, declara peremptoriamente que a vontade manifestada no testamento se considera como emitida por ocasião da morte, ou *in verbis*:

“por outro lado, que a vontade expressa no testamento se considera (seja qual fôr o momento em que é emitida) como a sua vontade extrema e assim mantida firme, quase renovada de momento a momento, desde o dia da confecção do testamento até ao dia da morte”.

(ROBERTO DI RUGGIERO, “Instituições de Direito Civil”, tradução de Ary Santos, vol. III, pág. 552).

7. Tendo em vista que o testamento é um ato cuja manifestação da vontade se considera enunciada no momento da morte e ainda um ato de eficácia pendente, que só produz efeitos após a morte do testador, não podemos deixar de concluir pela licitude do reconhecimento do filho adulterino em ato “causa mortis”. Trata-se de reconhecimento feito após a dissolução da sociedade conjugal, desde que esta se dissolve pela morte e aquêle só tem eficácia depois daquele evento.

Na espécie, seria uma demasia erigir-se de filhos reconhecidos em testamento e em termo de nascimento, que propusessem uma ação de investigação para demonstrar e provar uma paternidade exuberantemente demonstrada e provada, em dois atos autênticos, um dos quais de legítimos efeitos jurídicos.

8. Nestas condições, invocando os Doutos Suplementos da Egrégia Câmara, opinamos que se negue provimento à apelação.

Rio, 28 de abril de 1969.

(a) CLÓVIS PAULO DA ROCHA

11.º Procurador da Justiça



JURISPRUDÊNCIA

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

RESPONSABILIDADE CIVIL DE LOCADORA DE AUTOMÓVEIS

*Responsabilidade Civil. Locação mercantil de automóvel.
Co-responsabilidade da locadora na composição de dano causado
a terceiro. Recurso extraordinário não conhecido.*

Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 63.562 — GB

Locadora Nacional de Automóveis Ltda. *versus* Cid D'Artayett Costa
Relator: O Sr. Ministro Evandro Lins e Silva

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos, os autos acima identificados, acordam os Ministros, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso.

Brasília, DF, 16 de abril de 1968. — *Evandro Lins e Silva*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Evandro Lins: — Decidiu o 4.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça da Guanabara, em grau de embargos, na conformidade desta ementa:

“Ação de indenização visando ressarcimento de danos decorrentes de colisão de veículos.

Responsabilidade solidária da locadora e do locatário pelos danos causados pelo veículo locado.” (fôlha 120).

Dessa decisão foi interposto recurso extraordinário, com fundamento nas letras *a* e *d*, do permissivo constitucional, alegando-se ofensa ao art. 1.521 do Código Civil.

O recurso foi admitido pelo despacho de fôlha 133 e arrazoado pelas partes.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Evandro Lins (Relator): — A petição de interposição do recurso extraordinário funda-se, também, na letra *d* do permissivo constitucional, mas não indica qualquer acórdão divergente da decisão recorrida.

Resta a apreciação do recurso quanto ao fundamento da letra *a*.

A meu ver a decisão recorrida não negou vigência ao art. 1.521 do Código Civil. Ao revés disso, deu-lhe razoável e construtiva interpretação, atendendo a uma situação nova criada pelo desenvolvimento industrial e comercial do país.

O Supremo Tribunal Federal, em recentes decisões, tem aceito a co-responsabilidade da empresa locadora de automóveis e, portanto, a solidariedade passiva na composição do dano causado a terceiro (RE 60.477, julgado pela 2.^a Turma, em 7-6-66, relator o Ministro Vilas Boas, e RE 62.247, julgado em 15-5-67, relator o Ministro Adaucto Cardoso, 1.^a Turma).

Essa co-responsabilidade não decorre, apenas, do art. 1.521 do Código Civil, mas, também, do art. 159 do mesmo Código, e de disposições do Código Nacional do Trânsito.

Não conhece do recurso.

EXTRATO DA ATA

RE 63.562 — GB — Rel., Ministro Evandro Lins. Recorrente: Locadora Nacional de Automóveis Ltda. (Advogado Cleudo Pignataro). Recorrido Cid D'Artayett Costa (Advogado Jorge Cavalier Bandeira).

Decisão: Não conhecido, unanimemente.

Presidência do Sr. Ministro Evandro Lins e Silva. Presentes à sessão os Srs. Ministros Adalício Nogueira, Aliomar Baleeiro, Themistocles Calvanti e o Dr. Oscar Correia Pina, Procurador-Geral da República, substituto.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Adaucto Cardoso.

Brasília, 16 de abril de 1968. — *Guy Milton Lang*, Secretário.

CASAMENTO RELIGIOSO. REGISTRO. EFICÁCIA

O casamento religioso não registrado não é ato inexistente; é ato cuja eficácia civil pende de sua inscrição no registro civil, com efeito retroativo.

Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara (8.^a Câmara Cível)

APELAÇÃO CÍVEL N.º 62.987

Maria José Fialho Londres *versus* Rubem Rocha Filho
Relator: Francisco de Bulhões Carvalho

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação Cível n.º 62.987, de que é apelante Maria José Fialho Londres e apelado Rubem Rocha Filho, acordam os Juízes da Oitava Câmara Cível em negar provimento ao recurso, contra o voto do Revisor, que dava provimento nos termos do parecer do Dr. Procurador.

Maria José Fialho Londres propõe declaratória, para tornar certo ser nulo ou de nenhum efeito o seu casamento com Rubem Rocha Filho, alegando que, a 7 de abril de 1967, a autora e réu procederam a habilitação civil prévia para seu casamento, cuja celebração foi feita perante a autoridade religiosa; que, passados os primeiros momentos, a autora percebeu a impossibilidade de efetivar o casamento civil, porque o réu lhe dizia não mais se interessar por esse casamento, passando a autora a admitir ter incorrido em erro essencial de pessoa em relação ao réu; que, decorrido o prazo legal para a inscrição do casamento, entende a autora que este se tornou inexistente.

A sentença apelada julgou a autora carecedora de ação.

A questão discutida nestes autos é da maior relevância.

Segundo o sistema instituído pela Constituição Federal de 1946 (artigo 163) e repetido pela atual Constituição do Brasil (art. 167), são previstas duas modalidades de casamento religioso, para determinação do seu efeito civil: a) o casamento religioso celebrado mediante prévia habilitação civil; b) e o celebrado sem essa habilitação.

No primeiro caso, o celebrante ou qualquer interessado poderão requerer a inscrição do ato no registro público. No segundo caso, poderá o casal, mediante prévia habilitação civil, requerer a referida inscrição.

Tanto num caso, como noutro, entretanto, "a inscrição produzirá os efeitos jurídicos A CONTAR DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO (artigo 7.º da Lei n.º 1.110, de 23 de maio de 1950).

Como resulta claramente dêste último dispositivo, o casamento religioso, celebrado de acôrdo com as normas da religião respectiva, JAMAIS

É INEXISTENTE, porquanto, mesmo quando celebrado sem prévia habilitação civil, sua inscrição PRODUZ EFEITO CIVIL RETROATIVO À DATA DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO.

Esse efeito retroativo da inscrição demonstra que o casamento religioso sem inscrição civil é um ato válido civilmente, mas cujos efeitos civis estão sujeitos a uma CONDIÇÃO SUSPENSIVA: a de se fazer sua inscrição no registro civil.

Se o casamento religioso não registrado fôsse ato inexistente, não poderia produzir efeito nenhum e, portanto, seu registro posterior não poderia produzir efeito retroativo.

Como o relator do presente acórdão teve ocasião de demonstrar na obra "Ineficácia do Ato Jurídico e a reforma do Código Civil", "como todo ato condicional, o casamento religioso produz desde logo os efeitos inerentes ao ato condicional, ou seja o direito aos atos conservatórios (artigo 121 do Código Civil), isto é, tôdas as medidas de conservação não só material como jurídica (De Page, 1, n.º 160). Trata-se, portanto, dum ato irrevogável pelas partes, tanto mais quanto a Constituição o proclama indissolúvel pela vontade das partes... Parece, pois, evidente que um dos cônjuges não pode unilateralmente dar como revogado ou inexistente o casamento religioso que haja contraído, para requerer seu casamento civil com terceira pessoa" (Pág. 74).

Embora a nossa legislação sôbre casamento religioso seja omissa e se venha permitindo na prática que pessoa casada religiosamente com uma pessoa case civilmente com outra, todavia, enquanto esse nôvo casamento não se realizar, subsiste sempre a possibilidade do registro do casamento religioso, com efeito retroativo à data de sua celebração e, portanto, subsiste a eficácia do ato, como condicional.

No caso dos autos, ao que se depreende da inicial, a autora arrependeu-se de seu casamento religioso, atribuindo-o a um erro de pessoa, tanto assim que não o procurou registrar no prazo de três meses após a sua habilitação civil.

Se considera seu casamento religioso anulável por erro de pessoa, promova sua anulação perante a autoridade religiosa competente.

O que não é lícito e moral, como bem o disse a sentença, é que a autora, após celebrar seu casamento religioso, pretenda revogar por ato de sua vontade unilateral um ato que, em princípio, a Constituição Federal decorreu indissolúvel.

Custas pela apelante.

Rio, GB, 1.º de maio de 1969.

VOTO VENCIDO DO DES. LUIZ ANTÔNIO DE ANDRADE

Fiquei vencido, pois dava provimento ao recurso a fim de julgar procedente a ação, nos termos da inicial.

Apelante e apelado, pretendendo dar efeitos civis ao casamento religioso que iriam celebrar, habilitaram-se para tal fim, previamente, pe-

rante o Oficial da 5.^a Circunscrição do Registro Civil das Pessoas Naturais, havendo a certidão de habilitação sido expedida a 7 de abril de 1967 (fls. 8). O casamento religioso teve lugar a 11 do mesmo mês e ano (fls. 12). Decorreram mais de três meses da data da habilitação sem que qualquer dos nubentes, o celebrante ou qualquer interessado promovesse a inscrição, no registro, do casamento religioso.

Casada no religioso, com habilitação prévia no registro, mas já extinto o prazo de três meses para a inscrição, pretende a apelante, através da presente ação, que a Justiça declare não ser ela, *perante a lei civil, esposa* do apelado, não obstante a aparência resultante da cerimônia religiosa e da habilitação que a esta precedeu.

Trata-se, portanto, de ação declaratória negativa, visando a desfazer a convicção pública que daqueles atos provieram.

Para o referido fim, a declaratória negativa é amplamente admitida, pois, segundo os doutos, sua finalidade “consiste em pôr a incerteza” (CELSE AGRÍCOLA BARBI — *A Ação Declaratória no Processo Civil Brasileiro*, ed. 1955, pág. 73), “em face da opinião comum” (ZANZUCCHI, *Diritto Processuale Civile*, ed. 1948, pág. 127), incerteza essa de natureza jurídica, ou seja, “relativa a direitos e obrigações” (ALFREDO BUZAID, *Ação Declaratória*, S. Paulo, 1943, pág. 157; CHIOVENDA, *Instituições*, trad. Menegale, 2.^a ed., v. I, pág. 363). PONTES DE MIRANDA dá mesmo como exemplo típico de ação declaratória aquela em que se pede a declaração da existência ou inexistência do casamento (*Tratado de Dir. Privado*, v. 7, § 802, n.º 6, ps. 272-273). E, em outro escólio, explicita: “Pode o interessado requerer declaração ao juiz, que, examinando o título e a situação de fato, dirá se é inexistente ou não, se a situação tem, ou não, existência legal. Não pode o Juiz excusar-se a isso, pois a inexistência do casamento pode ser invocada por interessados, legitimamente, ainda se foi proposta a ação de nulidade, ou de anulação” (*Dir. de Família*, v. I, pág. 248). JOSSEERAND (*Derecho Civil*, tomo I, 2.º vol. n.º 802, pág. 76 da trad. argentina), citado pelo des. ALCINO PINTO FALCÃO, em erudito voto na *Rev. Jur.*; do T.ª. do Estado da Guanabara, v. 3, ps. 196-197, também acentua ser apropriada a ação declaratória, não para pronunciar a inexistência do casamento, mas para como tal *declará-lo*: “O tribunal... não tem que pronunciar a inexistência: limita-se a *comprová-la*; sua decisão é estritamente *declaratória* de um estado de coisas anterior”. Igualmente TORQUATO CASTRO (*Ação Declaratória*, Recife, 1940, pág. 89) põe em relêvo a ação declaratória em casos tais: “A incerteza objetiva sobre a existência de um vínculo de *direito de família* (filiação, parentesco, *matrimônio*), que, se existente, seria para o titular uma fonte de direitos e deveres especiais, constitui um campo importantíssimo de aplicação das declaratórias” (meus os grifos). Na mesma esteira, vários julgados dos nossos Tribunais catalogados por CELSE AGRÍCOLA BARBI (op. cit., 2.^a ed., ps. 91-93), entendendo adequada a ação declaratória tanto para a declaração da inexistência de relação jurídica oriunda de determinado contrato (T. J. de São Paulo, ac. de 6-11-56, na ap. 77.071, re-

lador desembargador EUCLIDES C. DA SILVEIRA, na *Rev. dos Tribs.*, v. 261, pág. 179), quanto para a declaração da existência de casamento cujo registro se perdeu (T. J. de São Paulo, ac. de 14-11-50, na *Rev. For.*, v. 149, pág. 295).

No caso dos autos, não pediu a autora apelante — como, data venia, equivocadamente supôs a douta maioria — fôsse declarado nulo, ou inexistente, ou inválido ou ineficaz o seu casamento *religioso*. Pediu — isto sim — que tal casamento fôsse declarado “*de nenhum efeito civil*”, em decorrência de sua falta de inscrição no registro, nos três meses prescritos pelo art. 3.º da Lei n.º 1.110, de 23 de maio de 1950.

Aliás, tôda a argumentação da inicial é nesse sentido.

Após historiar o ocorrido e salientar que depois da habilitação prévia foi celebrado o casamento religioso, decorrendo o prazo legal sem que se procedesse à sua inscrição no registro, diz a autora, na inicial — item 6 — haver ficado em dúvida sobre “os efeitos jurídicos de tal situação”, daí decorrendo o seu interesse “em ver definida, pela presente via declaratória, a sua posição na sociedade, o seu estado civil e as conseqüências dessa definição”. No item seguinte assinala que sua dúvida de ordem jurídica consiste em saber se a formalidade da inscrição do casamento religioso é “essencial à consumação do ato, ou mera confirmação de ato perfeito e acabado”. No item 9 esclarece que a declaração pela via judicial dos efeitos da não inscrição lhe é necessária porque, conforme o caso, terá que intentar contra o apelado ação anulatória do casamento. Nos itens 9 e 10, transcrevendo textos da Lei n.º 1.110, argumenta no sentido de que os nubentes não quiseram “o reconhecimento dos *efeitos jurídicos* de seu casamento”, e que, para os mesmos, “o direito de ver reconhecido o casamento religioso com todos os *efeitos civis*” “pereceu pela inércia e o decurso do tempo previsto” (item 11). Manifestações análogas são repetidas nos itens 16, 17, 19 e 20, para, nos itens 22 e 23, já sob a rubrica — *O Pedido* — concretizar-se êste com precisão: a autora quer ver “declarado o seu estado civil de solteira”; a autora quer tornar certo ser “*de nenhum efeito civil* o casamento religioso, celebrado após habilitação junto ao Oficial da Quinta Circunscrição do Registro Civil das Pessoas Naturais (GB)”.

De tudo se vê, que a autora-apelante sabe que seu casamento religioso é “ato perfeito e acabado” (item 7), consistindo a sua dúvida, *unicamente*, no tocante aos *efeitos civis* dêsse casamento, dada a habilitação anterior e o decurso do prazo sem inscrição no registro.

Ora, sendo formalidade essencial a inscrição, no registro, do casamento religioso naquele prazo de 90 dias, e não tendo havido tal inscrição, “não existe casamento perante as leis civis, haverá apenas casamento religioso com efeitos próprios da seita a que pertencerem os interessados”, como bem salientou o dr. 11.º Procurador da Justiça — Prof. CLOVIS PAULO DA ROCHA — em seu preciso parecer de fls. 32 a 35. Ou, como frisa PONTES DE MIRANDA, citado pelo referido parecer “Antes do registro civil, o casamento religioso não possui, de regra, efeitos civis: os seus

efeitos limitam-se àquêles que lhe atribuem as regras de direito matrimonial da confissão religiosa respectiva”.

Verifica-se, pois, que a apelante está casada apenas no religioso, casamento êsse, entretanto, *sem efeitos civis*.

É essa mera declaração — admissível, como se viu, através de ação declaratória — que a apelante pretende.

Para êsse fim, dei provimento ao recurso, julgando procedente a ação.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO DES. IVAN DE ARAÚJO SOUZA

Acompanhei em sua brilhante argumentação o voto do eminente Desembargador Presidente, negando provimento ao recurso interposto, embora me parecendo *data venia* mais correto processualmente houvesse o MM. Juiz julgado improcedente a ação, em vez de julgar a autora vencedora do direito de intentá-la.

Examinando-se a finalidade da ação proposta, duas teses avultam a exigir solução: a questão de saber se o prazo de três meses estipulado no art. 3.º, da Lei n.º 1.110, de 23-5-1950, para registro do casamento religioso com efeitos civis, é um prazo de decadência, além do qual é impossível o registro e se excedido êsse prazo torna-se inexistente o casamento celebrado.

Da citada Lei n.º 1.110 verifica-se que o casamento religioso com efeitos civis pode ser realizado com habilitação anterior ou posterior a sua celebração.

No caso de habilitação posterior pode ela ser processada muitos anos após a realização do casamento religioso. Em qualquer tempo podem os cônjuges requerê-la e, processada regularmente, ordenará de ofício o Juiz a inscrição do casamento religioso, de acôrdo com a prova de sua celebração (art. 6.º da Lei n.º 1.110).

No caso de habilitação anterior, que é o dos autos, refere o art.º 2.º, que, concluída a habilitação para o casamento, é facultado aos nubentes para se casarem perante a autoridade civil ou religiosa requerer a certidão de que estão habilitados, deixando-a obrigatòriamente em poder da autoridade celebrante, para ser arquivada.

Dentro nos três meses imediatos à entrega da certidão a que se refere o art.º 181, § 1.º, do Código Civil, o celebrante ou qualquer interessado poderá requerer a sua inscrição no registro público. (art. 3.º).

Do confronto entre as duas modalidades de casamento religioso com efeitos civis avultam desde logo as seguintes diferenças: no caso de habilitação posterior não há prazo para o seu processamento e o registro sòmente pode ser requerido por ambos os cônjuges. No caso de habilitação anterior, o casamento deverá ser realizado no prazo de três meses do recebimento da certidão de habilitação, conforme preceitua o art. 181, § 1.º, do Código Civil, a que faz expressa remissão o art. 3.º da citada

Lei 1.110. E ocorre ainda uma outra circunstância importante: pode requerer o registro o celebrante ou qualquer interessado.

Dispõe o art.º 181, § 1.º, do Código Civil, que a certidão de habilitação declarará os nubentes habilitados para se casar “dentro nos três meses imediatos.”

Preceitua por sua vez o art. 3.º da Lei 1.110 que “dentro nos três meses imediatos à entrega da certidão a que se refere o art. 181, § 1.º, do Código Civil, o celebrante do casamento religioso ou qualquer interessado poderá requerer a sua inscrição no registro público.”

Verifica-se, pois, que ambos os prazos, tanto para a celebração do casamento religioso, como para requerer posteriormente o seu registro, são perfeitamente iguais e têm como marco inicial o mesmo fato — o recebimento da certidão de habilitação. Significa isso que praticamente não há prazo para o pedido de registro, bastando para isso que os nubentes realizem o casamento no último dia do prazo estipulado na certidão de habilitação.

Dispõe o art.º 167 da Constituição Federal que o casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no registro público.

Instituindo o casamento religioso com efeitos civis, tornou a Constituição obrigatória o seu registro, mas não estipulou prazo para o cumprimento dessas formalidades.

Não poderia, pois, a lei ordinária estipular para isso um prazo, ainda mais, como se pretende, sob pena de inexistência do casamento, realizado mediante uma habilitação anterior e já celebrado pela autoridade competente.

Estabelecia a Lei n.º 379, de 16-1-1937, que incorria nas penas do art. 283 da Consolidação das Leis Penais (bigamia), quem contraísse casamento, civil ou religioso com efeitos civis, depois de celebrado o casamento religioso, na conformidade dessa lei, ainda que este não se achasse inscrito no Registro Civil (art.º 9.º, § 1.º).

É certo que essa lei foi revogada pela atual, mas daquela se evidencia que, celebrado o casamento religioso com efeitos civis, não mais era lícito aos cônjuges ou a qualquer deles torná-lo inexistente, pelo simples expediente de não lhe promover o registro.

Aliás, o fato de haver o dispositivo constitucional facultado a qualquer interessado requerer o registro do casamento em tal hipótese, evidencia que, celebrado este, passou a sua validade a independêr da iniciativa dos cônjuges, para se tornar dependente da ação de qualquer interessado.

E isso porque ao requererem a habilitação civil, mencionando o intuito de se casarem perante ministro de confissão religiosa, já manifestaram os nubentes a vontade de que tal casamento fosse civilmente válido. Celebrado, pois, o casamento, se encontra o ato perfeito, não lhes sendo possí-

vel obstar-lhe os efeitos, pela simples omissão no requerimento do registro.

Dúvida não tenho, pois, em concluir que, celebrado o casamento religioso mediante habilitação anterior, seu registro é obrigatório, como aliás já o declarava expressamente a Constituição de 1934, em seu artigo 146. E para isso não existe prazo, podendo tal registro ser requerido a qualquer tempo, por qualquer interessado, pois, como já salientamos, o prazo de três meses, a que se refere o art. 3.º, da Lei n.º 1.110, é praticamente inexistente, devendo ser entendido como prazo para a realização do casamento, e não para o seu registro.

Antes do registro o casamento é, como acentua o acórdão, um ato ineficaz. Como doutrina SERPA LOPES, o negócio simplesmente ineficaz está aparelhado de todos os elementos essenciais e pressupostos de validade, de modo que a sua eficácia está apenas impedida por uma circunstância de fato e extrínseca. E acrescenta em seguida: Na ineficácia, o ato é bifronte: válido, em face das partes contratantes, ineficaz em face de terceiros, visto que, em face destes, os seus efeitos estão subordinados secundariamente às conseqüências da invalidade." (Curso de Direito Civil, vol. I, pag. 505).

Não assiste, pois, razão à autora para pretender ver declarada a inexistência de seu casamento, até mesmo porque o art. 120 do Código Civil lhe estaria a barrar frontalmente a pretensão.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

8.ª Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL N.º 62.987

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Bulhões de Carvalho

Apelante: Maria José Fialho Londres

Apelado: Rubem Rocha Filho

PARECER:

1. Maria José Fialho Londres propôs a presente ação declaratória para o fim de se "tornar certo ser nulo e de nenhum efeito civil o casamento religioso celebrado após habilitação" prévia na 14.ª Circunscrição do Registro Civil.

Na audiência de instrução e julgamento, o Dr. Juiz *a quo* julgou a autora carecedora de ação. No prazo de agravo, apelou a autora. O Dr. Curador de Família oficiou à fls. 29 v, opinando pela reforma da sentença e a procedência da ação.

2. A autora, Maria José Fialho Londres e Rubem Rocha Filho habilitaram-se junto ao Oficial da 5.^a Circunscrição do Registro Civil das Pessoas Naturais para a celebração do casamento religioso com efeitos civis.

Após a habilitação prévia, expediu-se a certidão respectiva em 7 de abril de 1967 (fls. 8). Em 11 de abril de 1967, foi celebrada a cerimônia do casamento religioso na Paróquia de São José, no Jardim Botânico, como se verifica da certidão de fls. 12.

O Sr. Oficial do Registro Civil certifica, ainda, que nos livros de registro de casamentos religiosos com efeitos civis, no período de 29 de março até 26 de julho de 1967, não foi feita a inscrição do casamento religioso da autora (fls. 8).

3. O art. 167 § 2.^o III da Constituição do Brasil, como a Lei 1.110 de 23-5-1950, permitem que o casamento religioso possa equivaler ao civil, mas estabelece determinadas exigências. Há duas hipóteses: a do casamento religioso com habilitação prévia e a do casamento religioso com habilitação *a posteriori*. A do casamento religioso com habilitação prévia, que é a dos autos, exige habilitação prévia perante o oficial do Registro Civil, celebração perante a autoridade religiosa e em seguida a inscrição no Registro Civil, dentro do prazo de 3 meses, como dispõe o art. 3.^o da Lei 1.110 de 23-5-1950.

Esta inscrição poderá ser feita dentro de 3 meses, a contar da data da entrega da certidão de habilitação, a requerimento do celebrante ou de qualquer interessado.

Decorrido o prazo de 3 meses, não mais poderá ser feita a inscrição a requerimento do celebrante ou de qualquer interessado.

Não havendo inscrição, no Registro Civil, não existe casamento perante as leis civis, haverá apenas casamento religioso com efeitos próprios da seita a que pertencerem os interessados.

“Antes do registro civil”, diz PONTES DE MIRANDA, “o casamento religioso não possui, de regra, efeitos civis: os seus efeitos limitam-se àqueles que lhe atribuem as regras de direito matrimonial da confissão religiosa respectiva” (PONTES DE MIRANDA — tratado de Direito Privado — pg. 337). Aliás a afirmação de que o casamento religioso só produz efeitos civis após o registro, não só resulta da lei como é afirmado pela doutrina e pela própria jurisprudência. Antes do registro, não há casamento em face da lei civil.

Assim, tendo a parte feito habilitação prévia, para a realização do seu casamento religioso, com a finalidade de comunicar a este efeitos civis, evidentemente, tem legítimo interesse de ver esclarecida a sua situação e em consequência para propor esta ação com a finalidade de ser declarada a “existência ou inexistência” do casamento, como lhe faculta o § único do art.^o 2.^o do Código de Processo Civil.

Parece-nos assim, que deve ser reformada a decisão recorrida, para os fins de ser julgada procedente a ação e declarado que não existe

casamento em face da nossa lei civil, desde que o casamento religioso não foi levado a registro dentro do prazo fixado na lei.

4. Nestas condições, invocando os Doutos Suplementos da Egrégia Câmara, opinamos que se dê provimento à apelação.

Rio, 31 de dezembro de 1968.

CLÓVIS PAULO DA ROCHA
11.º Procurador da Justiça

NOTA: Publicamos a seguir provimento, ainda em vigor, baixado pelo Exmo. Sr. Des. Francisco Pereira de Bulhões Carvalho, relator do acórdão supra, quando exercia o cargo de Corregedor da Justiça local e acêrca do assunto em pauta.

PROVIMENTO N.º 195

O Desembargador FRANCISCO PEREIRA DE BULHÕES CARVALHO, no exercício do cargo de Corregedor da Justiça do Distrito Federal,

Atendendo a que a Constituição Federal admite que o casamento religioso equivale ao civil, desde que seja inscrito no registro público, quer seja precedido de habilitação civil, quer seguido da mesma, sendo que no primeiro caso, bastará para sua inscrição a simples comunicação por parte do celebrante ou de qualquer interessado (art. 163, §§ 1.º e 2.º);

Atendendo que, em qualquer caso, a simples inscrição no registro civil revalida o casamento religioso sem embargo de omissão de qualquer das formalidades exigidas (art.º 8.º da Lei 1.110 de 23 de maio de 1950) e retroage, produzindo seus efeitos jurídicos a contar do momento da celebração do casamento (art.º 7);

Atendendo que, assim, o casamento religioso não é inexistente, antes da inscrição, mas existente e válido civilmente a partir de sua celebração, embora seus efeitos fiquem em suspenso até sua inscrição;

Atendendo que, quando a Constituição Federal, no art.º 163, proclama a unidade e a indissolubilidade do casamento, não poderia ter em vista, nos dois parágrafos desse mesmo dispositivo, abrir margem a que a mesma pessoa pudesse celebrar diversos casamentos perante ministros religiosos e optar a seguir, livremente, pelo registro de algum dêles, embora todos registráveis, ou substituí-los por outro de celebração civil;

Atendendo a que o casamento religioso, de pessoa já casada civilmente com terceira pessoa viola o art. 163, §§ 1.º e 2.º da Constituição, porque, em tal hipótese, o casamento religioso não é registrável;

Atendendo a que o mesmo ocorre quando a pessoa já casada religiosamente se casa civilmente com terceira pessoa, tornando não registrável o primeiro casamento;

Atendendo a que, quanto possível, o casamento religioso deve ser precedido de habilitação civil e seguido imediatamente de seu registro, dentro do prazo legal de 90 dias da habilitação civil;

Atendendo a que essa necessidade de estreita cooperação entre a autoridade civil e religiosa, para o exato cumprimento do art. 163, §§ 1.º e 2.º da Constituição e Lei 1.110 de 1950 tem sido lúcidamente compreendida pela Cúria Metropolitana desta Capital, conforme ficou demonstrado pela aceitação de anteriores Provimentos, feitos por esta Corregedoria, sobre a matéria, e agora novamente em reunião provocada por esta Corregedoria;

Atendendo à conveniência do imediato registro do casamento religioso precedido de habilitação civil, sem dependência de qualquer pagamento de custas, que devem ser pagas antecipadamente em relação àquele registro, para não criar dificuldade ao mesmo;

Atendendo a que se, por qualquer eventualidade, decorrer o prazo de 90 dias da habilitação sem que tenha sido feito o registro do casamento religioso, bastarão novas publicações sem necessidade de nova intervenção dos nubentes ou do juiz, para possibilitar o registro, a não ser quando ocorra dúvida relevante a ser dirimida pelo juiz substituto competente;

Atendendo a que a pretensão de qualquer ministro de culto religioso de celebrar casamentos, registráveis civilmente, deve ser decidida em caso de dúvida, pelo juiz substituto competente, com recurso regular para a superior instância, e não por esta Corregedoria, que não tem atribuições julgadoras, nem tampouco pelo juiz de casamento que não pode proferir sentença recorrível;

Atendendo a que, pelo regime da Constituição Federal de 1934, o registro do casamento religioso era obrigatório (art. 146) e pelo art. 9.º da Lei 379, de 16 de janeiro de 1937, hoje revogada, estava sujeito às penas irrogadas à bigamia, o que contraísse novo casamento civil ou religioso com efeitos civis de celebrado casamento religioso não inscrito; e, em tal caso, um precedente casamento religioso constituía impedimento impediante de casamento civil ou religioso posterior, com outras pessoas;

Atendendo a que, embora a atual Constituição não considere obrigatório o registro do casamento religioso, todavia, quando sua celebração seja precedida de habilitação civil regular, sua inscrição não depende da conjugação de vontade de ambos os cônjuges, mas da de qualquer deles, ou do celebrante ou de qualquer outro interessado, em geral, na eficácia civil do mesmo casamento (art. 163, § 1.º da Constituição Federal);

Atendendo a que a habilitação, os impedimentos e o registro do casamento têm, necessariamente, o caráter civil, e o fato da Constituição permitir a substituição do juiz pelo sacerdote, no ato da celebração, representa uma homenagem aos sentimentos religiosos do povo e jamais o de atentar contra a solenidade e a gravidade da celebração do casamento,

facultando aos cônjuges, pela omissão do seu registro, dar-lhe o característico civil de simples concubinato, em que a espôsa é transformada em concubina e os filhos tornados ilegítimos ou mesmo adulterinos, se os pais já forem civilmente casados com outra pessoa;

Atendendo, assim, a que é grave a responsabilidade do ministro religioso quando descure do seu dever de fazer com que o casamento por êle celebrado produza seus efeitos civis pela habilitação civil e registro, mormente quando a Constituição Federal faz derivar êsses efeitos da simples comunicação feita apenas pelo próprio celebrante;

Atendendo a que, qualquer que seja a opinião que se tenha sobre a necessidade da admissão do divórcio em nossa legislação, para regularizar certas situações criadas pelo desquite, isso não autoriza que, mantendo-se a falsa aparência de indissolubilidade do casamento civil registrado, se criem situações fraudulentas, de prático divórcio, pelo expediente de se não registrar o casamento celebrado religiosamente, com intolerável ofensa aos nobres sentimentos da religião, mormente quando êstes acolham o preceito de indissolubilidade do casamento;

RESOLVE:

Solicitar aos Ministros Religiosos:

1.º) — que sòmente celebrem casamento após exibição, pelos nubentes, de certidão de habilitação civil, e dentro do prazo legal de noventa dias da vigência desta;

2.º) — que, após a celebração do casamento, providenciem diretamente o seu registro, mediante remessa da comunicação instruída pelo têrmo do casamento assinado pelo celebrante, pelos cônjuges e testemunhas, com o seu pedido de registro, ou acompanhem o andamento dêsse pedido de registro até seu final deferimento;

3.º) — que, mensalmente, enviam à Corregedoria da Justiça a relação dos casamentos celebrados, com a indicação do cartório, onde se fêz sua habilitação, e a data do seu registro;

4.º) — que exijam na habilitação dos nubentes, declarem êstes não serem casados civilmente com outra pessoa; e que, em caso de verificar, ulteriormente, a falsidade da declaração, comuniquem o fato à Corregedoria, para instauração de processo criminal contra o falso declarante;

RECOMENDAR:

1.º) — que ao ser feita a habilitação para casamento, se o interessado comunicar que deseja fazer a celebração unicamente pelo ministro religioso, o oficial cobre, antecipadamente, da parte interessada, os emolumentos correspondentes ao futuro registro, no valor já designado pela Corregedoria (Provimento n.º 185, letra c, e faça constar êsse pagamento da certidão de habilitação;

2.º) — que ao fazer a declaração prescrita pelo art. 180, n.º II do Código Civil, os nubentes declaram não ter efetuado anteriormente casamento com pessoa diversa e ainda não dissolvido ou anulado, perante ministro religioso. A falsidade dessa declaração dará margem a processo criminal. No caso afirmativo, o nubente, já casado religiosamente, deve indicar a data do casamento, o nome do outro nubente e a paróquia ou local onde o ato houver sido celebrado, com a designação do nome ou cargo do celebrante;

3.º) — que, no caso de algum dos nubentes se declarar, na habilitação, já casado religiosamente com pessoa diversa daquela com quem pretenda casar-se civilmente, o oficial mencionará tal circunstância no registro civil e nos editais;

4.º) — que, se, ao receber o pedido de inscrição acompanhado do termo de casamento religioso, o oficial tiver dúvida sobre a sua realização, ou eficácia, faça conclusão do processo ao juiz substituto competente para dirimi-la, com recurso para a superior instância;

5.º) — que, se o prazo de 90 dias, a que alude o art.º 3.º da Lei n.º 1.110, de 23 de maio de 1950, a partir da data da certidão de habilitação, fôr ultrapassada, o oficial publicará novos editais, e, decorrido o prazo destes, sem oposição, inscreverá o casamento religioso, nos termos deste Provimento, mediante decisão do juiz substituto competente;

6.º) — que, qualquer decisão a ser proferida no pedido de inscrição de casamento religioso, deve ser dada pelo juiz substituto competente, ao qual deve o oficial de registro civil fazer conclusão dos autos para aquêlê-e feito.

Publique-se, registre-se e cumpra-se.

Rio de Janeiro, 19 de outubro de 1959

(a) FRANCISCO PEREIRA DE BULHÕES CARVALHO
Desembargador Corregedor em exercício

Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara
(8.ª Câmara Cível)

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 22.187

Apelação — Prazo para a sua interposição — Retirada dos autos, em confiança, antes da publicação, no órgão oficial, das conclusões da sentença — Prevalência da data da publicação como termo inicial, dado que, influiu este na determi-

nação do momento da formação da res iudicata — matéria de ordem pública —, escapa a fixação do dies a quo ao poder dispositivo das partes — Provimento do agravo.

Mário Rubens Moreira Sampaio *versus* Sul América Capitalização S.A.
Relator: Luís Antônio de Andrade

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento n.º 22.187, em que é agravante MÁRIO RUBENS MOREIRA SAMPAIO, sendo agravada a SUL AMÉRICA CAPITALIZAÇÃO S.A.:

Acordam os Juízes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara em dar provimento ao recurso para declarar tempestiva a apelação interposta e determinar que nela se prossiga, na forma da lei, vencido o Desembargador GRACCHO AURÉLIO.

A decisão recorrida deu por intempestiva a apelação interposta pelo ora agravante — embora ainda não publicadas no órgão oficial as conclusões da sentença apelada — pelo fato de entender que o início do prazo para o referido recurso deveria ser contado da retirada dos autos de cartório pelo patrono do recorrente.

Farta jurisprudência assim tem decidido, embora muitos julgados possam ser apontados em sentido contrário.

Com êstes, entretanto, e com melhor doutrina *data venia*, a solução mais técnica, conforme demonstrou, em erudito parecer, o ilustre Dr. 11.º Procurador da Justiça, Prof. CLÓVIS PAULO DA ROCHA, no agravo de instrumento n.º 21.990, julgado por esta Câmara, parecer êsse no qual são trazidas à colação as lições de FRANCISCO CAMPOS (*Rev. Forense*, vol. 165, pág. 63), CHIOVENDA (*apud Rev. Forense*, vol. 165, pág. 62), SEABRA FAGUNDES (*Dos Recursos Ordinários em Matéria Cível*, págs. 69/70, nota 9), PROVINCIALI (*Delle impugnazioni in generale*, pág. 69), ZANZUCCHI (*Diritto Processuale Civile*, vol. II, pág. 188). D'ONOFRIO (*Comento al Codice di Procedura Civile*, vol. I, pág. 551) e VIRGILIO ANDRIOLI (*Comento al Codice di Procedura Civile*, 2.ª ed., vol. II, pág. 279). Para o citado parecer, o argumento fundamental é o salientado por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, ou seja, o de que o termo a quo do prazo para recurso influi na determinação do momento do trânsito em julgado (coisa julgada formal) matéria de ordem pública, que escapa ao poder dispositivo das partes (*O Juízo de Admissibilidade no Sistema dos Recursos Cíveis*, pág. 101). Tal tese é esposada, igualmente, por GABRIEL DE REZENDE FILHO (*Curso de Dir. Proc. Civil*, 3.ª ed., vol. II, págs. 32/3), JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Instituições de Dir. Proc. Civil*, 2.ª ed., vol. II, pág. 357, vol. III, págs. 311/312 e vol. IV, pág. 65), AMARAL SANTOS (*Dir. Proc. Civil*, 2.ª ed., vol. III, pág. 95) e SEABRA FAGUNDES (*op. cit.*, págs. 79/80). Aliás, em diversos atos processuais não se admite o conhecimento, senão pela forma indicada na lei, como acontece, *verbi gratia*, com a citação para a ação, cujo prazo para contestar não poderá fluir pelo fato da par-

te ter tido conhecimento do processo antes de citada, ainda quando o tenha recebido em confiança, com carga assinada no livro próprio.

Essas as razões pelas quais é dado provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 29 de abril de 1969.

(a) *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*, presidente.

(a) *Luís Antônio de Andrade*, relator.

GRACCHO AURÉLIO, vencido, com o seguinte voto:

VOTO VENCIDO

Fiquei vencido, por entender que, no caso, o prazo para apelar deveria ser contado da data em que o advogado retirou os autos para recorrer e não da publicação da decisão no órgão oficial.

Parece-me que a ciência real consequente da leitura dos autos pelo advogado deve prevalecer sobre a presunção que decorre da publicação do resumo da sentença no Diário de Justiça, nem sempre lido pelos causídicos.

A adoção da tese vencedora, "data venia", no acolhimento de formalismo incompatível com a tendência do moderno Direito Processual, que, em matéria de nulidade, passou até a considerar válido o ato irregularmente praticado, se tiver atingido a sua finalidade (art. 273, I, do Código).

A alegação de que o termo inicial do prazo para recurso influi na caracterização de coisa julgada formal, interessando a ordem pública, não me impressionou, porque o direito adjetivo é todo ele público.

É de notar que inúmeros julgados apoiam a tese acolhida pelo voto vencido (Rev. Direito, L, pág. 320; LXX, pág. 560; XXX, pág. 132; Rev. Forense, vol. 91, pág. 151; vol. 94, pág. 325; vol. 13, págs. 300 e 298; ALEXANDRE DE PAULA, O Processo Civil à Luz da Jurisprudência, ns. 14.608, 14.673 e 33.316 E; apelação cível n.º 63.427 desta E. Câmara) e que o parecer de FRANCISCO CAMPOS, citado pelo acórdão, tratou de hipótese diversa, qual seja a da retirada dos autos pela própria parte, que, segundo o Código, não tem capacidade postulatória.

Por outro lado, é de ressaltar que FREDERICO MARQUES, MOACYR AMARAL SANTOS, GABRIEL DE REZENDE FILHO e JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA não enfrentaram a hipótese controvertida, estudando apenas a possibilidade de serem os prazos para recurso dilatados por acórdão das partes.

Os autores italianos, citados pelo acórdão, finalmente, pronunciaram-se em face de direito alienígena, devendo, por isso, suas lições ser recebidas com cautela. LOPES DA COSTA, citando MORTARA, observa que o nosso direito, quanto às intimações para ciência da sentença, seguiu o modelo austríaco e não o italiano (Direito Processual Civil, IV, n.º 24). Acrescenta, aliás, o renomado jurista que, na tradição do nosso direito, prevalece o princípio da equivalência dos atos processuais que alcançam

a mesma finalidade de intimação (ob. cit., n.º 23, págs. 35-36 da 2.ª edição atualizada — 1948).

Foram essas as razões que me levaram a dissentir do entendimento da eminente maioria.

EXECUÇÃO. APOSTILAMENTO DE TÍTULOS EM ASSENTAMENTOS FUNCIONAIS

Apostilamento de títulos em assentamentos funcionais. A execução é feita através de ofício ao Presidente do Tribunal de Justiça, com a simples comunicação dêste à Procuradoria Geral do Estado.

2.ª Vara da Fazenda Pública do Estado da Guanabara

PROCESSO N.º 7.752

1. É prazeroso para o Juiz da Vara da Fazenda Pública Estadual verificar diariamente o zelo e constatar a cultura do corpo de procuradores do Estado, na defesa da Pública Administração, incluindo-se nêle o ilustre signatário da petição de fls. que argúi a falta da citação, para execução do julgado.

Não se pode negar o que ali se requereu, face aos termos dos arts. 165 e 998 do Código de Processo Civil, que exige a citação no início da ação e da execução.

Na verdade, devem integrar o Juízo da execução, as partes e os órgãos que a levam a atingir o seu fim, sendo a citação ato que se destina a ligar o executado à instância, face às suas obrigações decorrentes da responsabilidade executória.

Mas é mister que se diferenciem as diversas situações que se apresentam ao Juízo das execuções, tanto mais que a ordem jurídica de nossos tempos, como regra geral, não é formalística, a ponto do processo brasileiro permitir ao Juiz considerar válido o ato se, praticado por outra forma, atingir o seu fim.

A execução, na hipótese ora em pauta, na parte líquida, de equiparação e conseqüente apostilas no título, o é no sentido amplo e não específica. É daquelas que, uma vez transitada em julgado a sentença, é passível de execução direta através de ofício ao Presidente do Tribunal de Justiça, com a simples comunicação dêste à Procuradoria do Estado.

Quem pode o mais, pode o menos. Se o Presidente tem competência para nomear funcionários, com maior razão poderá determinar que se apostile nos títulos dos mesmos a equiparação deferida por sentença transitada em julgado.

O Juízo, ao invés de um mandado de execução, manda que se officie ao Presidente, e não seria por demais afirmar e dizer da possibilidade do próprio interessado, munido das certidões de sentença, requerer diretamente, ao Presidente, fôsse seu direito apostilado nos títulos.

A questão da verba é coisa diferente.

2. As sentenças constitutivas, conforme lembra EDUARDO ESPINOLA, além de declarar, constituem, estabelecem, vinculam, fixam certa relação, cuja fôrça predomina, de forma afirmativa ou negativa, havendo algumas, prescindíveis de execução, porque se resume o ato almejado na simples constitutividade, consoante é a sentença que decreta a resolução de um contrato.

Temos outro exemplo, qual seja, do desquite litigioso, no que a própria parte completa o seu direito, através da simples averbação da sentença, e que terá efeitos imediatos.

A sentença transitada em julgado que concede equiparação, sob o aspecto prático executório, também, muito se parece com a mandamental, do mandado de segurança, que a própria lei n.º 1.533 de 1951, determina, em seu art. 11, que julgado procedente o pedido, o Juiz *transmitirá em officio* o inteiro teor da sentença, afirmando por seu turno o art. 327 do Cód. Proc. Civil, "*que o representante legal da pessoa que houver praticado o ato impugnado, providenciará imediatamente para o cumprimento da decisão judicial*".

Daí, a afirmação oportuna de PONTES DE MIRANDA, de que

"a ciência por esse caminho tem efeitos de intimação, de modo que o mandado é apenas o efeito formal da sentença".

(Comentários ao art. 325, do Cód. Proc. Civil).

3. O caráter abstrato do título executório não permite que se reabram discussões e controvérsias que se encerram com o processo de conhecimento, não sendo lícito levantar dúvida sobre a validade e eficácia da Instância de cognição, na forma do ensinamento de FREDERICO MARQUES.

O officio, acompanhado das certidões da Instância de conhecimento, é o primeiro ato pròpriamente de execução, o qual equivale ao mandado, pois não se iria expedir mandado contra o Presidente do Tribunal de Justiça.

Que pretende então, o Estado? Tão sòmente uma "*captis deminutio*" do chefe do Poder Judiciário?

4. Assoberbados que estamos de serviço, não nos sobrou tempo para uma pesquisa sobre a origem dessa jurídica forma de execução. Mas, o raciocínio e a lógica nos indicam as razões dessa *inveterada praxe*, tanto do nosso Tribunal de Justiça como de quase todos do Brasil.

Remetem-se, assim, os presentes autos, ao digno Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça, para que tome as providências cabíveis, com o costumeiro acêrto.

Rio de Janeiro, agôsto de 1967.

DALMO SILVA
Juiz em exercício

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

PROCESSO SUMÁRIO. PORTARIA DE AUTORIDADE POLICIAL. REQUISITOS

Apelação. Portaria. Requisitos.

Nos processos sumários iniciados por Portaria da autoridade policial, a relação processual só se perfaz com o primeiro ato praticado pelo juiz, havendo, antes disso, apenas um procedimento judicial independente de ação, embora a lei diga o contrário.

Não impõe o Código de Processo Penal, sob pena de nulidade, como faz em relação à denúncia e à queixa (art. 41) para conteúdo da Portaria (art. 533), o “fato criminoso, com todas as suas circunstâncias” e, “quando necessário, o rol das testemunhas”.

A expressão “Portaria” tem o sentido comum e técnico de fórmula com que as autoridades públicas criam lugares, preenchem-nos ou se dirigem a seus subalternos e, com este último significado, é empregada pelo art. 533 do Cód. de Processo Penal.

A exegese das leis deve fazer-se de acordo com o sentido comum e técnico das palavras usadas. Opiniões de BLACK e SUTHERLAND.

Sentença condenatória. Confirmação.

Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara (2.^a Câmara Criminal)

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 2.231

Severino Gomes de Freitas *versus* Ministério Público
Relator: Jorge Alberto Romeiro

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal número 2.231, em que figuram, como apelante, SEVERINO GOMES DE FREITAS e, como apelado, o Ministério Público.

Insurge-se o apelante contra a sentença recorrida, que o condenou, como incurso no art. 129, § 6.º, do Código Penal, à pena de dois (2) meses de detenção:

a) preliminarmente, por haver sido proferida em processo nulo, uma vez que a Portaria de fls. 3 “registra lacônicamente a colisão de dois veículos, sem a menção de que a mesma ocorreu por imprudência, negligência ou imperícia do Apelante”, não referindo, também, “o dia, a hora e o local da colisão e as testemunhas do acidente” (fls. 49);

b) e, quando não acolhida a preliminar de nulidade, por não autorizar a prova dos autos a sua condenação.

Nenhuma razão assiste ao apelante.

Além de a Portaria de fls. 3 mencionar o art. 129, §§ 6.º e 7.º, do Código Penal, como infringido pelo apelante, o que significa que êle, por imprudência, negligência ou imperícia, causou lesões corporais em alguém, numa colisão não sômente “de dois veículos”, mas dos veículos placas GB 62-12-45 e GB 24-56-46, nada obrigava a autoridade signatária dela a aludir, também, sob pena de nulidade, ao dia, hora e local da colisão, nem tão pouco “às testemunhas do acidente”.

Nos procedimentos sumários, a investigação do ilícito penal não é anterior à Portaria, mas posterior, determinada por ela. Inexiste inquérito policial. Daí o art. 533 do Código de Processo Penal dizer sômente: — “Na portaria que der início ao processo, a autoridade policial ou o juiz ordenará a citação do réu para se ver processar até julgamento final, e designará dia e hora para a inquirição das testemunhas, cujo número não excederá de três”.

Não diz a lei, como faz em relação à denúncia e à queixa, que deve conter o “fato criminoso, com tôdas as suas circunstâncias” e, “quando necessário, o rol das testemunhas” (art. 41 do cit. cód.), tudo fornecido pelo inquérito policial que precede àquelas, e isso porque circunstâncias de fato e testemunhas podem ser até ignoradas, por ocasião da Portaria, com que, apenas, se iniciam investigações sôbre um ilícito penal, ainda a apurar.

A expressão “Portaria” tem um sentido comum e técnico diferente do de denúncia e queixa. É uma fórmula com que as autoridades públicas criam lugares, preenchem-nos ou se dirigem a seus subalternos e com êste último significado, usou-a, evidentemente, o Código de Processo Penal, tanto que o já acima transcrito *caput* do art. 533 alude, por forma expressa, a ordem de autoridade policial ou do juiz, para a citação do réu, etc. a seus subalternos.

Ora, como bem esclarecem BLACK e SUTHERLAND, respectivamente:

“Primarily a statute is to be interpreted according to the ordinary meaning of its words” (*Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws, St. Paul, Minn. 1896, n.º 34, pág. 70*);

"words and phrases having a well-defined meaning in the common law are to be interpreted in the same sense under the statuta when used in connection with the same or similar subject matter with which they were associated at common law" (Statutes and Statutory Construction, third addition by FRANK E. HORACK JR., vol. 3, Chicago, 1943, § 5.303, pág. 9).

Eis o motivo, aliás, porque o eminente Ministro OROSIMBO NONATO, relatando, no Supremo Tribunal Federal, em 23-11-1942, o *habeas corpus* n.º 28.329; e o ilustre penalista Ministro BENTO DE FARIA, em escólio ao dispositivo legal referido (Código de Processo Penal, vol. II, Rio, 1942, pág. 124), admitiram que um simples despacho da autoridade policial ou do juiz, deferindo uma representação, para a instauração de ação penal em procedimento sumário, possa fazer as vezes de uma Portaria.

Demais, nos processos sumários iniciados por Portaria da autoridade policial a relação processual só se perfaz com o primeiro ato praticado pelo juiz, havendo, antes disso, apenas um "procedimento judicial independente de ação", embora a lei diga o contrário (arts. 17 e 26, respectivamente, da Lei das Contravenções Penais e do Código de Processo Penal), como bem esclarecem os ilustres Professôres HELIO TORNAGHI (Compêndio de Processo Penal, tomo II, Rio, 1967, pág. 450; e Anteprojeto de Código de Processo Penal, Rio, 1963, art. 101) e JOSÉ FREDERICO MARQUES, este, *apartis verbis*:

"Depois de falar o Ministério Público, e de interrogar-se o réu, não só o procedimento (sumário, iniciado pela Polícia) se transforma em processo, como também se produz a angularidade da relação processual. Enquanto corria perante a autoridade policial, o procedimento não passava de instrução não-processual, de caráter contraditório. A partir da audiência do Ministério Público, ele se transforma em processo e a instância se instaura com o interrogatório do réu, porque então surge o *actum trium personarum*. NA FASE POLICIAL DE INVESTIGAÇÃO, SÓ HAVIA POLÍCIA E RÉU; EM JUÍZO É QUE PASSARÁ A HAVER ACUSADOR, RÉU E JUIZ" (Elementos de Direito Processual Penal, vol. III, Forense, Rio-São Paulo, n.º 670, págs. 136/7);

— embora contraditória e muito estranhamente, sustente, também, a tese do apelante, de que o conteúdo da Portaria deve ser o mesmo da denúncia e da queixa (ob. e vol. cit., ns. 669 e 672, págs. 135 e 138).

De enjeitar-se, portanto e *data venia*, a orientação de alguns acórdãos do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, indiscutivelmente in-

fluenciados pelo prestígio da opinião de Frederico Marques e citados pelo apelante em seu arrazoado, no sentido de equipararem, quanto ao indispensável conteúdo e sob pena de nulidade, a Portaria à denúncia ou à queixa.

Nem, no caso vertente, o silêncio da Portaria de fls. 3, quanto à data do fato, ocorrido em 1967, poderia levar o apelante a acreditar que se referia ela a outro atropelamento, com lesões corporais, que teria praticado no mesmo ano (vejam-se as fls. 29 e 32), pois menciona o número das licenças dos carros que se chocaram (GB 62-12-45 e GB 24-56-46), impedindo assim, qualquer confusão por parte da defesa do apelante, que não sofreu, assim, qualquer prejuízo, mesmo porque o mandado de citação, cuja cópia se encontra a fls. 4, contém aquela data.

Quanto ao mérito, é inegável a culpa do apelante, que, guiando um caminhão, invadiu a contra mão de direção, na Estrada de Jacarepaguá, chocando-o contra o Volkswagen da vítima, que trafegava em sentido contrário (fls. 9/10 e 14).

Até mesmo as contraditórias e tergiversantes declarações do apelante, na 32.^a Delegacia Distrital (fls. 21) e em juízo (fls. 34), demonstram a sua culpa.

Nas primeiras, afirmou que ao tentar “ultrapassar outro caminhão”, este se desviou um pouco para a esquerda, daí o acidente, embora tivesse aplicado “os freios” (fls. 21); no interrogatório, em juízo, disse que outro caminhão, que trafegava à sua frente, e do qual “vinha muito junto”, havendo parado bruscamente, foi obrigado a dar um golpe de direção para a direita, batendo no carro da vítima, que transitava em sentido contrário (fls. 34).

A primeira versão é desmentida pelo laudo de exame de local, que acentua a ausência de “reflexos (rastros) de rodas pneumáticas freadas” (fls. 9); e a segunda, quando verdadeira, demonstraria infração por parte do apelante, do art. 83, III, do Código Nacional de Trânsito, trafegando “muito junto” ao caminhão que vinha à sua frente...

Ex positis, acordam os Juizes da 2.^a Câmara Criminal do Tribunal de Alçada, por maioria de votos, em enjeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, unânimemente, em negar provimento ao recurso.

Custas *ex lege*.

Rio de Janeiro, 16 de outubro de 1968.

Oswaldo Goulart Pires, presidente; Jorge Alberto Romeiro, relator; Hamilton de Moraes e Barros, vogal vencido. **VOTO VENCIDO**: Data Venia, anulava o processo acolhendo a preliminar.

No Processo Penal, a Portaria é peça vestibular da ação penal do mesmo modo que a denúncia, ou a queixa. Por isso, deve ela conter os mesmos elementos dos outros atos iniciais do processo penal.

Sem portaria, onde se contenha uma acusação formalizada, não pode haver defesa. Defender-se de quê o indiciado? A simples materialidade do fato pode não ser crime. O fato, nos seus elementos materiais e morais, deve ser certo, conclusivo, especificado. Sômente assim é que se terá o contraditório, que é da essência do Processo Penal o fato de ser sumário o procedimento não anula os meios de defesa. Uma coisa é julgamento sumário, outra é julgamento de plano. No procedimento sumário, a portaria contém tôda a acusação, isto é, o conjunto de atos arguidos. É com base na Portaria que vai operar-se a defesa. Ignorado o teor da acusação, ou seja, a sua inteireza, como defender-se, alguém, válidamente? Que a portaria já é o início da ação penal, já o diz a lei (C.P.P., art. 531). O Processo Penal admite interpretação extensiva e aplicação analógica (art. 3.º) e, por isso, temos de encher o vazio legislativo respeitando a portaria com os preceitos expressos da denúncia, pois que ambos são os atos iniciais da ação penal e onde se contém a acusação e tôda a acusação. Nesse mesmo modo de entender leciona FREDERICO MARQUES, sendo seu ensinamento consagrado por certas Côrtes, inclusive o ilustre Tribunal de Alçada de São Paulo. O que não nos parece aceitável é haver procedimento penal sem o respeito ao devido processo legal. No mérito, entretanto, acompanhei a douta maioria.

HAMILTON DE MORAES E BARROS.

COMENTÁRIO — A ação penal, nas contravenções e nos processos sumários de um modo geral, será iniciada com o auto de prisão em flagrante, ou por meio de portaria, expedida pela autoridade judiciária ou policial.

A portaria, como *initio litis*, é peça de grande importância, pois vai firmar ou formalizar a acusação.

Há que ser feita, portanto, pormenorizadamente, qualificando o indiciado (ou indiciados), narrando o fato, e capitulando a infração. Não precisa descer a um luxo de pormenores, mas necessita descrever a cena ocorrida, *de forma clara*, para que o acusado saiba do que se lhe acusa, e se possa defender convenientemente. A não ser assim, haverá inépcia, e isto de há muito que é proclamado:

“Inepta é a portaria expedida em processo contravencional, que, além de não descrever com clareza a imputação feita ao acusado, não menciona o dispositivo legal violado, descumprindo, assim, o preceito do art. 41 do Código de Processo Penal” (*Habeas Corpus* n.º 9.496-56, das Câmaras Criminais reunidas Tribunal de Alçada S. Paulo, rel. ADRIANO MARREY, in *Revista dos Tribunais*, julho 1957, vol. 261, pág. 450).

A relevância da Portaria é tal que, da decisão que indefere a sua expedição, cabe o importante recurso da apelação, por ser definitiva aquela decisão, já que pôs fim ao processo. Só isso, diz tudo...

Sendo peça inaugural, a Portaria deve ser descritiva, ainda que sucintamente. Se a Portaria não precisa ser minudente, como a Denúncia, pelo menos deve ser explícita no tocante à descrição do fato e completamente categórica em relação à qualificação do agente e à classificação jurídica da espécie. Por isso:

“Não é nula a portaria do processo contravencional que, embora sucinta, habilita plenamente a defesa” (*Recurso de Habeas Corpus n.º 42.549-65, Supremo Tribunal Federal, unânime, rel. Min. VICTOR NUNES LEAL, in Revista Forense, abril-junho 1968, vol. 222, pág. 235*).

É lógico que a pormenorização cresce ou diminui de acôrdo com a maior ou menor importância do caso, o que é simples de se explicar ou exemplificar:

Suponhamos um porte de arma em que tivesse havido a apreensão da arma, apesar de não se ter conseguido o flagrante. Trata-se de contravenção corriqueira (art. 19 da Lei das Contravenções Penais), em que a Portaria seria simplíssima. Bastaria a menção de que: Fulano de Tal, qualificado a fls., no dia X, no lugar Y (fora de casa ou de suas dependências), a tantas horas, trazia consigo um revólver (ou punhal, etc.), sem licença da autoridade, devendo ser processado como incurso nas penas do art. 19 da L.C.P. Mais nada...

Suponhamos, agora, uma colisão de veículos, com feridos e mortos. O caso muda de figura e cresce de importância, pois estaríamos a braços com a Lei n.º 4.511, de 1965.

Esta, apesar de estabelecer processo sumário, aliás absurdamente, praticado “uma reforma contra toda uma sistemática legal (JORGE ALBERTO ROMEIRO JÚNIOR, nos “Anais do 1.º Congresso Fluminense do M. P.”, págs. 263/270), o fato é que a Portaria assume uma extraordinária gravidade, e necessita ser cuidadosamente redigida, plena no relato das circunstâncias, inclusive para que se saiba qual o tipo de culpa acontecido (imprudência, negligência, imperícia).

Resumindo o assunto: a Portaria deve imitar a Denúncia no que fôr possível, e mesmo equiparar-se a ela, quando o caso assumir aspectos de maior gravidade, o que é fácil de se distinguir, sem que se precise citar casuisticamente, espécie por espécie.

JORGE GUEDES

DISPARO DE ARMA DE FOGO. BEM JURÍDICO TUTELADO

O bem jurídico tutelado pelo nosso direito positivo, na contravenção de “disparo de arma de fogo” (art. 28 da L.C.P.), é a “incolumidade pública”, como se verifica da epígrafe, em que está insito o dito dispositivo legal, sendo, assim, irrelevantes, para a sua caracterização, os disparos com festim, denominados, pelos publicistas alemães, à carga cega (blind Ladung) e, pelos italianos, sparo a salve.

Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara

(2.^a Câmara Criminal)

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 270

Diógenes César Staudinger *versus* A Justiça

Relator: Dr. Juiz Jorge Alberto Romeiro

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal n.º 270, em que figuram, como apelante, Diógenes César Staudinger, e, como apelada, a Justiça.

ACORDAM os Juizes da 2.^a Câmara Criminal do Tribunal de Alçada, unanimemente, em dar provimento ao recurso, para absolver o apelante.

Assim decidem, porque não ilidida absolutamente, mas antes corroborada pela prova do processo, a alegação do apelante de ser de festim a carga do revólver que no dia 4 de novembro último, por volta das 12 horas, na rua Barão do Bom Retiro, disparou contra os pneus do ônibus que abalroou o automóvel que dirigia, os quais ficaram intactos.

Ora, sendo o bem jurídico tutelado pelo nosso direito positivo, na contravenção de “disparo de arma de fogo” (art. 28 da L.C.P.), a “incolumidade pública”, como se verifica da epígrafe do capítulo em que está insito o dito dispositivo legal, são irrelevantes para configurá-la os disparos com festim, denominados, pelos publicistas alemães, à carga cega (*blind Ladung*) e, pelos italianos, *sparo a salve*.

A nossa lei de Contravenções Penais tomou, por modelo, o Código Penal italiano de 1930, onde a focada contravenção (art. 703) figura sob a rubrica “*Delle contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro la vita e l'incolumità individuale*” (veja-se MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, vol. X, Torino, 1952, pág. 680); diversamente do que ocorre no Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*), que, silenciando

sobre o bem jurídico tutelado, permite que se entenda a contravenção como contra o perigo e o molestamento públicos (*gegen die Gefährdung und Belästigung des Publikums*), bastando para caracterizá-la, por isso, também as cargas cegas (*Esgenügen daher auch blinde Ladungen*), como informa OTTO SCMARZ (*Strafgesetzbuch, München und Berlin*, 1958, § 367, n.º 8, pág. 866).

Custas *ex lege*.

Rio de Janeiro, 23 de junho de 1965.

Jorge Alberto Romeiro, Presidente e Relator — José Cyriaco da Costa e Silva — Goulart Pires.

REABILITAÇÃO CRIMINAL. RESSARCIMENTO DO DANO CAUSADO PELO CRIME

Reabilitação Criminal — Réu condenado por sedução — Ausência de prova de que tenha ressarcido o dano causado à ofendida pelo crime — Benefício indeferido — Embargos rejeitados — Inteligência dos arts. 744 do Código do Processo Penal e 1.548 do Código Civil.

Sem prova de haver ressarcido o dano causado pelo crime ou de persistir a impossibilidade de fazê-lo, não pode ser deferido o pedido de reabilitação.

Tribunal de Justiça de São Paulo
(Câmaras Criminais Conjuntas)

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 88.628

(Embargos infringentes)

Clóvis Gonçalves Martins *versus* Justiça Pública
Relator: Humberto da Nova

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de embargos infringentes n.º 88.628, da comarca de São Paulo, em que é embargante Clóvis Gonçalves Martins e embargada a Justiça Pública: Acordam, em Câmaras Criminais Conjuntas do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, rejeitar os embargos.

Custas como de lei.

Clóvis Gonçalves Martins respondeu a processo em São Paulo sob a acusação de haver seduzido a menor Regina Virtuosa Noce. Após processo regular, o réu veio a ser condenado à pena de dois anos de reclusão, com "sursis", por infração ao art. 217 do Código Penal, tendo essa sentença sido mantida pela Superior Instância. Em meados de junho do ano findo, o sentenciado requereu, com êxito, ao Juízo que o condenou, a reabilitação. Todavia, a Egrégia Primeira Câmara, apreciando o recurso de ofício, deu-lhe provimento a pretexto de que o interessado não apresentara prova de ressarcimento do dano ou da persistência da impossibilidade de fazê-lo. Foram vencedores os dois eminentes desembargadores BARBOSA PEREIRA e THOMAZ CARVALHAL, ficando vencido o ilustre Des. MARTINIANO DE AZEVEDO.

Fundado na divergência, o réu ingressou com os presentes embargos. Diz o embargante que nunca se considerou responsável pela desonra da menor. Daí a não-reparação do mal pelo casamento. Aliás após o crime, a ofendida tomou rumo desconhecido, permanecendo ignorado o seu paradeiro apesar de decorridos 23 anos. "Ipso facto", o seu eventual direito a uma indenização já se acha prescrito. Além disso, impraticável seria que o embargante saísse à sua procura. De outro lado, ao que tudo indica, transcorridos tantos anos, a ofendida deveria estar casada e mãe de filhos. Estaria, assim, disposta a declarar que não se interessou pela indenização, pondo quicá em xeque a tranqüilidade de seu lar. O parecer da Procuradoria da Justiça é pela rejeição.

Os embargos não merecem acolhimento. O Código Penal, em seu artigo 74, estabelece que é efeito da condenação tornar certa a obrigação de indenizar o dano decorrente do crime. Ao contrário do que ocorria na vigência do estatuto de 1890 (art. 70), essa obrigação não é regulada pelo Direito Civil. Anota judiciosamente Roberto Lyra, com aplauso do Tribunal de Alçada (RT, vol. 277/567), que, ao juízo cível, só cabe a respectiva liquidação ("Código Penal", vol. II, págs. 461/462). "Ex abundância": como falar em prescrição se, "em última análise, a insolvabilidade impeditiva da reabilitação é a momentânea do pedido, e não a contemporânea do crime, ou de qualquer fase, do processo ou da execução da pena. É essa uma regra de equidade: favorece os que são pobres, e não aproveita aos que enricaram" (Aloísio de Carvalho Filho, "Código Penal", vol. IV, página 396). Por seu turno, a inação da ofendida não beneficia o réu. "Em face dos termos categóricos do art. 63 do Código do Processo Penal, dúvida não há de que a sentença condenatória penal tem, hoje, no Direito Pátrio, a qualidade de título executório" (José Frederico Marques, "Elementos de Direito Processual Penal", vol. 3.º, pág. 105). "Ipso facto", o embargante, se acaso tivesse o propósito de solver a obrigação que a lei lhe impõe, podia, consoante orienta êsse festejado jurista, valer-se do disposto no art. 886 do Código de Processo Civil, para "promover a liquidação dos danos resultantes do crime que praticou, 30 dias após o trânsito em julgado da condenação penal, pedindo a citação do credor para instaurar o

processo executório" (ob. cit., pág. 106). Aliás, nesse sentido já se pronunciou a Egrégia Terceira Câmara (RT, vol. 361/84). Mas, significativamente, cruzou os braços e ora pretende tirar proveito da própria inércia. De notar-se a impossibilidade da localização da ofendida e a alusão a possível casamento da mesma não passam de alegação, sem lastro probatório.

Em suma, na falta de uma de suas condições essenciais, a reabilitação estava mesmo fadada a insucesso.

São Paulo, 17 de abril de 1967. — *Cantidiano de Almeida*, Pres. — *Humberto da Nova*, relator. Participaram do julgamento, com votos vencedores os Des. Barbosa Pereira e Thomaz Carvalhal e, com votos vencidos, os Des. Octávio Lacôrte e Martiniano de Azevedo.

REVISÃO. PODE O MINISTÉRIO PÚBLICO REQUERÊ-LA. NULIDADE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA PROLATADA APÓS A MORTE DO RÉU

EMENTA: Tratando-se de recurso em favor do réu mas, também, "Pro-societate" no sentido amplo de tender a assegurar o prestígio e a respeitabilidade da Justiça, pode o Ministério Público requerê-la, porque lhe é atribuído o poder geral de recurso pelo art. 577 do Código de Processo Penal, além do que vierem a prever expressamente o Decreto-lei 8.527, de 1945 (Cód. de Org. Jud. do então Distrito Federal), no art. 139 n.º V e a Lei 3.434, de 1958 (Cód. do Min. Púb. do então Distrito Federal), nos arts. 16, n.º VII, 21, n.º III e 40, n.º VIII.

Tanto a pretensão do Ministério Público de apenação do réu quanto os direitos processuais do réu não de ser considerados como de interesse social pois o processo é só um método de expandir as contradições da acusação e da defesa, marcando as respectivas posições contrárias, não havendo essencialidade nem consistência, a não ser formal, no conceito de partes, em matéria penal. Disto decorre que, no mesmo interesse social, do qual o interesse do réu é um dado, possa o Ministério Público, que é uno, estar pleiteando em favor do Estado, pela Promotoria e em favor do réu, pela Defensoria Pública, prevendo o Código de Processo Penal que mesmo o Promotor possa requerer *habeas corpus* (art. 654).

A liberdade do inocente é compulsória e exigida em favor do Estado, tanto quanto em favor do indivíduo; e a êste há de ser imposta, tanto quanto ao Estado.

Em tese, se o sentido da pena é o ajustamento do réu à sociedade, a pena há de ser considerada como atuando tanto em benefício da sociedade quanto do indivíduo, como animal social, ainda quando, relativamente a éste, tenha o poder público que lhe impor o benefício.

Nula é a sentença condenatória expedida após extinta pela morte a punibilidade do réu.

Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara
(Câmaras Criminais Reunidas)

REVISÃO CRIMINAL N.º 6

Requerente: 15.º Defensor Público

Relator: Juiz Epaminondas José Pontes

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Revisão Criminal n.º 6, em que é requerente o 15.º Defensor Público e beneficiária a memória de Paulo Sergio Calheiros, falecido.

Acordam os Juízes componentes das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara, preliminarmente, em conhecer do recurso e, no mérito, em julgar procedente o pedido e conceder a revisão julgando nula a sentença condenatória por já estar extinta a punibilidade do condenado, pela morte, quando foi proferida; e remetendo cópias do processo em apenso à Corregedoria da Justiça.

Sem custas. Decisão por maioria de votos.

Falecido quando respondia a processo com base no art. 32 da Lei das Contravenções Penais, Paulo Sergio Calheiros foi condenado após seu óbito, requerendo o 15.º Defensor Público a revisão do processo dando como nula a sentença por já estar extinta a punibilidade do falecido pela morte ao ser a mesma proferida. A procuradoria alegou falta de legitimidade, pois segundo o art. 623 do Código de Processo Penal, só os parentes do falecido poderiam requerer a revisão. Mas, sem razão está a Procuradoria.

No caso do réu morto a revisão poderá ser pedida pelo cônjuge ou parentes. Mas, estando a revisão tratada no Código de Processo Penal como um recurso, impedir que o Ministério Público lance mão dêsse recurso seria impedir que o Ministério Público percorresse, em Juízo, a via legal que entendesse adequada a seus fins. E entre seus fins há de estar o de pugnar pela respeitabilidade, seriedade e veracidade, tanto quanto possível, da justiça. No capítulo em que trata das disposições gerais sobre os recursos, o Código de Processo Penal, no art. 577, diz que "o recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor". O art. 623 do mesmo Código, àquela enumeração acrescenta o cônjuge, o ascendente e o irmão. É verdade que diz que a re-

visão pode ser pedida pelo réu ou seu procurador e não diz que o Ministério Público possa fazê-lo. Mas a faculdade geral de interpor qualquer recurso em geral já está estabelecida na parte das disposições gerais sobre recursos, como foi visto. É verdade que a facultação do réu e a seu procurador está repetida no art. 623, mas nêle não está mais enumerado o defensor do réu. por isto não se há de concluir que a facultação ampliativa do art. 623 revogue a facultação geral anterior do art. 577, que dá ao defensor do réu o poder de recorrer em sentido geral. Em ambos os artigos o Código fala em procurador. No art. 623 menciona "procurador legalmente habilitado" e no art. 577 só procurador. Mas em ambos o procurador é o mesmo.

Não se pode entender, ampliando contra o réu, que "procurador legalmente habilitado" seja o mesmo que procurador com poderes especiais, pois, quando o Código quis assim, exigiu poderes especiais, como no caso do procurador para intentar ação privada: "a queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais"... (art. 44) e na arguição de suspeição (art. 98). Não pode haver procurador que não esteja "legalmente habilitado" porque, então, não será procurador. Este, "não senso" do legislador já explica a displicência com que foi redigido o art. 623, não mencionando o Ministério Público e o defensor do réu. Não encontramos diferença entre o defensor e o procurador do réu, no sentido funcional. Se houvesse a exigência de poderes especiais, sim, estes deveriam estar contidos numa procuração. Não havendo, nenhuma outra tarefa especial tem o procurador do réu no processo: só lhe cabe defendê-lo, tanto quanto cabe isto ao defensor constituído pelo réu no interrogatório (art. 266) ou nomeado pelo juiz (art. 263).

A procuração só aparece nos autos obrigatoriamente quando o réu quer constituir um defensor ou outro defensor depois do interrogatório (art. 266). O procurador é o defensor com procuração. O art. 577 não veda que, mesmo o defensor dativo, possa recorrer. Logo, não podia o art. 623 discriminá-lo, excluindo-o do número dos que podem interpor o recurso de revisão. Se a sua omissão da enumeração do art. 623 não o exclui, pelo paralelismo da posição de ambos no processo. Segundo o parágrafo único do art. 577, não se admitirá recurso da parte que não tiver interêsse na reforma da decisão. Não se dirá que o combate no erro judiciário não interessa ao Ministério Público. Cabe ao mesmo fiscalizar a execução da lei (art. 257) e não pugnar pela sua não execução, como no caso de erro. Cabe-lhe opinar, pois, pela absolvição do réu, se assim lhe parecer (art. 385) e requerer *habeas corpus* quando delibere ser caso disto (art. 654). Ora, cabe *habeas corpus* quando há coação decorrente de ilegalidade ou abuso de poder (art. 150, § 20 da Constituição de 1967) e cabe revisão quando há coação decorrente de processo findo em que a sentença contém ilegalidade ou contraria a evidência dos fatos, ou quando a prova era falsa ou há nova prova de inocência. A tônica é a mesma nos dois recursos: a ilegalidade, pois tanto o abuso de poder também é ilegalidade quanto é, igualmente, a sentença contra a evidência dos autos, ou com base em prova falsa, portanto, com base em um crime.

O *habeas corpus* e a revisão são, pois, ambos, remédios contra a ilegalidade. A revisão, especificamente contra a ilegalidade consagrada em decisão já irrecurável de outro modo. O *habeas corpus* apanha o processo em qualquer fase, mesmo antes de instaurado, quando ainda embrionário. É ação declaratória de inexistência de ato punível, no caso de falta de justa causa. A revisão fulmina a coisa julgada para apagar a ilegalidade que jaz no seu bôjo. Mas, qualquer que seja o caminho a percorrer, o estandarte é um só: o da cruzada contra a ilegalidade. A revisão tramita mais demoradamente, o *habeas corpus* é mais rápido. Mas o Egrégio Tribunal de Justiça dêste Estado já concedeu liberdade liminar a prêso que requereu revisão comprovando à evidência, desde logo, o êrro judiciário. Seria a hipótese do prêso por homicídio quando a vítima reaparece, como no famoso caso dos irmãos Naves, de Araguari. Essa liminar de liberdade deve constar da lei, segundo o ilustre Juiz e Professor Jorge Alberto Romeiro no seu livro "Revisão" (Forense — Rio — 1964 — pág. 91). Mas ainda que aquêlê eminente Professor tal não sustentasse, bom seria seguir o modelo do Código de Processo Penal italiano que já consigna a medida em seu art. 559:

"La corte di cassazione può sempre, o anche prima di avor deliberato definitivamente sull'istanza di revisione, concedere all'interessato a domanda o d'ufficio la libertà provisória".

E ainda os exemplos dos códigos de processo penal das duas Alemanhas, o português, o colombiano, o sueco, o iugoslavo, o tcheco-eslovaco de 1956, o francês, o austríaco e o russo (obra citada — pág. 91). Não se diga que o *habeas corpus* substituiria tal medida. Com a amplitude que se lhe empresta em nosso Direito, ainda assim há de apanhar apenas a ilegalidade em si mesma, decidindo sempre o Supremo Tribunal Federal que é meio inidôneo para o reexame de provas como está, por exemplo, no "Diário da Justiça" de 30 de agosto de 1968 (H. C. 44.930, H. C. 45.460), constando no mesmo "Diário" (pág. 3.289) que a decisão sôbre a impossibilidade de simultânea condenação por extorsão indireta e denunciação caluniosa, num mesmo caso, alegada no H. C. 44.194, só poderia ser tomada em apelação ou revisão e não em *habeas corpus*, o que está repetido no mesmo "Diário" (pág. 3.200) na ementa relativa do H. C. 45.607.

Passada em julgado a decisão, o reexame das provas só poderá ser feito em revisão. E o exame perfunctório poderá levar à liberdade provisória, apreciadas, já, as provas, em reexame.

A celeridade exigível levaria a que a liminar de liberdade fôsse concedida pelo relator, *ad-referendum* das Câmaras Criminais Reunidas.

A caber o reexame de provas em processos findos por meio de *habeas corpus*, êste haveria de absorver todo o instituto da revisão, que haveria de desaparecer por desnecessário. A revisão pode ser requerida em favor do morto enquanto o *habeas corpus* conjura a ilegalidade de que decorre prisão ou ameaça de prisão. A revisão pode ser requerida mesmo depois de

cumprida a pena. Mas essas diferenciações acidentais não afetam a ontologia dos dois recursos, que é a luta do direito contra a ilegalidade, a luta pela prevalência do direito legal porque não há crime nem processo sem uma definição anterior da lei. O *habeas corpus* é o instrumento flamante dessa pugna, que a revisão a frio. Podendo o Ministério Público recorrer em sentido amplo, geral, podendo recorrer por meio de *habeas corpus*, há de poder requerer, também, o *habeas corpus* a frio que é o recurso de revisão. Recurso, porque assim o conceitua nossa lei, pouco importando aqui as divergências doutrinárias a respeito de sua natureza jurídica. Recurso, como o *habeas corpus*, recurso ordinário ou extraordinário, por se destinar a casos extraordinários. Ação, como o *habeas corpus* e os demais recursos, como outros opinam, mas o seu alvo sendo o mesmo do *habeas corpus*, ainda que por extensão ou por força de compreensão, não se há de negar ao Ministério Público o poder de requerer a revisão, pugnando pelo decôro da Justiça.

O juiz do *habeas corpus* pode concedê-lo de ofício segundo o § 2.º do art. 654 do Código de Processo Penal e a liminar de liberdade preconizada não seria senão um *habeas corpus* provisório emanado da revisão, dentro da revisão, como manifestação liminar sua. Tal a proximidade ontológica dos dois recursos afinados no combate ao êrro judiciário. O *habeas corpus* é a revisão em favor de pessoas vivas com processos ou ameaças de processo em andamento. Representaria uma célere revisão global da situação do acusado ou indiciado. A revisão é o *habeas corpus* para a decisão muni-ficada pela coisa julgada e para os condenados já mortos.

Mas a própria fragílissima coisa julgada é, mesmo, atingível pelo *habeas corpus*, por força da proeminência absoluta que lhe dá a Constituição Federal como recurso contra a ilegalidade, onde quer ainda se encontre, onde quer que já esteja. Respeitadas suas peculiaridades, são, pois, os dois recursos, medidas extremas atuando na mesma extremidade. Se a Constituição Federal só prevê, contra a ilegalidade coatora da liberdade humana, o *habeas corpus*, como garantia individual, será coerente conceituar a revisão, que se destina a afrontar a mesma ilegalidade, também, como uma modalidade de *habeas corpus*, que, também, pode ser tão premente que dela resulte a imediata e liminar libertação do condenado.

Seria atentatório da natureza publicística da legislação penal que dos parentes do morto condenado por êrro judiciário ou ao próprio condenado vivo fôsse reservado o monopólio da iniciativa tendente ao desfazimento do êrro do Estado. Êrro que não foi do réu, mas do juiz. Seria deixar ao arbítrio do particular a correção do êrro de uma entidade pública, praticado contra o réu. Seria reconhecer-lhe o direito de uma auto apenação injusta à custa do Estado. A declaração da inocência do réu interessa ao Estado, que não há de sustentá-lo sem proveito social. A regra segundo a qual ninguém é obrigado a se acusar (*nemo tene tur se ipsum accusare*) chegou até nós com a punição da auto acusação falsa pelo art. 341 do Código Penal. Ao condenado, ao particular, ao parente, pode interessar ou não a reabilitação decorrente da revisão da condenação por êrro: mas ao Estado interessa,

sempre, o conceito de seriedade da justiça. Este é, mesmo, o principal fundamento da revisão, valorização da magistratura, o reconhecimento pela própria justiça e não por outrem, de seu erro, como argumenta o Professor Romeiro em sua obra já citada, invocando Alimena (pág. 66) e dizendo repelir “a doutrina que identifica a revisão com o exercício de um direito por parte do condenado inocente, sustentada por Fazy, Lucchini e Sotgia, notadamente quando a chamada revisão *pro societate*, de existência incontestavelmente velha, vem ganhando terreno”... (pág. 65). Não se trata, pois, de monopólio do réu ou de sua família. A doutrina denominou de revisão *pro societate* a que há de ser feita contra o réu absolvido. Mas esse é um conceito evidentemente estreito e que não afina com o verdadeiro sentido da revisão, que é eminentemente social. Seria muito pouco que o *pro societate* só fôsse assim considerado quando a revisão funcionasse contra o réu absolvido e não em seu favor, pois o que existe de importante na revisão interessa mais ao social do que, propriamente, ao individual. Seria como se o réu e seus direitos não fizessem parte da sociedade, como se o individual não fôsse, senão, um dado social. A abrangência da qualificação de *pro societate* há de ser ampliada se a revisão pró ou contra o réu tem como fim primordial o interesse social. Não procede que o Juiz deve se ater, à letra do Código de Processo Penal que não prevê diretamente que o Ministério Público possa requerer revisão. A lei não é só a sua aparência estreita nem a sua letra há de ser considerada isoladamente. Partir-se-á para a legislação mais geral que complete a letra insuficiente da lei e lhe outorgue a interpretação adequada. Cômodo seria que o Juiz fôsse só conferente da lei, sem indagar de seu verdadeiro sentido dentro de um sistema legislativo, devendo tomar um simples artigo de lei em seu inexpressivo detalhe sem conjugação com o sentido geral da legislação. E não pode o intérprete aceitar que a lei conduza ao absurdo. A lei que objetivamente não apanhou o fenômeno há de sofrer a integração das normas mais gerais, das normas superiores, no esplendor de uma sistemática legislativa coerente com os princípios gerais informativos do direito peculiar a um certo tipo de civilização — no nosso caso a civilização do processo acusatório, do contraditório como dogma instituído em favor da garantia da segurança do indivíduo, sem prejuízo e, antes, no interesse da segurança social. Isto é que leva o Ministério Público, entre nós, a figurar, também, ao lado da parte passiva, no processo penal, não só no interesse do réu como no interesse social, confundidos, porque o Estado de direito não pode querer o “não direito”; — o Ministério Público, como órgão da justiça, não há de pretender a injustiça e nem há de pretendê-la ninguém, nem contra a sociedade, que é integrada pelos indivíduos, nem contra os indivíduos, que compõem a sociedade.

Não há rigor no conceito de partes, no processo penal; e até no processo civil o juiz está autorizado a obstar a atividade das partes, sobrepujando-as, se estiver convencido de ser o processo simulado (art. 115 do Código de Processo Civil). O processo penal é uma atividade tendente a apurar o suspeitado desajustamento de um indivíduo em relação à sociedade a fim de ser

adotada providência que a lei indica especificamente como apropriada para sanar o mal. Não difere do processo clínico da junta médica encarregada de um certo doente a não ser que visa, apenas, ao psicológico e ao social. E na maioria dos casos a providência haveria, mesmo, de ser médica. O processo penal é só um método de escandir as contradições da acusação e da defesa, marcando as respectivas posições contrárias, não havendo essencialmente nem consistência, a não ser de ordem formal, no conceito de partes. Disto decorre que, no mesmo interesse social, do qual o interesse do réu é um dado, possa o Ministério Público, que é uno, estar pleiteando em favor do Estado, pela Promotoria e em favor do réu, pela Defensoria Pública, prevendo o art. 654 do C. P. que, mesmo o Promotor, possa requerer *habeas corpus*.

A Constituição Federal estabelece que a defesa do réu seja compulsória, obrigatória. A liberdade do inocente é compulsória, obrigatória. E é exigida em favor do Estado, para o qual o prêso é um ônus, tanto quanto em favor do indivíduo; e ao indivíduo há de ser imposta tanto quanto ao Estado.

Em tese, se o sentido da pena é o ajustamento do réu à sociedade, a pena há de ser considerada como atuando tanto em benefício da sociedade quanto em benefício do indivíduo como animal social, gregário, dependente de um bom convívio com os demais, funcionando a pena em seu benefício ainda quando tenha o poder público de lhe impor tal benefício (tido por sua compreensível incompreensão como um malefício). E a inocência não pode permanecer encarcerada. Cabe ao Estado, por seu órgão competente, que é o Ministério Público, defender o inocente, tanto quanto acusar o culpado. A função é uma só — a da defesa social. Não pode o réu inocente escolher o cárcere. E é nisto que está a importância da alta função social do Ministério Público moderno, comprometido, apenas, com o impulso que lhe cabe dar à Magistratura, como órgão da Justiça que ele é, encarregado de fazer detonar a dição do direito pelos juizes, os quais, por sua missão específica, não podem demandar como partes (*no procedat index ex officio*) do que decorre, por exemplo, a grave injuricidade de preverem nossas leis, abstrusamente, início de ação penal por portaria de juiz.

Como é ao Ministério Público que cabe, primordialmente, o acionamento do Poder Judiciário, do qual é ele mola indispensável, há de se ter a regra geral sobre o recurso contida no artigo 577 do Código de Processo Penal como prevalecente de modo geral, podendo o Ministério Público se valer de qualquer recurso, independentemente de nova enumeração, porque ele, como o réu, é que são os participantes do processo, cada um dono de sua posição, embora a defesa do réu seja tão obrigatória, por força da exigência constitucional do contraditório, que ao próprio Ministério Público (defensor público, *habeas corpus* requerido pelo promotor...) caiba, no último caso (de omissão do réu) a defesa do acusado, justamente para impossibilitar o erro judiciário desmoralizante da justiça, função que é, afinal, também a da revisão. E o Ministério Público é uno, sendo sua representação multiforme simplesmente oportunística.

Pareceria inconveniente que o defensor público, ou o promotor, como órgão do Ministério Público, pudesse requerer revisão, pois poderia, por fraude contra o condenado, requerê-la em falso para esvaziar a possibilidade de uma verdadeira revisão a ser pedida pelo condenado ou pelos parentes do condenado morto. Isto porque o parágrafo único do art. 622 do Código de Processo Penal diz que “não será admissível a reiteração do pedido, salvo se fundado em novas provas”. Ora, há de se entender que se refira o dispositivo a uma impetração com base nas provas dos autos. Reexaminadas essas provas, não haveria de caber novo reexame. Mas não se pode atribuir que, impetrado novo estudo das provas, esse novo exame possa ser diferente conforme o requerente seja o próprio condenado, possivelmente inculco, ou um membro do Ministério Público selecionado em concurso. Não é o requerente que estuda as provas válidamente e sim os julgadores. Não se há de supor que reexaminem mal. Por isto é que haverá um só reexame. Mas se o pedido fôr baseado em ilegalidade poderá ser reiterado porque a ilegalidade jamais haverá de remanescer, se identificável: seria inconstitucional. Tanto que, em vez de revisão, caberia, mesmo, *habeas corpus*, só impróprio para reexame de provas, este, sim, insusceptível de reiteração. Mas atribuir o infame procedimento de esvaziar a revisão enganando os julgadores e o condenado como possível partindo de um membro do Ministério Público seria desrespeito enormíssimo à instituição; e atribuir-lhe incapacidade técnica, após o concurso público prestado, seria inadequado. Também não se há de dizer que a linguagem que tenha usado o defensor público neste processo o inutilize porque tenha ele dito que requeria revisão ele próprio em favor do falecido, quando não era ele o legitimado para fazê-lo. Ora, não haveria de ser o morto que requeresse nem que pudesse figurar no processo como requerente. Ou o parente seria o requerente em favor da memória do falecido ou seria o defensor público como órgão do Ministério Público competente para a defesa dos indefendidos em juízo. E é claro que não foi um defensor público qualquer mas aquele que, na Vara das Execuções, deveria assistir ao condenado se estivesse vivo. Se a defesa lhe era atribuível por força de lei uma vez que o condenado não tinha defensor e se a defesa, no caso, era a revisão, estava o defensor requerente estritamente dentro de suas atribuições legais. Era o legitimado por força da lei, por força de suas atribuições legais.

A verdade é que, além do Código de Processo Penal, nosso Código de Organização Judiciária (Dec.-Lei 8.527, de 1945 — art. 139 — n.º V) legitima o Ministério Público para requerer revisão e é lei, ainda, do Congresso Nacional, pôsto que de âmbito local do antigo Distrito Federal, mas evidentemente ampliável a todo o país por ser de fonte federal. E também o Código do Ministério Público do então Distrito Federal (Lei 3.434, de 1958) nos arts. 16, n.º VII, 21, n.º III letra e e 40, n.º VIII. Não é de desprezar também que, ainda que por analogia se encontrasse a legitimação do Ministério Público para requerer revisão, isto seria possível, aplicada a analogia “*in bonam partem*” com base no princípio “*in dubio pro reu*” e no critério interpretativo “*favorabilis amplianda*”.

Dizer-se que a família do falecido podia ter interesse em impedir a reabilitação da sua memória seria um incompreensível respeito para com uma atitude descaridosa da família do morto contra ele. Não seria óbice à justiça uma tamanha imoralidade nem caberia à justiça encampar um tal ódio familiar. Não procede, também, o argumento de que o Procurador da Justiça junto às Câmaras Criminais Reunidas tenha desistido do pedido de revisão feito pelo defensor público competente só porque levantou a preliminar de não ter o Ministério Público legitimação para o requerimento por não constar da enumeração do art. 623 do Código de Processo Penal, que estabelece quem pode requerer revisão. Não procede porque o requerimento não foi seu: foi do órgão do Ministério Público legitimado como defensor no processo, em fase de execução, sendo certo que jamais o falecido teve defensor particular. O Procurador apenas deu um parecer a ser estudado pelas Câmaras Criminais Reunidas. Não desistiu do pedido de modo que houvesse desistência a ser homologada. Nem é ele o Procurador-Geral, não é o chefe do defensor público, como seria o Procurador-Geral da Justiça. Não poderia desistir mas opinar como lhe parecesse, como simples fiscal da lei; e como tal opinou, adstrito à letra da lei; sem estudar o assunto à luz da legislação antecedente, inclusive do Código de Organização Judiciária e do Código do Ministério Público, além da informação sociológica do instituto da revisão como instrumento para a busca da verdade judiciária, que é teoricamente válida, pois nenhum juiz seria admitido como tal se não trabalhasse pela verdade da justiça.

Que haja uma justiça formal falsa é pecado da insuficiência humana mas que haja uma justiça verdadeira a ser perseguida é um ideal irrenunciável do direito e do jurista.

E o Ministério Público perde a disponibilidade das medidas que requer: não pode desistir da ação nem do recurso que tenha intentado (artigos 42 e 576 do Código de Processo Penal), não se devendo esquecer que, para a nossa lei, a revisão é um recurso. É verdade que sua natureza jurídica é discutida, sustentando alguns que só há recurso enquanto a decisão não passa em julgado. Mas a revisão ataca a ilegalidade e a ilegalidade não pode passar em julgado, sendo comprovante disto a própria revisão, medida legalizadora que expunge o ilegal, atingindo-o dentro de sua carapaça de coisa julgada. A rigor, a ilegalidade configura uma *inexistência* que, apenas, aguarda a sua declaração como tal. E mesmo a injusta apreciação das provas configura ilegalidade. Trabalhando no mesmo caso, sobre os mesmos fatos, com os mesmos sujeitos, não se há de considerar a revisão como uma ação nova senão por superfectação. É um recurso tendendo ao maior acerto processual e cujo suporte é a suspeita de ilegalidade, porque esta repugna, de modo absoluto, ao direito penal, que atinge a liberdade dos indivíduos. Na revisão não se forma nova relação processual — simplesmente é possibilitada nova decisão enfrentando os mesmos pressupostos. Assim como o recurso é decidido numa segunda instância, a revisão é decidida numa instância nova, num grau mais elevado de jurisdição (inclusive por maior número de juizes). Por ser pretensão ligada ao direito de

liberdade não é que deixará de ser recurso — tanto a defesa do réu quanto a sua apelação conduzem à pretensão de liberdade, ao acusado. E quanto a se considerar a revisão um ataque ao processo já definitivamente encerrado ela própria contradiz a expressão “definitivamente”. A decisão que comporta revisão não pode ser caso encerrado definitivamente — sê-lo-á provisoriamente, até que, eventualmente, seja requerida a revisão.

Em matéria penal só se configura, portanto, uma *coisa julgada eventual*, provisória, até o esgotamento dos recursos, com a revisão para reexame das provas, ressaltado, sempre o eventual reconhecimento de ilegalidade (*nulum crime sine lege*).

Segundo a lei, são várias as hipóteses em que cabe revisão. Só esgotada cada uma delas se poderia dar o processo como definitivamente encerrado. Fora a possibilidade de prova nova. Por aí se vê quanto é delicado e precário o conceito de coisa julgada em matéria penal. Considerando-se, ainda, o poder de anistiar, teoricamente não existe decisão penal, mesmo irrecorrível, que não possa ser revogada.

Recurso extraordinário que seja, no sentido de especialmente delineado pela lei que o restringe a situação especial, na revisão há a mesma causa, que novamente corre. E a verdade é que só a sua procedência quebra a chamada coisa julgada. Desacolhida, a coisa julgada fica intacta, obviamente, embora o recurso de revisão se tenha desenvolvido e recebido julgamento. Logo, o que quebra a coisa julgada é o provimento da revisão. E é a revisão que propicia a atuação dos novos julgadores mas não para um julgamento autônomo e sim para a correção do erro judiciário consubstanciado na decisão atacada. Mas a decisão não é atacada como uma peça autônoma e sim como uma resultante dos elementos do processo a ser revisto, em conjunto. Não há, também, entre nós, um juízo *rescindente* e outro rescisório: esses passos do julgamento se confundem na decisão una a ser tomada. Como bem diz Jorge Alberto Romeiro, em seu trabalho sempre citado e tão esclarecedor dos problemas da revisão, em nosso direito caberia claramente a dicotomia nos recursos contra as decisões do júri, pois, constitucionalmente, não têm os juizes togados competência para julgar os crimes de júri — (obra citada — pág. 87). O julgamento do juízo *rescindente* seria, no caso de decisão contrária às provas dos autos, por exemplo, de simples prelibação, não prejudicando o juízo de fundo de um novo júri como juízo *rescisório*. Isto seria o rigorosamente e o constitucionalmente certo.

Recurso que é, segundo a lei escrita, pode se valer da revisão tanto o réu, por sua defesa ampla como quer a Constituição Federal, como a sociedade, por seu órgão específico, porque o interesse social não é só o que parcialmente aparenta dizer com o Estado, pois o indivíduo é elemento componente do Estado, que organiza como eleitor.

De conhecer-se, pois, do pedido de revisão, preliminarmente.

Quanto ao mérito, a douta Procuradoria reconhece que, ao ser condenado, já o falecido tinha extinta pela morte a sua punibilidade, na forma do art. 108, n.º I do Código Penal. A sentença de fls. 24 verso, do processo em apenso, deu pela extinção da punibilidade como se isto tivesse

ocorrido depois da sentença condenatória. Evidentemente, não tinha o illustre Juiz da Vara das Execuções Criminais o poder de anular a decisão, como tem este Tribunal e o exerce. Falsa como é a certidão de fls. 19 verso, lançada pelo Oficial de Justiça Nelson Veríssimo três meses após a expedição do mandado e na qual disse ter dado ciência da sentença condenatória ao réu já morto, devem ser remetidas, à illustre Corregedoria da Justiça do Estado, cópias do mandado de fls. 19 do processo em apenso com a certidão do verso, cópia da certidão de óbito de fls. 23 do mesmo processo e cópia dêste acórdão.



ATUALIDADES

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGISTRO DE IMÓVEIS

Somente após a Independência é que se começou, no Brasil, a ensaiar as primeiras tentativas para a criação do registro imobiliário.

O autor do Código Comercial procurou atribuir ao Registro do Comércio a incumbência da inscrição das hipotecas.

O registro hipotecário, entretanto, só mais tarde seria criado pela lei n.º 317, de 21 de outubro de 1843, organizada e disciplinada três anos mais tarde pelo Regulamento n.º 482, de 14 de setembro de 1846.

Leis posteriores procuraram corrigir as deficiências daquela lei n.º 317, (Lei n.º 601, de 18-9-1850, Regulamento n.º 1.318, de 30-1-1854).

O grande passo, todavia, foi dado por Nabuco de Araújo ao apresentar, em 1854, o projeto de reforma do regime hipotecário, estabelecendo ainda a transcrição como formalidade de transferência da propriedade imóvel por ato "inter-vivos", em substituição à simples tradição. Esse projeto, após brilhantes discussões na Câmara e no Senado imperiais, transformou-se na Lei n.º 1.237, de 24-9-1864, regulamentada pelo Decreto n.º 3.453, de 26-4-1865.

Outras leis vieram em busca do aprimoramento do registro.

Coube, todavia, ao legislador republicano completar a reforma com os Decretos n.ºs 169-A e 370, de 19 de janeiro e de 2 de maio de 1890.

A nossa legislação foi considerada, na época, monumento jurídico, colocando o Brasil em igualdade com outros países de grande cultura jurídica.

O Código Civil, promulgado pela lei n.º 3.071, de 1 de janeiro de 1916, refundiu toda a matéria e deu novas bases ao nosso sistema imobiliário.

Posteriormente veio a lei n.º 4.827, de 7 de fevereiro de 1924, que reorganizou os registros públicos instituídos pelo Código Civil.

Essa lei autorizou o Presidente da República:

"a) — a consolidar todas as disposições relativas à organização destes registros, conforme a legislação vigente, e no regulamento que expedir,

estabelecerá a ordem no modo do processo estabelecido na legislação federal, com as modificações feitas pelo Código Civil, e modelo para escrutinação dos respectivos livros;

b) — a expedir novo regulamento para execução de decreto 169-A, de 19 de janeiro de 1890, observando as modificações feitas pelo Código Civil e fazendo, no Distrito Federal, uma divisão equitativa, das circunscrições para os efeitos dos atos do registro geral de imóveis."

Veio, assim, o Decreto n.º 18.542, de 24 de dezembro de 1928, que aprovou o regulamento para execução dos serviços concernentes aos registros públicos estabelecidos pelo Código Civil.

Mais tarde, esse regulamento foi substituído pelo de n.º 4.857, de 9 de novembro de 1939, que continua em vigor, com algumas modificações.

O Decreto n.º 18.542, acima citado, introduziu várias inovações, objetivando a apuração e segurança do nosso sistema imobiliário.

Esse diploma legal sofreu a benéfica influência do saudoso PHILADELPHO AZEVEDO, que fez parte da comissão elaboradora.

Uma dessas inovações foi a criação do livro-talão.

Esse livro veio substituir os antigos extratos, que eram elaborados pelos tabeliães.

No dizer de Lysippo Garcia, os extratos só serviam para pejar os cartórios e fornecer pasto às traças.

Os artigos n.ºs 31 e 32, do atual regulamento dos Registros Públicos, estão assim redigidos:

"Art. 31 — De todos os registros feitos, extrairá o oficial em livros-talões, segundo os modelos usuais, e isentos de selos, certidões resumidas, em duplicata, sendo a parte destacável entregue ao interessado.

Parágrafo único. Os registros de pessoas jurídicas e de títulos e documentos dispensarão essa providência.

Art. 32 — Ao findar-se o livro, o canhoto será obrigatoriamente enviado, dentro em trinta dias, às repartições dos Estados e da União, do Distrito Federal e do Território do Acre encarregadas do arquivo público, que os colecionarão, devidamente, com tôdas as indicações necessárias, sob pena de multa de 50\$000 a 200\$000, imposta pelo juiz a que estiver sujeito o oficial, mediante representação do chefe da repartição arquivadora, e cobrável executivamente, além da responsabilidade civil e criminal, que, no caso, couber."

Esse livro-talão é composto de duas partes: uma, destacável, é anexada ao título a que o povo vulgarmente chama de *extrato*, e a outra fixa, denominada *canhoto*.

Dêsse modo, os atos praticados no registro imobiliário se tornam duplos.

Findando-se o livro-talão, o oficial, no prazo de 30 dias, sob pena da multa fixada naqueles artigos, é obrigado a remeter o canhoto às repartições dos Estados e da União, do Distrito Federal e dos Territórios Federais, encarregados do arquivo público.

PHILADELPHO AZEVEDO, impressionado com as precaríssimas instalações em que funcionavam os Registros de Imóveis, e pensando na possibilidade de um incêndio vir a destruir os livros, idealizou aquele livro-talão.

Caso um sinistro viesse a destruir os livros do cartório, através do livro-talão, arquivado na repartição pública competente, seriam reconstituídos todos os atos praticados.

Entretanto, aqui no Estado da Guanabara, algo de muito grave vem acontecendo e as autoridades disso precisam ter conhecimento.

No antigo Distrito Federal, o referido livro-talão era remetido para o Arquivo Nacional.

Com a criação do Estado da Guanabara, o Arquivo Nacional, como é obvio, vem-se negando a receber, para arquivamento, aquêles livros-talões.

E o arquivo dêste Estado, alegando falta de espaço, não os recebe.

Assim, aquela medida adotada pelos regulamentos dos Registros de Imóveis perdeu todo o alcance.

Em futura reforma da Lei de Registros Públicos, que não pode tardar, sugerimos a abolição dêsse livro-talão.

É suficiente que o oficial do registro imobiliário apanhe, no título apresentado, um carimbo indicando em qual livro e fôlha foi o documento registrado, e o respectivo número de ordem, acrescentando, obviamente, se o imóvel estiver sujeito a algum gravame.

O nosso sistema, ainda não atingiu o grau de perfeição que era de desejar-se, pois falta-lhe o cadastro, elemento indispensável à segurança de qualquer sistema imobiliário.

Apesar dessa deficiência, é um dos melhores. Adotamos o critério real combinado com o pessoal, com a preponderância daquele sôbre êste. A possibilidade de êrro é pequena.

As buscas são dadas nos dois indicadores: real (livro n.º 6) e pessoal (livro n.º 7).

Estamos aparelhados para, em 10 minutos, sabermos da vida jurídica de qualquer propriedade.

Temos sentido a excelência do nosso sistema, principalmente através dos juristas estrangeiros que nos têm procurado.

Ao tomarem conhecimento da mecânica imobiliária dos cartórios, não occultam seu entusiasmo.

Devemos eliminar os possíveis vícios e adotar as medidas que se tornarem necessárias, atendendo à realidade brasileira.

Precisamos dinamizar os serviços dos cartórios.

Reforma que entendemos de grande alcance é a redução do número de séries dos livros. As de n.ºs 2, 3 e 4 poderiam, com vantagem, ser unificadas.

A idéia não é nova, e não é nossa. O saudoso Lysippo Garcia, antigo oficial do 3.º Ofício desta cidade, e uma das maiores autoridades no assunto, propugnara por essa medida.

Além de grande jurista, era o competente Oficial daquele registro imobiliário e, querendo verificar a possibilidade da sua sugestão, idealizou

e adotou, particularmente no seu cartório, um livro no qual ia registrando os documentos apresentados, independentemente dos livros próprios, fôssem eles para *transcrição*, *inscrição* ou *averbação*.

A fusão dêsse livro facilitará enormemente a escrituração dos atos e a respectiva publicidade, uma vez que na mesma fôlha ficará figurando a *transcrição* da propriedade e a *inscrição* dos ônus reais e dos atos que, muito embora não sejam direito real, têm, entretanto, verdadeiros efeitos de direito real, como por exemplo, a locação em cujo contrato conste cláusula expressa de vigência contra adquirente.

Aliás, o atual govêrno está vivamente empenhado na reforma dos registros públicos, devendo ser elaborada nova lei nesse sentido.

Aguardemos a reforma que se impõe.

MURILO RENAULT LEITE
Advogado no Rio de Janeiro

CASSAÇÃO DE FIANÇA: NOVA DISCIPLINA LEGAL

SUMÁRIO — 1. A fiança como preventivo da prisão preventiva; 2. Cassação de fiança — noções gerais; 3. Nova disciplina legal da prisão preventiva; 4. Nova disciplina legal da cassação de fiança.

1. Duas são as espécies fundamentais de prisão: a) preventiva *lato-sensu* (prisão em flagrante; prisão por culpa formada ou decorrente de pronúncia; prisão preventiva *stricto sensu*; e, de certo modo, prisão administrativa); b) definitiva (a que resulta de sentença condenatória transitada em julgado).

Nos termos do art. 150, § 12, da Constituição do Brasil (1967), “ninguém será prêso senão em flagrante delito ou por ordem de autoridade competente. A lei disporá sôbre prestação de fiança”. Dispõe o art. 322 do Código de Processo Penal que “ninguém será levado à prisão ou nesta conservado, se prestar fiança, nos casos em que a lei não a proibir.”

O agente de uma infração penal a que a lei comina pena privativa da liberdade pode, em certos casos, sofrer prisão preventiva. Poderá conservar a liberdade prestando fiança, caso a lei não a proíba (CPP, arts. 323 e 324), salvo se se livrar sôlto, nos termos do art. 321 do C.P.P. A fiança é, portanto, um instituto que permite ao infrator da lei penal manter-se em liberdade, em certos casos, até que venha a ser condenado por decisão irrecurável. Por êsse motivo, a liberdade obtida por meio de fiança se denomina *provisória*. Como esclarece Maria Stella Villela Souto, “se afiançável uma infração, o acusado, uma vez prestada a fiança, terá liberdade provisória, seja, aguardará em liberdade o andamento do processo,

liberdade que será cassada, normalmente, em razão de sentença condenatória e, excepcionalmente, em casos especificados na lei. Por outro lado, se absolutória a decisão, tornar-se-á definitiva a liberdade" (ABC do Processo Penal, I, Rio de Janeiro, 1959, p. 200).

A liberdade obtida mercê da prestação de fiança é, pois, provisória.

Ela só tem lugar quando se trata de *prisão preventiva*. A fiança é o meio preventivo de execução da prisão preventiva; é um preservativo, dotado de eficácia apenas contra a prisão preventiva.

2. Em duas hipóteses, determina o Código de Processo Penal seja cassada a fiança: a) quando se reconhecer que a fiança não era cabível na espécie; b) quando reconhecida a existência de delito inafiançável, no caso de inovação na classificação do delito.

Realmente, dispõe o C.P.P., quanto a *a*: "a fiança que se reconheça não ser cabível na espécie será cassada em qualquer fase do processo" (art. 338); quanto a *b*: "será também cassada a fiança quando reconhecida a existência de delito inafiançável, no caso de inovação na classificação do delito" (art. 339).

Os efeitos da cassação da fiança são os mesmos previstos no art. 340, parágrafo único, do C.P.P.: a fiança ficará sem efeito (e, portanto, tornar-se-á insubsistente, podendo ser levantada) e o réu será recolhido à prisão.

A cassação da fiança não se confunde com o *quebramento* da mesma: este se verifica nos termos dos arts. 341, 327 e 328 do C.P.P. e seus efeitos estão regulados pelos arts. 343, 344 e 346 do mesmo diploma legal.

Quando se verificar que a fiança era incabível na espécie, ela será cassada, de acordo com o disposto no art. 338. Ex.: Caio, incurso nas sanções do art. 129 do C.P. (lesões corporais leves), prestou fiança; no curso do processo, apura-se que ele se encontrava no gozo de suspensão condicional da pena, logo, a fiança não podia ter sido concedida, nos termos do art. 324, III, do C.P.P.; a fiança será cassada, qualquer que seja a fase em que se encontrar o processo. Trata-se de imposição legal, a cuja observância está adstrito o juiz, sem que lhe deixe a lei qualquer margem de discricionariedade.

Quando se inovar na classificação do delito, ficando reconhecida a existência de delito inafiançável, o C.P.P. também determina, no art. 339, que a fiança seja cassada. Ex: Caio, incurso nas penas do art. 129 do C.P. (lesões corporais leves), presta fiança; no curso do processo, a vítima vem a falecer em consequência das lesões; será inovada a classificação do delito: art. 129, § 3.º, lesões corporais seguidas de morte; a fiança deveria ser cassada, eis que inafiançável o delito resultante da nova classificação.

Nesta hipótese, porém, o juiz poderá deixar de cassar a fiança, ante as inovações introduzidas na disciplina da prisão preventiva pela Lei n.º 5.349, de 3-11-1967.

3. É intenção manifesta da lei (*menos legis*; interpretação teleológica ou finalística) restringir os casos de prisão antes da condenação àqueles em que ela venha a ser decretada como *garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal* ou *para assegurar a aplicação da lei penal* (art. 312 do C.P.P., com sua atual redação); a prisão preventiva *compulsória* cedeu o passo, em face da nova disciplina legal, ao prudente arbítrio do juiz, eis que a nova redação do art. 313 do C.P.P., mesmo nos crimes *inafiançáveis* (incisivo I), dispõe que ela poderá ser decretada, vale dizer, relega ao livre convencimento do juiz sua oportunidade, consideradas as circunstâncias enumeradas no art. 312, acima referidas.

4. O rigorismo com que o art. 339 do C.P.P. determina a *cassação* da fiança há de ser abrandado, ante a nova disciplina legal do instituto da prisão preventiva; realmente, a *determinação* legal, a *imposição* da lei ao juiz, no sentido de que este, *obrigatoriamente*, casse a fiança, não se compadece com o espírito da nova redação que a Lei n.º 5.349 imprimiu aos arts. 311 *usque* 315 do C.P.P.; ora, é sabido que a interpretação da lei há de ser *sistemática*; nenhum dispositivo legal deve ser interpretado isoladamente, porém há de ser entendido em consequência com os demais, mormente em se tratando de um diploma codificado, cuja inteligência deve obedecer à mesma *ratio*, em seus diversos dispositivos.

O art. 339 do C.P.P. foi *tacitamente derogado* pela Lei n.º 5.349, por isso que não se compreende seja *facultado* ao juiz decretar, ou não, a prisão preventiva (art. 313, I), conservando-se, porém, a *obrigação* imposta ao juiz de cassar a fiança; *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*; se lá a decretação da prisão preventiva é *facultativa*, aqui também o deve ser.

A previsão legal da hipótese vertente não deixa de atribuir ao prudente arbítrio do juiz a cassação, *ou não*, da fiança concedida ao réu; a cassação, longe de representar medida útil ao processo, à justiça ou à sociedade, representa, muita vez, flagrante injustiça, que a lei, com seu rigorismo abrandado por sua nova redação, certamente repele.

O art. 2.º da Lei de Introdução ao C.P.P. determina que à prisão preventiva e à fiança sejam aplicados os dispositivos que forem mais favoráveis; nos termos do art. 3.º do C.P.P., a lei processual penal admite interpretação extensiva e aplicação analógica, sendo cabível, portanto, a invocação dos preceitos *mais brandos* da Lei n.º 5.349, acima referidos.

Pelo menos, a interpretação extensiva da Lei n.º 5.349 deve ser admitida: *minus dixit quam voluit*; queria incluir, entre os casos em que cabe ao juiz decidir, a cassação, ou não, da fiança, porém somente se ocupou da prisão preventiva; sua providência, no sentido de entregar ao juiz a decisão, em cada caso, deve ser estendida à hipótese da cassação de fiança. Ou, se se preferir, o caso será de aplicação analógica da referida lei à disciplina da cassação de fiança, pois é evidente a similitude de situações: a prisão preventiva fica a critério do juiz; análogamente, a cassa-

ção da fiança deve também ser confiada à prudente deliberação do magistrado.

ARION SAYÃO ROMITA
Defensor Público do Ministério Público
do Estado da Guanabara

ORDEM DE SERVIÇO "E" N.º 1/69

Em 24 de janeiro de 1969

Dispõe sobre a distribuição da Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara.

O Diretor, em exercício, da Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara, no uso das atribuições legais conferidas pelo art. 9.º da Portaria 5/67, de 4 de janeiro de 1967:

Considerando que S. Ex.^a o Procurador Geral da Justiça do Estado da Guanabara, por despacho de 23-1-1969, exarado no processo n.º 40.648, autorizou, até ulterior deliberação, a distribuição gratuita da totalidade das edições da Revista;

Considerando o disposto no § 3.º do art. 3 da Ordem de Serviço "N" n.º 1, de 2 de dezembro de 1967, desta Procuradoria,

R E S O L V E :

1. A parte de cada edição da Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara a que alude o art. 3.º e seus parágrafos da Ordem de Serviço "N" n.º 1, de 2 de dezembro de 1967, da Diretoria da Revista, será distribuída gratuitamente, na seguinte proporção, à razão de um exemplar por pessoa:

A) — 80% para bacharéis em Direito;

B) — 20% para complementar a distribuição prevista no parágrafo único do art. 2.º, da Ordem de Serviço "N" n.º 1/67, e para interessados em geral.

2. A presente Ordem de Serviço entra em vigor nesta data, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 24 de janeiro de 1969.

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA
Diretor, em exercício, da Revista de Direito

ORDEM DE SERVIÇO “E” N.º 2/69

Em 31 de janeiro de 1969

O Diretor, em exercício, da Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara, no uso das atribuições legais conferidas pelo artigo 9.º da Portaria 5/67, de 4 de janeiro de 1967:

R E S O L V E :

1. Haverá, para fins do art. 4.º da Ordem de Serviço “N” n.º 1, de 2 de dezembro de 1967, 4 (quatro) livros de registro de distribuição da Revista, a saber:

LIVRO I — Distribuição prevista no art. 1.º da Ordem de Serviço “N” n.º 1/67 (exemplares para órgãos e autoridades públicas e de entidades paraestatais, bibliotecas públicas e de grandes instituições, estabelecimentos de ensino jurídico, professores de Direito, juristas e advogados de renome a critério da direção da Revista).

LIVRO II — Distribuição prevista no parágrafo único do art. 2.º da Ordem de Serviço “N” n.º 1/67 e letra B da Ordem de Serviço “E” n.º 1/69 (exemplares para interessados em geral, estagiários, alunos de Faculdade de Direito, permuta, promoção da Revista, complementação da distribuição a que corresponde o Livro I).

LIVRO III — Distribuição prevista na letra A do item 1 da Ordem de Serviço “E” n.º 1/69 (volumes para bacharéis em Direito).

LIVRO IV — Protocolo (cf. item 3).

2. O interessado, ao receber seu volume, deverá assinar o livro de registro respectivo, anotando, em letra legível, nome, enderêço, telefone, identidade funcional ou profissional, devendo ser feita uma ficha para cada pessoa que recebeu volumes da Revista.

2.1. A medida que fôr tendo lugar a distribuição, far-se-á a dedução respectiva do total dos volumes anteriormente existentes.

3. O livro de protocolo (Livro IV) será utilizado, quando o recibo tiver de ser dado fora da sede da Revista.

4. Sòmente precisarão requerer, por escrito, a concessão de volumes da Revista os interessados enquadrados na distribuição a que corresponde o Livro II.

5. Com relação aos números já editados, é a seguinte a atual distribuição pelos vários *Livros* dos números ainda disponíveis para distribuição:

<i>Livro</i>	<i>I</i>	—	1.º número	—	348
			2.º número	—	46
			3.º número	—	172
			4.º número	—	1191
			5.º número	—	1049

<i>Livro II</i>	— 1.º número	— 384
	2.º número	— 174
	3.º número	— 262
	4.º número	— 300
	5.º número	— 470

Livro III — 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e 5.º números — 800 exemplares.

6. A presente Ordem de Serviço entra em vigor nesta data, revogadas as disposições em contrário.

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA
Diretor, em exercício, da Revista de Direito

ORDEM DE SERVIÇO "E" N.º 3/69

Em 17 de março de 1969

Dispõe sobre a distribuição da Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara.

O Diretor da Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 9.º da Portaria n.º 5/67, de 4-1-67:

Considerando a grande procura de exemplares da Revista por parte dos interessados enquadrados na distribuição a que corresponde o Livro II, instituído pelo item 1 da Ordem de Serviço "E" n.º 2/69;

Considerando que estariam esgotados em breve os exemplares de ns. 2 e 3 correspondentes ao citado Livro II;

Considerando que a discriminação pelos Livros I, II e III dos exemplares dos números já citados teve natureza discricionária, considerando-se os volumes disponíveis à época.

R E S O L V E :

1. Ficam destinados à distribuição abrangida pelo Livro II do item 1 da Ordem de Serviço "E" n.º 2/69, de 31-1-69, 100 (cem) exemplares do n.º 2 e 100 (cem) do n.º 3, dentre os volumes originariamente incluídos na distribuição a que corresponde o Livro III do mesmo dispositivo regulamentar.

2. A presente Ordem de Serviço entra em vigor nesta data, revogadas as disposições em contrário.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO
Diretor da Revista de Direito do Ministério Público

ORDEM DE SERVIÇO "E" N.º 4/69

Em 2 de abril de 1969

Dispõe sobre a distribuição da Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara.

O Diretor da Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 9.º da Portaria n.º 5/67, de 4-1-67:

Considerando a reduzida tiragem do número 6 da Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara.

R E S O L V E :

1. Ficam assim distribuídos os exemplares do número 6 da Revista:

A — 30 para o acervo da Revista

B — 805 para o Livro I

C — 163 para o Livro II

D — 132 para o Livro III

2. A presente Ordem de Serviço entra em vigor nesta data, revogadas as disposições em contrário.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

Diretor da Revista de Direito do Ministério Público

CONCURSOS PARA DEFENSOR PÚBLICO — PROGRAMAS

CONCURSO DE 1962/1963

Direito Penal

A lei penal no tempo e no espaço.

Relação de causalidade.

Tentativa, desistência voluntária, arrependimento eficaz, crime impossível.

Dolo. Culpa.

Erro em Direito Penal.

A coação e a obediência devida.

Causas de exclusão da criminalidade.

Responsabilidade. Imunidade Penal.

Co-autoria.

Penas principais. Critérios de graduação.

Penas acessórias.

Circunstâncias atenuantes e agravantes.

Concurso de crimes.
Suspensão condicional da pena.
Livramento condicional.
Efeitos da condenação.
Medidas de segurança.
Extinção da punibilidade.

Parte Especial:

Leis especiais:

Crimes familiares.
Crimes contra a economia popular.
Crimes eleitorais.
Crimes de imprensa e de telecomunicações.
Crimes de responsabilidade.
Crimes contra a segurança do Estado e a Ordem Política e Social.
Contravenções penais.

Direito Judiciário Penal

Interpretação e integração da Lei de Processo Penal e esfera de aplicação do Direito Processual Penal no tempo e no espaço.

Ação penal e ação civil.
Jurisdição e competência.
Das questões e processos incidentes.
Da prova.

Do juiz, do Ministério Público, do acusado e seu defensor, dos assistentes auxiliares da Justiça.

Da prisão e da liberdade provisória.
Das citações, notificações e intimações.

Da aplicação provisória das interdições de direito e das medidas de segurança.

Da sentença.

Do Processo comum

Instrução criminal.

Processo no júri e no juízo singular.

Dos Processos especiais

fato não criminoso.

autos extraviados ou destruídos; e de aplicação de medida de segurança por crimes contra a honra da competência do juiz singular; da restauração de

Processo dos crimes contra a propriedade imaterial.

Processo sumário.

Processos da competência originária do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal Eleitoral e dos Tribunais de Justiça.

Processos dos crimes de imprensa e de telecomunicações.

Processo dos crimes contra a economia popular.

Processo dos crimes eleitorais.

Processo dos crimes de responsabilidade.

Processo dos crimes contra o Estado e a ordem política e social de competência da justiça ordinária.

* * *

Das nulidades.

Dos recursos.

Da execução.

Das relações jurisdicionais com autoridade estrangeira.

Prazos.

Direito Civil

Da vigência e aplicação da lei. Do conflito de leis no tempo.

Do conflito de leis no espaço.

Das pessoas naturais e jurídicas e do domicílio.

Dos registros públicos.

Dos atos jurídicos, seus defeitos e modalidades.

Da nulidade, de prescrição, da forma e prova.

Do casamento civil e religioso. Dos impedimentos. — Da celebração.

Da dissolução da sociedade conjugal. De desquite. — Da nulidade e da anulação do casamento.

Do regime de bens entre os cônjuges. Direitos e deveres conjugais.

Das relações de parentesco. Do reconhecimento dos filhos ilegítimos e suas conseqüências. Da obrigação alimentar em geral.

Da representação em geral. Do pátrio poder. Tutela e Curatela. Da ausência.

Dos bens. Da posse, propriedade, direitos reais limitados.

Limitações ao direito de propriedade.

Do condomínio comum e horizontal. Do loteamento.

Das obrigações. Conceitos gerais. Modalidades e efeitos.

Dos contratos em geral (T. IV, LIII, do C. Civil). — Noções, classificações e princípios.

Dos principais contratos típicos ou nominados. De pré-contrato.

Da responsabilidade civil. Dos acidentes do trabalho.

Da sucessão em geral.

Da sucessão legítima e testamentária. Dos legados.

Do inventário e da partilha.

Do usufruto, das substituições e da sub-rogação.

Direito Judiciário Civil

Jurisdição e competência. Organização Judiciária do Estado da Guanabara. Atribuições do Defensor Público.

Direito de ação. Reconvenção. Atribuições dos Promotores Públicos.

Exceções. Atribuições dos Curadores de Órfãos.

Instância: instrução, suspensão, absolvição, cessação. Atribuições dos Curadores de Família. Defesa do vínculo.

Partes. Litisconsórcio. Intervenção de terceiros. Atribuições dos Curadores de Menores.

Prova. Atribuições dos Curadores de ausentes.

Providências cautelares. Atribuições dos Curadores de resíduos.

Sentença. Atribuições dos Curadores de Massas Falidas.

Nulidades. Atribuições dos Curadores de Acidentes do Trabalho.

Recursos. Atribuições dos Procuradores.

Execução. Atribuições do Procurador Geral.

Processos Administrativos. Fiscalização das fundações.

Especialização e inscrição e remição de hipoteca legal. Prazos. Sanções cominadas ao Ministério Público pelo Cód. Proc. Civil.

Falências e concordatas. Suspeição do Ministério Público.

Direito Comercial

Comerciante — Obrigações profissionais. Agentes auxiliares do comércio.

Sociedades comerciais — Tipos, constituição, funcionamento, transformação, fusão e incorporação — Dissolução e liquidação.

Sociedades em nome coletivo, em comandita simples, de capital e indústria, em conta de participação e por quotas de responsabilidade limitada — Sociedades de Economia mista.

Sociedade por ações — Caracterização, função econômica, constituição, funcionamento — Capital, ações, partes beneficiárias, órgãos e contas.

Títulos de crédito — Princípios gerais — Circulação — Aval — Protesto — Intervenção — Ação cambial — Ação de locupletamento.

Letra de câmbio, nota promissória, duplicata de fatura — Requisitos — Aceite — Multiplicação — Exigibilidade.

Cheques — Condições de emissão — Requisitos — Exigibilidade — Compensação — Debêntures; natureza, privilégio, lançamento.

Noções gerais de Direito Marítimo — Nacionalidade do navio — Armação e exploração — Contratos de utilização do navio — Seguro marítimo.

Avárias, espécies, regulação e liquidação da avaria comum — Assistência e salvamento — Abalroação naval.

Falência, conceito econômico e jurídico, interesse do Estado — Pressuposto da falência, o sujeito passivo, causas, declaração judicial da falência.

Efeitos da falência em relação à pessoa do falido, aos bens do falido, aos credores, aos contratos e aos atos anteriores do falido.

O processo da falência, os seus órgãos — O Juiz — Função do Ministério Público — O Síndico — Arrecadação e administração de bens da massa — Verificação de créditos a habilitação — Classificação dos créditos.

Liquidação da falência — Realização do ativo — Satisfação do passivo — Encerramento da falência — Extinção de obrigações.

Concordata — Pressupostos — Processo, rescisão e cumprimento da concordata — Concordata preventiva — Concordata suspensiva.

Direito Constitucional e Administrativo

A Constituição de 1946 e suas diretrizes fundamentais: a república, a federação e o regime representativo.

Competência da União.

Competência dos Estados.

Os municípios, o Distrito Federal e os Territórios.

Poder Legislativo — Câmara dos Deputados — Senado Federal.

Poder Judiciário — Organização e Competência dos Tribunais da União.

A Justiça dos Estados.

Ministério Público da União e dos Estados.

Nacionalidade e Cidadania.

Direitos e garantias individuais.

Declaração de inconstitucionalidade.

Emenda à Constituição.

Ato Adicional — Competência do Presidente da República e do Conselho de Ministros.

Serviços Públicos — Centralização e Descentralização — Concessão e Contratos.

Autarquias — Empresas públicas.

Poder Regulamentar.

Ato administrativo — Revogação e Anulação.

Contrôle jurisdicional dos atos administrativos — Recurso hierárquico.

Funcionário público — Carreira e Acumulação — Estabilidade — Aposentadoria — Disponibilidade.

Sanções administrativas.

Organização do Poder Judiciário e do Ministério Público na Constituição do Estado da Guanabara.

Os serviços públicos e o regime jurídico da função pública na Constituição do Estado da Guanabara.

Direito Público

I — O Direito Público e Direito Privado. Conceitos — Diferenças. Divisão do Direito Público.

II — O Estado, a nação, o território. O Poder Público — A soberania nacional. A independência, a autodeterminação. As Nações Unidas e a intervenção nos Estados.

III — O Estado unitário, o confederado, o federado. Diferenças específicas. Centralização e descentralização administrativa e política.

IV — Podêres do Estado. Diferenças específicas. Atribuições gerais de cada Poder. Composição. Separação. Conflito dos Podêres. Equilíbrio dos Podêres.

V — Responsabilidade dos órgãos de cada Poder. O *impeachment*, a revogação dos mandatos, a demissão.

VI — A ditadura. O golpe de estado. A revolução.

VII — O regime representativo. O mandato. Diferença entre o mandato político e o mandato civil.

VIII — O regime totalitário e o regime democrático. Princípios e diferenças específicas.

IX — Eleição, plebiscito, "referendum": conceitos e diferenças específicas. Efeitos. Partidos políticos. Definição, organização, atribuições. Gastos partidários.

X — Sistemas de governo: presidencialistas, parlamentaristas, colegiados.

XI — O Poder Constituinte e o Poder Constituído. Revisão constitucional. Emendas e Atos Adicionais.

XII — Constituição. Conceitos. Espécies. Matérias próprias e impróprias nas Constituições. Preâmbulo das Constituições.

XIII — Os direitos universais do homem nas Declarações universais dêsses direitos. Garantias gerais do homem contra o Estado. Garantias individuais e garantias coletivas.

XIV — O Ministério Público no Direito Público.

CONCURSO DE 1965/1966

Direito Civil

Ponto 1:

- a) Da vigência e aplicação da lei. Do conflito de leis no tempo;
- b) Da dissolução da sociedade conjugal. Do desquite;
- c) Dos contratos em geral. (T. IV. L. III do Código Civil) Noções, classificações e princípios.

Ponto 2:

- a) Do conflito de leis no espaço;
- b) Do regime de bens entre os cônjuges;
- c) Do contrato preliminar em geral. Da promessa de compra e venda de imóveis.

Ponto 3:

- a) Das pessoas naturais e jurídicas. Do domicílio;
- b) Das relações de parentesco. Do reconhecimento dos filhos ilegítimos e suas consequências.
- c) Da responsabilidade civil. Dos acidentes do trabalho.

Ponto 4:

- a) Dos registros públicos;
- b) Da representação em geral. Do pátrio poder, tutela e curatela. Da ausência.
- c) Da herança jacente. Da indignidade e deserdação. Da petição de herança.

Ponto 5:

- a) Dos atos jurídicos, seus defeitos e modalidades.
- b) Dos bens. Classificações. Da posse;
- c) Da herança e sua transmissão. Da aceitação e renúncia.

Ponto 6:

- a) Da nulidade, da prescrição, da forma e da prova;
- b) Do condomínio comum e horizontal;
- c) Do inventário e da partilha. Da nulidade e rescisório de partilha.

Ponto 7:

- a) Do casamento civil e religioso. Dos impedimentos. Da celebração;
- b) Das obrigações. Conceitos gerais. Modalidades e efeitos;
- c) Do usufruto, das substituições e das sub-rogações.

Ponto 8:

- a) Da nulidade e anulação de casamento;
- b) Dos direitos reais limitados em geral. Da hipoteca;
- c) Da compra e venda. Da doação e do mandato.

Ponto 9:

- a) Dos direitos e deveres conjugais;
- b) Da obrigação alimentar em geral;
- c) Da sucessão legítima. Da vocação hereditária.

Ponto 10:

- a) Da adoção e da legitimidade adotiva;
- b) Da propriedade. Das limitações ao direito de propriedade;
- c) Da sucessão testamentária. Testamentos. Legados. Do direito de

acrescer.

DIREITO JUDICIÁRIO CIVIL

1. a) Direito de ação; condições do seu exercício; carência de ação;
b) Processo ordinário de conhecimento; instância: começo e fim; suspensão, cessação e absolvição da instância;
c) Organização judiciária federal e estadual.
2. a) O processo como relação jurídica: direitos, deveres, ônus e faculdades processuais; pressupostos processuais;
b) Citação, intimação, notificação: espécie de citação; efeitos da citação válida;
c) Ministério Público federal e estadual. Conselho do Ministério Público e o processo civil.
3. a) Jurisdição e competência; critérios de determinação da competência e suas modificações; incidentes sobre a competência; conflitos de jurisdição;
b) Defesa do réu; contestação e exceções;
c) Atribuições do Procurador Geral e dos Procuradores da Justiça.
4. a) Partes; capacidade processual; representação e substituição processual; litisconsórcio;

- b) Reconvenção;
- c) Atribuições dos Curadores.
- 5. a) Intervenção de terceiros; chamamento à autoria, nomeação à autoria, oposição, assistência, embargos de terceiros, intervenção litisconsorcial;
- b) Despacho saneador; natureza jurídica, função, efeitos; encerramento da instância por ocasião do saneamento;
- c) Atribuições dos Promotores e dos Defensores junto aos Juizes Cíveis.
- 6. a) Fatos e atos processuais: forma, lugar e tempo; prazos, preclusão; contumácia e revelia;
- b) Prova; conceito, objeto, meios, ônus, caloração;
- c) Mandado de segurança; ação popular; contrôlle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público.
- 7. a) Inexistência, nulidade dos atos processuais. Convalidação dos atos defeituosos;
- b) Coisa julgada formal e material; limites subjetivos e objetivos da coisa julgada;
- c) Testamentos, inventário e partilha, arrecadação de bens vagos e de ausentes.
- 8. a) Recursos: conceitos, espécies, efeitos; recurso *ex officio*;
- b) Processo de execução: ação executiva e ação executória; título executivo e título executório; sentenças exequíveis;
- c) Habilitação para casamento, desquite, bem de família.
- 9. a) Apelação, agravos, embargos;
- b) Espécies de execução, procedimento executório; penhora, arrematação, adjudicação, remição;
- c) Averbções e retificações do registro civil, tutela e curatela, emancipação, bens de menores e incapazes.
- 10. a) Revista, recurso extraordinário; recurso ordinário constitucional, reclamação;
- b) Incidentes da execução: embargos à execução, concurso de credores;
- c) Organização e fiscalização das fundações; ação rescisória.

DIREITO PENAL

- 1) I — Aplicação da lei penal: limites quanto a pessoas, ao tempo e ao espaço;
II — Crimes contra o patrimônio;
III — Contravenções previstas em leis especiais;
- 2) I — Crime, contravenção; relação de causalidade;
II — Crimes contra a família;
III — Crimes contra a economia popular.
- 3) I — Antijuridicidade;
II — Crimes contra a vida;
III — Contravenções (L. C. P.).

- 4) I — Imputabilidade, culpabilidade;
II — Crimes contra os costumes;
III — Crimes eleitorais.
- 5) I — Tentativa;
II — Lesões corporais;
III — Crimes contra o Estado e a ordem política e social.
- 6) I — Co-autores;
II — Crimes contra a honra e a liberdade individual;
- 7) I — Concurso de crimes; crime continuado;
II — Crimes contra a administração pública;
III — Crimes fiscais.
- 8) I — Penas e medidas de segurança;
II — Crimes contra a incolumidade pública;
III — Crimes de imprensa e de telecomunicações;
- 9) I — Suspensão condicional; livramento condicional;
II — Crimes contra a paz pública;
III — Crimes falimentares;
- 10) I — Extinção de punibilidade;
II — Crimes contra a fé pública;
III — Crimes de responsabilidade.

Direito Judiciário Penal

- 1) I — Interpretação, integração e esfera de aplicação da norma processual penal. II — Prisão cautelar. III — Rito em caso de crime contra o Estado e a ordem política social, da competência da justiça ordinária.
- 2) I — Jurisdição e competência. II — Liberdade provisória. Fiança. III — Rito em caso de infração contra a economia popular.
- 3) I — Inquérito policial. Outros procedimentos preparatórios da ação penal. II — Rito em caso de crime apenado com reclusão, da competência do juízo singular. III — Rito em caso de competência originária de tribunal.
- 4) I — Relação processual penal. Ministério Público. Assistente. Terceiro Defensor. II — Rito em caso de crime doloso contra a vida (júri). III — Sentença.
- 5) I — Ação Penal pública. II — Rito em caso de crime apenado com detenção, da competência do juízo singular. III — Recursos.
- 6) I — Ação penal privada. Ação civil. II — Rito sumário em caso de contravenção e de homicídio culposo ou lesão corporal culposa. III — Recursos no *habeas corpus*.
- 7) I — Exceções e pressupostos processuais. II — Rito em caso de crime contra a honra, da competência do juízo singular. III — Execução.
- 8) I — Questões prejudiciais. II — Rito em caso de crime de imprensa e de telecomunicações. III — Relações jurisdicionais com autoridade estrangeira.

- 9) I — Citações, intimações e notificações. II — Rito em caso de crime falimentar e de responsabilidade de funcionário público. III — Prazos. Coisa julgada e preclusão.
- 10) Prova. II — Rito em caso de crime eleitoral e de responsabilidade. III — Nulidade.

Direito Comercial

- 1) a — O comerciante;
b — Navio e Aeronave;
c — O instituto da falência.
- 2) a — Tomo Comercial;
b — Propriedade do navio e da aeronave;
c — Pressupostos da falência.
- 3) a — Sociedades comerciais;
b — Armação e exploração do navio e da aeronave;
c — Efeitos da falência em relação à pessoa do falido.
- 4) a — A sociedade anônima;
b — O capitão ou comandante do navio e da aeronave;
c — Efeitos da falência em relação ao patrimônio do falido e dos sócios de responsabilidade ilimitada.
- 5) a — A sociedade por quotas, de responsabilidade limitada;
b — Responsabilidade do armador ou explorador;
c — Efeitos da falência em relação aos direitos dos credores.
- 6) a — Os títulos de crédito e, em especial, a letra de câmbio;
b — O conhecimento de transporte;
c — Efeitos da falência em relação aos contratos bilaterais do falido em curso.
- 7) a — O endosso de nota promissória;
b — Vendas marítimas;
c — Efeitos da falência em relação aos atos anteriores do falido.
- 8) a — O aceite de duplicatas;
b — Avarias;
c — O Juiz, o Síndico e o representante do Ministério Público.
- 9) a — O cheque;
b — Abalroação;
c — Instrução da falência.
- 10) a — As sociedades de economia mista;
b — Assistência e salvamento;
c — Concordatas.

Direito Constitucional

- 1) a — Organização Federal
b — Ministério Público
c — Medidas de exceção.
- 2) a — Organização estadual
b — Direitos e garantias individuais
c — Poder Constituinte.

- 3) a — Poder Executivo — federal e estadual
b — Nacionalidade e cidadania
c — Revisão constitucional.
- 4) a — Poder Legislativo — federal e estadual
b — Direito de propriedade
c — Intervenção federal.
- 5) a — Poder Judiciário federal e estadual
b — Direito de propriedade
c — Partilha tributária
- 6) a — Estado de sítio
b — Competência da União
c — Da ordem econômica e racial na Constituição Federal.
- 7) a — *Habeas Corpus*
b — Abuso do poder econômico
c — O Congresso Nacional
- 8) a — Mandado de Segurança
b — Responsabilidade do Presidente da República
c — Direito de associação.
- 9) a — Supremo Tribunal Federal
b — Da ordem econômica e social na Constituição Federal
c — Processo de elaboração legislativa.
- 10) a — O município
b — Tribunal de Justiça e Tribunal de Alçada
c — Direito de greve.

Direito Administrativo

- 1) a — Ato administrativo sob o aspecto formal
b — Responsabilidade civil do Estado
c — Serviço público de execução direta.
- 2) a — Ato administrativo sob o aspecto material
b — O controle do ato administrativo
c — Delegação de poderes
- 3) a — Contrato administrativo
b — Funcionário Público — Conceito — Deveres
c — Autarquias
- 4) a — Ministério Público do Estado da Guanabara
b — Poder de Polícia
c — Sociedades de Economia Mista
- 5) a — Regime disciplinar do funcionalismo público estadual
b — Telecomunicações
c — Concessões
- 6) a — Centralização e descentralização administrativa
b — Desapropriação
c — Reconsideração — recurso — revisão no processo disciplinar.
- 7) a — Concorrência pública
b — Ilícito penal e ilícito administrativo
c — Empresa Pública

- 8) a — Processo administrativo — inquérito — sindicância
b — Bens públicos
c — As fundações como forma de descentralização administrativa.
- 9) a — Ato Administrativo nulo e ato administrativo anulável
b — Prisão administrativa
c — Serviço de censura.
- 10) a — Hierarquia dos atos administrativos
b — Poder regulamentar do Estado
c — Restrições no direito de propriedade em nome da utilidade pública ao interesse social.

Direito Público

- 1 — a) Formas de estado
b) Centralização e descentralização política
- 2 — a) Formas de governo
b) Estrutura social do Estado
- 3 — a) Federação
b) Soberania — conceito
- 4 — a) Elementos do Estado
b) Parlamentarismo
- 5 — a) Os poderes do Estado
b) Personalidade jurídica do Estado
- 6 — a) Soberania, elemento, características
b) Presidencialismo
- 7 — a) União — Estado — Municípios
b) O processo eleitoral
- 8 — a) Partidos políticos e grupos de pressão
b) Sistemas eleitorais
- 9 — a) Estrutura política do Estado
b) Monocracias
- 10 — a) Evolução do Conceito de Estado
b) Podêres implícitos.

**QUESTÕES APRESENTADAS NO CONCURSO REALIZADO
EM 1963 PARA O CARGO DE DEFENSOR PÚBLICO DA
CARREIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DA GUANABARA ***

Direito Penal e Judiciário Penal

I. (a) — Tício, condenado pelo crime de furto, tinha 69 anos à época do fato, já tendo, porém, 70 anos, quando foi condenado. Pleiteia do juiz

* As questões do concurso de 1965/6 constam do 1.º número desta Revista.

a suspensão condicional da pena. O juiz manda ouvir o promotor. Como deve opinar o representante do M.P.? Fundamentar a resposta.

(b) — Que se entende por greve, para os fins da lei penal?

II. (a) — Esclarecer se a sentença declaratória de falência é condição objetiva de punibilidade ou pressuposto dos crimes falimentares. Justificar a resposta.

(b) — Quais os crimes da competência originária do Tribunal de Justiça do Estado?

III. (a) — Não oferecida denúncia pelo representante do M.P. dentro no prazo de cinco dias a que se referem os artigos 108 e 109 da Lei de Falências, não mais poderá oferecê-la o M.P.?

(b) — Qual o prazo de duração da prisão preventiva do falido, decretada na sentença declaratória da falência? Justificar a resposta.

DIREITO CIVIL — e — JUDICIÁRIO CIVIL

I (a) Um estrangeiro divorcia-se no seu país. Vem para o Brasil. Aqui, habilita-se para contrair matrimônio apresentando certidão da sentença que lhe decretou o divórcio.

Essa sentença carece de homologação no Supremo Tribunal Federal para produzir o efeito pretendido? Fundamentar a resposta.

(b) Proposta uma ação de anulação de casamento pode o réu em reconvenção, pleitear desquite?

Justificar a resposta.

II (a) Comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento celebrado sob o regime da separação legal de bens?

Fundamentar a resposta.

(b) Quais os recursos ordinários cabíveis em matéria falimentar?

Exemplificar hipóteses de cabimento de cada um dêles.

III (a) Francisco doou o prédio da rua Piratini a três menores, João, Mário e Alfredo. Em havendo comprovada a necessidade da venda do imóvel, o pai de João e o tutor de Mário e Alfredo pediram, em juízo, autorização para aliená-lo.

O juiz, após avaliação e ficar comprovada a necessidade, autorizou a venda, sendo expedido alvará para êsse fim. O imóvel foi avaliado em Cr\$ 2.000.000,00 e vendido por Cr\$ 3.000.000,00. Ao ser assinada a escritura, em 1940, os menores tinham as seguintes idades: Alfredo 2 anos, Mário 15 anos e João 3 anos.

João, Mário e Alfredo propuseram em 1962 uma ação ordinária para ser declarada nula a venda.

— Dar o parecer do Ministério Público apreciando a posição de cada uma das partes, seus direitos e possíveis alegações de defesa.

(b) Pode o defensor público:

1 — Transigir?

2 — Funcionar em segunda instância?

DIREITO CONSTITUCIONAL, D. ADMINISTRATIVO, D. COMERCIAL E D. PÚBLICO.

I (a) Pode-se considerar a intervenção Federal nos estados uma violação do equilíbrio federativo? Por quê?

(b) Quais são as garantias individuais previstas na Constituição que interessam ao direito penal e ao processo penal e os princípios nelas consubstanciados?

II (a) Conceituar o ato administrativo. Exemplificar. Que é ato administrativo discricionário?

(b) Pode-se cumular uma sanção administrativa com uma pena criminal? Por quê?

III (a) A sociedade por quotas de responsabilidade limitada, cujo objeto social exclusivo é a compra e venda de imóveis, pode requerer concordata, após dois anos de funcionamento?

Justificar.

(b) Quais as espécies de avarias?

Distingui-las.

IV (a) É a democracia compatível com o sistema de um só Partido? Justificar a resposta.

(b) Por que razão os gastos partidários, permitidos pelo código eleitoral, não podem ser feitos para propaganda em favor de abstenção?

O PLANO HABITACIONAL BRASILEIRO

1) Preâmbulo. 2) Mercado de hipotecas. 3) Os agentes financeiros. 4) O FIMACO. 5) O Sistema Financeiro do Saneamento. 6) Conclusão.

1 — A problemática habitacional vem sendo enfrentada pelo Governo, nos últimos quatro anos, através de uma política de sistematização de

normas e princípios, possibilitando *pari passu* a diminuição do déficit residencial em nosso país.

A lei 4.380, de 21-8-1964, abriu, ao instituir a correção monetária nos contratos imobiliários e implantar o Sistema Financeiro da Habitação, numerosas perspectivas de solução, deixando antever um futuro de importantes realizações. Com efeito, a correção monetária, como instrumento de atualização, vinha impedir a estagnação do mercado, possibilitando a inversão de recursos em financiamentos longos, sem o risco do aviltamento da moeda provocado pela espiral inflacionária, ao mesmo tempo que democratizando as inversões, fazia girar o capital em todos os sentidos e direções.

Alicerçado na canalização da poupança privada para o Sistema Financeiro, o Plano Habitacional desenvolveu-se através de uma simbiose participativa, onde os órgãos oficiais e os particulares, estimulando os investimentos, deram vida à poupança, criando para o investidor uma nova mentalidade, consubstanciada na fórmula *poupar para ganho próprio e da comunidade*, dentro de um esquema onde, praticamente, inexistem margens de risco.

Em princípio, considerando-se as finalidades cíclicas do planejamento, os recursos se mostravam escassos, ampliando-se, substancialmente, com o advento da lei 5.107, de 13-9-66, que incumbiu o Banco Nacional da Habitação (BNH) de gerir o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, mediante o pagamento de correção monetária e juros, possibilitando a aplicação em habitações do volume de seus recursos.

O BNH, como órgão orientador, disciplinador e de assistência financeira, não opera diretamente em construção de habitação, compra e venda ou mesmo financiamento, erigindo seus programas nos recursos da comunidade.

O Sistema Financeiro da Habitação (SFH) destinado a promover a construção e a aquisição da casa própria é integrado pelo BNH; pelos órgãos federais, estaduais ou municipais, inclusive sociedades de economia mista, que operem no financiamento de habitação e obras conexas; pelas sociedades de crédito imobiliário e pelas fundações, cooperativas, mútuas e outras formas associativas, constituídas nos moldes do disposto na lei 4.380 e sem finalidade de lucro.

Esquematizado teleologicamente, o Plano Habitacional encerra vários programas, por meio dos quais são geradas as condições necessárias à consecução do seu desiderato, do qual se afastam todos os que são proprietários, promitentes compradores ou cessionários de imóvel residencial na mesma localidade, *ex vi* do estatuído no parágrafo 1.º do artigo 9.º da Lei n.º 4.380, de 21-8-64.

Vejam, em rápidas pinceladas, como se desenvolve a execução do Plano Habitacional, em seus aspectos principais, começando pela descrição da mecânica fisiológica do seu mercado de hipotecas.

2. A R.C. (Resolução do Conselho de Administração) n.º 101/66, objetivando, por um lado estimular a construção de novas habitações em áreas deficitárias, e por outro reativar a indústria da construção civil, definiu os institutos e as instituições capacitadas a operar no mercado de hipotecas, balizando as suas zonas de atuação. São elas: o BNH, os Agentes e os Iniciadores. O primeiro atua através de seus órgãos locais ou, na ausência destes, pelos seus órgãos centrais. Os segundos são as Caixas Econômicas, as Sociedades de Crédito Imobiliário e as Associações de Poupança e Empréstimo, devidamente credenciados, que funcionam como financiadores. Os terceiros, os Iniciadores — assim chamados porque dão partida aos programas — são as pessoas físicas ou jurídicas, pertencentes ou não ao Sistema, credores primitivos das dívidas hipotecárias a serem adquiridas pelo BNH. Tais Iniciadores necessitam preencher para fins de credenciamento, toda uma gama de requisitos relacionados nas Resoluções da Diretoria (RDs) números 52/66, 17/67, 16/68. A viabilidade do projeto, sua exequibilidade determinam, afinal, a expedição pelo Diretor da Carteira de Hipotecas do BNH da *Carta de Intenção*. Delineadas então, as condições de operação e acertado o *modus faciendi* da execução, é assinado o pacto de *Promessa de Compra e Venda das Hipotecas*, com a necessária caução de refinanciamento, se fôr a hipótese. Abre-se, no particular, uma dicotomia de vias a serem percorridas. Pela primeira, o iniciador constrói as unidades às suas próprias expensas, vende-as financiadas e emite cédulas hipotecárias transferindo seus créditos ao BNH. Pela segunda, toda a mecânica é sustentada por financiamento, até a construção definitiva e posterior venda das unidades e constituição das hipotecas. Ressalte-se, que, se fôr o Financiador, entidade do SFH ou banco privado, é possível uma operação de refinanciamento da construção, saldada a dívida quando do cumprimento da promessa.

Com o implemento das condições pactuadas, Iniciador e Financiador, conforme o caso, receberão do BNH a importância contratada, já atualizada pelos critérios do SFH, mercê do endosso das Cédulas Hipotecárias respaldadas no seguro de crédito que dá guarida aos riscos de insolvência dos adquirentes de unidades.

3. Os agentes financeiros são as instituições que com a garantia da Promessa do Banco, financiam a construção ou, provisoriamente, o Iniciador até que a hipoteca possa ser adquirida pelo Banco. São agentes, nos termos da RC 101/68, as Caixas Econômicas, as Sociedades de Crédito Imobiliário e as Associações de Poupança e Empréstimo, como tais credenciadas pela Diretoria do BNH.

As *Caixas Econômicas* são entidades de direito público, atuantes no campo habitacional, por meio de suas Carteiras especializadas. Financiando a construção e aquisição da casa própria, e a indústria da Construção Civil, as Caixas mantêm contas de depósito com correção monetária movimentadas por cadernetas.

Em suas operações, são prioritários os financiamentos de projetos, oriundos da iniciativa privada, vinculados à construção para a venda a prazo de unidades habitacionais destinadas às classes de nível médio de renda.

As Caixas são, em última análise, um instrumento de engajamento do Governo no setor habitacional, atuando de conformidade com o estatuído na Lei n.º 4.380 de 21-8-64 e na legislação específica.

As Sociedades de Crédito Imobiliário, organizadas sob a forma anônima de ações nominativas, são instituições de crédito especializado autorizadas e controladas pelo Banco Central. Seu campo de operação é vasto, compreendendo, em primeiro lugar, os financiamentos para construção, venda ou aquisição de habitações vinculados a abertura de crédito a favor do empresariado promotor de projetos de construção de casas para venda a prazo. Em segundo, as aberturas de crédito para compra ou construção da casa própria com liquidação a prazo de crédito utilizado; em terceiro, desconto, mediante cessão de direitos de receber a prazo o preço da construção ou venda de habitações, além de outras modalidades operacionais autorizadas pelo Banco Nacional de Habitação, entre estas destacando-se a aquisição por endosso de Cédulas Hipotecárias pertinentes a imóveis já construídos, para venda ao BNH e a colocação no mercado de Letras Imobiliárias de sua emissão.

A letra imobiliária, emitida pelo BNH ou pelas sociedades de crédito imobiliário, é promessa de pagamento, podendo ser ao portador ou nominativa, transferíveis mediante tradição as primeiras e pela averbação do nome do adquirente no Livro de Registro ou pelo endosso em prêto no próprio título, as últimas. Ao titular da letra para a cobrança do respectivo principal e juros é conferido o rito executivo.

As letras são de renda ou de poupança, consoante confirmam ao adquirente juros e correção monetária em prazos maiores ou menores, ficando em qualquer circunstância a emissão do Título e a sua alienação sob controle da autarquia financeira federal competente.

Frise-se ainda que, na qualidade de integrantes do SFH, as sociedades de crédito imobiliário estão autorizadas a conceder empréstimos aos locatários para a aquisição do imóvel em que residam.

As associações de Poupança, e Empréstimo são necessariamente sociedades civis, de âmbito regional, que objetivam possibilitar a aquisição da casa própria aos associados, captando e disseminando a poupança. Seus recursos provêm dos depósitos dos associados, dos créditos obtidos junto ao BNH, de empréstimos ou financiamentos sacramentados no Brasil ou exterior com a autorização do BNH e de refinanciamento de aplicações.

O vínculo que se forma entre o associado e a associação é de natureza societária. Com efeito, a pessoa física interessada em se integrar na APE efetua depósitos, sobre tais depósitos incide trimestralmente a correção monetária na base da variação da Unidade Padrão de Capital (UPC) do BNH, recebendo em futuro sob a forma de dividendos, uma quota da totalidade dos resultados líquidos operacionais, já deduzidas as

importâncias destinadas à constituição dos fundos de reserva e de emergência e a participação da administração. Acresce ainda, que os associados estão resguardados diante da possibilidade de insolvência da Associação, mercê de um seguro obrigatório cujo montante é fixado pelo BNH.

4. Pretendendo a redução do custo da construção, através de desconto nas compras à vista de materiais, a rápida reativação do setor de materiais de construção pelo aumento e antecipação das compras e a modernização e ampliação das Empresas que produzem, transportam e distribuem materiais de construção, com conseqüente aumento da oferta e redução dos preços, o Conselho de Administração do BNH baixou a RC 30/67, instituindo o Programa de Financiamento de Materiais de Construção.

Objetivando a execução do programa foram criados cinco subprogramas, a saber:

a) financiamento ou refinanciamento do consumidor de materiais de construção (RECON);

b) financiamento ou refinanciamento do capital de giro do produtor de materiais de construção (REGIR);

c) financiamento ou refinanciamento do investimento no ativo fixo das empresas produtoras e distribuidoras de materiais de construção (REINVEST);

d) refinanciamento de "*underwriting*" de aumento de capital de empresas produtoras e consumidores de materiais de construção;

e) financiamento ou refinanciamento de projeto e de assistência técnica para as empresas produtoras e distribuidoras de materiais de construção, ou ainda, para entidades, públicas ou privadas, cujos propósitos sejam a pesquisa e normação de iniciativas tendentes à redução dos custos dos materiais de construção (REPAT).

Utilizando recursos advindos dos orçamentos programas do BNH e do FGTS, além de operações de crédito internas ou externas, o FIMACO opera dentro de limites máximos pré-estabelecidos, através de contratos de abertura de crédito com retiradas representadas por notas promissórias, e com caução dos direitos creditórios oriundo das aplicações, ou contrato de mútuo com garantia real, sempre com correção monetária, prazo máximo de 8 anos e taxas previstas na RC n.º 107/66.

O Banco do Brasil e o BNDE, como especiais, os Agentes do Sistema Financeiro da Habitação, os Bancos Regionais e Estaduais de Desenvolvimento, os Bancos de Investimento, as Companhias Estaduais de Desenvolvimento, as Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento e os Bancos Comerciais integram a Rede de Agentes Financeiros do FIMACO, autorizados a atuar especificamente num ou noutro subprograma.

5. O Conselho de Administração do Banco Nacional de Habitação, através da RC n.º 20/68, instituiu o Sistema Financeiro do Saneamento

e criou uma Superintendência incumbida, como unidade central, de coordenar as atividades das entidades integrantes do Sistema, além de promover a aplicação de recursos, e gerir a execução do Programa de Financiamento para Saneamento do BNH. Tal programa encarado sob um ângulo da maior importância, qual seja, o de que o saneamento dos núcleos urbanos é indispensável ao desenvolvimento do Plano Habitacional Brasileiro, constitui fonte de atração de recursos mobilizados e aplicados, de forma permanente pelo Sistema Financeiro do Saneamento. Integrado pelo BNH, como órgão central, pelas Entidades Financiadoras, pelos Agentes Financeiros, pelos Agentes Promotores e por outras Entidades que a ele se agreguem, o sistema aplica recursos que vai buscar, a saber:

a) No nível Federal, através do BNH, e de empréstimos contraídos com autorização da Diretoria, além dos recursos do FISAME (Fundo de Financiamento para Saneamento) recolhidos pelo BNH sob a forma de depósitos;

b) no âmbito regional ou estadual por via dos Fundos de Financiamentos para Águas e Esgotos (FAE), fundos estes integralizados por meios regionais ou estaduais;

c) na esfera municipal em razão de investimentos dos Municípios nos seus projetos de Águas e Esgotos ou por meio da criação de Fundos Intermunicipais.

Registre-se ainda a existência do Programa de Financiamento para Saneamento (FINANSA), gerida pela Superintendência do Sistema Financeiro do Saneamento, que tem por escopo o financiamento ou o refinanciamento de projetos, estudos, assistência técnica, bem como a execução das obras, e a compra de materiais específicos necessários à implantação, ampliação ou melhoria dos sistemas de reabastecimento de água e esgoto em centros urbanos. Os empréstimos contraídos dentro de um quadro de condições especiais, configuram a imprescindibilidade de dupla garantia, dentre as alinhadas na legislação específica que são: a) a hipoteca; b) vinculação de imposto, tarifa ou taxa devida ao governo ou entidade interessada na operação; c) fiança bancária ou de governo Estadual ou Municipal; d) seguro de crédito; e) caução ou penhor de Cédulas Hipotecárias, Letras Imobiliárias ou Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional. Sob as operações incide a correção monetária consoante a Instrução n.º 5 do BNH, operando o reajustamento de conformidade com o Plano B da mesma Instrução e juros máximos de 10% ao ano, capitalizados e pagos trimestralmente, inclusive durante o período de carência, que não excederá para cada empréstimo 36 meses. O prazo máximo de amortização é de 216 meses, contados a partir do fim da carência e calculado levando-se em conta a capacidade de pagamento das comunidades beneficiadas.

6. A política habitacional brasileira é uma grata realidade. Suas tônicas de autenticidade e consequência enfatizam sua grandeza. Nela não

há mistérios, nem taumaturgias. Existe sim, um planejamento harmônico, que gradativamente atinge, ponto por ponto, tôdas as peças dêsse adamatório tabuleiro de xadrez. E se o *epicentro* se traduz na fórmula *habitação para o homem*, todo um complexo de vicissitudes estruturais paralelas é encarado. Beneficia-se o consumidor e o produtor de materiais de construção. Enseja-se a implantação de melhores condições de saneamento. Oferece-se ao povo a possibilidade da poupança, dentro de um *status* assecuratório do seu investimento. Canaliza-se essa poupança para o sistema. Desenvolve-se a sementeira da esperança. As casas nascem do chão, povoando-o e agasalhando a comunidade.

A correção monetária, como espinha dorsal do sistema, não pode ser combatida, eis que o *deficit* habitacional vem se reduzindo mercê da sua aplicação. É mister, no entanto, que a política salarial do governo dela se aproxime. Dêsse acoplamento depende o sucesso do Plano Habitacional. A distonia ora existente constitui o seu calcanhar de Aquiles.

O sonho da casa própria vai se transmutando em realidade para muitos. Outros porém ainda estão marginalizados. É na direção dêstes que a política habitacional caminha. Os cépticos e os negativistas que se calam. O rumo certo há de ditar o acêrto das diretrizes atuais.

GILBERTO DE POVINA CAVALCANTI
Advogado no Rio de Janeiro



BIBLIOGRAFIA

VIDELA ESCALADA, Federico N. — Derecho Aeronautico, Tomo I, Victor P. de Zavalia, editor, Buenos Aires, 1969, 492 págs.

O professor Videla Escalada, um dos mais brilhantes juristas contemporâneos argentinos, cuja cultura sólida tem demonstrado sempre em seus trabalhos e cujo poder de exposição e clareza ao relatar e ao debater temas tivemos ocasião de observar em vários congressos latino-americanos, inicia com o Tomo I de seu Derecho Aeronautico, a publicação de verdadeiro tratado sobre o assunto. Todos os capítulos dêsse tomo representam estudos profundos, sem segredos, à luz da legislação comparada, da doutrina universal e dos textos internacionais. Demonstra com isso suas qualidades de pesquisador, de cientista, de jurista, de professor, de expositor e de tratadista. Este volume trata apenas de três seções da 1.^a parte de sua obra, isto é, os elementos do direito aeronáutico, estudando a noção, as fontes e o âmbito de vigência do direito aeronáutico.

Focalizaremos, em síntese, os principais pontos da obra do prof. VIDELA ESCALADA. Passando em revista várias definições para o direito aeronáutico, além de examiná-las e criticá-las, conclui com base nos conceitos de RODRIGUES JURADO e VITOR DELASCIO, que o "direito aeronáutico é o conjunto de princípios e normas de Direito Público e Privado, de ordem interna e internacional, que regem as instituições e relações jurídicas nascidas da atividade aeronáutica ou por ela modificadas". Os esclarecimentos e justificativas dêsse conceito estão expostos ali de forma clara e acessível. Aceita, portanto, a denominação direito aeronáutico, como a mais técnica, conquanto não deixe de relatar as diversas denominações por outros autores adotadas.

Apresenta como característicos do direito aeronáutico:

1) o *dinamismo* ou mobilidade, ou seja, a adaptabilidade da ciência jurídica às ciências sociais que constituem o seu objeto; 2) a *internacionalidade*, derivada em princípio, do fato de ter sido uma Convenção Internacional a primeira ordenação sobre direito aeronáutico, precedente a qualquer legislação de qualquer país; 3) o *regulamentarismo* (disciplina regulamentar) que surge como consequência de seu dinamismo, a fim de que

possam os poderes administrativos complementar os textos legais, necessários à navegação aérea; 4) a *integração*, isto é, o fato de abranger esse ramo do direito, normas de direito público e de direito privado, interno ou internacional; 5) a *autonomia*, quer legislativa, como didática e científica. Estuda em seguida as relações do direito aeronáutico com o direito civil, o comercial, o agrário, o do trabalho; o internacional, o constitucional, o administrativo, o fiscal, o penal, o marítimo e o espacial, concluindo a seção primeira da 1.^a parte com o estudo da história do direito aeronáutico. Na seção 2.^a, examina o Autor, as partes do direito aeronáutico, destacando dentre elas as convenções internacionais, pois grande parte dos textos legais de diversos países tiveram-nas como fontes, como, por exemplo, no que concerne à responsabilidade, em que o Código argentino se fundou nas Convenções de Varsóvia, Haia e de Roma. Examina, então, a natureza jurídica das convenções internacionais, quer como contrato entre os Estados (SAVIGNY), quer como verdadeiras leis internacionais, aplicáveis por adesão e ratificação como leis internas ou quer como forma híbrida de lei-contrato (como ocorre com as concessões de serviços públicos). Demonstra, então, a diferença entre todas essas hipóteses e, embora tenham elas elementos que possam assemelhá-las, diz não se enquadrarem em nenhuma delas. Afirma finalmente, conquanto forçando um pouco, que a ratificação por um Estado converte a convenção em lei interna desse país, citando texto da Constituição Argentina para o qual os acordos internacionais constituem lei suprema da Nação conjuntamente com a Constituição e com as leis ditadas pelo Congresso (art. 31), embora dependam de ratificação pelo Poder Legislativo (art. 67, 19). Em seguida passa a examinar as convenções que chama de gerais, isto é, aquelas que traçam as linhas bases das relações aeronáuticas: Convenções de Paris de 1919 e de Chicago de 1944, estabelecendo, em quadro prático e sintético a comparação entre as duas convenções (n.º 35) e bem assim as convenções parciais, ou seja, as que resolvem problemas parciais da matéria: a de Varsóvia, 1929; o Protocolo de Haia, 1955; a de Roma, 1933 e o Protocolo adicional de Bruxelas, 1938; a de Roma, 1952 (sobre danos a terceiros na superfície); a de Roma, 1939 (sobre embargo preventivo de aeronaves); a de Bruxelas sobre assistência e salvamento; a de Genebra, 1948 (sobre reconhecimento internacional de direitos sobre aeronaves); a de Guadalajara, 1961 (sobre responsabilidade do transportador não contratual); a de Tóquio, 1963 (sobre fatos ocorridos a bordo de aeronaves). Dedica também um capítulo especial ao estudo das legislações aeronáuticas de inúmeros países, inclusive à do Brasil, salientando sempre os princípios que as nortearam para cada um dos diversos institutos. Esse capítulo, por si só recomenda a obra do Prof. VIDELA ESCALADA pela facilidade que trará aos que desejarem fazer um estudo de direito comparado sobre a matéria. Em outro capítulo desenvolve o histórico do direito aeronáutico na Argentina, até ao Código vigente, de 1967 que, por sinal, segundo nos parece, deve a sua elaboração ao próprio Prof. ESCALADA.

No estudo das fontes do direito, salienta o valor atual, do costume, desde que o transporte, nos últimos vinte anos tem sido de grande importância para a formação de verdadeiros hábitos jurídicos tanto que o novo Código do Ar argentino já o consagrou como fonte de direito (art. 2.º) e conclui dizendo que “a importância do costume evoluiu extraordinariamente nos últimos tempos, desempenhando na atualidade papel muito diferente do que cumpria a um quarto de século atrás e que o futuro do costume como fonte do direito aeronáutico é tão amplo que o transcurso do tempo há de fortalecer e multiplicar o poder por êle adquirido em pouco tempo”. Aí está, mais uma vez acentuada, a semelhança entre o direito aeronáutico e o direito marítimo e não a diferença entre eles como pretende o Autor. Quando sustentamos a semelhança entre êsses dois direitos acentuamos que o progresso de cada dia mais os torna aproximados. Assim, se o costume foi o formador do direito marítimo, e até hoje continua a ser, o direito aeronáutico, conquanto não se tenha dêle servido, a não ser porque já os encontrou consolidados no direito marítimo, onde foi procurar sua base inicial, terá, certamente, como afirma o Autor no costume a mesmo fonte de direito que o direito marítimo sempre teve. Essa identidade tem, por outro lado, servido ao próprio direito marítimo, que já vem adotando certos de seus princípios, como, em França, por exemplo, com a adoção de normas constantes da Convenção de Varsóvia, transplantadas para a lei nova sobre transportes marítimos, em tema de responsabilidade, como noticia RODIÈRE.

Ainda no estudo das fontes do direito estuda o Autor a jurisprudência, apreciando não só seus aspectos gerais, como o relativo à unificação da jurisprudência relativa às convenções internacionais e a jurisprudência nacional. Com relação à doutrina salienta não só o papel que representam as obras especializadas, como as publicações especializadas e principalmente as instituições que se dedicam ao estudo do direito aeronáutico (Comité Jurídico da OACI; ALADA; Instituto Ibero Americano; Instituto Nacional de Direito Aeronáutico e do Espaço da Argentina; o da Universidade de Córdoba; o da Universidade de Buenos Aires; o da Universidade Católica da Argentina; o da Universidade de Moron; a SBDAE; o Instituto Francisco de Vitória; o da Universidade Mac Gill; a Associação Francesa de Direito Aéreo, etc) e mesmo a outras de âmbito mais amplo, como a International Law Association. Enumera várias revistas especializadas, conquanto tenha omitido a Rivista del Diritto della Navigazione, da Itália.

Na seção terceira da 1.ª Parte, estuda o Autor o espaço aéreo, estabelecendo a distinção entre espaço aéreo e o ar; dá a noção e essência jurídica do espaço aéreo e os limites do espaço aéreo, distinguindo-o do espaço exterior.

Estuda ainda a soberania sobre o espaço aéreo através as diversas teorias (extremas e intermédias); ou fundadas na liberdade do espaço aéreo (a da liberdade absoluta e a da liberdade limitada) ou fundadas na soberania (a da soberania absoluta, a teoria das zonas; a da soberania

limitada) e bem assim a influência do regime jurídico do espaço aéreo sobre a noção de fronteira.

No que concerne ao domínio sobre o espaço aéreo estuda sua extensão em face da legislação civil comparada e a elaboração doutrinária e jurisprudencial tendente a limitar a extensão do domínio sobre o espaço aéreo, e o direito do proprietário do solo e os prejuízos causados pelo ruído das aeronaves.

Com relação à infraestrutura, isto é, todo o complexo de organização terrestre pôsto a serviço das atividades aeronáuticas, examina o Autor as disposições internacionais sobre o assunto; o conceito de aeródromo ou aeroporto, expressões sinônimas para o Autor, porque "a distinção entre as duas expressões é, no momento, meramente de ordem técnica, embora se comece a elaborar uma noção mais jurídica"; a classificação dos aeródromos e seu regime jurídico; os serviços de proteção ao vôo e seu regime legal; as restrições à propriedade em benefício da circulação aérea, como o desembaraço de obstáculos nas proximidades dos aeródromos (proibição de construções ou limites de construções acima de certa altura, inclusive a determinação de demolição); a sinalização e iluminação de obstáculos e a desapropriação.

Finalmente, após estudar as diversas correntes que examinam a natureza jurídica dessas restrições a propriedades, como a que simplesmente as enquadram em restrição à propriedade, como a que sustenta que se trata do direito real de servidão ou a que, admitindo essa última hipótese, a contempla como servidão administrativa, conclui o Autor que todas elas são verdadeiras restrições à propriedade.

Livro, pois, excelente e indispensável a qualquer biblioteca especializada.

Rio, maio de 1969 — *J. C. Sampaio de Lacerda*.

ROBERTO LYRA: *Sociologia Criminal*, Rio de Janeiro, Editôra Forense, 1969, 212 páginas, 1.^o volume.

Sociologia Criminal é realmente uma publicação inovadora de forma e de estilo da divulgação científica servindo como fonte atualizadora da informação de idéias e fatos em todo o mundo.

Entre os assuntos tratados destacam-se: O papel social do juiz penal, de M. Ancel; Verdades sobre a prostituição, de Roberto Lyra; Novo Dicionário de Sociologia Criminal (Fundamentos, Realidades, Perspectivas); Novo Dicionário Estrangeiro de Sociologia Criminal (Fundamentos, Realidades, Perspectivas); Folclore criminológico, de Roberto Lyra; Realidade social e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de Yvan Senha Pessanha; Ministério Público; Tecnologia e organização judiciária.

M. ANCEL, ao expressar suas opiniões a respeito do papel social do juiz penal, afirma que o juiz de menores, hoje juiz piloto é o tipo do juiz penal de amanhã. QUINTILIANO SALDAÑA em *Criminologia Nova* (tradução Afrânio Peixoto) sustentou os mesmos argumentos. O juiz de meno-

res está dentro da justiça penal, pois, como sabemos, o direito penal atualmente tem como finalidade precípua a prevenção do crime e a reintegração do celerado à sociedade. A justiça penal, hoje, é essencialmente um problema social. O juiz deve preocupar-se com sua formação, acompanhar o surgimento de novas técnicas e na aplicação da pena levar em consideração a sua individualização, baseando-se no estudo minucioso da personalidade do delinqüente. Em síntese, a função social do juiz, segundo M. ANCEL, "reclama espírito aberto, tomada de consciência exata das novas dimensões da justiça penal, zelo pelos direitos da pessoa humana. O juiz penal é o símbolo da justiça humanista".

Convênio realizado na Itália estudou a utilização da tecnologia na solução dos novos problemas da administração e da distribuição da justiça. A justiça deve ser social e humana, jamais maquinal. A utilização da tecnologia deve funcionar como auxiliar da justiça, evitando, contudo, a sua individualização a fim de não agravar a iniquidade social em relação aos pobres e remediados, pois êstes nem sempre poderão dispor desses recursos.

O Prof. ENRICO SPAGNA MUSSO diz que a Constituição italiana inclui o Ministério Público no Poder Judiciário de que é órgão. Apesar de se entrosar com o Poder Executivo por suas atribuições, conserva-se independente e também exerce o Ministério Público atividades, a rigor não jurisdicionais, que poderiam exigir garantias diversas.

No tema *Verdades sobre a prostituição*, o venerando Prof. ROBERTO LYRA analisou detalhadamente o assunto, fundamentando-se no estudo prático e nas investigações que vem fazendo a partir de 1925, como jornalista e membro do Ministério Público nas funções de Promotor e 1.º Curador de Menores. Quanto à prostituição, como causa da criminalidade, não há mais nada a pesquisar. Suas causas são sociais, sobretudo econômicas, quer da parte dos exploradores, quer da parte das exploradas. MARCEL MAUSS tinha razão ao afirmar que a prostituição tratava-se de "um fenômeno social total". Não há dúvida que com as reformas sociais a mulher poderá tornar-se incorruptível, improstituível. Cabe, portanto, ao Estado precípuamente prevenir a prostituição em relação às menores. No Ocidente o problema não foi solucionado, mas nos países comunistas foi tornado possível, graças à obrigatoriedade de trabalho para todos. É imprescindível que entendamos que as prostitutas são pessoas iguais a nós, que também possuem sentimentos e ideais e que muitas vezes chegam a êsse estado de coisas por inexperiência, falta de apoio moral ou por excessiva pobreza. Realmente tem razão o mestre ao dizer: "os que se servem das prostitutas estão pregando uma pessoa viva, numa das cruces mais cruéis já inventadas pelo egoísmo humano".

Sociologia Criminal sendo ao mesmo tempo livro, revista e quadro sistemático de idéias e fatos é de grande utilidade para todos aqueles que se interessam pelos problemas sócio-criminais.



REVISTAS EM REVISTA

Journal du Droit International — A. 96, n.º 1, Janvier-Mars, 1969.

Loussouarn — La convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière.

P. Fouchard e Mourgeon — Le "Fonds d'entraide et de garantie des emprunts" du Conseil de l'entente.

N. A. Maryan Green — Droits sociaux et normes régionales. Variétés. Jurisprudence. Documents.

Revue Internationale de Droit Comparé, n.º 3, A, 19 juillet-septembre 1967.

J. Mégret — La spécificité du droit communautaire.

O. Ionescu — Le problème de la partie introductive du code civil.

Études. Variétés. Documents. Actualités et informations. Bulletin de la Société de Législation Comparée. Bibliographie.

Revista de Direito e de Estudos Sociais — A. XV, julho-dezembro 1968, n.º 3-4 (Coimbra).

F. Pessoa Jorge — Arrendamento do bem dotal.

M. de Oliveira Matos — Equidade, conceitos afins e algumas considerações sobre o Direito de Preferência.

F. Manuel Oliveira Sá — No momento atual, e sob o ponto de vista médico-legal prático, justifica-se a separação entre psicopatas inimputáveis e "não inimputáveis".

Jurisprudência crítica.

Revista Forense — Vol. 223, julho-setembro 1968, fasc. 781-783.

Amílcar de Castro — Direito e a ordem jurídica.

E. Paulo Vale — Novo Código Brasileiro do Ar.

Cláudio Viana de Lima — Processo pré-constituído.

W. Martins Batista — O problema do arquivamento na lei n.º 4.611 de 2 de abril de 1965.

Pareceres. Jurisprudência. Crônica. Notas e Comentários. Bibliografia. Legislação.

Revista dos Tribunais — A. 57, Vol. 398, dezembro de 1968.

M. Reale — Preliminares ao estudo da estrutura do delito.

A. Wald — A base de cálculo do IPI e a inconstitucionalidade do Ato Complementar n.º 27.

R. Limongi França — Do matrimônio como fato jurídico.

Consultas e pareceres. Jurisprudência. Notas e Comentários. Noticiário. Bibliografia. Legislação.



LEGISLAÇÃO

ATO INSTITUCIONAL N.º 9, DE 25 DE ABRIL DE 1969

O Presidente da República,

Considerando a motivação contida nos preâmbulos dos Atos Institucionais números 5 e 6, respectivamente de 13 de dezembro de 1968 e 1.º de fevereiro de 1969;

Considerando, ainda, que a Reforma Agrária, para a sua execução, reclama instrumentos hábeis que implicam alterações de ordem constitucional, resolve editar o seguinte Ato Institucional:

Art. 1.º O § 1.º do artigo 157 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 157

.....
§ 1.º Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas”.

Art. 2.º É substituído o § 5.º do artigo 157 da Constituição Federal pelo seguinte:

“§ 5.º O Presidente da República poderá delegar as atribuições para a desapropriação de imóveis rurais, por inte-

rêsse social, sendo-lhe privativa a declaração de zonas prioritárias.”

Art. 3.º Revoga-se o § 11 do artigo 157 da Constituição Federal.

Art. 4.º Este Ato Institucional entra em vigor nesta data, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 25 de abril 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

Antonio Delfim Netto

Mario David Andreazza

Ivo Arzua Pereira

Tarso Dutra

Jarbas G. Passarinho

Marcio de Souza e Mello

Leonel Miranda

Edmundo de Macedo Soares

Antônio Dias Leite Junior

Hélio Beltrão

José Costa Cavalcanti

Carlos F. de Simas

ATO INSTITUCIONAL N.º 10, DE 16 DE MAIO DE 1969

O Presidente da República,

Considerando que os Atos Institucionais n.º 1, de 9 de abril de 1964, n.º 2, de 27 de outubro de 1965, n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, e n.º 6, de 1.º de fevereiro de 1969, estabeleceram, por diferentes motivos, sanções políticas e administrativas e restrições de direitos às pessoas que fôsssem atingidas por aquelas medidas de natureza jurídico-institucional e

Considerando que se impõe, também, a determinação de normas uniformes a serem impostas a todos quantos, servidores públicos, ou não, hajam sido ou venham a ser atingidos pelas disposições dos Atos Institucionais editados, entre outros motivos, com a finalidade de preservar os ideais e princípios da Revolução de 31 de março de 1964 e assegurar a continuidade da obra revolucionária,

Resolve editar o seguinte Ato Institucional:

Art. 1.º A suspensão dos direitos políticos, ou a cassação dos mandatos efetivos federais, estaduais ou municipais, com fundamento nos Atos

Institucionais n.º 1, de 9 de abril de 1964, n.º 2 de 27 de outubro de 1965, n.º 5, de 13 de dezembro de 1968 e n.º 6, de 1.º de fevereiro de 1969, poderá, além do que dispõe a legislação em vigor, acarretar, ainda:

a) a perda de qualquer cargo ou função exercidos na administração direta ou indireta (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista), tanto da União, como dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios;

b) a aposentadoria compulsória, com proventos proporcionais ao tempo efetivo de serviço, das pessoas que exerçam cargo ou função nas entidades previstas na alínea anterior;

c) a cessação imediata do exercício de qualquer mandato eletivo federal, estadual ou municipal, caso não tenham sido eles expressamente cassados.

§ 1.º A suspensão dos direitos políticos ou a cassação dos mandatos eletivos federais, estaduais ou municipais, referidas neste artigo, poderá acarretar, por prazo não superior a 10 (dez) anos, a proibição do exercício de atividades, cargos ou funções em empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, fundações criadas ou subvencionadas pelos Podêres Públicos, tanto da União, como dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, bem como em instituições de ensino ou pesquisa e organizações de interesse da segurança nacional.

§ 2.º O Presidente da República poderá, a qualquer tempo, impor as sanções previstas neste artigo, inclusive às pessoas já atingidas pelos Atos Institucionais anteriores a 13 de dezembro de 1968.

Art. 2.º A representação ao Presidente da República para aplicação das sanções previstas no artigo primeiro deste Ato far-se-á nos termos do Ato Complementar n.º 39, de 20 de dezembro de 1968.

§ 1.º No caso do disposto nos §§ 1.º e 2.º do artigo 1.º deste Ato, a representação será encaminhada por intermédio da Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional.

§ 2.º Em se tratando de servidor público dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, os respectivos Chefes dos Podêres Executivos disporão do prazo de 30 (trinta) dias a contar da publicação do ato de suspensão de direitos políticos ou cassação de mandato eletivo, no "Diário Oficial" da União, para encaminhar a representação, por intermédio do Ministério da Justiça.

Art. 3.º A demissão, aposentadoria, transferência para reserva ou reforma, com fundamento nos Atos Institucionais acima citados, poderão determinar, também, a proibição do exercício de atividade, cargo ou função em qualquer das entidades referidas na alínea "a" e no § 1.º do artigo 1.º deste Ato Institucional.

Art. 4.º O presente Ato Institucional entra em vigor nesta data, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 18 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 Grünewald

Aurélio de Lyra Tavares

Mozart Gurgel Valente Junior

Antonio Delfim Netto

Mario David Andreazza

Ivo Arzua Pereira

Favorino Bastos Mércio

Jarbas G. Passarinho

Marcio de Souza e Mello

Leonel Miranda

Edmundo de Macedo Soares

Antônio Dias Leite Junior

Hélio Beltrão

José Costa Cavalcanti

Carlos F. de Simas

DECRETO-LEI N.º 474, DE 19 DE FEVEREIRO DE 1969

Modifica a redação de dispositivos do Decreto-lei n.º 960, de 17 de dezembro de 1938, e dá outras providências.

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o § 1.º do art. 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, decreta:

Art. 1.º Os arts. 22, 23, *caput*, 34 e 74 do Decreto-lei n.º 960, de 17 de dezembro de 1938, este último modificado pela Lei n.º 5.554, de 10 de dezembro de 1968, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 22. Quando o despacho a que se refere o art. 19 não puser termo ao processo, ou quando conclusos os autos por estarem findos os prazos nêle marcados, ou ainda se não houver que tomar qualquer das providências referidas nos arts. 19 e 20, o Juiz, no prazo dos 10 (dez) dias imediatos, proferirá sentença.

Parágrafo único. O Juiz deixará de proferir decisão imediata e designará, para um dos dez dias referidos neste artigo, hora para a audiência de instrução e julgamento da causa, se julgar necessária à produção de prova oral, requerida ou não pelas partes.

.....

Art. 33. A arrematação será precedida de edital, afixado no local de costume, na sede do juízo e publicado na forma do art. 72.

Art. 34. O prazo entre as datas de publicação do edital e da praça não poderá ser superior a trinta nem inferior a dez dias.

Art. 74. Nas causas para cobrança da dívida ativa de valor inferior a dez (10) vezes o maior salário-mínimo vigente no país, somente haverá recurso ordinário se a Fazenda fôr vencida, no todo ou em parte”.

Art. 2.º Ficam acrescidos ao art. 66 do Decreto-lei n.º 960, de 17 de dezembro de 1938, os seguintes parágrafos:

Art. 66.

§ 1.º Quando certificar nos autos que não conseguiu localizar o executado, o Oficial de Justiça relatará as diligências realizadas.

§ 2.º Quando certificar que intimou o executado, mas não encontrou bens penhoráveis, o Oficial de Justiça descreverá os bens que guarnecem a residência ou se encontrem no estabelecimento do executado”.

Art. 3.º Para efeito de aplicação das normas do Decreto-lei n.º 960, de 17 de dezembro de 1938, entendem-se, também, por dívida ativa os créditos da União Federal, Distrito Federal, Estados e Municípios, ou de suas agências financeiras, decorrentes de contratos ou operações de financiamento, ou de subrogação de garantia, hipoteca, fiança ou aval.

Art. 4.º As ações de qualquer natureza de competência da Justiça Federal, ainda pendentes e cujos autos estejam na Justiça dos Estados ou do Distrito Federal, deverão ser remetidas àquela Justiça, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da publicação dêste Decreto-lei, independentemente de pagamento de custas.

Parágrafo único. Antes da remessa, serão os autos respectivos encaminhados ao Contador da Justiça local para que proceda ao cálculo das custas relativas aos atos praticados até a instalação da Justiça Federal, cujo montante, se fôr o caso, será afinal colocado à disposição do juízo originário.

Art. 5.º O disposto neste Decreto-lei aplica-se aos processos pendentes.

Art. 6.º Êste Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogado o § 2.º do art. 2.º do Decreto-lei n.º 960, de 17 de dezembro de 1938 e demais disposições em contrário.

Brasília, 19 de fevereiro de 1969; 148.º da Independência e 81.º da República.

A. COSTA E SILVA

Luís Antônio da Gama e Silva

DECRETO-LEI N.º 484, DE 3 DE MARÇO DE 1969

Altera dispositivos do Decreto-lei n.º 401, e dá outras providências.

O Presidente da República, usando das atribuições que lhe confere o § 1.º do art. 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, decreta:

Art. 1.º Fica acrescido ao art. 6.º do Decreto-lei n.º 401, de 30 de dezembro de 1968, o seguinte parágrafo:

§ 3.º O contribuinte que eduque menor pobre, sem atender simultaneamente às outras despesas com a sua manutenção, obterá o efetivamente despendido, até o limite anual para dependente.

Art. 2.º Ficam acrescidos ao art. 10 do Decreto-lei n.º 401, de 30 de dezembro de 1968, os seguintes parágrafos:

§ 3.º O disposto neste artigo não se aplica aos fretes pagos ou creditados às empresas, de transporte ferroviário, aéreo, marítimo, fluvial e lacustre.

§ 4.º As pessoas jurídicas que pagarem ou creditarem os rendimentos de que trata este artigo fornecerão aos beneficiários dos pagamentos ou créditos, documento comprobatório da retenção do imposto na fonte.

Art. 3.º Ficam isentos do imposto a que se refere o art. 11, do Decreto-lei n.º 401, de 30 de dezembro de 1968, as remessas de juros devidas às exigências de governos estrangeiros, quando houver reciprocidade de tratamento.

Art. 4.º O § 2.º do art. 13 do Decreto-lei n.º 401, de 30 de dezembro de 1968, passa a vigorar com a seguinte redação:

“§ 2.º O saldo dos dividendos e bonificações não reclamados pelos acionistas dentro de 60 (sessenta) dias contados da data da publicação da ata da Assembléia Geral que autorizar a distribuição, respeitado o disposto no art. 103, do Decreto-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940, deverá ser depositado no Banco do Brasil, em conta vinculada.”

Art. 5.º Ficam acrescidos ao art. 13 do Decreto-lei n.º 401, de 30 de dezembro de 1968, os seguintes parágrafos:

“§ 3.º O depósito a que se refere o parágrafo anterior será efetuado dentro de 15 (quinze) dias contados da data de vencimento do prazo nele mencionado”.

“§ 4.º O não cumprimento do disposto no § 2.º dêste artigo, implicará no desconto do impôsto na fonte como rendimento de beneficiário não identificado”.

Art. 6.º O disposto no art. 13 do Decreto-lei n.º 401, de 30 de dezembro de 1968, com as modificações introduzidas pelo art. 1.º do Decreto-lei n.º 427, de 22 de janeiro de 1969 não se aplica à matéria contida nas letras B, C, D, e E, do art. 8.º da Lei n.º 4.154, de 28 de novembro de 1962.

Art. 7.º Ao art. 2.º do Decreto-lei n.º 427, de 22 de janeiro de 1969, acrescente-se o seguinte parágrafo:

“§ 5.º Fica o Ministro da Fazenda autorizado a expedir normas para disciplinar a emissão de notas promissórias e letras de câmbio, padronizando os formulários e controlando seu fornecimento.”

Art. 8.º Fica suspensa, até o dia 30 de junho de 1969, exigibilidade do impôsto a que se refere o art. 6.º da Lei n.º 4.862, de 29 de novembro de 1965, às sociedades anônimas que, até aquela data tenham aproveitado a faculdade outorgada no art. 12, do Decreto-lei n.º 401, de 30 de dezembro de 1968.

Art. 9.º A redução da penalidade prevista no § 2.º ao art. 21, do Decreto-lei n.º 401, de 30 de dezembro de 1968, aplica-se também aos processos com reclamação ou recurso ainda não julgados definitivamente na esfera administrativa, desde que os interessados, concordando com o procedimento fiscal, requeiram o pagamento até 30 (trinta) dias da data da publicação dêste Decreto-lei e efetuem o pagamento do débito até 30 de abril de 1969.

Art. 10. Este Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 3 de março de 1969; 148.º da Independência e 81.º da República.

A. COSTA E SILVA
Antônio Delfim Netto

DECRETO-LEI N.º 486, DE 3 DE MARÇO DE 1969

Dispõe sobre escrituração e livros mercantis e dá outras providências.

O Presidente da República, no uso das atribuições que lhe confere o § 1.º do art. 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, decreta:

Art. 1.º Todo comerciante é obrigado a seguir ordem uniforme de escrituração, mecanizada ou não, utilizando os livros e papéis adequados, cujo número e espécie ficam a seu critério.

Parágrafo único. Fica dispensado desta obrigação o pequeno comerciante, tal como definido em regulamento, à vista dos seguintes elementos, considerados isoladamente ou em conjunto.

- a) natureza artesanal da atividade;
- b) predominância do trabalho próprio e de familiares, ainda que organizada a atividade;
- c) capital efetivamente empregado;
- d) renda bruta anual;
- e) condições peculiares da atividade, reveladoras da exigüidade do comércio exercido.

Art. 2.º A escrituração será completa, em idioma e moeda corrente nacionais, em forma mercantil, com individuação e clareza, por ordem cronológica de dia, mês e ano, sem intervalos em branco, nem entrelinhas, borraduras, rasuras, emendas e transportes para as margens.

§ 1.º É permitido o uso do código de números ou de abreviaturas, desde que estes constem de livro próprio, revestido das formalidades estabelecidas neste Decreto-lei.

§ 2.º Os erros cometidos serão corrigidos por meio de lançamentos de estôrno.

Art. 3.º A escrituração ficará sob a responsabilidade de profissional qualificado, nos termos da legislação específica, exceto nas localidades em que não haja elemento nessas condições.

Art. 4.º O comerciante é ainda obrigado a conservar em ordem, enquanto não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, a escrituração, correspondência e demais papéis relativos à atividade, ou que se refiram a atos ou operações que modifiquem ou possam vir a modificar sua situação patrimonial.

Art. 5.º Sem prejuízo de exigências especiais da lei, é obrigatório o uso de livro Diário, encadernado com folhas numeradas seguidamente, em que serão lançados, dia a dia, diretamente ou por reprodução, os atos ou operações da atividade mercantil, ou que modifiquem ou possam vir a modificar a situação patrimonial do comerciante.

§ 1.º O comerciante que empregar escrituração mecanizada, poderá substituir o Diário e os livros facultativos ou auxiliares por fichas seguidamente numeradas, mecânica ou tipograficamente.

§ 2.º Os Livros ou fichas do Diário deverão conter termos de abertura e de encerramento, e ser submetidos à autenticação do órgão competente do Registro do Comércio.

§ 3.º Admite-se a escrituração resumida do Diário, por totais que não excedam o período de um mês, relativamente a contas cujas operações sejam numerosas ou realizadas fora da sede do estabelecimento, desde que utilizados livros auxiliares para registro individuado e conservados os documentos que permitam sua perfeita verificação.

Art. 6.º Os órgãos do Registro do Comércio, fora de suas sedes, atendidas as conveniências do serviço, poderão delegar competência a outra autoridade pública para o preenchimento das formalidades de autenticação previstas neste Decreto-lei.

Art. 7.º Observadas as exigências relativas ao Diário, o comerciante poderá submeter à autenticação de que trata o art. 5.º, § 2.º, qualquer livro de escrituração que julgue conveniente adotar, segundo a natureza e o volume de seus negócios.

Art. 8.º Os livros e fichas de escrituração mercantil somente provam a favor do comerciante quando mantidos com observância das formalidades legais.

Art. 9.º Nas hipóteses de sucessão, em que o ativo e o passivo do sucedido sejam assumidos pelo sucessor, poderá este ser autorizado a continuar a escriturar os livros e fichas do estabelecimento, observadas as devidas formalidades.

Art. 10.º Ocorrendo extravio, deterioração ou destruição de livros, fichas, documentos ou papéis de interesse da escrituração o comerciante fará publicar em jornal de grande circulação do local de seu estabelecimento aviso concernente ao fato e dêste dará minuciosa informação, dentro de quarenta e oito horas ao órgão competente do Registro do Comércio.

Parágrafo único. A legalização de novos livros ou fichas só será providenciada depois de observado o disposto neste artigo.

Art. 11. Fica abolido o uso obrigatório do copiador de cartas.

Art. 12. As disposições dêste Decreto-lei não prejudicarão exigências específicas de escrituração e livros, a que estejam submetidas quaisquer instituições ou estabelecimentos.

Art. 13. Os órgãos do Registro do Comércio manterão livro de assinaturas e rubricas de autenticadores e organizarão o registro de livros e fichas autenticadas.

Art. 14. Compete ao Departamento Nacional de Registro do Comércio baixar as normas necessárias à perfeita aplicação dêste Decreto-lei e de seu regulamento, podendo, quando fôr o caso, resguardadas a segurança e inviolabilidade da escrituração, estender a autenticação prevista no art. 5.º, § 2.º, a impressos de escrituração mercantil que o aperfeiçoamento tecnológico venha a recomendar.

Art. 15. Os livros autenticados por qualquer processo anterior permanecerão em uso até que se esgotem.

Art. 16. Este Decreto-lei entrará em vigor, revogadas as disposições em contrário, na data da publicação do respectivo Regulamento, que será expedido dentro do prazo de 60 dias.

Brasília, 3 de março de 1969; 148.º da Independência e 81.º da República.

A. COSTA E SILVA
José Fernandes de Luna
Hélio Beltrão

DECRETO-LEI N.º 489, DE 4 DE MARÇO DE 1969

Regula a disponibilidade dos funcionários públicos civis.

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o § 1.º do art. 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, e tendo em vista o § 2.º do art. 99 da Constituição de 24 de janeiro de 1967, com a redação que lhe foi dada pelo Ato Complementar n.º 40, de 30 de dezembro de 1968, ratificada pelo art. 3.º do Ato Institucional n.º 6, de 1 de fevereiro de 1969, decreta:

Art. 1.º Extinto o cargo ou declarada pelo Poder Executivo a sua desnecessidade, o funcionário estável será pôsto em disponibilidade remunerada, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1.º A extinção do cargo far-se-á, na Administração Direta, mediante lei e, na Administração Indireta, por ato do Poder Executivo.

§ 2.º A declaração da desnecessidade do cargo far-se-á por ato do Poder Executivo, podendo para êsse fim ser delegada competência aos Ministros de Estado e aos dirigentes de órgãos ou entidades da Administração Direta ou Indireta.

Art. 2.º Na contagem de tempo de serviço, para fins de disponibilidade, serão observados os preceitos aplicáveis à aposentadoria.

Art. 3.º O valor dos proventos a que tem direito o servidor pôsto em disponibilidade será proporcional ao tempo de serviço, na razão de um trinta e cinco avos por ano de serviço, se do sexo masculino, ou de um trinta avos, se do sexo feminino, acrescido dos adicionais por tempo de serviço, à data da disponibilidade, e do salário-família.

Art. 4.º Ao funcionário pôsto em disponibilidade, na forma dêste Decreto-lei, é vedado, sob pena de demissão, exercer qualquer cargo, função ou emprêgo, ou prestar serviços retribuídos mediante recibo, em órgão ou entidade da Administração Federal Direta ou Indireta ou da Administração Direta ou Indireta dos Estados ou dos Municípios, ressalvada a hipótese de acumulação lícita, existente à data da vigência dêste Decreto-lei.

Art. 5.º O Poder Executivo expedirá as normas complementares necessárias à execução dêste Decreto-lei, que entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 4 de março de 1969; 148.º da Independência e 81.º da República.

A. COSTA E SILVA

Luís Antônio da Gama e Silva

Augusto Hamann Rademaker Grinewald

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

DECRETO-LEI N.º 496, DE 11 DE MARÇO DE 1969

Dispõe sobre as aeronaves de empresas de transporte aéreo em liquidação, falência ou concordata e dá outras providências.

O Presidente da República, usando das atribuições que lhe confere o § 1.º do art. 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, decreta:

Art. 1.º Além dos previstos em lei, constituem créditos privilegiados da União nos processos de liquidação, falência ou concordata de empresas de transporte aéreo:

I — a quantia despendida pela União para financiamento ou pagamento de aeronaves, peças e equipamentos importados pelas empresas de transporte aéreo;

II — A quantia vincenda, que haja a União se obrigado a dispende, ainda que parceladamente para pagamento de aeronaves, peças e equipamentos importados pelas empresas de transporte aéreo.

Art. 2.º Na liquidação, falência ou concordata de empresas de transporte aéreo, passam, imediata e automaticamente, ao domínio e posse da União, por conta e até o limite do seu crédito, as aeronaves, peças e equipamentos adquiridos antes da instauração desses processos:

I — com a contribuição financeira da União, aval, fiança ou qualquer outra garantia desta ou de seus Agentes financeiros;

II — pagos no todo ou em parte, de uma só vez ou parceladamente, pela União ou por cujo pagamento venha a União a se responsabilizar após o início dos processos.

§ 1.º O Registro Aeronáutico Brasileiro efetuará *ex officio* a transferência para a União dos bens especificados neste artigo.

§ 2.º A quantia correspondente aos valores dos bens referidos neste artigo será deduzida do montante dos créditos da União.

§ 3.º Cabe ao devedor tomar todas as medidas judiciais regulares para acelerar o julgamento do crédito da União, a fim de ser feito o abatimento previsto no parágrafo anterior.

Art. 3.º O Ministério da Aeronáutica poderá destinar às aeronaves, peças e equipamentos referidos no artigo anterior ao serviço da aeronáutica civil e comercial, mediante arrendamento.

Art. 4.º As empresas de transporte aéreo ficam impedidas de operar aeronaves ou explorar serviços aéreos de qualquer natureza, durante ou depois do encerramento dos processos de sua liquidação, falência ou concordata.

Art. 5.º O presente Decreto-lei entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se aos processos em curso, ressalvados os créditos já recebidos.

Art. 6.º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 11 de março de 1969; 148.º da Independência e 81.º da República.

A. COSTA E SILVA

Luís Antônio da Gama e Silva

Antônio Delfim Netto

Mário de Souza e Mello

DECRETO-LEI N.º 504, DE 18 DE MARÇO DE 1969

Modifica a redação do artigo 624 do Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

O Presidente da República, usando das atribuições que lhe confere o § 1.º do art. 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, decreta:

Art. 1.º O art. 624 do Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 624. As revisões criminais serão processadas e julgadas:

I — pelo Supremo Tribunal Federal, quanto às condenações por êle proferidas;

II — pelo Tribunal Federal de Recursos, Tribunais de Justiça ou de Alçada, nos demais casos.

§ 1.º No Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Federal de Recursos o processo e julgamento obedecerão ao que fôr estabelecido no respectivo Regimento Interno.

§ 2.º Nos Tribunais de Justiça ou de Alçada, o julgamento será efetuado pelas Câmaras ou Turmas Criminais, reunidas em sessão conjunta, quando houver mais de uma, e, no caso contrário, pelo Tribunal pleno.

§ 3.º Nos Tribunais onde houver quatro ou mais Câmaras ou Turmas Criminais, poderão ser constituídos dois ou mais Grupos de Câmaras ou Turmas para o julgamento de revisão,

obedecido o que fôr estabelecido no respectivo Regimento Interno.”

Art. 2.º Este Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 18 de março de 1969; 148.º da Independência e 81.º da República.

A. COSTA E SILVA

Luís Antônio da Gama e Silva

DECRETO-LEI N.º 505, DE 18 DE MARÇO DE 1969

Dispões sobre a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, como Solicitador Acadêmico.

O Presidente da República, no uso das atribuições que lhe confere o § 1.º do art. 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, decreta:

Art. 1.º Fica permitida aos alunos matriculados, ou que venham a matricular-se, no ano letivo de 1969, na 4.ª série do curso de Direito das Faculdades Oficiais ou fiscalizadas pelo Governo Federal, a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, na condição de Solicitador Acadêmico.

Art. 2.º Os alunos que usarem do benefício contido no artigo anterior, ficarão dispensados do Estágio Profissional e de Exame da Ordem para ulterior admissão nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Art. 3.º Este Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 18 de março de 1969; 148.º da Independência e 81.º da República.

A. COSTA E SILVA

Luís Antônio da Gama e Silva

DECRETO-LEI N.º 510, DE 20 DE MARÇO DE 1969

Altera dispositivos do Decreto-lei n.º 314, de 13 de março de 1967, e dá outras providências.

O Presidente da República, usando das atribuições que lhe confere o § 1.º do art. 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, decreta:

Art. 1.º Os arts. 12, 14, 20, 25, 28, 30, 31, 33, 36, 37, 38, 39, 40, 41 e 42 e o Capítulo III do Decreto-lei n.º 314, de 13 de março de 1967, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 12. Formar, filiar-se ou manter associação de qualquer título, comitê, entidade de classe ou agrupamento que, sob a orientação ou com o auxílio de governo estrangeiro ou organização internacional, exerça atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional:

Pena: Reclusão, de 2 a 5 anos, para os organizadores ou mantenedores, e, de 6 meses a 2 anos, para os demais.

.....
Art. 14. Divulgar, por qualquer meio de comunicação social, notícia falsa, tendenciosa ou fato verdadeiro truncado ou deturpado, de modo a indispor ou tentar indispor o povo com as autoridades constituídas.

Pena: Detenção, de 3 meses a 1 ano.

§ 1.º Se a divulgação provocar perturbação da ordem pública ou expuser a perigo o bom nome, a autoridade, o crédito ou o prestígio do Brasil.

Pena: Detenção, de 6 meses a 2 anos.

§ 2.º Se a responsabilidade pela divulgação couber a diretor ou responsável pelo jornal, periódico, estação de rádio ou de televisão, será também imposta a multa, de 50 a 100 vezes o valor do salário-mínimo vigente na localidade, elevada ao dôbro, na hipótese do parágrafo anterior.

§ 3.º As penas serão aplicadas em dôbro, em caso de reincidência.

.....
Art. 20. Exercer violência de qualquer natureza, contra Chefe de Governo estrangeiro, quando em visita ao Brasil ou de passagem pelo seu território.

Pena: Reclusão, de 1 a 2 anos, além da correspondente à violência.

.....
Art. 25. Praticar devastação, saque, assalto, roubo, seqüestro, incêndio ou depredação; ato de sabotagem ou terrorismo, inclusive contra estabelecimento de crédito ou financiamento; massacre, atentado pessoal; impedir ou dificultar o funcionamento de serviços essenciais, administrados pelo Estado, ou mediante concessão ou autorização.

Pena: Reclusão, de 2 a 6 anos.

.....
Art. 28. Matar, por motivos de facciosismo ou inconformismo político-social, quem exerça autoridade pública, ou estrangeiro que se encontre no Brasil, a convite do Governo brasileiro, a serviço de seu País ou em missão de estudo.

Pena: Reclusão, de 12 a 30 anos.

.....

Art. 30. Atentar contra a liberdade pessoal do Presidente ou do Vice-Presidente da República, dos Presidentes do Senado, da Câmara dos Deputados, do Supremo Tribunal Federal, de Ministros de Estado, de Governadores de Estado ou Territórios e do Prefeito do Distrito Federal.

Pena: Reclusão, de 4 a 12 anos.

Art. 31. Ofender a honra ou a dignidade do Presidente ou do Vice-Presidente da República, dos Presidentes do Senado, da Câmara dos Deputados, do Supremo Tribunal Federal, de Ministros de Estado, de Governadores de Estado ou Territórios e do Prefeito do Distrito Federal.

Pena: Reclusão, de 1 a 3 anos.

.....
Art. 33. Incitar:

I — à guerra ou à subversão da ordem político-social;

II — à desobediência coletiva às leis;

III — à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou a instituições civis;

IV — à luta pela violência entre as classes sociais;

V — à paralisação de serviços públicos ou atividades essenciais;

VI — ao ódio ou à discriminação racial.

Pena: Detenção, de 1 a 3 anos.

Parágrafo único. Se o crime fôr praticado por meio de imprensa, panfletos ou escritos de qualquer natureza, radiodifusão ou televisão, a pena será aumentada de metade.

.....
Art. 36. Constituir, filiar-se ou manter organização de tipo militar, de qualquer forma ou natureza, armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa.

Pena: Reclusão, de 1 a 3 anos para os cabeças, reduzida de metade para os demais.

Art. 37. Reorganizar ou tentar reorganizar de fato ou de direito, ainda que sob falso nome ou forma simulada, partido político ou associação, dissolvidos por força de disposição legal ou que exerça atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional, ou fazê-lo funcionar, nas mesmas condições, quando legalmente suspenso.

Pena: Reclusão, de 2 a 5 anos.

Art. 38. Destruir ou ultrajar a bandeira, emblemas ou símbolos nacionais, quando expostos em lugar público.

Pena: Detenção, de 1 a 3 anos.

Art. 39. Constituem propaganda subversiva:

I — a utilização de quaisquer meios de comunicação social, tais como jornais, revistas, periódicos, livros, boletins, panfletos, rádio, televisão, cinema, teatro e congêneres, como veícu-

los de propaganda da guerra psicológica adversa ou de guerra revolucionária;

II — o aliciamento de pessoas nos locais de trabalho ou ensino;

III — o comício, reunião pública, desfile ou passeata;

IV — a greve proibida;

V — a injúria, a calúnia ou difamação quando o ofendido fôr órgão ou entidade que exerça autoridade pública, ou funcionário, em razão de suas atribuições;

VI — a manifestação de solidariedade a qualquer dos atos previstos nos itens anteriores.

Pena: Detenção, de 6 meses a 2 anos.

Parágrafo único. Se qualquer dos atos especificados neste artigo importar ameaça ou atentado à segurança nacional.

Pena: Detenção, de 1 a 4 anos.

Art. 40. Importar, fabricar, ter em depósito ou sob sua guarda, comprar, vender, doar, ou ceder, transportar ou trazer consigo armas de fogo ou engenhos privativos das Fôrças Armadas ou quaisquer instrumentos de destruição ou terror.

Pena: Reclusão, de 1 a 3 anos.

Art. 41. Incitar à prática de qualquer dos crimes previstos neste Decreto-lei, ou fazer-lhes a apologia ou a dos seus autores.

Pena: Detenção, de 1 a 2 anos.

Parágrafo único. A pena será aumentada de metade, se o incitamento, publicidade ou apologia é feito por meio de imprensa, radiodifusão ou televisão.

Art. 42. É punível a tentativa, inclusive os atos preparatórios, com um a dois terços da pena prevista para o crime consumado.

.....

CAPÍTULO III

Do Processo e Julgamento

Art. 44. Ficam sujeitos ao fôro militar tanto os militares como os civis, na forma do art. 122, §§ 1.º e 2.º, da Constituição, com a redação dada pelo Ato Institucional n.º 6, de 1.º de fevereiro de 1969, quanto ao processo e julgamento dos crimes definidos neste decreto-lei, assim como os perpetrados contra as Instituições Militares.

Parágrafo único. Instituições Militares são as Fôrças Armadas constituídas pela Marinha de Guerra, Exército e Aeronáutica Militar, estruturadas em Ministérios, bem assim os altos órgãos militares de administração, planejamento e comando.

Art. 45. O fôro especial, estabelecido neste decreto-lei, prevalecerá sobre qualquer outro, ainda que os crimes tenham sido cometidos por meio da imprensa, radiodifusão ou televisão.

Art. 46. Aplica-se, quanto ao processo e julgamento, o Código da Justiça Militar, no que não colidir com as disposições da Constituição e dêste Decreto-lei.

Art. 47. Durante as investigações policiais, o indiciado poderá ser prêso, pelo Encarregado do Inquérito, até trinta (30) dias, comunicando-se a prisão à autoridade judiciária competente. Esse prazo poderá ser prorrogado uma vez, mediante solicitação fundamentada do Encarregado do Inquérito à autoridade que o nomeou.

§ 1.º O Encarregado do Inquérito poderá manter incomunicável o indiciado até dez (10) dias, desde que a medida se torne necessária às averiguações policiais militares.

§ 2.º Se entender necessário, o Encarregado solicitará, dentro do mesmo prazo ou de sua prorrogação, a prisão preventiva do indiciado, observadas as disposições do art. 149 do Código da Justiça Militar.

Art. 48. Em qualquer fase do processo, aplicam-se as disposições relativas à prisão preventiva prevista no Código da Justiça Militar.

Art. 49. Poderão ser instaurados, individual ou coletivamente, os processos contra os infratores de qualquer dos dispositivos dêste Decreto-lei.

Art. 50. Recebida a denúncia, o auditor mandará citar o denunciado para se ver processar e julgar.

Parágrafo único. A citação será por edital e com prazo de oito (8) dias, para os denunciados que não forem encontrados, e de vinte (20) dias, para os que se tenham ausentado voluntariamente do país, estejam ou não em lugar sabido.

Art. 51. O acusado, que não comparecer nos atos processuais para os quais foi devidamente citado ou notificado, será considerado revel.

Art. 52. A ausência de qualquer dos acusados não impedirá a realização dos atos do processo e do julgamento, nem obrigará seu adiamento.

Parágrafo único. Se a ausência fôr do advogado constituído, o acusado será assistido por defensor designado, na hora, pelo Presidente do Conselho.

Art. 53. A denúncia deverá arrolar até três (3) testemunhas, e, no caso de mais de um denunciado, poderá ser ouvida mais uma acerca da responsabilidade daquele a respeito do qual não houverem deposto as testemunhas inquiridas.

Art. 54. A defesa, no curso do sumário, poderá indicar duas testemunhas para cada acusado, as quais deverão ser apre-

sentadas, independentemente de intimação, no dia e hora fixados para a inquirição.

Parágrafo único. As testemunhas de defesa que deixarem de comparecer à audiência marcada, sem motivo de força maior comprovado pelo Conselho, não mais serão ouvidas, entendendo-se como desistência o seu não comparecimento.

Art. 55. Preterem a todos os serviços forenses locais as precatórias expedidas pelo auditor e deverão ser cumpridas no prazo máximo de quinze (15) dias, da data do seu recebimento, e devolvidas pelo meio mais rápido e seguro.

Art. 56. O exame de sanidade mental requerido pela defesa, de algum ou alguns dos acusados, não obstará sejam julgados os demais, se o laudo correspondente não houver sido remetido ao Conselho, até a data marcada para o julgamento. Neste caso, aquêles acusados serão julgados oportunamente.

Art. 57. Quando o estado de saúde do acusado não permitir sua permanência na sessão de julgamento, esta prosseguirá com a presença do seu defensor.

Parágrafo único. Se o defensor se recusar a permanecer na sessão, a defesa passará a ser feita por advogado, designado pelo Presidente do Conselho.

Art. 58. A acusação e a defesa terão respectivamente uma hora para a sustentação oral, por ocasião do julgamento, podendo o procurador e o defensor replicar e treplicar, por tempo não excedente a trinta (30) minutos.

Parágrafo único. Se forem dois ou mais réus e diversos os defensores, cada um dêles terá, por sua vez e pela metade, os prazos acima estabelecidos.

Art. 59. Quando a sessão de julgamento não puder ser concluída, por motivos justificados e dentro do próprio trimestre, o Conselho Permanente de Justiça terá sua jurisdição prorogada no respectivo processo.

Art. 60. O Conselho de Justiça poderá:

a) dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia, ainda que em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, desde que aquela definição haja sido formulada pelo Ministério Público, em alegações escritas e a defesa tenha tido oportunidade de examiná-la;

b) proferir sentença condenatória por fato articulado na denúncia, não obstante haver o Ministério Público opinado pela absolvição, bem como reconhecer circunstância agravante não argüida, mas referida, na narração do fato criminoso, na denúncia.

Art. 61. Ao Ministério Público cabe recorrer, obrigatoriamente, para o Superior Tribunal Militar:

a) do despacho do auditor que rejeitar, no todo ou em parte, a denúncia;

b) da sentença absolutória.

Art. 62. O condenado à pena de reclusão por mais de dois (2) anos fica sujeito, acessoriamente, à suspensão de direitos políticos, por dois (2) a dez (10) anos.

Art. 63. Não é admissível a suspensão condicional da pena dos crimes previstos neste Decreto-lei.

Art. 64. A pena privativa da liberdade será cumprida em estabelecimento militar ou civil, a critério do Juiz, mas sem rigor penitenciário.

Art. 65. O livramento condicional dar-se-á nos termos da legislação penal militar.

Art. 66. São inafiançáveis os crimes previstos neste Decreto-lei.

Art. 67. O Ministro da Justiça, sem prejuízo do disposto em leis especiais, poderá determinar investigações sobre a organização e o funcionamento das empresas jornalísticas, de radiodifusão ou de televisão, especialmente quanto à sua contabilidade, receita e despesa, assim como a existência de quaisquer fatores ou influências contrárias à Segurança Nacional, tal como definidos nos arts. 2.º e 3.º e seus parágrafos deste Decreto-lei.”

Art. 2.º Ficam revogados os §§ 1.º a 4.º do art. 63 da Lei número 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

Art. 3.º Este Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 20 de março de 1969; 148.º da Independência e 81.º da República.

A. COSTA E SILVA

Luís Antônio da Gama e Silva

DECRETO-LEI N.º 515, DE 7 DE ABRIL DE 1969

Define a empresa individual nas atividades imobiliárias.

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o § 1.º do artigo 2.º do Ato Institucional n.º 5, decreta:

Art. 1.º Serão equiparadas às pessoas jurídicas, para os efeitos de cobrança do imposto de renda, as pessoas naturais que, como empresas individuais, praticarem operações imobiliárias com o fim de lucro.

Art. 2.º Serão consideradas empresas individuais, para os fins do artigo 1.º, as pessoas naturais que explorarem em nome individual, habitual e profissionalmente:

- 1 — a compra e venda de imóveis;
- 2 — a incorporação de prédios em condomínio ou;
- 3 — o loteamento de terrenos para venda de lotes com ou sem construções.

Parágrafo único. A pessoa natural que, após sua equiparação à pessoa jurídica, não efetuar nenhuma operação imobiliária durante o prazo de três anos consecutivos, deixará de ser considerada empresa individual, a partir do ano seguinte, salvo quanto às operações então em andamento.

Art. 3.º Para efeitos de equiparação da pessoa natural à pessoa jurídica, nos termos do art. 2.º, inciso 1, será considerada habitualidade na compra e venda de imóveis a aquisição e subsequente transferência, a título oneroso, num mesmo ano civil, de mais de três imóveis, ou a aquisição e subsequente transferência a título oneroso, durante o prazo de três anos civis consecutivos, de mais de seis imóveis.

§ 1.º Para os efeitos deste artigo, equiparam-se à compra e venda a promessa de compra e venda, a procuração em causa própria, a adjudicação em hasta pública, a permuta, a cessão e a promessa de cessão de direitos à aquisição de imóveis.

§ 2.º No caso de haver, antes da alienação, mais de um titular sobre o imóvel, quer em condomínio, quer com frações ideais especificadas para os diversos titulares, computar-se-á uma operação para cada titular pessoa natural, com a data da primeira alienação que cada um efetive.

§ 3.º Para os efeitos do disposto neste artigo não serão computadas as incorporações de imóveis ao capital de sociedade e as transações de qualquer natureza, que tenham por objeto:

- a) os imóveis havidos por herança, legado, doação ou dação em pagamento;
- b) os imóveis reavidos por rescisão de contratos de alienação;
- c) as unidades recebidas em pagamento de terreno, a que se refere o art. 39 da Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

§ 4.º Para os efeitos do disposto neste artigo, serão computados como uma única operação:

- a) a venda conjunta de dois ou mais terrenos confrontantes adquiridos de uma só vez ou separadamente pelo vendedor;
- b) a venda parcial ou total de um mesmo imóvel a vários adquirentes em conjunto, ressalvado o art. 4.º letra b;
- c) a venda de terreno resultante de desmembramento de terrenos adjacentes adquiridos de uma só vez ou separadamente pelo vendedor;
- d) as vendas de dois ou mais terrenos confrontantes derivados do desmembramento de um mesmo terreno com a data da primeira venda efetuada.

Art. 4.º Nas incorporações de prédios em condomínio (art. 2.º, inciso 2), serão equiparadas a pessoas jurídicas, no caso de se vincularem a mais de uma incorporação durante o prazo de dois anos civis consecutivos:

a) o proprietário, o promitente comprador, o cessionário dêste, ou o promitente cessionário de terrenos objetos de incorporações registradas nos termos do art. 32 da Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964;

b) o proprietário, o promitente comprador, o cessionário dêste ou o promitente cessionário de terrenos em que, sem efetuar o registro da incorporação, promova a construção de prédios em condomínio, para venda após a sua conclusão;

c) o construtor ou o corretor de imóveis que, nos termos do art. 31, alínea b da Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, assumir a iniciativa e a responsabilidade de incorporações.

§ 1.º No caso de haver antes da incorporação, mais de um titular sôbre o terreno, quer em condomínio, quer com porções distintas para os diversos titulares, computar-se-á uma operação para cada titular pessoa natural.

§ 2.º Para os efeitos do disposto neste artigo, serão observadas as seguintes normas:

1 — a data para o cômputo das incorporações será a do respectivo registro no Cartório do Registro de Imóveis; no caso da letra b, a da primeira alienação da unidade de cada prédio;

2 — não serão computados:

a) os registros de incorporações que, nos termos do artigo 34, da Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, forem denunciadas dentro do prazo de carência declarado pelo incorporador;

b) no caso da letra b, os prédios cujos projetos tenham sido aprovados até a data da publicação dêste Decreto-lei.

3 — será considerada unitariamente cada edificação ou cada conjunto de edificações objeto de um mesmo registro de incorporação, ainda que abrangendo dois ou mais terrenos confrontantes adquiridos de uma só vez ou separadamente pelo seu titular;

4 — será considerado unitariamente o conjunto de registros de incorporações de várias edificações em terrenos confrontantes, quando derivados do desdobramento de um mesmo terreno ou de terreno resultante do desmembramento de terrenos adjacentes, adquiridos de uma só vez ou separadamente pelo seu titular;

5 — será considerado unitariamente o conjunto de várias edificações num mesmo terreno a que se refere o artigo 8.º da Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, inclusive com o desdobramento previsto no artigo 6.º da Lei n.º 4.864, de 29 de novembro de 1965.

Art. 5.º Nos loteamentos de terrenos para venda de lotes com ou sem construções (artigo 2.º, inciso 3), serão equiparados a pessoas jurídicas, no caso de se vincularem mais de um loteamento durante o prazo de três anos civis consecutivos:

a) o proprietário, o promitente comprador, o cessionário dêste ou o promitente cessionário de terrenos objetos de loteamentos registrados nos termos do Decreto-lei n.º 58, de 10 de dezembro de 1937, ou do Decreto-

lei n.º 271, de 28 de fevereiro de 1967, haja ou não, paralelamente, o registro de incorporação de residências isoladas conforme dispõe o artigo 68 da Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964;

b) o construtor ou o corretor de imóveis que, nos termos do artigo 3.º do Decreto-lei n.º 271, de 28 de fevereiro de 1967, combinado com o artigo 31, alínea *b* da Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, assumir a iniciativa e a responsabilidade de loteamentos ou de incorporações de residências isoladas.

§ 1.º No caso de haver mais de um titular sobre o imóvel objeto do loteamento, quer em condomínio quer com porções distintas para os diversos titulares, computar-se-á uma operação para cada titular pessoa natural.

§ 2.º Para os efeitos do disposto neste artigo, serão observadas as seguintes normas:

1 — a data para o cômputo dos loteamentos será a do respectivo registro no Cartório do Registro de Imóveis ou, em sua falta, a do primeiro documento relativo à venda de lotes;

2 — não serão computados os registros de loteamentos que forem denunciados dentro do prazo de carência declarado pelo loteador;

3 — será considerado unitariamente o loteamento da área objeto de um mesmo registro, nos termos do Decreto-lei n.º 58, de 10 de dezembro de 1937, ou do Decreto-lei n.º 271, de 28 de fevereiro de 1967, ainda que abrangendo dois ou mais terrenos confrontantes adquiridos de uma só vez ou separadamente pelo seu titular;

4 — será considerado unitariamente o conjunto de registros de loteamentos em terrenos confrontantes, quando derivados do desdobramento de um mesmo terreno ou de terreno resultante do desmembramento de terrenos adjacentes, adquiridos de uma só vez ou separadamente pelo seu titular.

Art. 6.º A equiparação de pessoa natural à pessoa jurídica será determinada de acôrdo com as normas legais e regulamentares em vigor na época do instrumento inicial de cada transação, e a posterior alteração dessas normas, se mais rigorosa, não atingirá as transações já iniciadas.

§ 1.º Em relação às operações praticadas antes da data da publicação deste Decreto-lei, a equiparação da pessoa natural à pessoa jurídica será determinada pelas disposições em vigor antes daquela data, aplicando-se quando fôr o caso o disposto no § 2.º do art. 3.º, § 1.º do art. 4.º, § 1.º do art. 5.º e § 3.º deste artigo.

§ 2.º As operações a que se refere o § 1.º deste artigo só serão computadas para os efeitos de equiparação da pessoa natural à pessoa jurídica, nos termos deste Decreto-lei, em conjunto com nova operação, em cada categoria, que a pessoa natural venha a praticar após a data da publicação deste Decreto-lei.

§ 3.º As operações imobiliárias que comportarem enquadramento em mais de uma das categorias de atividades referidas nos incisos 1, 2 e 3 do artigo 2.º, serão computadas, para os efeitos do disposto nos artigos

3.º, 4.º e 5.º, exclusivamente, numa só categoria correspondente à atividade preponderante, considerando-se a seguinte ordem de preponderância:

- 1.ª — loteamentos de terrenos;
- 2.ª — incorporações de prédios em condomínio;
- 3.ª — compra e venda de imóveis.

Art. 7.º Não serão equiparados a sociedades de fato os condomínios organizados para a efetivação de quaisquer operações imobiliárias, ainda que dêles façam parte também pessoas jurídicas, aplicando-se a cada condômino pessoa natural os critérios e demais dispositivos legais de caracterização de empresa individual como se fôsse ele o único titular da operação imobiliária, nos limites de sua participação.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos anteriores à data da publicação deste Decreto-lei.

Art. 8.º As pessoas naturais consideradas empresas individuais na forma deste Decreto-lei serão obrigadas:

a) a inscrever-se no cadastro a que se refere o artigo 28 da Lei número 4.506, de 30 de novembro de 1964;

b) a manter livro Caixa, na forma do art. 27 da Lei n.º 3.470, de 28 de novembro de 1958, no qual deverão ser escriturados, ainda que com técnica rudimentar, todos os fatos relativos às suas atividades econômicas;

c) a manter sob a sua guarda e responsabilidade os documentos comprobatórios dos lançamentos referidos na alínea anterior;

d) a efetuar as retenções e recolhimento do imposto de renda na fonte, previstos na legislação para as pessoas jurídicas.

Art. 9.º A aplicação do regime fiscal da pessoa jurídica às pessoas naturais a ela equiparadas, inclusive a observância do disposto no artigo 8.º terá início no 1.º dia do mês subsequente àquele em que se completarem as condições determinantes da equiparação, e não atingirá as transações iniciadas anteriormente àquela que determinar a equiparação.

Art. 10. O lucro real da empresa individual compreenderá o resultado de todas as transações relacionadas com o objeto da empresa, mas não incluirá as operações a que se refere o § 3.º, do art. 3.º, nem outros rendimentos percebidos pelo seu titular, decorrentes da prestação de trabalho assalariado, autônomo ou profissional, outras atividades ou produzidos por bens não integrantes do ativo da empresa individual.

Art. 11. Este Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogados os incisos 1, 2 e 3 da letra b do § 1.º do art. 41 da Lei número 4.506, de 30 de novembro de 1964, e demais disposições em contrário.

Brasília, 7 de abril de 1969; 148.º da Independência e 81.º da República.

A. COSTA E SILVA
Antônio Delfim Netto

DECRETO-LEI N.º 552, DE 25 DE ABRIL DE 1969

Dispõe sobre a concessão de vista ao Ministério Público nos processos de "habeas corpus".

O Presidente da República, usando das atribuições 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 Ao Ministério Público será sempre concedida, nos Tribunais Federais ou Estaduais, vista dos autos relativos a processos de "habeas corpus", originários ou em grau de recurso pelo prazo de 2 (dois) dias.

§ 1.º Findo esse prazo, os autos com ou sem parecer, serão conclusos ao relator para julgamento, independentemente de pauta.

§ 2.º A vista ao Ministério Público será concedida após a prestação das informações pela autoridade coatora, salvo se o relator entender desnecessário solicitá-las, ou se, solicitadas, não tiverem sido prestadas.

§ 3.º No julgamento dos processos a que se refere este artigo será assegurada a intervenção oral do representante do Ministério Público.

Art. 2.º Este Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogado o artigo 611 do Código de Processo Penal e demais disposições em contrário.

Brasília, 25 de abril de 1969; 148.º da Independência e 81.º da República.

A. COSTA E SILVA

Luís Antonio da Gama e Silva

DECRETO-LEI N.º 553, DE 25 DE ABRIL DE 1969

Altera os limites do Mar Territorial do Brasil e dá outras providências.

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o parágrafo primeiro, do artigo 2.º, do Ato Institucional N.º 5, de 13 de dezembro de 1968, decreta:

Art. 1.º O mar territorial da República Federativa do Brasil compreende todas as águas que banham o litoral do País, desde o Cabo Orange, na foz do Rio Oiapoque ao Arroio Chuí, no Estado do Rio Grande do Sul, numa faixa de doze milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha de baixa mar, adotada como referência nas cartas náuticas brasileiras.

Parágrafo único. Nos lugares em que a costa, incluindo o litoral das ilhas, inflete formando baías, enseadas ou outras reentrâncias, as doze milhas acima referidas serão contadas a partir da linha que, transversalmente, una dois pontos opostos mais próximos dos de inflexão da costa e que distem, um do outro, vinte e quatro milhas marítimas ou menos.

Art. 2.º O Poder Executivo, sem prejuízo da imediata vigência do

presente Decreto-lei, baixará os Regulamentos e demais atos necessários à sua completa execução.

Art. 3.º Este Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogados o Decreto-lei n.º 44, de 18 de novembro de 1966, e demais disposições em contrário.

Brasília, 25 de abril de 1969; 148.º da Independência e 81.º da República.

A. COSTA E SILVA

Luís Antonio da Gama e Silva

Augusto Hamann Rademaker Grünewald

José de Magalhães Pinto

DECRETO-LEI N.º 554, DE 25 DE ABRIL DE 1969

Dispõe sobre desapropriação por interesse social, de imóveis rurais, para fins de reforma agrária, e dá outras providências.

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, e tendo em vista o disposto no Ato Institucional n.º 9, de 25 de abril de 1969, decreta:

Art. 1.º A União poderá promover a desapropriação, por interesse social, de imóveis rurais situados nas áreas declaradas prioritárias para fins de reforma agrária, nos termos do artigo 157 da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pelo Ato Institucional n.º 9, de 25 de abril de 1969.

§ 1.º A desapropriação a que se refere este artigo far-se-á por ato do Presidente da República, ou de outra autoridade a quem forem delegados poderes bastantes.

§ 2.º O ato expropriatório deverá conter a descrição e demais características do imóvel.

Art. 2.º Ainda quando situados nas áreas de que trata o artigo 1.º, não serão objeto de desapropriação, na forma prevista neste Decreto-lei, os imóveis que satisfizerem os requisitos para classificação como empresa rural, fixados na Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964, e sua regulamentação.

Art. 3.º Na desapropriação a que se refere o artigo 1.º, considera-se justa indenização da propriedade:

I — O valor fixado por acôrdo entre o expropriante e o expropriado;

II — Na falta de acôrdo, o valor da propriedade, declarado pelo seu titular para fins de pagamento do imposto territorial rural, se aceito pelo expropriante; ou

III — O valor apurado em avaliação, levada a efeito pelo expropriante, quando este não aceitar o valor declarado pelo proprietário, na forma do inciso anterior, ou quando inexistir essa declaração.

§ 1.º Se entre a data da declaração a que se refere o inciso II e a do ato expropriatório houver decorrido mais de um ano, o valor da indenização será corrigido monetariamente, de acôrdo com os índices oficiais.

§ 2.º Para a avaliação prevista no inciso III, que será precedida do cadastramento *ex officio*, o expropriante basear-se-á no efetivo rendimento econômico do imóvel, verificado no ano agrícola imediatamente anterior.

§ 3.º Dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data da publicação dêste Decreto-lei, os proprietários de imóveis rurais poderão apresentar, mediante justificação, nova declaração do respectivo valor, em substituição à anteriormente formulada para efeito de pagamento do impôsto territorial rural.

Art. 4.º Não havendo acôrdo, o expropriante depositará, em banco oficial, o valor da indenização, fixado nos têrmos do artigo 3.º e seus parágrafos.

Parágrafo único. O valor da terra nua será depositado em títulos especiais da dívida pública, e o das benfeitorias, em moeda corrente do País.

Art. 5.º A ação da desapropriação será proposta perante o Juiz Federal do Distrito Federal, do Estado ou do Território onde estiver situado o imóvel.

Art. 6.º Na petição inicial, o expropriante, juntando um exemplar da publicação, em órgão oficial do ato de desapropriação, bem como o recibo bancário do depósito feito nos têrmos do artigo 4.º e seu parágrafo único, requererá seja o depósito convertido em pagamento do preço e ordenadas em seu favor, a imissão na posse do bem e a respectiva transcrição no registro de imóveis.

Art. 7.º De plano, ou no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas, o juiz deferirá a inicial, declarando efetuado o pagamento do preço e determinando a expedição, dentro de 24 (vinte e quatro) horas, dos competentes mandados, em nome do expropriante.

Parágrafo único. A transcrição da propriedade no registro de imóveis far-se-á no prazo improrrogável de 3 (três) dias, contados da data da apresentação do mandado.

Art. 8.º Certificado nos autos o cumprimento dos mandados de que trata o artigo anterior, o Juiz ordenará a citação do expropriado para responder aos têrmos da ação.

Art. 9.º A contestação só poderá versar sôbre o valor depositado pelo expropriante ou sôbre vício do processo judicial.

Art. 10. Contestada a ação, a causa seguirá o rito ordinário.

Art. 11. Na revisão do valor da indenização, deverá ser respeitado, em qualquer caso, como limite máximo, o valor declarado pelo proprietário, para efeito de pagamento do impôsto territorial rural, e eventualmente reajustado nos têrmos do § 3.º do artigo 3.º.

Art. 12. Aplica-se às desapropriações por interêsse social de que trata êste Decreto-lei, o disposto, relativamente às desapropriações por

utilidade pública, no artigo 9.º do Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941.

Art. 13. O depósito, que se haverá como feito à disposição do juízo da ação de desapropriação, será levantado mediante prova da propriedade, da quitação de dívidas que recaiam sobre o bem expropriado, e das multas delas decorrentes, e depois de publicados editais, na Capital do Estado e na sede da comarca de situação do bem, com o prazo de 30 (trinta) dias, para conhecimento de terceiros.

Parágrafo único. Havendo dúvida fundada sobre o domínio, o preço ficará em depósito, ressalvada aos interessados a ação própria para disputá-lo.

Art. 14. Os bens expropriados, uma vez transcritos em nome do expropriante, não poderão ser objeto de reivindicação ainda que fundada na nulidade da desapropriação.

Parágrafo único. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.

Art. 15. O Juiz que descumprir os prazos estabelecidos neste Decreto-lei incorrerá na sanção prevista no artigo 24 do Código de Processo Civil, aplicada mediante representação de uma das partes ao Conselho da Justiça Federal.

Parágrafo único. Tratando-se de serventuário da Justiça, ou de Oficial do Registro de Imóveis, ficará ele sujeito a multa igual a dois terços do maior salário-mínimo do País, por dia de retardamento.

Art. 16. O presente Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 25 de abril 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

Antonio Delfim Netto

Mário David Andreazza

Ivo Arzua Pereira

Tarso Dutra

Jarbas G. Passarinho

Márcio de Souza e Mello

Leonel Miranda

Edmundo de Macedo Soares

Antonio Dias Leite Junior

Hélio Beltrão

José Costa Cavalcanti

Carlos F. de Simas

ÍNDICE DE AUTORES

	Págs.
ARAÚJO, Rodolfo — Os efeitos da concordata ou da falência do comerciante singular não atingem os bens do casal, isto é, os comuns, senão até o limite de sua meação	115
BRAGA, Leopoldo — Da Ação Autônoma como Substitutiva da Reconvenção nas Demandas de Desquite	26
BRANCO, João Coelho — I — É válida a promessa de compra-e-venda de imóvel inalienável, desde que ajustada sob condição suspensiva da sub-rogação judicial do ônus em outros bens e sem ofensa às regras estatuidas para o processo respectivo. II — A sub-rogação não constitui condição juridicamente impossível porque não é vedada no sistema do Código Civil. III — Não realizada a condição suspensiva sem culpa dos contratantes, desfaz-se o negócio jurídico, cabendo-lhes restituir as prestações provisoriamente cumpridas	105
CAVALCANTI, Gilberto de Povina — O Plano Habitacional Brasileiro.	193
DAVID, Pedro — Psicologia, Sociologia e Crime	10
DEL VECCHIO, Giorgio — Obrigação da Verdade no Direito	3
FALCÃO, Alcino Pinto — Substituição Processual e Relação de Direito Administrativo	38
FERREIRA, Sergio de Andréa — A Lei 5.467, de 5-7-1968, e o Instituto da Reabilitação Criminal	81
FRAGOSO, Heleno Cláudio — A Notificação da Sentença na Aplicação da Pena	53
GUEDES, Jorge — Comentário à jurisprudência sobre portaria de autoridade policial	151
GUSMÃO, Paulo Dourado de — Alienação fiduciária. Situação jurídica "sui generis" das partes. A tipicidade do negócio jurídico. Ação cabível no caso de inadimplemento do fiduciante. Não cabimento, em princípio, de condenação em perdas e danos pelo mau uso da coisa	102
— Reforma Parcial do Código Civil Argentino. Breves notas.	76
KREBS, Albert — O Funcionário da Execução Penal	15
LACERDA, J. C. Sampaio de — Marca de Comércio	46
— Videla Escalada, Federico N. — <i>Derecho Aeronautico</i> , Tomo I, Victor O. de Zavalia, editor, Buenos Aires, 1969, 492 págs.	200
LEITE, Murilo Renault — Breves Considerações sobre o Registro de Imóveis	171

	Págs.
ROCHA, Clóvis Paulo da — Filho Adulterino. Reconhecimento em testamento. É lícito o reconhecimento do filho adulterino no testamento porque este ato jurídico só tem eficácia após a morte do testador, quando já está dissolvida a sociedade conjugal, como exige a lei	127
— O prazo para a interposição de recurso conta-se a partir do momento em que o demandante teve ciência da decisão por um dos meios de conhecimento previstos na lei processual. O recebimento dos autos legal de conhecimento da sentença. Conhecimento legal e conhecimento de fato. Efeitos	123
— Parecer sobre o casamento religioso. Registro. Eficácia. O casamento religioso não registrado não é ato inexistente; é ato cuja eficácia civil depende de sua inscrição no registro civil, com efeito retroativo	134
ROMITA, Arion Sayão — Cassação de fiança: nova disciplina legal...	174
SALLES, Nilton — O Infanticídio no Anteprojeto do Código Penal. Considerações Médico-Legais	89
SANT'ANNA, Nilson — O Infanticídio no Anteprojeto do Código Penal. Considerações Médico-Legais	89
SILVA, Maria Izaneide — Roberto Lyra: <i>Sociologia Criminal</i> , Rio de Janeiro, Editôra Forense, 1969, 212 págs., 1.º volume	203
WALD, Arnaldo — Direito e Imprensa	64

ÍNDICE DE ASSUNTOS

	Págs.
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA:	
— Situações jurídicas “sui generis” das partes. Atipicidade do negócio jurídico. Ação cabível no caso de inadimplemento do fiduciante. Não cabimento, em princípio, de condenação em perdas e danos pelo mau uso da coisa (de Paulo Dourado de Gusmão)	102
APELAÇÃO:	
— Prazo para sua interposição — Retirada dos autos, em fiança, antes da publicação, no órgão oficial, das conclusões da sentença — Prevalência da data da publicação como termo inicial, dado que, influenciando este na determinação do momento da formação da <i>res indicata</i> — matéria de ordem pública — escapa a fixação do <i>dies a quo</i> ao poder dispositivo das partes — Provimento do agravo	145
ATIVIDADE IMOBILIÁRIA:	
— Decreto-lei n.º 515, de 7-4-69. Define a empresa individual nas atividades imobiliárias	225
ATOS INSTITUCIONAIS:	
— Ato Institucional n.º 9, de 25-4-69	207
— Ato Institucional n.º 10, de 16-5-69	208
BIBLIOGRAFIA	200
CASAMENTO RELIGIOSO:	
— Registro. Eficácia. O casamento religioso não registrado não é ato inexistente; é ato cuja eficácia civil depende de sua inscrição no registro civil, com efeito retroativo (acompanhado de parecer de Clóvis Paulo da Rocha e do Provimento n.º 195, baixado pelo então Corregedor do Estado da Guanabara. Exmo. Sr. Des. Francisco Pereira de Bulhões Carvalho)	134
CÓDIGO CIVIL ARGENTINO:	
— Reforma Parcial do Código Civil Argentino. Breves Notas. (de Paulo Dourado de Gusmão)	76

	Págs.
COMÉRCIO:	
— Marca de (de J. C. Sampaio de Lacerda)	46
— Os efeitos da concordata ou da falência do comerciante singular não atingem os bens do casal, isto é, os comuns, senão até o limite de sua meação (de Rodolfo Araújo)	115
CONCURSO:	
— para Defensor Público. Programas	180
— Questões apresentadas no Concurso realizado em 1963 para o cargo de Defensor Público da carreira do Ministério Público	191
CRIME:	
— Psicologia, Sociologia e (de Pedro David)	10
DESAPROPRIAÇÃO:	
— Decreto-lei n.º 554, de 25-4-69. Dispõe sobre desapropriação por interesse social, de imóveis rurais, para fins de reforma agrária, e dá outras providências	231
DESQUITE:	
— Da Ação Autônoma como Substitutiva da Reconvenção nas Demandas de (de Leopoldo Braga)	26
DIREITO ADMINISTRATIVO:	
— Substituição Processual e Relação de (de Alcino Pinto Falcão)	38
DISPARO DE ARMA DE FOGO:	
— Bem jurídico tutelado. O bem jurídico tutelado pelo nosso direito positivo, na contravenção de "disparo de arma de fogo" (art. 28 da L.C.P.), é a " <i>incolumidade pública</i> ", como se verifica da epígrafe, em que está insito o dito dispositivo legal, sendo assim, irrelevantes, para a sua caracterização, os disparos com festim, denominados, pelos publicistas alemães, à carga cega (<i>blind Ladung</i>) e, pelos italianos, <i>sparo a salve</i>	157
DISTRIBUIÇÃO DA REVISTA:	
— Ordem de Serviço "E" n.º 1/69, de 24-1-69	177
— Ordem de Serviço "E" n.º 2/69, de 31-1-69	178
— Ordem de Serviço "E" n.º 3/69, de 17-3-69	179
— Ordem de Serviço "E" n.º 4/69, de 2-4-69	180
EMPRESAS DE TRANSPORTE AÉREO:	
— Decreto-lei n.º 496, de 11-3-69. Dispõe sobre as aeronaves de empresas de transporte aéreo em liquidação, falência ou concordata e dá outras providências	217

	Págs.
ESCRITURAÇÃO:	
— Decreto-lei n.º 486, de 3-3-69. Dispõe sobre escrituração e livros mercantis e dá outras providências	213
EXECUÇÃO:	
— Apostilamento de títulos em assentamentos funcionais. A execução é feita através de ofício ao Presidente do Tribunal de Justiça, com a simples comunicação dêste à Procuradoria Geral do Estado	148
FIANÇA:	
— Cassação de fiança: nova disciplina legal (de Arion Sayão Romita)	174
FILHO ADULTERINO:	
— Reconhecimento em testamento. É lícito o reconhecimento do filho adulterino no testamento porque este ato jurídico só tem eficácia após a morte do testador, quando já está dissolvida a sociedade conjugal, como exige a lei (de Clóvis Paulo da Rocha)	127
FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS:	
— Decreto-lei n.º 489, de 4-3-69. Regula a disponibilidade dos funcionários públicos civis	216
IMPRENSA:	
— Direito e (de Arnoldo Wald)	64
INFANTICÍDIO:	
— O Infanticídio no Anteprojeto do Código Penal. Considerações Médico-Legais (de Nilson Sant'Anna e Nilton Salles) .	89
MAR TERRITORIAL	
— Decreto-lei n.º 553, de 24-4-69. Altera os limites do Mar Territorial do Brasil e dá outras providências	230
MINISTÉRIO PÚBLICO:	
— Revisão. Pode o Ministério Público requerê-la. Nulidade de sentença condenatória prolatada após a morte do réu. Tratando-se de recurso em favor do réu mas, também, " <i>pro-societate</i> " no sentido amplo de tender a assegurar o prestígio e a responsabilidade da Justiça, pode o Ministério Público requerê-la, porque lhe é atribuído o poder geral de recurso pelo art. 577 do Código de Processo Penal, além do que vierem a prever expressamente o Decreto-lei n.º 8.527, de 1945 (Cod. de Organização Judiciária do então Distrito Federal), no art. 139, n.º V, e a Lei n.º 3.434, de 1958 (Cod. do Min. Público do então Distrito Federal), nos arts. 16, n.º VII, 21, n.º III, e 40, n.º VIII. Tanto a pretensão do	

Ministério Público de apenação do réu quanto os direitos processuais do réu hão de ser considerados como de interesse social, do qual o interesse do réu é um dado, possa o Ministério Público, que é uno, estar pleiteando em favor do réu, pela Defensoria Pública, prevendo o Código de Processo Penal que mesmo o Promotor possa requerer "habeas corpus" (art. 654). A liberdade do inocente é compulsória e exigida em favor do Estado, tanto quanto em favor do indivíduo; e a este há de ser imposta, tanto quanto ao Estado. Em tese, se o sentido da pena é o ajustamento do réu à sociedade, a pena há de ser considerada como atuando tanto em benefício da sociedade quanto do indivíduo, como animal social, ainda quando, relativamente a este, tenha o poder público que lhe impor o benefício. Nula é a sentença condenatória expedida após extinta pela morte a punibilidade do réu	160
— Decreto-lei n.º 552, de 25-4-69. Dispõe sobre a concessão de vista ao Ministério Público nos processos de <i>habeas corpus</i> .	230

MODIFICAÇÃO DE DECRETOLEI:

— Decreto-lei n.º 474, de 19-2-69. Modifica a redação de dispositivos do Decreto-lei n.º 960, de 17-12-1938, e dá outras providências	210
— Decreto-lei n.º 484, de 3-3-69. Altera dispositivos do Decreto-lei n.º 401, e dá outras providências	212
— Decreto-lei n.º 504, de 18-3-69. Modifica a redação do art. 624, do Decreto-lei n.º 3.689, de 3-10-1941 (Código de Processo Penal)	218
— Decreto-lei n.º 510, de 20-3-69. Altera dispositivos do Decreto-lei n.º 314, de 13-3-1967, e dá outras providências ...	219

PENA:

— O Funcionário da Execução Penal (de Albert Krebs)	15
— A aplicação da Sentença na Motivação da (de Heleno Cláudio Fragoso)	53

PLANO HABITACIONAL BRASILEIRO:

— (de Gilberto de Povina Cavalcanti)	193
--	-----

PORTARIA DE AUTORIDADE POLICIAL:

— Processo sumário. Requisitos. Nos processos sumários iniciados por Portaria da autoridade policial, a relação processual só se perfaz com o primeiro ato praticado pelo juiz, havendo antes disso, apenas um procedimento judicial independente de ação, embora a lei diga o contrário. Não impõe o Código de Processo Penal, sob pena de nulidade, como faz em relação à denúncia e à queixa (artigo 41), para conteúdo da Portaria (artigo 533), o "fato criminoso, com todas as suas circunstâncias" e, "quando necessário, o rol das testemunhas". A expressão "Portaria" tem o sentido comum e técnico de fórmula com que as autoridades públicas criam lugares, preenchem-nos ou se dirigem a seus subalter-	
--	--

	Págs.
nos e, com êste último significado, é empregada pelo art. 533 do Código de Processo Penal. A exegese das leis deve fazer-se de acôrdo com o sentido comum e técnico das palavras usadas. Opinião de BLACK e SUTHERLAND. Sentença condenatória. Confirmação (com comentário do Dr. Jorge Guedes).	151
PRAZO DE RECURSO:	
— O prazo para interposição de recurso conta-se a partir do momento em que o demandante teve ciência da decisão por um dos meios de conhecimento previstos na lei processual. O recebimento dos autos legais de conhecimento da sentença. Conhecimento legal e conhecimento de fato. Efeitos. (de Clóvis Paulo da Rocha)	123
REABILITAÇÃO CRIMINAL:	
— A Lei n.º 5.467, de 5/7/1968, e o Instituto da (de Sergio de Andréa Ferreira)	81
— Ressarcimento do dano causado pelo crime. Réu condenado por sedução. Ausência de prova de que tenha ressarcido o dano causado à ofendida pelo crime. Benefício indeferido. Embargos rejeitados. Inteligência dos arts. 744 do Código de Processo Penal e 1.548 do Código Civil. Sem prova de haver ressarcido o dano causado pelo crime ou de persistir a impossibilidade de fazê-lo, não pode ser deferido o pedido de reabilitação.	158
REGISTRO DE IMÓVEIS:	
— Breves Considerações sôbre (de Murilo Renault Leite)	171
RESPONSABILIDADE CIVIL:	
— De locadora de automóveis. Locação mercantil de automóvel. Co-responsabilidade da locadora na composição de dano causado a terceiro. Recurso extraordinário não conhecido.	132
REVISTAS EM REVISTA	205
SUB-ROGAÇÃO:	
— I — É válida a promessa de compra-e-venda de imóvel inalienável, desde que ajustada sob condição suspensiva da sub-rogação judicial do ônus em outros bens e sem ofensa às regras estatuídas para o processo respectivo. II — A sub-rogação não constitui condição juridicamente impossível porque não é vedada no sistema do Código Civil. III — Não realizada a condição suspensiva sem culpa dos contratantes, desfaz-se o negócio jurídico, cabendo-lhes restituir as prestações provisoriamente cumpridas. (de João Coelho Branco)	105
VERDADE NO DIREITO:	
— Obrigação da (de Giorgio Del Vecchio)	3

