

REVISTA

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

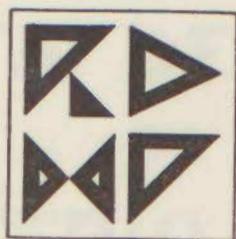
11



1970

Órgão do Ministério Público do Estado da Guanabara

9



REVISTA DE DIREITO
MINISTÉRIO PÚBLICO
DO
ESTADO DA GUANABARA

DEPARTAMENTO DE ADMINISTRAÇÃO
DEPARTAMENTO DE ADMINISTRAÇÃO

Este exemplar não pode ser vendido.

Vol. 1 - 1970

**REVISTA DE DIREITO
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
DO
ESTADO DA GUANABARA**

(Decreto "E" n.º 1.174, de 2 de agosto de 1966 e
Decreto "E" n.º 3.468, de 28 de novembro de 1969)

ANO IV — N.º 11 — MAIO-AGOSTO — VOL. 11 — 1970

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, Jorge Guedes, Raphael
Cirigliano Filho e Simão Isaac Benjó.

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de
seus autores

Pede-se permuta

On demande l'échange

We ask for exchange

Redação e Administração: Av. Nilo Peçanha, 12, 2.º andar, Sala 208,
para onde deve ser dirigida toda corres-
pondência.

**MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DA GUANABARA**

PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA

Procurador-Geral da Justiça

LEOPOLDO BRAGA

PROCURADORES DA JUSTIÇA

Amaro Cavalcanti Linhares (Assistente do Procurador-Geral)	Hermenegildo de Barros Filho
Antônio Augusto de Vasconcellos Netto	João Baptista Cordeiro Guerra
Antônio da Costa Marques Filho	Jorge Guedes
Antônio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque Júnior	José Francisco de Oliveira Diniz
Arnaldo Rodrigues Duarte	José Vicente Pereira
Arnóbio Tenório Wanderley	Marcelo Maria Domingues de Oliveira
Celso de Barros Franco	Maurício Parreiras Horta
Clóvis Paulo da Rocha	Newton Marques Cruz
Emerson Luiz de Lima	Paulo Chermont de Araújo
Hermano Odilon dos Anjos (Assistente do Procurador-Geral)	Paulo Dourado de Gusmão (Diretor da Revista de Direito)

CURADORES

CURADORES DE ACIDENTES DO TRABALHO

Alberto de Almeida e Albuquerque	Raphael Cirigliano Filho
Antônio Cláudio Bocayuva Cunha	Roberval Clementino Costa do Monte (Assistente do Procurador-Geral)
Hortêncio Catunda de Medeiros	
Plácido Eduardo de Sá Carvalho	

CURADORES DE AUSENTES

Joel Ferreira Dias	Mário Tobias Figueira de Mello (Diretor-Geral da Secretaria)
José Vicente Ferreira	Nerval Cardoso

CURADORES DE FAMILIA

Eugênio de Vasconcellos Sigaud	Maurilio Bruno de Oliveira Firmo
Joaquim Corrêa Marques Filho	Regina Maria Correia Parizot
Martinho da Rocha Doyle	Silvério Pereira da Costa

CURADORES DE MASSAS FALIDAS

Amílcar Furtado de Vasconcelos
Hélio Cezar Penna e Costa

Jefferson Machado de Goes Soares
Mozart Mattos

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

Armando de Oliveira Marinho
Eládio de Carvalho Werneck

Carlos Octávio da Veiga Lima
Paulo de Salles Guerra

PROMOTORES PÚBLICOS

Alberto Canellas
Antônio Ricardo dos Santos Netto
Antônio Vicente da Costa Júnior
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
Hélcio Baptista de Paula
Humberto Piragibe Magalhães
José Murad Lasmar
José da Silveira Lôbo
Júlio Agostinho Horta Barbosa de Bergallo
Luiz Eduardo Guimarães Rabello
Luiz Facca
Luiz Fernando Cardoso de Gusmão

Mario de Carvalho Pereira
Mario Portugal Fernandes Pinheiro
Mariza Clotilde Vilela Perigault
Mauro Campello
Myrian Steinbruch Roismann
Newton de Barros e Vasconcellos
Newton Lourenço Jorge
Paulo Frederico Bandeira de Mello The-
dim Lôbo
Pedro Henrique de Miranda Rosa
Rafael Carneiro da Rocha
Rodolfo Antônio Avena
Sergio de Andréa Ferreira (Diretor do
Departamento de Assistência Judiciária e Estágio Forense e Secretário da
Revista de Direito)
Sergio Demoro Hamilton
Victor André de Soveral Junqueira
Ayres
Wilson Cavalcanti de Farias
Wilson de Andrade Campello

PROMOTORES SUBSTITUTOS

Albino Ângelo Santa Rossa
Antônio Francisco Feteira Gonçalves
Carlos de Mello Pôrto
Carlos Alberto Ponzo
Edgardo Tenório
Guy Benigno Brasil
Heitor Pedrosa Filho
Humberto Paschoal Perri
Luiz Brandão Gatti
Luiz Carlos Couto Maciel

Luiz Sérgio Wigderowitz
Mariana Herescu de Araújo
Marly Martin Mazzuchelli
Nader Couri Raad
Otto Frederico Campean
Oziel Esmeriz Miranda
Sálua Bunahum
Severino Alves Moreira
Simão Isaac Benjô
Sylvio Tito de Carvalho Coelho

DEFENSORES PÚBLICOS

Adolpho Lerner
Ana Laura Bittencourt Kayser
Ângelo Moreira Glicho
Antônio Paiva Filho
Arion Sayão Romita
Assy Mirza Abraham
Carlos Augusto Vianna de Albuquerque
Celso Fernando de Barros
David Milech
Gastão Lobão da Costa Araújo
Hamilton Carvalho
Homero das Neves Freitas
Ivan Rezende Pereira Leal
Jacyr Villar de Oliveira
Jocymar Dias de Azevedo
José Carlos da Cruz Ribeiro
João Marcelo de Araújo Júnior

Juary Silva
Lafredo Lisboa Vieira Lopes
Luiz Gonzaga de Noronha Luz Neto
Luiz Roldão de Freitas Gomes
Manoel Carpena de Amorim
Mauro José Ferraz Lopes
Pedro Nogueira Fontoura
Renato Pereira França
Roberto Mendonça de Andrade
Rodolpho Carmello Ceglia
Rosa Déa Veiga da Silva
Ruth Sarah Hirschfeldt
Sérgio Castanheira
Telius Alonso Avelino Memória
Valneide Serrão Vieira
Vera de Souza Leite
Waldy Genuíno de Oliveira

CONSELHO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Leopoldo Braga
Hermenegildo de Barros Filho
Arnóbio Tenório Wanderley

José Francisco de Oliveira Diniz
João Baptista Cordeiro Guerra

ÍNDICE

DOCTRINA:

ALCINO PINTO FALCÃO — Da Responsabilidade Patrimonial das Pessoas Jurídicas de Direito Público, em Especial Frente ao Artigo 107 da Carta Política de 1969	3
LEOPOLDO BRAGA — O Ministério Público e os Recursos de Ofício criados pela Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951	30
CLÁUDIO VIANNA DE LIMA — Internacionalização do Mercado de Capitais	67
RAPHAEL CIRIGLIANO FILHO — Inovações da Parte Geral do Código Penal de 1969	71
SIMÃO ISAAC BENJÓ — A Alegação de Não-Domínio	84
PAULO DOURADO DE GUSMÃO — Sugestões para a reforma do ensino jurídico	87
JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA — Ainda e Sempre a Coisa Julgada	91
SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA — As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Poder Público no Brasil	102
JOÃO JOSÉ DE QUEIROZ — Idéia e Realidade do Estado. O Elemento Humano na Formação do Estado	147

PARECERES:

Cláusula de inalienabilidade. A Promessa de Venda de bem inalienável é nula de pleno direito. Interpretação do título. Nos sistemas imobiliários causais, como o nosso, não basta o exame da certidão do registro, é mister verificar os títulos e lê-los por inteiro para que possa a parte alegar boa-fé. Esta, ainda que existente, não teria a virtude de tornar válido um ato eivado de nulidade <i>ex radice</i> . Impossibilidade do registro de ato nulo. Direitos pessoais dos promitentes compradores.	
— de CLÓVIS PAULO DA ROCHA	153
Filho adulterino. Direitos sucessórios. Reconhecimento ocorrido na vigência da Lei n.º 883, de 1949. Aplicação da Lei n.º 883.	
— de PAULO DOURADO DE GUSMÃO	161

JURISPRUDÊNCIA:

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

— Restituição em concordata; cotas em conta de participação; dissolvida a sociedade de participação, com a concordata recebe o subscritor, a sua parte como quirografário (com parecer de PAULO DOURADO DE GUSMÃO) (Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara).	165
---	-----

— É inexistente o casamento de brasileira com estrangeiro, celebrado no Brasil pelo cônsul estrangeiro (Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara).	166
— Nula é a cláusula impeditiva de cessão de locação regida pela lei de luvas, se o cessionário é o adquirente de fundo de comércio explorado pelo cedente. Válida é a cláusula que limita a certo gênero de comércio as atividades do locatário (Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara).	166
— Agravo de Instrumento. Não pode o juiz negar-lhe seguimento a pretexto de não constar o mesmo da enumeração constante do artigo 842. Reclamação procedente (Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara).	168
— A retratabilidade da renúncia à herança, na via administrativa, exige a concordância de todos os interessados. Interpretação do art. 1.570 do Código Civil. Deve ser pleiteada nas vias ordinárias a retratabilidade se o seu atendimento acarreta prejuízo a menor (Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara)	169
— Em embargos de terceiro não pode ser reconhecida a simulação do título do embargante. — A anulabilidade deve ser invocada em ação pauliana (Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara).	171
— Promessa de compra e venda de imóvel — Cláusula de correção monetária convencionada em desacôrdo com a então vigente Lei n.º 4.380, de 21/8/1964. — Procedência de ações declaratória e consignatória e improcedência de ação de rescisão: 1 — No contrato de promessa de venda de imóvel só tem validade a correção monetária convencionada sem desrespeito aos limites e às condições estabelecidas na lei que a admite. 2 — Nas promessas de venda de imóveis a prestações, é vedada a rescisão <i>pleno iure</i> independente da notificação prévia em virtude do que prescrevem os Decretos-Leis n.ºs 58, de 1937, e 745, de 1969 (Quarto Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara).	174
— A duplicata não aceita, embora legitime ação executiva, não constitui obrigação líquida, para a decretação da falência (Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara).	176
JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL	
— Réu condenado como incurso nos arts. 234 do C. P., e 1.º da Lei n.º 2.252, de 1954. Acôrto da condenação, aplicando, quanto ao crime do art. 234 do C. P. a pena de multa, em lugar de detenção. (Com parecer de JORGE GUEDES) (Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara).	178
ESTUDOS E ATUALIDADES:	
— União Internacional dos Magistrados.	181
— Centenário da "Société de Législation Comparée".	184
— Congresso Internacional de Direito Penal.	185
— IV Congresso das Nações Unidas para a Prevenção da Criminalidade e o Tratamento dos Delinqüentes	185
— VI Congresso Internacional de Criminologia.	185
— Congresso Internacional de Filosofia do Direito	185

— Ruy Arantes Antunes (JORGE GUEDES).	186
— Posse de Estagiários-Acadêmicos na Procuradoria Regional do Trabalho da Primeira Região.	186
— O Aperfeiçoamento do Direito Penal: uma Exigência de Nosso Tempo. (COTRIM NETO).	187
— Sistemas de Recursos, no Direito Brasileiro e no Direito Português. (CÁSSIA MEDEIROS).	198
— Instrumentos de Comunicações Internacionais — Aeronaves. (LUIZ IVANI DE AMORIM ARAÚJO).	203
— Luiz Augusto de Rêgo Monteiro (1906-1967) (OCTÁVIO DE ARAGÃO BULCÃO).	208

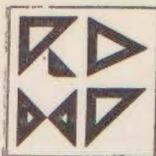
BIBLIOGRAFIA:

— MARTINHO GARCEZ NETO: <i>Prática da Responsabilidade Civil</i> , Ed. Jurídica e Universitária Ltda., Rio de Janeiro, 1970, 306 págs. (PAULO DOURADO DE GUSMÃO).	210
— WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR: <i>Curso de Direito Processual Civil</i> : Volume I: <i>Teoria Geral do Processo Civil</i> , Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, 303 págs. (HORTÊNCIO CATUNDA DE MEDEIROS).	211
— JOSÉ AFONSO DA SILVA: <i>Aplicabilidade das normas constitucionais</i> , Edição da Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, 261 págs. (PAULO DOURADO DE GUSMÃO).	213
— ANTONIO LAMARCA: <i>Contrato Individual de Trabalho</i> , São Paulo, Editôra Revista dos Tribunais Ltda., 1969, 435 págs. (PAULO DOURADO DE GUSMÃO)...	213

REVISTAS EM REVISTA	214
--------------------------------------	-----

LEGISLAÇÃO:

— Lei n.º 5.582, de 16 de junho de 1970. (Altera o artigo 16 do Decreto-Lei n.º 3.200, de 19 de abril de 1941, que dispõe sobre a organização e proteção da família).	216
— Decreto-Lei n.º 409, de 26 de junho de 1970. (Dá providências complementares à Lei n.º 1.750, de 25 de novembro de 1968)	216



D O U T R I N A

COLABORAM NESTE NÚMERO

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

CLAUDIO VIANNA DE LIMA — Magistrado da Justiça do Estado da Guanabara. Professor da Faculdade de Direito Cândido Mendes.

JOÃO JOSÉ DE QUEIROZ — Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA — Procurador do Estado da Guanabara. Livre-docente de Direito Judiciário Civil das Faculdades de Direito das Universidades Federal do Rio de Janeiro e do Estado da Guanabara.

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

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

RAPHAEL CIRIGLIANO FILHO — Curador de Acidentes do Trabalho do Ministério Público do Estado da Guanabara e Professor da Faculdade de Direito Cândido Mendes.

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

SIMÃO ISAAC BENJÓ — Promotor Substituto do Ministério Público do Estado da Guanabara e Livre-docente de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do mesmo Estado.

DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO, EM ESPECIAL FRENTE AO ARTIGO 107 DA CARTA POLÍTICA DE 1969

ALCINO PINTO FALCÃO

1. *Posição de relêvo do direito brasileiro* — Danos padecidos por particulares em razão da atividade estatal sempre os houve, mas o imperativo de Justiça da sua reparação pelo Erário só há menos de século é que veio a obter consagração jurisprudencial e a ser objeto de previsão legislativa, nos países ocidentais. Mas em modalidade e intensidade diferentes, como se verá a seguir, em confronto em que o nosso direito, se não se pode classificar como o mais perfeito, sem dúvida merece ser incluído entre os mais condizentes com os ditames da Justiça distributiva e com os postulados do Estado de Direito. Ao menos, em tôdas as vicissitudes constitucionais iterativas, que temos sofrido, o princípio, já entre nós consagrado, da responsabilidade da Fazenda Pública por danos causados a particulares pelos agentes das entidades de direito público tem conseguido sobreviver e até obter maior ênfase, passada a borrasca política.

Um confronto com o que ocorre na América do Norte e na Inglaterra servirá para mostrar, desde logo, a superioridade do nosso direito no ponto, eis que entre nós, desde a República, a jurisprudência começou a reconhecer a responsabilidade da Fazenda Pública e não apenas a individual dos servidores causadores do dano, como fazia a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, já na época avançada (o inciso XXIX do artigo 179 recitava: “Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”).

Este inciso é a fonte primária e anciã, em que viria a repousar, de início, a responsabilidade, não obstante visar, na ocasião, a criminal, como se vê da lição dos constitucionalistas imperiais (1). Na exegese do texto constitucional, o clássico PIMENTA BUENO, Marquês de São Vicente (2), mandava conferir os artigos do diploma penal e a lei de responsabilidade dos ministros e secretários de Estado, e regimentos das diversas autoridades, que estabeleceriam as respectivas penalidades. Esclarecia, ainda, ser “um princípio fun-

(1) Assim, HENRIQUES DE SOUZA, *Constituição Política do Império Anotada*, Recife, 1854, pág. 77, nota 1, se limitava a mandar ver o Código Criminal, artigos 124 a 168 e 170 a 172.

(2) *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, números 602/603 (pág. 428 da reimpressão oficial de 1958).

damental, que os empregados públicos são estabelecidos no interesse do serviço social, e não no seu interesse individual, para manter os direitos dos cidadãos, fazer-lhes justiça, promover os interesses e o bem-ser da associação". E avançando uma proposição ainda atual: "A responsabilidade dos agentes do poder constitui pois uma das condições e necessidades essenciais da ordem e liberdade pública, *uma das garantias indispensáveis dos governos constitucionais*" (o grifo é nosso)!

A Lei da Responsabilidade dos Ministros e Conselheiros de Estado, de 15 de outubro de 1827, em seu artigo terceiro e parágrafo primeiro, coíbia o abuso de poder, daquele que... "usando mal da sua autoridade nos atos *não especificados* na lei, que tenham produzido prejuízo, ou dano provado ao Estado, ou a qualquer particular", com a sanção de remoção para fora da Côrte e seu termo, e... "além disso a reparação do dano à parte, havendo-a, ou à Fazenda Pública quando esta seja interessada, sem o que não voltará à Côrte".

Muito embora se possa ter como boa a lição de AMARO CAVALCANTI (3), o príncipe dos autores nossos, em tema de responsabilidade do Estado, de que... "uma coisa se pode, todavia, assegurar com inteira verdade: é que no Brasil nunca se ensinou ou prevalecem a *irresponsabilidade* do Estado pelos atos³ lesivos dos seus representantes" e de que... "a teoria, aceita no país, tem sido *sempre* a do reconhecimento da aludida responsabilidade, ao menos em princípio" — parece mais condizente com a realidade realçar que com a República e instituição da Justiça Federal é que o instituto passou a ter foros de cidade, armado o particular de ação judicial para haver o ressarcimento contra o Estado e isso com o particularismo de afastarmos no ponto do modelo norte-americano (injusto e digno de crítica, como abaixo se ressaltará), não obstante a nossa primeira Constituição republicana (de 24 de fevereiro de 1891) naquele direito se haver inspirado em alta dose, a termos de RUI BARBOSA (4) prelecionar: "Nossa lâmpada de segurança será o direito americano, suas antecedências, suas decisões, seus mestres. A Constituição brasileira é filha dêle e a própria lei nos pôs nas mãos êsse foco luminoso, prescrevendo, nos artigos orgânicos da justiça federal, que... "os estatutos dos povos cultos, especialmente que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity*, serão subsidiários da jurisprudência e processo federal".

Nossa primeira Constituição da República, no ponto e em boa inspiração, não se informou no modelo anglo-americano (ver-se-á a seguir), pois ao tratar da competência dos recém-criados juizes federais, deu-lhes atribuição expressa (art. 60, letra c) para processar e julgar... "as causas provenientes de compensações, reivindicações, *indenização de prejuizos ou quaisquer outras*, propostas pelo govêrno da União contra particulares ou vice-versa".

(3) *Responsabilidade Civil do Estado*, tomo II, n.º 86 d, pág. 611 da reedição de 1956, sob os cuidados de José de Aguiar Dias. A magistral obra, ainda atual e de leitura obrigatória entre nós, é de 1904. Superior às estrangeiras!

(4) *Apud*, CÂNDIDO MOTA FILHO, *O conteúdo político das Constituições*, Rio, 1950, pág. 147.

Um *vice-versa* a deixar entender que à República não repugnava a responsabilidade do Estado por danos causados a particulares; e que êstes a podiam convocar a Juízo.

2. *Da inferioridade dos direitos anglo-americano e suíço* — Por mais antigo e informar o norte-americano, cabe examinar a posição do *direito inglês*. Na Inglaterra de longa data se reconhece a responsabilidade, criminal e civil, dos funcionários (nem de todos, porém) por danos causados a pessoas privadas. Mas, já quanto à solidária do Estado, a tradicional regra *the King can do no wrong* sempre foi empacho sério a que prosperasse, até 1948, lê-se nos autores ingleses (5), respondesse em Juízo por danos derivados de ação por ela expressamente autorizada, como ficou decidido, em 1842, no famoso caso do Visconde de Canterbury v. Procurador-Geral (“Attorney-General”). Certo, em determinados casos, por equidade (*as a matter of grace*), o Tesouro pagava indenizações, mas sim através de decisão administrativa e não judicial: como um dever moral e não como uma obrigação.

A partir de 1948, em razão do diploma *Crown Proceedings Act*, de 1947, com várias e importantes limitações, a Coroa passou a poder ser demandada em Juízo. Mas, os atos, por exemplo, de certas autoridades policiais não autorizam a propositura da ação, por não serem lá inteiramente pagos pela verba do Tesouro e a lei só prevê a responsabilidade quando o servidor o fôr (“Nor is the Crown Liable; for the police are not paid wholly out moneys provided by Parliament and are not, therefore, within the definition of servants of the Crown for the purpose of imposing vicarious liability in tort”). Essa lei aplica-se, outrossim, no Reino da Escócia, com algumas variantes, devidas a particularismos do respectivo regime jurídico.

Nos *Estados Unidos*, o panorama é ainda mais desagradável para o nosso jurista e complicado, em razão do federalismo lá existente em sua plenitude. Influenciado pela herança inglesa, também lá goza de favor o princípio (análogo) da imunidade do Estado (“nonresponsability of the sovereign”) por atos dos seus agentes, embora algumas leis federais desde 1919 venham abandonando a rigidez do princípio, adverte o douto M. SEABREA FAGUNDES (6), que, com justeza observa que... “ainda assim, o princípio da responsabilidade civil do Estado está longe de alcançar o relêvo, que lhe é geralmente reconhecido”.

Na verdade, já desde o século passado (1887) era lícito pedir em Juízo (7) perdas e danos *contratuais* contra a União, mas só uma lei de 1946 é que permitiu ao particular bater às portas da *Court of Claims*, para postular indenização por atos culposos ou ilícitos do Governo Federal ou de seus funcionários e não pedir, através de uma resolução legislativa (“introduction of a private bill in Congress”), a respectiva reparação do dano sofrido. Mas

(5) Cf., WADE e PHILLIPS, *Constitutional Law*, 4.^a edição, págs. 312/313 e pág. 180.

(6) Cf., *O contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário* (3.^a ed., 1957), pág. 205.

(7) Ver, CARTER e ROHLFING, *The american government and its work*, 1952, pág. 259.

essa lei de 1946 está longe de ser satisfatória, por demais restritiva: assim, o montante do pedido há de ser *de menos* de mil dólares, não cabendo indenização, entre outras hipóteses, por perdas ou má descarga de malas do correio, por detenção indevida de mercadorias pelas autoridades aduaneiras, bem como em razão de operações da Tennessee Valley Authority, de forças militares, da Guarda da Costa ou do Panamá.

Mas no âmbito estadual é que maior é a diversidade de técnicas e mais notável se mostra a imperfeição, no tema, do direito norte-americano. Em notável, fundamentado e exaustivo trabalho da responsabilidade do famoso Departamento de Notas da "Harvard Law Review", sob o título "Administration of Claims Against the Sovereign" — "A Survey of State Techniques" (8), se podem extrair os principais traços dessa legislação estadual norte-americana.

Esclarece-se que, atualmente, vários Estados já reconheceram a iniquidade resultante da imunidade do governo frente à violação de contratos e pelos prejuízos que as atividades estaduais causam, por vêzes, a pessoas e à propriedade privada. Mas, ao menos em quatro Estados (Alabama, Arkansas, Illinois e Oeste Virgínia) disposições constitucionais expressas vedam que o Estado possa ser demandado em Juízo; outros (Idaho, Montana, Nevada e Utah) prevêm, nas Constituições, órgãos administrativos para apreciarem pedidos de indenização, sendo que o de Michigan, que também estaria nesse grupo, em 1948 em parte dêle se afastou, criando um Tribunal (*Court of Claims*), com jurisdição compreensiva para certo elenco de hipóteses. As Constituições dos demais Estados ou não se referem ao tema ou o relegam para a esfera do legislador ordinário. Mas, ponto importante a destacar é o de que, mesmo entre os Estados que têm dispositivos constitucionais ou legais iguais, não há uniformidade de interpretação nos respectivos tribunais, uns achando que é válida a autorização do legislador, permitindo o Estado ser réu em Juízo e outros concluindo pela negativa ("Even among states with similar constitutions the problems are different because of varying court interpretations").

Há Estados, ainda em número elevado, que estimam que o assunto é de ser decidido, caso por caso, por apreciação legislativa. O prejudicado pedirá reparação à Câmara Estadual e essa, se achar justo, por lei especial ou resolução, fixará a indenização ou dará licença para o lesado citar o Estado em Juízo. Em alguns, tal expediente tem sido considerado livre de vício de inconstitucionalidade, mas em outros os tribunais têm declarado que essa licença sucumbe face ao princípio constitucional de ser proibido editar leis particulares ou individuais ("special laws").

A doutrina tem criticado essa maneira de reparar, que sobrecarrega as Câmaras com pedidos individuais e que implica em que o prejudicado obtenha o patrocínio de um deputado da maioria, para servir de *sponsor*, isto é, para

(8) Cf., vol. 68, n.º 3 (1955), págs. 506/517. Em nota um (1) elencam uma série de autores — entre os quais MAGUIRE, BORCHARD e SHUMATE — que escreveram artigos fundamentais, criticando a irresponsabilidade: *For many years the non responsibility of the sovereign has been the subject of criticism by legal writers.*

apresentar o projeto à Câmara, acompanhar o seu andamento e fazer valer o seu prestígio, com a esperada aprovação, que às vezes fica de uma legislatura para outra.

E além disso, há outros inconvenientes *morais* (para os países latino-americanos seriam hipóteses de *corrupção* e senão o Mundo, pelo menos muita coisa viria abaixo!). Assim, em 1948, um relatório vindo a lume na "Minn. Law Review" (1948, 539/544) fez público o incômodo das despesas "extraordinárias", a que ficam sujeitos por vezes os pretendentes a obter indenização por via legislativa, referindo, como (*pitoresco* e não *escandaloso*, como seria entre nós!) uma hipótese em que o presidente de uma comissão legislativa pediu ao interessado (lesado) uma "pequena soma" de trezentos e vinte dólares, com finalidade de comprar chapéus para os membros da comissão, antes de por ela ser dado parecer favorável. No original, segundo os autores que vimos seguindo (ver, pág. 509, nota 21, do número da "H.L.R.", citado em a nota oito retro): "One example is related in which it was alleged that a committee chairman demanded of a claimant a slight charge of \$320, purportedly to buy hats for committee members, before the claim would be recommended."

Apesar desses inconvenientes, esse método (de atendimento dos prejudicados por via legislativa) continua a vigor em vários Estados da Federação. Em outros, porém — no elevado número de dezessete — existem Colégios Administrativos, de composição diversa em cada Estado — aos quais os prejudicados devem formular seus pedidos de composição de prejuízos. A doutrina aponta inconvenientes nessa técnica: não serem tais órgãos administrativos idôneos para formarem uma jurisprudência, pois seus membros (às vezes leigos) não gozam da estabilidade própria dos magistrados de carreira e varia muito, por isso mesmo, a composição de tais colegiados administrativos. E um inconvenientes: porta aberta para pressões políticas (*an additional opportunity for political pressures*).

Uma minoria de Estados, para obviar a esses vexames e afastar os prejudicados da arena política (*v.g.*, Nova Iorque, Califórnia, Vermont, Kentucky, Arizona, Visconsin, Massachusetts) admite a via judicial. Mas, em geral, com restrições: *a*) interpretam os tribunais restritivamente os textos legais, que lhes atribuem jurisdição contra o Estado ("the acts have been very restrictively construed by the courts"); *b*) as legislaturas conservam largos contrôles ("the legislature retains extensive controls"), pois se reservam votar ou não as verbas destinadas a solver as eventuais condenações, não havendo dispositivo constitucional que as obrigue a fazê-lo.

No que acima se compendiou ressalta a insuficiência manifesta e complexidade evidente do direito norte-americano, no ponto que interessa a êste artigo e só aplausos merece a jurisprudência brasileira, no início da vida republicana, em não seguir o conselho do legislador que organizou a nossa primeira Justiça Federal, a que acima nos referimos (9).

(9) Dificilmente um jurista alemão, francês ou brasileiro poderá deixar de tecer considerações desfavoráveis ao direito norte-americano, no ponto que vimos examinando. Assim, a Sra. BARBARA Y. KARITZKY, doutora por Heidelberg e que passou a viver em Cleveland — no artigo *Die Staatshaftung im amerikanischen*

Mas o *direito suíço*, também influenciou o nosso direito republicano, como acentuava em sessão do Supremo Tribunal Federal o ministro VIVEIROS DE CASTRO (10); no ponto, pôsto que algo superior ao norte-americano, apresenta-se, por igual, deficiente e, por isso, bem andou a nossa jurisprudência em nenhuma atenção dar ao mesmo, ao ter que enfrentar os problemas da responsabilidade patrimonial do Estado por atividades lesivas aos particulares, diretas ou derivadas de atos de seus agentes. Segundo o informe do professor de Bona, Dr. PETER SCHNEIDER, em sua contribuição *Beamtenverantwortlichkeit und Staatshaftung im schweizerischen Recht* (11), a situação do direito suíço há de ser, como na América do Norte, encarada não apenas sob o ângulo federal, mas, outrossim, sob o cantonal.

Traço favorável do direito suíço (nesse aspecto bem diverso do inglês) é que o conceito (para os fins de responsabilidade) de funcionários é amplo, por construção do "Verantwortlichkeitsgesetz", de 9 de dezembro de 1850 (lei de responsabilidade); além de funcionários no sentido restrito, também se estende a juizes e outros altos titulares, bem como a simples trabalhadores da administração federal e, por igual, das suas autarquias. O pessoal militar, que está sujeito a um *status* especial, tem sua responsabilidade regulada no respectivo estatuto.

Esta lei regula, principalmente, a responsabilidade do funcionário "para com a Federação". O particular lesado deve dirigir sua ação contra o funcionário, que, culposa ou ilegalmente, haja prejudicado; mas não o poderá fazer sem antes obter licença do Bundesrat, que fará um exame prévio da boa aparência da pretensão. Se a licença fôr negada pelo Conselho Federal aludido, o particular, como condição de procedibilidade, terá que prestar uma caução

Recht, em que se preocupou com o direito federal norte-americano e vindo a lume no "Archiv des öffentlichen Rechts", vol. 87 (1962), págs. 370/379, observa que o "Federal Tort Claims Act", que teria sido um progresso, pôsto que, expressamente, recusando indenização para avultado número de hipóteses — tem, além disso, sofrido uma interpretação restritiva pela jurisprudência federal, a ponto de ler-se num acórdão de 1956: "The U.S. is immune from suit except as it has consented to be sued. Statutes waiving immunity are construed not only strictly in favor of the Government but narrowly and literally".

Como curiosidade, anota que não tendo a citada lei de 1946 previsto, explicitamente, a ação regressiva, esta não tem sido admitida pela Suprema Côrte.

De tudo que expusemos, parece serem por demais otimistas as palavras de HELY LOPES MEIRELES (*Direito Administrativo*, 2.^a ed., de 1966, pág. 528), quando ensina: "A doutrina da irresponsabilidade está inteiramente superada, visto que as duas últimas Nações que a sustentavam, a Inglaterra e os Estados Unidos da América do Norte, abandonaram-na, respectivamente, pelo *Crown Proceeding Act*, de 1947, e pela *Federal Tort Claims Act*, de 1946. Caíram, assim, os últimos redutos da irresponsabilidade civil do Estado, pelos atos de seus agentes".

Temos, pois, como mais condizente com a realidade a lição de SEABRA FAGUNDES ("O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", ed. de 1957, pág. 205), referindo-se a essa nova legislação anglo-americana: "Ainda assim, o princípio da responsabilidade civil do Estado está longe de alcançar o relêvo, que lhe é geralmente reconhecido".

(10) Ver, *Pandectas Brasileiras*, vol. I, 2.^a parte, pág. 9.

(11) Ver, *Die öffentliche Verwaltung*, 8.^o ano, fascículos 17/18 (1955), páginas 538/542. Todo esse número é dedicado ao problema da responsabilidade do Estado, com vários artigos de professôres da mais alta nomeada.

arbitrada pelo Tribunal, para proteger os funcionários de queixas infundadas (“Um den Beamten vor ungerechtfertigten Klagen zu schützen”) (12).

Pelo artigo 33 da Constituição, o único caso em que o particular pode diretamente demandar a Confederação, por ato de suas autoridades, é quando — em relação a alguns titulares de cargos ou funções importantes — se lhe vê recusada autorização para propor ação de perdas e danos contra os mesmos.

No que toca à responsabilidade por atos danosos das Forças Armadas e de seus membros, o assunto é regulado pela Lei de Organização Militar (MO), de 12 de abril de 1907. Prevalece o princípio de que o soldado (ao cumprir missões militares) apenas ao Comando deve contas. A responsabilidade pessoal só ocorrerá se praticar, dolosamente, danos em serviço ou se os praticar fora da missão, que lhe foi dada. Por isso, essa lei admite a responsabilidade da União, com eventual direito regressivo, pelos danos a terceiros, durante os serviços e exercícios. Uma responsabilidade objetiva, causal, de direito público (*eine öffentlich-rechtliche Kausalhaftung des Bundes*).

No que tange aos funcionários estaduais não há uniformidade de soluções, a maioria tendo leis próprias, salvo os dois Cantões de Uri, Neuenburg, Appenzell e Wallis, que não as fizeram e, por isso, supletivamente a êles se aplica a federal, a que vimos dando atenção.

Em oito Cantões (Zurique, Schwyz, Midwalden, Obwalden, os dois Appenzell, St. Gallen e Tessin) o prejudicado só tem ação contra o funcionário culpado, mas por culpa lata, sendo que no de Tessin se admite, bem como no de Freiburg, a responsabilidade *alternativa*. Nos Cantões de Uri, Zug, Solothurn e Wallis já encontra espaço o sistema da responsabilidade *subsidiária*, e acessória, do Cantão. Nos Cantões de Berna, Glarus, os dois meios-cantões de Basileia (Cidade e Campanha), Neuchâtel e Genebra, a responsabilidade é solidária; já em Lucerna, Schaffhausen, Graubünden e Aargau a responsabilidade é *exclusiva* do Cantão. No de Waadt, dá-se uma singularidade: a responsabilidade do Cantão é mais ampla, pois que o funcionário só poderá ser demandado por danos intencionais ou derivados de culpa grave e essa restrição a êle não se aplica.

(12) Essa lei de 1850 há muito vem sendo julgada digna de reforma pelos juristas helvéticos. Assim, trabalhos de HANS KAUFMANN e CARL OTT, reunidos sob o título *Die Revision des Bundesgesetzes über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten* (Basileia, 1912), consubstanciando as críticas da época, já propunham a reforma da lei, que publicam em apêndice. O segundo desses doutores, escrevendo em francês (pág. 246) sublinhava: “Il est assez difficile de déterminer quelles sont parmi les 44 dispositions de la loi de 1850 celles qui se rapportent à la responsabilité civile. C'est un labyrinthe dont on ne peut sortir qu'en enforçant les parois. Certains articles en effet, semblent au premier abord ne s'appliquer qu'à la poursuite pénale et aux mesures disciplinaires; il faut inférer du contexte qu'elles régissent aussi l'action civile. D'autres, au contraire, auxquelles le législateur renvoi pour la réparation du dommage, ne sont pas susceptibles d'application”.

A lei de 1850 trata, também, de medidas disciplinares (art. 5.º), que aqui não nos interessam e cuja crítica foi feita, na coletânea suso referida, por KAUFMANN (relatório em alemão), que também examina as penas. Sobre estas últimas, no âmbito estadual, a obra a consultar é a de ALFRED MUFF, *Die Strafverfolgung gegen die obersten administrativen und richterlichen Beamten der Kantone* (Aargau, 1948).

Como se vê, bons motivos têm os juristas helvéticos para impugnarem o sistema, se é que de sistema se pode falar, tendo-se em frente essa multiplicidade de soluções.

3. *Nossa jurisprudência também é superior à do direito português.* — O direito português não exerceu nenhuma influência sobre o desenvolvimento do nosso, em tema da responsabilidade de que vimos tratando.

Entre nós, papel de relêvo tem desempenhado a jurisprudência, na construção e evolução do direito administrativo (13), não obstante a opinião contrária do pranteado J. GUIMARÃES MENEGALE (14). Ao menos, no terreno da responsabilidade pecuniária do Estado, isso grita aos olhos, bastando ler os repertórios de jurisprudência.

Em Portugal, a jurisprudência nunca se permitiu exercer êsse papel. Com grande autoridade, MARCELO CAETANO (15), tratando exatamente do nosso problema, adverte que a jurisprudência lusa se mantém nos estritos limites da lei, sendo... "sabido que uma das características do nosso direito público, diversamente do que sucede em França, é o provir da lei e não da jurisprudência dos tribunais administrativos".

Esclarece o ilustre professor e atual governante português que, a parte um ou outro texto de lei particular, o tema da responsabilidade do Estado e de seus agentes há de ser encarado face ao disposto nos artigos 2.399 e 2.400 do Código Civil (hoje abrogado) e artigos 366 e 367 do Código Administrativo de 1940 (relativo à responsabilidade dos concelhos, freguesias e províncias).

Observa — invocando precedentes e a lição de GUILHERME MOREIRA — que pela letra do Código Civil o Estado só responderia, como pessoa moral, nas suas relações de caráter civil, mas já não assim no que toca aos atos de gestão pública e aos de autoridade.

Como progresso, esclarece que o Decreto-lei n.º 19.126 deu nova redação ao artigo 2.399 do Código Civil (de 1867), estabelecendo a responsabilidade do Estado e das autarquias, solidariamente com os seus funcionários, pelos atos que êstes praticarem dentro da sua competência, mas com violação da lei. Mas, pela nova redação, a responsabilidade será apenas pessoal do funcionário (pág. 571) se o ato fôr praticado com incompetência, excesso de poder ou preterição de formalidades essenciais.

Ressalta, pois, ser bem mesquinha aos olhos de um jurista brasileiro tal proteção outorgada ao lesado e, mais ainda, porque parece que aquela pequena vantagem concedida pelo Decreto-lei n.º 19.126 não foi mantida no recente Código Civil Português, de 1967.

Êste, pela letra (e pela letra é que o direito administrativo português se afirma, como suso observado) — do artigo 501 só prevê a responsabilidade

(13) Cf., HELY LOPES MEIRELES, *Direito Administrativo Brasileiro*, edição de 1966, pág. 17; OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I, Rio, 1969, págs. 353/354.

(14) Cf., *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, edição de 1950, vol. I, pág. 32.

(15) Cf., *Manual de Direito Administrativo*, 2.ª edição, pág. 576.

pelo exercício de atividades de gestão privada (“O Estado e demais pessoas coletivas públicas, quando haja danos causados a terceiro pelos seus órgãos, agentes ou representantes no exercício de atividades de gestão privada, respondem civilmente por êsses danos nos termos em que os comitentes respondem pelos danos causados pelos seus comissários”).

Parece claro que nenhuma correspondência existe, no tema da responsabilidade de que vimos tratando, entre o direito brasileiro e o português. Seguimos caminhos diferentes; temos em que o nosso, porém, é o que melhor conduz ao ideal de Justiça e segurança dos direitos individuais. Pode ser mais oneroso para o Erário, mas isso é outra coisa; nada tem que ver com os imperativos da Justiça distributiva, a que o Estado deve homenagem.

4. *O direito francês; sua jurisprudência notável.* — Quando o nosso AMARO CAVALCANTI (op. cit., tomo II, n.º 67 c, pág. 482), faz mais de meio século, se referiu em termos desfavoráveis à jurisprudência francesa ao propósito do assunto que nos interessa, deve ter sido levado mais pelo seu desejo de ver entre nós prosperar um modelo perfeito e abrangedor de plena responsabilidade do Estado — o que não passava entre nós de aspiração — do que, pròpriamente, negar o papel de destaque daquela jurisprudência.

Dizia o nosso especialista, no passo citado: “Para encerrar o capítulo precisamos, todavia, declarar — que a tendência da jurisprudência francesa é, manifestamente, a de amparar os direitos individuais contra as lesões, cometidas pelos representantes ou funcionários do Estado. Mas de um lado, a preocupação tradicional dominante de que os atos administrativos *só podem ser apreciados pela autoridade administrativa*, o que leva a fazer distinções e subdistinções nos atos ou funções públicas, para evitar a interferência do poder judiciário, — e de outro lado, a falta de disposições legais de caráter geral, especialmente reguladoras da matéria, tem dado ocasião a tantas incertezas, senão incongruências ou contradições nas normas seguidas e nas decisões dessa jurisprudência, que jamais poderíamos apontá-la como modelo de boa razão e critério na questão que nos ocupa”.

Fôssem êsses defeitos óbvios, e continuassem êles ainda a persistir, e nem assim se poderia recusar a essa jurisprudência (e qual outra havia, na ocasião ao menos, para com ela ser confrontada?) a grande e pioneira influência exercida entre nós e nos outros países, no seu louvável esforço de, senão enterrar, pelo menos abalar os alicerces do obsoleto e injusto dogma da irresponsabilidade do Estado. Com o Ministro JOSÉ DE AGUIAR DIAS (16), há que reconhecer-se que essa jurisprudência francesa, do Conselho de Estado, é que veio a inaugurar, dando impulso e sistematização, a *fase do direito público*, no que concerne à responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público.

Sem dúvida, pelo princípio da separação rígida entre as autoridades administrativas e judiciárias, tão caro aos juristas da grande Revolução — essa jurisprudência não é a judiciária, como devera ser; mas, por isso mesmo,

(16) Cf., *Da responsabilidade civil*, 2.ª edição, vol. II, n.º 201, pág. 172. Êsse tratado é, como se sabe, a obra de maior autoridade entre nós.

maior o seu mérito, construindo o próprio Conselho de Estado uma jurisprudência independente e evolutiva. Isso talvez como *hodierna* versão do pensamento do *barão de la Brède e de Montesquieu* (CHARLES-LOUIS DE SECONDAT), quando afirmava (17): “La liberté politique dans un citoyen est cette tranquillité d’esprit qui provient de l’opinion que chacun a de sa sûreté; et pour qu’on ait cette liberté, il faut que le gouvernement soit tel qu’un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen”. Como se substituísse “cidadão” por Estado, no tema de reparação de danos...

Partindo do nada, essa jurisprudência chegou à doutrina da “falta do serviço”, para nela fazer repousar a responsabilidade do Estado e suas agências. Se não é satisfatória essa solução — por mais justo e técnico ser reconhecer a responsabilidade causal, objetiva — na prática a diferença é pequena, uma vez a jurisprudência cada dia aumenta o elenco dos casos de responsabilidade, a ponto de o professor J. DE SOTO, da Faculdade de Strasburgo, anotar (18): “La liste des fautes commises par les administrations publiques s’allonge constamment”.

E algumas daquelas distinções e subdistinções, que mereceram as palavras de animadversão suso transcritas — e dentre elas a que distinguia entre *atos de império e de gestão*, hoje sem sequazes entre os nossos juristas — foram pouco a pouco sendo, também, abandonadas pelos juristas franceses. Quanto a êsse famoso esquema, JEAN-MARIE AUBY, ilustre catedrático de Bordéus (19), garante que hoje quase não é mais empregado em França, na discussão do problema da responsabilidade do Estado, conseqüente a danos por atos de império e aos por atos de gestão, pois na verdade inexiste diferença fundamental entre as normas jurídicas, que para ambos valem (“in Wirklichkeit besteht auch kein grundsätzlicher Unterschied Zwischen den rechtlichen Bestimmungen, die für diese beiden Fälle gelten”). Mas observa que há uma certa necessidade científica para a conservação da distinção: a intervenção por ato de império justifica um litígio sobre a sua legalidade que se funda na distinção entre intervenção de acordo com o direito ou “contra-legem” e que objetivará a suspensão do ato ou a declaração da sua nulidade. Já para os danos derivados de atos de gestão não há necessidade de se litigar sobre essa questão prévia.

Mas com o que acima se disse, em defesa da jurisprudência francesa, não pretendemos ocultar que está longe de merecer encômios incondicionados, pois, *no geral dos casos* em que reconhece ao particular o direito de ser indenizado, por atos de império, põe como condição ou fundamento jurídico a ocorrência de erro ou falta da Administração e não a aplicação do princípio da responsabilidade causal ou objetiva. E mais ainda: para a responsabilização são apenas significativas as faltas crassas ou indesculpáveis (AUBY, em sua excelente exposição de síntese, o diz: “Für die Haftung sind nur die

(17) Cf., *De l’esprit des lois*, edição a cargo de Gonzague Truc (Paris, 1949), vol. I, pág. 164 (Livro XI, capítulo sexto).

(18) Cf., “Revue du droit public”, vol. 70, pág. 811.

(19) Artigo sob o título *Die Ersatzleistung für Schäden durch hoheitliche Eingriffe im öffentlichen Recht*, no repertório (pág. 536 a 538) a que nos referimos na nota 11 retro.

größten Fehler gegen die Vorschriften massgebend").), como tais considerádas as em que a autoridade administrativa demonstra desconhecimento dos princípios jurídicos pertinentes, atua com vício de incompetência ou quando a finalidade do ato é ilegítima. Se violados apenas os princípios relativos à forma ou processuais, caberá uma subdistinção, pela jurisprudência francesa: só haverá espaço para a responsabilidade quando ficar inconcusso que, sem o vício, a decisão administrativa não poderia ser tomada. No caso de êrro de fato ou de motivação, há de ser êle inexcusável ou grave.

Acima falamos num "geral dos casos", porque o que se procurou reduzir a sistema vigora no que diz respeito aos casos de vício de ilegalidade. Mas naqueles poucos, em que o ato de império corresponde a uma intervenção legítima e, não obstante, como exceção, a jurisprudência manda indenizar o prejuízo — há particularismos, pois êle é reparado em homenagem ao princípio fundamental da igualdade frente aos encargos e sacrifícios impostos pelo poder público. Aqui, também, a jurisprudência fala em falta do serviço, mas para limitar (com o propósito de não sobrecarregar financeiramente o Erário!) e não mais, segundo a nova doutrina francesa, como fundamento jurídico do dever de reparar, mas sim como condição para restringir a aplicação do aludido princípio da igualdade ("Nach der neueren Rechtslehre ist der Fehler der Verwaltung zwar nicht der Rechtsgrund, wohl aber eine Bedingung, die den Zweck hat, die Anwendung des Grundsatzes der Gleichheit einzuschränken") (20).

Em alguns casos angustiosos, em que a Justiça impõe o dever de reparar, mas em que não se poderia nem de longe falar em falta do serviço, por exceção se tem mandado indenizar. Assim, quando a intervenção por ato legítimo de império, para atingir um fim de interesse comum, umas pessoas, em atenção a outras, venha a prejudicar. Mas se o prejuízo não foi causado com essa qualificação, mas sim ocasionado por circunstâncias exógenas, descaberá qualquer pedido de indenização; será a hipótese da lei de fixação de preços, desde que se presume que ela, única e somente, no interesse geral intervém, sem a finalidade de atingir um determinado fabricante.

Uma das dificuldades que depara a jurisprudência francesa é não poder apreciar da constitucionalidade das leis, como é por todos sabido. E essa situa-

(20) Os professôres franceses, representando a doutrina, têm feito reservas a êsse modo de restringir reparações, para não onerar o Tesouro. Dignas de transcrição as palavras de MARCEL WALINE (*Revue du droit public*, vol. 73, página 191): "Le Conseil aurait-il craint que les demandes d'indemnité ne se multiplient, et en a-t-il redouté les répercussions sur les finances publiques? Il est difficile de supposer que de telles considérations aient pu influencer un juge. Un juge, ayant constaté l'existence d'un préjudice, et l'imputabilité de ce préjudice à la faute du défendeur, ne peut que condamner ce dernier, sans avoir égard aux répercussions possibles de cette condamnation sur le patrimoine du coupable, et, si le coupable est l'État, sur les finances de l'État. Le Conseil d'État n'est pas le gardien du Trésor public, il est l'arbitre entre l'État coupable et les victimes innocentes". Mas convém marcar que, na espécie da crítica, não estava em jôgo a responsabilidade baseado no princípio da igualdade, mas sim uma hipótese, em que foi negada indenização por ato arbitrário, contrário à lei (internação administrativa).

ção perdurará, ao que tudo indica, pelas implicações ideológicas (21), em que a questão é colocada pelos partidos políticos em França. Sempre, desde o século passado, os partidos da direita ou, pelo menos conservadores, é que lá têm defendido, com constância e ardor, o controle constitucional das leis pelo juiz, com precisão observa a laureada da Faculdade de Direito de Paris, no ótimo tratado, que citamos em nota. E essa conotação político-partidária tem sido obstáculo à admissão, pelos constituintes, do controle do tipo norte-americano, da nossa tradição republicana, por ser considerado o juiz, normalmente um *conservador*, inclusive pelas influências do ambiente em que vive e trabalha: "En outre, l'influence des auxiliaires de la Justice, avocats, avoués, en contact étroit et permanent avec les magistrats, déteint fortement sur la mentalité de ceux-ci, qui finalement adoptent les mêmes points de vue et font preuve du même esprit conservateur. Il n'est guère douteux que les juristes forment l'un des éléments les plus conservateurs de notre population. N'est-ce pas déjà renoncer à changer l'ordre social que de résoudre les cas d'espèce, par une simple interprétation littérale de la loi écrite?" Por isso, a Constituição da 4.^a República, do após segunda Guerra Mundial, limitou-se a um passo tímido, criando um "Comité Constitutionnel", que em nada se assemelha com o nosso modelo. E a posterior (de DE GAULLE), de 1958, no artigo 61 instituiu um órgão híbrido, político-jurídico, o "Conseil Constitutionnel", mas que não veio trazer o controle judiciário das leis, do nosso tipo, pois é preventivo e admitido no interesse dos Podêres (manter entre eles a separação de funções estabelecida na Constituição) e não no interesse do respeito aos direitos e liberdades individuais, assegurados na Constituição (22).

Mas tudo isso que se expôs não exclui que o juiz francês ordinário seja chamado, em certas hipóteses, a tutelar o direito do particular lesado: assim acontece quando o Conselho de Estado conclui que não houve ato administrativo propriamente dito, mas sim simples "via de fato". A distinção por vezes é sutil e controvertida, ocasionando conflitos de jurisdição, com perda de tempo, adiando a reparação para dias incertos, com denegação de Justiça. Mas isso se deve imputar, não aos fundamentos propriamente ditos da responsabilidade do Estado, mas sim à existência de uma dualidade de jurisdição, da tradição francesa.

No que toca a insultos à propriedade, a competência normal é do juiz ordinário, por ser via de fato, informa de recente PHILIPPE BRETON (23). Não cabendo na finalidade e nos limites deste artigo fazer um elenco de precedentes jurisprudenciais, como exemplo esclarecedor limitar-

(21) Ver, JEANNE LEMASURIER, *La Constitution de 1946 et le controle juridictionnel du législateur*, Paris, 1954, págs. 11/14/15 e 35.

(22) Cf., M. DUVERGER, *La Ve. République*, Paris, 1959, pág. 152. Uma distinção entre os dois sistemas, nos vários aspectos, depara-se em ANDRÉ HAURIU, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, edição de 1968, págs. 835/836, que chega à mesma conclusão; aliás, opinião tranqüila entre os juristas franceses atuais (ver, JEAN CHATELAIN, *La nouvelle constitution*, 2.^a edição, pág. 180).

(23) Cf., *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée*, Paris, 1964, pág. 55. É o livro fundamental sobre esse aspecto particular, com exaustiva informação sobre casos e uma perfeita apreciação crítica.

nos-emos a lembrar os casos tidos como de *desapropriação indireta*, segundo a exposição dêsse autor, em que — face ao conhecido *princípio da intangibilidade da obra pública*, o juiz não pode mandar destruir aquela feita irregularmente em solo particular não desapropriado, mas sim apenas conceder indenização ao proprietário (págs. 69/71).

5. *O direito alemão atual; seus méritos e controvérsias.* — No tema que interessa a êste artigo, entre nós o ministro AMARO CAVALCANTI (op. cit., n.ºs 72/77) foi quem maior atenção deu ao direito alemão da época, fazendo uma síntese erudita, em que se deixa perceber o entusiasmo e a reverência do autor. Escrevendo nos primeiros anos do século, claro que se ateuve aos expositores do século passado, mas já sublinhando o papel preponderante da doutrina e da jurisprudência alemã, tão importantes como a francesa, construindo a proteção do particular prejudicado, suprindo a deficiência de textos positivos e abalando progressivamente o dogma rigoroso da irresponsabilidade do Estado, a ponto de afirmar já naquela época: “Não é, todavia, com êste rigor, isto é, sob a égide da irresponsabilidade, que os fatos se passam no domínio da jurisprudência, mesmo quando praticados pelo *Estado Poder Público*, como em seguida teremos ensejo de verificar” (n.º 72, *in fine*).

Não é nosso propósito, em face da precisão com que o nosso especialista versou o tema, repetir aqui o que êle informou a respeito do assunto dêste artigo, até o início do século. À sua lição nos reportamos e remetemos o leitor; apenas, com AMARO CAVALCANTI, lembraremos que o Código Civil Alemão (BGB), de 1900, no parágrafo 839 admitiu a responsabilidade dos funcionários, mas, se não incluiu, expressamente, a do Estado — não foi porque na época se considerasse como intangível o dogma da sua irresponsabilidade, mas sim por motivos técnicos (ver, n.º 74, pág. 514), isto é, por “haver triunfado o princípio de que a responsabilidade do Estado-poder público não devia ser incluída entre as regras do direito privado”. O teor do aludido § 839 do BGB convém ser transcrito, pois ainda hoje vigente, como se verá, no curso dêste artigo: “O funcionário que, intencionalmente ou por negligência, viole o dever profissional que lhe impende frente a terceiro, deve a êste reparar o dano causado. Se apenas fôr culpado de negligência, só poderá ser demandado se o lesado não puder obter reparação por outro modo. — Se na decisão de um processo (“*Rechtssache*”) um funcionário viola seu dever oficial, só será responsável pelo dano causado se à infração do dever de ofício fôr cominada uma pena, a ser imposta em ação penal pública (“*wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist*”). Esta disposição não se aplica ao caso de recusa ou demora ilegal de cumprir o ofício. A obrigação de reparar o dano não tem lugar quando, intencional ou negligentemente, o lesado omitiu afastar o dano por uma via legal”.

Acrescentemos que aquilo que, pelos motivos técnicos, não foi reconhecido no BGB, finda a Primeira Guerra Mundial, foi incluído na primeira constituição republicana (de Weimar), em seu artigo 131, como se vê da lição de OTTO MEISSNER (24), que passamos a traduzir para o vernáculo:

(24) Cf., *Die Reichsverfassung*, 1919, págs. 192/193.

“As violações de ofício do funcionário podem, outrossim, produzir consequências jurídico-privadas, tal o dever de compor o dano. Cada funcionário responde pela legalidade de suas ações; daí deflui a obrigação de indenização a danos ilegítimos causados a terceiros. Fundamento jurídico e alcance destas consequências da violação do dever se apuram segundo o direito privado, isto é, os §§ 839 e 841 do BGB; mas por estes não basta qualquer violação do dever para ensejar reparação, eis que esta passa a ser devida apenas quando o funcionário, em relação a terceiro, viola um dever funcional, intencional ou culposamente. Por ação dessa natureza, pela norma civil, é o funcionário diretamente responsável frente ao terceiro prejudicado; a Lei de Introdução ao BGB deixou ao direito estadual tomar ou não o lugar do funcionário; êste desenvolvimento foi levado a termo pela nova Constituição em seu artigo 131, pelo qual, já agora, de modo unitário, para todo o País (*für das Reich*), se transfere para o Estado ou demais entidades de direito público, a cujo serviço esteja o funcionário, com direito regressivo contra êste, mas ao qual não se deve excluir a via judiciária”.

Êsse artigo 131 da Constituição de Weimar, com a assunção do poder pelo nazismo, sofreu a mesma triste sorte que coube a ela: ficou no papel, sem valor prático, embora não expressamente revogado, como não o foi ela. Como se sabe e esclarecem os doutôres (25), através de uma ação semelhante à inglêsa da *Pride's Purge*, do longínquo tempo de Cromwell (sessão de 6 de dezembro de 1648), aos 21 de março de 1933 (data nefasta para o Mundo), por votação parlamentar, em circunstâncias de verdadeiro terror oficial, foram transmitidos a Hitler podêres *absolutos* — o que, na verdade, a Constituição de Weimar não proibia, eis que informada de idéias de Rousseau (com menosprêzo das de Montesquieu), que a experiência tem demonstrado, apesar de racionalmente democráticas, conduzirem, via de regra, à ditadura. Com os podêres absolutos, não havia necessidade de, formalmente, revogar a Constituição; apenas esta deixou de valer como tal, tendo suspensa a vigência dos seus principais mandamentos e os demais tão só vigendo, como se fôssem lei ordinária.

Êsse regime despótico não podia conceder, mesmo por definição, qualquer homenagem aos princípios do Estado de Direito e, declaradamente, contestava a bondade e existência dos direitos individuais clássicos. Por isso, nesse período negro, falar em responsabilidade do Estado não fazia bom eco. Se havia, seria algo como a sombra de uma sombra; e, daí, deixar para o historiador material abundante para marcá-lo como uma página negra da civilização, mas, também, para o jurista uma época de patologia do direito e da Justiça. E êsse material patológico, por sua vez, sendo de interêsse para o jurista, sob vários aspectos, após subjugado o nazismo, pela fôrça das armas das potências democráticas: a) o problema da reparação dos particulares, le-

(25) Cf., CARL J. FRIEDRICH (professor of Government, Harvard University), *Der Verfassungsstaat der Neuzeit* (tradução do Dr. Alfons Mutter), págs. 169/171. Por isso, a respeito do aludido art. 131, poder afirmar-se com HANS J. WOLFF (*Verwaltungsrecht*, 2.^a ed., vol. I, § 63, pág. 315) que o mesmo vigeu até 1949 (“der bis 1949 fortgalt”), isto é, até a nova Lei Fundamental de Bona, cujo artigo 34 tomou o seu lugar.

sados em seus direitos individuais, durante o nazismo; b) a *coexistência de duas ordens normativas*, isto é, a *militar* (tropas aliadas de ocupação) e a *nova constitucional* (Lei Fundamental, de Bona, de 1949), que, durante alguns anos (26), se apresentaram como fontes — simultâneas e autônomas — de direito público interno, não obstante ser isso uma singularidade, contrariar princípios elementares e a regra da experiência da vida (“dois Califas não podem encontrar-se: um dêles há de sucumbir”). Daí, com precisão, o egrégio THEODOR MAUNZ (27) criticar a opinião de alguns, que achavam que o direito editado pelos Comandos aliados, nas respectivas zonas de ocupação, o teria sido na qualidade de fideicomissários (“Treuhänder”) de um pretense Estado alemão (os referidos Comandos não teriam proclamado o direito no próprio nome, mas em nome alemão), uma explicação engenhosa para sair da dificuldade, mas inaceitável, porque a ser assim ficariam sujeitos à nova Constituição (Lei Fundamental, de Bona, de 1949), vinculação esta não reconhecida. Assim, essa singular dualidade de fontes, naquele período, se explica e subsistiu apenas em razão de aplicação de regras do direito das gentes (situação de território ocupado por potências vencedoras da guerra) e remata, ao propósito, o ilustre catedrático de Munique: “Direito de ocupação e direito alemão interno movem-se em dois planos diferentes e são ambos grandezas, que entre si não se podem medir” (*Besatzungsrecht und innerdeutsches Recht bewegen sich auf zwei verschiedenen Ebenen und sind zwei nicht aneinander messbare Grössen*).

Esse período conturbado, todavia, apresenta interesse especial, no tema que diz respeito ao nosso artigo. As potências democráticas, que ocuparam a Alemanha *como vencedoras* incondicionais da guerra (na Itália e França entraram e permaneceram como *libertadoras* e, por isso, deixaram ao poder interno o privilégio de editar regras de direito), de logo depararam a necessidade de prestigiar os direitos individuais, postergados e violentamente feridos, durante o regime nazista (sanções políticas, atentados à liberdade individual, confiscos administrativos, etc.). Assim, a par de Editos tendentes à desnazificação, outra legislação, de natureza urgente, foi editada pelos Comandos Militares, procurando irritar as medidas de discriminação do nazismo, no tangente às liberdades civis e individuais, das vítimas do ódio político e racial daquele regime (claro que para os sobreviventes, porque para os mortos o mais que se poderia fazer era a censura da opinião mundial e levar os responsáveis ao Tribunal de Nuremberg). Mas havia, ainda, o problema dos danos ao direito de propriedade, que muitos perderam, naquele regime, por motivos políticos e, também, sem ser pela via judicial competente; isso, de logo, foi objeto dos Comandos Aliados, que, através do instituto da *Rückerstattung* (restituição), procuraram, de certo modo, amparar os prejudicados, através de procedimento sumário. O Comando americano baixou a lei n.º 59, de 10-11-1947, o inglês a lei n.º 59, de 12-5-1949, o

(26) Essa situação anormal perdurou até maio de 1955, quando as tropas de ocupação passaram à situação de amigos (OTAN) e foi dissolvida a Alta Comissão Aliada (cf., MANGOLDT-KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz*, 2.ª ed., *Einleitung*, V, 6).

(27) Cf., *Staatsrecht*, 3.ª ed., pág. 309.

francês o decreto n.º 120, de 10-11-1947. Pela lei americana (28), os atuais possuidores de bens móveis ou imóveis, que tivessem sido objeto das aludidas medidas arbitrárias, os tiveram que devolver aos legítimos donos; se adquirentes sucessivos, de boa fé, com direito de evicção quanto a seus antecessores. Além de outras sanções, mas que, talvez pelo particularismo do direito norte-americano (a que já nos referimos), de forma alguma se revestem da responsabilidade do Estado, nos termos que vimos examinando. Esta, porém, veio a ser consagrada no artigo 34 da Lei Fundamental de Bona, de 1949, como a seguir se mostrará.

O artigo 34 suso mencionado recita: “Viole alguém, no exercício de uma função pública a si confiada, o dever de ofício em relação a terceiro, a responsabilidade cabe, por princípio, ao Estado ou órgão, a cujo serviço se encontre. Nos casos de dolo ou negligência crassa fica a ação regressiva reservada; a via judiciária regular não deve ser excluída, quer para a ação de indenização, quer para a regressiva” (“Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadenersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden”).

Esse texto trouxe inovação em relação ao artigo 131 acima mencionado, pois não mais fala em “exercício de poder público” (“Ausübung öffentlicher Gewalt”), mas sim — o que é mais abrangedor — em “exercício de uma função pública” (“Ausübung eines öffentlichen Amtes”) e, por outro lado, assegurou o recurso ao juiz ordinário, excluindo o administrativo e o arbitral e, mesmo, o próprio conflito de jurisdição (29).

Mas esse novo artigo, que procurou ser mais claro do que seu antecessor abriu espaço para uma *vetata quaestio*, na doutrina tedesca. Contendo êle a locução adverbial *grundsätzlich* (por princípio) há os que, como HANS J. WOLFF (*op. cit.*, pág. 316), sustentam que continuam em vigor certas leis anteriores, que excluíam a responsabilidade do Estado e só, algumas, admitiam a do próprio funcionário (*v.g.*, lei que fazia depender de reciprocidade a responsabilidade estatal frente a alienígena prejudicado, a relativa aos diplomatas, a pertinente aos serventuários que apenas recebem custas, as limitativas de responsabilidade do serviço do correio, cheques postais, telecomunicações, etc.); mas há doutrina de igual prestígio, que merece a nossa simpatia, como a professada pelos respeitáveis autores do “Bonner Kommentar” (*loc. cit.*), em sentido contrário, dando outro significado à locução, a excluir limitações pela lei ordinária, *tanto mais que*, segundo a opinião comum, o art. 34 não é programático, mas sim direito cogente imediato (“dass er unmittelbar geltendes Recht darstellt”) e válido para a Federação e demais Unidades.

(28) Cf., EWALD KÖST, *Juristisches Wörterbuch*, 3.^a ed., págs. 454/456.

(29) Cf., FRIEDRICH GIESE, *Grundgesetz Kommentar*, 4.^a ed., págs. 67/69; *Bonner Kommentar*, de H. J. ABRAHAM e outros, ao art. 34.

Na doutrina alemã, há um século ao menos, sempre houve juristas que propugnaram por uma direta e primária responsabilidade do Estado, já que este exige obediência (“dar der Staat Gehorsam erheische”) e, pois, deve indenizar o cidadão, como correspectivo (ZACHARIAE, na “Nona Jornada de Juristas Alemães”, em 1871) ou, indo mais avante, o prof. GÖTZ, de Lipsia, na mesma ocasião, preconizando a adoção da teoria do risco.

Mas, na prática legislativa e jurisprudencial, o máximo a que se chegou — adverte o Professor ULRICH SCHEUNER (30) — fazendo companhia aos franceses, austríacos e italianos — foi considerar, como pressuposto do dever de reparar, a culpa da Administração. Mas, nesse ponto, com uma restrição em relação à jurisprudência francesa: esta, se houver concorrente do particular lesado, dá a indenização, repartindo, porém, o prejuízo, segundo os princípios civilísticos. Numa hipótese dessas, como a do transeunte curioso que fica, como espectador, assistindo imprudentemente a polícia atirar numa multidão de amotinados e sai ferido, ou naquela em que o prejudicado, negligentemente, deixa de tomar providências para mitigar o dano, o Estado não responde (“im deutschen Recht schliesst sie eine gleichzeitige Organhaftung aus”). É que, face à redação do artigo 34, a jurisprudência leva em conta os dizeres dos §§ 839 e 823 do BGB, a ponto de o Prof. HANS J. WOLFF (vol. cit., pág. 320) sustentar que... “o artigo 34 da Lei Fundamental é, materialmente, preenchido pelo § 839 do Código Civil Alemão e apenas mudou de destinatário a legitimidade passiva” (“Artigo 34 GG wird also durch § 839 BGB materiell ausgefüllt und verschiebt lediglich die Passivlegitimation.”).

Se nesse aspecto a situação do prejudicado é menos favorável no direito alemão do que pelo francês, aquele faz uso mais antigo de uma reparação em espécie aparentada e a que não se aplica o artigo 34 GG, como linhas abaixo se verá.

Referimo-nos à concessão de indenização por certos sacrifícios impostos a particulares e que, em dadas circunstâncias, autorizam o prejudicado a ajuizar pedido de compensação do sacrifício sofrido (o chamado *Aufopferungsanspruch*); este remédio cobrirá casos de intervenções estatais legítimas, tidas, porém, como conflitantes com o princípio da igualdade frente aos deveres ou encargos públicos, que uma lei prussiana do século passado já mandava compor (31).

(30) Seu artigo *Probleme der staatlichen Staatshaftung nach deutschem Recht*, no repertório citado na nota 11 retro (pág. 549).

(31) Essa lei, segundo o Dr. F. KREFT, juiz federal de Karlsruhe, em seu artigo *Zum Verhältnis von Aufopferungsansprüchen und Amtshaftungsansprüchen*, no repertório citado na nota 11 retro (pág. 517) previa: “O Estado deve indenizar aqueles cujos direitos e vantagens (*Vorteile*) foi forçado, pelo bem comum, a sacrificar”. O direito francês faz também aplicação desse princípio da igualdade perante os encargos públicos (como vimos, através da lição de AUBY) para justificar o dever de indenizar, como exceção à regra aplicada aos comuns. Essa fundamentação é recebida pela jurisprudência francesa e considerada boa pela quase totalidade dos publicistas franceses; no entanto, o douto RENÉ CHAPUS, com apoio em Charles Eisenmann — em seu tratado *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Paris, 1954, págs. 342/346, propugna pela aplicação da teoria do risco, considerando violenta a extensão dada ao prin-

Apreciando êsse instituto do *Aufopferungsanspruch*, tão caro aos juristas tedescos, o professor ULRICH SCHEUNER (32), esclarece que com o artigo 131 da Constituição de Weimar houve quem (Stödter e Furler) pusesse em dúvida a subsistência desse velho instituto, mas o mor da doutrina e da jurisprudência, então como hoje afirma continuar a vigor, como *direito costumeiro* ("als gewohnheitsrechtliche Regel gilt"). Por não ser caso de indenização por desapropriação, nem de perdas e danos pelo artigo 34 GG, a indenização não será plena, mas tão só equitativa ("die hier einen angemessenen Wertausgleich gewährt.").

Como no direito francês, de alto valor e interêsse as contribuições da jurisprudência; neste artigo, porém, não nos propomos a elencar a casuística dos diferentes direitos, mas apenas dar-lhes os traços principais, no tema que nos interessa. E isso pensamos ter conseguido, em modesta síntese, fazer quanto ao atual alemão, concluindo com a observação de que o artigo 34 GG traz a vantagem de elevar a garantia constitucional o princípio da responsabilidade do Estado, mas, por outro lado, dados os seus dizeres, será um obstáculo a que, na Alemanha, venha a florescer o princípio da responsabilidade causal, objetiva ou aquela teoria defendida perante a "Nona Jornada de Juristas Alemães", de 1871, a que fizemos anterior referência.

6. *Ligeira apreciação dos direitos austríaco e italiano.* — Não obstante ser notável a contribuição dos austríacos para o conhecimento e progresso dos vários ramos do direito, só muito recentemente é que vieram a promulgar legislação, enterrando o velho dogma da irresponsabilidade do Estado (33). Seu Código Civil, um dos mais antigos (1811), nada previa, quer mesmo quanto à responsabilidade pessoal dos funcionários; aliás, um decreto real de 14 de março de 1806 determinava a proibição de serem demandados, por suas ações oficiais, os funcionários perante a jurisdição civil. Essa situação foi, em parte, mitigada por certas leis particulares, mas só a Constituição republicana de 1920, inspirada na de Weimar, é que, no artigo 23, veio a admitir o princípio da responsabilidade do Estado, mas sem alcance prático: interpretou-se não ser auto-aplicável o artigo, mas tão só programático, dependendo de legislação ordinária. Êsse artigo, finda a Segunda Guerra Mundial, teve sua redação modificada pela Novela de 1949 e, finalmente, veio a legislação almejada: o *Amtshaftungsgesetz* (AHG), de 18 de dezembro de 1948, prevendo a responsabilidade do Estado. Uma lei administrativa de 1952 ("Verwaltergesetz 1952"), em seu § 13, prevê, também, a responsabilidade

cípio referido, que, na origem, apenas pretendeu abolir os privilégios feudais, no que tocava aos encargos fiscais.

(32) Na coletânea *Verfassungsschutz des Eigentums*, Tübingen, páginas 104/108.

(33) Sôbre o que afirmamos aqui, quanto ao direito austríaco, conferir: Prof. LUDWIG ADAMOVICH, presidente do Tribunal Constitucional, *Verwaltungsrecht*, 5.^a ed., vol. I, págs. 285/290; Dr. HANS KAPPER, ministro da Justiça e vice-presidente do Superior Tribunal de Justiça, *Das Allgemeine bürgerlich Gesetzbuch*, edição de 1963, onde (págs. 1.781/1.790) transcreve a nova lei de 18 de dezembro de 1948 (AMG), regulando a responsabilidade do Estado e indica as soluções jurisprudenciais.

pessoal dos administradores, pelos danos que, culposamente, com violação do dever, ocasionarem ("Die öffentlichen Verwalter haften für jeden aus schuldhafter Pflichtverletzung entstandenen Schaden.").

Pelo § 1.º do AHG suso referido, o Estado Federal ou os Estados da Federação e demais entidades públicas respondem pelos danos dos seus funcionários ("ihre Organe handelnden Personen") causados a patrimônios ou à pessoa, na execução das leis através de um procedimento ilegítimo, mas sempre com culpa causados ("wem immer schuldhaft zugefügt haben"). Vê-se do texto claro do parágrafo que o legislador austríaco recente se filiou ao critério arcaico da culpa do funcionário, como pressuposto para ensejar a demanda do lesado contra o Estado; e, restringindo ainda mais contra o particular, prevê que o funcionário não responda frente ao lesado ("dem Geschädigten haftet das Organ nicht"). A indenização será sempre em dinheiro.

Como ponto favorável do parágrafo, ressalte-se ter êle deixado expresso que o funcionário, para os fins da lei, será qualquer pessoa física, quando atuar na execução das leis — Justiça inclusive (mas a jurisprudência já decidiu que um perito judicial não o será tal) —, que tenha sido investido em caráter permanente ou não ou mesmo para o caso concreto, mesmo que tenha sido contratado pela lei trabalhista ou civil. Também interessante o § 2.º, quando diz não ser necessário ao prejudicado indicar *qual* o funcionário causador do dano para propor a ação; basta fazer a prova de que o dano foi causado por *um* funcionário. Mas não haverá espaço para a ação se o lesado, por meio jurídico, pudera ter impedido, através do Tribunal Administrativo, a ocorrência do seu prejuízo. E, antes de propor a ação — da competência da Justiça ordinária (§ 9.º) — o prejudicado deve ter pedido reparação pela via administrativa e só se não lograr bom êxito, no todo ou em parte, é que poderá recorrer a Juízo, marcando o § 8.º três meses para a Administração responder à sua reclamação, que há de ser escrita. Se o prejudicado fôr estrangeiro, só gozará da proteção dessa lei no caso de reciprocidade internacional (§ 7.º).

O parágrafo 3.º prevê a ação regressiva, devendo pelo § 10.º o funcionário ser notificado pelo réu da ação proposta, podendo êle intervir no processo *ad adjuvandum* ("als Nebenintervenienten beitreten").

Êstes os pontos principais da nova legislação austríaca, que, com ela, se afastou do dogma da irresponsabilidade do Estado, embora dentro de certos limites, como vimos.

De maior interêsse para nós a posição *italiana*, no tema do nosso artigo, sabida que é a grande autoridade que entre nós sempre mereceram seus eminentes mestres de direito administrativo, ontem como ainda hoje. Pôsto não seja exato que a respeito os italianos hajam procurado imitar os mesmos princípios adotados pela jurisprudência francesa, como alguns autores afirmam — e essa Justiça se deve fazer aos italianos, como já advertia o nosso AMARO CAVALCANTI (*op. cit.*, vol. II, n.º 78, pág. 533) — o certo é que a jurisprudência italiana tem chegado a conclusões paralelas à francesa.

A distinção entre atos de império e de gestão tem-lhe sido bastante cara, ainda encontrando defensores do porte de um RENATO ALESSI, autor que, contemporaneamente, melhor tem versado o tema do nosso artigo, em ita-

liano (34). Em obra mais recente, publicada já no regime da nova Constituição republicana (35), defende a distinção, apenas criticando a consequência de parcial irresponsabilidade da Administração, que de tal distinção se pretende extrair: “la siffatta distinzione... ha la sua ragion d'essere, como sappiamo, appunto in vista della diversa regolamentazione giuridica; il torto della dottrina qui criticata fu di aver applicato la distinzione in esame a limitare il campo della responsabilità dell'amministrazione in base alla pretesa incompatibilità tra sovranità e responsabilità, tra l'esercizio del potere di impero o possibilità di essere soggetto ad una manifestazione del potere stesso e ad una declaratoria giudiziaria di responsabilità emanata a favore di uno dei soggetti al potere suddetto”. Assim como o professor AUBY (como mostramos ao versar o direito francês) também há na Itália, quem, com idéntica autoridade, defenda a distinção tão do desagrado dos juristas brasileiros.

Outro ponto em que o direito italiano — mesmo após a atual Constituição — se mostrou semelhante ao francês, foi no basear a responsabilidade do Estado no conceito de culpa da Administração. Isso por obra da jurisprudência, que, por isso mesmo, não admitia a chamada responsabilidade indireta (“la giurisprudenza é tuto ramolto restia ad ammetterne la possibilità nel caso degli enti pubblici”, observa ALESSI, op. cit., pág. 47). Mas, em doutrina, sempre houve grandes nomes, defendendo a responsabilidade objetiva e sem os limites aludidos (36), como o próprio ALESSI.

Com a Constituição da República, de 1948, o instituto que nos interessa sofreu um progresso, por haver sido incluído no texto constitucional, mas que, por sua vez, criou novos problemas de interpretação.

De fato, o art. 28 — classificado como “uno dei più profondamente rivoluzionarii di tutta la Costituzione” (37) — passou a preceituar: “Os funcionários e os dependentes do Estado e dos entes públicos são diretamente responsáveis, segundo as leis penais, civis e administrativas, pelos atos praticados com violação dos direitos. Em tais casos a responsabilidade civil se estende ao Estado e aos entes públicos”. Ao par desse artigo, há o não menos importante 113, que recita: “Contra os atos da administração pública é sempre admitida a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos perante os órgãos de jurisdição ordinária e administrativa. — Tal tutela jurisdicional

(34) Autor de obra já clássica, de leitura obrigatória, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, dois volumes (Milão, 1939/1941).

(35) Cf., *Diritto amministrativo* (Milão, 1950), vol. II, págs. 67/68. Quando no texto nos referirmos a esse professor de Parma, sem outra indicação, estaremos considerando este volume.

(36) Assim: SANTI ROMANO, em famoso artigo de polêmica de 1903 e republicado em *Scritti Minori* (Milão, 1950), vol. II, págs. 157/169; ORLANDO, em artigo de 1893 (*apud* GUIDO ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 4.^a ed., vol. I, pág. 306, nota 3). Todavia outros professores defendiam a bondade dessa jurisprudência, pela qual o Estado não responderia pelos atos de seus prepostos (responsabilidade indireta), como, p. ex., FRANCESCO D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 3.^a ed. (1943), vol. II, n.º 481, pág. 242, e LUIGI RAGGI, *Diritto amministrativo* (lições), vol. II (Gênova, 1947), pág. 195 (contra a responsabilidade objetiva) e pág. 202 (exigindo o exame da culpa, mesmo no caso de responsabilidade direta).

(37) Cf., GASTONE BASCHIERI e outros, *La Costituzione Italiana* (1949), pág. 168.

não pode ser excluída ou limitada a particulares meios de impugnação ou para determinada categoria de atos. — A lei determina quais órgãos de jurisdição podem anular os atos da administração pública, nos casos e com os efeitos previstos na própria lei”.

De imediato se nota que êsses artigos abriram novos horizontes para o problema, de que vimos tratando. Mas, por sua vez, deram espaço a repartições na doutrina; assim, quanto a êsse último artigo, há os que sustentam (38) que os próprios atos políticos do Governo ficam sujeitos ao contrôlo da jurisdição administrativa e os que, como BASCHIERI (*op. cit.*, pág. 377), com fulcro em AMORTH, dizem que não.

Outra divergência, com maior repercussão na prática, é relativa ao artigo 28. Fundando-se na sua má arrumação, os citados BASCHIERI e companheiros de comentário, acham que (*op. cit.*, pág. 170) a responsabilidade do Estado é, apenas, *subsidiária*; responsável *primário* será o funcionário. Já o mencionado RENATO ALESSI (vol. cit., nota 1 à pág. 46), invocando os trabalhos preparatórios, o artigo 113 e o sistema, sustenta que não será assim que se deverá interpretar o artigo 28.

Duas coisas são certas: com a República o direito italiano evoluiu, no sentido de uma maior responsabilidade do Estado; mas, como observa CINO VITTA (39), encerrando o seu precioso tratado, na prática continua a haver muitas incertezas (“le incertezze in pratica sono state molte”).

7. *A superioridade do direito brasileiro.* — Quando CARLOS MAXIMILIANO (40), comentando o artigo 194 da Constituição de 1946 (que tratava da responsabilidade, que vimos versando) dizia ser a nossa lei “adiantadíssima neste particular” — disse algo que de logo se apura exato e justo, confrontando o direito pátrio, no pertinente, com os dos países ditos cultos e que acabamos de expor, nos números anteriores. Pode-se, até, dizer que o princípio da responsabilidade do Estado é um filho querido da nossa República, passando a integrar uma daquelas decisões fundamentais e, por isso mesmo, sobranceiras às vicissitudes e borrascas da nossa labilidade constitucional.

A primeira Constituição republicana não era infensa a adoção dessa responsabilidade entre nós, como já inicialmente pensamos ter demonstrado e, por isso, a jurisprudência, pouco a pouco, a foi construindo. A segunda Constituição republicana (1934), democrática e oriunda de uma Constituinte, a reconheceu em termos expressos (artigo 171 e seus parágrafos), prevenido a responsabilidade solidária dos funcionários públicos e da Fazenda, mas exigindo que na ação proposta contra o Fisco o funcionário fôsse citado como litisconsorte e (§ 2.º) “executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá a execução contra o funcionário público” (41). Essa exigência de citar-

(38) Cf., G. BALLADORE PALLIERE, *Diritto costituzionale*, 1949, n.º 134, página 324.

(39) Cf., *Diritto amministrativo*, 3.ª ed. (1950), vol. II, pág. 741.

(40) Cf., *Comentários à Constituição*, 4.ª ed. (1948), vol. III, pág. 255.

(41) *Data venia* ininteligível a lição de TEMÍSTOCLES CAVALCANTI (*A Const. Federal Comentada*, ed. de 1949, vol. IV, pág. 192), contrária à letra do § 2.º e admitindo um absurdo *bis in idem*: “quanto a êste último ponto, convém lembrar

se o funcionário como litisconsorte desnaturou, em parte, o instituto da solidariedade, pelo qual, pelo direito comum, o credor não precisa de demandar todos os devedores; ficou expresso, justamente por ser um desvio, que, por critério de oportunidade, o constituinte resolveu editar (mais técnico seria fazer como o legislador austríaco recente: obrigar a Administração a convocar o funcionário, *ad adjuvandum tantum*).

Sem ser uma solução ideal ou, ao menos de técnica perfeita, força é reconhecer que, na época, já foi uma solução de progresso; o artigo da Constituição de Weimar, como vimos, era de menor alcance e outro modelo não havia para inspirar o nosso constituinte. A solução impôs-se à própria Ditadura, eis que — excluindo a obrigatoriedade do litisconsórcio e omitindo referência à ação regressiva — a Carta de 1937, em seu artigo 158, recitava: “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”.

Ambas, porém, com a referência a prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos, dificultando a jurisprudência no reconhecer a responsabilidade causal, objetiva, do Estado, como propagado pela mais respeitável doutrina, entre nós.

O grande passo à frente veio a ser dado pelos Constituintes de 1946, eis que a Constituição de 1946, no artigo 194 preceituou: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. E o respectivo parágrafo único: “Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

Antes de nos determos no passo avante contido no *caput* do artigo, seja-nos lícito demorarmo-nos sobre a ação regressiva, que mereceu palavras de reserva do insigne PONTES DE MIRANDA (41-A), para quem, por ela, os interesses do Estado passaram “à segunda plana — não há litisconsórcio necessário, nem solidariedade, nem extensão subjetiva da eficácia executiva da sentença contra a Fazenda nacional, estadual ou municipal, ou contra outra pessoa jurídica de direito público interno” (grifos nossos). Assim é, sem dúvida, porque o corpo do artigo, como veremos, teve em mira justamente alargar a responsabilidade do Estado, considerando-a primária e afastando os inconvenientes dos textos constitucionais anteriores.

Quanto à referência por nós sublinhada, é difícil de deparar precedente entre nós. Embora não esteja na finalidade deste artigo catalogar julgados, de uma pesquisa só nos sobrou um — interessantíssimo, pela singularidade da espécie e da fundamentação, a merecer a atenção da crítica especializada.

que a idéia de solidariedade, na prática, não excluía de todo a ação regressiva, pela dificuldade de liquidar-se na própria ação (mas *liquidar-se* não significa apurar na execução?), a responsabilidade atribuída ao Estado e ao seu funcionário”.

Na verdade, pela letra do *caput* do artigo, a responsabilidade primária seria do funcionário e, não existisse a referente à solidariedade, a Fazenda só poderia ser demandada, subsidiariamente.

(41-A) Cf., *Comentários à Constituição*, ed. de 1947, vol. IV, pág. 169.

Trata-se de acórdão relatado pelo ilustre desembargador EDUARDO JARA (42), da 1.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, que passamos a focalizar. Vê-se do Relatório que contra o Estado da Guanabara foi proposta uma ação de perdas e danos, por "atos de pilhagem pela multidão, no mercado de São Sebastião, no dia 5 de julho de 1962". Vê-se ainda do fiel Relatório: "O Governo Federal (fls 120-124), através de seus servidores à época, organizaram e provocaram os acontecimentos criminosos, quando se celebrou o chamado Comando Geral dos Trabalhadores"

O Estado da Guanabara pediu a citação da União Federal, mas, quer o juiz, quer o acórdão, não o atenderam, condenando-o a indenizar, por ser seu dever constitucional garantir a propriedade, cabendo-lhe organizar sua Polícia, para a qual todos concorrem, através de tributo para sua manutenção. No que tange à citação da União, lê-se no acórdão: "Não há porque compêlir o particular a citar a União como responsável, em razão da área de atrito, outrora, entre o Governo da União e o do Estado. A êste é facultado o direito regressivo, se fôr o caso, e demonstrar a ocorrência da força maior que impossibilitou a contenção do saque".

Esse acórdão, ao que nos consta, o único que prevê uma ação regressiva contra outra entidade de direito público interno, não obstante o parágrafo único constitucional só referir tal ação "contra os funcionários causadores do dano". Aliás, o tema da ação regressiva, no que toca ao âmbito federal, só diz respeito aos funcionários, como está no parágrafo e diz a lei ordinária (lei n.º 4.619, de 28-4-1965).

Outro ponto, em que o questionado parágrafo deixou espaço para divergência de opiniões, é o de ser lícito ao lesado demandar, simultaneamente, o Estado e o funcionário causador do dano. A nosso ver acertado o acórdão paulista (43), tanto mais que o princípio é o da escolha de ações pela vítima (44). Mas, em sentido contrário, vencido o eminente ministro HAHNE-MANN GUIMARÃES (45), decidiu o Supremo Tribunal Federal, em caso catarinense, isto é, pela negativa.

Quanto ao *caput* do artigo não pode o intérprete obscurecer que êle se afastou dos limites, que os textos anteriores, de certa forma, permitiam defender. Os constituintes receberam a influência de luminosos votos no Supremo Tribunal Federal, proferidos pelos ministros OROSIMBO NONATO e FILDDELFO AZEVEDO, ainda no regime da Carta de 1937 e que, com cópia de argumentos, se afastavam do critério civilístico da culpa (46). Aliás, contemporaneamente a aquêles votos, um aresto unânime, pouco citado, mas muito preciso, relatado pelo ministro JOSÉ LINHARES (47), expressamente afirmava que "a teoria vencedora, hoje em dia, é a do risco integral".

(42) Ver, "ap. civ.", n.º 40.928, na *Rev. Jurispr. Trib. Just. G. B.*, vol. 14, págs. 175/176.

(43) Cf. *Revista dos Tribunais*, vol. 177, pág. 853.

(44) Cf., RENÉ CHAPUS, op. cit., págs. 219/220.

(45) Cf., *Revista de Direito Administrativo*, vol. 31, págs. 282/285.

(46) Tais votos estão bem resumidos em AGUIAR DIAS (volume citado, páginas 177/180).

(47) Cf., "ap. civ." n.º 7.946 no *Diário da Justiça*, de 5/I/1943, suplemento, pág. 3.

A nosso ver, êsse acórdão é que bem antecipou aquilo que veio a ser legislado no artigo 194. Não ignoramos que não pensa assim o ilustre professor HELY LOPES MEIRELLES (*op. cit.*, pág. 531), fundado num livro de 1933, de um filósofo do direito francês (Jean Defroidmont), direito êsse que não tem o nosso texto constitucional e que, apesar do alto valor que já lhe reconhecemos, não pode servir-nos mais de modelo (como, aliás, já com algum rigor destacava AMARO CAVALCANTI).

Não podemos aderir à lição do professor paulista, que passamos a reproduzir: “*A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniqüidade social. Por essa fórmula radical a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí porque foi acoimada de “brutal”, pelas graves conseqüências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza. Essa teoria jamais foi acolhida entre nós, embora haja quem sustente a sua admissibilidade no texto do art. 194 da Constituição Federal vigente. Contestamos formalmente êsse entender, que se desgarra da doutrina acolhida pelo nosso direito e se divorcia da jurisprudência que se formou acêrca do citado dispositivo constitucional, consagrador da teoria objetiva, mas sob a modalidade do risco administrativo e não do risco integral.*” (48)

A afirmativa de que essa tese “se divorcia da jurisprudência que se formou acêrca do citado dispositivo constitucional” não pode ser recebida. Ao contrário, vê-se que, no Supremo Tribunal Federal, a ela se converteram antigos opositores. Assim é que, no “recurso extraordinário”, n.º 52.311, de que foi relator o saudoso ministro RIBEIRO DA COSTA (49), julgado em sessão de 30 de abril de 1963, êste expressamente declarou que *mudava de opinião anterior* e, por isso confirmava o acórdão recorrido, norte-riograndense, cuja ementa dizia: “A Constituição Federal, em seu artigo 194, adotou a teoria do risco, para o ressarcimento dos danos causados pelos funcionários públicos, bastando para a configuração da responsabilidade civil do Estado no evento danoso, apenas, a verificação do dano, a condição de funcionário causador do prejuízo e que tenha êste agido na qualidade de órgão da Administração.” O Relator houve por bem de, em seu voto, fundar-se na sentença do juiz singular, cuja argumentação erudita recebeu como razão de decidir e a referida sentença, por inteiro lida e transcrita no voto do Relator,

(48) O ilustre professor e político paulista escreveu essas linhas transcritas, criticando a interpretação dada ao art. 194 por seus conterrâneos MÁRIO MASAGÃO (*Curso de Direito Administrativo*, 1960, pág. 323) e OTÁVIO DE BARROS (*Responsabilidade Pública*, 1956, pág. 103), que a nosso ver merece acompanhada.

Também nós, em nossa *Constituição Anotada*, Rio, 1957, vol. III, pág. 79, assim concluímos, pois o *caput* fala em danos e prevendo — vê-se do parágrafo — casos de indenização sem culpa do preposto. Posteriormente, em *acórdão* da 4.ª Câmara Cível, de que fomos relator, demos igual interpretação ao art. 194, que se contenta com a responsabilidade causal e objetiva, tendo tido a honra da adesão dos eminentes desembargadores OSCAR TENÓRIO e SALVADOR PINTO, também participantes do julgamento (ver, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça*, GB, vol. 18, pág. 263).

(49) Cf., *Arquivos do Ministério da Justiça*, n.º 88, págs. 141/143.

expressamente se refere, com arrimo em PEDRO LESSA, à teoria do risco integral. Esse julgamento é significativo, porque nêle tomaram parte, sem qualquer ressalva, os eminentes ministros VILAS BOAS, VICTOR NUNES LEAL (cuja autoridade em direito público é por demais sabida) e HAHNEMANN GUIMARÃES, êste último também convertido à correta inteligência do artigo 194, eis que, anteriormente, se filiava à doutrina da culpa (50), sustentando: "A responsabilidade do Estado por atos dos seus servidores pressupõe a injúria objetiva e a subjetiva; consiste esta na culpa do agente da administração pública".

Nem é exato que a fórmula seja radical e que, por ela, a Administração fique obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. No direito civil, que é o direito comum, já se pôs o problema e o prof. Dr. A. HOMBERGER (51), tratando justamente, da responsabilidade causal (*Kausalhaftung*), dá a fórmula corretiva: "Ocorram circunstâncias, pelas quais seja responsável o lesado, que tenham influído na gênese ou no agravamento do dano, deve o juiz diminuir ou de modo tal relevar o obrigado do dever de indenizar" ("...so soll (kann) der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden").

O que não nos parece é que êsse texto constitucional possa servir para fundamentar pedidos de danos, que não sejam oriundos de atos da Administração. Tais danos podem vir a ser indenizados, mas por outros princípios, não sendo o sistema infenso a que o legislador, em determinadas hipóteses, preveja a indenização (caso da revisão criminal, admitida no art. 630 e seu § 1.º do Código de Processo Penal) ou que a jurisprudência dos tribunais a venha reconhecer devida, como inferência das garantias da igualdade e da propriedade, como o fazem os juizes franceses e é de velha prática entre os alemães (*Aufopferungsanspruch*), com os requisitos que expusemos ao tratar daqueles dois direitos continentais europeus. Êsses casos, não incluídos no artigo 194 e seu parágrafo, não se resolvem pela responsabilidade causal, objetiva, pela aplicação da teoria do risco, mas sim como corolário daqueles outros princípios, como não se resolve pelo artigo 194 e seu parágrafo o dever de indenizar, conseqüente à desapropriação ou quando a União presta auxílio, em casos de calamidade pública. Outros textos e princípios constitucionais é que, nessas hipóteses, estarão em jôgo.

Vê-se, pois, que a Constituição de 1946, entre nós, é que nos colocou, no tema que ora nos preocupa, na posição de termos um direito dos mais

(50) Cf., acórdão no "rec. extr." n.º 4.622, no *Diário de Justiça*, de 9/IV/1948, apenso, pág. 1.200.

(51) Na separata de *Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins*, 1930, ("Erstes Heft"), págs. 50-a/51-a. Na mesma publicação (págs. 83-a/85-a) a lição do Dr. MAX PETITPIERRE: "La règle d'après laquelle le dommage imputable exclusivement au lésé, ce qui suppose l'inexistence d'un lien de causalité adéquate avec une circonstance autre que la faute de ce dernier, doit être supporté par lui, est applicable dans tous les cas de responsabilité causale... En cas de faute du lésé, la responsabilité causale n'est pas nécessairement exclue, mais il faut tenir compte, comme dans le cas de fautes concurrentes du lésé et du défendeur, des différents éléments qui sont rattachés au dommage par un lien de causalité".

justos e evolutivos, isto é, “adiantadíssima neste particular”, na frase suso-lemburada de CARLOS MAXIMILIANO.

E com um sentido de permanência, tanto assim que o Diploma Constitucional de 1967 e a mais recente Carta Constitucional de 1969 — que moldaram, na forma e na substância, outros direitos — a respeito nada modificaram de substancial, limitando-se a piorar a redação.

De fato, lê-se no Diploma de 1967, de tão curta duração, em seu artigo 105: “As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. E no § único: “Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”. A Carta vigente, de 1969, no seu artigo 107 e § único, corrigiu no *caput* o tempo de ambos os verbos, pondo-os no futuro e, no parágrafo, tão só reproduziu o texto anterior.

Nada de novo, como se vê. Mas algo de novo e censurável se fez, nesse meio tempo, através de lei ordinária, da lavra do prof. GAMA E SILVA, então Ministro da Justiça e que, nos últimos dias da sua gestão, referendou o decreto-lei n.º 1.030, de 21 de outubro de 1969, editado pelos Ministros Militares, modificando o artigo 882 do Código de Processo Civil, acrescentando-lhe o seguinte parágrafo único: “Se proposta ação rescisória, ficará sobrestada em relação à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, a execução da sentença rescindenda referente a domínio ou posse de imóveis, ou a reclassificação, equiparação ou promoção de servidor público civil ou de militar, desde que a parte autora fôr uma daquelas entidades”.

Esta lei constitui um ponto negativo no nosso sistema, eis que — contrariamente ao previsto no austríaco recente — não temos preceito que diga que a reparação há de ser sempre em dinheiro. Assim, entre nós, se o ato arbitrário da Administração tiver consistido na retenção indevida da coisa particular ou na sua ocupação irregular, o prejudicado tem direito a que o juiz não só condene a pessoa jurídica de direito público nas perdas e danos que couberem, mas deverá mandar fazer a restituição. Por essa nova lei *Gama e Silva*, apesar de esgotados todos os recursos e de transitada em julgado a sentença, não poderá o particular executá-la, se proposta ação rescisória pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Aqui, em termos de técnica, de logo é de estranhar que os Municípios tomem a dianteira, na enumeração dos favorecidos pela lei, ao Distrito Federal; mas, em termos de técnica, também, que se omitam os Territórios Federais. Ainda em termos de técnica: que não ocorra êsse sobrestamento, pendente recurso de revista ou extraordinário, que não têm efeito suspensivo quanto à execução (mas que, enquanto não decididos, impedem a propositura de ação rescisória, como se sabe) e tal efeito venha a ser dado muito depois. Mas já não é em termos de técnica apenas que se há de desapreciar tal lei, mas sim por violadora do princípio da igualdade das partes no processo — ligado à garantia individual da igualdade perante a lei, em que repousa tôda a concepção democrática — uma vez que a lei não dá tal efeito suspensivo, quando autor da rescisória fôr o particular vencido e que terá que sujeitar-se à execução. Para a malfadada lei pouco vale o postulado da igualdade jurídica funcional (*Funktionelle*

Rechtsgleichheit), mas que a lição dos doutos diz ser vinculativo para o Estado e para os súditos (*für Herrscher und Untertanen*) (52).

Mas se a LEI CONSTITUCIONAL em vigor continua recitando (artigo 153, § 3.º) que *a lei não prejudicará a coisa julgada*, essa lei Gama e Silva com essa garantia individual não se coaduna, porque negar efeito executório o mesmo é que contestar a garantia de autoridade da coisa julgada (53).

É uma lei inconstitucional, que precisa ser revista e excluída do nosso corpo de leis.

(52) Cf., Dr. SIMON FRICK, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Aarau, 1945, págs. 143/144.

(53) Cf., EDUARDO J. COUTURE, *La constitución y el proceso civil*, Buenos Aires, 1948, pág. 89: "El contenido de la jurisdicción no se reduce a la actividad cognoscitiva de la misma sino también a su actividad ejecutiva. Conocimiento y declaración sin ejecución es academia y no justicia; ejecución sin conocimiento es despotismo y no justicia. Sólo un perfecto equilibrio entre las garantías del examen del caso y las posibilidades de hacer efectivo el resultado de ese examen, da a la jurisdicción su efectivo sentido de realizadora de la justicia".

O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS RECURSOS DE OFÍCIO CRIADOS PELA LEI N.º 1.521, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1951

(Tese apresentada ao IV.º Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins realizado na cidade do Recife e que, defendida oralmente pelo autor, foi aprovada, em assembléia plenária, contra o voto isolado e único do juiz Italo Galli, do Tribunal de Alçada de São Paulo).

LEOPOLDO BRAGA
Procurador-Geral da Justiça do
Estado da Guanabara

SUMÁRIO: I — É princípio tradicional, assente e pacífico no Direito brasileiro, o de que, nos crimes de ação pública, a instauração da ação penal é de iniciativa própria e competência privativa do Ministério Público. Conseqüentemente, também lhe pertence a inauferível competência para discernir e deliberar sobre os *arquivamentos* de inquéritos policiais ou peças de informação. II — A independência do Ministério Público — base de sua autonomia funcional — é, hoje, um postulado de direito público e constitui prerrogativa orgânica, inerente à natureza e ao fim da instituição, condição de sua própria existência e funcionamento. III — Nenhum órgão da Magistratura tem a legítima competência para *impor* a propositura da ação penal ao Ministério Público quando este se julga sem condições para fazê-lo e requer o arquivamento do inquérito. Só o Procurador-Geral da Justiça, como Chefe do Ministério Público, tem hierarquia e competência legal para, em tal hipótese, apreciar e rever o ato do Promotor Público, na conformidade do disposto no art. 28 do Código de Processo Penal. IV — Injurídico é, pois, o aresto de órgão do Poder Judiciário que, dando provimento a recurso de ofício interposto por Juiz de primeira instância com fulcro no art. 7.º, *in fine*, da Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951, "*determina*" que o Ministério Público *promova a ação penal*. V — A nova legislação penal consagra esta orientação, conforme o evidenciam o Código de Processo Penal Militar e o projeto de Código de Processo Penal, de futura e próxima vigência. VI — Conclusão. A disposição do art. 7.º, *in fine*, da Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951, com o preceituar que os juizes recorrerão de ofício... "*quando determinarem o arquivamento dos autos do respectivo inquérito policial*", há de ser, necessariamente, interpretada e aplicada em harmonia com os princípios e normas de direito que asseguram a *autonomia* e a *competência* do Ministério Público. Assim, o provimento do recurso de ofício, em tais casos, não pode ter como *efeito* jurídico legal a *imposição*, pelo Tribunal *ad quem*, ao Ministério Público, de propor a ação penal; mas, sim, o de negar *definitividade* à decisão recorrida, até que — submetido o ato do Promotor Público a reexame e deliberação do órgão para tal fim *competente*, que é o Procurador-Geral da Justiça — decida este, e só ele, se deve ser oferecida a denúncia, ou mantido o pedido de arquivamento, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal.

I

1. Constitui, sabidamente, um princípio tradicional e pacífico no direito brasileiro — consubstanciado na lei e prestigiado pela doutrina, tanto quanto pela

jurisprudência — o de que, nos crimes de *ação pública*, a instauração da ação penal é, em regra, de iniciativa própria e privativa competência do Ministério Público.

Esse princípio se acha cristalizado no § 1.º do art. 102 do nosso Código Penal vigente, nestes precisos termos:

“§ 1.º — A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça”.

Por igual, com redação diversa, no art. 24 do Código de Processo Penal:

“Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.

Ademais do que, de modo geral, no mesmo sentido consignaram várias leis de organização judiciária neste país, é de mencionar-se que o Código do Ministério Público do antigo Distrito Federal, hoje Estado da Guanabara, — Lei (federal) n.º 3.434, de 20 de julho de 1958, — em seu art. 3.º, inciso I, atribuiu também aos órgãos do Ministério Público “*promover a ação penal*”.

2. A razão político-jurídica inspiradora dessa outorga legal, fundada, por sem dúvida, no melhor entendimento doutrinário, foi, como se sabe, a de que, diversamente do que sucede em relação à ação privada, ou particular, fundada no interesse exclusivo ou predominante da parte ofendida, a *ação pública* se funda no interesse público, que o Estado representa. É, como já explicara MOURA ROMEIRO, “um direito que se relaciona estreitamente com a soberania nacional” (1); constitui, no dizer de ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, “atributo do Estado, incisiva manifestação da sua *potestas*, numa das expressões mais características: — o *jus puniendi*” (2). Daí por que, como, em Portugal, acentua LUIZ OSÓRIO, “a ação penal *pertence ao Estado*, e éste a exerce por meio dos órgãos do Ministério Público” (3).

“Nel processo penale pubblico” — pontifica MANZINI — “non è il singolo offeso che faccia valere una pretesa giuridica; ma è lo Stato che attua la propria funzione di difesa sociale” (4).

Através da ação penal, aduz FLORIAN, exercita-se “um direito público do Estado: — o direito de punir”; e o exercício desse direito o Estado o delega e confia ao órgão por êle especialmente criado e mantido para a proteção e promoção dos legítimos interesses da sociedade: — o Ministério Público.

(1) JOÃO MARCONDES DE MOURA ROMEIRO, *Dicionário de Direito Penal*, Rio de Janeiro, 1905, pág. 9.

(2) ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, *Comentários ao Código Penal*, vol. IV da coleção NÉLSON HUNGRIA, Rio de Janeiro, 1944, pág. 13.

(3) LUIZ OSÓRIO DA GAMA E CASTRO DE OLIVEIRA BATISTA, *Comentário ao Código do Processo Penal Português*, Coimbra, 1932, tomo 1, pág. 142.

(4) VINCENZO MANZINI, *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*, 1931, vol. II, pág. 224.

EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, depois de dizer que “ao Ministério Público é que compete, de direito, o poder de pôr em movimento a engrenagem da justiça penal”, explana, mais além:

“A regra geral é a da competência do ministério público para, oferecendo denúncia, movimentar a ação criminal que apurará se é de aplicar-se a pena ao infrator da lei penal”.

.....
 “Se, como acentua ROGRON, tem a ação penal por fim a reparação do dano causado a todo o corpo social (*Code d'instruction criminelle expliqué*, 1841, pág. 2), é rigorosa a consequência apontada por MANZINI ao acentuar que a pretensão punitiva do Estado, em virtude de um crime, deve fazer-se valer por um órgão público, que deve agir por iniciativa própria, sem necessidade de qualquer excitação exterior, para o cumprimento dêsse seu dever funcional (*Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo Codice*, vol. I, 1931, pág. 203)” (5).

Destarte bem se compreende o sentido da expressão de MANZINI quando afirma que “o Ministério Público tem, por assim dizer, o domínio da ação penal” (6) e, do mesmo modo, por que o denominam, na versão francesa, “*le seigneur de l'action*”, em correspondência ao “*dominus litis*”, da versão latina universalizada.

* * *

3. Do exposto decorre, como consecutório lógico e jurídico do princípio que vimos de examinar, uma regra igualmente consagrada no direito pátrio, qual seja a de que também ao Ministério Público — e somente a ele — compete, em face dos instrumentos de instrução criminal, isto é, dos elementos ou peças de carácter informativo, que lhe são levados ao conhecimento e exame, através de seus órgãos próprios, apreciá-los e concluir, em cada caso concreto, se a espécie se apresenta — como *fato* e como *tipo* — revestindo as condições e características legais justificadoras do oferecimento de uma denúncia, ou se, ao contrário, deve o inquérito ser arquivado, por despacho judicial, a seu requerimento.

O preclaro MASSARI, fiel a “l'affermazione della dottrina moderna che il processo penale s'ispira al principio dell'*officialità dell'azione penale*”, informa que, no sistema da legislação italiana, é “svicolato da ogni controllo del giudice il *potere* d'archiviazione, spettante al Pubblico Ministero”. E ilustra o asserto com o prestígio da tradição, invocando e reproduzindo um trecho da “*Relazione al Re*” sobre o carácter da instrução sumária, onde já se declara que

“il pubblico ministero”... “conserva l'assoluto dominio dell'azione penale, e perciò è razionale che mantenga la facoltà di non richie-

(5) EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*, Rio de Janeiro, 1954, vol. I, pág. 34..

(6) VINCENZO MANZINI, *op. cit.*, vol. II, pág. 224.

dere l'intervento della garanzia giurisdizionale quando si avvede della infondatezza della incolpazione, anche dopo aver compiuti atti d'istruzione sommaria, compresa la emissione di un ordine di cattura, d'accompagnamento o di comparizione" (7).

E são, entre nós, ainda neste tema, do saudoso mestre EDUARDO ESPÍNOLA FILHO os conceitos que se seguem:

“É, indiscutivelmente, o órgão do ministério público, a quem se distribui um inquérito, uma representação, uma peça de informações, a pessoa em ordem de fazer a apreciação do caso, verificando se há, de fato, infração punível, e ainda suscetível de o ser, se permite ela a instauração de ação penal por denúncia, se o autor está individuado em forma a poder ser caracterizado, ao menos, por sinais que lhe facultem a identificação no futuro; e somente se opinar afirmativamente, é que se lhe impõe a obrigação de, sob a responsabilidade do seu cargo, oferecer a denúncia. Em caso contrário, requererá o arquivamento” (8).

4. Como, porém, é de óbvia conveniência que tão importante deliberação não fique exclusivamente ao critério individual do órgão da Promotoria competente para a propositura da ação penal pública, e a que haja o juiz de submeter-se, passiva ou indiferentemente, quando lhe pareça cabível o oferecimento da denúncia, ou resignar-se o interesse do ofendido; mas, ao revés, deva a espécie subir a reexame e consideração de outra autoridade que, sem configurar propriamente uma segunda instância, constitua uma segunda esfera de competência para a revisão e possível correção do ato do Promotor, entendeu-se — e a lei consagrou tal solução, como adiante se verá pela análise do art. 28 do Código de Processo Penal — que o *órgão superior* competente para o exercício dessa função revisora, quiçá corretiva, seria, como realmente é, o Procurador-Geral, na sua ascendência hierárquica de Chefe do Ministério Público.

* * *

Anote-se, de relance, que, em algumas decisões judiciais, se tem qualificado como manifestação de uma “segunda instância” o exercício do poder de reexame e eventual correção dos atos judiciais do Promotor Público pelo Procurador-Geral, inclusive e mui especialmente na ocorrência da hipótese prevista no art. 28 do Código de Processo Penal.

Neste sentido assim se manifestou a colenda Primeira Câmara do Tribunal de Apelação do antigo Distrito Federal, em Acórdão de 23 de agosto de 1943, no recurso criminal n.º 2.240:

“Quando o arquivamento parece ao ofendido, ou seu representante legal, improcedente, cabe o recurso do art. 28 do Código de Pro-

(7) EDUARDO MASSARI, *Il Processo penale nella nuova legislazione italiana*, Nápoles, 1934, págs. 19, 552, 556, 558, etc.; idem, in Ac. cit. por PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO, *Código de Processo Penal interpretado pelos Tribunais*, Rio de Janeiro, 1946, págs. 59/60.

(8) EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 360.

cesso Penal, e não a ação privada..." o único "contrôle" que se pode exercer sobre êsse arquivamento é a intervenção já mencionada, do Ministério Público *em segunda instância*, ou seja o do Procurador-Geral".

(*Diário da Justiça* de 24 de setembro de 1943, apenso ao número 222, pág. 3.814).

Precisamente em caso de *arquivamento* de inquérito policial a requerimento do Promotor, assim também entendeu o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em Acórdão de 26 de fevereiro de 1957, no *habeas corpus* n.º 52.621 (relator o Desembargador MARTINS FERREIRA), como se vê expresso neste trecho do voto vencedor:

"É indiscutível o direito de supervisão da *segunda instância do Ministério Público* sobre o andamento dos processos em geral, como uma intervenção direta ou por delegação. É mesmo uma obrigação legal" (9).

Atentos, porém, os consagrados princípios da *unidade e indivisibilidade* do Ministério Público, em necessária correspondência com o *princípio de hierarquia*, que está no cerne e na base da instituição, não aderimos a êsse entendimento.

Haja vista ao que, no particular, ensina o ilustre professor mexicano GONZÁLEZ BUSTAMANTE:

"Sujeita a uma só unidade e direção, a instituição do Ministério Público reconhece como seu chefe nato o Procurador-Geral da Justiça. Para lograr a unificação nas diversas atividades que correspondem à instituição, é necessário que seus funcionários obedeçam a um só governo: o Procurador-Geral da Justiça; e que obedeçam a êstes três princípios: a *unidade*, a *indivisibilidade* e a *independência*" (da instituição) (10).

Parece-nos, pois, não se configurar, propriamente, na aludida hipótese do art. 28 do Código de Processo Penal, a função de uma "*segunda instância*" no sentido *técnico* da expressão, e, sim, como acima foi dito, o simples exercício do *poder de revisão* do ato do Promotor Público numa mais alta esfera de *competência* representada pelo Procurador-Geral e fundada no ascendente da *hierarquia* funcional em que a lei investiu o Chefe do Ministério Público.

II

5. Já se constituiu um truismo, dir-se-ia até um lugar comum, na literatura do direito público moderno, mui especialmente no trato dos temas concernen-

(9) *Revista Forense*, vol. 181, pág. 339.

(10) GONZÁLEZ BUSTAMANTE, *Princípios de derecho procesal mexicano*, México, 1941, pág. 75.

tes ao Ministério Público, falar-se de sua *independência*, de sua *autonomia funcional*, como característica orgânica, essencial, inerente à sua natureza e finalidade, condição *sine qua non* de sua própria existência e funcionamento no caráter de órgão a que impende, no Estado de Direito, o alto encargo de zelar pelo fiel cumprimento da lei, preservar a ordem jurídica e promover a defesa social.

Prerrogativa necessária, política e filosoficamente concebida e estabelecida no ordenamento jurídico das nações cultas, principalmente nos sistemas democráticos, como indeclinável suporte à dinâmica de sua missão providencial e garantia à valoração dos critérios de *verdade* e *imparcialidade* legal em que deve inspirar-se o seu ofício de colaborador com a Justiça na vigilante e ativa defesa dos interesses públicos, a *independência*, ou — se se prefere — a *autonomia funcional* do Ministério Público em relação aos Podêres constitucionais do Estado, já pelo grande CARRARA tão brilhantemente exaltada, é, hoje, não apenas um simples princípio de direito, geralmente reconhecido e acatado, mas, além e acima disso, um postulado político-jurídico que cada vez mais se afirma e se impõe à evidência, entre outras razões, pela própria natureza, importância, grandeza e fim social da instituição.

6. Para que êle seja, verdadeiramente, o fruto daquela “*lei admirável*”, a que aludira MONTESQUIEU; “o braço da lei”, segundo ORTOLAN; “o braço direito da sociedade”, na frase de PIMENTA BUENO; “o asilo das leis, a muralha da justiça e da inocência atacadas”, na concepção de BUDÉE; a “*instituição sublime*” da qual, no magistério de PAULA PESSOA, dizia o orador do Conselho de Estado em França ser aquela “a que se entrega o depósito precioso da ordem pública e o exercício da ação criminal, a paz e a tranqüilidade dos cidadãos confiados à sua coragem e lealdade”, é condição primeira, intrínseca, nuclear, inerradicável, a de sua imunidade de pensamento e de ação no desempenho das funções e atribuições que a Constituição e as leis lhe assinalam e impõem.

Prelecionam VIDAL et MAGNOL que, “em princípio, o Ministério Público é *independente* para o exercício da ação pública” e “aprecia, portanto, livremente, a oportunidade das denúncias” (11). GOYET, em seu clássico trabalho sobre o Ministério Público, ao indicar quais os caracteres distintivos essenciais que ostenta, entre êles inclui o da “*independência em relação aos tribunais*” (12).

É de ver-se, por igual, o que, ao propósito, consignam as famosas “*Pandectes Belges*”:

“Le Ministère Public est indépendant des tribunaux et des particulières; comme appartenant à la magistrature, il est indépendant de gouvernement pour les actes de magistrature proprement dits, en ce sens, lorsqu’il n’obéit qu’à sa conviction”.

(11) VIDAL et MAGNOL, *Cours de Droit Criminel et de Science Penitenciaire*, Paris, 1935, pág. 737.

(12) F. GOYET, *Le Ministère Public*, Paris, 1939, pág. 18.

Sem necessidade de buscar novos e mais alentados subsídios na autoridade de publicistas estrangeiros, tem-se, por aqui mesmo, à mão de semear, o ensino de grandes mestres nacionais.

O clássico TAVARES BASTOS, após advertir de que, em tôdas as causas em que haja de intervir, “deve o Promotor emitir o seu parecer *com tôda a independência*, seja qual fôr a autoridade contra a qual se intente o processo”, assim predica:

“A independência, por completo, da instituição do Ministério Público do Poder Executivo é matéria que se impõe. Cumpre, pois, que os Estados da União procurem garanti-la e isentá-la das exigências dos Presidentes e Governadores estaduais, para que possam os seus representantes agir com tôda a *independência*, característico primordial das funções nobres do Ministério Público e para que êste possa ser tido como representante da sociedade quando ofendida”.

E transcreve, mais além, êstes trechos do Relatório de 1897, do Desembargador Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro:

“De tôdas as imunidades do Ministério Público, a por que mais propugnam os seus representantes é a incondicional libertação do instituto da tutela do Governo”.

“A *independência* do Ministério Público subsiste e subsistirá sempre, no Estado, porque êsse predicamento conquistaram todos os titulares do instituto” (13).

GALDINO SIQUEIRA, em escôrço histórico sôbre o Ministério Público do antigo Distrito Federal, louvou a orientação de CAMPOS SALLES estatuinto “a *recíproca independência* entre êsses funcionários” (os membros do Ministério Público) “e os da ordem judiciária, no exercício das suas funções”, ao organizar a Justiça local pelo Decreto n.º 1.030, de 14 de novembro de 1890 (14).

CHRYSOLITO DE GUSMÃO, salientando a importância e necessidade de preservar-se a *independência* do Ministério Público contra as tendências adversas da prepotência e do arbítrio, escreveu:

“Felizmente, em nosso país, essas tendências não têm encontrado campo em que medrar e o conceito que se tem firmado em nossas leis é o de considerar o Ministério Público o representante da lei e fiscal de sua execução. Dispõe o art. 125 do Decreto n.º 16.273, de 1923:

(13) JOSÉ TAVARES BASTOS, *As atribuições do Promotor Público na República*. Rio de Janeiro, 1907, págs. 7, nota 44; 35, nota 114 e 59, nota 239.

(14) GALDINO SIQUEIRA, *Curso de Processo Penal*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1924, págs. 54/55.

“O Ministério Público é o órgão da lei e o fiscal da sua execução, nos termos dêste regulamento.

Parágrafo único. *No exercício de suas funções, há recíproca independência entre os órgãos do Ministério Público e os membros da Magistratura*”.

Justificando êsse dispositivo, aceito pelo Govêrno, escrevemos em nosso anteprojeto: — “Entendi que, diante das modernas tendências concernentes ao Ministério Público, a sua *independência* e conservação não devem ficar sujeitas ao arbitrio de cada época e de cada govêrno...” (15).

Em seus comentários à Constituição de 1934, encareceu ARAUJO CASTRO a *independência* dessa instituição no exercício de suas funções como órgão da lei e representante da defesa social (16). E ROBERTO LYRA, também em face da mesma Constituição, considerou “*indispensável a independência funcional do Promotor Público*” (17).

Na substanciosa dissertação de concurso, que ofereceu à egrégia Faculdade de Direito do Recife, em 1950, HOMERO FREIRE, abeberado na lição de GLASSON *et* TISSIER, externou êstes oportunos conceitos:

“Os magistrados do Ministério Público são *plenamente independentes dos tribunais* em que exercem suas funções. Êstes não podem, sem cometer um excesso de poder, se imiscuir em suas funções, submetê-las a injunções, nem criticar ou censurar seus atos, embora as Côrtes de Apelação possam denunciar abusos dos oficiais do Ministério Público cometidos no exercício de suas funções”.

“Funcionando estreitamente ligado ao Poder Judiciário, embora dêle *independente*, é o Ministério Público essencial garantia da melhor e mais eficaz administração da justiça”.

“Pelas características próprias da função, pelos altos interêsses de que a mesma se reveste, de acusar quem quer que viole a lei, seja a mais importante autoridade, seja a figura mais prestigiada pela posição social, política ou de riqueza, é de tóda conveniência que quem a exerça não esteja sujeito ao receio de represália, antes saiba que tem o amparo e o prestígio das garantias que a lei concede à sua magistratura.

(15) CHRYSOLITO CHAVES DE GUSMÃO, *Instituições de Direito Judiciário* (publicação póstuma), Rio de Janeiro, 1930, págs. 85/86.

(16) ARAUJO CASTRO, *A Nova Constituição Brasileira*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1936, pág. 319.

(17) ROBERTO LYRA, *Teoria e Prática da Promotoria Pública*, Rio de Janeiro, 1937, pág. 143.

Aos membros do Ministério Público, pois, não devem faltar integral segurança no exercício dos respectivos cargos, sem exceção, e completa *autonomia de ação* com respeito a qualquer outro órgão do governo" (18).

MÁRIO DIAS, na sua conhecida obra intitulada *Ministério Público Brasileiro*, foi igualmente categórico nestas observações:

"Os órgãos do Ministério Público, no exercício de suas funções, são inteiramente autônomos e independentes das autoridades judiciárias.

Algumas leis estaduais de organização judiciária fogem, às vezes, a esse princípio fundamentalmente característico da instituição do Ministério Público, permitindo aos juizes determinar aos promotores de Justiça que ofereçam denúncia, mesmo quando estes não encontram base nos inquéritos policiais para o procedimento oficial. Tal prática é repelida, por isso que apenas aos Procuradores-Gerais e aos Secretários ou Ministros da Justiça devem os promotores de Justiça obediência" (19).

Em excelente explanação jurídica acêrca do Ministério Público, seu conceito e suas garantias, NOGUEIRA ITAGIBA põe em relêvo, como traços marcantes essenciais de sua estrutura constitucional, a *autonomia* e a *imparcialidade*, quer em face do Poder Executivo, quer em face do Judiciário:

"É o Ministério Público uma magistratura organizada para a defesa dos interesses públicos ou dos incapazes perante a Justiça. Na França se diz que os juizes vitalícios formam a magistratura *sentada*, enquanto os membros do Ministério Público constituem a magistratura *de pé*.

É o Ministério Público, em verdade, uma magistratura *autônoma* e especial. Atua em nome do Estado, da sociedade e da lei, *sem atender às determinações dos juizes e obedecer às ordens governamentais*" (20).

No mesmo sentido é a preleção do insigne constitucionalista PONTES DE MIRANDA:

"Trata-se de officio particularmente *ativo*, a que se não pode emprestar, sem grave deformação semântica, o significado de órgão coordenador de atividades governamentais".

.....

(18) HOMERO FREIRE, *A natureza pública da ação penal*, Recife, 1950, págs. 79 e 147.

(19) MÁRIO DIAS, *Ministério Público Brasileiro*, Rio, de Janeiro, 1932, pág. 281.

(20) IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *O pensamento político universal e a Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, 1947, pág. 528.

“O Governador não pode, como o Presidente da República também não o poderia, ordenar que, em certo caso, ou em certas espécies, o Ministério Público não promova.

A inserção do Ministério Público na tratativa institucional da Constituição explica-se pela natureza *obrigatória* do seu ofício. *Não se pode cercear ou tolher, ou dirigir a liberdade de juízo, de pensamento e de ação do Ministério Público*”.

.....
 “*Órgão que fica exposto à vontade de outro órgão não tem aquela independência que fôra mister à concepção do Ministério Público*”
 (21). (Os grifos são nossos).

ALCINO PINTO FALCÃO e J. DE AGUIAR DIAS, em comentário ao art. 125 da Constituição de 1946, assim, por sua vez, se exprimiram sobre o assunto:

“Preocupou-se a Constituição em dar existência constitucional à instituição do Ministério Público, inclusive traçando normas para garantia de seus membros e para que nestes floresça o sentido de *independência* tão necessário para contraposição a déspotas, cuja ascensão é sempre facilitada quando o Ministério Público é *subserviente*, não compenetrado da sua alta função, e se supõe mera *longa manus* do Governo ou, até, de simples autoridades policiais” (22).

Atente-se, ainda, no que, mais recentemente, escreveu o douto professor paulistano SAHID MALUF em seu livro *Direito Constitucional conforme a Constituição de 1967*:

“O Ministério Público é uma magistratura *ativa e independente*. Sua função é de representação e defesa dos interesses públicos perante o Judiciário. Representa o Estado, a sociedade, a lei. Age *por iniciativa própria*, em nome da lei, acusando, defendendo ou promovendo as medidas de interesse da sociedade, *sem subordinação a qualquer dos três Podêres do Estado*”.

.....
 “O Ministério Público não é órgão do Poder Judiciário. É, mais aproximadamente, órgão do Poder Executivo; porém *órgão autônomo, porque não obedece senão ao seu juízo próprio, isto é, pensa e age livremente, dentro dos limites da lei*”.

.....
 “Esta função, embora autônoma, não chega a constituir um *quarto Poder*, como pretendem alguns autores. Seria, antes, uma

(21) PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, 1960, tomo III, págs. 492/493.

(22) ALCINO PINTO FALCÃO e JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Constituição Anotada*, Rio de Janeiro, 1956, págs. 267/268.

magistratura de pé, como dizem os franceses, acentuando a diferença com a *magistratura sentada* exercida pelos órgãos judicantes. E, como tal, seria um órgão *autônomo*, de cooperação com os três Podêres do Estado”.

.....
 “Não obstante, está o Ministério Público longe de ser órgão do Judiciário. Seria, antes, órgão da soberania do Estado, *independente dos três clássicos Podêres*” (23). (Os grifos são nossos).

O já citado Código do Ministério Público do antigo Distrito Federal, hoje ainda em pleno vigor no Estado da Guanabara (Lei n.º 3.434, de 20 de julho de 1958), estabelece no parágrafo único de seu art. 3.º:

“*No exercício das respectivas atribuições, há recíproca independência entre os órgãos do Ministério Público e as autoridades judiciárias*”.

* * *

7. A tal ponto se tem considerado e encarecido a importância da *independência* como base da *autoridade* política, moral e jurídica do Ministério Público e a necessidade de, não apenas preservar, mas ampliar e fortalecer essa autoridade, que uma mais avançada corrente de opinião chegou a propugnar sua ereção à categoria constitucional de um *quarto Poder* do Estado.

Disso nos deu eloqüente testemunho o eminente juriconsulto Professor HAROLDO VALLADÃO, em seu discurso de posse na Procuradoria-Geral da República, a 19 de abril de 1967, invocando a doutrinação de seu ilustre pai ALFREDO VALLADÃO, com estas palavras:

“As funções do Ministério Público se alargam dia a dia no Brasil, segundo tenho acentuado em vários trabalhos, e cada vez mais se torna realidade o que ALFREDO VALLADÃO pôs em prática, corajosamente, como Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União de 1907 a 1915, e conceituou de forma brilhante em conhecido trabalho publicado em 1914, citado e recitado no Brasil e nas Américas, nos seguintes termos: — “As funções do Ministério Público subiram, pois, ainda mais, de autoridade em nossos dias. Ele se apresenta com a figura de um verdadeiro *Poder* do Estado. Se MONTESQUIEU tivesse escrito hoje o “*Espírito das Leis*”, por certo não seria tríplice, mas quádrupla a *divisão dos Podêres*. Ao órgão que *legisla*, ao que *executa*, ao que *julga*, um outro órgão acrescentaria êle: — o que defende a Sociedade e a Lei perante a Justiça, parta a ofensa de onde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios Podêres do Estado”.

(23) SAHID MALUF, *Direito Constitucional*, 4.ª ed., São Paulo, 1968, págs. 311/312.

8. É de registrar-se, aliás, como fato histórico de grande significação, que, no seio da Assembléia Constituinte de 1934, houve um movimento no sentido de erigir-se em *quarto Poder* o Ministério Público; movimento êsse não apenas inspirado na “insuperável relevância” de sua alta missão, mas, ainda e principalmente, visando a situá-lo, com a atribuição da categoria de “*Poder constitucional*”, numa posição de igualdade, independência e equidistância em face dos Podêres Executivo e Judiciário, de modo a resguardá-lo, em definitivo, da possível hegemonia ou ascendência de um ou do outro. Trata-se da *Emenda* n.º 952, assinada pelos ilustres então constituintes deputados JOSÉ MARIA ALKMIN, ODILON BRAGA e FRANCISCO NEGRÃO DE LIMA, inserida no anteprojeto da Constituição e assim justificada:

“Ao lado do Poder Judiciário, como representante da sociedade e dos interesses que ela protege, órgão também da lei e fiscal da sua execução, surge o Ministério Público. O rol dos deveres que lhe são assinalados em nossas leis de organização judiciária é de insuperável relevância. Nos povos de espírito *comunário*, tal qual o nosso, nos quais o indivíduo é deficiente como defensor dos interesses abstratos da coletividade, sobe de ponto essa missão de alta *inspeção legal* e de *assistência tutelar*, inerente ao Ministério Público. Êste, porém, até aqui não era um *Poder*: era apenas *uma função*. O *Poder* é livre, autônomo, não obedece a subordinação alguma, salvo a da Constituição. Reduzido a *uma função* que se interpunha entre o Judiciário e o Executivo, mas subordinado a êste, o Ministério Público era um órgão atrofiado e falho. Ora bem: se o cidadão brasileiro, por sua formação *comunária*, deve ser considerado um fator cívico deficiente, que tudo espera do próprio poder público, e se, pela ordem natural das coisas, ao Ministério Público é que incumbe suprir tais deficiências, que nos restava fazer? Elevá-lo, como fêz o anteprojeto, à categoria de “*Poder constitucional*”, libertando-o da influência do Executivo e fortalecendo-o perante o Judiciário”.

9. As mesmas advertências cautelares que se têm levantado em defesa do princípio da independência e autonomia funcional do Ministério Público em face do Poder Executivo, sob os regimes constitucionais que na área dêste último o situaram, também foram suscitadas de referência ao Judiciário, a propósito de haver a Constituição de 1967 enxertado as normas atinentes àquela instituição no Capítulo “*Do Poder Judiciário*” (Título I, Capítulo VIII, Seção IX).

Haja vista, por mero exemplo, para o que, sôbre o assunto, declarou o supracitado Professor HAROLDO VALLADÃO, em conferência sob o título “*Reforma Constitucional*”, proferida no auditório do Tribunal de Contas da União, em Brasília, a 14 de dezembro de 1966 e, portanto, apenas quatro meses antes de investir-se nas elevadas funções de Chefe do Ministério Público federal brasileiro:

“Haveria um capítulo nôvo, VIII, *Do Ministério Público*, para onde seria transferida tôda a última Seção, n.º IX, do Capítulo VIII, *Do Poder Judiciário*.

O Ministério Público, como a Advocacia, não podem jamais ser uma Seção do Poder Judiciário, pois são *plenamente autônomos*. Essa posição de *independência* do Ministério Público — constante do direito brasileiro — pregada por ALFREDO VALLADÃO e MUNIZ BARRETO, foi consagrada desde a Constituição de 1934, que o situou fora do Judiciário, no Capítulo VII de outro Título, e na atual, de 1946, com um Título próprio, o II.

Essa *independência* do Ministério Público está atualmente em apogeu, com a vulgarização, ainda nos Estados Unidos, em livro editado pela Harward University — “*Ombudsmen and others*” — do Professor WALTER GELLHORN, 1966, do “*Ombudsman*”, instituição sueca de um alto Ministério Público com plenos poderes para proteger os direitos dos indivíduos” (24).

É, pois, como se vê, um postulado de direito público o de que, pela própria natureza, índole e destinação política do Ministério Público, não só a sua *autoridade* funcional, mas a sua própria *existência* e *razão de ser* assentam e se nutrem no princípio orgânico, constitucional, inalienável e inaufeável, de *independência* às pressões, injunções ou influências externas advindas quer do Poder Executivo, quer do Judiciário.

Se é êle o órgão competente para a instauração da ação penal pública e, pois, só a êle é dado discernir e decidir sôbre o cabimento da denúncia criminal, conseqüentemente, só a êle há de impender, por igual, a faculdade de promover o *arquivamento* do inquérito:

Neste sentido é de lembrar-se que o brilhante penalista Professor CARLOS BANDEIRA STAMPA, hoje a ilustrar, como desembargador, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, tendo em consideração essa realidade e, também, a *unidade* e *indivisibilidade* do Ministério Público, sustentou, numa de suas teses de concurso, que, em matéria de instauração da ação penal e de promoção do arquivamento dos inquéritos, êle constitui *uma instância única e irrecorrível*.

* * *

III

10. O vigente Código de Processo Penal brasileiro, fiel à orientação doutrinária já exposta e sustentada, ao depois de haver prescrito, no art. 24, que “*nos crimes de ação pública esta será promovida por denúncia do Ministério Público*”, prescreveu, no art. 28:

(24) *Correio da Manhã* de 20 de dezembro de 1966.

“Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e éste oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

Assim, coerentemente, adotando e prestigiando o princípio da *independência* do Ministério Público para o exercício da ação pública, do mesmo passo, como não podia deixar de ser, consagrou, positivou, em norma expressa, o seu corolário lógico, natural, implícito, qual seja o direito de fazer valer livremente seu convencimento e deliberação sobre o cabimento e oportunidade das denúncias, sob a única reserva de poder o juiz submeter o ato do Promotor competente para oferecê-las ao *contrôle hierárquico*, isto é, à correção ou à referenda definitiva e irrecorrível, do órgão que lhe é superior, na esfera administrativa: — o Procurador-Geral.

Bem expressiva, neste lanço, é a explanação do Professor HÉLIO TOR-
NAGHI:

“Se o juiz repele as razões apresentadas pelo Ministério Público, remete os autos de inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, que *decidirá irrecorrivelmente* sobre o cabimento da ação. Se o procurador-geral concordar com o juiz, poderá oferecer denúncia ou designar outro membro do Ministério Público para fazê-lo. Se acordar com o órgão do Ministério Público que pediu o arquivamento, insistirá no pedido, que o juiz *terá de deferir*.”

Como se vê, neste caso, *cabe ao Ministério Público a última palavra sobre a pertinência da ação*, o que se compreende levando em conta que éle, Ministério Público, é o órgão do Estado enquanto *dominus litis*. Se o juiz pudesse compelir o Ministério Público a agir, estaria, por via oblíqua, violando o princípio *ne procedat iudex ex officio*” (25). (Os destaques são nossos).

11. Ésse ponto de vista encontra respaldo na melhor doutrina professada por processualistas criminais estrangeiros antigos e modernos.

Assim, por exemplo, VIDAL *et* MAGNOL consideram que, “em princípio, o Ministério Público é *independente* para o exercício da ação pública” e “*aprecia, portanto, livremente, a oportunidade das denúncias*”, embora “sob reserva da fiscalização hierárquica”, pela razão de que os funcionários do Ministério Público “são ligados uns aos outros pelos laços de uma subordinação hierárquica, em virtude da qual os superiores podem dar aos inferiores ordens relativas à propositura e andamento da ação penal e a todos os atos a ela concer-

(25) HÉLIO TORNAGHI, *Compêndio de Processo Penal*, Rio de Janeiro, 1967, tomo II, págs. 467/468.

nentes" (26). VINCENZO MANZINI reconhece caber ao órgão da acusação pública o "poder de arquivamento"; e explica, com fulcro no art. 74 do Código italiano:

"O poder de arquivamento pode exercitar-se enquanto o Ministério Público não haja investido o juiz da ação penal, isto é, enquanto não haja requerido a instrução formal ou a decretação da citação judicial" (27).

Observa MASSARI, de referência aos institutos "della *richiesta*, della *querela* e della *istanza*", mencionados no texto do art. 74 do Código italiano, que eles não constituem derrogação ao princípio da *oficialidade da ação penal* ("*officialità dell'azione penale*"), nem casos de substituição do Ministério Público no início e no exercício da acusação; pois que, também quanto aos crimes que reclamam a aplicação de tais institutos,

"la potestà di archiviazione degli atti rimane presso il pubblico ministero indeminuta e incondizionata" (28).

12. Vale, ainda, reproduzir, neste ensejo, a lição magistral de EDUARDO ESPÍNOLA FILHO:

"Mas, não há desconhecer que constituiria um abalo dos mais graves à independência do ministério público, anulando-lhe o poder de apreciar o préstimo e a suficiência dos elementos colhidos para instauração da ação penal, admitir que, não acolhendo o pedido de arquivamento, o juiz pudesse *ordenar* ao promotor o oferecimento de uma denúncia, que a êsse se não afigurasse em condições de ser dada. Doutra parte, a ação penal precisa de ter a base de uma inicial, denúncia ou queixa, em que se consubstancie a acusação, a ser provada, e pela qual se guie a parte contrária, na construção da sua defesa. Ora, o juiz que, afinal, tem de, com a sua sentença, proclamar a procedência da acusação ou da defesa, ficaria numa posição verdadeiramente estranha, se êle próprio redigisse a peça acusatória inicial, colocando-se, portanto, em situação eminentemente parcial.

Para conciliar tôdas essas conveniências e todos êsses interesses, em foco, sem invasão de atribuições, mas em sacrifício de opiniões dignas de tôda consideração e respeito, o Código Processual estabelece o princípio de que o juiz não fica adstrito à conclusão do seu promotor, sôbre o arquivamento do inquérito, representação ou qualquer peça de informações. Mas, divergindo da apreciação feita dêsses elementos, quer porque dê de improcedentes os argumentos da fundamentação da promotoria, quer porque veja no inquérito,

(26) VIDAL et MAGNOL, *op. cit.*, pág. 737 e nota 3.

(27) MANZINI, *op. cit.*, vol. IV, págs. 12 e 13.

(28) MASSARI, *op. cit.*, pág. 558.

representação ou informação, uma base suficiente para o início da ação penal, quer porque não reconheça ajustáveis as razões da promoção às várias peças constitutivas desses instrumentos, o que lhe compete é requisitar a atenção, para o caso, do chefe do ministério público, o procurador-geral, a quem remeterá os referidos instrumentos.

Ao procurador-geral cumprirá, então, refazer o exame dos elementos apresentados, *SENDO DEFINITIVA A SUA CONCLUSÃO, SE INSISTIR PELO ARQUIVAMENTO* (29). (As maiúsculas são nossas).

* * *

13. A idéia de que haja alguma contradição entre os dispositivos dos arts. 28 e 581, inciso I, do Código de Processo Penal, porque neste último se declara caber *recurso no sentido estrito* “da decisão, despacho ou sentença”... “que não receber a denúncia ou a queixa”, é de esclarecer-se, dissipando *in limine* quaisquer dúvidas, que se trata de espécies e hipóteses completamente diversas entre si. No caso de *recurso estrito* previsto no inciso I do art. 581, — a) o apêlo é deixado ao arbitrio das partes, isto é, o *denunciante* (Ministério Público) ou o *querelante*; b) pressupõe, no primeiro caso, o efetivo oferecimento da denúncia pelo órgão da acusação pública, que o juiz recusa receber.

ESPÍNOLA FILHO, precisamente em comentário ao art. 581, I, põe em foco esses aspectos e, logo após, na mesma página, aclara a diversidade das espécies, observando:

“Contra o despacho que *defer*e o pedido de arquivamento do inquérito policial, *não cabe recurso*” (30).

Ao propósito, explica, por sua vez, HÉLIO TORNAGHI:

“As duas hipóteses são diferentes. Na primeira, trata-se da pertinência da ação, na segunda, de sua admissibilidade. *A questão da pertinência deve ser decidida pelo Ministério Público*, e se éle decide pela impertinência, não há como passar à segunda questão: a admissibilidade. Se, entretanto, o Ministério Público entende pertinente a ação, cabe ao juiz decidir se, além disto, ela é admissível ou não. Aí já entra o julgamento acerca dos pressupostos processuais e das condições da ação” (31). (Os grifos são nossos).

* * *

14. Na *Conferência dos Desembargadores*, realizada na cidade do Rio de Janeiro (antigo Distrito Federal) em julho de 1943, sustentou, vitoriosamente, o ilustre e saudoso Desembargador JOSÉ DUARTE:

(29) EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *op. cit.*, vol. I, págs. 361/362.

(30) EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *op. cit.*, vol. 6.º, pág. 76.

(31) HÉLIO TORNAGHI, *op. cit.*, pág. 468.

“Desde que o representante do Ministério Público está convencido de que não há razão para oferecer a denúncia, pede o arquivamento do processo e somente novo inquérito poderá agitar o caso, ou *determinação do Procurador Geral*”.

.....
 “O direito de punir pertence ao Estado e só este pode exercitá-lo”.

Secundou-o o grande e pranteado mestre NÉLSON HUNGRIA:

“...o Ministério Público não oferece a denúncia, mas pede o arquivamento. Ele é o árbitro do interesse da sociedade e da viabilidade da ação penal, de modo que, uma vez requerido o arquivamento, o processo se fará da maneira por que está regulado no art. 28.

Se o juiz entender que o fato merece mais detido exame, remeterá os autos ao procurador geral e este, então, opinará, confirmando a orientação do seu inferior hierárquico ou dando outra orientação ao caso” (32).

15. Afeiçoada a essas mesmas diretrizes, a Lei (federal) n.º 3.434, de 20 de julho de 1958, que estabeleceu o Código do Ministério Público do antigo Distrito Federal — ainda vigente no Estado da Guanabara —, assim preceituou no § 1.º do seu art. 10, onde se indicam os casos em que os órgãos do Ministério Público podem deixar de promover a ação penal:

“Em cada caso o órgão do Ministério Público declarará, por escrito, nos autos do inquérito policial ou junto às peças de informação, os motivos pelos quais deixa de intentar a ação, e requererá ao juiz o respectivo arquivamento. Deferido este, o órgão do Ministério Público comunicará o fato ao procurador-geral, o qual poderá requisitar os autos ou as peças de informação ao juiz, e, se fôr o caso, oferecer a denúncia ou designar um procurador para oferecê-la”.

* * *

16. É de notar-se que o rigor do entendimento, no particular, tem conduzido a jurisprudência a decidir que, mesmo nos casos em que julgue necessária a produção de *novas provas* em complemento ou reforço às já coligidas no inquérito, para justificação da denúncia, não pode o juiz por iniciativa própria determinar diligências em tal sentido antes de instaurada a ação penal, por ser essa medida de competência privativa da Promotoria Pública ou do Procurador-Geral, conforme as hipóteses previstas na lei, talqualmente decidiu o

(32) Conferência dos Desembargadores, no Distrito Federal, 1943, Conclusão n.º IV.

antigo Conselho de Justiça do Distrito Federal, em Acórdão unânime de 15 de junho de 1943 (relator o Desembargador EDGARD COSTA), na reclamação n.º 607, publicado na *Revista do Ministério Público*, vol. 10, pág. 125, e citado por PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO (33), *in verbis*:

“Acordam os juízes do Conselho de Justiça, por unanimidade de votos, em julgar dita reclamação procedente para o efeito de, cassado o despacho reclamado, determinar ao Dr. Juiz que se cinja à observância do disposto no art. 28 do Código de Processo Penal, dê que entenda improcedentes as razões invocadas pelo representante do Ministério Público para o arquivamento do inquérito, — isso porque, antes de intentada a ação penal, com o oferecimento da denúncia, não tem o juiz atribuição de determinar diligências, sejam quais forem e para que forem, o que é privativo do Ministério Público, como corolário de sua *atribuição privativa* de promover a ação penal”.

* * *

17. Tem-se pretendido, não obstante, criar *direito novo* abrindo brecha na estrutura do princípio ora exposto e fundamentado, sob a invocação de uma disposição enxertada na Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951, sobre “*crimes contra a economia popular*”, qual seja a do seu art. 7.º, do seguinte teor:

“Os juízes recorrerão de ofício sempre que absolverem os acusados em processo por crime contra a economia popular ou contra a saúde pública, *ou quando determinarem o arquivamento dos autos do respectivo inquérito policial*”.

Com base no que, sumariamente e sem outros desenvolvimentos consequenciais, se estatuiu na cauda desse artigo — de resto, jamais regulamentado —, e por obra de uma interpretação literal epidérmica e imediatista, que não se compadece, *data venia*, com os melhores cânones da hermenêutica jurídica, certos julgados de segunda instância se têm permitido dar provimento a recursos de ofício em tais hipóteses manifestados, por juízes, de despachos deferidores do *arquivamento* de inquéritos, requerido pela Promotoria Pública, mas para “*determinar*”, “*mandar*”, “*ordenar*” que seja por esta, com a denúncia, instaurada a ação penal.

Haja vista, a título de mero exemplo, para o recente Acórdão da colenda 3.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, de 7 de maio de 1970, proferido no recurso criminal n.º 7.071, em que foi relator o ilustre Desembargador LIMA ROCHA, no limiar de cujo texto decisório — con-

(33) PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO, *Código de Processo Penal interpretado pelos Tribunais*, Rio de Janeiro, 1946, págs. 67/68.

trariamente a fundamentado parecer *favorável à manutenção do arquivamento*, emitido, nos autos, pelo Procurador da Justiça com função na segunda instância e junto à mesma Câmara — assim foi dito:

“ACORDAM os juizes da 3.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, unânimemente, em dar provimento ao recurso de ofício, a fim de *determinar* seja proposta a ação penal”. (O grifo é nosso).

Esse modo de interpretar e aplicar a parte final do art. 7.^o da Lei n.^o 1.521, sôbre implicar manifesta postergação do princípio fundamental da *independência* do Ministério Público, cuja demolição só por absurdo se poderia supor intuito do legislador, conflita, outrossim, flagrantemente, com as regras estabelecidas no art. 28 do Código de Processo Penal e no § 1.^o do art. 10 do Código do Ministério Público do Estado da Guanabara (Lei federal n.^o 3.434, de 20-7-1958), além de fazer *tabula rasa* do patrimônio doutrinário construído, sôbre o assunto, com as sábias e prudentes lições dos melhores mestres do direito processual pátrio e estrangeiro.

18. No primeiro *Encontro Nacional dos Procuradores-Gerais da Justiça*, há pouco realizado na cidade fluminense de Petrópolis, sob a presidência do Procurador-Geral da República, Professor XAVIER DE ALBUQUERQUE, foi o tema apresentado e discutido; e, por proposta da Procuradoria-Geral da Justiça da Guanabara, representada pelo Diretor-Geral de sua Secretaria, Curador MÁRIO TOBIAS FIGUEIRA DE MELLO, o plenário, sem discrepância, aprovou indicação no sentido da adoção das providências legais imprescindíveis à preservação — nos apontados casos — da prerrogativa de *independência* do Ministério Público, marcante da função, que lhe impende, de fiscal da lei e da sua execução.

O pensamento então ali manifestado em nome da Procuradoria-Geral da Justiça da Guanabara foi o de que o *recurso de ofício* mandado interpor dos despachos determinadores de arquivamento do inquérito (nos casos dos processos a que alude) pelo art. 7.^o da citada Lei n.^o 1.521 deve ser compreendido como forma de impor-se a fiscalização da instância superior no tocante à procedência do ato *do juiz* ao deferir o arquivamento pedido pelo Promotor Público sem o uso da providência a êle facultada no art. 28 do Código de Processo Penal. Em tais casos, se o Tribunal reforma o despacho do juiz, fá-lo para o efeito de serem os autos remetidos ao Procurador-Geral a fim de que êste proceda ao reexame do assunto e delibere na conformidade do princípio estabelecido naquele mesmo art. 28 do citado código; e não para o efeito de, por iniciativa própria e direta, sem a audiência e deliberação do Chefe do Ministério Público, “*determinar*”, “*ordenar*”, à sua revelia, que o órgão da Promotoria, a êle subordinado, promova, instaure a ação penal para cuja propositura não teria, em sua consciência jurídica, encontrado base legal ou suficientes elementos de convicção.

Esta é, realmente, a interpretação lógica e jurídica indicada à espécie, por ser a que concilia os mandamentos legislativos em confronto, ao invés de

pô-los em antinomia e contradição; a que acautela o interesse público sem violar outros textos legais tradicional e definitivamente incorporados ao ordenamento jurídico em vigor, nem investir princípios institucionais e fundamentais estratificados no direito e na consciência política da nação.

19. No caso, a questionada lei prescreveu ao juiz recorrer de ofício dos despachos que determinarem o *arquivamento*, mas silenciou por completo sobre os *efeitos* do provimento a tal recurso, sendo certo, porém, que o legislador não desconhecia, não podia desconhecer a existência do preceito contido no art. 28 do Código de Processo Penal atribuindo expressamente ao Procurador-Geral a *competência privativa* para o reexame e decisão acerca do cabimento ou descabimento da denúncia que a Promotoria recusa oferecer; preceito cuja derrogação não se pode presumir, por não haver *incompatibilidade* radical e irredutível entre os dois dispositivos, nem seria de admitir-se sem aluir as bases do sistema; — além do que, violaria o princípio fundamental da *independência* do Ministério Público. E, mais ainda, a jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, como adiante se verá, desautoriza totalmente a absurda hipótese.

Nessa conjuntura, e desde que o recurso de ofício ordenado pelo art. 7.º da Lei n.º 1.521 *não exclui* a providência prescrita no art. 28 do Código de Processo Penal, e que pode ser — esta sim — determinada pelo Tribunal corrigindo o despacho do juiz que dela prescindiu, seria de ter-se em mira, sobretudo, os salutares princípios de *continuidade* e *harmonização das leis*, segundo os quais as leis posteriores se entrosam e combinam com as anteriores se lhes não forem contrárias (“*Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint*”), devendo, pois, o intérprete buscar fórmulas e soluções exegéticas por virtude das quais as normas coexistam e se conciliem dentro do espírito do sistema.

ERICH DANZ justamente adverte o hermenauta de que

“as palavras da lei nunca passam de um esquema, e muitas vezes bem deficiente, dentro do qual o jurista deve procurar livremente a solução necessária” (34).

Segundo GENY (*Méthode d'interprétation et sources de droit privé positif*) citado por FABREGUETTES, a lei escrita não oferece, por si só, uma suficiente fonte de soluções jurídicas para resolver as questões novas suscitadas pela própria legislação. “É na natureza das coisas” — diz êle — “fecundada por uma lógica sistematizada, que se deve procurar a solução dos problemas”, tendo-se em vista a justiça e a utilidade social (35).

CARVALHO DE BRITO, depois de observar que “cada sentido de lei é uma perspectiva de fatos que se entrosam formando um tecido”, conceitua a “*inter-*

(34) ERICH DANZ, *A interpretação dos negócios jurídicos*, versão portuguesa de Fernando Miranda, Coimbra, 1941, pág. 131.

(35) M. P. FABREGUETTES, *A lógica judiciária e a arte de julgar*, versão portuguesa de Henrique de Carvalho, São Paulo, 1914, pág. 28.

pretação racional” “como meio de coordenar a lei com o sistema geral de direito” (36).

Foi abeberado na sabedoria de tais ensinos que o ilustrado Ministro ABNER DE VASCONCELLOS, em lúcido voto proferido no egrégio Supremo Tribunal Federal, em Acórdão de 29-7-1949, no mandado de segurança n.º 939, sustentou que, “na interpretação da lei”,

“mais se leva em conta o *espírito do sistema* do que pròpriamente o sentido restrito de um dispositivo” (37).

Haja vista, igualmente, para êstes assertos do sábio Ministro OROSIMBO NONATO, feitos também perante o Pretório Excelso:

“O princípio que domina é o da *continuidade das leis*. Elas podem se suceder sem que haja derrogações: — *posteriores leges ad priores pertinent nisi contrariae sint*. Enquanto não há revogação expressa ou incompatibilidade radical e irreduzível entre a lei antiga e a *novus ordo*, aquela remanesce” (38).

“Faz-se mister que as duas leis, salvo a hipótese de revogação expressa, encerrem conteúdo *inconciliável*, ou que a lei posterior regule completamente a matéria versada na lei antiga. De fora parte essas hipóteses, o que prevalece é o princípio da “*continuidade das leis*” (39).

CARLOS MAXIMILIANO, o maior mestre da hermenêutica jurídica no Brasil, recomenda ao aplicador da lei que, na interpretação dos textos, prefira o sentido “mais claro, lógico, verossímil, de maior utilidade prática e *mais em harmonia com a lei em conjunto*, os usos, o sistema do Direito vigente e as condições normais da coexistência humana”; e ministra, ainda, os seguintes preciosos ensinos:

“Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma em seu próprio lugar. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem-se corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituam elementos autônomos, operando em campos diversos. Cada

(36) A. R. CARVALHO DE BRITTO, *Sistema de hermenêutica jurídica — Lógica da interpretação*, Rio de Janeiro, 1927, pág. 64.

(37) Revista “Direito”, vol. LXV, pág. 92.

(38) Acórdão unânime (S.T.F., tribunal pleno) de 30-8-1934, in LEOPOLDO BRAGA, *Pareceres e Estudos Jurídicos*, Rio de Janeiro, 1967, tomo II, pág. 150.

(39) *Revista Forense*, vol. CXX, pág. 426.

preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apêço”.

.....
 “O hermeneuta eleva o olhar, dos casos especiais para os princípios dirigentes a que êles se acham submetidos; indaga se, *OBEDECENDO A UM, NÃO VIOLA OUTRO*; inquire das *consequências* possíveis de cada exegese isolada. Assim, contemplados do alto os fenômenos jurídicos, melhor se verifica o sentido de cada vocábulo, bem como se um dispositivo deve ser tomado na acepção ampla, ou na estrita, como preceito comum ou especial”.

.....
 “Incumbe-lhe, preliminarmente, fazer tentativas para *harmonizar* os textos”... “Procure-se encarar as duas expressões do Direito como partes de um só todo, destinadas a completarem-se mutuamente”.

.....
 “O confronto de disposições vigentes com outras anteriores, paralelas ou análogas, não só evidencia a *continuidade*, embora progressiva, de idéias e teorias preexistentes; como também prova que essa perpetuação relativa é a regra”.

.....
 “As leis posteriores, desde que não sejam contrárias às anteriores, fazem parte destas, cujas prescrições ratificam, esclarecem ou completam”.

.....
 “Deve o Direito ser interpretado *inteligentemente*: não de modo que a ordem legal evolva um *absurdo*, prescreva *inconveniências*, vá ter a conclusões *inconsistentes* ou *impossíveis*” (40). (Os destaques são nossos).

20. Ora, em face desses ensinamentos, bem é de ver-se que a ora impugnada interpretação relativamente ao pretense *efeito* do provimento aos recursos de ofício prescritos na cauda do art. 7.º da Lei n.º 1.521, ou seja o de poder o Tribunal *mandar, ordenar, impor* que o órgão da Promotoria Pública *promova* a instauração da ação penal, é, *data venia*, absolutamente injurídica e de todo ponto inadmissível, em face do Direito e da hermenêutica, pôsto que:

I — Contraria frontalmente o *sistema* adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 102, § 1.º do Código Penal e art. 24 do Código de Processo Penal) e, do mesmo passo, *viola princípio de direito* fundamental à existência e funcionamento de uma instituição constitucional da República — a instituição do Ministério Público.

Realmente, já vimos, com apoio na lei, na doutrina e na jurisprudência, que o *sistema* adotado pelo direito nacional é o de caber privativamente ao

(40) CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1941, págs. 151, 161/162, 168/169, 174 e 179.

Ministério Público a iniciativa da ação penal pública, o que requer liberdade de pensamento e de ação, condicionada apenas aos ditames da lei. Já vimos, com iguais subsídios, que no ordenamento jurídico brasileiro, como nos da maioria dos regimes democráticos, transcende de um simples princípio jurídico para um verdadeiro postulado de direito público o da *independência e autonomia funcional* do Ministério Público, como *condição* de sua própria existência e cumprimento da missão, que se lhe atribuiu, de defensor da lei, do interesse público, da ordem, da paz e do equilíbrio social. Foi pôsto em evidência que, além de lhe caber “o domínio da ação penal”, há “*recíproca independência entre os seus órgãos e os da Magistratura*”, isto é, são aquêles, no exercício de suas atribuições legais, “*inteiramente autônomos e independentes das autoridades judiciárias*”, “*independentes dos Tribunais em que exercem suas funções*”. Invocamos, inclusive, o conceito magistral de PONTES DE MIRANDA, de que “*órgão que fica exposto à vontade de outro órgão não tem aquela independência que fôra mister à concepção do Ministério Público*”. Não há muito, no seio do egrégio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da representação n.º 753, de São Paulo, o eminente Ministro AMARAL SANTOS definiu o Ministério Público como

“uma instituição que ocupa lugar especial na administração pública, dentro da qual conserva *AUTONOMIA SEM A QUAL NÃO PRESTARIA OS SERVIÇOS QUE LHE SÃO ATRIBUÍDOS, COM A NECESSÁRIA INDEPENDÊNCIA*”. (As maiúsculas são nossas).

Já citamos a opinião de ESPÍNOLA FILHO — de que “constituiria *um abalo dos mais graves à independência do Ministério Público*, anulando-lhe o poder de apreciar o préstimo e a suficiência dos elementos colhidos para a instauração da ação penal, admitir que, não acolhendo o pedido de arquivamento, *o juiz pudesse ordenar ao Promotor o oferecimento de uma denúncia que a esse se não afigurasse em condições de ser dada*”. E é claro que o “grave dano” a essa independência tanto resultaria da *imposição* do juiz de primeira instância como da que partisse de um ou de vários desembargadores, não importando os meios através dos quais se manifestasse, nem os argumentos jurídicos invocados para justificá-la. Trazida, foi, também, a ensinança de HÉLIO TORNAGHI, — de que o Procurador-Geral é que “decidirá *irrecorrivelmente* sobre o cabimento da ação” e, assim, no caso de arquivamento da denúncia, “cabe ao Ministério Público *a última palavra* sobre a pertinência da ação”, de vez que “é o órgão do Estado enquanto *dominus litis*”. E note-se que tôdas essas manifestações foram lançadas, sem ressalva, em obras publicadas *posteriormente* ao advento da Lei n.º 1.521, de 1951.

II — Violenta o princípio de *liberdade de consciência* e a própria *personalidade moral* do órgão do Ministério Público, com o pretender *impor-lhe* compulsoriamente a *obrigação* de oferecer uma denúncia sem condições que, a seu juízo, autorizem o procedimento penal, ou que êle

entende e, *fundamentadamente*, já sustentou, nos autos, não ser cabível em face dos elementos de fato e de direito postos à sua disposição para tal fim.

Esse aspecto do problema sensibilizou EDUARDO ESPÍNOLA FILHO e o levou a manifestar sua discordância com a hipótese de que

“o juiz pudesse *ordenar* ao promotor o oferecimento de uma denúncia que a êsse não se afigurasse em condições de ser dada” (41),

entendendo, aliás, que nem mesmo o seu superior hierárquico — o Procurador-Geral — poderia

“*impor* a êsse o vexame de uma denúncia compulsória, contrária à sua convicção”,

cabendo-lhe, sim, “oferecer, êle próprio, a denúncia, ou, para isso, designar outro órgão do ministério público” (42), tal como expressamente estabelecido no art. 28 do Código de Processo Penal.

Nenhum jurista repetiria ou endossaria, já hoje, aquêles conceitos anacrônicos expendidos, no remoto ano de 1884, em artigo na revista “*Direito*”, e em livro, pelo ilustre magistrado MACEDO SOARES, de que “*consciência de Promotor Público*” é “*figura de retórica sem sentido algum legal ou forense*”, pois “*o Promotor Público não tem consciência*”, mas é apenas “*um cumpridor, e submisso, das ordens do Poder Executivo*” (43). Opiniões como essa não teriam sentido numa época em que se reconhece ao Ministério Público a importância, respeitabilidade e dignidade de uma verdadeira *magistratura* autônoma e paralela à do Judiciário, colaboradora desta no serviço da Justiça.

Razão inteira assistia, pois, ao eminente Desembargador OLIVEIRA SOBRINHO, ao proclamar, na *Conferência dos Desembargadores*, de 1943, no então Distrito Federal (*Conclusão XLIX*):

“O Promotor não pode ser forçado a proceder contra a sua opinião — opinião fundamentada no requerimento em que pediu o arquivamento do inquérito policial — para obedecer a determinação do Procurador. O que o Procurador do Estado pode e deve fazer é, ou oferecer êle próprio a denúncia, ou designar outro Promotor, e isso quer haja, quer não haja provas em aditamento, porquanto a devolução ao mesmo Promotor que pediu o arquivamento importaria em forçar a *consciência jurídica do funcionário*, expressa na opinião que deu ao pedir o arquivamento”.

O egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em seu Acórdão de 26-2-1957, encarando a hipótese de que “o Promotor, dentro de um convencimento pessoal,

(41) EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 361.

(42) EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 362.

(43) ANTONIO JOAQUIM DE MACEDO SOARES, *Direito*, vol. XXV, pág. 161; *idem*, in *Estudos Forenses*, Rio de Janeiro, 1887, págs. 161, 163 e 167.

não encontre tipicidade entre o fato e a lei penal” e, assim, “*por obra de uma exegese pessoal* requer o arquivamento do inquérito ou dos elementos de informação”, ensejando “o reexame da Procuradoria-Geral da Justiça para verificar se houve uma orientação segura”, — reconheceu e declarou que, todavia,

“não é possível subverter o ordenamento funcional, numa violação manifesta da própria personalidade moral do Promotor”.
(*Revista Forense*, vol. 181, pág. 340).

À luz desses princípios e dessas verdades irrefragáveis, torna-se evidente que o Promotor, que haja, fundamentadamente, deixado de oferecer a denúncia e requerido o arquivamento do inquérito, mesmo em face de um aresto de Câmara Criminal (ou de Tribunal pleno) que, com pretensa base no art. 7.º da Lei n.º 1.521, ordene a propositura da ação penal, não pode ser *coagido* a fazê-lo *êle próprio*, ainda que lh'o determine também o Procurador-Geral; e não foi senão por isso que o art. 28 do Código de Processo Penal *omitiu a hipótese*, adotando apenas duas outras soluções alternativas para o caso de discordar êsse último das razões do Promotor: oferecer a denúncia *êle próprio*, ou designar outro órgão do Ministério Público para oferecê-la.

Mas, pode acontecer que também o Procurador-Geral, conhecendo da recusa e concordando com as razões do Promotor, considere inexistentes as condições de fato ou de direito necessárias à instauração da ação penal e, pois, incabível a denúncia *determinada* pelo Tribunal. Qual a consequência daí resultante? Poderia o Chefe do Ministério Público ser, também *êle, coagido* a oferecê-la, ou — pior ainda — *mandar* que outro dos seus subordinados pratique o ato que lhe repugna à consciência jurídica? Onde já se viu nascer *direito* da arbitrariedade e da violência moral?

III — Viola, por via oblíqua, o princípio “*ne procedat judex ex officio*”, tradicionalmente consagrado no direito pátrio.

Disse-o, com justeza, o ilustre Professor HÉLIO TORNAGHI, em obra recente (muito *posterior*, portanto, ao advento da Lei n.º 1.521, de 1951), ao tratar precisamente da hipótese de *arquivamento* do inquérito, requerido pelo Ministério Público, em trecho que vale aqui repetir:

“Se o juiz pudesse compelir o Ministério Público a agir, estaria, por via oblíqua, violando o princípio *ne procedat judex ex officio*”
(44).

Realmente, se, no caso, o Ministério Público, tolhido em sua independência e autonomia funcional, se despersonaliza e descaracteriza de órgão *ativo* para ser mero *executor passivo da ordem de outro órgão*; se deixa de agir por *espontânea iniciativa e livre vontade*, como *dominus litis*, e passa a fazê-lo

(44) HÉLIO TORNAGHI, *op. cit.*, pág. 468.

coarctado, constrangido por imposição da autoridade judiciária, evidenciada indisfarçavelmente nos próprios autos do processo, isto equivale, à luz da lógica mais elementar, ao fato de partir da mesma autoridade judiciária imponente a iniciativa da ação penal pública, como se ela própria fôsse promotora, e redatora da denúncia, tudo redundando, em última análise, naquela estranha posição a que se referiu ESPÍNOLA FILHO com êstes dizeres:

“Ora, o juiz que, afinal, tem de, com a sua sentença, proclamar a procedência da acusação ou da defesa, ficaria numa posição verdadeiramente estranha, se êle próprio redigisse a peça acusatória inicial, colocando-se, de antemão, portanto, em situação eminentemente parcial” (45).

A causa teleológica e o substrato moral, político e jurídico do princípio “*ne procedat iudex ex officio*” residem na necessidade de não se reunirem numa entidade única o que *promove* e o que *decide*: o *acusador* e o *juiz*.

MASSARI, acentuando que êsse princípio “è tradizionalmente accolto nel processo civile come *un canone fondamentale e indiscutibile*”, mostra a sua vigência e relevância também no processo penal moderno, e explica:

“Il principio “*ne procedat iudex ex officio*” esprime il concetto che l’esercizio della giurisdizione non può verificarsi senza una domanda di *un soggetto diverso dal giudice*, ossia *senza che l’intervento del giudice sia invocato da colui che è titolare dell’azione*”.

Refere o eminente processualista peninsular que, na Itália, o valor desse princípio, mais nitidamente afirmado naquele tipo de processo conhecido com o nome de processo *acusatório*, acabou, afinal, por transitar no processo moderno embora não correspondente ao tipo do processo *acusatório*, o que explica o fato de haver passado a ter, no vigente processo italiano, *a mais ampla aplicação. In verbis*:

“Il valore del principio medesimo nel processo penale è intimamente legato alla evoluzione storica del procedimento; poichè... la separazione dell’accusatore dal giudice, che costituisce l’applicazione più importante di quel principio, non si afferma nettamente se non in quel tipo di procedimento conosciuto col nome di procedimento *accusatorio*.”

Comunque, il principio in esame ha finito ormai per transitare nel processo moderno ancorchè non rispondente al tipo del procedimento *accusatorio*. E ciò spiega come, pur nel vigente procedimento italiano, esso abbia trovata la più ampia applicazione” (46).

(45) EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 361.

(46) MASSARI, *op. cit.*, pág. 50.

O mais expressivo, porém, é isto: informa, a seguir, o emérito tratadista que, no anterior sistema processual italiano, o princípio "*ne procedat iudex ex officio*" sofria duas derrogações *excepcionais*, uma das quais concernia precisamente à hipótese de não aceitar o juiz instrutor o pedido de *arquivamento* dos atos, formulado pelo Ministério Público; caso em que o art. 281 do código revogado dispunha que o juiz iniciasse de ofício a instrução formal; mas, com a mudança do sistema processual, ambas essas exceções *desapareceram no novo código em vigor*, tornando-se, desde então, "*desvinculado de todo controle do juiz o poder de arquivamento pertencente ao Ministério Público*" e, pois, como era natural, tampouco viria a ocorrer a consequência de uma instrução formal procedida *sem* ou *contra* a iniciativa do Ministério Público:

"L'una e l'altra eccezione sono, peraltro, sparite dal codice ora in vigore.

Quanto alla potestà del giudice istruttore di instaurare la istruzione formale *di ufficio*, nell'ipotesi di dissenso sull'archiviazione degli atti, essa costituiva un potere strettamente connesso ad un decreto del giudice istruttore l'arquivazione delle denunce infondate.

Disconosciuto tale sistema del nuovo codice, e *svincolato da ogni controllo del giudice il potere d'archiviazione spettante al Pubblico Ministero*, era naturale che venisse meno la conseguenza di uma instrução formal que possa verificarsi *senza*, anzi *contro* la iniciativa del Pubblico Ministero" (47).

Ora, enquanto noutros países de adiantada cultura jurídica fortalece-se o salutar princípio "*ne procedat iudex ex officio*", e se acresce o patrimônio moral de liberdade e independência do Ministério Público, emancipando-o, no desempenho de sua alta missão, da influência do Executivo e da tutela do Judiciário, — inclusive "*desvinculando de todo controle do juiz o poder de arquivamento a ele pertencente*", — não é admissível que neste país prospere, em matéria de tamanha relevância, uma interpretação, *data venia*, retrógrada, contrária à índole do sistema processual penal vigente, deformadora do sentido teleológico da lei, e que, em última análise, reduziria a nobre instituição do Ministério Público a um *pseudônimo*, a uma *caricatura* de autoridade!

IV — Conduz ao absurdo à incoerência e ao impossível, porquanto:

1.º) Não é lícito supor-se, em bom direito, e nem é sequer *verossimil*, houvesse o legislador, neste estágio de nossa cultura jurídica, pretendido golpear a base moral, anular a característica precípua, trincar a prerrogativa fundamental, orgânica, vital, do Ministério Público, reduzindo a *tabula rasa* o princípio de sua *independência*, inerente, como já vimos, à sua própria natureza e *condição* de sua existência. Bem ao revés, a inverossimilhança da premissa induz a falsidade da conclusão: — "*Verosimile quod non est praesumitur falsum*".

É esse o primeiro *absurdo* a que conduz a interpretação ora contestada.

(47) MASSARI, *op. cit.*, págs. 51/52.

2.º) Nada autoriza afirmar-se que o dispositivo do art. 7.º, *in fine*, da Lei n.º 1.521, de 1951, teria derogado, na hipótese em tela, a regra do art. 28 do Código de Processo Penal; entre outras, por duas óbvias razões, a saber: a) porque, face aos princípios de *continuidade e harmonização das leis* — segundo já demonstrado com apoio nas lições de OROSIMBO NONATO, CARLOS MAXIMILIANO e outros mestres, — a disposição nova só abole a antiga quando a revoga *expressamente* ou quando haja entre ambas *incompatibilidade radical e irreductível*, o que, no caso, não ocorre; b) porque a reiterada jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, como se vai mostrar mais além, é no sentido de competir ao Chefe do Ministério Público a deliberação final sôbre a procedência ou improcedência do pedido de arquivamento do inquérito, pelo Promotor, na forma do art. 28 do dito Código de Processo Penal, *mesmo nos casos de aplicação do recurso de ofício em razão de arquivamento de inquéritos, previstos no art. 7.º da aludida Lei n.º 1.521*; — e seria intolerável absurdo pretender-se que, com êsse entendimento, incida e reincida em êrro a mais alta Côrte de Justiça do país.

3.º) Ainda que se possa ver no recurso de ofício instituído no art. 7.º, *in fine*, da Lei n.º 1.521, para os casos de *arquivamentos* de inquéritos, uma medida acautelatória do interesse público contra eventuais facilidades de promotores e juízes no requererem e deferirem tais arquivamentos, não seria ortodoxo presumir-se o *absurdo* de haver o legislador pretendido negar aos Procuradores-Gerais a idoneidade, a isenção moral e o zelo funcional necessários ao exercício da função fiscalizadora e corretiva dos atos de seus subordinados, a ponto de lhes retirar a competência para o reexame dos pedidos de arquivamento de inquéritos, que lhes conferiu o art. 28 do Código de Processo Penal, e transferi-la a órgãos da segunda instância judiciária, dando a êstes, ademais, o poder de, à revelia dos mesmos Procuradores-Gerais, anularem os requerimentos daqueles membros do Ministério Público e lhes *ordenarem diretamente* a instauração da ação penal.

Contra a possibilidade de tão grave e injurioso julgamento, aberrante da ética, da noção de responsabilidade e do próprio senso comum, que não pode ser atribuído, de boa mente, aos ilustres e dignos elaboradores da lei, milita o testemunho de inúmeros juristas e magistrados. Nessa farta seara é de colher-se, *exempli gratia*, o honroso conceito a êsse mesmo propósito externado sôbre os Procuradores-Gerais, na *Conferência dos Desembargadores*, de 1943, no Rio de Janeiro, pelo ilustre Desembargador DARIO CARDOSO:

“Desde que o Ministério Público examina os documentos que vieram ao seu parecer e verifica que êsses elementos não eram de ordem a lhe fornecer base para a denúncia, pede o arquivamento. Ele não é desidioso, cumpre o seu dever, e, ademais, a lei foi sábia: — estabeleceu o remédio, quando, porventura, o membro do Ministério Público venha a cumprir mal o seu dever; e o remédio é a remessa do processo ao Procurador-Geral no Estado, *cargo sempre desempenhado por pessoa que está acima de quaisquer injun-*

ções que possam pesar sobre a ação dos promotores nas comarcas do interior do Estado” (48).

Não menos honroso foi o juízo manifestado, no mesmo ensejo, pelo insigne Desembargador MIGUEL SEABRA FAGUNDES:

“A iniciativa da ação deve ficar limitada ao Ministério Público e êle está constituído — e *bem constituído* — para isso”.

.....
 “Entretanto, tal como está na lei, não vejo grave inconveniente em que a ação pública possa ser trancada pelo próprio entendimento do Ministério Público”.

.....
 “Uma vez, porém, que o Procurador-Geral intervém, a situação está resolvida satisfatoriamente. Êle decide, nesse caso, acima de quaisquer injunções...” (49).

4.º) Finalmente, a impugnada interpretação conduz ou pode conduzir ao impossível:

Conforme já se demonstrou, com invocação da lei, da doutrina e da jurisprudência, o próprio Promotor que, fundamentadamente, se recusou a dar a denúncia e pediu o arquivamento do inquérito, não pode ser *coagido*, por virtude da decisão judiciária, a oferecer *êle mesmo* a denúncia instauradora da ação penal, porque isso importaria violentar-lhe a consciência e a personalidade moral. Assim, ao receber de volta o processo, caber-lhe-á representar ao Procurador-Geral, manifestando seu impedimento, a fim de que o mesmo ofereça diretamente a denúncia ou designe outro membro do Ministério Público para fazê-lo.

Admita-se, porém, que, pelo ponderado reexame do caso, em face do processo, o próprio Procurador-Geral se convença da inexistência ou insanável deficiência de elementos que autorizem o procedimento penal.

Pelos mesmos motivos morais e jurídicos que impedem violentar-se a consciência e a personalidade moral do Promotor declinante, não se pode — e com evidência de redobrada razão — infligir a mesma violência ao Procurador-Geral, *obrigando-o* a oferecer uma denúncia para a qual se sente sem condições, nem impor-lhe o constrangimento e o desprimor de ordenar a qualquer outro dos seus subordinados a prática de um ato que êle próprio não se sente capaz de praticar. Além do que, de resto, poderia acontecer que a abstenção se impusesse, generalizadamente, ao espírito jurídico e ao ente moral de todos os outros membros do Ministério Público.

Em tal conjuntura, tornar-se-ia *impossível* cumprir-se o mandamento do aresto, — a menos que se tivesse de recorrer a outras soluções igualmente

(48) Conferência dos Desembargadores, D.F., 1943, Conclusão XII.

(49) *Ibidem*.

absurdas, como a de promover-se a substituição do Procurador-Geral *autônomo* por um titular *subserviente*, ou a de ser a denúncia redigida e ajuizada por algum dos membros do próprio Poder Judiciário, com subversão total da ordem constitucional e jurídica vigente.

* * *

Ora, a exegese de um dispositivo isolado e omissivo quanto aos efeitos de seu conteúdo normativo, que conduz a tais resultados e conseqüências, não pode ser aceita como a adequada ou a melhor à sua inteligência, máxime quando outras se mostram possíveis pelo confronto e natural conciliação de textos reguladores da mesma relação de direito, por via do chamado "*processo sistemático*" de hermenêutica jurídica, que consiste, no magistério de CARLOS MAXIMILIANO, em

"comparar o dispositivo sujeito a exegese com outros do mesmo repositório, ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto" (50).

Ao intérprete, como ao aplicador da lei, devem estar presentes êstes ensinamentos do mestre insigne:

"Não se presumem antinomias ou incompatibilidades nos repositórios jurídicos; se alguém alega a existência de disposições inconciliáveis, deve demonstrá-la até à evidência.

Supõe-se que o legislador, e também o escritor do Direito, exprimiram o seu pensamento com o necessário método cautela, segurança; de sorte que haja unidade de pensamento, coerência de idéias; tôdas as expressões se combinem e harmonizem. Militam as probabilidades lógicas no sentido de não existirem, *sobre o mesmo objeto*, disposições contraditórias ou entre si incompatíveis, em repositório, lei, tratado, ou sistema jurídico".

"O confronto de disposições vigentes com outras anteriores, paralelas ou análogas, não só evidencia a *continuidade*, embora progressiva, de idéias e teorias preexistentes, como também prova que essa perpetuação relativa é a regra".

"Desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade" (51).

* * *

(50) CARLOS MAXIMILIANO, *op. cit.*, pág. 161.

(51) CARLOS MAXIMILIANO, *op. cit.*, págs. 168, 174 e 205.

IV

21. De quanto até aqui se expôs, afirmou e demonstrou, resulta, a tóda evidência, como conclusão inelutável, ser um ato judicial manifestamente injurídico o aresto que, dando provimento a recurso de ofício manifestado pelo juiz com fulcro no art. 7.º, *in fine*, da Lei n.º 1.521, de 26-12-1951, ao invés de fazê-lo para o *efeito* de adotar-se a providência legal (não usada pelo juiz) da remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral, como órgão *competente* para reexame e possível correção do ato do Promotor, requerente de seu arquivamento, em conformidade ao disposto no art. 28 do Código de Processo Penal, todavia, desde logo, por deliberação própria, com postergação dessa norma legal vigente e ostensiva usurpação da competência do Ministério Público, decide sôbre o *cabimento* ou *pertinência* da ação penal, e “*determina*”, “*manda*”, “*ordena*” que a *instaura* a Promotória, sem a necessidade e formalizada afetação prévia do caso ao dito Procurador-Geral.

Accentue-se que, na maioria dos casos em que isso tem acontecido, no Estado da Guanabara, as decisões superiores foram proferidas *contrariamente aos pareceres dos Procuradores de Justiça officiantes, na segunda instância, junto às mesmas colendas Câmaras, confirmando os pedidos de arquivamento feitos pelos Promotores perante os juizes na primeira instância, insistindo no descabimento das denúncias e opinando pelo não provimento dos recursos de ofício*; — Procuradores êsses que ali officiam “*por delegação*” e, pois, *em nome* do Procurador-Geral, como seus “*representantes*”, *ex vi* do disposto nos arts. 16, inciso XI, e 21, inciso II, do Código do Ministério Público (Lei n.º 3.434, de 20-7-1958).

22. Desde que o *efeito* do provimento do recurso de ofício, nessa especial hipótese de *arquivamento* do inquérito, não foi *declarado* (como convinha, em atenção mesmo à regra do art. 28 do Código), quer no art. 7.º ou noutro dispositivo da Lei n.º 1.521, de 1951, quer por via de posterior regulamentação, deve concluir-se que a interpretação racional, consentânea com o espírito e a índole do sistema, adequada aos princípios da hermenêutica jurídica, e idônea a evitar os dislates, incongruências e absurdos já apontados, é a de que tal *efeito* consiste em negar *definitividade* imediata ao despacho recorrido e mandar que se proceda na forma do art. 28 do Código de Processo Penal; isto é, que se remeta o inquérito (ou quaisquer peças de informação) ao Procurador-Geral, a fim de que êsse reexamine o caso e delibere, *como Ministério Público*, sôbre a procedência ou improcedência do pedido de arquivamento, sôbre o *cabimento* ou *descabimento* da instauração da ação penal.

* * *

23. Dificilmente se poderá encontrar nos domínios da Ciência e, principalmente, no campo do Direito, alguma teoria, doutrina, tese ou opinião isenta de controvérsias, críticas e contestações.

Com respeito ao tema ora desenvolvido, é de registrar-se que o eminente Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES se colocou em posição contrária à que

adotamos e defendemos; pois, partindo da afirmação de que em certos casos a lei prevê um verdadeiro contróle jurisdicional da obrigatoriedade da ação penal, entende que, provido o recurso oficial da Lei n.º 1.521, “obrigado está o Ministério Público a oferecer denúncia” (52).

Em que pese à autoridade e ao brilho do expositor, não nos parece seja êsse o melhor entendimento, nem o que recolha maiores sufrágios nos altiplanos doutrinários e jurisprudenciais.

24. Afigura-se-nos, por isso mesmo, de grande valia trazer à colação, no remate dêste trabalho, e sem necessidade de alongá-lo ainda mais com a citação de outros vários julgados, o que decidiu o egrégio Supremo Tribunal Federal em memorável Acórdão de 12 de junho de 1963, no julgamento do *habeas corpus* n.º 39.779, do Estado da Guanabara, em que foi relator o ilustrado Ministro VICTOR NUNES LEAL, e em cuja ementa se lê, no primeiro item:

“Se o Chefe do Ministério Público apóia o despacho que, a requerimento do Promotor, arquivou o inquérito, não pode ser iniciada a ação penal”.

A hipótese era a de crime contra a saúde pública (art. 273, inciso II, do Código Penal), sujeito, portanto, o respectivo processo à incidência do art. 7.º da Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Como relato de seu histórico, preferimos reproduzir aqui o resumo feito por HELENO FRAGOSO, no n.º 185 de seu prestimoso livro *Jurisprudência Criminal, in verbis*:

“Ação penal após arquivamento confirmado pelo Procurador-Geral. Nulidade.

“É nula a ação penal iniciada após ter o chefe do M. P. concordado com o arquivamento. Nesse sentido o STF no *h. c.* n.º 39.779, por unanimidade, relator o min. VICTOR NUNES LEAL. A hipótese era a seguinte: o promotor pediu o arquivamento; o juiz provocou a Procuradoria-Geral, que concordou com o pedido. Concedendo-o, recorreu o juiz, de ofício, pois se tratava de crime contra a saúde pública (art. 273). A 1.ª Câmara Criminal do T. J., da Guanabara, julgando o recurso, entendeu que havia crime, em tese, e mandou que fôsse apresentada a denúncia. Em cumprimento do acórdão, o M. P. ofereceu a denúncia. Absolvido afinal o acusado, a mesma 1.ª Câmara reformou a sentença para condená-lo. Pedido o *h. c.*, concedeu-o o STF, *por ser nulo o processo. A iniciativa da ação penal cabe exclusivamente ao M. P. e a ação penal não poderia ter sido iniciada. O h. c. fôra impetrado por outro fundamento, que o tribunal não admitiu, reconhecendo, no entanto, êste, ex officio*” (53).

(52) JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, ed. Forense, Rio/São Paulo, 1965, vol. 1.º, pág. 339.

(53) HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, Rio de Janeiro, 1968, págs. 147/148.

Vejamos, agora, reproduzidos do próprio citado Acórdão, os trechos que interessam *sub specie juris*:

“Quanto ao processo, consta das informações, que o Promotor pediu o arquivamento. O Juiz o deferiu e recorreu de officio. A Procuradoria Geral pediu a confirmação do arquivamento. Entretanto, a 1.^a Câmara Criminal, julgando o recurso, entendeu que havia crime em tese, pela redução do valor terapêutico, do produto, e mandou que fôsse apresentada denúncia. Em cumprimento a êste acórdão, o Promotor ofereceu a denúncia. Na audiência de julgamento, pediu-se a absolvição, no que foi atendido pela sentença. Recorreu o Ministério Público e a Câmara reformou a sentença, condenando o réu.”

.....
 “No caso presente, *data venia*, pelos motivos indicados, não concedo o *habeas corpus*. Não faltou, aqui, o exame de repartição inequivocamente competente, porque o Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina também opinou. E do seu laudo não resulta, claramente, que não tenha sido reduzido o valor terapêutico do produto. Isto me basta para que, em tese, haja crime. Portanto, não acolho a alegação de falta de justa causa.

Não obstante, concedo o *habeas corpus*, porque considero nulo o processo *ex radice*. Tenho já votado mais de uma vez com o Tribunal, no sentido de que, quando o Promotor pede o arquivamento, o juiz o concede e o Procurador-Geral da Justiça se manifesta de igual modo, *está morta a ação penal*.

É certo que, depois de iniciada a ação penal, por ordem do Tribunal de Justiça, o Ministério Público veio a recorrer da sentença absolutória e opinou pelo provimento do recurso e pelo indeferimento da revisão. Mas, de acôrdo com os nossos precedentes, salvo engano, *a ação penal não podia ser iniciada*, porque a iniciativa do Ministério Público já ficara preclusa, desde o momento em que a Procuradoria Geral se pôs de acôrdo com o despacho judicial, que arquivou o inquérito, a requerimento do Promotor. É o que resulta do art. 28 do Código de Processo Penal.

Por êste último fundamento, aliás não alegado na inicial, mas que resultou das informações, *concedo a ordem* para anular o processo, isentando o paciente da ação penal pelo mesmo fato”.

O julgamento, de Tribunal pleno, foi, como se viu, unânime, e no próprio voto do Ministro relator se mencionam e invocam os *precedentes* jurisprudenciais da alta Côrte, o que bem mostra não se tratar de uma decisão isolada. É sugestivo assinalar que o eminente Ministro PEDRO CHAVES, embora lamentando a impunidade do réu, houve de reconhecer que a *nulidade* da ação penal (*ordenada pela Câmara*) era “*indiscutível*”:

“Sr. Presidente, lamentavelmente, mais uma vez os fraudadores da fé pública, pela deturpação de registros de fórmulas, vão escapar dêste processo.

Mas a posição jurídica em que o eminente Sr. Ministro VICTOR NUNES colocou a questão, do ponto de vista processual, é *indiscutível*.”

V

25. Auspicioso e confortador é verificar que, em boa hora, a nova legislação processual penal brasileira consagra a orientação propugnada neste simples e desataviado escôrço jurídico, e isto evidenciam o *Código de Processo Penal Militar* e o projeto de *Código de Processo Penal* — elaborado, aliás, pelo Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES —, como adiante se verá.

O primeiro (*Código de Processo Penal Militar*) consigna os seguintes dispositivos:

“Art. 56. O Ministério Público desempenhará as suas funções de natureza processual sem dependência a quaisquer determinações que não emanem de decisão ou despacho da autoridade judiciária competente, no uso de atribuição prevista neste Código e regularmente exercida, *havendo, no exercício das funções, recíproca independência entre os órgãos do Ministério Público e os da ordem judiciária*.

Parágrafo único. Os Procuradores são diretamente subordinados ao Procurador-Geral.”

“Art. 397. Se o Procurador, sem prejuízo da diligência a que se refere o art. 26, n.º I, entender que os autos do inquérito ou as peças de informação não ministram os elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia, requererá ao Auditor que os mande arquivar. Se êste concordar com o pedido, determinará o arquivamento; se dêle discordar, remeterá os autos ao Procurador-Geral.

§ 1.º Se o Procurador-Geral entender que há elementos para a ação penal, designará outro procurador, a fim de promovê-la; em caso contrário, mandará arquivar o processo.

§ 2.º A mesma designação poderá fazer, avocando o processo, sempre que tiver conhecimento de que, existindo em determinado caso elementos para a ação penal, esta não foi promovida.”

O segundo (*Projeto do Código de Processo Penal*), instituindo — e, naturalmente, nas esferas federal e estadual — um órgão a que intitula pomposamente de “*Conselho Superior do Ministério Público*”, visa a preservar a independência e autonomia funcional da benemérita instituição, ao menos no que concerne à sua incontestável competência para opinar e deliberar em matéria de *arquivamento de inquérito*, e o faz nos arts. 99, inciso IV, e

seus §§ 1.º e 2.º, 458 e seus §§ 1.º, 2.º e 3.º, e 459 e seu parágrafo único, assim concebidos e redigidos:

“Art. 99. Além das atribuições que em lei lhe forem atribuídas, cabe ao Conselho Superior do Ministério Público:

.....

IV — *Deliberar sobre a proposta de arquivamento de inquérito policial, em casos de crime de reclusão.*

§ 1.º Se o arquivamento disser respeito a crime de detenção, *deliberará* sobre o assunto, apenas um dos órgãos do Conselho, segundo o que dispuser o Regimento Interno dêste, ou a lei local.

§ 2.º As atribuições previstas nos ns. II e III podem ser conferidas apenas ao Procurador-Geral.”

“Art. 458. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar denúncia, entender que o inquérito deva ser arquivado, enviará os autos dêste ao Conselho Superior do Ministério Público, expondo as razões pelas quais não encontra base razoável para denunciar.

§ 1.º Se o Conselho Superior do Ministério Público também entender cabível o arquivamento, *assim o determinará.*

§ 2.º Voltando os autos ao órgão do Ministério Público de primeira instância, requererá êste ao juiz, que homologue o arquivamento.

§ 3.º Se entender improcedentes as razões invocadas pelo órgão do Ministério Público, o Procurador-Geral designará outro para apresentar denúncia, ou êle próprio a oferecerá, devendo, então, designar qual o membro do Ministério Público que funcionará no processo.

Art. 459. *O arquivamento será determinado pelo Conselho Superior do Ministério Público*, quando não se apurar a prática de crime, ou quando faltar base razoável para a acusação.

Parágrafo único. Quando houver base para a denúncia, mas estiver extinta a punibilidade, ao invés do arquivamento, será requerido ao juiz competente que declare a extinção do direito de punir.”

* * *

26. Conquanto edificante e comovedor o *ato de penitência* do ilustre Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, merecem alguns reparos essas disposições do seu laborioso projeto.

O primeiro diz respeito à *denominação* do órgão: — “*Conselho Superior do Ministério Público*”, — que dá a falsa idéia de um colegiado *de segunda*

instância. Realmente, o qualificativo de “*superior*” faz supor a existência de um similar “*inferior*”, que lhe esteja subordinado na gradação hierárquica das competências, ou seja um órgão com *jurisdição recursal em segundo grau*, relativamente a outros “*Conselhos*” locais, o que, entretanto, não se depreende do conjunto das disposições, nem parece ter sido o pensamento do autor do projeto. Assim, pois, não se justifica, não tem razão de ser o adjetivo “*Superior*” intrometido na denominação do órgão, de que se trata.

O segundo reparo consiste no seguinte:

Conferem-se as importantes atribuições mencionadas nos dispositivos já transcritos a um “*Conselho Superior do Ministério Público*”, o que constitui *inovação* de conseqüências um tanto complexas, pois, ao que nos consta, tal organismo, excetuado o caso especial e talvez único do Estado de São Paulo, é desconhecido nas outras legislações de organização administrativa do país, quer no plano federal, quer no estadual.

No Estado da Guanabara existe um *Conselho do Ministério Público*, inicialmente instituído pela Lei n.º 3.434, de 20 de julho de 1958 (Código do Ministério Público) e que hoje é um órgão *constitucional* da instituição (art. 51, § 2.º), com as funções e atribuições específicas que lhe foram expressamente conferidas. Mas, acontece que muitos Estados não o possuem, talvez até a maioria dêles, podendo citar-se, como exemplo disso, o Estado do Rio de Janeiro.

Então, para que o *sistema* de competências do projeto funcione, nos casos objetivados, inclusive os de arquivamento de inquéritos, é preciso que não só a União como *todos* os Estados da federação, sem excetuar-se um só — desde que a lei é de âmbito nacional —, *criem* o seu respectivo “*Conselho Superior do Ministério Público*”, à imagem e semelhança do *modelo paulista*, onde ainda existe, aliás, uma *Corregedoria* e um *Colegiado do Ministério Público*.

Sucede, porém, que, em tema de Ministério Público, a Constituição Federal (Emenda constitucional n.º 1) só prescreve duas condições *obrigatórias*, a saber: *a*) a *organização em carreira* (art. 96), e, *b*) o ingresso na *carreira* mediante *concurso de provas e títulos* (art. 95, § 1.º). Nada impõe nem dispõe sobre qualquer espécie de *Conselho*.

Ora, desde que obedecidas aquelas duas condições, tudo mais que diga respeito à estruturação e disciplina legal dos Ministérios Públicos locais é matéria de organização administrativa de competência privativa dos Estados. E, como, segundo a Constituição, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 153, § 2.º), segue-se que os Estados, politicamente autônomos, não podem ser *obrigados* a criar um *Conselho Superior do Ministério Público*. A conseqüência a deduzir-se daí é a de que o *sistema* do Projeto, no particular em exame, não poderá funcionar nos Estados que o não criarem.

VI

CONCLUSÃO

27. A disposição do art. 7.º, *in fine*, da Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951, com o preceituar que os juizes recorrerão de ofício... "*quando determinarem o arquivamento dos autos do respectivo inquérito policial*", há de ser, necessariamente, interpretada e aplicada em harmonia com os princípios e normas de direito que asseguram a *autonomia* e a *competência* do Ministério Público. Assim, o provimento do recurso de ofício, em tais casos, não pode ter como *efeito* jurídico legal a *imposição*, pelo Tribunal *ad quem*, ao Ministério Público, de propor a ação penal; mas, sim, o de negar *definitividade* à decisão recorrida, até que — submetido o ato do Promotor Público a reexame e deliberação do órgão para tal fim *competente*, que é o Procurador-Geral da Justiça — decida êste, e só êle, se deve ser oferecida a denúncia, ou mantido o pedido de arquivamento, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal.

INTERNACIONALIZAÇÃO DO MERCADO DE CAPITAIS

CLÁUDIO VIANNA DE LIMA

SUMÁRIO: 1 — Prenúncios da expansão externa do Mercado de Capitais. 2 — A lei alemã sobre títulos de investimentos estrangeiros. 3 — Institutos estrangeiros do mercado de títulos. 4 — Publicidade e fiscalização. 5 — Conclusão.

1. A expectativa é a da admissão de valores mobiliários bolsísticos estrangeiros no Brasil. O recente estabelecimento de um mercado de títulos nacional, reforçando o mercado interno, a adoção, anterior, da taxa de câmbio flexível, traduzindo uma natural tendência para o câmbio livre, constituíram prenúncios da cogitação vigente de se admitirem capitais estrangeiros em nossas bôlsas. Esta possibilidade de acesso dos títulos alienígenas em nosso mercado de capitais está na dependência de encontrar o Governo um mais expedito mecanismo de trânsito internacional do dinheiro.

Não se deveria cogitar, apenas, dos títulos de bôlsa, na necessária expansão externa do mercado de capitais, devendo ser tida em conta a série de indicações favoráveis a um aumento de operações de valores mobiliários em geral. Cuida-se de um imperativo da *economia de mercado* a que pretendemos nos filiar, na opção entre o estatismo anti-democrático e a iniciativa privada propícia ao regime de liberdade sempre almejado. Tal regime, aliás, é o meio-ambiente em que se desenvolve a atividade comercial. Nesta liberdade, que lhe é própria, o comércio é, por outro lado, *internacional* por índole. Desconhece fronteiras. As limitações políticas lhe são impostas pelo Direito Público, nunca pelo Direito Mercantil. Consulta, assim, a pretendida expansão do nosso mercado de capitais, aos interesses mais característicos e instintivos do comércio e do Direito Comercial.

Em termos de relações internacionais, por outro lado, domina o princípio da reciprocidade. Admitindo-se a participação de capitais estrangeiros em nosso mercado de títulos, não se pode desconhecer a imperiosidade do acesso dos nossos capitais no mercado externo, através da aludida simplificação do tráfego monetário. Justo por se mostrar, ainda, incipiente e pouco desenvolvido o nosso mercado mobiliário, é que se verifica indispensável o seu fortalecimento. O estabelecimento do mercado bolsístico nacional é um passo neste sentido. Outros, igualmente corajosos, devem ser os passos dados a seguir: é, já, sinal de desenvolvimento o trato com o estrangeiro sem temores vãos. Só os povos subdesenvolvidos temem o contato com o estranho. Necessário é incrementar a poupança e assegurar a sua existência como um fator, forte, de desenvolvimento.

2. No ano de 1969 o Parlamento alemão (República Federal) aprovou lei visando à proteção do mercado quanto a títulos de investimentos estran-

geiros. Conhece-se a redação final do anteprojeto do Gabinete Federal da República de Bonn, aprovada a 24 de julho de 1968, resultado do trabalho conjunto dos Ministérios de Economia e da Justiça. Ai se dispõe sôbre a venda dos títulos de investimento estrangeiros, complementando-se a lei de companhias de aplicação de capitais, de 1957. Cogitam-se das providências legais de incremento da formação de patrimônio (poupança), com as indispensáveis medidas de proteção da economia popular que é, afinal, mobilizada pelo mercado de títulos. A razão da tutela da poupança privada não atende, apenas, aos aspectos penais, à necessidade de punição dos crimes contra o patrimônio, mas, e mais notadamente, à imperiosa finalidade de preservar e conservar as poupanças individuais, como fator da riqueza coletiva, que delas não pode prescindir.

O incremento da colocação de títulos estrangeiros na Alemanha ocidental, acentuado nos últimos tempos, convenceu da necessidade de forte disciplina no setor. Há, no projeto aludido, a preocupação primeira com a segurança das operações, com a garantia de bancos comerciais. Esta garantia, na verdade, já existe para o mercado de títulos internos. Também em segurança do investidor exige o projeto a presença, em território sob a jurisdição da República Federal, de representante da companhia estrangeira, aplicadora de capitais, com tôdas as responsabilidades de direito, inclusive de Direito Comercial, cujo domicílio será o fóro para tôdas as questões pertinentes à colocação dos títulos.

3. Especial cautela tem o projeto de lei com a colocação dos títulos estrangeiros a domicílio. Sabe-se do maior risco na subscrição, compra e venda de papéis a domicílio, em que mais fáceis se revelam as práticas delituosas, na manipulação de títulos sem autenticidade e valor. São graves as lesões, por esta forma causadas, à economia popular. A lei alemã garante ao comprador em domicílio o direito de anular a compra, no prazo de quatorze dias, no caso de ter sido visitado pelo representante da aplicadora de capitais sem solicitação sua e aviso prévio.

A orientação do legislador teuto, no particular, é em sentido contrário ao da legislação conhecida, em Direito Comparado. Afasta, por exemplo, a preocupação da Securities and Exchange Commission (S.E.C.), que faz às vêzes do Banco Central dos Estados Unidos da América do Norte (mais próximo da nossa antiga SUMOC), em notório choque com a Suprema Côrte, quando busca definir, através de regulamentação interpretativa do SECURITIES ACT, de 1933, o que é a OFERTA PÚBLICA. Ocorrendo a oferta pública de títulos de investimento de capitais, e só então, há a proteção legal do investidor e do investimento. A dificuldade, todavia, é a conceituação desta oferta pública, principalmente no desentendimento havido entre o Judiciário e o Executivo americanos a respeito. A lei alemã abandona, também, as restrições tradicionais do direito anglo-francês, quanto à venda de títulos a domicílio. Observa RIPERT a limitação da venda de tais títulos na França, onde só se admitem as operações a domicílio de títulos nacionais, cotados em bôlsas nacionais e nas mesmas negociados. A legislação francesa, a começar do Decreto-lei de 8 de agosto de 1935, cópia da lei inglesa de 3

de agosto de 1928, distingue, no ponto, a COLPORTAGE, proibida em absoluto, e a DÈMARCHAGE, admitida com sérias restrições.

A COLPORTAGE é a venda ambulante de valores mobiliários, oferecidos a domicílio. DÈMARCHAGE é neologismo que se pode traduzir como a entabulação de conversações para venda, a oferta para início de negócio, a domicílio, de valores mobiliários. A diferença entre os dois institutos está em que na DÈMARCHAGE a efetivação do negócio só se faz por uma espécie de MANDATÁRIO, com poderes expressos, do aplicador. O DÈMARCHEUR solicita ordem de subscrição e venda de valores mobiliários. É um profissional com atividade regulada em lei (Decreto-lei de 30 de outubro de 1935), necessariamente de nacionalidade francesa, empregado de uma só empresa autorizada a operar em DÈMARCHAGE. O mandatário, como já acentuado, age mediante mandato expresso com assinalada responsabilidade penal pelo abuso do mandato. Vedadas são as operações a termo em bolsas do exterior e a colocação de valores externos sem a garantia do Estado estrangeiro de origem (observa a doutrina, neste passo, ser exagerada a confiança na garantia dos Estados estrangeiros e excessiva a desconfiança nas sociedades do exterior!)

A lei alemã admite a venda a domicílio dos valores mobiliários estrangeiros, como acima se notou, mas com a possibilidade de desfazimento da operação, a curto prazo. Entende garantir assim o investidor nacional, o que só a prática demonstrará se é suficiente.

4. A lei germânica empresta relêvo à publicidade para a colocação de títulos estrangeiros. Prevê a lei o fornecimento obrigatório de material informativo (prospectos de venda, informações sobre a aplicadora de capitais, forma de balanço das importâncias captadas e mais elementos). Estas informações devem ser colocadas à disposição do investidor, em língua alemã, além da divulgação, necessária, pela imprensa, sob fiscalização da autoridade competente, com poderes de interferir em casos de abuso (infidelidade das informações, dolo acima do tolerável para a colocação dos títulos etc.).

Inexiste no direito anglo-americano regulamentação específica a propósito. Há, no direito francês, de especial, o controle de prospectos destinados a subscrição e compra de títulos de emissão de sociedades. Mas a propaganda pela imprensa não é, até agora, sujeita à regulamentação própria, em matéria de títulos estrangeiros. Todavia, a orientação ao público, dada por meio de tal publicidade e também pela correspondência privada, pode ser a mais nociva para a aplicação e a preservação das poupanças individuais, donde a importância da regulamentação do setor. Há, nos grandes centros, imprensa financeira especializada, notoriamente útil. Difícil é escoimar dos conselhos desinteressados a publicidade paga, inoculada no público sob a aparência de tais conselhos. Não deixam de ser os órgãos desta imprensa intermediários na colocação de capitais e nesta função fazem contratos de publicação de matéria favorável a tal ou qual empreendimento, ou mesmo os famosos *Contratos de Silêncio*, quanto a dadas outras iniciativas, cuja divulgação fica subordinada à prévia autorização do aplicador de capitais interessados. No Rio de Janeiro, recentemente, conhecida aplicadora de capitais, ligada a capitais ingleses, fez publicidade em torno da maior rentabilidade de sua carteira de

ações (fundo de investimento), escolhendo, dolosamente, uma data em que, eventual e esporadicamente, por uma única vez, a percentagem de rendimento de sua carteira foi a mais elevada. Não há, entre nós, forma específica de coibir tal prática. Mas a lei alemã coloca a publicidade em apreço sob controle completo da autoridade competente. Visa a coibir abusos, em se tratando de aplicação de poupanças no exterior, da mesma forma que coíbe no mercado interno tal publicidade nociva.

Também se exerce esta fiscalização no tocante à observância das condições legais de colocação dos títulos estrangeiros, prevendo a lei a possibilidade de proibição das operações com os referidos títulos, uma vez desobedidas as disposições legais ou contratuais pertinentes.

5. A nossa lei de mercado de capitais (Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965), em seus artigos 22 a 25, trata do acesso de empresas de capital estrangeiro ao sistema financeiro nacional. São regras tendentes a possibilitar a limitação do recurso das mencionadas empresas ao sistema financeiro aludido, em períodos de desequilíbrio do balanço de pagamentos. Nada há no sentido de atração de capitais do exterior e nem de estímulo ao ingresso de títulos estrangeiros, permitindo ao mercado interno um investimento seguro de seus capitais, fortalecendo as poupanças individuais e a riqueza coletiva nacional. Desconhece-se a verdade de que o incremento do intercâmbio com o exterior, nos dois sentidos, viria a integrar o mercado interno no sistema internacional de mercados, verdadeiro conjunto de vasos comunicantes que permitirá elevar o nível de desenvolvimento nacional. O exemplo da supra referida lei alemã deve ser meditado.

INOVAÇÕES DA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL DE 1969

RAPHAEL CIRIGLIANO FILHO

SUMÁRIO: 1-3 — Introdução. 4 — Aplicação da lei penal. 5 — Do crime. 6 — Da imputabilidade penal. 7 — Do concurso de agentes. 8 — Das penas. 9 — Das medidas de segurança. 10 — Da ação penal. 11 — Da extinção da punibilidade. 12 — Contribuição da doutrina, da jurisprudência e da legislação estrangeira. 13 — A prudência do legislador.

1. Parece-nos que, para o conhecimento de nossa nova lei Penal, a vigora a partir de 1.º de agosto de 1970, o primeiro passo deva ser a pesquisa das principais inovações introduzidas, a se realizar através do confronto entre o Código de 1940 e o novo Código.

2. É certo que a Parte Geral continua disciplinada em cento e vinte artigos, como no Código de 40; é certo que foram mantidos os mesmos títulos, capítulos e seções. Mas apesar de tudo isso, várias e profundas alterações foram introduzidas.

3. Examinemos o novo texto, acompanhando a ordem de apresentação de seus títulos e focalizemos os pontos de maior relevância na Parte Geral.

4. *No Título I — Da Aplicação da Lei Penal* — poucas foram as alterações introduzidas, como o reconhece a Exposição de Motivos (n.º 4). Podemos apontar cinco: duas referentes à aplicação da lei penal no tempo e três referentes à lei penal no espaço.

A primeira inovação vamos encontrar no critério estabelecido para o conhecimento da *lex mitior*. Segundo o art. 1.º, § 2.º, a lei mais favorável surgirá da comparação das duas leis sucessivas, “consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato”. Tal dispositivo, que reproduz norma do Anteprojeto HUNGRIA (art. 2.º, § 2.º), corta o debate doutrinário a respeito (1) e impede, mesmo, que o juiz se transforme em legislador, compondo uma terceira lei, com parte da antiga e parte da nova (2).

(1) Favoráveis à solução ora tomada: N. HUNGRIA, *Comentário*, ed. 1949, vol. I, 96; A. BRUNO, *Dir. Penal*, 1956, 1.º, p. 263; PANNAIN, *Diritto Penale*, 2.ª ed., I, n.º 63; ANTOLISEI, *Manuale Dir. Penale*, 5.ª ed., vol. 1.º, n.º 44; BATTAGLINI, *Direito Penal*, trad. bras. 1964, n.º 22, p. 76. Contrários, isto é, admitindo aplicação simultânea das duas leis: M. NORONHA, *Direito Penal*, ed. 1959, v. 1.º, p. 104; J. F. MARQUES, *Curso Dir. Penal*, ed. 1954, v. 1.º, p. 192; Conclusão XXXIX 1.ª Conf. Desembargadores.

(2) “...estaria o juiz, arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jôgo.” (N. HUNGRIA,

A segunda inovação está na precisa conceituação do *tempo do crime*. Estabelece o art. 5.º que “o crime se entende praticado no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”. Seguindo a teoria da atividade (3), aqui nada mais fez o legislador, senão acolher o ensinamento da doutrina dominante.

Em terceiro lugar, registremos a definição do território nacional (art. 7.º, § 1.º) que, para efeitos penais, estende-se a aeronaves e navios brasileiros, conforme sua natureza e o lugar onde estejam.

Em quarto lugar, vemos a aplicação da lei brasileira aos crimes de genocídio, mesmo praticados no estrangeiro, se o agente é brasileiro ou domiciliado no Brasil (art. 8.º, I, d) e aos crimes praticados em aeronaves e navios brasileiros, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro, se lá não forem julgados (art. 8.º, II, c).

Finalmente: dispõe o art. 10, III que a sentença estrangeira será homologada no Brasil para reconhecer o condenado como “reincidente ou criminoso habitual”. Entendem os mestres ROBERTO LYRA (4) e JOSÉ FREDERICO MARQUES (5), interpretando a lei atual, omissa a respeito, que não há necessidade de homologação para positivar a reincidência. Tal conclusão já não prevalecerá, diante dos termos claros do novo texto, inspirado no art. 12 do Código Rocco (6).

5. *No Título II — Do Crime* — há importantes alterações, que interessam ao fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade.

Mantida ficou a atual disciplina da relação de causalidade (teoria de equivalência das causas), embora à Comissão Revisora parecesse dispositivo desnecessário, já que o problema está, hoje, relegado a plano secundário e diz respeito a reduzido número de casos. Muitos penalistas, aliás, consideram imperfeitos e, assim, facilmente criticáveis, todas as fórmulas propostas para solução do problema (7).

Dispondo sobre a causa independente, determina o art. 13, § 1.º, do novo Código:

“A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado. Os fatos anteriores imputam-se, entretanto, a quem os praticou.”

Coments., I, pág. 96), “... seria autorizar al magistrado para crear una tercera ley — con disposiciones de la precedente y de la posterior — con lo qual se arrogaria funciones legislativas que no tiene.” (ASUA, *Tratado*, v. 2.º, n.º 715, p. 548).

(3) As outras duas são a teoria do evento e a teoria mista (Cf., BETTIOL, *Diritto Penale*, ed., p. 132; ANTOLISEI, *ob. cit.*, I, p. 84).

(4) *Coments. Cód. Penal.*, ed. *Rev. For.*, 1942, v. 2.º, p. 291.

(5) *Ob. cit.*, v. 1.º, p. 279.

(6) “Alla sentenza penale straniera pronunciata per un delitto può essere dato riconoscimento: 1) per stabilire la recidiva, o un altro effetto penale della condanna, ovvero per dichiarare l'abitudine e la professionalità nel reato o la tendenza a delinquere”.

(7) H. FRAGOSO, *A reforma da legislação penal*, in *Rev. Bras. Crim.*, v. 2.º, p. 59.

Comparando-se tal dispositivo com o art. 11, § único do Código atual, vê-se que a única alteração foi o acréscimo da palavra “relativamente”. Ao primeiro exame, parece estranho: pode uma causa de independência relativa produzir o resultado *por si só*? Revelando tal estranheza e criticando a redação do art. 14, § 2.º do Anteprojeto HUNGRIA, há o pronunciamento de H. FRAGOSO em parecer elaborado por indicação da O.A.B., em 1962 (8).

Percebe-se, porém, o alcance dado à expressão “*por si só*”. Refere-se àquela causa que não se acha na linha de desdobramento físico iniciada com a ação, mas que, interferindo no processo causal, dá-lhe novo rumo, desviando-o de seu curso normal (9), e leva ao resultado “em circunstâncias diversas daquelas a que conduziu o comportamento do agente” (10).

Já concluíra a doutrina (11), com a confirmação da jurisprudência (12) que a lei atual, embora não o dizendo expressamente, contempla no art. 11, § único, a causa de independência relativa, não a de independência absoluta, prevista no corpo do artigo. Ora, o legislador aqui somente explicitou o conteúdo da norma e afastou qualquer dúvida que porventura subsistisse.

Inovação é, igualmente, o que se contém no art. 13, § 2.º, sobre a causalidade nos crimes comissivos por omissão. Indica o texto as fontes capazes de criar o dever de agir: a lei, a responsabilidade assumida por outra forma e o comportamento anterior.

Continuando a pesquisa, vamos notar outra alteração digna de registro, com inúmeras repercussões, inclusive no cálculo da prescrição: a *pena do crime tentado* (art. 14, § único). Como a lei atual, determina o novo Código seja a tentativa punida com a pena do crime consumado, diminuída de um a dois terços. Mas, acrescenta, em casos de *excepcional gravidade*, pode o juiz deixar de efetuar qualquer diminuição. Nessas condições, crime consumado e crime tentado são punidos com a mesma intensidade. Chega-se a um critério que, a rigor, não se enquadra em qualquer dos três existentes (13). É um critério misto: redução obrigatória nos casos normais e equiparação nos casos excepcionais.

Alterou-se a definição de *crime culposo*, dando-lhe conceito mais amplo. O Código de 40, de forma bastante lacônica, preceitua como culposo o crime “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia” (art. 13, II).

(8) *Rev. Bras. Crim.*, v. 2.º, p. 61.

(9) Cf., N. HUNGRIA, *Em torno ao anteprojeto do Código Penal*, in *Rev. Bras. Crimin.*, v. 3.º, p. 29.

(10) A. BRUNO, *ob. cit.*, Tomo 1.º, p. 324.

(11) N. HUNGRIA, *ob. cit.*, v. 1.º, p. 240; J. F. MARQUES, *ob. cit.*, v. 2.º, p. 99; A. BRUNO, *ob. cit.*, v. 1.º, T. 1.º, p. 329; M. NORONHA, *ob. cit.*, v. 1.º, p. 157; H. FRAGOSO, *Conduta Punível*, p. 107; E. CUSTÓDIO SILVEIRA, nota a trad. bras. do *D. Penal de Battoglioni*, p. 185, nt. K.

(12) *Repositório da Jurispr. do Cód. Pen.*, de D. ARRUDA MIRANDA, v. 1.º, n.º 59.

(13) Redução obrigatória (Suécia, Noruega, Itália, Holanda, Argentina, Espanha); redução facultativa (Suíça, Dinamarca, Iugoslávia, Alemanha); equiparação (França, Bulgária, Polónia). Vide H. FRAGOSO, in *R. B. Crim.*, v. 2.º, p. 63; J. BERNARDINO GONZAGA, *Tentativa*, *R. B. Crim.* v. 9, p. 150.

O nôvo texto considera crime culposo aquêle em que o agente "deixando de empregar a cautela, a atenção ou a diligência ordinária ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevenendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo" (art. 17, II). Trata-se da mesma redação empregada no artigo 16, II do Anteprojeto HUNGRIA, com o único acréscimo da palavra "cautela", desatendida a sugestão de FRAGOSO (14) de substituir o advérbio *levianamente* pela expressão "de forma censurável".

Conserva o nôvo Código a idéia nuclear da culpa *stricto sensu*. Na verdade, é através de imprudência, negligência ou imperícia que se revela a falta de cautela ou de atenção, isto é, do dever de diligência (15).

A novidade está, sim, no critério de aferição da culpa. Esta já se não determina objetivamente pelo homem médio, mas subjetivamente, levando-se em consideração o autor nas condições em que, então, se encontrava. Por outro lado, a amplitude da nova definição pode abranger a culpa inconsciente ou sem previsão ("resultado que podia prever") e a culpa consciente ou com previsão ("ou prevenendo-o, supõe, levemente, que não se realizaria ou que poderia evitá-lo").

O art. 18 introduz preceito que não consta da lei atual: "não há crime quando o fato resulte de caso fortuito ou força maior". Tal dispositivo destina-se, cremos, a contemplar o caso fortuito e a força maior como excludentes do próprio nexos causal (16) e não, apenas, como excludentes da culpabilidade (17). Se assim é, melhor estaria o dispositivo ao lado do art. 13, que dispõe sobre a relação de causalidade.

Outra importante inovação está no art. 19, que estabelece só responder o agente pelos resultados que agravam as penas, se "os houver causado, pelo menos, culposamente". Vale dizer: nos crimes qualificados pelo resultado, o evento excessivo há de ser, pelo menos, culposo. Princípio valorizado pela doutrina (18) e já incluído em códigos atuais (19), representa, no dizer de H. FRAGOSO "a derradeira pá de cal na responsabilidade objetiva" (20).

Mantida a distinção entre erro de direito e erro de fato, estabelece o art. 20 a atenuação da pena ou sua substituição por outra menos grave, quan-

(14) *Rev. Bras. Crim.*, v. 2.º, p. 65.

(15) A. BRUNO, *ob. cit.*, tomo 2, p. 470; SANTORO, *Diritto Penale*, 1949, p. 208; "... la negligenza, l'imprudenza e l'imperizia, di cui si usa parlare, rappresentano, a nostro avviso, soltanto il dato esteriore derivante della negligenza iniziale, nucleo psichico dell'agire colposo" (MANTOVANI, *Il Concetto Ontologico del Reato*, 1954, p. 166).

(16) N. HUNGRIA, *ob. cit.*, v. 1.º, n.º 72; J. F. MARQUES: "O caso fortuito pode excluir a culpabilidade; antes disso, porém, êle exclui o nexos causal". *Ob. cit.*, v. 2.º, p. 233.

(17) BETTIOL: "Circostanza di esclusione della colpevolezza per l'impossibilità di esigere un comportamento diverso é in dubbiamente il caso fortuito", *Diritto Penale*, 5.ª ed., p. 393; PANNAIN, *Manuale Diritto Penale*, 2.ª ed., v. 1, n.º 320.

(18) ASUA, *ob. cit.*, v. 6, n.º 1.696.

(19) Grego, art. 31; iugoslavo, art. 10; alemão, § 56, com a alteração de 1953.

(20) *Rev. Bras. Crim.*, V. 2, p. 65.

do o agente, por escusável ignorância ou êrro de interpretação da lei, supõe lícito o fato. Êrro escusável é de ser interpretado como aquêle que não comporta censura ao agente.

Outra inovação vamos encontrar na disciplina da *coaço*. Distingue o Código de 69 a *coaço física irresistível*, que exclui a própria ação (art. 23), da *coaço moral irresistível*, que exclui a culpabilidade (art. 24, a). Essa distinção sempre foi feita pela doutrina (21) e pelos comentaristas (22), na correta interpretação do art. 18 do atual Código, considerado por muitos, “vago e impreciso” (23).

Inovação de marcante importância é a relativa à disciplina do *estado de necessidade*, que poderá funcionar, de acôrdo com o valor do bem sacrificado, como discriminante (art. 28), ou como excludente de culpabilidade (art. 25). Abandona-se a teoria unitária, seguida pelo Código atual, e passa-se à teoria diferenciadora, que hoje prepondera na doutrina (24).

Inspira-se na inexigibilidade de outra conduta, idéia cuja aceitação exige bastante reserva. Adverte A. BRUNO que “uma aplicação indiscriminada do princípio poderia alargar uma brecha no regime, por onde viriam a passar casos onde evidentemente a punibilidade se impõe, com a consequência de enfraquecer a necessária firmeza do Direito Penal” (25).

Várias objeções já se fizeram e muitas outras ainda se farão à admissão do princípio de forma expressa (26), no nôvo Código.

Releva acentuar que o dispositivo no Anteprojeto HUNGRIA (art. 22) era de alcance mais restrito, pois beneficiava o agente, “parente em linha reta, irmão ou cônjuge”. Mas o texto, finalmente aprovado, refere-se a “direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição”.

O excesso culposo é previsto não apenas para o caso de legítima defesa, como no Código atual (art. 21, § único), mas para “qualquer dos casos de exclusão do crime” (art. 30). Já havia notado BASILEU GARCIA, com a argúcia de sempre, criticando o Código de 40, que se impunha a disciplina do excesso para tôdas as discriminantes. “A nosso ver, escreve êle — a matéria do excesso devia ter disciplina unitária” (26-a).

Estabelece também o nôvo Código a impunibilidade do excesso escusável (§ 1.º), isto é, aquêle em que não há culpa do agente, e reconhece possível a alteração de pena, em caso de excesso doloso (§ 2.º) (26-b).

(21) A. BRUNO, *ob. cit.*, T. 2.º, ps. 549-550; J. F. MARQUES, *ob. cit.*, v. 2.º, p. 236.

(22) N. HUNGRIA, *Coments.*, v. 1.º, p. 420.

(23) ARIOSVALDO DE CAMPOS PIRES, *A coaço irresistível no Direito Penal Brasileiro*, 1964, p. 39.

(24) A. BRUNO, *ob. cit.*, Tomo 1.º, p. 381, nt.

(25) *Ob. cit.*, Tomo 2.º, p. 484.

(26) Já está de forma implícita no Código de 40: N. HUNGRIA, *ob. cit.*, v. I, p. 202.

(26-a) *Inst. Dir. Pen.*, 1952, T. 1.º, p. 324.

(26-b) HENNY GOULART, *O Excesso na Defesa*, 1968, p. 42, concorda com o disposto no § 1.º, mas discorda do que está no § 2.º.

6. *No Título III* — torna-se necessário assinalar o seguinte:

Em primeiro lugar, a correta denominação *Imputabilidade Penal*, em vez de “*Responsabilidade*”, constante do Código de 40. A doutrina, com poucas vozes discordantes (27), acentua a distinção entre imputabilidade e responsabilidade. Pois, enquanto imputabilidade implica a idéia de capacidade do agente, ou capacidade de direito penal, responsabilidade significa a obrigação de “arcar com as conseqüências jurídicas do crime” (28). Se aquela é pressuposto (29) ou elemento (30) da culpabilidade, esta refere-se a algo que vem *depois* do crime e que se acha *fora* dele (31).

Poderíamos repetir, com QUEIROZ F.^o (31-a): “por ser imputável, o autor do fato delituoso é culpado e, por ser culpado é responsável, isto é, deve “responder” por tôdas as conseqüências do crime”.

Sublinhemos, em segundo lugar, a eliminação da referência à paixão e à emoção, que se vê no art. 24, I do atual Código, referência que, aliás, somente tinha efeito educativo, servia apenas como advertência (31-b).

Em terceiro lugar, registre-se a possibilidade de substituição da pena imposta ao semi-imputável pela internação em estabelecimento psiquiátrico, na forma do art. 94.

Em quarto lugar, a modificação mais importante nesse título e já objeto de vivas discussões: o reconhecimento da imputabilidade excepcional dos jovens entre 16 e 18 anos, se possuem suficiente capacidade de entendimento e de auto-determinação (art. 33).

Manteve o nôvo texto, em suas linhas básicas, a disciplina do Código atual no tocante à imputabilidade. Continua prevalecendo o método bio-psicológico. Só não compreendemos a redação dos arts. 31 e 32. Emprega-se ali a expressão “não é imputável”, quando se poderia dizer, simplesmente “é inimputável”.

7. Foi, acertadamente, substituída a designação do *Título IV*: Co-autoria passa ser *Concurso de agentes*, expressão, sem dúvida, mais ampla, capaz de abranger não só a co-autoria, que traduz conduta principal (32),

(27) “Responsabilidade e imputabilidade são conceitos que de tal modo se entrosam, que são equivalentes”. N. HUNGRIA, *Novas Questões jurídico-penais*, 1945, p. 66.

(28) M. NORONHA, *ob. cit.*, v. 1.^o, p. 207.

(29) ASUA, *ob. cit.*, v. 5, p. 74; BATTAGLINI, *ob. cit.*, p. 218; FERNANDO CASTELLANOS, *Lincamientos de Derecho Penal*, México, 1967, p. 203; A. QUEIROZ F.^o, *Lições de Dir. Penal*, 1966, p. 137.

(30) MEZGER, *Trat. Derecho Penal*, v. 2.^o, § 35; BRUNO, *ob. cit.*, Tomo 2, p. 433; M. NORONHA, *ob. cit.*, v. 1.^o, p. 132; J. F. MARQUES, *ob. cit.*, v. 2.^o, p. 164.

(31) “Impossível confundir a culpabilidade “con la responsabilidad, que recae sobre todo el delito y está fuera de el, puesto que es consecuencia suya” (ASUA, *Trat.*, Vol. 5, p. 88); “Enquanto a imputabilidade se prende à estrutura do delito a responsabilidade é estranha ao seu conceito: é a obrigação de sofrer a conseqüência jurídica própria do crime (pena)”, BATTAGLINI, *ob. cit.*, p. 119.

(31-a) *Lições de Direito Penal*, 1966, p. 138.

(31-b) BASILEU GARCIA, *ob. cit.*, T. 1.^o, p. 344.

(32) A. BRUNO, *ob. cit.*, v. 2.^o, p. 644; J. FREDERICO MARQUES, *ob. cit.*, v. 2.^o, p. 310.

mesmo com divisão de tarefas (33), mas também a participação, que representa atividade secundária, acessória, dependente do fato principal (34).

Continuou o novo Código fiel à teoria unitária, decorrência necessária (35) da anterior aceitação do princípio ou equivalência das causas. Mas acrescentou-lhe indispensável temperamento — o § único do art. 35, que esbelece:

“A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade. Não se comunicam, outrossim, as condições ou circunstâncias do caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

Já lembrava H. FRAGOSO, ao sugerir melhor redação ao § 1.º do art. 33 do Anteprojeto HUNGRIA a necessidade de “deixar bem claro o princípio básico de que cada partícipe será punido conforme sua culpabilidade e sem consideração à culpabilidade dos demais” (36).

Devemos notar ainda que toda a disciplina referente à agravação e à atenuação da pena, em caso de concurso de agentes, foi acertadamente, trasladada do capítulo da Aplicação da Pena, em que se encontra hoje (art. 45 e 48, II), para o concurso de agentes.

Cumprir registrar ainda a supressão, pela Comissão Revisora (37) do dispositivo que constitui o § único do art. 48 do atual Código e que ainda era, injustificadamente, conservado no Anteprojeto HUNGRIA (art. 33, § 3.º).

Tal norma, determinando que o co-autor responda pelo crime mais grave, embora tivesse querido participar de outro menos grave, constitui, no dizer dos comentaristas, manifestação de responsabilidade objetiva (38).

8. Não nos podemos deter num exame aprofundado do *Titulo V — Das Penas*, que se compõe de cinqüenta e seis artigos e que vai ser focalizado em duas outras sessões por ilustres juristas.

Anotemos, porém:

a) A declaração da finalidade da pena feita no art. 37, com a expressa referência de que a reclusão e a detenção “devem ser executadas de modo

(33) É o que pode acontecer principalmente nos crimes que Beling chama de ação dupla, como o roubo por exemplo; um dos agentes mantém a pistola apontada contra a vítima, enquanto o outro a despoja de seus valôres. Por conta de uma violência contra a pessoa, por conta de outro a subtração, o que importa é que todos tomem parte, atuando em conjunto, na execução da ação típica, de maneira que cada um deles se possa chamar verdadeiramente autor” (A. BRUNO, v. 2.º, p. 645).

(34) J. FREDERICO MARQUES, *ob. cit.*, v. 2.º, p. 311.

(35) A. BRUNO, *ob. cit.*, v. 2.º, p. 636: “Hoje concordam os autores em que a maneira de resolver o problema da co-autoria está presa ao ponto de vista que se adote em relação à causalidade”.

(36) *Rev. Bras. Crim.*, v. 2.º, p. 71.

(37) A. BRUNO, *Coments. ao Cód. Pen.*, v. 2.º, p. 146.

(38) COSTA E SILVA, *Cód. Pen.*, 1940, p. 286; BASILEU GARCIA, *ob. cit.*, v. 1.º, T. 2, p. 492; A. BRUNO, *ob. cit.*, v. 2.º, p. 146; H. FRAGOSO, *Rev. Bras. Crim.*, v. 2.º, ps. 71-72.

que exerçam sôbre o condenado uma individualizada ação educativa, no sentido de sua recuperação social”.

Tal declaração foi considerada por BASILEU GARCIA nitidamente doutrinária, imprópria de figurar em lei e até perigosa, pois capaz de “fomentar soluções de complacência em detrimento da defesa social”.

H. FRAGOSO endossou a crítica, ao dizer: “lembramos, porém, o perigo da exploração, principalmente no júri, da fórmula do anteprojeto. Será fácil afirmar que a pena tem por base a emenda do réu e que é desnecessária se o réu não precisa de emenda, como aquêles que reconhecidamente não reincidem, entre os quais os delinqüentes ocasionais” (39).

Registre-se que, ante a crítica de BASILEU GARCIA, concordou N. HUNGRIA (40) em alterar o art. 35 do Anteprojeto, incluindo em seu texto que a reclusão e detenção “devem ter por fim não sômente punição pelo crime praticado, senão também...” e acrescenta a parte final do artigo. Mas tal referência à punição não veio consagrada no texto definitivo.

b) O desconto, em benefício do condenado, do tempo excessivo em que êle estêve prêso por outro crime, desde que haja reconhecimento judicial de tal excesso em data posterior ao segundo crime (art. 42, parte final). Esta ressalva impõe-se para evitar que o agente se julgue com um “crédito penal” a fazer valer num futuro crime... (41).

c) O regime da semi-liberdade, em estabelecimento penal aberto, para o condenado primário, de nenhuma ou de escassa periculosidade, se a pena imposta não é superior a seis anos (art. 40).

d) A possível substituição da pena de reclusão pela detenção (art. 38) e a de detenção pela multa (art. 46), esclarecendo a Exposição de Motivos (n.º 19) ser vedada a dupla substituição.

e) A fixação da pena pecuniária através do sistema de dia-multa (artigo 44), de origem escandinava e que se vai introduzindo, aos poucos, nas legislações modernas (42).

f) A possibilidade de imposição da pena de multa (nunca excedente a cem dias-multa), em caso de crime praticado com fim de lucro, ou por cupidez, ainda que tal pena “não esteja expressamente cominada” (art. 45).

É dispositivo que já se encontra em códigos e projetos recentes e pretende atingir o criminoso, que atua por cobiça, no seu ponto realmente *vulnerável*, como adverte SOLER, ao justificar o art. 76 do seu Projeto (43).

g) A pena indeterminada para o criminoso habitual ou por tendência (art. 64). Melhor: pena relativamente indeterminada, porque há um mínimo de três anos e um máximo de dez (§ 1.º).

h) Nôvo conceito de reincidência, com as restrições de tempo (art. 57, § 1.º) e da natureza do crime anterior (§ 2.º).

(39) *Rev. Bras. Crim.*, v. 2.º, p. 74.

(40) *Rev. Bras. Crim.*, v. 5.º, p. 11.

(41) O texto do artigo parece a BASILEU GARCIA pouco claro (*Rev. Bras. Crim.*, v. 4.º, p. 47).

(42) A. BRUNO, *Coment. ao Cód. Pen.*, v. 2.º, p. 83.

(43) *Rev. Bras. Crim.*, v. 12, p. 229.

i) A nova disciplina do concurso de crimes, com a equiparação do concurso formal ao concurso material (art. 65). Procede-se a unificação das penas, pelo critério do cúmulo material ou da exasperação, conforme o caso. Mas, permite-se uma diminuição “no caso de unidade de ação ou omissão ou de crime continuado” (art. 67, § único) (44).

j) A impossibilidade de reconhecimento do crime continuado, quando a ofensa é a bens personalíssimos de vítimas diferentes (art. 66, § único). É dispositivo que se apoia em boa doutrina (45) e supre lacuna na atual legislação (46).

No que tange a *suspensão condicional da pena*, assinalemos dois únicos pontos.

Em primeiro lugar, a possibilidade de estender-se o benefício a um número muito maior de condenados. Isso, em decorrência de dois novos dispositivos: o que permite ao juiz substituir a pena de reclusão pela de detenção (art. 38) e o que só considera impeditiva do *sursis* a condenação anterior por crime ou contravenção “reveladores de má índole” (art. 71, n.º I).

Em segundo lugar, a apuração da idade do réu menor de vinte e um anos ou maior de setenta, condenado a pena de reclusão. Segundo o art. 71 *caput*, considera-se a idade ao tempo do crime, não ao tempo da condenação. Esta norma veio cortar acesa discussão na doutrina e na jurisprudência sobre o critério preferível, havendo até um terceiro: o momento do crime ou da condenação, que mais favorecer o réu (47).

No *livramento condicional*, devemos considerar, pelo menos, dois pontos da maior relevância:

a) A pena já não terá que ser acima de três anos, como dispõe o Código de 40, mas poderá ser “igual ou superior a dois anos” (art. 75 *caput*);

b) Em caso de concurso de crimes, deverá considerar-se a pena unificada (art. 75, § 1.º), dispositivo que substitui a criticada norma constante do art. 60, § único do Código atual.

A novidade mais importante no capítulo das *Penas Acessórias* é a supressão da incapacidade para o exercício de profissão, que passa a constituir medida de segurança (arts. 92, 96 e 97). Lembra H. FRAGOSO que “as penas acessórias têm um nítido e talvez prevalente, sentido preventivo. E por isso orientam-se elas no sentido das medidas de segurança” (48). Acentua A. BRUNO que o destino das penas acessórias talvez “seja o de incorporarem-se

(44) Criticando a solução do Anteprojeto HUNGRIA, prefere o Prof. P. J. COSTA JR. a manutenção, com pequenas correções, da disciplina dada pelo Código atual. Considera a equiparação das duas espécies de concurso “um relegamento total do aspecto psicológico do delicto, redundando numa das mais clamorosas injustiças” (*Rev. Bras. Crim.*, v. 4.º, p. 109). Note-se ainda que o art. 121, § 5.º, do novo Código é exceção à disciplina do concurso (H. FRAGOSO, *Rev. cit.*, v. 4.º, p. 91).

(45) P. J. COSTA JR., *Rev. cit.*, v. 4.º, p. 110; COSTA E SILVA, *ob. cit.*, v. 4.º, p. 306; M. NORONHA, *ob. cit.*, v. 1.º, p. 346. Contra: J. F. MARQUES, *ob. cit.*, v. 2.º, p. 355; MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Do Crime Continuado*, 2.ª ed., p. 138.

(46) J. F. MARQUES, *ob. cit.*, v. 2.º, p. 355.

(47) BASILEU GARCIA, *ob. cit.*, T. 2.º, p. 541.

(48) *Rev. Bras. Crim.*, v. 3.º, p. 31.

na categoria das medidas de segurança, com o prevalecimento do seu caráter preventivo dos crimes" (49).

9. No Título VI, referente às *Medidas de segurança*, foram introduzidas modificações importantes, não obstante a crítica e o protesto de BASILEU GARCIA (50).

Notemos:

a) A supressão das medidas de segurança de internação em casa de custódia e tratamento e em colônia agrícola e a de liberdade vigiada. Por outro lado, o aparecimento das medidas de internação em estabelecimento psiquiátrico (arts. 92 e 94), interdição do exercício de profissão (art. 96) e a cassação de licença para dirigir veículos (art. 97).

b) A inexistência, agora, de qualquer presunção de periculosidade, como adverte a Exposição de Motivos (n.º 34).

c) O abandono do sistema do duplo binário (pena e medida de segurança detentiva, aplicadas sucessivamente), passando-se, agora, no caso dos semi-imputáveis, ao sistema vicariante: o juiz, ou impõe pena privativa da liberdade, embora atenuada, ou, se o réu necessita de especial tratamento curativo, impõe medida de segurança de internação em estabelecimento psiquiátrico (art. 94) (51).

d) Não há medida de segurança detentiva para os imputáveis, pois, diz a Exposição de Motivos (n.º 16), "a pena, não obstante a sua natureza retributiva, deve ser cumprida como medida de segurança, ou seja, tendendo à recuperação social do delinqüente".

10. Mantida ficou no novo Código Penal, apesar do protesto de muitos (52), a disciplina da *ação penal* (Tít. VII), invocando-se para isso o exemplo de códigos recentes (grego, búlgaro, húngaro) e de projetos, como o alemão de 1960 (53), bem como a correlação de matérias e sua interpretação.

A inovação de maior destaque é o desaparecimento da ação penal privada subsidiária, que se encontra prevista no art. 102, § 3.º do atual Código.

Justificando tal eliminação, diz N. HUNGRIA que a ação subsidiária "quase sempre deixa de atender ao interesse da Justiça, para somente servir a sentimentos de vindita, quando não a objetivo de chantagem" (54).

Na verdade, se a única hipótese de ação privada subsidiária é a de inércia do M. P., como reconhecem a doutrina e a jurisprudência dominantes (55),

(49) *Coment. ao Cód. Pen.*, v. 2.º, p. 209.

(50) *Rev. Bras. Crim.*, v. 4.º, p. 45.

(51) H. FRAGOSO, *Rev. Bras. Crim.*, v. 3.º, p. 32.

(52) A. BRUNO, *Dir. Pen.*, 1.ª ed., Tomo 3.º, p. 229; J. FREDERICO MARQUES, *ob. cit.*, v. 3.º, ps. 330, 331; H. FRAGOSO, *Rev. Bras. Crim.*, v. 3.º, ps. 33 e seg.

(53) N. HUNGRIA, *Rev. Bras. Crim.*, v. 4.º, p. 39.

(54) Nota em seguida ao art. 89, § 2.º do Anteprojeto.

(55) H. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, 1.ª ed., ns. 187, 188; J. F. MARQUES, *Elem. Dir. Proc. Pen.*, 2.ª ed., v. 1.º, n.º 194; MAGALHÃES NORONHA, *Curso Dir. Proc. Penal*, 1964, p. 42.

não deve subsistir um receio de enfraquecimento da repressão penal, pois o ofendido poderá, fàcilmente, obter da autoridade superior a desejada movimentação do processo.

11. Finalmente, no último Título da Parte Geral — *Extinção da Punibilidade*, destaquemos as seguintes modificações:

Primeira: a inclusão que se fêz do *perdão judicial* (56) entre as causas extintivas da punibilidade (art. 108, n.º V). Interpretando o Código de 40, omisso a respeito, chegara já a doutrina à conclusão de se tratar de causa de extinção da punibilidade (57). A nova lei acolheu êsse entendimento e o declarou de forma expressa.

Nenhuma admiração ou estranheza pode causar isso, sabido que a enumeração do art. 108 não é taxativa. Várias causas extintivas da punibilidade existem em outras normas do Código. BASILEU GARCIA (58) foi descobrir uma na Parte Especial e logo obteve a concordância de J. FREDERICO MARQUES (59): a morte do cônjuge ofendido nos crimes de adultério, pois aqui a ação privada é personalíssima (60).

Diz a Exposição de Motivos no n.º 36:

“Não se julgou necessário esclarecer que, no caso de perdão, deve o juiz abster-se de condenar. Julgando presentes os pressupostos da condenação, abstem-se neste caso o juiz de proferi-la, declarando extinta a punibilidade.”

Melhor seria que o legislador houvesse incorporado ao texto êsse entendimento, que é também o de abalizados mestres (61). Estariam afastadas as dúvidas que ainda subsistem, para muitos (62), de que ao ato judicial de não imposição da pena, deve preceder um juízo condenatório, com o reconhecimento, no caso concreto, da configuração do crime em todos os seus aspectos.

Como é sabido, a Exposição de Motivos, por mais segura que seja, não passa de interpretação doutrinária (63).

(56) Casos de Perdão Judicial no Cód. de 40: Arts. 140, § 1.º; 176, parágrafo único; 180, § 2.º; 240, § 4.º; 249, § 2.º. No Cód. de 69: Arts. 132, § 5.º; 144, § 1.º; 179; 197, parág. ún.; 265, § 4.º; 277, § 2.º.

(57) “Pelo perdão não se exclui nem a tipicidade, nem a antijuridicidade, nem a culpabilidade da ação. O crime existe e funciona mesmo com o pressuposto do perdão. Exclui-se a sua punibilidade por conveniência de política criminal”. (A. BRUNO, *ob. cit.*, T. 3.º, p. 179). No mesmo sentido: J. F. MARQUES, *ob. cit.*, v. 2.º, p. 270; N. HUNGRIA, *Novas Questões Jurídico-Penais*, p. 105.

(58) *Ob. cit.*, T. 2.º, p. 667.

(59) *Ob. cit.*, v. 3.º, p. 401.

(60) O disposto no § 2.º do art. 240 do Cód. de 40 foi repetido no § 2.º do art. 265 do Cód. de 69.

(61) A. BRUNO, *Comnts. ao Cód. Pen.*, v. 2.º, p. 180; H. FRAGOSO, *Rev. Bras. Crim.*, v. 3.º, p. 36.

(62) H. HUNGRIA: “Segundo entendemos, o perdão judicial deve seguir-se à efetiva condenação do réu”. *Comment.*, v. 7.º, p. 273.

(63) A. BRUNO, *ob. cit.*, Tomo 1.º, p. 212; M. NORONHA, *ob. cit.*, v. 1.º, p. 95.

Segunda: O prazo prescricional aferido pela pena imposta, no caso em que somente haja recurso do réu, só prevalece a partir da sentença (artigo 111, § 1.º).

Põe-se termo ao que a Exposição de Motivos considera "a teoria brasileira de prescrição pela pena em concreto" (n.º 37).

Como é sabido, o Pretório Excelso, depois de longos e acalorados debates, fêz incluir em sua SÚMULA o registro 146: "A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação". Tal orientação, de cunho liberal (64), pode, na opinião de muitos, comprometer a repressão penal. No dizer de H. FRAGOSO, contribui para "criar uma autêntica osteomalácia de todo nosso sistema repressivo" (65).

Em defesa da tese, que veio a ser incorporada ao texto do Código, diz o mesmo ilustre professor e co-autor da nova lei, que a fixação de prazos prescricionais "é questão de sensibilidade jurídica do legislador, não de ciência" e que o entendimento liberal "concede ao criminoso um estranho favor, de que nenhuma lei penal já cogitou, garantindo, em muitos casos, a impunibilidade, pela conhecida e lastimável morosidade de nossa justiça" (66).

Terceira: A aferição do prazo prescricional, em caso de concurso de crimes ou de crime continuado, é feita não pela pena unificada, mas considerando-se isoladamente cada crime (art. 111, § 3.º). Acolheu o legislador a orientação jurisprudencial. Já consta da *Súmula* do Supremo (registro 497): "quando se tratar de crime continuado a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação". A doutrina dominante é no mesmo sentido, como demonstra J. FREDERICO MARQUES (67).

Quarta: Depois de declarada a reabilitação, ficam cancelados os antecedentes criminais, que só poderão ser comunicados às autoridades para instruir outro processo penal contra o réu (arts. 119 e 120).

A disciplina dada pelo Código de 69 à reabilitação não constitui novidade, sabido que ela já se encontra na redação dos arts. 119 e 120 do Código atual determinada pela Lei 5.467, de 5-7-68.

12. Não se pode negar o esforço dispendido pelos ilustres juristas. N. HUNGRIA, A. BRUNO, H. FRAGOSO, B. MORAES F.º, IVO D'AQUINO na elaboração da nova lei penal. Só o tempo demonstrará se agiram com total acerto nas inovações introduzidas. Representam elas, é certo, o acolhimento da lição doutrinária, da lição jurisprudencial e a experiência da legislação estrangeira. O Prof. P. J. COSTA JR., em trabalho intitulado "O Projeto, o Código e a Estatística" (68), mostrou que 53,85% das alterações na

(64) "A orientação seguida, a respeito, pela Alta Corte consagra concessão liberal, de que já não lhe é permitido retratar-se, pela generalidade e extensão dos efeitos" (RHC 42.987, R. T. J., 36/359).

(65) *Jurisprudência Criminal*, p. 39.

(66) *Rev. Cit.*, v. 3.º, p. 40.

(67) *Rev. Cit.*, v. 13, pgs. 85 e seg.

(68) *Rev. Bras. Crim.*, v. 3.º, p. 89.

Parte Geral do Projeto HUNGRIA inspiravam-se na legislação estrangeira (19,41% projeto alemão; 17,47% projeto argentino; 13,59% Códigos grego e iugoslavo).

Isso não deve causar admiração, pois como esclarece N. HUNGRIA, “nos seus princípios fundamentais, os mais recentes Códigos e os projetos atualizados são como que cópias ligeiramente disfarçadas umas das outras” (69).

13. Também se deve acentuar a prudência do legislador refreando, em muitos pontos, os avanços da doutrina. A Exposição de Motivos esclarece, pelo menos em três pontos (ns. 8, 12, 16), que as conclusões da Comissão Revisora foram rejeitadas “em nome da prudência”. O legislador não se pode prender unicamente à lição dos doutos pois tem que considerar outros interesses, igualmente relevantes.

(69) *Arquivos Min. Justiça*, v. 55, p. 5.

A ALEGAÇÃO DE NÃO-DOMÍNIO

SIMÃO ISAAC BENJÓ

1 — Tormentosa questão oferece-nos a interpretação do art. 505 do Código Civil Brasileiro.

2 — Parece-nos que a interpretação obediente à literalidade desse dispositivo não é a que lhe dá certa doutrina, pela qual se mantém na posse quem é, e às vészes se confessa, esbulhador inequívoco.

3 — Diz o art. 505 do Código Civil, *in verbis*:

“Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito, sobre a coisa. *Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.*”

4 — Sobre a primeira parte nenhuma dúvida se oferece. O grande tormento está na análise e interpretação da parte final:

“*Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.*”

5 — Muitos julgados têm entendido o dispositivo pelo lado positivo, analisando a posição do autor:

Daí dizer-se frequentemente, que o autor de ação possessória não deve vencer a ação possessória se o seu domínio não está provado de modo evidente.

6 — Essa interpretação é que conduz ao ponto que os intérpretes alegam querer evitar: a discussão sobre o direito, sobre a legitimidade, enfim, sobre a propriedade. Com esse entendimento, transforma-se o campo de batalha: do possessório passa-se ao terreno do petitório e o autor quase sempre perde, ou, em outras palavras, o esbulhador quase sempre vence, restando ao esbulhado a contemplação melancólica de uma grave e funda injustiça.

7 — Com efeito, exigindo-se que o autor de uma simples ação possessória prove de modo evidente o seu domínio sobre a coisa, o que se está fazendo é nada mais nada menos que pedir-se como prova de posse a demonstração da legitimidade do direito de propriedade, o que vem autorizar que se conclua que, com tal exigência, confundem-se os conceitos de posse e propriedade, transformando-se aquela numa conceituação mais rigorosa do que esta, pois para a primeira exige-se domínio evidente, enquanto que nas ações sobre o domínio, ou seja, nas ações de reivindicação, contentam-se os julgadores com a prova de propriedade, mesmo não evidente.

8 — Demonstrado o absurdo a que se chega em consequência da interpretação mais corrente, não há como não considerá-la contrária à literalidade do dispositivo legal.

9 — À parte final do art. 505 do Código Civil deve ser dado o seguinte entendimento:

“Havendo dúvida sobre a legitimidade da posse do réu, e não tendo o autor demonstrado sua posse de modo cabal, não se deve julgar a posse em favor daquele a quem de modo evidente não pertencer o domínio.”

10 — Essa tese, ao contrário da corrente dominante, dá ao dispositivo um *sentido negativo* (a lei não diz que se deve julgar a posse, mas que *não se deve julgar* a posse) e analisa a *posição de ambas as partes* (autor e réu).

11 — Pela interpretação dominante, julga-se a posse em favor do autor, se este prova o domínio evidente sobre a coisa. Em caso contrário, vê-se êle desprovido de sua posse, ainda que demonstrado o esbulho.

12 — Pelo entendimento ora adotado, *data venia*, e que é o que mais se comporta com a literalidade da lei, a matéria de que trata o art. 505, *in fine*, é de exceção. Não visa o dispositivo uma regra para deferir-se a posse, mas uma exceção, para não conceder-se a posse.

É o que está na lei: *não se deve julgar a posse*.

13 — Claro está que se numa ação possessória uma das partes demonstrar a *legitimidade de sua posse* (porque não basta a prova de simples detenção, de simples poder físico sobre a coisa: é preciso que a posse não fira o direito de outrem, é necessário que tenha um conteúdo de valor social e não represente um desvalor social) e a outra não o fizer, não há que se cogitar do art. 505 do Código Civil. O problema se resolve pela *regra geral* do artigo 499.

14 — Invoca-se o artigo 505 em *caso de exceção*, quando não está demonstrada a *legitimidade da posse* das partes, quando há dúvida sobre essa legitimidade.

Funciona, então, a exceção, pelo processo residual: *elimina-se aquêlê que não demonstrou, de qualquer modo, ser proprietário da coisa*, isto é, *afasta-se aquêlê que se viu não ser, de modo evidente, o dono*.

Note-se: não se escolhe necessariamente o que demonstrou de modo evidente ser o dono.

Ao contrário: elimina-se quem taxativamente, elementarmente, não é o dono. A *falta de domínio* é que é *evidente*. Não há um elemento a comprovar, em favor do que vai ser excluído, a sua condição de proprietário.

É o que está na lição de PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, vol. X, pág. 316):

“*deve* ser julgada a posse a favor de quem *pode* ser o dono; *não deve* ser julgada a posse a favor daquele que, *evidentemente*, não é o dono.”

15 — É o que PONTES DE MIRANDA exemplifica à pág. 327 da mesma obra:

C — prova não plena da posse do autor
 D — prova não plena da posse do réu
 F — prova plena de não ser dono o réu
 G — prova do domínio do autor
 Conclusão: *alegação procedente.*”

E por que assim se deve entender?

Porque nosso Código adotou a teoria objetiva de JHERING, que definia a posse como exteriorização da propriedade, o domínio em seu aspecto externo, não sendo possível admitir-se posse onde não houvesse a visibilidade de domínio.

É que o grande romanista enfatiza em *O Fundamento dos Interditos Possessórios* (págs. 286-287):

“*Chamar a posse das coisas exterioridade ou visibilidade da propriedade, é resumir, numa frase, tôda a teoria possessória.*”

Assim sendo, havendo dúvida sobre a legitimidade da posse dos contedores, deve ser presumida a ilegitimidade da posse a respeito daquele que nenhuma prova trouxe dessa exteriorização ou visibilidade do domínio.

16 — Se se deferisse a posse a favor daquele que nenhum indício de propriedade tivesse, e que antes não demonstrou a legitimidade de sua posse (v.g.: estar autorizado pelo proprietário, ser locatário, etc.), estar-se-ia legitimando uma ilegalidade, uma usurpação. Daí a providência legal, cuja interpretação não pode ser outra, para que não se defira a posse em favor do esbulhador, contra o esbulhado, só porque êste não logrou demonstrar seu domínio evidente e pleno.

17 — E afastando-se a parte que *não demonstra o ato aquisitivo de sua posse*, aceitando-se, portanto, a que oferece tal prova, ainda que de modo não absoluto, nada mais se está fazendo que prestigiar a teoria que inspirou o Código Civil, em tema de posse, como, com o brilho de sempre, elucida MATOS PEIXOTO:

“... JHERING diz que em muitos casos é mister remontar ao ato aquisitivo da posse, a fim de saber quem é o possuidor; e sua definição de *corpus* (exterioridade do domínio) envolve implicitamente a indagação do ato aquisitivo da posse, pois sem isso não se pode caracterizar essa exterioridade” (*Corpus e Animus na posse em direito romano*, pág. 117).

SUGESTÕES PARA A REFORMA DO ENSINO JURÍDICO

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

Nos primeiros anos da década de cinqüenta, quando lecionávamos, como professor contratado, Filosofia do Direito, no Curso de Doutorado, da antiga Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, hoje, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, tivemos ocasião, em reunião presidida pelo saudoso Prof. SAN TIAGO DANTAS, com a presença de alunos do supracitado Curso, de sugerir uma reforma do ensino jurídico destinada a possibilitar a obtenção do título de bacharel em três anos. Estávamos convencidos, naquela época e hoje muito mais, da necessidade de ser abreviado o Curso Jurídico, por ser inconcebível, em um país em processo de desenvolvimento, em que a classe média concorre com o maior contingente de estudantes de nossas Universidades, que só, normalmente, aos 23 anos, pudesse iniciar o bacharel o exercício da profissão. Além dessa necessidade, de ordem econômica, outros fatores, que hoje se fazem sentir mais, estão a impor a abreviação do Curso Jurídico, dentre os quais o desenvolvimento industrial do país, que exige não só a abreviação como a especialização do citado Curso. Ontem, ainda na década de 40, poder-se-ia pensar em curso jurídico enciclopédico, pois o profissional ou o estudante poderiam ter conhecimento de noções jurídicas de todos os ramos do direito, contidas em alguns códigos e em algumas leis, estando assim habilitado a resolver qualquer assunto jurídico. Hoje, os códigos são apenas redutos de generalidades, com pequena duração de vida, já nascendo velhos, necessitando, algumas vezes, de atualizações antes mesmo de entrarem em vigor... O direito atual, vivo, está disperso em uma variedade enorme de julgados, que adaptam, enquanto não se manifesta o legislador, o direito vigente aos tempos de mudança em que vivemos, bem como encontra-se em uma variedade enorme de leis especiais, ou melhor, "especialísimas", se assim fôr lícito nos expressarmos dentro das categorias jurídicas, que se multiplicam anárquicamente, sem sistema, elaboradas por órgãos técnicos diversos, sob a batuta de uma inflação legislativa, exigida pelo desenvolvimento do país. Por isso, difícil, porque não dizer impossível, a um profissional, e muito menos a um estudante, ter um conhecimento sólido ou mesmo parcial dêsse direito, que o habilite a resolver qualquer assunto jurídico. Razão talvez por que a maioria dos bacharéis não esteja habilitada ao exercício da profissão, que exige um saber jurídico especializado e complexo. Os negócios jurídicos típicos que o estudante ouviu falar na Faculdade, comumente quase não se apresentam em sua tipicidade e o Direito que o mercado, principalmente o de capitais, observa, é bem diferente daquele que lhe ensinaram. A especialização torna-se, assim, necessária a uma sociedade em desenvolvimento como a nossa.

Movido por tais observações, nos idos de 1952, há quase vinte anos, idealizamos um plano de reforma jurídica, que pensamos seja ainda aplicável na atualidade, e que, se não nos falha a memória, pode ser resumido na forma que adiante daremos, orientado pelo princípio da especialização e pelo critério da pluralidade de cursos e de títulos de bacharéis, cada um em uma especialidade. Eis, mais ou menos, como, naquela época, pensávamos devesse ser reestruturado o Curso Jurídico:

- 1) Curso de Direito Civil (bacharel em Direito Civil);
- 2) Curso de Direito Comercial Terrestre, Falência e Sociedades Comerciais (bacharel em Direito Comercial);
- 3) Curso de Direito Marítimo, Aeronáutico e Seguros (bacharel em Direito Marítimo, Aeronáutico e Seguros);
- 4) Curso de Direito Penal (bacharel em Direito Penal);
- 5) Curso de Direito Administrativo e Financeiro (bacharel em Direito Público).

O Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado seriam estudados nos Cursos de Doutorado ou de especialização. Noções de Direito Internacional Privado, ministradas em poucas aulas seriam dadas nos cursos de Direito Civil, de Direito Comercial e de Direito Marítimo. O curso de Direito Civil não deveria compreender a Teoria Geral do Direito (noção do direito, fontes do direito, interpretação do direito, lei no tempo, norma jurídica), como freqüentemente acontece, aliás por questões históricas, por ter sido o Direito Civil o primeiro ramo do Direito a se constituir em ciência, pois tais noções gerais devem ser dadas na Introdução à Ciência do Direito, ministrada no primeiro ano de todos os Cursos.

Todos os cinco cursos seriam ministrados em três anos. O de Direito Civil compreenderia Direito Civil e Direito do Processo Civil; o de Direito Comercial, teria dois anos para Direito Comercial, Direito Econômico e Falência, mais um de Sociedades Comerciais, além do Processo Civil; o de Direito Marítimo, um ano para Direito Marítimo, outro para o Aeronáutico e outro para Seguros, além do Processo Civil; o de Direito Administrativo, um ano para Teoria do Estado e Direito Constitucional (um semestre para cada), dois anos para Direito Administrativo e um para Direito Financeiro, além do Processo Civil. Finalmente, o de Direito Penal compreenderia dois anos de Direito Penal Comum e um ano de Direito Penal Militar, dois anos de Processo Penal e um de Processo Penal Militar, além de um semestre para inquérito policial e outro para noções de Medicina Legal. A Introdução à Ciência do Direito, como disciplina fornecedora dos princípios e noções gerais comuns a todos os ramos do Direito, além de noções filosóficas, seria, como dissemos, comum a todos os cursos, ministrada no primeiro ano, com o fim de dar ao estudante, futuro bacharel, uma visão geral do Direito, destinada não só a facilitar-lhe acesso, mais tarde, aos campos do Direito nos quais não tenha penetrado, bem como proporcionar-lhe compreensão mais ampla do jurídico.

Poderíamos evoluir, ainda, para uma maior especialização, assim, por exemplo, no campo do Direito Privado: curso de obrigações (cíveis e comerciais) e direito real, outro de sociedade (cíveis e comerciais) e direito real, mais outro direito econômico e direito real e outro para direito personalísimos, direito de família e sucessões. O desenvolvimento do país, no futuro, acabará exigindo tal especialização.

O bacharel em Direito Civil ou em "obrigações e direito real" ou em "sociedade e direitos reais", etc., querendo, já advogando, poderia bacharelar-se em outra especialidade sem ter que cursar Processo Civil e Introdução à Ciência do Direito, o que redundaria em economia de tempo e em menor sacrifício de sua advocacia. Todavia, o bacharel em Direito Penal que quisesse tirar o de Direito Privado, e vice-versa, teria que cursar praticamente todas as matérias, menos Introdução à Ciência do Direito. Assim, já formado, o bacharel poderia ampliar as suas especialidades, habilitando-se a ter uma faixa mais ampla para advogar.

Tendo em vista, como salientamos em nosso *Manual de Sociologia* (2.^a ed., 1967, cap. I, pág. 22-23), ser o Brasil um país formado de vários tempos e espaços sociais, com sociedades vivendo épocas diferentes, talvez justifique-se a criação de Faculdades, com os cursos e especializações aqui sugeridos, para os grandes centros, ou seja, para as sociedades desenvolvidas, e Faculdades com os cursos tradicionais, também simplificado, em três anos, em que seja dado mais ênfase para cursos de direitos reais, direito agrário, de contratos mais usuais e tradicionais, de direitos de família, sucessões e personalíssimos. O curso de Direito Penal seria comum para todas as Faculdades. Tal diversificação de cursos atenderia ao nosso pluralismo de regiões e sociedades. Os bacharelados nas Faculdades "rurais" — *rural* no sentido sociológico, compreendendo campo e cidades, caracterizados por um estilo de vida e por uma etapa de desenvolvimento, poderiam nos grandes centros, se especializarem em negócios e atos jurídicos mais usuais nesses centros.

Como controlar o exercício da profissão com bacharéis em variados campos do saber jurídico inscritos na O.A.B.? Talvez, assim: ao propor uma ação ou ao contestá-la o advogado deveria juntar *xerox* ou fotocópia de sua carteira da O.A.B. O juiz ao despachá-las deveria verificar a habilitação do advogado. Se estivesse habilitado, determinaria o prosseguimento; caso contrário, daria prazo para que as partes constituíssem advogados com a especialização exigida pela natureza do caso. Multa pesadíssima e suspensão do exercício da profissão, previstas em lei, deveriam ser impostas pelo juiz ao advogado que patrocinasse ação ou a contestasse sem a devida habilitação, que responderia pelos prejuízos que desse origem ao constituinte, pela inépcia ou falhas da inicial ou da contestação.

A especialização do Curso Jurídico conduzirá fatalmente à das carreiras do Ministério Público e da Magistratura. A primeira, composta de dois ramos, assim constituída: Promotor Substituto, Promotor Público e Procurador de Câmara Criminal; a outra, Curador Cível Substituto, Curadores e Procurador de Câmara Cível, e, finalmente, Curador fiscal e Procurador das Câmaras dos Feitos da Fazenda. Já a Magistratura com três ramos: juiz criminal substituto, juiz criminal titular e Desembargador de Câmara Criminal; outro,

juiz cível substituto, juiz cível titular e Desembargador de Câmara Cível e, finalmente, juiz dos Feitos da Fazenda substituto, juiz titular e Desembargador de Câmara dos Feitos da Fazenda. Para juiz do "cível" seria exigido o título de bacharel em todos os cursos de Direito Privado, igualmente para o de M. P. cível.

A especialização e simplificação aqui sugeridas são mais do que necessárias, não só em virtude da crescente especialização de princípios e institutos jurídicos na era de automatização em que estamos penetrando, de crescente industrialização, consumidora de capitais e de tecnologias, criadoras de questões jurídicas complexas e negócios jurídicos atípicos, afastados dos princípios gerais, como, também, em decorrência do próprio desenvolvimento, que amplia o campo do jurídico de tal forma que se torna praticamente impossível a um único cérebro abarcar todo o saber jurídico oriundo de uma pluralidade de fontes, em que se destacam centenas de leis de pouca longevidade, doutrina cada vez mais ampla, técnica e especializada, servindo-se cada vez mais das ciências auxiliares do direito, principalmente da economia, sem falar de jurisprudências tradicionais brigando com as inovadoras...

AINDA E SEMPRE A COISA JULGADA

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

1. Conforme eloqüentemente atesta a vastidão da bibliografia a respeito, poucos temas jurídicos têm merecido dos estudiosos atenção maior que o da coisa julgada. Quem se detiver, porém, no exame do material acumulado, chegará à paradoxal conclusão de que os problemas crescem de vulto na mesma proporção em que os juristas se afadigam na procura das soluções. Séculos de paciente e acurada investigação foram incapazes de produzir, já não diremos a aquietação das polêmicas, que subsistirão enquanto o homem fôr o que é, mas ao menos a fixação de uma base comum em que se possam implantar as multififormes perspectivas adotadas para o tratamento da matéria.

A razão fundamental dêsse desconcerto parece residir na equivocidade do próprio conceito a partir do qual se desenvolvem as elaborações dos doutrinadores. Não é de espantar que se chegue a resultados tão díspares quando se verifica quão longe se está de alcançar um consenso mínimo sobre a determinação mesma do ponto de partida. Impossível pretender, na problemática da coisa julgada, uma convergência de orientações, se não há sequer unanimidade de vistas quanto à delimitação conceptual do objeto pesquisado. Como esperar que se harmonizem as vozes, antes de ter-se a certeza de que tôdas se referem a uma única e definida realidade?

2. De "coisa julgada", com efeito, tem-se falado em sentidos muito diversos. Entre os romanos, o particípio *iudicata* qualificava o substantivo *res*, para indicar, em relação a êste, a situação particular que advinha de já se ter proferido o julgamento (1) — tal como a expressão *in iudicium deducta* qualificava a *res* submetida ao conhecimento do juiz, mas ainda não julgada. Mas, tanto na locução *res in iudicium deducta*, como na outra, *res iudicata*, o elemento que ressaltava era uma *substância*, algo que se punha como o *objeto* da atividade cognitiva judicial — visto, aM, de um ângulo *anterior*, e aqui de um ângulo *posterior* à prolação da sentença.

Estranho à concepção romana seria, ao contrário, identificar a noção de coisa julgada *com a própria sentença*, ou com o respectivo conteúdo, ou com

(1) É o que ressalta do famoso texto do *Digesto*, 42, 1,1: "*Res iudicata dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit, quod vel condemnatione vel absoluteione contingit*". Cf. CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, trad., 2.^a ed., São Paulo, 1965, pág. 369. "A *res iudicata* outra coisa não é para os romanos do que a *res in iudicium deducta* depois que foi *iudicata*". Sem dúvida, porque era a sentença que produzia a conversão da *res in iudicium deducta* em *res iudicata*, falam também os romanistas da coisa julgada como de um *efeito da sentença* (KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, Munique, 1966, pág. 289); mas trata-se de acepção *secundária e derivada*.

a sua eficácia em geral, ou em particular com um de seus efeitos; e mais ainda com uma qualidade da sentença ou de seus efeitos. O direito moderno, com notável volubilidade, tem contraído, sucessivamente, compromissos mais ou menos sérios com tôdas essas atitudes doutrinárias. Há nelas um traço comum, que é o deslocarem a tônica do conceito, do substantivo *coisa* para o adjetivo *julgada*; mas, nas quatro primeiras, ainda sobrevive algo da conotação *substancialista* que marcava no tema o pensamento romano — ou, em outras palavras, subsiste, afastada embora de sua originária linha de inserção, a referência a uma *res*.

A Lei de Introdução ao Código Civil, por exemplo, conceitua a coisa julgada como “a decisão judicial de que já não caiba recurso” (art. 6.º, § 3.º, com a redação da Lei n.º 3.238, de 1957). Identifica, pois, a coisa julgada com a sentença dotada de uma especial característica, que é a de não comportar impugnação por meio de recurso. Firmaria o texto legal a equação: *res iudicata* = sentença irrecorrível. Em cada membro da igualdade há uma expressão do tipo substantivo + adjetivo; mas em vão se tentará conjugar em pares os elementos à primeira vista correspondentes, porque nem o termo “sentença” equivale ao termo “*res*”, nem “irrecorrível” a “*iudicata*”. A distância a que se chegou da perspectiva romana só em anos-luz se poderia medir.

Na doutrina alemã (2) cristalizou-se a tendência a coisa julgada (material) com o chamado *efeito declaratório* (*Feststellungswirkung*) da sentença insuscetível de recurso. À eficácia da decisão, *in genere*, ou — o que seria o mesmo — à sua “*imperatividade*”, pretendeu equipará-la, na Itália, CARNELUTTI (3). O Código Civil italiano de 1942, em fórmula que não logrou cativar a simpatia de certos quadrantes doutrinários, relaciona-a com o *conteúdo* da sentença: “L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa” (artigo 2.909).

Puramente *adjetiva*, enfim, é a notória concepção de LIEBMAN, para quem a coisa julgada consistiria na “immutabilità del comando nascente da una sentenza”, ou seja, numa especial *qualidade* que lhe reveste, a partir de dado momento (trânsito em julgado), o conteúdo e os efeitos (4). Esse modo de pensar a tal ponto se difundiu na recente doutrina processual brasileira, influenciada pelo mestre peninsular, que já agora se quer incorporá-lo no direito positivo: o Anteprojeto de novo Código de Processo Civil define *expressis verbis* a coisa julgada material como “a qualidade que torna imutável e indis-

(2) HELLWIG, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, 1967 (reimpressão), págs. 1 e segs.; GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, 1969 (reimpressão), págs. 206, 212; ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. esp., Buenos Aires, 1955, t. II, pág. 442; NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, 2.ª ed., Tübingen, 1952, págs. 398, 401.

(3) *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Pádua, 1933 (reimpressão), vol. IV, pág. 420; *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Pádua, 1936, vol. I, pág. 276 e segs.; *Efficacia, autorità e imputabilità della sentenza*, in *Studi di Diritto Processuale*, vol. III, Pádua, 1939, págs. 63 e segs., esp. 64/5.

(4) *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milão, 1962 (reimpressão), pág. 40.

cutível o efeito da sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário" (art. 507) (5).

3. Que juízo fazer dessa multiplicidade de conceituações? A coisa julgada é instituto de função essencialmente *prática*, que existe para assegurar estabilidade à tutela jurisdicional dispensada pelo Estado. Importa, pois, verificar se alguma das fórmulas sugeridas espelha fielmente o mecanismo pelo qual se atinge essa meta na realidade da vida jurídica.

Desde logo se pode afastar, por obviamente insatisfatória, a da Lei de Introdução ao Código Civil. Chamar "coisa julgada" à *própria sentença*, desde que inatacável através de recurso, será, na melhor hipótese, empregar linguagem figurada para indicar o *momento* em que a coisa julgada se forma. A expressão, demasiado simplificadora, permite-nos saber *quando* começa a existir coisa julgada; nada nos informa, porém, sobre a essência do fenômeno e sobre o modo como ele atua para desempenhar sua função específica. De-tém-se a regra legal no aspecto *cronológico* e deixa totalmente na sombra o aspecto *ontológico* da coisa julgada.

A fórmula prevalecente entre os alemães padece de um radical vício de empostação, o de deslocar para o campo dos *efeitos* da sentença a declaração que lhe integra (e em alguns casos lhe exaure) o *conteúdo*. A sentença não *produs* uma declaração: *contém-na*, e até se pode dizer que nela *consiste*, exclusivamente ou não. Ainda, pois, que se anuisse em limitar ao elemento *declaratório* da sentença — e não parecem decisivas as razões de tal limitação (6) — o âmbito de manifestação da coisa julgada, restaria a impropriedade consistente em usar-se o adjetivo para qualificar algo a que ele mal se ajusta.

Nesse sentido, mais exata é a dicção da lei italiana, quando se refere à "declaração *contida* na sentença"; o art. 2.909 do *Codice Civile*, porém, não ministra propriamente uma conceituação da coisa julgada, cingindo-se a disciplinar de um lado (e à semelhança do direito pátrio, embora com fórmula diversa) o *momento* de sua formação, de outro a *área subjetiva* por ela coberta. Aliás, quanto ao primeiro aspecto, a disposição da lei substantiva precisa ser conjugada com a da lei processual, que esclarece *quando* se há de ter a sentença por "*passata in giudicato*" (*Codice di Procedura Civile*, art. 324).

(5) Deixando de lado a questão da conveniência de inserir em texto da lei tal definição, aliás doutrinariamente muito discutível, a própria fórmula não parece traduzir com exatidão o pensamento de LIEBMAN, que relaciona a *imutabilidade* não apenas com o *efeito* da sentença, mas também com a *sentença mesma*; v. a rubrica do § 3 da obra citada: "*L'autorità della cosa giudicata como una qualità della sentenza e dei suoi effetti*".

(6) V. em LIEBMAN, *Efficacia...* cit., págs. 14 e segs., breve mas certa, crítica à referida concepção, que predomina — com seu conseqüente lógico, a negação da coisa julgada material para as sentenças constitutivas — na literatura tedesca (v., porém, nesta, as opiniões em contrário de NIKISCH, *Zivilprozessrecht* cit., pág. 410, e SCHWAB, *Die Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft*, in *Festschrift für Friedrich Lent*, Munique-Berlin, 1957, págs. 278/9).

4. Consideração à parte merecem, por suas estreitas relações com o nosso direito processual civil — constituído e constituendo — as concepções de CARNELUTTI e de LIEBMAN.

A primeira, para ser bem compreendida, exige que se tenha em mente a posição original assumida, na matéria, pelo ilustre autor, que, distinguindo na sentença a “*imperatividade*” (ou eficácia) da *imutabilidade*, fazia corresponder àquela o conceito de *coisa julgada material*, e a esta o de *coisa julgada formal*. Daí surgiam duas importantes conseqüências, que singularizam na literatura processual o pensamento carneluttiano: de um lado, a coisa julgada *formal* ampliava-se conceptualmente para abranger a impossibilidade de modificar-se a decisão não só no âmbito do *mesmo processo*, mas também nos *processos futuros*; de outro, invertiam-se os termos em que tradicionalmente se visualiza a relação entre a coisa julgada *material* e a coisa julgada *formal*, para ter-se aquela como antecedente desta, e não vice-versa, pois a sentença produziria efeitos (isto é, seria *imperativa*) desde a sua prolação, antes mesmo de preclusas as vias recursais (ou seja, antes de tornar-se *imutável*) (7).

Reflete-se êste último aspecto da interessante construção teórica na redação do art. 287 do Código pátrio, de corte sabidamente carneluttiano (8). Observará o leitor, com efeito, que o dispositivo, em seu teor literal, *não subordina ao trânsito em julgado* a manifestação da eficácia normativa da sentença — ou, segundo a expressão, menos feliz, do texto, a “*fôrça de lei*” que a ela se atribui (9). Se isso nos obriga a reconhecer que o direito brasileiro consagra a tese exposta, ou se a interpretação sistemática aponta noutro sentido, é questão que a seu tempo será enfrentada.

5. Quanto à doutrina liebmaniana, em alguns pontos, sem sombra de dúvida, trouxe à teoria da coisa julgada contribuição que se pode ter por definitivamente adquirida. Assim a demonstração, ao nosso ver irrefutável, de que a *auctoritas rei iudicatae* se distingue quer do impròpriamente chamado “efeito declaratório”, quer, *in genere*, da eficácia da decisão — que, aliás, duvidáramos em identificar, à maneira de CARNELUTTI, com a “*imperatividade*”, expressão comprometida com a habitual tendência a enxergar na sen-

(7) Sôbre todos êsses pontos, v. o ensaio citado em a nota n.º 3, espec. págs. 72/3, e ainda *Bilancio di una polemica*, no mesmo volume, págs. 79 e segs., espec. 80. Cf., do mesmo autor, já anteriormente, *Lezioni*, cit., vol. IV, págs. 178/81, 483/4, 486; *Sistema* cit., vol. I, págs. 286/8.

(8) O texto do art. 287 é a tradução, algo mutilada, do art. 290 do Projeto italiano revisto de 1926, no qual se reproduzia *ipsis verbis* o art. 300 do Projeto preliminar, devido à pena de CARNELUTTI e assim redigido: “La sentenza che decide totalmente o parzialmente una lite ha forza di legge nei limiti della lite e della questione decisa. Si considera decisa, anche se non sia risoluta espressamente, ogni questione la cui risoluzione costituisca una premessa necessaria della disposizione contenuta nella sentenza”.

(9) O ponto não tem despertado a atenção que se poderia esperar dos comentadores e tratadistas. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, Rio-São Paulo, vol. III, 2.ª ed., 1962, pág. 508, ensina que no art. 287 (e também nos arts. 286 e 290) “a palavra *sentença* tem o sentido de *jugado*, isto é, de decisão definitiva que passou em julgado” (grifos do autor) — sem contudo justificar, como seria oportuno, o entendimento proposto.

tença uma *ordem* ou *comando*. A eficácia, entendida simplesmente como aptidão para produzir efeitos (variáveis, é claro, segundo a natureza da decisão), é atributo autônomo, do ponto-de-vista conceptual, em relação à coisa julgada, como atestam os casos em que, inexistente esta, nem por isso se dirá que a sentença seja desprovida de efeitos (10) — sem que, por outro lado, se negue à lei a possibilidade de marcar para a produção dêles, em caráter absoluto ou como regra geral, um termo *a quo*, coincidente com o momento de formação da *res iudicata*. Nesta hipótese, a sentença só produzirá efeitos, ao menos no comum dos casos, quando se houver tornado imutável; mas nem por isso será menos nítida a distinção *ontológica* entre eficácia e imutabilidade.

Tem razão, pois, LIEBMAN em fixar-se no ângulo da imutabilidade, para dêle, e só dêle, visualizar a coisa julgada. Menos feliz parece, entretanto, a escolha da direção em que se projetou o feixe luminoso. O mestre, que deu um passo decisivo no sentido de libertar a problemática da *res iudicata* da inoportuna vinculação com a da eficácia da sentença, não conseguiu libertar-se totalmente, êle mesmo, do pêso de um equívoco em má hora feito tradição. Tendo demonstrado que a coisa julgada não se podia equiparar a um efeito da sentença, hesitou em atravessar o Rubicon, para assentar, como cumpria, a absoluta independência, *no plano dos conceitos*, entre *auctoritas rei iudicatae* e eficácia da decisão. A única alternativa que descobriu para a atitude tradicional foi a de identificar a coisa julgada com uma qualidade (imutabilidade) da sentença e... *dos seus efeitos!* Mais dêstes que daquela, até, se considerarmos a maior insistência com que LIEBMAN, ao longo de sua brilhante elaboração, se detém no segundo aspecto (11).

Ora, a quem observe, com atenção, a realidade da vida jurídica, não pode deixar de impor-se esta verdade muito simples: se alguma coisa, em tudo isso, escapa ao sêlo da imutabilidade, são justamente os efeitos da sentença. A decisão que acolhe o pedido, na ação renovatória, produz o efeito de estender por certo prazo, e com fixação de determinado aluguel, o vínculo locatício; mas que impede as partes de, no curso dêsse prazo, de comum acôrdo, modificarem o aluguel fixado, alterarem esta ou aquela cláusula, e até porem fim à locação? Os cônjuges que hoje se desquitam (mesmo litigiosamente) podem amanhã restabelecer a sociedade conjugal, como podem os donos de terrenos confinantes estabelecer convencionalmente, para as respectivas áreas, divisa diferente da que se fixara no processo da ação de demar-

(10) É incontestável, ao propósito, a validade do argumento utilizado por LIEBMAN, *Efficacia...* cit., pág. 27: seria absurdo sustentar que, apesar do disposto no can. 1.903 do *Codex Iuris Canonici*, as decisões sôbre o estado das pessoas sejam, no direito canônico, *ineficazes*; ou que *ineficazes* fôsem as sentenças em geral, nos ordenamentos que as tinham por indefinidamente impugnáveis.

(11) Uma passagem expressiva: "l'autorità della cosa giudicata non è effetto della sentenza, como postula l'unanime dottrina, ma solo un modo di manifestarsi e di prodursi degli effetti della sentenza medesima, qualche cosa che a questi effetti si aggiunge per qualificarli e rafforzarli in un senso ben determinato". (*Efficacia...* cit., pág. 28). A segunda parte da proposição dá a entender que, para o autor, não havia terceira solução: se a coisa julgada não era efeito, tinha contudo forçosamente, de ser *algo relacionado com os efeitos...* Como se não se concebessem outras possibilidades.

cação. No tocante ao efeito executório, peculiar às sentenças condenatórias, a coisa é de ofuscante evidência: cumprida espontaneamente ou executada a sentença, cessa o efeito, que já nascera com o normal destino de extinguir-se — a êle se aplicaria talvez melhor o epíteto, que HEIDEGGER quis aplicar ao homem, de “ser-para-a-morte”...

“Il vero è che immutabili non sono gli effetti della sentenza; immutabile è la sentenza stessa”, escreveu ALLORIO no último parágrafo da parte dedicada, em penetrante ensaio (12), à crítica da teoria de LIEBMAN. A crítica, ao nosso ver nem sempre fundada, neste ponto atinge o alvo e ministra-nos a deixa para passarmos a nova etapa destas reflexões.

6. Imutabilidade, pois: mas não “da sentença e dos seus efeitos”, como pretende LIEBMAN, senão apenas da “própria sentença”. Seria essa, enfim, a suspirada fórmula? Não para ALLORIO, em todo caso: logo em seguida ao período acima transcrito, esclarece o autor que, a seu ver, a imutabilidade da sentença constitui somente a “coisa julgada em sentido formal” (13); quanto à coisa julgada *material* ou *substancial*, identificar-se-ia com “a eficácia normativa” (ainda aqui a indefectível referência à eficácia!) “da declaração judicial” (14). Da declaração judicial *passada em julgado*, convém notar: ALLORIO não chegou aí, como chegaria CARNELUTTI, à inversão da relação consagrada; para êle, a coisa julgada formal continuava a ser o *pressuposto* da coisa julgada substancial (15).

No particular, mais próximo de CARNELUTTI estava, paradoxalmente, o próprio LIEBMAN, consoante se torna claro para quem atente mais no fundo do pensamento de cada um do que na forma através da qual êle se exterioriza. Ambos, realmente, admitiam *como regular* a produção de efeitos pela sentença *antes do trânsito em julgado* (16). Que CARNELUTTI chamasse “coisa julgada” (material) precisamente a essa eficácia, e LIEBMAN preferisse reservar para outro fenômeno a designação, é pormenor que não elimina a substancial concordância dos dois escritores em tôrno deste ponto relevantíssimo: a sentença é eficaz antes de tornar-se imutável. Nem foi à toa que CARNELUTTI, talvez com uma pitada de ironia, acabou reduzindo às proporções de simples “questão de nomes” (17) a divergência de que originara a celeberrima polêmica...

(12) *Natura della cosa giudicata*, in *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato (Problemi di diritto*, vol. II), Milão, 1957, pág. 202 (grifos do autor). Na mesma página, lê-se que “gli effetti giuridici, quali che siano, prodotti dalla sentenza, non sono affatto sottratti a futuri mutamenti; essi soggiacciono anzi, in toto, al libero potere di disposizione delle parti, con l'unico limite che può derivare della natura degli stessi rapporti”.

(13) *Id.*, *ibid.* (grifado no original).

(14) *Id.*, *ibid.*, pág. 162. Cf. êste trecho da pág. 201: “Nè sembra possibile distinguere tra “efficacia della sentenza come accertamento” e “autorità della cosa giudicata”: almeno sul terreno giuridico”.

(15) *Id.*, *ibid.*, pág. 162, nota 2.

(16) V., quanto a LIEBMAN, *Efficacia...* cit., págs. 26, 27/8, 42; *id.*, *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*, no mesmo volume, págs. 137/8; no que tange a CARNELUTTI, *Riflessioni sulla condizione giuridica della sentenza soggetta alla impugnazione*, in *Studi* cit., págs. 87 e segs.

(17) *Bilancio di una polemica*, in *Studi* cit., pág. 80.

O mais curioso é que seja tudo menos pacífica a proposição em que convinham os talentosíssimos polemistas; que justamente onde concordaram se ouse discordar. E no entanto, em linha de princípio, a verdade é bem outra. Os efeitos da sentença, estranhos que sejam ao *conceito* da coisa julgada, *em regra* começam a produzir-se no momento em que esta se forma, e só *excepcionalmente* — nos casos taxativos em que a lei assim disponha — a ela se antecipam. Para o direito brasileiro, a tese quase prescinde de demonstração. Lá está no Código, sem dúvida, o art. 287 — fibra de organismo diversamente estruturado, que se transplantou, sem consciência do perigo de rejeição, para o texto nacional... Mas lá está (e é o que mais importa) o *sistema* da lei, ao qual o art. 287 tem de afeiçoar-se, com o qual há de manter coexistência pacífica, e no qual os recursos só não têm efeito suspensivo *quando alguma regra expressamente o negue* (v.g., arts. 808, § 1.º, 830, 843). Aliás, como ressalta do art. 882, com relação ao efeito executório — e o que dêste se diz, aqui, deve dizer-se de *quaisquer* efeitos, por igualdade de razão —, não seria exato conceber a interposição do recurso à maneira de ato que *suspenda*, propriamente, os efeitos da sentença, como se até êsse instante ela os estivesse produzindo. Na realidade, a decisão recorrível (sempre com ressalva das exceções expressas) é ineficaz *enquanto recorrível*, quer já *recorrida*, quer ainda não.

Tal é, também na Itália, a opinião predominante (18). E — se não é temerário apontar contradição em obra tão dominada pela preocupação de coerência lógica — o próprio LIEBMAN, no fundo, termina por encampá-la: ao esclarecer que a eficácia da sentença recorrível “se produz para todos os efeitos (e não só para o executório) quando ficam preclusos os recursos ordinários, embora ainda interponíveis os extraordinários” (19), reconhece que a produção de efeitos se condiciona à formação da coisa julgada, pois, segundo a mais autorizada doutrina, ao menos no sistema do velho Código de 1865, sob o qual êle escrevia, a impugnabilidade da decisão através dos chamados “recursos extraordinários” não obstava ao trânsito em julgado (20).

7. É tempo de retomar o fio principal de nossas considerações. Excluídas do campo de pesquisa, por impertinentes, as noções de eficácia e de “*imperatividade*” (21), resta-nos a imutabilidade *da sentença*, e é com ela que

(18) V., p. ex., CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. 2.ª ed., São Paulo 1965, vol. III, pág. 220 e segs., espec. 221/2: “Em si e por si a sentença não definitiva” (no sentido de não transitada em julgado), “não existindo ainda como declaração do direito, não pode produzir os efeitos correspondentes, a não ser os taxativamente admitidos por lei”; CALAMANDREI, *La Casación Civil*, trad. esp., Buenos Aires, 1945, t. II, págs. 206 e segs., espec. 214: “... el pronunciamiento del juez de primer grado no puede, mientras está sujeto a gravamen, producir los efectos de una declaración jurisdiccional de certeza”; VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milão, 1958, págs. 52 e segs., espec. 67: “prima del suo passaggio in giudicato formale, la sentenza produce quei soli effetti che sono tassativamente previsti dal legislatore”.

(19) *Ancora sulla sentenza...*, no vol. cit., pág. 138.

(20) Cf., CALAMANDREI, *La Cas. Civ.*, cit., t. II, pág. 230 e segs.; HELNITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Pádua, 1937, pág. 3.

(21) Nosso anterior trabalho *Questões prejudiciais e coisa julgada*, Rio,

devemos contar para a tentativa de reconstrução ora empreendida. Por sentença imutável há de entender-se aqui a sentença cujo *conteúdo* não comporta modificação. Com isso nos aproximamos da fórmula acolhida no Código Civil italiano, que todavia nos parece insuficiente por limitar-se ao elemento *declaratório* daquele conteúdo (22).

A variável extensão da imutabilidade abre ensejo à distinção entre coisa julgada *formal* e coisa julgada *material*. Dá-se a primeira quando a sentença só se torna imutável no âmbito do processo em que foi proferida; ou seja, quando não há óbice a que, em *outro* processo, se profira nova decisão com o mesmo objeto. Ocorre a segunda quando a imutabilidade da sentença prevalece ainda em relação a processos distintos. Não há vantagem em alterar, como intentou CARNELUTTI, os termos tradicionais dessa distinção, para entender o conceito de coisa julgada formal à imutabilidade da sentença *também noutros processos* (23). Com isso se esvaziaria, aliás, o conceito de coisa julgada material, que na construção do insigne autor — mas em nossa opinião, como já foi dito, inadequadamente — era preenchido pela *eficácia* ou “*impe-ratividade*”.

A discriminação, *in concreto*, dos casos em que a imutabilidade se restringe a um processo ou se amplia a todos há de ser a que resulte do direito positivo, cujos critérios, ao propósito, comportam certa dose de discricionariedade, conforme atestam as discrepâncias observáveis na matéria entre os vários ordenamentos. As considerações, de ordem prática, pelas quais se guia o legislador, em geral o levam a tornar ilimitadamente imutáveis as decisões definitivas (isto é, de mérito) e — se exata a inteligência dada ao sistema da lei, entre nós e alhures, pela doutrina prevalecente — também as relativas

1967, ressentia-se em alguns passos (*v. g.*, pág. 69) da ambigüidade provocada pela inoportuna intromissão de tais conceitos no tratamento de problemática a que são estranhos.

(22) Com razão, neste ponto, LIEBMAN, quando classifica de “mediocre expediente” o sustentar-se “che l'incontestabilità dell'accertamento valga a sorreggere l'effetto costitutivo o quello di condanna, che ad esso eventualmente conseguono” (*Efficacia... cit.*, prefácio à reimpressão, pág. IV). Objetaríamos apenas à propriedade das expressões “efeito constitutivo” e “efeito condenatório”, pelo menos tão duvidosa quanto a da outra, “efeito declaratório”, criticada acima, no texto. A condenação, por exemplo — onde quer que se faça residir o seu traço característico —, será mesmo “efeito” da sentença, ou antes elemento do seu conteúdo? Efeito da sentença condenatória é, ao nosso ver, o *executório*: a condenação é *causa*, e não efeito. Cf. VELLANI, *Appunti... cit.*, pág. 48: “non mi sembra che si possa porre su uno stesso piano effetto dichiarativo, effetto costitutivo ed effetto esecutivo, perchè *i primi due di riferiscono al contenuto della sentenza*, l'esecutivo, invece, è quell'effetto che a un certo momento inerisce *alla condanna contenuta nella sentenza*, e che permette alla parte di portare a conseguenza pratica la condanna stessa” (sem grifo no original). Esse autor, porém, ante a letra do art. 2.909, do *Codice Civile*, socorre-se (págs. 51/2) do “mediocre expediente” a que LIEBMAN, aliás, reconhece “utilidade em sede exe-gética” (pref. cit., *ibid.*); isto é: admite como suficiente a *auctoritas rei iudicatae* conferida à declaração, para tornar imutáveis, ainda que por via de consequência, também os outros elementos que integram o conteúdo da sentença.

(23) V. acima, n.º 4 e nota 7.

às chamadas “condições da ação” (24). Tais decisões são, pois, idôneas a revestir-se da *auctoritas rei iudicatae* em sentido *material*.

Nenhuma decisão deixa de produzir coisa julgada *ao menos em sentido formal*, pois inexiste, no direito dos países ocidentais, série *infinita* de recursos, e portanto não há processo que, em dado momento, não se encerre, tornando-se imutáveis, *no seu âmbito*, as decisões nêle proferidas. Ora, a essa imutabilidade corresponde, por definição, a coisa julgada formal. O registro é relevante para a correta interpretação de normas como a do art. 288 do Código de Processo Civil, que devem ser entendidas como excludentes apenas da coisa julgada *substancial* (25).

8. A imutabilidade (ainda ilimitada) do conteúdo da sentença não importa, é óbvio, a imutabilidade da *situação jurídica concreta* sobre a qual versou o pronunciamento judicial. Se se julgou que A devia a B certa importância, nada obsta a que, antes ou depois do trânsito em julgado, A pague a dívida, ou B a remita, e assim se extinga a relação de crédito declarada pela sentença. Tal circunstância *em nada afeta* a autoridade da coisa julgada que esta porventura haja adquirido. A norma sentencial permanece imutável, *enquanto norma jurídica concreta referida a uma determinada situação*.

Evidentemente, se A, que pagou, propõe contra B, que insiste em dizer-se ainda seu credor, ação declaratória negativa, o pedido será acolhido por sentença em que se vai consubstanciar *nova* regra concreta, diversa da anterior porque formulada para situação jurídica *também diversa*. Essa nova regra, de modo nenhum se porá em conflito com a outra, nem lhe tirará a força vinculativa de que se infunde *no que tange à situação sobre a qual versou*. As duas coisas julgadas coexistirão pacificamente, em planos distintos. A isso parece reduzir-se o decantado problema dos “limites temporais” da *res iudicata*, que tanto preocupa uma parte considerável da doutrina. Trata-se, a rigor, de um pseudo-problema: a autoridade da coisa julgada, como tal, não se subordina a limite temporal algum (26). E é por isso mesmo que, tendo efetuado o pagamento, A jamais poderá frutiferamente pleitear a repetição do indébito.

O princípio vale, inclusive, para as chamadas sentenças “dispositivas” ou “determinativas” referentes a relações jurídicas continuativas, como a que fixa pensão alimentícia. Ao contrário do que às vêzes se afirma, êsses casos, do ponto de vista em que nos situamos, nada têm de excepcionais. A situação disciplinada pela sentença pode variar, e tal variação acarretará eventualmente a incidência da norma *de direito substantivo* que rege a matéria, alterando a

(24) V., sobre o ponto, J. C. BARBOSA MOREIRA, *Quest. prejud. ... cit.*, páginas 118/20, e a bibliografia aí citada em a nota n.º 91 (pág. 118), à qual se acrescentará: LIEBMAN, *Corso di Diritto Processuale Civile*, Milão, 1952, páginas 27, 234.

(25) V., no sentido do texto, os autores e julgados por nós arrolados em *Quest. prejud. ... cit.*, pág. 78, nota n.º 1.

(26) Adota-se no texto ângulo visual um pouco diferente daquele em que se coloca, para sustentar conclusão substancialmente igual, MACHADO GUIMARÃES, em recente ensaio que representa uma das mais densas e originais contribuições de nossa literatura jurídica à elucidação da problemática ligada ao tema vertente: *Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo, in Estudos de Direito Processual*

obrigação no seu valor ou até fazendo-a cessar. Mas a regra concreta formulada pelo juiz para a situação que constituiu o objeto de sua atividade cognitiva, essa permanece, como tal, imutável. Assim, se se julgou que A devia a B, a título de alimentos, a pensão x , o resultado do processo, com o encerramento dêste, fica imune a ulteriores contestações, e A jamais poderá obter a restituição do que, em conseqüência, tiver pago a B, conquanto possa pleitear a formulação de *nova* regra concreta, se, pela modificação do estado de fato (*v.g.*, cessação da necessidade de B, que nesse meio-tempo enriqueceu), *outra* situação jurídica substituir a preexistente.

A rigor, portanto, a ressalva do art. 289, II, não abre qualquer brecha na estrutura da coisa julgada (27). É muito criticável é a técnica usada pelo legislador em dispositivos como o do art. 15 da Lei n.º 5.478, de 25-8-1968, onde se lê que “A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado, pode a qualquer tempo ser revista em face da modificação da situação financeira dos interessados”. A fórmula “não transita em julgado” é aí duplamente infeliz: primeiro, porque não traduz com fidelidade o que se quis exprimir (“transitar em julgado” não é a mesma coisa que “produzir coisa julgada material”); segundo, porque a idéia mesma inexatamente traduzida já encerra, em si, um equívoco.

9. Por “trânsito em julgado” entende-se a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável (28). Pouco importa que essa imutabilidade haja de limitar-se ao âmbito do processo, ou de projetar-se *ad extra*. Quer dizer: pouco importa que a decisão seja ou não seja idônea para revestir-se da *auctoritas rei iudicatae* no sentido *material*. Como não existe decisão que não produza *ao menos* coisa julgada formal, *tôdas* as decisões, seja qual for a sua natureza, em certo momento *transitam em julgado*.

Tal momento é aquêle em que cessa a possibilidade de impugnar-se a sentença por meio de recurso. Se ela já era, *ab origine*, irrecorrível, transitou em julgado no próprio instante em que adquiriu existência como ato pro-

Civil, Rio-São Paulo, 1969, págs. 9 e segs. (espec., sobre o ponto de que agora se trata, 26/7).

(27) “Quel che vi è di diverso in questi casi” — escreve LIEBMAN, *Efficiacia*... cit., pág. 19 — “non è una minore rigidità della cosa giudicata, ma la natura del rapporto giuridico, che continua a vivere nel tempo comun contenuto od una misura determinati da elementi essenzialmente variabili, cosicchè i fatti che sopravvengono possono influire su di esso non solo nel senso di estinguerlo, facendo quindi venir meno il valore della sentenza, ma anche nel senso di esigere un mutamento nella determinazione fattane preventivamente”. Arriscaríamos uma objeção: não é exato que a mudança do estado de fato (e por conseguinte da situação jurídica que sobre esta se desenha) faça “venir meno il valore della sentenza”: esta, como norma concreta referida à situação para a qual se formulou, conserva intacto o seu valor, e a *res iudicata* que sobre ela se constituiu é “destinada a atuar em processos futuros, sem limites no tempo”, para dizermos com MACHADO GUIMARÃES (trab. cit. em a nota anterior, pág. 27), que ao propósito se refere à “eficácia panprocessual da coisa julgada material”.

(28) Já exatamente, nas *Lezioni* cit., vol. IV, pág. 487, CARNELUTTI: “si dice appunto che passa in giudicato la sentenza quando acquista la immutabilità”. Apenas, como já se sublinhou, para o mestre a imutabilidade integrava, no seu *duplo aspecto* (interior e exterior ao processo), o conceito de coisa julgada *formal*.

cessual — ou seja, no instante da publicação. Se é recorrível, transitará em julgado exatamente quando deixe de o ser: ou no termo *ad quem* do prazo de interposição do recurso admissível, não utilizado; ou ao verificar-se algum fato capaz de tornar inadmissível o recurso, antes (ex.: renúncia) ou depois (ex.: deserção) da interposição; ou ainda com a homologação da desistência manifestada pelo recorrente.

O trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma *situação jurídica* nova, caracterizada pela existência da coisa julgada — formal ou material, conforme o caso (29). A consideração da coisa julgada como *situação jurídica* permite maior precisão na delimitação dos conceitos com que estamos lidando. Não há confundir *res iudicata* com *auctoritas rei iudicatae* (30). A coisa julgada não se identifica nem com a sentença trânsita em julgado, nem com o particular atributo (imutabilidade) de que ela se reveste, mas com a *situação jurídica* em que passa a existir após o trânsito em julgado. Ingressando em tal situação, a sentença adquire uma *autoridade* que — esta, sim — se traduz na resistência a subseqüentes tentativas de modificação do seu conteúdo. A expressão *auctoritas rei iudicatae*, e não *res iudicata*, portanto, é a que corresponde ao conceito de imutabilidade.

Quanto à *eficácia* da decisão — vale repetir ainda uma vez —, nada tem que ver, conceptualmente, nem com coisa julgada, nem com autoridade da coisa julgada; o único traço comum reside em que também a primeira, *em regra*, se subordina, temporalmente, ao trânsito em julgado. Que, depois, a coisa julgada manifeste, por sua vez, *uma eficácia própria* (31), é fato indiscutível; mas confundir essa eficácia com a da sentença representaria, já agora, o mais grave talvez de todos os equívocos que permanentemente ameaçam pôr em xeque a clareza das idéias na matéria.

(29) Cf. MACHADO GUIMARÃES, trab. cit., pág. 14: "Há, portanto, uma relação lógica de antecedente — a — conseqüente (não de causa — e — efeito) entre o trânsito em julgado e a coisa julgada"; *id. ibid.*, pág. 32: "A decisão trânsita em julgado cria, conforme a natureza da questão decidida, uma das seguintes situações: a) a coisa julgada formal, ou b) a coisa julgada substancial".

(30) Já o frisara CARNELUTTI, em crítica a LIEBMAN: "l'autorità non è la cosa giudicata ma un attributo della cosa giudicata" (*Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*, no vol. cit., pág. 64). A distinção, sem dúvida necessária, não era suficientemente nítida na exposição liebmaniana (v. *Efficacia*... cit., páginas 5/6); não nos parece, entretanto, que deva orientar-se no sentido preconizado por CARNELUTTI, levando à identificação entre "autoridade" e "eficácia". Ao nosso ver, a construção proposta por MACHADO GUIMARÃES coloca o problema em termos mais adequados.

(31) O fenômeno — que não comportaria tratamento ocasional neste último item do presente trabalho — mereceu cuidadoso exame, num de seus aspectos, por parte de MACHADO GUIMARÃES, em cujo ensaio supracitado forte luz se projeta sobre o "efeito preclusivo" da coisa julgada (v. págs. 15 e segs., espec. 21/6 e 32).

AS FUNDAÇÕES DE DIREITO PRIVADO INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO NO BRASIL *

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

TÍTULO I

AS PESSOAS JURÍDICAS

1. *Personalidade, capacidade de direito ou jurídica* é a aptidão para ter direitos e obrigações (1). É qualidade jurídica que constitui pressuposto de todos os direitos e deveres jurídicos.

Pessoas são os seres dotados de *capacidade de direito*. *Juridicamente* capazes são os *homens* e certas *organizações* que servem a fins determinados (2).

Os primeiros são as *pessoas físicas* ou *naturais* (3).

Há, porém, interesses humanos não meramente individuais, transcendendo sua consecução as forças e a duração da vida de um homem isolado. Daí, a necessidade de *uniões* e *instituições*, isto é, de *organizações* criadas pelos homens para a realização de tais fins (4).

As *pessoas jurídicas* (5) são os sujeitos de direito (6) que não os homens.

No dizer de FRANCESCO FERRARA (7), são as associações ou instituições formadas para a consecução de um fim, e reconhecidas pelo ordenamento jurídico como sujeitos de direito.

* Tese apresentada no concurso para a livre-docência de direito administrativo na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara, em 1970.

(1) Cp. CLÓVIS BEVILÁQUA, *Teoria Geral de Direito Civil*, págs. 61/2.

(2) Cp. LUDWIG ENNECCERUS, *Derecho Civil*, 1.º vol., pág. 325.

(3) O Código Civil Brasileiro, em seu art. 2.º, estatui que "todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil", entendido como *homem* o ser vivo nascido de mulher. Daí, dizer o art. 4.º que "a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

(4) LUDWIG ENNECCERUS, *Derecho Civil*, 1.º vol., págs. 434/5.

(5) A expressão *pessoa jurídica* é, sob certo aspecto, imprópria, porquanto toda *pessoa é jurídica*, na medida em que a personalidade constitui uma categoria jurídica, produto exclusivo do Direito. Vinda do começo do século XIX (A. HEISE, 1807), aceita por SAVIGNY, é a dominante. A expressão *pessoas coletivas* exclui, a rigor, as *fundações*. O uso de *pessoas fictícias* denota adesão à teoria de SAVIGNY. Empregam-se, ainda, *pessoas civis*, *pessoas morais*.

(6) Acentua PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, Tomo I, pág. 317) que a expressão *sujeito de direito* é forma elíptica. O *sujeito* o é de "direitos, pretensões, ações e exceções, deveres, obrigações e situações passivas nas ações e exceções"; "pessoa (personalidade) = possibilidade de ser sujeito em relação jurídica, ativo e passivo".

(7) *Teoria delle Persone Giuridiche*, pág. 386.

No século XIX, degladiaram-se as correntes formadas sobre a personalidade jurídica, na luta entre a *negação* desta personalidade, sua natureza *fictícia* ou *real* (8).

A personalidade, como categoria jurídica, é sempre uma atribuição estatal, produto do ordenamento jurídico. A outorga de tal qualidade tem de ser feita, porém, a um substrato, a um centro de interesses passíveis de proteção jurídica.

A *pessoa natural* e a *pessoa moral* são produtos da ordem jurídica (9).

A personalidade é uma forma, um sêlo jurídico que se sobrepõe, no caso das pessoas jurídicas, aos fenômenos de associação e de organização social.

Ocorre com as *pessoas* o mesmo que acontece com os *atos*. Uma coisa é a realidade natural, social, ou ideal; outra, a realidade jurídica. A primeira só se converte na segunda, quando o Direito a reconhece, fazendo surgir os *atos jurídicos* e os *sujeitos de direito*.

PONTES DE MIRANDA (10) acentua: "As pessoas jurídicas, como as pessoas físicas, são criações do direito, é o sistema jurídico que atribui direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções a entes humanos ou a entidades criadas por êsses, bilateral, plurilateral (sociedades, associações), ou unilateralmente (fundações). Em tôdas há o suporte fático, e não há qualquer ficção em se ver pessoas nas sociedades e associações (personificadas) e nas fundações: não se diz que são entes humanos, caracteriza-se mesmo, em definição e em regras jurídicas diferentes, a distinção entre pessoas físicas e pessoas jurídicas... A discussão sobre serem reais, ou não, as pessoas jurídicas é em torno de falsa questão: realidade, em tal sentido, é conceito do mundo fático; pessoa jurídica é conceito do mundo jurídico. O que importa é assentar-se que o direito não as cria *ex nihilo*: traz, para as criar, algo do mundo fático... A pessoa jurídica é tão oriunda de fático quanto a pessoa física" (11).

(8) Para uma noção geral das diversas teorias sobre a natureza das pessoas jurídicas, v., p. ex., FERRARA, *Teoria delle Persone Giuridiche*, págs. 131 a 387; LUIS RECASENS SICHES, *Tratado General de Filosofia del Derecho*, págs. 263 e segs.; BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, vol. II, páginas 9 e segs.

(9) OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, vol. 4, pág. 250. Diz FERRARA (*Teoria*, pág. 387): "Le persone giuridiche sono una realtà, non una finzione. Ma il concetto di realtà è relativo e variabile nei diversi campi della conoscenza. Quando per reale s'intenda di tutto ciò che è percepibile ai sensi, certo le persone giuridiche non sono reali, ma non sono reali neanche i concetti delle scienze astratte, ed in particolare non è reale il nostro mondo giuridico. Ma ove il concetto di reale si allarghi a tutto ciò che per il nostro pensiero esiste, in antitesi a ciò che è immaginario e finto, allora nessun dubbio che le persone giuridiche siano una realtà. Esse sono reali nello stesso senso e modo, como sono reali le altre forme giuridiche, como è reale una obbligazione, l'eredità, un contratto. Realtà ideale giuridica, non realtà corporale sensibile".

(10) *Tratado de Direito Privado*, Tomo I, págs. 280/2.

(11) Ao tratar das diferentes teorias sobre a personalidade jurídica, diz RECASENS SICHES (*Tratado General de Filosofia del Derecho*, pág. 263): "Lo importante es anotar que en todas ellas, de una u otra manera, late la idea de que la personalidad jurídica aplicada a los entes sociales es una *construcción*".

1.1. Na constituição de uma pessoa jurídica, identificam-se, portanto, duas fases necessárias: a *formação do substrato* e a *aquisição da personalidade* (11-A). Com a integração dêste segundo momento, é que nasce a pessoa moral, mas há sempre uma base fáctica cuja formação se pressupõe (11-B).

A *personalização* é o segundo momento no procedimento criativo da pessoa jurídica, o qual é por aquela completado, sendo certo que a atribuição da personalidade é uma outorga do Direito, de carácter sempre *constitutivo* (11-C).

A *personificação* ou *atribuição da capacidade jurídica* pode obedecer a diferentes sistemas (11-D).

Um primeiro critério é o do *reconhecimento por disposição normativa*, segundo o qual se dá o chamado *reconhecimento da personalidade*, em carácter

del Derecho. No es que nieguen que más allá del derecho tengan los entes colectivos una realidad, sino que subrayan que aquello que funciona como sujeto de las relaciones jurídicas no es esa realidad, sino una construcción elaborada por el Derecho... Las doctrinas de FERRARA y de KELSEN han aportado un decisivo progreso en este tema. FERRARA ha visto claramente que la personalidad jurídica (con independencia de su substrato real, que siempre tiene), tanto por lo que se refiere al individuo como al ente colectivo, no es una realidad ni un hecho, sino que es una categoría jurídica, es un producto del Derecho, que éste puede ligar a cualquier substrato, y que no implica necesariamente una especial corporalidad o espiritualidad en quien la recibe. La personalidad es la *forma jurídica; de unificación de relaciones*... Pero esos mismos pensamientos se hallan en un grado de mayor madurez y mejor logrados en la doctrina de KELSEN". Diz BASAVILBASO (*Derecho Administrativo*, vol. II, loc. cit.) que a teoria normativa de KELSEN é "a culminância superlativa da teoria puramente jurídica da pessoa coletiva". Como diz SICHES (*ob. cit.*, pág. 264), na *teoria pura do direito*, um dos temas mais corretamente desenvolvidos é o da personalidade, com base no conceito fundamental de *imputação normativa*, em sua espécie de *imputação pessoal normativa*. A *pessoa jurídica individual* é a expressão unitária e sintética dos direitos e deveres do homem. A *pessoa jurídica coletiva* é um complexo de normas jurídicas que regulam a conduta recíproca de um conjunto de homens dirigida a um fim comum. A pessoa coletiva é uma parte do ordenamento jurídico concebida como um sistema unitário de deveres e direitos referidos a um centro comum de imputação, que é o sujeito ideal. A personalidade de uma coletividade ou de uma fundação é só a expressão de um termo ideal de imputação da conduta de um ou vários sujeitos. SICHES (*ob. cit.*, pág. 269), com base nas teorias de FERRARA e KELSEN, tira conclusões próprias.

(11-A) Cp. FERRARA, *Teoria*, pág. 778; *Le Persone*, págs. 172 e segs.

(11-B) EDUARDO ESPÍNOLA e EDUARDO ESPÍNOLA FILHO (*Tratado de Direito Civil Brasileiro*, vol. X, pág. 290) aludem a *elementos da pessoa jurídica: material* (o substrato) e *formal* (a marca da ordem jurídica). Citando NICOLA COVIELLO (*Manuale di diritto civile italiano*, vol. 1.º, 1910, pág. 138), indicam que a personalidade não é senão o efeito do reconhecimento, operado pelo direito, da existência de algumas condições naturais, pelas quais se apresenta um ser como capaz de ter interesses dignos de tutela. FERREIRA COELHO, *Código Civil*, vol. V, págs. 181/2, aludindo ao art. 18º do Código Civil Brasileiro, diz: "O artigo refere-se à *existência legal*, presumindo uma outra existência que não a determinada pela lei".

(11-C) Cp. FERRARA, *Le Persone*, pág. 51.

(11-D) Cp. MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, *Tratado dos Registros Públicos*, vol. II, pág. 41; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, 1.º vol., págs. 237/8; CLÓVIS, *Código Civil*, vol. 1, págs. 18/9.

normativo, *ex lege*, de forma geral, automática, preenchidos certos pressupostos pelo substrato. Há, por vèzes, necessidade de ato administrativo especial, de caráter declaratório, para simples verificação do preenchimento das condições legais. Êste momento marca, em alguns casos, o início da personalidade, com a publicação e inscrição dos atos constitutivos: é o que FERRARA chama de *procedimento através de registro* (11-E).

No extremo oposto, situa-se o *sistema da concessão, do reconhecimento específico*, mercê da outorga da personalidade por ato estatal especial — lei ou ato administrativo concreto —, que aprecia a criação da pessoa jurídica, sob os aspectos da *legalidade* e da *conveniência* ou *oportunidade*.

Há um sistema intermediário, pelo qual a aquisição da personalidade pelo substrato se dá com o *registro* do ato constitutivo dêste, *registro*, porém, *necessário* e *constitutivo* da personalidade. Ê, em princípio, o sistema brasileiro (11-F).

O *registro* é limitadamente *discricionário* quanto à *apreciação dos motivos*, consoante o que preceitua o art. 2.º do *Decreto-lei n.º 9.085, de 25-3-46*. Ê, pois, no seu todo, ato mais *vinculado*, controlável pelo Poder Judiciário, conforme o estatuído no art. 3.º do citado diploma legal (11-G).

O direito brasileiro exige, em certos casos, prévia autorização estatal para a constituição de pessoas jurídicas (11-H).

2. As pessoas jurídicas classificam-se segundo diferentes critérios. Sendo autônomas as classificações, toda pessoa moral se enquadra em uma das espécies de cada categoria.

Assim sendo, cada pessoa jurídica será uma *corporação* ou uma *fundação*; *pública* ou *privada*; e *nacional* ou *estrangeira* (12).

Fixemos as duas primeiras categorias, que nos interessam diretamente.

2.1. A distinção entre *corporações* e *fundações* tem por base a estrutura, a substância da pessoa jurídica, baseando-se no que têm de fundamental, de mais íntimo em sua essencialidade. A divisão leva em conta o suporte fático, o substrato, o embasamento real que o Direito vai personificar, outorgando-lhe a situação de polo subjetivado de direitos e obrigações.

(11-E) *Teoria*, págs. 812/3.

(11-F) Art. 18 do Código Civil; art. 127, do Dec. n.º 4.857, de 9-11-39; art. 115, do Decreto-lei n.º 1.000, de 21-10-69. Cp. SADY CARDOSO DE GUSMÃO, verbete *Fundação*, no *Repertório Enciclopédico*, vol. 23, pág. 223; PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, Tomo I, pág. 466; FERREIRA COELHO, *Código Civil*, vol. V, páginas 181/2; MILCIÁDES MÁRIO DE SÁ FREIRE, *Manual*, págs. 254/5. O art. 153 da *Nova Consolidação das Leis Cíveis*, de CARLOS DE CARVALHO (Rio, 1915), estabelecia: "As pessoas jurídicas de direito privado adquirem personalidade jurídica ou por disposição expressa de lei ou pelo preenchimento de condições nela estabelecidas com ou sem intervenção do poder público".

(11-G) Os arts. 3.º e 4.º do Decreto n.º 9.085, de 1946, disciplinam a suscitação de dúvida pelo oficial de registro, perante o juiz competente, nos casos de sobrestamento do registro.

(11-H) Arts. 18 e 20, § 1.º, do C. Civil; art. 127, parágrafo único do Decreto n.º 4.857, de 1939; art. 115, parágrafo único, do Decreto-lei n.º 1.000, de 1969.

(12) Cp. FERRARA, *Teoria*, págs. 708/9.

2.1.1. Na *corporação*, o substrato é um conjunto de pessoas considerado em sua unidade: é a reunião pessoal, humana (13). *Corporação* é o conjunto de pessoas que tem personalidade distinta da de seus membros (14).

Na *corporação*, êstes *membros, sócios* ou *associados*, elemento dominante, visam a fim comum, para cuja consecução contribuem com sua atividade e com recursos na formação do patrimônio corporativo.

Têcnicamente, a *corporação* é o gênero de que são espécies a *sociedade* e a *associação* (15).

Ensina FERRARA (16): "L'associazione si distingue dalla società. Un carattere essenziale che le separa é questo: la società risulta da un numero di persone determinate, l'associazione invece, *riposa sul cambio dei membri*, e continua identica, nonostante ch'essi variino. Nella società si ha colle-ganza immobile tra certe persone, e solo eccezionalmente può qualcuno dei soci esser substituito in caso di morte dal suo erede; nell'associazione l'accesso é aperto: c'é un via vai continuo dei soci, una fluttuazione perenne degli elementi che la compongono" (17).

(13) V. CLÓVIS BEVILÁQUA, citado em *Código Civil*, de FERREIRA COELHO, vol. V, págs. 27/8.

(14) JOSÉ CARLOS DE MATOS PEIXOTO, *Curso de Direito Romano*, Tomo I, pág. 312.

(15) Cp. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro*, vol. I, pág. 107; parecer de TORRES NETTO, do Instituto dos Advogados, citado na pág. 30 do *Código Civil*, de FERREIRA COELHO, vol. V; CRETELLA JÚNIOR, *Regime Jurídico das Corporações Públicas no Brasil*, in *Rev. Dir. Adm.*, 98, página 9; MILCIÁDES MÁRIO DE SÁ FREIRE, *Manual*, pág. 321.

(16) *Le Persone Giuridiche*, pág. 64.

(17) PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, Tomo I, págs. 318 e segs.) diz: "A associação diferencia-se em princípio, da sociedade em que essa é de número determinado de membros, ao passo que aquela pode ter número indeterminado, com ou sem mudança normal dêles. A sociedade anônima é sociedade; a associação dos empregados do comércio ou dos empregados públicos é associação. Mas o que diferencia de *regra*, não diferencia *essencialmente*. Não se pode dizer que a associação se distinga da sociedade, porque, nessa, a união de pessoas determinadas é essencial e a substituição excepcional: há as sociedades por ações em que se elimina êsse sinal... Nem as distinguiria o fim econômico ou não-econômico. A sociedade de regra não *corporifica*; a associação é essencialmente corporativa... na sociedade, há sócios, não *as-sociados*. A reunião de pessoas é associação quando de tal maneira se organizou que os seus membros se apresentam como todo único e uno e os *cobre*..." CLÓVIS (*Código Civil*, vol. V, pág. 89) distingue entre *sociedades comerciais* e *sociedades civis*, e, quanto a estas, entre as de *fins econômicos* e as de *fins não-econômicos*: estas, segundo êle, "também se denominam associações e corporações. O Código Civil, porém, não as distingue senão no momento e nas conseqüências da sua extinção. A tôdas dá o nome genérico de sociedade, e submete a uma disciplina geral". As sociedades civis de fins não-econômicos são as de beneficência, de recreio, as religiosas, literárias, científicas, artísticas. No art. 16, o Código Civil alude a *sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias*, e a *associações de utilidade pública* e a *sociedades comerciais*. O art. 19, I, emprega *associação* em sentido genérico, por oposição a *fundação*. Na epígrafe da Seção III, do Capítulo II, do Título I, do Livro I, diz "das sociedades ou associações civis". No art. 22, alude a "associação de intuitos não-econômicos" e, no art. 23, a "sociedades de fins econômicos". Nos arts. 13 e segs., cuida do contrato de sociedade.

2.1.2. Na *fundação*, é no patrimônio destinado a um fim, mercê de uma organização, que está o substrato personificado.

É ela a organização de elementos materiais a serviço de um fim prefixado: um complexo de bens que, mediante uma organização, tem um escopo a atingir (18).

Pessoas que surgem em torno deste complexo de elementos não são componentes da estrutura personalizada. De um lado, encontra-se o *instituidor* da fundação; de outro seus *beneficiários*; os *administradores* da fundação situam-se em posição totalmente diversa dos *membros* de uma *corporação*, pois que sua função é *servir*.

Na *fundação*, o *fim* é estabelecido pelo instituidor, que faz, outrossim, a dotação do *patrimônio*, enquanto, na *corporação*, o *escopo* é comum aos *sócios* ou *associados*, e o *patrimônio*, constituído pela contribuição de todos êles.

Na *fundação*, inexistem *membros* e, conseqüentemente, uma *assembléia*. Há, ao invés, uma *direção*, individual ou colegiada, que *representa* e *administra* a entidade, segundo o *ato de instituição* e os *estatutos*. Existem, em geral, *órgãos de fiscalização* e *contrôle*.

Podemos dizer que, em ambas as categorias, há *pessoas, patrimônio e fim*, mas em relacionamentos diversos.

2.1.3. Várias são as teorias que, através dos tempos, têm buscado fixar a diferença entre *corporações* e *fundações* (19).

Tradicionalmente, tem-se pôsto a tônica do substrato personificado, no primeiro caso, na *totalidade dos membros (universitas personarum)* (20), e, no segundo, no *conjunto de bens (universitas bonorum)* (20). Daí, o conceito de ser a *fundação* "massa de bens personalizada para certo objetivo" (20-A).

Outros acentuam, respectivamente, o *complexo ideal dos membros* e o *escopo*. ENNECERUS (21) sustenta comprovar-se, facilmente, a *teoria da personificação do fim*. Afirma: "La parte más importante de esta organización es la vinculación del patrimonio para ese fin, pero con esto no se agota la esencia de la fundación, pudiendo incluso faltar temporalmente, y, en absoluto, el patrimonio. Por esto no es completamente acertada la teoría dominante cuando define la fundación como un *patrimonio* con personalidad jurídica autónoma para un fin determinado".

(18) Na clássica lição de CLÓVIS BEVILÁQUA, "fundação é uma universidade de bens personalizada, em atenção a fim, que lhe dá unidade (*Código Civil*, pág. 192); é "um patrimônio transfigurado pela idéia, que o põe ao serviço de um fim determinado" (*Teoria*, pág. 118). Em trecho reproduzido por FERREIRA COELHO, in *Código Civil*, vol. V, págs. 27/8, diz que "as fundações têm por substrato um complexo de bens, ou um estabelecimento que recebe sua vida do destino que lhe é assegurado".

(19) V. FERRARA, *Teoria*, págs. 382 e segs., e 714 e segs.; MARCELLO CAETANO, *Das Fundações*, págs. 7 e 8.

(20) São expressões não romanas (JOSÉ CARLOS DE MATOS PEIXOTO, *Curso*, pág. 312).

(20-A) V. nota 18 acima.

(21) *Derecho Civil*, 1.º vol., pág. 521.

SILVIO LESSONA (22) acentua que, tal como a *societade* não se confunde com os *sócios*, nas *fundações* “i beni da cui sorge la persona giuridica non sono da confondersi colla persona giuridica stessa poichè non i beni sono il soggetto, del diritto, ma soggetto del diritto è invece l’Ente che nasce della destinazione dei beni al raggiungimento di un determinato fine”.

Alguns frisam a *vontade* que dá origem à pessoa jurídica: na *corporação*, há uma *vontade coletiva* nascida de si mesma (*vontade imanente*); no que concerne à *fundação*, existe uma *vontade externa* (*vontade transcendente*).

Mais recentemente, tem-se sublinhado, na *corporação*, sua natureza de *organismo* de *peçoas*, e, na *fundação*, sua condição de *organização*.

MARCELLO CAETANO (23) aponta-a como único “substrato personificável” da *fundação*. Daí, defini-la como a “organização destinada a perseguir um fim duradouro ao qual esteja afetado um patrimônio”. Mais abaixo, acrescenta: “E por isso, mesmo quando o instituidor não prescreva desde logo a organização da obra, é preciso que a sua intenção se manifeste no sentido de *que a venha ter*, entendendo-se que delega, nesse caso, nas autoridades competentes, a regulamentação necessária (Cód. Adm., art. 446). É esta idéia de indispensabilidade de organização própria que FERRARA exprime ao sintetizar a noção de *fundação* na fórmula: *è una organizzazione per uno scopo* (*Le Persone Giuridiche*, cit., pág. 103)”.
 É certo que as várias teorias acentuam, tão somente, aspectos do todo: cada uma tem uma parcela da verdade, mas não, tôda a verdade.

FERRARA (24) diz, com propriedade, que a personalização é da instituição em tôda a sua complexidade: “è personificata l’opera, lo *stablimento ideale*, l’*istituzione*”.

2.1.4. Autores há que admitem uma terceira espécie de pessoas jurídicas: *as instituições*.

Estas caracterizar-se-iam, por terem como elemento essencial um fim determinado, independentemente de uma reunião de pessoas ou de um conjunto de bens (25).

Em geral, é combatida tal orientação, identificando-se as *instituições* com as *fundações*. Existe quem prefira reservar o primeiro termo para as *fundações de direito público* (26).

(22) *Introduzione al Diritto Amministrativo e sue Strutture Fondamentali*, pág. 32.

(23) *Ob. cit.*, pág. 26.

(24) *Teoria*, págs. 382 e segs.

(25) RUGGIERO, *Instituições*, vol. I, pág. 471; LEOPOLDO BRAGA, *Instituições de Educação e de Assistência Social*, *Rev. Dir. Procd. Geral*, GB, n.º 21, páginas 1 e segs.

(26) Cp. RUGGIERO, loc. cit.: “não acho que tenha utilidade dogmática este *tertium genus*: as congregações que, ao surgir, não tenham bens, são pessoas jurídicas na expectativa de um patrimônio, o que basta para as fazer entrar nos tipos tradicionais”. CROME (*System des bürg. Rechts*, apud FERRARA, *Teoria*, páginas 723/4) taxava de errônea a ereção dos *institutos* como terceiro tipo de pessoas jurídicas. Cp. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, págs. 368/9). FERRARA (ob. cit., págs. 725 e segs.) mostra que, historicamente, o primeiro conceito que surgiu foi o canônico de

2.1.5. Há, como assinala RUGGIERO (26-A), tendência de alguns doutrinadores no sentido da unidade do conceito de pessoa jurídica, dentro de uma construção dogmática que abranja *corporações* e *fundações*, o que traz, porém, graves problemas para a doutrina das pessoas jurídicas.

Outrossim, há os que identificam *corporações institucionais* e *instituições corporativas*, como veremos mais adiante (26-B).

2.1.6. O problema da dicotomia *corporação-fundação* veio apresentar aspecto interessante, com o surgimento das chamadas *sociedades unipessoais*, mais exatamente de *pessoas jurídicas* cujo *capital* pertence a uma só *pessoa*, que pode ser também *jurídica*.

Neste caso, não há a reunião de pessoas, e, por outro lado, a vontade que anima o ente é de difícil caracterização: se *externa* ou *imanente*.

A unipessoalidade é, em geral, uma situação transitória *inicial*, como ocorre nas *empresas públicas* (que nos fornecem os mais notáveis exemplos, na matéria), em que se admite que outras pessoas venham a se tornar sócias (26-C), ou *incidental*, como pode acontecer, nas sociedades anônimas (26-D).

2.1.7. Segundo FERRARA (27), historicamente, as *corporações* precederam às *fundações*: daí, ter-se reduzido a teoria da pessoa jurídica, durante muitos séculos, à doutrina das primeiras.

istituto, a abranger todos os estabelecimentos eclesiásticos e laicos, inclusive as fundações. Modernamente, diz FERRARA (*op. cit.*, págs. 726/8), "l'antitesi tra istituzione o fondazione si delinea così: le istituzioni appartengono al diritto pubblico, le fondazioni al diritto privato; le fondazioni non sono che le *istituzioni private*... Accanto alle corporazioni esistono le istituzioni, e queste o appartengono al diritto pubblico o al privato (le seconde si dicono altrimenti *fondazioni*). Donde risulta che istituzioni pubbliche e fondazioni pubbliche sono sinonimi". Pela sinonímia entre *fundações* e *instituições*, cp. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Princípios*, vol. I, pág. 105. FERREIRA COELHO (*Código Civil*, vol. V, pág. 156) observa que, no Direito Anterior ao Código Civil, discutia-se a personalidade das *fundações*, fazendo-se distinções entre *estabelecimentos*, *institutos* e *fundações*. Mais adiante (pág. 293), diz: "Também se designa a fundação pelo nome de *instituto* ou *estabelecimento*, vocábulos que na prática jurídica têm a mesma significação para distinguir de sociedade, associação e corporações que são agregados de pessoas naturais, a quem pertencem os bens da agremiação". LUDWIG ENNECCERUS (*Derecho Civil*, 1.º vol., págs. 442/4) ensina que, em correlção com a distinção do direito privado, entre *associações* e *fundações*, as pessoas jurídicas de direito público podem ser divididas em *corporações* e *institutos* (*fundações*). GUIDO ZANOBINI (*Corso*, vol. 1.º, págs. 114/5), após assinalar que, segundo alguns doutrinadores, *instituição* e *fundação* são termos sinônimos, acrescenta: "secondo altri, per istituzione s'intendrebbe, invece, qualunque persona giuridica nella quale le persone fisiche sono escluse dal formare la volontà dell'ente e quindi questa volontà deriva da soggetti estranei, quali il fondatore oppure la pubblica autorità. In tal modo, sarebbero istituzioni, altre tutte le fondazioni, anche quelle associazioni, i cui ordinamenti non sono determinati dalla libera volontà dei componenti, ma da altra volontà esterna. Così intesa, la distinzione fra corporazioni e istituzioni no si basa, come quella fra corporazioni e fondazioni, sulla diversa struttura della persona giuridica, ma sul diverso modo di formazione della sua volontà".

(26-A) *Instituições*, vol. I, pág. 471.

(26-B) V. n.º 2.3.1. e notas 67 e 68.

(26-C) V. tópico sobre *empresas públicas*, no título II.

(26-D) V. art. 137, d, do Decreto-lei n.º 2.627, de 26-9-40.

(27) *Teoria*, págs. 710 e segs.

Diz o citado autor que o direito romano conheceu, apenas, as *corporações-universitates, collegia*. MATOS PEIXOTO (28) afirma que, no período clássico, se encontram, tão somente, rudimentos de *fundações* (templos e divindades pagãs que eram tidos como titulares de direitos) (29).

O conceito de *instituto* apareceu com o direito canônico: surgiu a nova espécie de pessoa jurídica, isto é, o de um estabelecimento criado e estruturado exteriormente, por vontade alheia, visando à consecução de um fim (30). Deve-se a Inocência IV a expressão *corpus mysticum*, que deu origem a *corpo moral*.

Embora tenha o direito canônico chegado ao excesso de considerar de natureza institucional pessoas jurídicas de estrutura nitidamente associativa, continuou a prevalecer a identificação da pessoa jurídica com a corporação. Até o início do século passado, só existia, praticamente, esta espécie de pessoa jurídica.

Segundo FERRARA (31), deve-se a HEISE (32) ter, em 1808, chamado a atenção para o problema taxionômico das pessoas jurídicas, tendo apresentado classificação na qual incluía, entre as de base real, as *fundações*, massas de bens destinadas a um fim.

O reflorescimento dos estudos de direito público fez com que publicistas e privatistas seguissem caminhos diversos. O Código Alemão, à semelhança do que, mais tarde, veio a fazer o Código Civil Brasileiro (33), discriminou, de um lado, as *pessoas jurídicas de direito privado*, distinguindo entre as de base *corporativa* e as *fundações*; e de outro, as *pessoas jurídicas de direito público*. Tal orientação teve por objetivo, tão somente, deixar em aberto o desenvolvimento doutrinário, tendo, porém, provocado o afastamento dos dois ramos jurídicos. Daí, terem-se os publicistas perdido em variadas trilhas, ora adotando a mesma dicotomia das pessoas jurídicas de direito privado; ora invocando uma tripartição, com o acréscimo das *instituições*; ou, ainda, subdividindo a classificação em *Estado, corporações territoriais, corporações públicas, instituições públicas e fundações*.

2.2. O Código Civil Brasileiro, como disposição inicial do capítulo das pessoas jurídicas, estabelece, em seu art. 13, que tais pessoas "são de direito

(28) *Curso*, Tomo I, pág. 318.

(29) Cp. SAVIGNY, *Traité de Droit Romain*, págs. 256/7.

(30) Diz MATOS PEIXOTO (*ob. cit.*, pág. 318): "O período pós-clássico, porém, é a idade de ouro das fundações, que se criam, se desenvolvem e se multiplicam sob a influência da religião e da caridade cristãs: eram as igrejas, os mosteiros, os hospícios, os hospitais, e os estabelecimentos de beneficência (*pia corpora, piee causae, venerabiles domus*), muito numerosos nessa época e designados por termos helênicos: para os indigentes (*ptochotrophia*), para os órfãos (*orphantrophia*), para as crianças pobres em geral (*brephotrophia*), para os enfermos (*nosocomia*), para os velhos desvalidos (*gerontocomia*), para os estrangeiros necessitados (*xenodochia*). Cp. EBERT CHAMOUN, *Instituições de Direito Romano*, pág. 59.

(31) *Teoria*, pág. 711.

(32) *Grundriss eines Systems des gem. Civilrechts*, pág. 25.

(33) Arts. 13, 14 e 16.

público, interno, ou externo, e de direito privado" (34), discriminando, nos arts. 14 e 16, os tipos de cada uma das espécies.

2.2.1. Tal distinção é recente (35). Por fatores históricos, a idéia de pessoa jurídica manteve-se, durante longo tempo, "envolta em um manto publicístico" (36). Somente, aos poucos, foi surgindo como instituto de direito privado.

Mas, em verdade, as pessoas de direito público consideravam-se, em sua esfera soberana, fora da categoria das pessoas jurídicas, numa posição privilegiada, como uma grandeza extrajurídica (36).

Daí, assinalar OTTO MAYER (37) que, no Estado de Polícia, absolutista, *pessoa moral* e *pessoa moral de direito civil* são expressões sinônimas.

Surge, porém, o *fisco*, pessoa jurídica de direito privado, concernente à gestão de valores pecuniários, e que se colocava junto aos governantes: assim, junto ao Príncipe, o *fisco principesco*; junto às autoridades municipais, o *fisco municipal*; sendo certo que o número dos *fisci* aumentou de tal forma, que cada um dos ramos da Administração passou a ter *fisco* próprio.

O *fisco* era súdito e podia ser processado pelos tribunais. Destarte, o Estado expropriava e o *fisco* pagava a indenização; aquêle, pela nomeação, submetia o servidor público a um regime especial de subordinação: o *fisco*, mercê de uma convenção de direito civil, remunerava-o; o Poder Público recebera, indevidamente, certa importância: o *fisco* tinha de devolvê-la, segundo os princípios da *condictio indebiti*.

Pode afirmar-se, portanto, que a doutrina do *fisco*, ao lado daquela da separação de poderes, constituiu forma fundamental de garantia dos súditos contra o soberano.

Com o advento do Estado de Direito e o reconhecimento de *direitos públicos*, ao lado dos *direitos privados*, e, conseqüentemente, da existência de *sujeitos de direitos públicos* e de *direitos privados*, impunha-se a extensão do conceito de *pessoa jurídica* ao *Direito Público*.

Surgiu a *personalidade jurídica do Estado* (37-A), superada definitivamente, a *teoria do fisco*. Nasceu a distinção entre as *pessoas jurídicas de direito público* e as *pessoas jurídicas de direito privado*.

(34) As expressões usadas pelo Código Civil, *pessoas jurídicas de direito público* e de *direito privado*, provêm do Projeto primitivo. Na Comissão de Jurisconsultos, BARRADAS propôs *pessoas públicas* e *pessoas privadas*; BULHÕES DE CARVALHO e LACERDA DE ALMEIDA eram favoráveis a *pessoas jurídicas de existência necessária* e *pessoas jurídicas de existência voluntária*. O Presidente da Comissão desempatou em favor do Projeto. Cp. FERREIRA COELHO, *Código Civil*, vol. V, página 28; MILCIANES MÁRIO DE SÁ FREIRE, *Manual*, vol. II, pág. 171.

(35) Cp. FERRARA, *Teoria*, págs. 739 e segs. OTTO MAYER, em *Derecho Administrativo Alemán*, vol. 4, pág. 252, afirma que a diferenciação pertence, inteiramente, ao direito moderno. BASAVILBASO, in *Derecho Administrativo*, página 92, aponta origens da divisão nas obras dos canonistas e, principalmente, na de SINIBALDO DEI PIESCHI, em quem se teriam inspirado os pós-glosadores.

(36) FERRARA, *Teoria*, loc. cit.

(37) *Ob. cit.*, loc. cit.

(37-A) Para resumo das teorias favoráveis e contrárias à personalidade jurídica do Estado, v. RODOLFO BULRICH, *Principios Generales de Derecho Administrativo*, págs. 109 e segs.

2.2.2. A oposição entre *pessoa jurídica de direito público e pessoa jurídica de direito privado* não é despicinda. Ao contrário, a natureza jurídica do ente moral tem decisivas conseqüências (38). Com efeito, sua influência opera desde os requisitos e a forma de criação da entidade, e no que tange, por exemplo, às relações jurídicas com os titulares de seus órgãos, e com terceiros, à natureza jurídica dos atos que pratique, aos fundamentos de sua responsabilidade civil; e, no sistema de dualidade de jurisdição, à competência da justiça comum ou do contencioso administrativo (39). O estatuto jurídico das pessoas públicas é, pois, diverso do das pessoas privadas.

Evidente é que ser pessoa jurídica de direito público ou de direito privado não significa a possibilidade de apenas manter relações de *ius publicum* ou *privatum*: a personalidade é una (39-A), porquanto ser *pessoa* significa constituir-se em destinatário das normas jurídicas, titular de direitos e obrigações, quer públicos, quer privados. Acentua PONTES DE MIRANDA que a personalidade nasce, concomitantemente, no direito público e no privado: é o que chama de *con-criação da personalidade* (40).

2.2.3. Vários têm sido os critérios de que se têm valido os juristas para o estabelecimento da distinção entre *pessoas jurídicas de direito público e de direito privado*. Ademais, mesmo dentro de cada corrente, percebem-se diferentes matizes, sendo de se assinalar que muitos doutrinadores conjugam vários critérios (41).

(38) BASAVILBASO (*Derecho Administrativo*, pág. 8) afirma que a distinção tem importância indiscutível. Cp. RENATO ALESSI, *Sistema Istituzionale*, pág. 43. PONTES DE MIRANDA (*Tratado*, Tomo I, págs. 305 e segs.), após assinalar a importância que se tem dado à divisão, sustenta seu desvalor como critério para diferenciar entidades.

(39) Cp. SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *O Contrôlo de Legalidade da Administração Pública pela Justiça Administrativa Francesa*, in *Rev. Dir. Proc. Geral*, GB, n.º 15, pág. 181.

(39-A) Como assinala FERRARA (*Teoria*, pág. 741), não há *dupla personalidade*: esta é una; "solo l'ambito dove si muove è plurimo". Sublinha a semelhança com a *pessoa física*, que é *cidadão e comerciante*, por exemplo, agindo, portanto, na esfera do direito público e na do direito privado.

(40) PONTES, *Tratado de Direito Privado*, tomo I, pág. 305; FRITZ FLEINER, *Les Principes Généraux*, pág. 71, diz: "La reconnaissance de la personnalité de droit public implique la collation simultanée de la capacité juridique de droit privé". MARCELLO CAETANO, *Manual*, pág. 130: "Há pessoas coletivas que, pelo seu caráter e pelas suas funções, pertencem ao direito público. Não quer isto dizer que tais pessoas não possam ser titulares de direitos privados e exercê-los; assim como às pessoas coletivas de direito privado é possível serem titulares de direitos públicos. *Toda pessoa coletiva pode ter capacidade de direito público e de direito privado*. Mas isso não significa que todas tenham de obedecer ao mesmo regime jurídico. Assim, é geralmente admitido que o Estado, embora possa exercer direitos privados, é uma pessoa coletiva cujo regime jurídico se encontra por natureza no direito público". O direito público constitucional confere às pessoas jurídicas, sejam públicas ou privadas, direitos públicos subjetivos (p. ex. art. 153, §§ 4.º, 22 e 30 da Const. Federal).

(41) Cp. FERRARA, *Teoria*, págs. 742 e segs.; RUGGIERO, *Instituições*, vol. I, págs. 493 e segs.; PONTES, *Tratado de Direito Privado*, vol. I, págs. 306 e segs.; BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, págs. 111 e segs.; PAULINO JACQUES, *A Natureza Jurídica dos Institutos de Providência*, págs. 111 e segs.

As categorias extremas das duas classes são inconfundíveis. Assim, são, incontestavelmente, pessoas jurídicas de direito público as *pessoas políticas territoriais* (União, Estados-membros, Municípios); são *pessoas jurídicas de direito privado* as criadas por particulares, segundo o direito civil e o direito comercial.

As pessoas morais criadas por particulares só excepcionalmente podem ser públicas, como é o caso dos *partidos políticos* e dos *sindicatos* (42).

A maior dificuldade está em que o Poder Público pode criar novas *pessoas administrativas*, sejam de *direito público*, sejam de *direito privado*, o que faz cair por terra a *teoria da origem da instituição* (42-A).

O problema diz respeito, pois, praticamente, à distinção entre as pessoas jurídicas criadas pelo Estado (43).

O primeiro critério de caracterização das criaturas estatais é fornecido pelo próprio criador: as leis que criam ou que autorizam a criação de pessoas administrativas, muitas vezes (e, hoje, cada vez mais), expressamente aludem à natureza jurídica do ente a que se referem (44).

(42) V. art. 2.º da Lei n.º 4.740, de 15-7-65 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos). PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, vol. I, pág. 296) diz: "Os partidos políticos, ainda quando a legislação lhes dê personalidade de direito público, não são pessoas jurídicas de direito político constitucional, — são pessoas de direito público não-constitucional". ANTÔNIO TITO COSTA (*Natureza Jurídica do Partido Político no Brasil*, in *Rev. Dir. Pb.*, n.º 1, págs. 81 e segs.) sustenta ser erro da lei considerar os partidos políticos como pessoas jurídicas de direito público. Para alguns também, como indicamos no texto, são os *sindicatos* pessoas jurídicas de direito público. PONTES (loc. cit., págs. 314/5) alude às *pessoas jurídicas de direito público sem ligação estatal*, isto é, nem de direito constitucional, nem de direito administrativo (União, Estado-membro, Território, Município ou autarquia): indica, a propósito, os *sindicatos profissionais* (artigos 511 a 625 da C. L. T.). Cp. *Rev. For.*, n.º 212, pág. 328. SEABRA FAGUNDES (*Contrôle*, pág. 44, nota 8) refere-se aos *sindicatos* como *associações privadas*, dentro da *descentralização por colaboração*.

(42-A) A *teoria da origem ou do modo de constituição* da pessoa jurídica tem por base o fato de ter a sua criação sido por ato estatal ou privado, de particulares. Cp. CINO VITTA (*Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 150); ENNECERUS (*Lehrbuch des bürg. Rechts*, I, pág. 233) e CROME (*System des bürg. Rechts*, I, pág. 232), os dois últimos apud FERRARA, *Teoria*, pág. 747. Cumpra observar que tanto o Poder Público como o particular criam quer pessoas jurídicas de direito público, quer de direito privado. Cp. CINO VITTA (*ib.*). É importante acentuar que há hipóteses de transformação de pessoas jurídicas de direito privado, criadas por particulares, em órgãos da Administração Pública, também com personalidade jurídica privada; foi o caso da Fundação Abrigo do Cristo Redentor, instituída pelo Governo Federal em sucessão à sociedade civil *Abrigo do Cristo Redentor* (art. 1.º do Dec. n.º 15.801, de 8-6-44).

(43) PONTES (*Tratado de Direito Privado*, Tomo I, pág. 293) observa: "O que se pode extrair da observação dos sistemas jurídicos é apenas o seguinte: as pessoas jurídicas, que o direito público cria, por lei ou por ato administrativo legal são de direito público, se o próprio sistema jurídico não as privatiza desde logo, ou mais tarde; as pessoas jurídicas que, oriundas de direito privado, são por lei ou ato administrativo legal, tornadas de direito público, são de direito público, enquanto não se lhes tira êsse caráter. Tudo se reduz a certo arbítrio do legislador, dentro dos princípios constitucionais".

(44) O fato de a lei *criar* ou simplesmente *autorizar a criação*, já será, como veremos mais adiante, um elemento importante: em princípio, no primeiro

Quando não o fizerem, ter-se-á de considerar e analisar o conjunto de normas editadas para disciplina do organismo em tela, para que, bem caracterizado seu regime jurídico, conclua-se por sua natureza de direito público ou privado.

Neste mister, deverão ser consideradas as várias teorias sôbre a matéria, a seguir indicadas.

Uma primeira orientação funda-se no *fim*, no *escopo* da pessoa jurídica, como elemento norteador da sua caracterização: o objetivo público, o interesse geral caracterizaria as pessoas morais públicas (45).

Este critério não satisfaz, porquanto as pessoas jurídicas criadas pelo Estado, quer de direito público, quer de direito privado, têm de perseguir o interesse público, sendo certo que corporações e fundações particulares podem ter fins éticos, religiosos, beneficentes. É certo, ainda, que, embora visando ao bem público, pessoas de direito público, como as Caixas Econômicas (sob sua forma autárquica), praticam atos de comércio (46).

PONTES DE MIRANDA (47) afirma: "O Estado faz de direito público a pessoa jurídica, porém, não é de seu arbítrio fazer ser pessoa de direito público qualquer entidade. O fim da pessoa jurídica, sociedade, associação, ou fundação, é que há de ser público, para que possa ser de direito público a pessoa, sem que se tenha de fazer de direito público tôda pessoa jurídica que tenha fim público, ou de interesse público".

A teoria do *fim* apresentava variações, como da *obrigação* da pessoa, perante o Estado, da *consecução do escopo de interesse público* que lhe constitui a razão de ser (48).

O *princípio da especialidade*, fundamental em matéria de descentralização administrativa, é comum às pessoas administrativas não-territoriais, sejam de direito público, sejam de direito privado: tôdas têm escopos específicos, a que estão vinculadas, e por cuja consecução serão responsáveis perante o Poder Público, que as tutela com várias finalidades, uma das quais é assegurar "a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade" (49).

Outrossim, como acentua PONTES (50), tal teoria é desmentida pela existência de sociedades e fundações particulares que receberam, direta ou indiretamente, do Estado a incumbência da realização de seus fins, como as faculdades e universidades livres. Aliás, o Estado vela pelo respeito, por parte dos administradores, dos fins das fundações particulares (51).

caso, teremos *pessoa jurídica de direito público*; no segundo, de *direito privado*. Não é, porém, decisivo tal fato, porquanto, por vêzes, a lei *cria* quando deveria, tão sômente, *autorizar a criação*.

(45) Cp. GIORGIO GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, Florença, 1889, vol. I, pág. 107.

(46) Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Tomo I, pág. 306.

(47) *Ob. cit.*, *ib.*, pág. 294.

(48) Cp. ROSIN, *Die öffentl. Genossenschaft*, pág. 18, *apud* FERRARA (*Teoria*, pág. 745); e PAULINO JACQUES, *Instituições de Previdência*, pág. 120.

(49) Art. 26, I, do Decreto-lei n.º 200, de 25-2-67.

(50) *Ob. cit.*, *ib.*, pág. 306.

(51) Código Civil, art. 26. Cp. art. 28, XIII, da Lei fed. n.º 3.434, de 20-7-58 (Código do Ministério Público do Estado da Guanabara).

Uma outra orientação sublinha a importância do *aspecto estrutural-organizatório e funcional* do ente. Quando se trata de *corporações públicas*, assinala-se, em geral, a participação compulsória de seus membros: ou êstes são coagidos, pela lei, a assumir tal situação (como no caso das ordens profissionais, devendo-se ter em mente, para que se entenda o caráter coativo da participação, a sua necessidade com vistas ao exercício profissional), ou prescinde-se de sua vontade, já que se pertence a certas corporações públicas, sem o querer (pessoas territoriais).

O certo é que, do ponto de vista estrutural e de funcionamento, praticamente, em nada diferem uma autarquia institucional e uma fundação de direito privado criadas pelo Estado.

Por outro lado, há pessoas jurídicas de direito público a que só se pertence, querendo (partidos políticos, sindicatos); e existem hipóteses de participação compulsória em pessoas jurídicas de direito privado (p. ex.: subscrição compulsória de ações da Petrobrás) (52).

Outro caminho seguido, na matéria em pauta, é o que busca a distinção entre pessoas coletivas públicas e privadas na *posição jurídica* que as mesmas desfrutam no Estado, sendo certo que, se as primeiras gozam de privilégios e prerrogativas, em compensação sofrem maiores restrições, vigilância e tutela.

Ora, o Estado tanto tutela as pessoas administrativas públicas quanto as de direito privado que cria. Mais ainda: algumas destas últimas, e, até mesmo, outras, instituídas por particulares, gozam de prerrogativas e privilégios bem amplos, como os de natureza fiscal, e, inclusive, monopólios de exploração de certas atividades (cp. Petrobrás e concessionários de serviços públicos; vide art. 170, § 3.º da Carta de 1967).

Finalmente, cabe-nos aludir ao outro critério de caracterização da personalidade pública, que se funda no *poder de império* de que gozariam as pessoas jurídicas públicas, seja em relação a seus membros, seja em relação a terceiros.

São típicas do direito público as relações de subordinação. No *ius privatum*, as relações são de coordenação, de igualdade entre os sujeitos de direito. Êste critério baseia-se em fundamento idêntico ao da própria distinção entre o direito público e o privado.

Explica FERRARA (53), partidário desta teoria, que pessoas públicas são as que têm caracteres estatais, de prerrogativas e privilégios exclusivos e essenciais do Estado, já que *público* significa *estatal*.

O elemento específico do Estado não é a população nem o território mas o *poder de império*, "a organização da coação social a serviço e no exercício dos comandos estatais".

O Estado, para a consecução de seus fins, outorga parte de seus poderes públicos a entes que, gozando do *ius imperii*, são pessoas de direito público.

Não importa a amplitude dos poderes públicos atribuídos, já que a diferença não é quantitativa mas qualitativa.

(52) Art. 15 da Lei n.º 2.004, de 3-10-53.

(53) *Teoria*, págs. 750 e segs.

O próprio FERRARA (54) sublinha, no entanto, a dificuldade prática do reconhecimento de que poderes e direitos compõem o *ius imperii*, embora se possa observar que tal poder se traduz pelo *comando*, pela existência de uma *vontade imperante*, "que vincula tôdas as outras pessoas à obediência".

As pessoas privadas podem gozar de privilégios que lhe são, porém, outorgados pelo Poder Público, como favor, não lhes sendo inerentes, ao contrário do que ocorre com as pessoas de direito público, que têm o *ius imperii* como poder próprio, em seu nome atribuído pela lei (55).

O critério do *ius imperii*, nos termos acima fixados, é exato, porquanto somente as pessoas jurídicas de direito público o têm, sendo da natureza destas (55-A).

O que podemos observar, é não ser êle suficiente, muitas vêzes, para, na prática, diante da omissão do legislador, na caracterização da pessoa criada, qualificá-la acertadamente, tendo em vista a hipótese de não-outorga expressa, no diploma legal específico, de parcela do poder de império: êste lhe será reconhecido, aplicando-se-lhe o estatuto das pessoas públicas, se identificada como sua tal natureza. O ente terá, então, *ius imperii*, porque é pessoa pública, e não será pessoa pública por tê-lo. Daí, a utilidade dos outros critérios, embora o último seja o que atende à natureza íntima das pessoas.

Já foi assinalado que autores buscam combinar diferentes orientações, em posições ecléticas. Chegou-se a afirmar que os elementos diferenciais apon-

(54) *Ob. cit.*, pág. 752.

(55) Afirma, porém, BASAVILBASO (*Derecho Administrativo*, pág. 114): "Es de advertir que no todas las personas jurídicas con potestad de ese carácter son públicas, como acontece con los concesionarios de servicios públicos, y, por otra parte, existen personas públicas sin *imperium*". Acrescenta aos critérios referidos o do serviço público, com base em GASTÓN JÉZE: o estabelecimento público (pessoa jurídica de direito público), diferentemente do de utilidade pública, caracteriza-se pela afetação de um patrimônio a um serviço público. Quanto aos *partidos políticos* e aos *sindicatos* cabem algumas observações, já que, excepcionalmente, são *personas jurídicas de direito público criadas por particulares*. Aquêles não são pessoas de direito público constitucional; exercem direitos políticos e participam do Poder Público, na medida em que só êles podem registrar candidatos às eleições (cf. art. 87 do Código Eleitoral, Lei n.º 4.737, de 15-7-65), candidatos êstes que se lhes têm de manter fiéis (cp. art. 35, V, e 152, V e parágrafo único da Const. Federal); e na medida em que, na constituição de órgãos do Legislativo (cf. parágrafo único, letra a, do art. 30 da Const. Federal) e até mesmo do Executivo (cp. exemplos ingleses de funções públicas que são reservadas à oposição), o que conta é a representação partidária (cp. HOMERO PINHO, *Partidos Políticos*, in *Rev. Eleit.* da GB, n.º 1, págs. 87 e segs.). No tocante aos *sindicatos*, êstes seriam pessoas de *direito social*, que congregariam e representariam os grandes grupos sociais que participam da atividade econômica. Mantida a dicotomia direito público-direito privado, êles se enquadram no primeiro, participando da solução dos problemas laborais, sendo relevante o fato de abranger o acordo por êles aos que, embora pertencendo à mesma categoria profissional, não são seus associados (cp. A. F. CESARINO JR., *Direito Social Brasileiro*, 1.º vol., págs. 238 e segs.).

(55-A) PONTES (*ob. cit.*, pág. 307) assinala que a personalidade jurídica pública "ocorre sempre que há atribuição de *imperium* à entidade; não basta a adesão forçada, nem a exclusividade: a regra jurídica que dá exclusividade não delega *imperium*, nem, tão-pouco, a que estabelece a favor de alguém adesão forçada".

tados são, apenas, sintomas da natureza jurídica da personalidade, sendo necessário, para caracterizá-la em definitivo, uma análise sistemática de conjunto.

ANDRÉ DE LAUBADÈRE (56) salienta que a atitude atual da jurisprudência francesa é a de considerar que nenhum dos diversos grandes critérios tem caráter absoluto; destarte, ela tem-se orientado no sentido da consideração global de tais teorias, que combina em um *feixe de indícios*, submetendo cada caso a esta conjugação de critérios, do que resulta uma impressão de conjunto suscetível de esclarecer a suposta intenção do criador da entidade (57).

Tem de haver, todavia, um critério diferencial decisivo, sob pena de não se poder afirmar que existe, em verdade, discriminação entre as pessoas públicas e privadas.

O *poder de império* é o elemento básico. Os demais critérios, salvo os da *origem* e da *liberdade de associação*, só operam no sentido negativo: uma pessoal moral que não reúna os requisitos apontados, não é pública; possuindo-os, poderá sê-lo, ou não.

Se, mesmo após a aplicação de tôdas as doutrinas expostas, persistir a dúvida sobre a natureza da pessoa jurídica, tratando-se de ente de criação estatal, deve ser ela qualificada como de direito público (58).

Doutrina PONTES DE MIRANDA (59): "Se o Estado considera de direito privado a pessoa jurídica e lhe confere poder público, cai em contradição e delega êsse poder a particular, a lei ou o ato é *nulo*... Se o Estado considera de direito público pessoa jurídica que não tem parcela de poder público e nenhum interesse do Estado está em causa, a pessoa é de direito privado e a lei ou o ato tem de ser examinado pela justiça, para ser-lhe decretada a nulidade".

Com efeito, a análise das normas pertinentes às pessoas jurídicas criadas pelo Estado evidencia, muita vez, que, embora rotulada como de direito público (é a hipótese mais comum), trata-se de pessoa jurídica de direito privado, devendo, certamente, prevalecer as interpretações sistemática, lógica e teleológica sobre a literalidade do texto (60).

Ensina CARLOS MAXIMILIANO (61): "Pode haver, não simples impropriedade de termos, ou obscuridade de linguagem, mas também engano, lapso, na redação. Êste não se presume: precisa ser demonstrado claramente. Cumpre patentear, não só a inexactidão, mas também a causa da mesma, a fim de ficar plenamente provado o erro, ou simples descuido".

2.3. As pessoas jurídicas, sejam de *direito público*, sejam de *direito privado*, classificam-se, quanto à sua estrutura, em *corporações* e *fundações*.

(56) *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, pág. 173.

(57) Cons. Est., 1.º-4-49, *Itani*, *Trib. Confls.*, 20-11-61; *Bourguet e Centre Eugène Maquis*; *Recueil Dalloz*, 1962, 389 e nota de LAUBADÈRE.

(58) Cp. J. M. OTHON SIDOU, *Do Mandado de Segurança*, pág. 264.

(59) *Tratado*, cit., Tomo I, pág. 299.

(60) Cp. art. 2.º do Decreto-lei n.º 750, de 8-8-69, e art. 1.º dos Estatutos aprovados pelo Decreto n.º 65.881, de 16-12-69 (Universidade Federal de Pelotas).

(61) *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, pág. 144.

A substância das pessoas morais é a mesma, nos dois grandes ramos jurídicos, inexistindo subdivisões especiais próprias das entidades de direito público (62).

Os critérios distintivos das *corporações* e *fundações* são válidos para o direito público e para o privado, porquanto a estrutura das entidades é idêntica nos dois setores.

Mostra FERRARA (63) que os privatistas defenderam, antes dos publicistas, a unidade na distinção estrutural das pessoas jurídicas, mercê da extensão das categorias privatísticas, as quais, como outros conceitos e princípios, são categorias jurídicas gerais, abrangendo o direito público (64).

2.3.1. Existem os que identificam, no que tange às pessoas públicas, classes diversas das apontadas, como os que colocam em posição especial o *Estado*, distinguindo das *fundações* as *instituições* (65).

Uma outra posição é a daqueles que, embora reconheçam que a distinção entre *corporações* e *fundações* é igualmente válida para o direito público, julgam ser ela, todavia, neste ramo, irrelevante, e, até mesmo, de difícil preciação (66).

(62) Cp. FERRARA (*Teoria*, pág. 709): "Noi quindi neghiamo delle suddivisioni speciali per le persone di diritto pubblico in antitesi a quelle di diritto privato"; ANDREAS VON TUHR (*Derecho Civil*, págs. 111/2).

(63) *Ob. cit.*, pág. 723.

(64) Diz CRETELLA JÚNIOR (*Regime Jurídico das Fundações Públicas no Brasil*, *Rev. Dir. Adm.*, n.º 90, págs. 460/1): "No caso particular da *fundação*, a investigação científica exige que se atinja a *categoria fundacional* que ultrapassa, sobrepairando, as modalidades específicas de um e outro campo. A seguir o direito privado e público, trabalhando com a forma fundacional pura, poderão acrescentar-lhe os vários requisitos conotativos acessórios que a flexionarão, matizando-a, no respectivo setor... tôdas as pessoas jurídicas, quer privadas, quer públicas, se aglutinam, quanto à estrutura, em tórno de dois tipos principais: o *corporativo* e o *fundacional*".

(65) Cp. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, págs. 363 e seqs., espec. págs. 368/9 e 376/82. ANDREAS VON TUHR, à semelhança de FERRARA (v. nota acima) sinonimiza, *instituições* e *fundações públicas* (*Derecho Civil*, pág. 112), dizendo, ademais: "no se puede indicar una diferencia esencial entre las instituciones y fundaciones de derecho público. En el lenguaje común la palabra institución tiene un significado muy general, pues designa a cualquier organización que sirva a fines generales y, sobre todo, en su aspecto exterior (edificios etc.) sin consideración de la estructura de la persona jurídica que la rige. Por ejemplo, un orfanato se designa como "institución", lo mantenga una asociación, una fundación o un municipio".

(66) ENNECERUS (*Derecho Civil*, págs. 442/4) ensina que, em correlação com a distinção entre *associações* e *fundações*, do direito privado, as pessoas jurídicas de direito público podem ser divididas em *corporações* e *institutos* (*fundações*), mas que tal distinção é desprovida de importância no *ius publicum* (página 443). Cp. LÉON MICHOU, *La Théorie de la Personnalité Morale*, vol. I, págs. 224 a 227. FEDERICO CAMMEO, *Corso di Diritto Amministrativo*, pág. 403, também reconhece a distinção como extensiva ao direito público, no qual, de certa forma, porém, se esmaçaria. Enumera, todavia, da pág. 403 em diante de sua obra, as pessoas jurídicas públicas, discriminando, exatamente, as *corporações* das *fundações*. Diz VON TUHR, a propósito do direito público (*ob. cit.*,

Finalmente, FERRARA (67) aponta a existência de tipos mistos, isto é, de *corporações institucionais* e de *instituições corporativas*. Na primeira categoria, entrariam o Estado, os sindicatos, as ordens profissionais; na segunda, os institutos de previdência (68).

2.3.2. O certo é que a distinção entre *corporações* e *fundações*, geralmente aceita (69), prevalece, também, para o direito público. É de se assinalar que, se houver lei geral sobre pessoas jurídicas de direito público, poderá assumir a classificação grande importância prática. De qualquer forma, tal como ocorre com a discriminação entre *pessoas públicas* e *pessoas privadas*, as dificuldades concretas, por vezes, encontradas na classificação de determinada pessoa, não invalida a distinção.

2.3.3. Dentre as *corporações públicas*, cabe ressaltar a distinção entre *corporações territoriais* e *não-territoriais*.

As primeiras são, na objetivação de uma multiplicidade de fins, pessoas jurídicas públicas que exercem seu poder sobre determinado *território*, seja este considerado seu elemento constitutivo — como é a nossa opinião —, seja tido como campo e limite geográfico de atuação de seu *ius imperii*, e como elemento único de especificação dos associados.

É o caso do próprio Estado (União e Estados-membros), dos Municípios, dos Territórios, das províncias, das comunas. Seus membros adquirem

loc. cit., pág. 112): "A veces es muy difícil trazar la línea de demarcación entre corporación e institución, porque hay corporaciones en que los estatutos restringen tanto el poder de voluntad de sus miembros que se acercan al concepto de institución".

(67) *Le Persone Giuridiche*, págs. 104/5; *Teoria*, págs. 733 e segs.

(68) Diz FERRARA, de modo expressivo: "Nelle prime si ha il tessuto d'una vera corporazione, la quale però per la sua origine e carattere storico, o per la funzione che essa riceve dal diritto obbiettivo non appare più come il gruppo degli interessati che realizzano un interesse comune, ma bensì, come una istituzione adempiente ad uno scopo che trascende dalla loro sfera d'interessi. Questo avviene, non solo per le comunità storico-naturali, come lo Stato ed il Comune, ma anche per le corporazioni coattive, in cui si ha un inquadramento obbligatorio degli interessati in certe unioni, per il perseguimento di uno scopo che trascende il vantaggio degli individui, ma che tocca l'intera vita della società. Tali, i consorzi di bonifica, gli enti sindacali. Si può anzi dire che non esistano vere corporazioni pubbliche, ma solo corporazioni a tipo istituzionale. L'altra classe di persone giuridiche a tipo misto è quella d'istituzioni a tipo corporativo. Esse hanno la struttura istituzionale ma con questa caratteristica che l'amministrazione di esse è affidata ad un corpo elettivo scelto nel seno degli stessi destinatari, oppure che gli interessati all'istituzione debbono contribuire a lora spese per il mantenimento dell'ente. Tali sono i Consigli provinciali dell'economia, le Casse pensioni per gli impiegati od altre istituzioni di previdenza, che funzionano nell'interesse esclusivo d'una cerchia di persone, iscritte in uno speciale ruolo, che partecipano o vigilano sull'amministrazione dell'ente, e che contribuiscono con versamenti di quote o ritenute sullo stipendio o salario, a formare il capitale della istituzione".

(69) Cp. FRITZ FLEINER, *Les Principes Généraux*, págs. 71 e segs.; OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, vol. 4, pág. 263; ANDRÉ BUTTGENBACH, *Manuel*, pág. 32.

tal qualidade, exclusivamente porque nasceram, são domiciliados no respectivo território (70), enfim têm vinculação com este.

Opõem-se, como assinalamos, às *corporações públicas não-territoriais*, de capacidade específica, em que o território é, tão somente, o limite espacial de sua competência: a condição de membro decorre de outro fator, embora conjugado com o elemento territorial. Como exemplo, pode ser citada uma seção regional da Ordem dos Advogados, sendo as *ordens profissionais* exemplos típicos de corporações desta espécie (71).

TÍTULO II

O FENÔMENO DA DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

3. Na multiforme atuação do Estado Contemporâneo, a *atividade administrativa*, material ou formalmente considerada, se vê cada dia mais ampla, profunda e complexa. Daí, para a prestação dos serviços públicos e para o exercício do poder de polícia, ter tido o Poder Estatal necessidade de desenvolver-se, orgânicamente. A Administração Pública agiganta-se, pois, objetiva e subjetivamente.

O *Estado-gendarme, liberal*, contrasta com o Contemporâneo, *intervencionista*, o *Estado Bem-Estar*.

O primeiro acreditava no livre jôgo dos interesses particulares, os quais, sob os princípios da propriedade privada sagrada, da livre iniciativa, do escopo de lucro e da lei da oferta e da procura, do liberalismo econômico, enfim, se harmonizariam na resultante do bem geral. Conseqüentemente, só intervinha o Poder Público, para restabelecer tal equilíbrio, quebrado por fatores aleatórios, mas que constituiria natural conseqüência da atuação dos vários membros da coletividade. O Estado só agia no campo, então restrito, das atividades congênicas e essencialmente estatais, basicamente no exercício de sua *atividade jurídica*, de *tutela do Direito*, fundada no *poder de império* e visando à preservação das seguranças interna e externa e à distribuição da justiça; só, limitada e facultativamente, mantinha *atividade social*, pela qual visava ao bem-estar e ao progresso comunitários, através de *prestações administrativas*.

Mas a realidade político-social transformou-se. As estruturas institucionais, sociais, econômicas, técnicas, psicológicas se foram alterando, dentro da inevitável evolução histórica, e, com as mesmas, alterando-se foram os sistemas sociais.

O Estado, para assegurar, até mesmo, a sua própria sobrevivência, a ordem pública, a segurança interna e externa, que sempre foram seus objetivos mínimos, e para atingir novos escopos, que passaram a figurar na sua

(70) Cp. FERRARA, *Teoria*, págs. 418 e segs. e 733; G. JELLINEK, *Teoria General del Estado*, págs. 321 e segs.; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *ob. cit.*, págs. 386 e segs.; JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, *Regime Jurídico das Corporações Públicas no Brasil*, *Rev. Dir. Adm.*, n.º 98, págs. 1 e segs.

(71) V. bibliografia indicada na nota anterior.

teleologia, sentiu a necessidade de intervir e atuar, ampla, contínua e intencionalmente.

O equilíbrio dos interesses privados, a harmonizar-se com o público, rompeu-se. A preocupação, até então existente, de defender os indivíduos contra o Poder, substituída foi pela necessidade imperiosa de protegerem-se êste e aquêles contra os excessos liberais e os extremismos. Nos países sub-desenvolvidos, por outro lado, a carência de capitais particulares impõe a participação estatal na economia.

Passou, portanto, o Poder Público da atitude omissiva, das obrigações negativas, ao campo amplo e profundo da intervenção, das prestações positivas, da ação dinâmica coordenada, planificada.

Os redutos mais fortes do liberalismo foram sucumbindo, sob a pressão das grandes massas populacionais, a exigirem do Estado uma atuação comissiva, para lhes dar aquilo de que carecem, e para disciplinar, com todo o rigor, as atividades que são exercidas pelos particulares.

O *Estado Bem-Estar* intervém, pois, para preservar um mínimo de condições de sobrevivência da própria sociedade, buscando atenuar os inevitáveis desníveis entre indivíduos, grupos e classes, muitos dos quais sobrevivem em razão direta da atividade estatal (72).

O Estado Contemporâneo presta, portanto, mais numerosos e mais complexos *serviços públicos*, nestes transformadas muitas atividades até então entregues ao setor privado da economia, e exerce, com maior rigor e profundidade, seu *poder de polícia*.

A *ação social* do Poder Público adquiriu, tal como já o tinha sua *atividade jurídica*, o atributo da *essencialidade*, acrescentando-se aos encargos estatais *originários* ou *congênitos*, que, por sua natureza, são privativos do Estado, os *derivados* ou *adquiridos*, assumidos por êste, mercê da monopolização ou da concorrência com a atuação dos particulares.

Deu-se, por conseguinte, de um lado, a expansão dos *serviços públicos*, visando a satisfazer as chamadas necessidades coletivas, as quais, de natureza contingente, variando em número de acôrdo com as estruturas sociais de cada momento histórico, foram reconhecidas em necessidades até então atendidas pela atividade econômica particular; e de outro, ocorreu a ampliação do *poder de polícia*, que de simples expediente e proteção da segurança, tranqüilidade e salubridade públicas, se tornou o conjunto de atribuições de disciplina e restrição, em favor de interesse público adequado, dos direitos e liberdades individuais, a abranger a área dos direitos econômico-sociais (72-A).

4. Para atender à nova realidade social, o Estado teve de desdobrar-se, utilizar novas técnicas, racionalizar suas atividades.

Carece, destarte, o Poder Público de uma estrutura orgânica também mais complexa e diferenciada.

(72) Cp. CAIO TÁCITO, *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil* (Conceito e Remédios), págs. 10/1.

(72-A) Cf. CAIO TÁCITO, *Poder de Polícia e seus Limites*, *Rev. Dir. Adm.*, n.º 27, págs. 1 e segs.

Em função disso, o principal fenômeno contemporâneo, em matéria de *organização administrativa*, é o da *descentralização*. Como assinala FRITZ FLEINER (73), o Estado não mais possui o monopólio da Administração Pública.

Em função do apontado crescimento da área das atividades estatais, pela maior complexidade e número das necessidades a serem satisfeitas, e dos meios de satisfazê-las — sempre a exigirem maior perfeição técnica, pessoal mais numeroso e habilitado, vultosos capitais e, mormente, uma liberdade mais ampla de ação —, tornaram-se obsoletas e inócuas as formas clássicas de organização da Administração Pública.

4.1. *Organização* é ordenação, divisão do trabalho e distribuição do poder.

A *organização administrativa* corresponde à adoção de uma estrutura administrativa adequada ao regime dos serviços públicos e demais formas de atividade administrativa (74).

A *Administração Pública*, em sentido subjetivo ou orgânico, é, exatamente, o conjunto de órgãos que exercem a atividade administrativa. É o sujeito ativo da função administrativa. Mas não é uma *pessoa* e sim, um complexo de pessoas, as *pessoas administrativas*.

Sujeito de direitos, nas relações jurídico-administrativas, é uma das pessoas administrativas e não, a Administração Pública (75).

4.2. O próprio Estado, corporação pública, é o primeiro elemento da organização administrativa, da Administração Pública, a prestar serviços públicos e a exercer o poder de polícia. É *pessoa política, de direito constitucional*, mas é também *pessoa administrativa*, isto é, sujeito ativo da função administrativa e sujeito de relações jurídico-administrativas.

A organização administrativa intra-estatal (75-A) funda-se, basicamente, na *hierarquia*, definida como a relação de coordenação e de subordinação entre os órgãos administrativos. É o vínculo existente entre os mesmos (76).

(73) *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, pág. 67.

(74) CARLOS GARCIA OVIEDO, *Derecho Administrativo*, vol. II, pág. 39.

(75) Cp. RENATO ALESSI, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, págs. 37 e segs.; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, págs. 124 e segs. No sentido subjetivo, a expressão Administração Pública está para a função administrativa, assim como a Justiça está para a função jurisdicional e o Parlamento ou o Congresso está para a função legislativa. SEABRA FAGUNDES, *O Contrôlo dos Atos Administrativos*, pág. 39, diz: “Administração Pública é expressão de uso freqüentíssimo na terminologia do nosso direito significando o conjunto de órgãos do Poder Executivo. É equivalente a esta, e tanto ela como esta equivalem à expressão *Governo*, no sentido mais corrente”. Num sentido lato, considerando-se em toda a plenitude a atividade administrativa sob o ponto de vista material, ela abrangeria, também, os órgãos administrativos dos demais Poderes.

(75-A) O princípio é válido para cada uma das pessoas políticas e administrativas consideradas internamente.

(76) Cp. MÁRIO MASAGÃO, *Curso de Direito Administrativo*, pág. 55; ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, págs. 214 e segs.

Os órgãos da administração estatal distribuem-se em *níveis* ou *graus horizontais* e em *linhas verticais*. O *nível* ou *grau* é a situação do órgão na linha hierárquica. Há coordenação das linhas e subordinação dos graus. Já se empregou o símile da *pirâmide*: no ápice está o órgão superior, distribuindo-se os demais, pelos diversos graus, até os últimos. A pirâmide alarga-se no sentido decrescente da escala hierárquica (77).

O superior hierárquico tem, com relação aos subalternos, os poderes de *comando*, *fiscalização*, *punição*, *delegação* e *avocação* de atribuições, e *revisão*, *anulação*, *revogação*, *reforma* e *substituição das decisões* (78).

4.2.1. Os órgãos administrativos do Estado, confundidos em sua personalidade jurídica, compõem o que se denomina a *Administração Direta ou Centralizada* (79).

4.2.2. Na área federal, o Decreto-lei n.º 200, de 25-2-67 (80), art. 4.º, I, conceitua a *Administração Direta* como a parte da Administração Federal “que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios” (80-A).

No Estado da Guanabara, o § 1.º do art. 73 da Constituição Estadual, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 4, de 30-10-69, e a Lei estadual n.º 1.193, de 20-12-66 (estabeleceu diretrizes para a reorganização da administração do Poder Executivo), em seu art. 4.º, I*, tratam da Administração Direta, distribuindo a segunda, em seus arts. 5.º e 6.º, os órgãos administrativos por vários níveis hierárquicos.

4.3. Dentro da própria Administração Direta, já se pode observar um primeiro aspecto do fenômeno da descentralização administrativa: a chamada *descentralização burocrática, hierárquica, orgânica*, ou *no serviço*, também denominada de *desconcentração*. É a descentralização que se verifica dentro de uma hierarquia administrativa (81).

Os órgãos beneficiados por esta descentralização, por mais autônomos (autonomia administrativa, financeira) que sejam, não adquirem personalidade jurídica própria, confundindo-se na personalidade estatal.

4.3.1. O art. 172 e seus §§, do Decreto-lei n.º 200, de 25-2-67, com a redação que lhes deu o art. 1.º do Decreto-lei n.º 900, de 29-9-69, tratam do que denominam de *Órgãos Autônomos*, aos quais o Poder Executivo assegura

(77) MASAGÃO, *ob. cit.*, págs. 55/6; SAYAGUÉS LASO, *ob. cit.*, págs. 216/7.

(78) MASAGÃO, *ob. cit.*, págs. 56/7; SAYAGUÉS LASO, *ob. cit.*, págs. 218 e segs.

(79) Cp. RENATO ALESSI, *ob. cit.*, pág. 38. MARCELLO CAETANO, *Manual*, páginas 546/7, ao classificar os modos de gestão dos serviços públicos, intitula esta primeira hipótese como *gestão direta integrada indiferenciada ou concentrada* (v. pág. 377).

(80) Alterado pelos Decretos-leis ns. 900, de 29-9-69; 991, de 21-10-69; e 1.093, de 17-3-70.

(80-A) Ver arts. 32 a 34 do Decreto-lei n.º 200, de 1967.

(81) Cp. CARLOS DE BARROS JÚNIOR, *Compêndio*, vol. II, pág. 18; MASAGÃO, págs. 60 e segs.; LAUBADÈRE, *Traité*, págs. 94/95. MARCELLO CAETANO, *Manual*, págs. 377 e 546/7, alude a *gestão direta integrada diferenciada, autônoma ou desconcentrada*.

(*) Agora, v. art. 1.º, do Decreto-lei est. n.º 434, de 7-7-70.

autonomia administrativa e financeira, no grau conveniente. São “serviços, institutos e estabelecimentos incumbidos da execução de atividades de pesquisa ou ensino ou de caráter industrial, comercial ou agrícola, que, por suas peculiaridades de organização e funcionamento, exijam tratamento diverso do aplicável aos demais órgãos da Administração Direta, observada sempre a supervisão ministerial” (81-A).

Na Guanabara, a Lei est. n.º 263, de 24-12-62 (cuidou da reestruturação administrativa do Estado), estabeleceu, em seu art. 4.º, I, *a*, que integravam a *Administração Descentralizada* estadual, sem personalidade jurídica, “os serviços ou estabelecimentos relativamente autônomos”. Mais recentemente, a já citada Lei est. n.º 1.193, de 1966, classificou, como órgãos da *Administração Indireta, sem personalidade jurídica*, os serviços industriais ou comerciais do Estado, os quais gozam de autonomia financeira (art. 4.º, II, *b*, e § 1.º) (82)*.

A Lei 4.545, de 10-12-64, que dispôs sobre a reestruturação administrativa do Distrito Federal (Brasília), incluiu na *Administração Descentralizada da Prefeitura, sem personalidade jurídica*, “as Administrações Regionais e os serviços ou estabelecimentos relativamente autônomos” (art. 3.º, I, *a* e *b*) (82).

4.4. Dentro do fenômeno de descentralização, cumpre indicar, em seguida, a modalidade da *descentralização institucional, funcional* ou *por serviços*, pela qual o Poder Público cria novas pessoas *jurídico-administrativas*, que vão compor a pròpriamente chamada *Administração Indireta* ou *Descentralizada* (83).

4.4.1. As entidades da *Administração Indireta* ou *Descentralizada*, tôdas com personalidade jurídica, estão vinculadas à Administração Direta, através de liame que as une a um dos Ministérios, Secretarias, que sobre tais entidades exercem uma *supervisão, fiscalização* ou contròle, denominada *tutela administrativa* (art. 4.º, § 1.º, do Decreto-lei n.º 200, de 1967; art. 4.º, II, da Lei est. 1.193, de 1966; art. 1.º, I, do Decreto-lei est. n.º 383, de 27-5-1970).

O art. 19 do Decreto-lei n.º 200, de 1967, sob o título “Da Supervisão Ministerial”, estabelece que “todo e qualquer órgão da Administração Fe-

(81-A) Cp. Decreto n.º 66.580, de 15-5-70, que concede autonomia administrativa e financeira à Superintendência de Campanhas de Saúde Pública.

(82) Vê-se que as expressões *Administração Descentralizada* e *Indireta* foram empregadas pelos citados diplomas legais, para abranger, heterogênea e impròpriamente, a *descentralização burocrática* (outorga de autonomia, administrativa e financeira, sem personalização) e a da espécie que focalizaremos a seguir (fruto da personificação).

(83) Cp. ANDRÉ BUTTGENBACH, *Manuel*, págs. 110 e segs.; CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, *Compêndio*, vol. II, espec., págs. 67 e segs. A expressão *descentralização por colaboração* é utilizada, como sinônima de funcional, mas o é, também, em outro sentido, como veremos mais adiante. Verificaremos também que MARCELLO CAETANO e HELY LOPES MEIRELLES distinguem entre *Administração Descentralizada* e *Indireta*. V. CAIO TÁCITO, RDP., n.º 4, págs. 24 e segs.

(*) V. agora, art. 1.º do Decreto-lei est. n.º 434/70.

deral, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República”.

O art. 20 fixa a responsabilidade do Ministro perante o Presidente, pela supervisão que lhe cabe, e os arts. 21 (alterado pelo art. 1.º do Decreto-lei n.º 900, de 1969) e 22 cuidam dos órgãos que auxiliam os Ministros na tarefa de supervisão.

O art. 26 declara os objetivos desta, no tocante à Administração Indireta, enumerando o respectivo parágrafo único algumas medidas hábeis para a consecução daqueles. O art. 28 impõe obrigações às entidades fiscalizadas, com o fito de propiciar a supervisão.

No Estado da Guanabara, o Decreto est. N n.º 93, de 1-11-63, definiu a supervisão e o controle das Secretarias de Estado sobre os órgãos com personalidade jurídica, da Administração Descentralizada, que a elas estejam vinculados. Recentemente, o Decreto-lei est. n.º 383, de 27-5-70, em seus arts. 1.º, §§ 1.º a 4.º, 2.º e 3.º tratou da matéria.

4.4.2. A expressão *tutela administrativa*, compreensiva do *controle administrativo* (84) exercido pela Administração Direta sobre os órgãos da Descentralizada, é combatida (85). É, todavia, expressão consagrada (85-A), embora, como tenhamos visto, substituída, na legislação, pelo termo *supervisão*, que, conforme foi indicado, abrange, igualmente, porém, o controle hierárquico, dentro da Administração Direta.

4.4.3. MARCELLO CAETANO (86) define a *tutela administrativa* como “o poder conferido ao órgão de uma pessoa coletiva de intervir na gestão de outra pessoa coletiva autônoma, autorizando, ou aprovando os seus atos, suprimindo a omissão de seus deveres legais ou fiscalizando os seus serviços, no intuito de coordenar os interesses próprios da tutelada com os interesses mais amplos representados pelo órgão tutelar”.

Constitui objetivo da tutela salvaguardar o *interesse geral* contra os eventuais excessos dos órgãos descentralizados. Situa-se, como forma de *controle estatal*, entre o hierárquico da Administração Direta, e a fiscalização de polícia sobre atividades particulares.

Em princípio, uma parte da atividade do ente tutelado fica isenta do controle do órgão fiscalizador. “Os poderes de tutela administrativa”, ensina

(84) Cp. CRETILLA JÚNIOR, *Definição da Tutela Administrativa*, in *Rev. Dir. Adm.*, n.º 96, págs. 28 e segs.; ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité*, págs. 90 e segs.

(85) A. NOGUEIRA DE SÁ (*Do Controle Administrativo sobre as Autarquias*, pág. 95) afirma: “Nem seria necessário dizer que a terminologia técnica de uma ciência não comporta o uso de um mesmo vocábulo com dois sentidos, um irreduzível a outro. E é o que se verifica na espécie, pois o princípio autônômico, que é da essência do instituto, repele, em absoluto, o poder em que se traduz a tutela, conferido a alguém, em virtude de lei, para proteger a pessoa a reger os bens do menor que está fora da ação do pátrio poder”.

(85-A) A expressão é empregada em francês — *tutelle administrative* —; cf. WALINE, *Traité*, pág. 423; em espanhol — *tutela administrativa* —; cf. MANUEL MARIA DIEZ, *Derecho Administrativo*, vol. II, pág. 107; em Portugal, cf. MARCELLO CAETANO, *Manual*, pág. 170.

(86) *Manual*, págs. 170 e segs.

CAETANO (87), “não se presumem. Os atos de uma pessoa coletiva só estão sujeitos à tutela nos termos expressamente fixados na lei, isto é, apenas os atos que a lei dispuser, pela forma e para os efeitos nela estabelecidos e pelos órgãos aí designados”. São, pois, as normas de tutela, de interpretação restritiva.

É importante assinalar, no entanto, que, no direito brasileiro, os expedientes e instrumentos tutelares têm-se aproximado dos componentes do controle hierárquico, como se vê pelos dispositivos sobre a matéria, anteriormente indicados.

A tutela abrange aspectos de *legalidade* e de *mérito* da atividade do órgão descentralizado, incluindo o chamado *recurso hierárquico externo* ou *impróprio* (87-A) e, até mesmo, a intervenção na pessoa jurídica controlada (87-B).

A tutela pode revestir a modalidade *corretiva* (*preventiva* ou *a priori*, por meio da *autorização*; *concomitante*; e *sucessiva* ou *a posteriori*, por meio da *aprovação* ou *desaprovação*); *inspectiva* (ou de *fiscalização*); *repressiva*; *substitutiva* ou *supletiva*, e *regulamentar* (88).

4.4.3.1. Ao contrário das *pessoas físicas*, que podem exercer sua atividade em tôdas as direções, sem estarem submetidas a fins determinados, as *pessoas jurídicas* são constituídas e têm de operar sob o império do princípio da *especialidade* (88-A).

Em decorrência, há uma limitação consistente no dever de só exercerem seus órgãos os poderes funcionais, para alcançar os fins determinados, sob pena de atuarem *ultra vires*.

Claro é que o princípio da *especialidade* não impede a prática de atos acessórios ou instrumentais da gestão da pessoa jurídica nem os compreendidos na esfera jurídica das pessoas coletivas em geral (88-B).

Quando se trata de fundações, o princípio é especialmente relevante, dado que o *fin* é um de seus elementos essenciais.

Em matéria de pessoas criadas pelo Poder Público, dentro do fenômeno da *descentralização administrativa por serviço*, a questão assume importância fundamental.

As criaturas do Estado não são duplicatas suas e a competência das autoridades e dos agentes administrativos completa-se com o conceito de *finalidade*, elemento a que corresponde o vício do *desvio de poder* (88-C).

(87) *Manual*, pág. 172.

(87-A) Cp. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, páginas 290/1.

(87-B) V. art. 26, parágrafo único, letra *i*, do Decreto-lei n.º 200, de 1967; art. 1.º, § 3.º, *i*, do Decreto-lei est. n.º 383, de 27-5-70.

(88) CAETANO, *ob. cit.*, págs. 171/2.

(88-A) Cp. LOUIS JOSSEMAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, vol. 1, pág. 385; HENRI DE PAGE, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, tomo 1.º pág. 570; HENRI CAPITANT, *Introduction à l'Étude du Droit Civil*, págs. 204 e segs.

(88-B) Cf. MARCELLO CAETANO, *Das fundações*.

(88-C) V. art. 2.º, parágrafo único, letra *e*, da Lei n.º 4.717, de 29-6-65. Cp. CAIO TÁCITO, *Desvio de Poder em Matéria Administrativa*; *Desvio de Poder, Repertório Enciclopédico*, n.º 16, pags. 93/107; CRETILLA JÚNIOR, *Princípios Informativos de Direito Administrativo*, *Rev. Dir. Min. Pb.*, GB, n.º 6, págs. 103 e segs. V. n.º 4.4.5.9.

4.4.4. As *peças administrativas*, criadas pelo Poder Público, isoladamente ou em conjugação com particulares, são de *direito público* ou de *direito privado*, e qualquer uma das duas espécies, de *estrutura corporativa* ou *fundacional* (89).

4.4.5. No direito brasileiro, as *peças administrativas* de *direito público não-territoriais* recebem o nome genérico de *autarquias*, sejam *corporações públicas*, sejam *fundações públicas* (89-A).

As *autarquias* (89-B) são, portanto, pessoas jurídicas administrativas de direito público, tal como o Estado, mas com este não se confundem, nem dêle são duplicatas, porquanto criadas por ato legislativo formal com especialização de fins.

O art. 4.º, II, *a*, do Decreto-lei n.º 200, de 1967, o art. 4.º, II, *a*, 1*, da Lei est. n.º 1.193, de 1966, e o art. 1.º, II, *a*, do Decreto-lei est. 383, de 1970, colocam-nas como entidades da Administração Indireta (89-C). O ar-

(89) A expressão *descentralização institucional* não significa que ela se opere, sempre, através de *instituições* ou *fundações*: a característica comum é a *personificação*. Por outro lado, distingue-se da *descentralização territorial*, focalizada mais adiante.

(89-A) No Direito Francês, as *peças jurídico-administrativas* de *direito público não-territoriais* são os *estabelecimentos públicos* (cp. LAUBADÈRE, *Traité*, pág. 169). Como acentuam, porém, os administrativistas franceses, hoje já não mais se pode afirmar que as *peças morais* de direito público, na França, sejam, apenas, as *peças territoriais* (departamentos e comunas) e os estabelecimentos públicos: como *peças morais* especiais de direito público o Conselho de Estado reconheceu, também, os *serviços públicos de economia dirigida* e as *ordens profissionais* (LAUBADÈRE, *Traité*, pág. 174). Sobre *ordens profissionais*, no Direito Francês, v. MARCEL WALINE, *Droit Administratif*, págs. 415 e segs. O problema que os autores gauleses focalizam, é o da distinção entre os *estabelecimentos públicos* e os de *utilidade pública*, êstes, entidades particulares que se encarregam da satisfação de necessidades de interesse geral (JÈZE, *Princípios*, págs. 41 e segs.).

(89-B) O vocábulo *autarquia*, segundo ANTENOR NASCENTES (*Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, 1932, Rio, pág. 84), provém do grego *autárchia*, poder absoluto. FEDERICO CAMMEO, *Corso*, pág. 393, nota *a*, diz que "la parola autarchia in italiano ha due significati". CARLOS DE BARROS JÚNIOR (*Compêndio*, vol. II, pág. 81) explica: "A palavra na grafia atual única, corresponde a dois sentidos que advêm de diverso étimo. Pode significar auto-suficiência, bastar-se a si mesmo, aplicável a um Estado, sistema econômico ou entidades. É sentido que se lhe dá em Economia Política. Mas pode ter também, pela sua origem aludida, o significado de auto-administração, capacidade de dirigir-se por si, que é o reservado ao Direito Administrativo e que se aplica à noção de autarquia em tema de descentralização". V. T. CAVALCANTI, *Tratado*, vol. II, págs. 164/5. A *autarquia* é conceito administrativo: auto-administração; a *autonomia* pode ter conceito político: legislar para si e auto-administrar-se (é o caso dos nossos Municípios, que não são, porém, Estados, por não terem capacidade de auto-organização). Usa-se, também, o termo *autonomia* para abranger os aspectos financeiro, técnico, disciplinar.

(*) Agora, art. 4.º, II, 1 (v. Dec.-lei est. n.º 434/70).

(89-C) MARCELLO CAETANO (*Manual*, págs. 546/7) e HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, págs. 280/2, e *Rev. Dir. Adm.*, n.º 68, páginas 18/9) classificam as autarquias como *administração direta descentralizada* ou *personificada*. Diz HELY: "O serviço autárquico é *direto* e *próprio* do Estado, porque a autarquia é um prolongamento do Poder Público. Não recebe atri-

tigo 5.º, I, do primeiro e o último dispositivo citado assim as definem: “O serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada” (90).

4.4.5.1. O Código Civil Brasileiro, ao enumerar pessoas jurídicas de direito público interno, em seu art. 14, não aludiu às *autarquias*, mas tal fato não impediu o reconhecimento da sua verdadeira natureza, não obstante opiniões em contrário (91). A enumeração não é, pois, taxativa, e, atualmente, o Decreto-lei federal n.º 200, de 1967, e diplomas legais estaduais expressamente caracterizam a autarquia como pessoa jurídica de direito público.

4.4.5.2. Diz CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (92) que “se considerarmos as pessoas públicas exclusivamente administrativas — autarquias

buições estatais por delegação, mas por via institucional. Executa o serviço público diretamente e *in nomine proprio*”.

(90) Anteriormente, outras leis tinham definido a *autarquia*. Assim, o Decreto-lei n.º 6.016, de 22-11-43, estatuiu em seu art. 2.º: “Considera-se autarquia, para efeito deste decreto-lei, o serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei”. É o conceito clássico de autarquia, no Direito Brasileiro. Já as Leis ns. 830, de 23-9-49, sobre o Tribunal de Contas da União, e 4.717, de 29-6-65, sobre a ação popular, na preocupação da defesa do erário público, ampliaram, sem técnica, o conceito de entidades autárquicas. A Lei 830 (art. 139) assim dispôs: “Consideram-se entidades autárquicas: a) o serviço estatal descentralizado com personalidade jurídica, custeado mediante orçamento próprio independente do orçamento geral; b) as demais pessoas jurídicas especialmente instituídas por lei, para execução de serviços de interesse público ou social, custeados por tributos de qualquer natureza ou por outros recursos oriundos do Tesouro”. A Lei 4.717 (art. 20) ainda mais imprópriamente estabeleceu: “Para os fins desta Lei, consideram-se entidades autárquicas: a) o serviço estatal descentralizado com personalidade jurídica, custeado mediante orçamento próprio, independente do orçamento geral; b) as pessoas jurídicas especialmente instituídas por lei, para a execução de serviços de interesse público ou social, custeados por tributos de qualquer natureza, ou por outros recursos oriundos do Tesouro Público; c) as entidades de direito público ou privado a que a lei tiver atribuído competência para receber e aplicar contribuições parafiscais”. Cp., ainda, art. 157 do Código de Contabilidade Pública da Guanabara, aprovado pela Lei mun. n.º 899, de 28-11-57; art. 1.º, parágrafo único, da Lei gaúcha n.º 4.478, de janeiro de 1963; para o direito paulista, v. GERALDO ATALIBA, *Contrôle das Autarquias, in Rev. Dir. Pb.*, n.º 1, págs. 70 e segs.

(91) Cp. THEMISTOCLES CAVALCANTI, *Tratado*, vol. II, pgs. 110 e segs.; *Curso*, págs. 256 e segs.; OSCAR SARAIVA, *Estudos*, pág. 12. Já na elaboração do Código Civil, parecer da Faculdade Livre de Direito de Minas Gerais (*Código Civil*, de FERREIRA COELHO, vol. V, págs. 64/65) dizia: “A letra c contém disposição muito restrita, pois nega, com desvantagem para a pública administração, personalidade jurídica a outras circunscrições administrativas que os Estados podem criar, além dos municípios, como sejam cantões e departamentos, como sejam os distritos existentes no Estado de Minas Gerais. Convém, pois, acrescentar ao artigo o seguinte: “d) cada uma das subdivisões dos Estados e dos municípios que, constituída uma unidade administrativa, tenha autonomia em tudo quanto respeita ao seu peculiar interesse”.

(92) *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, pág. 369.

— verifica-se, pois, que se apresentam, tal como no direito privado, divididas em dois tipos no que tange a seus substratos estruturais: autarquias fundacionais e autarquias corporativas”.

A maior parte das autarquias brasileiras é constituída de *fundações públicas* ou *instituições* (93). É o caso do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, Universidades Federais como a Rural do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul (94). Na Guanabara, a Superintendência de Serviços Médicos (95).

Em tôdas encontramos os elementos estruturais básicos da fundação: o fim, o patrimônio, a organização e a ausência de membros ou sócios.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (95-A) diz, com absoluta propriedade, que “a Fundação Pública, isto é, a fundação que é pessoa de direito público, é espécie do gênero autarquia... Autarquia, pois, é expressão ampla que abrange todos os seres de direito público, seres que perseguem atividades de interesse estatal. Ser autárquico é consequência do caráter público de uma pessoa jurídica... Vê-se que o termo autarquia é reservado para designar tôdas as pessoas jurídicas de direito público interno, indistintamente, com exceção, apenas, da União, dos Estados e Municípios, cuja capacidade é ainda mais ampla (95-B). Com efeito, o estabelecimento público e a fundação, essencialmente, são patrimônios afetados a um serviço público determinado. Ambos carecem da base associativa específica das corporações, outra variedade de ente autárquico. Excetuadas, entre nós, as corporações profissionais, tôdas as autarquias administrativas no direito brasileiro têm o caráter de patrimônio afetado a um serviço público determinado” (95-C).

Assinalando a natureza fundacional de estabelecimentos públicos, afirma ANDRÉ BUTTGENBACH (96): “Des personnes de droit public peuvent, du point de vue théorique et de leur structure organique, être divisées en deux catégories: les “collectivités — personnes publiques”, — (groupements et associations) — et les “établissements-personnes publiques”, ou fondations... Les “établissements — personnes publiques” diffèrent des précédentes en ce qu’ils ne sont *pas de groupements*. Ils sont l’oeuvre de collectivités publiques préexistantes, — État, provinces et communes, — qui jouent à leur égard le rôle de fondateur. La *fondation publique* n’est autre chose que l’affectation par une personne publique d’un patrimoine à un service public personnalisé... Ici, la *personnalité juridique*, — c’est-à-dire le fait que l’établissement est considéré comme une personne, — *résulte de l’uti-*

(93) HELY (*Dir. Adm.*, págs. 313/4; *Rev. Dir. Adm.*, n.º 68, pág. 46) é contra a identificação de autarquias fundacionais e contra a expressão *fundações públicas*. Esta é, por vêzes, empregada como sinônimo de *fundações instituídas pelo Poder Público*, abrangendo as de direito privado. Preferimos utilizá-la no sentido do texto.

(94) V. Lei n.º 4.504, de 30-11-64; Decretos ns. 66.281, de 27-2-70; espec. arts. 95 a 109; e 66.355, de 20-3-70, espec. arts. 77 a 91.

(95) V. Lei est. n.º 279, de 28-12-62.

(95-A) *Fundações públicas*, parecer in *Rev. dos Tribs.* n.º 338, págs. 72 e segs. V. RDP, n.º 1, pág. 115; *Rev. Dir. Adm.*, n.º 85, pág. 344.

(95-B) Acrescentamos à enumeração os Territórios.

(95-C) Há as corporações de produção, como veremos adiante.

(96) *Manuel*, págs. 32/3.

lité sociale du but à atteindre, — le service public, — et du fait que la possession d'un patrimoine, spécialement affecté à l'établissement..." (97).

OTTO MAYER (98), tratando dos *establecimientos públicos*, afirma que se usa também, para tais pessoas jurídicas, a expressão *fundações públicas*, o que lhes assinala a característica peculiar de ter como *base* ou *substrato* um patrimônio, diferentemente das *corporações* e *associações*, que se fundam num grupo de pessoas (99).

FRITZ FLEINER (100) sustenta: "Mais, en outre, d'autres tâches administratives importantes sont assurées par des établissements autonomes de droit public, pourvus de la personnalité juridique. Ces établissements sont créés par la volonté de l'État ou d'une commune. Cette volonté partielle est constituée par l'ordre juridique en entité indépendante et élevée au rang de *spiritus rector* de l'établissement ou — ce qui est équivalent — de la fondation de droit public et de son patrimoine."

Doutrina GASTON JÈZE (101): "Se dice entonces que existe *establecimiento público* o también que tal servicio público ha sido *personalizado*. La personalización de un servicio público determinado es, pues, un procedimiento jurídico consistente en la *afectación de ingresos al conjunto de los gastos de un servicio público, afectación general y permanente, que lleva implícita su exclusión de un patrimonio general...* sino que además se organizará, a título *permanente*, un nuevo patrimonio administrativo, distinto de los patrimonios generales (Estado, departamentos, municipios, colonias). Sobre este patrimonio *especial* pesarán las deudas ocasionadas por la gestión del servicio público, y a él pertenecerán en propiedad las rentas que se le asignen en estas condiciones... Por consiguiente, se reconoce el establecimiento público por un doble carácter: 1.º — hay un *servicio público*; 2.º — hay un *patrimonio propio* afectado a los gastos de este servicio".

4.4.5.3. Não assiste, pois, razão a RUI CIRNE LIMA (102), quando sustenta a distinção entre *fundação* e *estabelecimento público*. Diz: "Três formas estruturais da personalidade jurídica depara-nos o nosso Direito Administrativo: a corporação, a fundação e o estabelecimento público... O

(97) À pág. 147, BUTTGENBACH define a *fundação pública* como a afetação realizada por autoridades públicas, de um patrimônio especial, juridicamente distinto do patrimônio geral, do poder criador, a um serviço público que, para a gestão de tal patrimônio e a realização de seu objetivo, é dotado de autonomia orgânica e técnica, sob a tutela e o controle do citado poder. Assinala, ainda, o mesmo autor que, em 1944, o Instituto Belga de Ciências Administrativas adotava definição análoga, em que se acentuava a natureza fundacional de tais estabelecimentos.

(98) *Derecho Administrativo Alemán*, vol. 4, pág. 263.

(99) Cita MAYER, em nota de rodapé, a assertiva de SARTORIUS (*Wörterbuch*, Erg. Bd., II, pág. 279), de que a distinção entre fundações e estabelecimentos carece de importância jurídica. Combate, outrossim, a posição de ROSIN, que só admite o termo *fundação* no campo do direito civil, quando afirma que os estabelecimentos deste ramo jurídico são as fundações (*Oeff. Gen.*, págs. 21 e 48): mostra OTTO MAYER que o próprio uso idiomático se opõe a tal restrição.

(100) *Les Principes*, págs. 71 e segs.

(101) *Principios Generales de Derecho Administrativo*, tomo II, págs. 29/30.

(102) *Principios*, pág. 66.

estabelecimento público, à sua vez, é o serviço público, a que se reconhece personalidade jurídica. Não é uma corporação, por isso que lhe faltam associados ou membros. Não é tampouco uma fundação pura e simples, por isso que a sua personificação se não explica meramente pelo propósito de dar destino a um patrimônio. No estabelecimento público, bem ao contrário, a personificação é antes necessitada pelas exigências da divisão do trabalho, na realização da tarefa estatal, a fim de que o Estado, graças à desagregação de alguns de seus serviços públicos, possa, com menor esforço ou dispêndio, imprimir-lhes à execução maior eficiência”.

Parece-nos que se dizer que a personificação é do *serviço público*, nada mais é do que se declarar, com outras palavras, que se personaliza um conjunto de elementos materiais a serem utilizados em fim específico de interesse público.

Com efeito, a expressão *serviço público* é, no particular, evidentemente tomada em seu sentido de *organização*, isto é, de bens geridos por pessoas, para desempenho de certas funções e atribuições. Do contrário, cair-se-ia no ilogismo de personificar-se a *atividade* em si mesma, se considerada a expressão em seu significado *funcional*.

Outrossim, pôr-se a tônica no aspecto da *divisão do trabalho*, é, tão somente, dar-se ênfase a uma das faces da moeda: quando o Estado cria uma corporação ou uma fundação, pública ou privada, está outorgando a uma outra pessoa jurídica encargo que, em princípio, lhe caberia.

É de se assinalar, finalmente, que CIRNE LIMA reconhece expressamente: “Denota, não obstante, o estabelecimento público um tipo de personalidade, aproximado do da fundação” (103).

Na realidade, o *estabelecimento público* é a *fundação* de direito público (104).

4.4.5.4. Há outros que são, em princípio, contrários à identificação da estrutura fundacional nas autarquias, embora também reconheçam semelhanças entre as fundações e estas. Diz THEMISTOCLES CAVALCANTI (105): “Não há necessidade, portanto, a nosso ver, de recorrer à figura da fundação para explicar a natureza jurídica das autarquias, embora nelas se encontrem numerosos elementos que, em doutrina, servem de traço característico às fundações, notadamente a inexistência de associados e a determinação de seu fim pelo instituidor...”

4.4.5.5. É de se assinalar que, dada a inegável índole fundacional de certas autarquias, estas ostentam, em seu nome, o termo *Fundação*, o que evidencia sua natureza estrutural.

(103) *Ob. cit.*, loc. cit.

(104) A citação que faz CIRNE LIMA dos arts. 22 e 30 do Código Civil, para demonstrar que “no nosso direito positivo não se confundem estabelecimento público e fundação”, nada evidencia neste sentido. Como sustenta SEABRA FAGUNDES (*Rev. Dir. Adm.*, n.º 78, págs. 8 e 9), “não nos parece... que os elaboradores do Código, ao usar das locuções *estabelecimentos públicos* e *instituições públicas*, tivessem tido em vista entidades juridicamente autônomas, isto é, personizadas e destacadas da administração central...” Cp. LACERDA DE ALMEIDA, *Das Pessoas Jurídicas*, pág. 67.

(105) *Tratado*, vol. II, pág. 136.

É o caso da *Fundação Leão XIII*, do Estado da Guanabara, e da extinta *Fundação Serviço Social Rural* (106).

4.4.5.6. Como *autarquias de estrutura corporativa* podem ser apontadas as *ordens profissionais*, como a Ordem dos Advogados do Brasil (107), Conselhos Federais e Regionais de Medicina (108), de Química (109), de Odontologia (110), dos Corretores de Imóveis (111), de Farmácia (112) e outras (113).

(106) Para a primeira, v. Decreto fed. n.º 22.498, de 22-1-47; Decr. mun. n.º 8.797, de 8-2-47; art. 1.º do Decreto est. N n.º 25, de 15-7-63; Portaria "E CFL", n.º 18, de 19-11-69; para a segunda, Lei 2.613, de 29-9-58. V. nota n.º 191. Sôbre a Fundação Leão XIII, cf. voto do Ministro JOÃO LYRA FILHO, publicado em apêndice a seu trabalho *Regime de Contrôlo das Empresas Públicas*, págs. 135 e segs.

(107) Cp. Decreto n.º 19.408, de 18-11-30; Decreto n.º 22.478, de 20-2-33; Lei n.º 4.215, de 27-4-63. É bem verdade que o § 1.º do art. 139 dêste último diploma estabelece que "não se aplicam à Ordem as disposições legais referentes às autarquias ou entidades paraestatais". Mas êste dispositivo deve ser entendido, tendo-se em vista seus antecedentes, principalmente o problema relativo à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União, segundo o entendimento de que, embora pessoa jurídica de direito público, serviço público federal, como não lidava com dinheiros públicos, não estaria sujeita àquela exigência, não se enquadrando entre as autarquias administrativas comuns. Cp., decisão do Tribunal de Contas, in *Rev. Dir. Adm.*, n.º 19, pág. 186; parecer de DARIO DE ALMEIDA MAGALHÃES, in *Rev. Dir. Adm.*, n.º 20, págs. 340 e segs.; decisões do *Tribunal Federal de Recursos*, in *Rev. Dir. Adm.*, n.º 29, págs. 124 e segs.; e n.º 33, págs. 222 e segs. Mais recentemente, surgiu a questão relativa à vinculação da Ordem ao Ministério do Trabalho, determinada pelo Decreto n.º 60.900, de 26-6-67 (art. 1.º, IX, 9), considerado "ilegal" e, conseqüentemente, "nulo, no particular" pelo Consultor-Geral da República, em parecer de 27-9-68, publ. no *D. Of.* da União, de 21-10-68, fls. 9.217/8. Diz: "Não há, pois, o que discutir: considere-se, ou não, a Ordem como autarquia, as disposições legais referentes a esta não se lhe aplicam... A discussão, portanto, a essa altura, se reveste, apenas, de interesse acadêmico". Que a Ordem é uma autarquia parece-nos inegável: é serviço público com personalidade jurídica de direito público, exercendo relevante parcela do poder de polícia administrativo, a polícia das profissões, e enquadrando-se, com perfeição, no conceito contido no art. 4.º, I, do Decreto-lei n.º 200, de 1967. Ademais, as outras ordens profissionais são expressamente declaradas por lei como autarquias. E a discussão não tem sabor meramente teórico, dado o disposto no art. 70, § 5.º, da Const. Federal. É verdade que, como já vimos, no Direito Francês se distingue entre o estabelecimento público e as ordens profissionais como espécies de pessoas morais de direito público. Mas o termo *autarquia* no Direito Brasileiro, por força mesma do art. 4.º, I, do Decreto-lei n.º 200, de 1967, abrange tôdas as pessoas de direito público que constituem serviços públicos, do ponto de vista orgânico. Cp. CRETELLA JÚNIOR, *Corporações Públicas*, *Rev. Dir. Adm.*, n.º 98, págs. 11/2.

(108) Decreto-lei n.º 7.955, de 13-9-45; Lei n.º 3.268, de 30-9-57; e Decreto n.º 44.045, de 19-7-58.

(109) V. Lei n.º 2.800, de 18-6-56.

(110) V. Lei n.º 4.324, de 14-4-64.

(111) V. Lei n.º 4.116, de 27-8-62.

(112) V. Lei n.º 3.820, de 11-11-60.

(113) É interessante notar que tais autarquias assumem, outrossim, a forma federativa. Cf. art. 1.º da Lei n.º 4.215, de 1963.

A natureza de corporações públicas (114) evidencia-se pela criação e determinação estatal de sua constituição (115), pela compulsoriedade de filiação como pressuposto da legitimidade do exercício profissional; pela escolha dos dirigentes por seus membros (116); pela cobrança de contribuições parafiscais de seus membros, o que constitui, basicamente, sua fonte de recursos; pelo *ius imperii* que possuem, sob a forma de poder de polícia das profissões.

ANDRÉ BUTTGENBACH (116-A) assinala, com propriedade, a posição das *corporações profissionais* entre as *associações de direito público*, isto é, "organismos públicos personalizados que se constituíram segundo o *procedimento jurídico da associação* e não, pelo da fundação". Diz êle (116-B): "L'objectif poursuivi est essentiellement l'établissement de règles de déontologie professionnelle et d'organisation normale de la profession par des associations représentatives des intéressés mais ayant un caractère obligatoire et public. L'existence d'un patrimoine propre, uniquement destiné à couvrir des frais de fonctionnement, n'est reconnu dans ce cas que pour des raisons d'opportunité et n'a qu'un caractère secondaire et accessoire. Les divers ordres professionnelles en cause correspondent mieux à la notion d'*association de droit public*" qu'à celle d'établissement public".

4.4.5.7. Identificam-se, igualmente, como *corporações autárquicas* as chamadas *corporações de produção*, que, na defesa de interesses comuns, reúnem industriais e comerciantes de determinado produto. São exemplos o *Instituto Nacional do Mate*, o *Instituto Nacional do Pinho* (117).

4.4.5.8. É oportuno lembrar a opinião de FERRARA, acima focalizada, de que as corporações públicas seriam, na realidade, tipos mistos de *peças jurídicas*, ou seja, *corporações de tipo institucional*.

4.4.5.9. A descentralização administrativa que estamos focalizando é a *descentralização institucional, técnica, especial ou por serviços*. Há, porém, uma outra espécie, que é a *descentralização territorial* que, segundo BUTTGENBACH (118), "consiste à *confier à des autorités publiques régionales ou lo-*

(114) HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo*, pág. 302) esclarece que prefere "a expressão *autarquias profissionais* à usual *autarquias corporativas*, porque o sistema corporativo é incompatível com o nosso regime constitucional". Ora, o termo corporativo pode e deve no particular, ser empregado por oposição a *fundacional*.

(115) Cp. art. 20, da Lei n.º 4.116, de 1962; arts. 36 e 37, da Lei n.º 3.820, de 1960; art. 25 da Lei n.º 4.324, de 1964; art. 36 da Lei n.º 2.800, de 18-6-56; art. 12, do Decreto-lei n.º 7.955, de 1945.

(116) A Lei n.º 3.268, de 1957, determinou (art. 4.º, parágrafo único) que uma parte dos componentes do Conselho Federal seja escolhida pela Associação Médica Brasileira.

(116-A) *Manuel de Droit Administratif*, págs. 161 e 168 e segs.

(116-B) *Ob. cit.*, pág. 175.

(117) V., respectivamente, Decreto-lei n.º 375, de 13-4-38, e Decreto-lei número 3.124, de 19-3-41. Cp. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Natureza Jurídica*, pág. 369; CRETILLA JÚNIOR, *Corporações Públicas*, *Rev. Dir. Adm.*, n.º 98, págs. 11/2.

(118) *Ob. cit.*, pág. 105.

cales, autonomes vis-à-vis du pouvoir central, la gestion de l'ensemble des intérêts régionaux et locaux, et à leur reconnaître le droit de créer à cet effet, les services publics qu'elles jugent nécessaires". Em função dela nascem *peessoas jurídicas públicas territoriais, corporações públicas* (118-A), assunto já versado acima. As pessoas jurídicas derivadas da descentralização territorial são também chamadas de *autarquias territoriais* (118-B), de que são exemplos as províncias, as regiões, as comunas (118-C). São, pois, diversas das *autarquias institucionais*, derivadas da descentralização por serviços.

Acentua LAUBADÈRE (119) que a *descentralização territorial* realiza "l'autonomie de la collectivité décentralisée dans le cadre d'une circonscription locale".

É sabida a importância, para as *peessoas territoriais*, do *território*, sobre o qual exerce uma diversidade de poderes e presta múltiplos serviços públicos. Ao contrário, as *peessoas administrativas institucionais* (120) são dominadas pelo já visto princípio da especialidade, em caráter estrito, sendo-lhe o território, tão somente, limite de competência (120-A e B).

A *descentralização regional*, como diz GABINO FRAGA (121), "consiste en el establecimiento de una organización administrativa destinada a manejar los intereses colectivos que corresponden a la población radicada en una determinada circunscripción territorial".

Na *administração territorial*, os órgãos cuja competência se estende a todo o território considerado, compõem a *administração central*; aqueles cuja jurisdição é limitada a uma porção daquele, constituem a *administração local* (122).

A *descentralização territorial* é também chamada, por alguns, de *descentralização política* (123). Preferimos, todavia, empregar a expressão para

(118-A) Cp. CRETILLA JÚNIOR, *Corporações Públicas*, *Rev. Dir. Adm.*, n.º 98, págs. 10 e segs.; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Natureza e Regime*, páginas 386 e segs.; HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo*, pág. 282.

(118-B) V. RENATO ALESSI, *Sistema Istituzionale*, págs. 151 e segs.

(118-C) É interessante assinalar-se a experiência de descentralização regional sem outorga de personalidade jurídica, através das chamadas *regiões administrativas*, posta em prática pelo Estado da Guanabara (v. Decreto est. N.º 535, de 10-1-60; ofício-circular GGG n.º 105, de 7-2-66, do Governador do Estado, in *D. Of. GB*, de 10-2-66, fls. 1.895) e pelo Distrito Federal (v. arts. 3.º, I, a, e 9 a 11, da Lei n.º 4.545, de 10-12-64).

(119) *Traité*, págs. 96/97.

(120) O termo está relacionado com o tipo de descentralização, e não com o elemento estrutural, já que podem ter substrato corporativo ou fundacional.

(120-A) As *descentralizações administrativas por serviço e territorial* podem coexistir (mercê da criação de pessoas administrativas institucionais na administração central e nas locais), ou não. Cp. BUTTGENBACH, ob. cit., pág. 112.

(120-B) Nem sempre a competência *ratione loci* da autarquia institucional abrange todo o território da pessoa política que a criou: daí, poder falar-se em *peessoas administrativas não-territoriais regionais*. É o caso da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste — SUDENE (v. Lei n.º 3.692, de 15-12-59, art. 1.º, §§ 1.º, 2.º e 3.º).

(121) *Derecho Administrativo*, pág. 208.

(122) Cp. MARCELLO CAETANO, *Manual*, pág. 378.

(123) Cp. CARLOS DE BARROS JÚNIOR, *Compêndio*, págs. 19 e 57 e segs.;

designar aquela descentralização que decorre da forma de Estado. Destarte, o *federalismo* opera a *descentralização política*, ou, mais exatamente, *político-jurídica* (124).

É claro que a *descentralização federal*, como apontam BUTTGENBACH (125) e LAUBADÈRE (126), difere, por sua própria natureza, da simples *descentralização administrativa territorial*, sendo muito mais ampla e profunda. Não se pode negar, porém, que, considerado o Estado Federal como um todo, a federação leva à *descentralização administrativa territorial* (127), sob a forma de *descentralização constitucional* (128).

4.4.5.10. No Brasil, encontramos a *descentralização política federativa e constitucional*, ao lado da *descentralização por serviços*.

Daí, existirem os Estados-membros, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios (129), tôdas *pessoas jurídicas de direito público de natureza corporativa*, ou, segundo FERRARA, *corporações de tipo institucional*.

Quanto aos Territórios, lavram, no entanto, grandes divergências.

Há os que chegam a negar-lhes personalidade jurídica (130), o que,

MÁRIO MASAGÃO, *Curso*, págs. 64 e segs. Sobre a noção equívoca de *descentralização política*, v. BUTTGENBACH, *Droit Administratif*, págs. 102/3.

(124) V. BUTTGENBACH, *ob. cit.*, págs. 103 e segs.

(125) *Ob. cit.*, págs. 104/5.

(126) *Traité*, págs. 95/6.

(127) Cumpre observar que a forma federativa pode repercutir na descentralização institucional de dois modos interessantes: há complexos de autarquias federais organizadas sob a forma federativa, como é o caso da OAB, conforme já acentuamos; outrossim, há complexos constituídos por uma autarquia federal e outras locais, para atenderem à mesma matéria, havendo delegação, muitas vezes, da primeira em relação às segundas, como é o caso do Instituto Nacional de Pesos e Medidas e dos mantidos pelos Governos estaduais (v. Decreto-lei n.º 240, de 28-2-67).

(128) Cp. BUTTGENBACH, *ob. cit.*, pág. 105. A descentralização administrativa territorial não decorrente da federação pode ser constitucional, se prevista na Carta Magna (cp. arts. 72 e segs. da Const. Francesa de 1958). A própria descentralização administrativa institucional pode ter sido consagrada pela Constituição. A Carta Federal Brasileira consagra a existência da *administração indireta em geral* (cf. art. 62) e, em especial, das *autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista* (cf. art. 99, § 2.º). A Const. da Guanabara alude a todos os órgãos personalizados da Administração Indireta, inclusive às *fundações instituídas* pelo Poder Público, aos quais compete, juntamente com a Administração Direta, a prestação dos serviços públicos essenciais (art. 73, § 1.º).

(129) Art. 1.º e respectivo § 3.º da Const. Federal.

(130) Cp. SEABRA FAGUNDES, *O Contrôlo*, pág. 380, n.º 134: "Os Territórios carecem de personalidade jurídica, pois se caracterizam como simples unidades administrativas, por distribuição geográfica da competência da União". No mesmo sentido, ALIOMAR BALEEIRO, *Direito Tributário*, pág. 72. V. tb. pareceres de CARLOS MEDEIROS SILVA, *Rev. Dir. Adm.*, n.º 12, págs. 400 e segs.; LEOPOLDO T. DA CUNHA MELO, *Rev. Dir. Adm.*, n.º 12, págs. 394 e segs. Alguns estudiosos do Código Civil, basicamente, em época na qual apenas existia o *Território do Acre*, eram contrários à sua personalidade jurídica (Cf. FERREIRA COELHO, *Código Civil*, vol. V, pág. 73; JOÃO LUIZ ALVES, *Código Civil*, 1.º vol., pág. 56; CLÓVIS, *Código Civil*, vol. 1.º, pág. 171). É de se considerar, todavia, que a Constituição de 1891, tal como a do Império, era omissa quanto aos Ter-

diante do direito positivo é insustentável (131), sendo certo que se constituem de Municípios, pessoas jurídicas de direito público interno.

Os Territórios são, portanto, pessoas jurídicas de direito público interno, corporações públicas territoriais, produto da descentralização político-jurídica federativa, e não da simples *descentralização administrativa*. Opinamos, portanto, em que não são simples *autarquias territoriais*, mas *pessoas políticas*, componentes da Federação Brasileira, “constituída”, como diz o art. 1.º da Constituição Federal, “pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios” (132).

4.5. A *descentralização por serviços* não se limita, porém, à criação de pessoas administrativas autárquicas, de direito público.

A Administração Indireta enriquece-se, também, pela instituição, pelo Estado, de pessoas administrativas de direito privado, mercê do emprêgo de institutos de direito civil e de direito comercial, de estrutura corporativa ou fundacional.

ritórios. A “questão Acre” foi que determinou a compra, pelo Brasil, à Bolívia, dêste território, através do Tratado de Petrópolis, de 17-11-1903 (Cf. PAULINO JACQUES, *Curso de Direito Constitucional*, págs. 117/119).

(131) Cp. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, vol. I, pág. 293. V. CARLOS DE BARROS JÚNIOR, *Compêndio*, vol. II, págs. 64/66.

(132) A natureza política dos Territórios deflui, ainda, dos arts. 3.º (equiparação entre criação de Estados e de Territórios, o que depende de lei complementar); 17 e §§ 2.º e 3.º (os Territórios têm organização administrativa e judiciária; seu Governador é nomeado pelo Presidente da República, tal como o do Distrito Federal, cabendo àquele a nomeação dos Prefeitos Municipais); e 39, § 3.º (“excetuado o de Fernando de Noronha, cada Território será representado na Câmara por um deputado”, o que lhes dá representação política no Congresso, não obstante não terem representantes no Senado, o que ocorre, aliás, no regime da atual Carta, também com o Distrito Federal); art. 41 e § 1.º; cf. art. 60 e §§ 1.º e 3.º. Distinguem-se, pois, das simples *autarquias territoriais*. Diz HELY (*Direito Administrativo*, pág. 282, nota 24) que as Regiões, as Províncias e as Comunas italianas não têm “simile perfeito no Direito público brasileiro, porque o Brasil é uma República Federativa e a Itália é uma República Regional”. É bem verdade que o Decreto-lei n.º 411, de 8-1-69, ao tratar da organização dos Territórios, procurou dar-lhes a feição de simples *autarquias territoriais*. Assim estabelece em seu art. 3.º: “Os Territórios são unidades descentralizadas da Administração Federal, com autonomia administrativa e financeira, equiparados para os efeitos legais, aos órgãos da administração indireta”. E no art. 4.º: “Os Territórios são vinculados ao Ministério do Interior, para os efeitos da supervisão ministerial estatuida no Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967 e nas demais leis e regulamentos pertinentes”. No sentido da identificação dos Territórios com as autarquias territoriais, v. CRETELLA JÚNIOR (*Corporações Públicas*, *Rev. Dir. Adm.*, n.º 98, págs. 10/1): “Apenas nossos territórios federais se ajustam à idéia das *autarquias territoriais* do direito italiano, enquadrando-se entre as entidades cuja natureza jurídica é a de pessoa jurídica corporativa”. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Natureza e Regime Jurídico*, págs. 399 e segs.) sustenta que “os Territórios brasileiros — Amapá, Roraima, Rondônia e Fernando de Noronha — ajustam-se, perfeitamente, ao conceito que se deu de autarquia territorial: são pessoas públicas corporativas cujos membros se definem por um critério territorial e têm capacidade exclusivamente administrativa”.

Surgem, destarte, as *entidades paraestatais*, isto é, pessoas jurídicas de direito privado criadas pelo Estado, para comporem a Administração Indireta.

4.5.1. O legislador brasileiro tem empregado, de modo promiscuo, a expressão *entidades paraestatais*, ora usando-a alternativamente com relação às autarquias (133), ora englobando-as (134).

Somos de opinião de que, na última hipótese, a expressão é utilizada em sentido lato e impróprio, a incluir tôdas as pessoas da Administração Indireta, sejam de direito público, sejam de direito privado. No primeiro caso, de forma própria, circunscreve-se o conceito a estas últimas, por oposição às autarquias, de direito público.

Paraestatal ou *parestatal* (135), vocábulo de composição híbrida (prefixo grego *para*, indicando *proximidade*, e *estatal*, de Estado, do latim *statu*), abrange, quando aplicado a entidades, tôdas aquelas que estão próximas das *estatais*.

Como diz FERRARA, "pubblico vuol dire *statale*" (136): assim, *estatais* são os órgãos da Administração Direta e as autarquias. *Paraestatais*, próximas dos anteriores — pois que igualmente criadas pelo Estado, também de natureza administrativa, a exercerem as atividades públicas de prestação de serviços públicos e de exercício do poder de polícia —, são as pessoas jurídicas de direito privado que fazem parte da Administração Indireta (137).

4.5.1.1. O conceito de entidades paraestatais opõe-se à chamada *noção orgânica de serviço público*, pois que não são organismos de direito público: corresponde ao que se denomina de *serviço público virtual*, ou, como prefere BUTTGENBACH, de *gestão privada dos serviços públicos*. Trata-se de pessoas jurídicas de direito privado que executam serviços públicos (138).

4.5.2. As entidades paraestatais, por serem instituídas pelo Poder Público, por participarem da organização administrativa, por exercerem função

(133) Cp. art. 40 da Lei Complementar ao Ato Adicional (Emenda n.º 4 à Const. de 46).

(134) Cp. art. 327 do Código Penal.

(135) Cf. AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, *Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*, 11.ª ed., Rio. O *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, de CALDAS AULETE, atualizado por HAMILCAR DE GARCIA, só registra *paraestatal*.

(136) *Le Persone*, pág. 115.

(137) V. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo*, págs. 281, 283, 295 e segs.; COTRIM NETO, *Direito Administrativo da Autarquia*, págs. 55/7; *Conceito Jurídico de Entidade "Paraestatal"*, in *Rev. Dir. Adm.*, n.º 83, págs. 32 e segs.; CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, *Compêndio*, vol. II, pág. 82; THEMISTOCLES CAVALCANTI, *Tratado*, vol. II, págs. 105 e segs.; OSCAR SARAIVA, *Estudos*, pág. 34 e segs.; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Tomo I, pág. 300, sustenta que a *paraestatalidade*, ao lado da *autonomia*, é elemento essencial às *autarquias*. Curiosa é a conceituação constante do glossário elaborado pela Secretaria de Saúde da Guanabara e constante do Decreto est. E n.º 3.182, de 17-9-69. Para o direito italiano, v. FERRARA, *Le Persone*, págs. 116 e 128; ALESSI, *Sistema*, págs. 55/6.

(138) *Ob. cit.*, págs. 54/5.

administrativa, são pessoas jurídicas sujeitas a *regime misto*, parcialmente de direito privado — civil ou comercial —, parcialmente de direito público (139), sem que, com isto, se desnaturem.

São pessoas jurídicas de direito privado, por êste regidas em seus aspectos elementares básicos estruturais, que lhe conferem a própria natureza.

Mas são elas criaturas do Estado, formas de realização da atividade administrativa, o que implica a disciplina de alguns de seus aspectos pelo direito público: o direito constitucional, o direito administrativo, o direito financeiro.

4.5.3. A Administração Indireta compreende como pessoas jurídicas de direito privado, as *empresas públicas*, as *sociedades de economia mista* (140) e as *fundações privadas instituídas pelo Poder Público*. Há, portanto, entidades de caráter *corporativo* e de estrutura *fundacional*.

4.5.3.1. O Decreto-lei n.º 900, de 1969, em seu art. 1.º, dando nova redação ao art. 5.º, II, do de n.º 200, de 1967, e em seu art. 5.º, fornece o conceito de *empresa pública* na área federal: "entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei (140-A) para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa (141), podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito"; "desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da Empresa Pública..., a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios (142).

No Estado da Guanabara, as já mencionadas Leis n.ºs 263, de 1962 (art. 4.º, II, *b*), e 1.193, de 1966 (art. 4.º, II, *a*, 4*) incluíram as *empresas públicas* como órgãos personalizados da Administração Descentralizada ou Indireta. A Carta Estadual (art. 73, § 1.º) coloca-as entre as entidades a que podem ser confiados serviços públicos essenciais (142-A). O recente Decreto-lei est. n.º 383, de 27-5-70, ratificando sua colocação na Administração Indireta, dá-lhes conceituação calcada nos Decretos-leis n.º 200, de 1967, e 900, de 1969: *empresa pública*, no âmbito da Guanabara, é "a entidade dotada de personalidade jurídica e de direito privado, com patrimônio próprio e capital

(139) Cp. CAIO TÁCITO, *Sociedades Comerciais e Fundações do Estado*, Rev. For., n.º 205, págs. 417 e segs., espec., págs. 417 e 419.

(140) As duas primeiras espécies são chamadas de *empresas estatais*, *empresas paraestatais*, *sociedades* ou *empresas comerciais do Estado*.

(140-A) V. n.º 6 e respectivos subitens, a seguir.

(141) Cp. art. 170, e seus parágrafos, da Const. Federal.

(142) O dispositivo quer referir-se às pessoas jurídico-políticas territoriais, além da União, e às entidades da Administração Indireta federais e locais. A redação do artigo é imperfeita, pois que abrange duplamente às autarquias como pessoas jurídicas de direito público interno e como entidades da Administração Indireta.

(142-A) A Const. de 1961 (art. 45, § 3.º) não aludia às empresas públicas.

(*) Agora, art. 4.º, II, 2 (v. Dec.-lei est. n.º 434/70).

exclusivo do Estado ou de suas entidades de Administração Indireta, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito" (art. 1.º, II, b).

Com relação ao Distrito Federal, a Lei n.º 4.545, de 1964, dispôs sobre as empresas públicas, em seu art. 3.º, II.

Empresa, no clássico conceito de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA (143), "é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta de *empresário*, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob a sua responsabilidade". É "a organização dos vários elementos pessoais e reais, materiais ou imateriais para o exercício permanente de uma atividade lucrativa" (144).

A *empresa pública* é a de *capital somente público*, tomada a expressão no sentido lato, a abranger as participações das pessoas políticas e administrativas na constituição de seu capital. Delas não participa o capital particular.

Ao contrário do que ocorria, anteriormente, em que assumiam sempre a forma de sociedade comercial por ações (145), mesmo quando se tratava de um único participante (146), a *sociedade unipessoal*, os Decretos-leis n.º 200, de 1967, e 900, de 1969, e o Decreto-lei est. n.º 383, de 27-5-70, admitiram que elas assumissem qualquer das modalidades admitidas em Direito (147 e 148).

(143) *Tratado*, vol. I, pág. 482.

(144) Cp. THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS, *Manual*, 1.º vol., pág. 54, citando JOSÉ FERREIRA DE SOUZA. V. ADAMASTOR LIMA, *Introdução ao Direito Comercial*, págs. 167 e segs. Do ponto de vista econômico, v. RAYMOND BARRE, *Economie Politique*, 1.º Tomo, págs. 360 e segs. V. MARIO CASANOVA, *Le Imprese Commerciali*, págs. 98 e segs., e 120 e segs., que trata da *empresa civil*; WALDEMAR ARSCHA, *La Empresa Comercial*, págs. 262 e segs., que cuida do problema da personalidade jurídica da empresa individual. V. CARVALHO SANTOS (verbete *Empresa*, in *Repertório Enc.*, vol. 20, pág. 101): o conceito de *empresa* é econômico e não, jurídico.

(145) Cp. CAIO TÁCITO, *Sociedades Comerciais*, *Rev. For.* n.º 205, pág. 417.

(146) Cp. Lei n.º 3.890-A, de 25-4-61 (art. 7.º), que instituiu a Eletrobrás. V. WALDEMAR FERREIRA, *Tratado*, vol. 4, pág. 48. V. art. 38, § 1.º, do Decreto-lei n.º 2.627, de 26-10-40.

(147) Exemplo recente e interessante da nova orientação é a *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos* (ECT), em que foi transformado o Departamento dos Correios e Telégrafos. De instituição unilateral, através do Decreto-lei n.º 509, de 20-3-69, esta empresa pública não é sociedade por ações, tendo sido o seu capital inicial integralmente constituído pela União (art. 6.º). Poderão vir a participar dos futuros aumentos do capital outras pessoas político-territoriais, bem como entidades integrantes da Administração Federal Indireta (§ 4.º do art. 6.º). Presta contas ao Tribunal de Contas (art. 20). O Estatuto Provisório da ECT foi aprovado pelo Decreto n.º 64.676, de 10-6-69 (sobre *capital* e *patrimônio* da ECT, arts. 5.º e 6.º). V. Decreto-lei n.º 759, de 12-8-69, sobre a empresa pública Caixa Econômica Federal — CEF. V. *Rev. Dir. Adm.*, n.º 6, págs. 1 e 414; e 79, pág. 1; *Rev. For.*, ns. 152, pág. 510; e 146, pág. 9.

(148) A atividade econômica do Estado pode estar entregue a um órgão da Administração Direta, a uma autarquia econômica, que é uma empresa de

4.5.3.2. O art. 1.º do Decreto-lei n.º 900, de 1969, deu novo conceito à *sociedade de economia mista*, alterando a redação do inciso III do art. 5.º do Decreto-lei n.º 200, de 1967. *Sociedade de economia mista* é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei (149) para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima (150), cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta” (151). O § 1.º do art. 5.º, do Decreto-lei n.º 200, dispõe, por seu turno, que “quando a atividade fôr submetida a regime de monopólio estatal, a maioria acionária caberá apenas à União, em caráter permanente”.

Cabe observar que a Constituição do Estado da Guanabara, em seu art. 73, § 1.º, conceitua como sociedade de economia mista, capaz de gerir serviços públicos essenciais, aquela “em que o Estado, por si ou em associação com outros Estados ou com a União, tenha 51% das ações (152) com direito a voto, no mínimo, e cujos demais acionistas, inclusive os detentores de ações preferenciais, sejam brasileiros ou estrangeiros radicados no País, ou pessoas jurídicas constituídas exclusivamente por sócios ou acionistas que satisfaçam a estas condições” (153 e 154).

O art. 1.º, II, *c*, do recente Decreto-lei est. n.º 383, de 27-5-70, preferiu limitar-se, no entanto, a adaptar o modelo federal, ao conceituar a *sociedade de economia mista* como sendo “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, ao Estado ou a entidade de Administração Indireta, ressalvado o caso de atividade submetida a regime de monopólio, quando a maioria acionária caberá apenas ao Estado, em caráter permanente” (154-A).

A Lei estadual n.º 1.193, de 1966, em seu art. 4.º, II, *a*, 3*, inscreveu as *sociedades de economia mista* entre os órgãos personalizados da Administração Indireta, sendo certo que a Lei estadual n.º 263, de 1962 (art. 4.º, II, *b*) e a Lei federal n.º 4.545, de 1964 (sobre a Administração do Distrito Federal, art. 3.º, II) aludem, apenas, a *empresas instituídas por ato do Poder Público*, a abranger as *empresas públicas* e as *sociedades de economia mista*.

Distinguem-se as *sociedades de economia mista*, criadas pelo Poder Pú-

direito público, ou a uma empresa de direito privado, de tipo societário ou não. V. CAIO, *ob. cit.*, pág. 417; CASANOVA, *ob. cit.*, págs. 164 e segs.

(149) V. n.º 6 e respectivos subitens, a seguir.

(150) Exige-se, pois, a forma de sociedade por ações.

(151) Deve entender-se “da Administração Indireta Federal”.

(152) V. nota n.º 150.

(153) Os grifos são nossos. Cp. art. 45, § 3.º, da Carta de 1961.

(154) É interessante o disposto no art. 95 da Carta Estadual, que dispõe: “A lei poderá autorizar a participação de um representante dos empregados e um da oposição, na gestão das sociedades de economia mista, salvo naquelas que estiverem sujeitas, por lei federal, à fiscalização e controle das autoridades monetárias federais”. Acrescenta o parágrafo único: “A participação, a que se refere este artigo, será regulada nos Estatutos das referidas sociedades de economia mista”.

(154-A) V. arts. 2.º e 3.º do mesmo Decreto-lei n.º 383, de 1970.

(*) Agora, art. 4.º, II, 3 (v. Dec.-lei est. n.º 434/70).

blico, componentes da Administração Indireta, das chamadas *participações financeiras* ou *acionárias do Estado em empresas privadas*, sem que se opere a transmutação destas naquele tipo societário (155).

4.5.3.3. O Poder Público, dentro da *descentralização técnica*, institui *fundações de direito privado*.

O Decreto-lei n.º 200, de 1967, no § 2.º do seu art. 4.º, estatuiu: "Equiparam-se às Empresas Públicas, para os efeitos desta lei, as Fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participe a União, quaisquer que sejam suas finalidades". Tal assemelhação, que não era feliz, dadas as diferenças estruturais e teleológicas entre os dois institutos, servia, porém, para bem caracterizar a colocação de tais fundações na Administração Indireta. Veremos, mais adiante, que o Decreto-lei n.º 900, de 1969, alterou, radicalmente a situação.

No Estado da Guanabara, as Leis ns. 263, de 1962 (art. 4.º, II, b) e 1.193, de 1966 (art. 4.º, II, a, 2), e, no Distrito Federal, a Lei n.º 4.545, de 1964 (art. 3.º, II), colocaram as *fundações instituídas pelo Poder Público* entre as entidades personificadas da Administração Descentralizada. O Decreto-lei n.º 383, de 27-5-70, ao tratar das entidades da Administração Indireta do Estado da Guanabara, não aludiu às *fundações*.

A própria Carta Magna carioca alude, porém, às *fundações*, no § 1.º do seu art. 73, capacitando-as a prestar serviços públicos locais essenciais (156).

Este tipo de entidade, forma de descentralização e de realização da atividade administrativa, é que constitui o objeto central do presente estudo e cujos aspectos principais serão pormenorizadamente analisados.

4.5.3.4. MARCELLO CAETANO (157), ao tratar dos modos de gestão dos serviços públicos, classifica como *gestão indireta* ou *por concessão* a que se entrega a empresas *singulares* ou a *sociedades*, que podem ser de *economia pública* (cujo capital pertence, apenas, a pessoas de direito público), de *economia privada* (as particulares, ainda que com participação acionária pública) e as *sociedades de economia mista*.

Não está longe deste entendimento HELY LOPES MEIRELLES (158), quando coloca as *empresas públicas*, *sociedades de economia mista* e o que chama de *fundações culturais* (159) (*tôdas entidades paraestatais*) na administração *indireta*, que exerceria atividades administrativas por *delegação*, o mesmo ocorrendo com os serviços sociais *autônomos* (159-A), e com os particulares *concessionários* e *permissionários de serviços públicos* (160). Ao contrário, a administração *direta*, incluiria as *autarquias*, como forma *descentralizada*, já que

(155) V. CAIO TÁCITO, *Sociedades Comerciais*, *Rev. For.*, n.º 205, pág. 417. *V. Rev. Dir. Procd.-Geral Gb.*, n.º 12, págs. 81 e segs.

(156) A Const. de 1961, quanto à prestação de serviços públicos essenciais, falava em *administração direta*, *organismos autárquicos*, *paraestatais* e *sociedades de economia mista*.

(157) *Manual*, págs. 546/7.

(158) *Direito Administrativo*, págs. 280/2; *Rev. Dir. Adm.*, n.º 68, págs. 18/9.

(159) *Direito Administrativo*, pág. 311.

(159-A) *Direito Administrativo*, pág. 309.

(160) *Direito Administrativo*, págs. 315 e 331.

são prolongamento do Poder Público, não recebendo atribuições estatais por delegação, mas *por via institucional*, a executar os serviços públicos *in nomine proprio* (161).

Aliás, como já vimos (162), CAETANO (163) também considera a *administração autárquica* como forma de gestão direta, embora *personificada*.

Divergimos de tal orientação que, no direito brasileiro, tem contra si normas expressas, como já foi visto.

Não vemos que haja *institucionalização* com relação à *autarquia e delegação a emprêsas públicas, sociedades de economia mista e fundações*: em tôdas as hipóteses, há recebimento de atribuições estatais por via institucional. Tanto assim que se fala em *descentralização institucional* em tôdas essas hipóteses (163-A). Na *concessão*, isto sim, há *delegação* (164).

É de se observar que as *Leis estaduais cariocas* ns. 263, de 24-12-62 (art. 4.º) e 1.193, de 20-12-66 (art. 4.º, II *), usam, respectivamente, de maneira promiscua, as expressões *administração descentralizada e administração indireta* para abranger os fenômenos de *desconcentração (sem personalidade jurídica)* e *descentralização institucional (com personalidade jurídica)*.

4.6. O fenômeno da *descentralização administrativa* admite ainda, duas modalidades: a *descentralização por colaboração* e a *descentralização em regime de cooperação* (165).

Ocorre a primeira, quando aos entes privados particulares delega o Estado o exercício de encargos públicos. É o caso, por exemplo, dos concessionários de serviços públicos, dos empreiteiros de obras públicas, das câmaras de comércio, dos estabelecimentos particulares de ensino, de *fundações particulares*, as quais, dêste modo, participam da descentralização administrativa (165-A). SEABRA (166) cita o exemplo da *Fundação Rockefeller*, chamada, por vêzes, a realizar a profilaxia da febre amarela e da malária (167).

(161) *Direito Administrativo*, pág. 280. V. nota n.º 89-C.

(162) V. nota 89-C.

(163) *Ob. cit.*, loc. cit.

(163-A) Cp. BUTTGENBACH, *Manuel*, pág. 112. V. *Rev. Dir. Adm.*, n.º II, página 846.

(164) OSCAR SARAIVA (*Estudos*, págs. 31 e segs.) alude a *administração delegada*, distinguindo-a da *concessão de serviços públicos*, e colocando as *sociedades de economia mista* em posição intermediária. Nas págs. 72/4, situa-as, porém, como uma das *novas formas de delegação administrativa do Estado*.

(165) Cp. SEABRA FAGUNDES, *Contrôle*, pág. 41, nota 4; verbete *Administração*, in *Rep. Encicl. do Direito Brasileiro*; GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, págs. 231 e segs.; THEMISTOCLES CAVALCANTI, *Curso*, pags. 347/8; CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, *Compêndio*, vol. II, págs. 118 e segs.; HELY, *ob. cit.*, páginas 309/11. A nomenclatura descentralização por colaboração é empregada, como vimos, também como sinônima de *descentralização funcional* (cf. CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, *ob. cit.*, loc. cit., págs. 19 e 67 e segs.). MÁRIO MASAGÃO (*Curso*, pág. 72 e segs.) identifica, na *descentralização por colaboração*, a *delegação*, a *concessão* e a *instituição de autarquias*.

(165-A) SEABRA, *Contrôle*, pág. 41.

(166) *Contrôle*, págs. 41 e 43/4.

(167) Existem as sociedades, associações e fundações constituídas no País, com o fim exclusivo de servir desinteressadamente à coletividade e que, na

(*) Redação original (v. Dec.-lei est. n.º 434/70).

A *descentralização em regime de cooperação* verifica-se, quando o Estado e particular se unem para a consecução comum de certos objetivos (167-A).

THEMISTOCLES CAVALCANTI (168) expõe: "Algumas entidades existem que escapam à estrutura geral dos órgãos administrativos. São organizações privadas, mas criadas por lei e que gozam de certas prerrogativas e a que se atribuem finalidades mais próximas dos serviços públicos, do que mesmo privados e lucrativos. Não se confundem com o serviço público quanto à sua estrutura e subordinação aos órgãos hierarquizados da administração, mas dêle se aproximam quanto aos objetivos e finalidades... Vivem, essas entidades, dentro da zona cinzenta que sofre a influência do direito administrativo, embora privadas, por natureza, origem e estrutura jurídica".

Com propriedade, THEMISTOCLES cita (169), como *entes de cooperação*, "os serviços criados pelas Confederações da Indústria e do Comércio, para o ensino e assistência social — Serviço Nacional do Comércio — Serviço Nacional da Indústria — Serviço Social do Comércio — Serviço Social da Indústria" (170).

forma da legislação em vigor, podem ser declaradas de *utilidade pública* (art. 16 do Código Civil; Lei n.º 91, de 28-8-35, regulamentada pelo Decreto n.º 50.517, de 2-5-61; na Guanabara, v. Decreto n.º 2.837, de 6-9-1923, que define as obrigações a que ficam sujeitas as instituições, associações ou serviços considerados de utilidade pública). Para isto devem preencher certos requisitos, estando sujeitas, após a declaração (que não lhes confere qualquer favor, salvo o uso de distintivos próprios e a menção do título concedido) a determinadas obrigações, sob pena de cassação da declaração. Esta é feita, normalmente, por decreto executivo, mas leis têm também outorgado o título em questão. No direito francês, constituiu, sempre, ponto de debate a fixação da diferença entre os *estabelecimentos públicos* e os *estabelecimentos de utilidade pública*. LAUBADÈRE (*Traité*, págs. 172 e segs.) explica: "Les établissements d'utilité publique sont des groupements privés qui ne gèrent pas un service public mais une activité privée, auxquels cependant, en raison d'un certain intérêt qu'il représentent, a été octroyée la "reconnaissance d'utilité publique"... l'établissement d'utilité publique est soumis purement et simplement aux règles et au régime du droit privée". Dois critérios básicos têm prevalecido, na jurisprudência francesa, na fixação da citada distinção: o da *iniciativa da criação* (se dos poderes públicos, se dos particulares) e o das *prerrogativas ou privilégios de poder público*. A estes outros se têm juntado, sendo certo que, atualmente, a jurisprudência vem considerando relativo qualquer dos mencionados critérios, orientando-se no sentido de considerar, globalmente, os diferentes indícios, para fixar qual a intenção legislativa (LAUBADÈRE, *Traité*, pág. 173). THEMISTOCLES CAVALCANTI afirma: "A distinção que fazem os autores franceses entre os "établissements publics" e os "établissements d'utilité publique", pode se fazer, também, entre nós, na diferenciação das autarquias ou entes autônomos, a quem o Estado atribui personalidade jurídica, mas que vivem sob a sua direção, com as associações de utilidade pública. A diferença entre elas é tão grande, que a dificuldade consiste em encontrar traços de semelhança" (*Tratado*, vol. II, pág. 144).

(167-A) SEABRA, *Contrôle*, pág. 41.

(168) *Curso*, pág. 347. V. *ib.* pág. 219.

(169) *Ob. cit.*, págs. 347/8. SEABRA (*ob. cit.*, pág. 41) inclui, nesta categoria, as *sociedades de economia mista*, que, como já sustentamos, se enquadram na *descentralização institucional*.

(170) Sobre o SESC, v. Decreto-lei n.º 9.853, de 13-9-46; Decreto n.º 60.344, de 9-3-67; e Decreto n.º 61.836, de 5-12-67. Sobre o SESI, v. Decreto-lei n.º 9.403, de 25-6-46; Decreto n.º 57.375, de 2-12-65; Decreto n.º 58.512, de 26-5-66; De-

A estas entidades podemos acrescentar a *Legião Brasileira de Assistência*, quando era associação civil (171), e a *Cruz Vermelha Brasileira* (172).

São órgãos que tiveram sua organização regulada por lei, estatutos aprovados por decreto; fiscalização por parte do Poder Público; nêles há participação necessária dos particulares, pessoas físicas ou jurídicas na sua instituição, manutenção, gestão e funcionamento; têm personalidade jurídica de direito privado; podem ser subvencionadas pelo Estado, arrecadando, muitas vezes, em seu favor, contribuições parafiscais (173).

4.7. Já assinalamos que o Decreto-lei n.º 200, de 1967, ao equiparar em seu art. 4.º, § 2.º, as *fundações privadas instituídas pela União às empresas públicas*, evidenciava a sua colocação entre as entidades paraestatais da Administração Indireta Federal, segundo, aliás, o entendimento dominante (174) e à semelhança do que, como vimos no n.º 4.5.3.3., fizeram Estados-membros e o próprio legislador nacional, no que tange à organização da Prefeitura do Distrito Federal.

Radicais modificações foram, porém, introduzidas no regime jurídico das fundações privadas instituídas pelo Poder Público Federal, pelo Decreto-lei n.º 900, de 1969.

Tendo revogado a assemelhação de tais fundações às empresas públicas (art. 8.º), assim determinou o citado diploma legal, em seus arts. 2.º e 3.º: “Não serão instituídas pelo Poder Público novas fundações que não satisfaçam cumulativamente os seguintes requisitos e condições: a) dotação específica de patrimônio, gerido pelos órgãos de direção da fundação segundo os objetivos estabelecidos na respectiva lei de criação; b) participação de recursos privados no patrimônio e nos dispêndios correntes da fundação, equivalente a, no mínimo, um terço do total; c) objetivos não lucrativos e que, por sua natureza, não possam ser satisfatoriamente executados por órgãos da Administração Federal, direta ou indireta; d) demais requisitos estabelecidos na legislação pertinente a fundações (art. 24 e seguintes do Código Civil)”; “não constituem entidades da Administração Indireta as fundações instituídas em virtude de lei federal, aplicando-se-lhes, entretanto, quando recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, a

creto n.º 61.779, de 24-11-67. Sobre o SENAC, v. Decreto-lei n.º 8.621, de 10-1-46; Decreto n.º 60.343, de 9-3-67; Decreto n.º 61.843, de 15-12-67. Sobre o SENAI, v. Decreto-lei n.º 4.048, de 22-1-42; Decreto n.º 494, de 10-1-62; HELY (*Direito Administrativo*, págs. 301 e 309/11; e *Rev. Dir. Adm.*, 68, págs. 17 e segs.) coloca, como já vimos, o que chama de *serviços sociais autônomos* entre as *entidades paraestatais*.

(171) Sobre a LBA, v. Decreto-lei n.º 4.830, de 15-10-42. Cf. parecer da Comissão de Acumulação de Cargos do DASP, in *D. Of. da União*, de 21-8-68, fls. 7. 434.

(172) Sobre a *Cruz Vermelha Brasileira*, v. Lei n.º 2.380, de 31-12-1910; Decretos ns. 9.620, de 13-6-1912; 23.482, de 21-11-33 e 65.543, de 21-10-69.

(173) THEMISTOCLES também indica como entes de cooperação as *Empresas incorporadas ao Patrimônio Nacional*, hoje *Superintendência V.*, a propósito, CAIO TÁCITO, *Arqs. do Min. da Justiça*, n.º 67, pág. 17; *Rev. Dir. Adm.*, n.º II, pág. 651. V. verbete correspondente no *Repertório Enciclopédico*.

(174) Cp. CAIO TÁCITO, *Fundações do Estado*, *Rev. For.* n.º 205, pág. 419.

supervisão ministerial, de que tratam os arts. 19 e 26 do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967”.

O Decreto-lei n.º 900, de 1969, introduziu, pois, um duplo regime no que concerne às fundações de direito privado instituídas pela União.

O primeiro, contido no art. 3.º, abrange tôdas as fundações privadas federais, quer de criação anterior, quer de instituição posterior à vigência do citado diploma legal: tais fundações não integram a Administração Indireta da União (174-A), não estando, conseqüentemente, inclusive, sujeitas à *tutela administrativa*, salvo, limitadamente (arts. 19 e 26 do Decreto-lei n.º 200, de 1967), quando se tratar de entidades que recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento federal (175).

O segundo regime, consubstanciado nas disposições do art. 2.º do Decreto-lei n.º 900, de 1969, diz respeito às novas fundações a serem instituídas com base em lei federal, e que têm de obedecer aos requisitos estabelecidos pela citada norma.

Na nova situação, as fundações de direito privado instituídas pela União passaram a enquadrar-se na categoria, focalizada no número anterior, dos *entes de cooperação*, ou seja, passaram a integrar a descentralização em regime de cooperação (176).

4.7.1. O art. 1.º do *Ato Institucional* n.º 8, de 2-4-69 (177), assim dispôs: “Fica atribuída ao Poder Executivo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de população superior a duzentos mil habitantes, competência para realizar, por decreto, a respectiva reforma administrativa,

(174-A) Cf. Decreto n.º 66.296, de 3-3-70 (estabeleceu a estruturação básica do Ministério da Educação e Cultura) distingue, nitidamente, entre *órgãos da Administração Indireta* (art. 4.º) e *fundações vinculadas do M.E.C. que receberam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União*, na forma do art. 3.º do Decreto-lei n.º 900, de 29-9-69 (art. 5.º).

(175) É claro que a nova situação não subtrai as fundações paraestatais federais à incidência de normas jurídicas que, expressamente, a elas se referem, como é o caso da Lei n.º 4.717, de 29-6-65 (art. 1.º e respectivo § 2.º), sobre a *ação popular*, instituto que se aplica, inclusive, a entidades particulares.

(176) Em seu *Curso* (págs. 347/8), THEMISTOCLES CAVALCANTI já situava as fundações privadas instituídas pelo Poder Público entre os gestores de *serviços executados por cooperação*. Conforme sustentamos, todavia, no texto, antes do Decreto-lei n.º 900, de 1969, elas se enquadravam na *descentralização institucional*, integrantes que eram da Administração Indireta, da qual foram por aquêlê excluídas. Cp. CARLOS DE BARROS JÚNIOR, *Compêndio*, vol. II, págs. 109 e segs. No Estado da Guanabara, fundação que sempre ostentou situação análoga à de órgão de cooperação é a *Fundação Garantia do Atleta Profissional* — FUGAP (cf Decreto N n.º 107, de 9-12-63; N n.º 127, de 6-1-64), *instituída sob o patrocínio do Governo do Estado da Guanabara*, e que administra um fundo de garantia constituído, principalmente, por contribuição que faz parte integrante e complementar do prego dos ingressos nos estádios da ADEG (Cf. art. 2.º, III, b e c do Decreto-lei n.º 33, de 13-6-69). É curioso observar que a LBA que, como vimos, era originariamente, sob a forma corporativa, *ente de cooperação*, passou, pelo Decreto-lei n.º 593, de 27-5-69, a *fundação paraestatal*, integrante, portanto, da Administração Indireta. Em função do disposto no Decreto-lei n.º 900, de 1969, voltou à condição primitiva, sob a forma fundacional.

(177) V. art. 182 da Const. Federal.

observados os princípios fundamentais adotados para a Administração Federal" (178).

É certo, porém, que, no Estado da Guanabara, por exemplo, a exclusão, efetivada na área federal, das fundações privadas instituídas pelo Poder Público, da Administração Indireta, não se deu: não só as já criadas, como as que têm sido recentemente instituídas, têm-se integrado na Administração Indireta (179).

O *Código de Administração Financeira* do Estado, aprovado pelo Decreto-lei n.º 128, de 18-8-69, e que, pelo disposto no Decreto-lei n.º 205, de 29-10-69, entrará em vigor em 1.º-1-71, declara, taxativamente, em seu art. 242: "Integram a Administração Indireta as autarquias, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações".

O recente Decreto-lei est. n.º 383, de 27-5-70, como já indicamos, ao cuidar das entidades da Administração Indireta da Guanabara, não alude às fundações instituídas pelo Poder Público. Cumpre observar, todavia, que o art. 1.º esclarece que, dos Decretos-leis ns. 200, de 1967, e 900, de 1969, são adotados os princípios a que se refere. Outrossim, o n.º II do mesmo art. 1.º diz que "*dentre* as entidades da Administração Indireta" conceituará a autarquia, a empresa pública e a sociedade de economia mista*.

(*Continua no próximo número*)

(178) Cp. Ato Complementar n.º 46, de 7-2-69.

(179) Cp. Decreto-lei est. n.º 308, de 27-2-70, e Decreto est. E n.º 3.861, de 14-5-70, sobre a estrutura da Secretaria de Serviços Públicos, e art. 1.º, II, n.º 14, e art. 15 (Fundações dos Terminais Rodoviários e de Estacionamentos do Estado da Guanabara). Cf. tb. Decreto-lei est. n.º 193, de 17-10-69 e Decreto est. E n.º 3.716, de 11-2-70 (Fundações Para o Desenvolvimento da Pesquisa do Estado da Guanabara — FUNDEPEG).

(*) A questão veio a ter, posteriormente, solução com o Decreto-lei est. n.º 434/70 (arts. 2.º e 3.º).

IDÉIA E REALIDADE DO ESTADO. O ELEMENTO HUMANO NA FORMAÇÃO DO ESTADO

JOÃO JOSÉ DE QUEIROZ

1. Nas ciências do Estado, como já observara JELLINEK, o *térmo* e o *conceito* exercem sensível influência recíproca. Assim é que a idéia do que seja, na realidade, o agrupamento político supremo tem sofrido distorções de natureza marcadamente verbal. Daí o ligarem-se, estreitamente, a história das ciências do Estado e a evolução da respectiva terminologia. A minguagem de um vocabulário técnico próprio, universalmente aceito, constitui, pois, tarefa útil, no campo da Teoria do Estado, pesquisar-lhe a noção fundamental, através das mutações do conceito de Estado e da multiplicidade de termos pelos quais essa idéia se exprime. Aliás, será êsse o único meio de obviar a confusão babélica existente, causa principal da pouco satisfatória situação de que fala KELSEN, a respeito do estudo científico do Estado.

Da idéia de *polis*, Estado-cidade, único conceito que se concebia na Grécia, como base para a ciência do Estado, passou-se à noção de *civitas* e *res publica*, comunidade de cidadãos plenamente capazes, dos primeiros tempos de Roma. Com sua vigorosa expansão territorial, porém, o *Civis romanus* deixa de ser a encarnação do Estado. Assimilam-se a *res publica* e o *imperium* que, substituindo-se aos cidadãos, se torna o elemento dominante e característico no agrupamento político. No mundo germânico o termo *Reich*, como *regnum*, *regno*, *regne* ou *reino*, significam dominação, particularmente a pessoal, do príncipe. Já na Idade-Média o Estado também se designa por *land*, *terre*, *terra*, dada a importância decisiva dêsse elemento na evolução do poder político. Como, no limiar dos Tempos Modernos, aos múltiplos Estados italianos não convêm as expressões *reino*, *império*, *terra*, ao passo que *città* só é adequada a alguns, adota MACHIAVELLI, com "Il Príncipe", a designação *Stato*, que se vulgariza e se firma no mundo moderno (JELLINEK, *L'État Moderne et son Droit*", vol. I, pág. 221 e segs.).

2. A idéia de Estado, porém, tal como atualmente a concebemos, corresponde a três ordens distintas de representações intelectivas: Estado-tipo, Estado-norma e Estado-realidade.

Estado-tipo é noção de caráter empírico, fornecida pela História Política. É o Estado anterior, *como tem sido ou foi* no passado. Êsse *conceito cultural* resulta da investigação dos fatos pretéritos e, para gnoseologia do Estado atual, além de servir para fixar-lhe a filiação histórica, tem apenas o valor de elemento de comparação necessário à sistemática das formas vigentes.

O *Estado-norma* corresponde a uma noção puramente ideal, futura, ou decorre de noção jurídica e presente. No primeiro caso, cria-se um *conceito*

teleológico, sugerido pelos inovadores políticos: o Estado por vir, *como deverá ser não é*, mas *poderia ser*, se efetivadas as reformas preconizadas. No segundo caso, é o Direito Público que impõe, firmando um *conceito dogmático*; o Estado *como deve ser*, conforme o conjunto de regras, nem sempre cumpridas, mas assentadas para lhe regerem a estrutura e as atividades.

O *Estado-realidade*, que a experiência tem mostrado dificilmente corresponder aos padrões ideais ou jurídicos, comporta, também, duas noções distintas: a de Estado atual, *tal como existe*, em concreto, objetivamente, e a de Estado, *em sua essência*, seja como fôr mas considerado em abstrato. No primeiro caso, busca-se um *conceito analítico*, pesquisa preferida pela Ciência Política, segundo o tratamento que em geral lhe dispensam os autores anglo-saxões. No segundo caso, o escopo é obter um *difícilíssimo conceito sintético*, que exprima a realidade imanente do Estado, o elemento ou elementos permanentes, sob a mutação de formas e estruturas. A busca da verdadeira substância do agrupamento político supremo deve ser o objetivo da Teoria do Estado.

3. O conceito de Estado, além de sofrer a influência das transformações políticas, tem sido procurado, mediante processos dialéticos de evidenciação, em quase todos os seus elementos essenciais ou existenciais. Mas, antes de refutar, esquemáticamente, às principais correntes de conceituação do Estado, convém referir as concepções vulgares que, nem por isso ou por isso mesmo, deixaram de ter ou tiveram importância definidora. Inicialmente o Estado é identificado com o *povo*. Desde que se possa falar em organismo político, será esse o conceito mais antigo. A nação encarna o Estado, e, modernamente, encontramos a mesma concepção na teoria justificativa do Poder constituinte. A segunda identificação vulgar, em ordem de importância e, talvez, cronológica, é a do Estado com o *território*. A propriedade, como base do poder, é a linha de resistência do feudalismo e o substrato lógico das teorias patrimoniais. A confusão Estado-Pátria aparece, solertemente disseminada, nos exclusivismos totalitários comunista ou nazista. Finalmente, identifica-se o Estado como o Governo. É a concepção popular mais corrente e o conceito fundamental das teorias absolutistas: "L'État c'est moi!". Nas fórmulas a que se apegava o tradicionalismo inglês o Estado e o Rei se confundem: tudo é de Sua Majestade, os navios, os embaixadores, os impostos, os súditos...

4. Já na seara dos tratadistas do Estado em quatro grandes grupos se podem incluir os diversos conceitos que lhe são cientificamente atribuídos. Para os especialistas o Estado é considerado como organismo autônomo, condição social, formação jurídica, ou atuação política.

Organismo autônomo. Para as chamadas teorias antropomórficas o Estado é uma formação natural ou biológica, submetida a leis próprias de evolução e perecimento. Ser monstruoso que nasce, vive e morre, tal conceito de Estado, porém, porque superado, tem valor meramente elucidativo para a história das ciências políticas. Para as teorias ético-organicistas o Estado é uma formação espiritual ou psíquica, categoria especial de ente moral, ao passo

que, para as teorias mecanicistas, o organismo autônomo, social ou global não passa de um conjunto de outras formações unificadas ou justapostas.

Condição social. Já para as teorias sociológicas não é o Estado um organismo social, mas uma condição das sociedades humanas. O Estado é um estado de evolução: *status civilis* em oposição ao *status naturalis*, das teorias contratualistas. Para outros, na maioria sociólogos, o Estado é um acontecimento político, fato social predominantemente objetivo. DUGUIT, indo mais longe — e se desviando — na procura da essência do Estado, o reduz a mera relação de dominação, imposição dos mais fortes sobre os mais fracos...

Formação jurídica. Tal a importância do Direito para o Estado, que grande relêvo tomam as teorias jurídicas que procuram fixar-lhe o verdadeiro conceito. Para uns, o Estado, como pessoa jurídica, é o próprio *sujeito* do Direito Público, personalidade-ficção ou centro de imputação. Para outros, ao contrário, como estabelecimento, o Estado é *objeto* de direito, uma instituição jurídica, ou “categoria lógica”, como afirmava KANT.

Coroando as teorias jurídicas, KELSEN — como DUGUIT, indo mais longe na busca da essência verdadeira do Estado, e como êle, se desviando do acertado caminho — KELSEN reduz o Estado a uma simples relação jurídica, o ordenamento válido. Vazio de substância, simples forma, o Estado, para o genial jurista, escapa a toda realidade objetiva e resta, apenas, um dever-ser dogmático.

Atuação política. Tendo o Estado como uma realidade concreta histórica, a *Political Science*, fiel à orientação anglo-saxônica que vem do Utilitarismo de STUART MILL, através do Pragmatismo de CH. PEIRCE, até DEWEY, o considera, ao Estado, como uma manifestação do Poder. Analisa-a, dissecar-a, que é isso que importa, evoluindo (ou involuindo) em tal sentido que parece, a final, se reduzir todo o escopo de bela ciência de ARISTÓTELES a simples busca de uma melhor técnica de governo.

HELLER, para quem o Estado é uma realidade funcional estrutural específica, conceitua-o como uma função da comunidade, pura atuação política de que a manifestação do poder é, apenas, um dos aspectos. Mais panorâmicas são as chamadas teorias integralistas que, tendo o Estado como uma realidade espiritual dinâmica, perene, conceituam o agrupamento político como um processo integrativo, em constante evolução.

5. Organismo autônomo, social ou global, estado de evolução, acontecimento político, relação de dominação, sujeito ou objeto de direito, norma pura, manifestação do Poder, função da comunidade ou processo integrativo, o Estado, formação altamente complexa em sua substância e atributos, é tudo isso. Cada vez mais real e atuante, não podemos defini-lo senão mediante processo nominal-descriptivo, sobretudo eclético. Difícil, senão impossível, chegar-se a uma definição universal, que possa exprimir de um modo sintético a essência da comunidade perfeita ou soberana, de que falavam ARISTÓTELES e SÃO TOMÁS.

6. Em estudo anterior, para esta mesma publicação, esboçamos o difícil problema da conceituação do Estado. De fato, tanto a realidade estatal como

o seu conhecimento podem ser encarados sob diversos aspectos, cada um deles parcial e incompleto.

Do ângulo *histórico* o Estado se apresenta como uma realidade cultural ou empírica. Mas a história nos oferece uma enumeração meramente descritiva dos Estados e a axiologia, por sua vez, se sublima na sua conceituação como valores, em função do grau de evolução cultural. Assim, tanto o culturalismo realista como o neo-idealismo são insuficientes para uma visão total do Estado.

Do ponto de vista *sociológico* se reduz, tanto o Estado como os fatos de sua vida subjetiva ou objetiva, a meros fenômenos sociais. Estes, porém, são transitórios; e sua mutabilidade superficial os torna impróprios para o conhecimento da real natureza do Estado, em si mesma, ou seja, o número do sistema kantiano.

Já o aspecto *jurídico* o mostra como simples forma dogmática, ordenamento válido ou conjunto normativo, de sua existência e atividade. O direito, todavia, não nos dá a noção da coisa em si. Fica no campo das relações entre o fato e a regra. Não serve, pois, o prisma jurídico, ao conhecimento da realidade; presta-se, apenas, como meio de julgá-la.

Sob a face *política* o Estado não é mais que manifestação do Poder, tendendo à realização de seus fins. Ora, o exame da ação política, atuação em concreto, do Estado, ou resulta na mesma posição sociológica, com o estudo, apenas, dos fenômenos relacionados com o Poder, essencialmente mutáveis, — ou estabelece simples relações teleológicas, prestáveis, apenas, para a valorização de conceitos atuantes.

Há, ainda, o lado *técnico*, pelo qual se vê o Estado como um instrumento de administração (*latu sensu*), meio necessário à realização dos fins sociais úteis. Isso, porém, é o desvirtuamento do Estado como objeto de indagação científica. Concepção utilitarista que abandona, por inútil, o exame da real natureza do Estado.

Pode-se, também, encarar o Estado de um modo *eclético*, admitindo-o como fato histórico, fenômeno social, relação jurídica, poder político ou simples instrumento técnico. Mas essa justaposição de esquemas, parciais e incompletos, da realidade estatal, oferece somente a vantagem de servir de base para o conhecimento *integral* ou *filosófico*, síntese difícilíssima de ser atingida.

7. Como quer que se encare o Estado, porém, sua existência real aparece condicionada por dois elementos concretos facilmente mensuráveis e compreensíveis: o povo e o território. Embora lhes seja um acidente totalmente extrínseco, como formação histórico-cultural a que se atribui personalidade moral a um tempo soberana e submissa ao direito, é o Estado inerente às coletividades humanas fixadas em determinado território. Assim, mesmo que o espaço físico e o elemento humano não integrem a substância essencial do Estado, são-lhe condições existenciais inafastáveis, cujo estudo se impõe como absolutamente necessário ao conhecimento do agrupamento político supremo. Vale, pois, esboçar as principais concepções a respeito do povo e do território, frente à ciência do Estado.

8. Vários conceitos são atribuídos ao elemento humano necessário à formação do Estado. Podemos distribuí-los em quatro grandes grupos; correspondentes aos diversos critérios individualistas, associacionistas, nacionalitários e coletivistas.

Para uma concepção puramente *individualista*, a formação do Estado resulta de um mero aglomerado de indivíduos. Nem é outro o sentido de *população*, ou seja, a totalidade dos habitantes do espaço estatal. Já o conceito político de *povo* reduz a compreensão do termo ao conjunto de cidadãos com possibilidade de interferir na vida do Estado. Estes, por exemplo, se aproximam de um décimo da população total, em se tratando do caso especial do Brasil, onde somente os alfabetizados maiores de dezoito anos são alistáveis como eleitores. Nenhum limite numérico se pode cientificamente atribuir ao povo de cada Estado. Para o Estado-cidade antigo, ARISTÓTELES dava como excelente o limite de 10.000 cidadãos. PLATÃO o fazia oscilar entre 5.040 e 20.000.

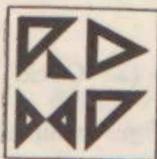
Já os *associacionistas* entendem que a formação do Estado deve decorrer da existência de *agrupamentos*. Da associação fundamental familiar, o agrupamento natural por excelência, resultou o clã primitivo, embrião do Estado e, modernamente mesmo, há concepções que pretendem dar à família, no bom e no mau sentido, marcada influência na vida estatal. Os agrupamentos territoriais, ou sejam, as coletividades locais (comunas) e regionais (províncias) têm decidida importância na estruturação espacial do Governo estatal moderno, dando-lhe um aspecto aparentemente fragmentário. Os agrupamentos profissionais ou classistas, os sindicatos, mesmo que não se chegue a uma organização estatal francamente corporativa, adquirem crescente capacidade de interferir na direção do Estado. Formam-se partidos de classe e os marxistas puros ainda admitem a possibilidade do Estado internacional de classe. Os agrupamentos políticos propriamente ditos, partidos e associações eleitorais, quando não constituem mero disfarce ao ajuntamento de interesses individuais ocasionalmente concordantes, são a mais alta manifestação da aglutinação humana necessária à formação estatal.

Durante um largo período da evolução conceitual do Estado, fêz-se depender êste da idéia de *nação*. A nação, para as concepções *nacionalitárias* do Estado, pode ser considerada como comunidade, como pessoa, como órgão ou como meio. Como comunidade de raças, linguagem, costumes, crenças; de História, tradições, cultura, ou de interesses econômicos em dependência territorial, a nação pode ser considerada como o elemento de maior relevância na formação do Estado. Já CÍCERO conceituava, a nação, como uma comunidade de reconhecimento do mesmo direito. Comunidade teleológica de fins corresponde ao "querer viver coletivo" de HAUSER. Sem dúvida que há uma comunidade de imponderáveis de caráter dinâmico, na feliz expressão de JELLINEK, que constituem o elemento objetivo do Estado. Será a nação, porém, um seu elemento subjetivo se a considerarmos como pessoa ou como órgão. Como personalidade moral, de base individual-contratual, à moda de HOBBS ou ROUSSEAU, pessoa distinta, titular da soberania originária, ou identificada como o Estado-pessoa jurídica, segundo CARRÉ DE MALBERG, a nação sofre a crítica destruidora de DUGUIT, evidenciando o mito da vontade nacional dis-

tinta da vontade dos indivíduos, ou acarreta a indefensável dicotomia nação-entidade: Estado-personalidade, JELLINEK vê a nação como órgão essencial da vontade e da ação do Estado, seu órgão direto e supremo. Na hierarquia de órgãos que o grande tratadista estabelece, figuram como imediatos os de direção e os de escolha (representantes e eleitorado). Ainda é DUGUIT que opõe a esse conceito a crítica mais candente. Além de negar a existência do Estado-pessoa, pressuposto necessário à de seus ditos órgãos, falta à nação as condições imprescindíveis ao caráter dessa função. Além disso, o conceito de nação-órgão do Estado padece do vício de representar uma construção paralógica, no que toca ao fenômeno da criação do Estado. Realmente, como poderá o órgão dar origem à entidade a que se destina a servir? Supre DUGUIT a necessidade de um conceito para a nação, atribuindo-lhe o de meio necessário à produção do fenômeno Estado. É, para ele, a aglomeração nacional, fundada na comunidade de interesses e unida pela solidariedade, que gera a relação de dominação entre governantes e governados, mera imposição dos mais fortes sobre os mais fracos, pois que não é mais do que isso o Estado de DUGUIT.

As concepções nacionalitárias do elemento estatal humano, freqüentemente, porém, deixam de corresponder à realidade, ou melhor, o Estado não corresponde necessariamente à Nação. Na Antiguidade e na Idade Média é o Estado mera formação territorial. Só nos Tempos Modernos é que aparece o chamado Estado nacional, assim mesmo impreciso e pouco estável. Isso resulta da inexistência de aglomerações nacionais bem determinadas. E, note-se, à medida em que se vai estreitando a Terra, cada vez mais cosmopolita, menos diferenciação haverá entre as nações. Se não é mais tão comum a existência de verdadeiras nações fraccionadas em diversos Estados, a todo passo encontramos Estados de formação pluri-nacional fracionária. Não quer isso dizer, todavia, seja aceitável a falsa tese inglêsa da desnacionalização estatal. Do mesmo modo que se vai compreendendo a inviabilidade do Estado internacional de classe de MARX, o Império desnacional britânico vai, aos poucos, se diluindo numa formal união de Estados nacionais, ou quase.

9. Por tudo isso vai se impondo, como mais próxima da realidade atual e mais de acôrdo com uma concepção universal de Estado, o conceito *coletivista* do material humano necessário à formação do Estado. Está a coletividade humana, como elemento existencial do Estado, diferenciada por interesses gerais comuns e unificada por um sentimento consciente de solidariedade. Os interesses gerais comuns, materiais e culturais, discriminadores de cada agrupamento estatal distinto, já não têm, hoje em dia, a mesma compreensão da comunidade tradicional, dependente da raça, língua ou tradição. Os "imponderáveis de caráter dinâmico" (JELLINEK) que marcam a coletividade estatal não são mais os mesmos que informam a Nação, liricamente considerada. O sentimento consciente de solidariedade que unem tal coletividade, quer o consideremos, como BIGNE DE VILLENEUVE, uma condição externa do Estado, quer o tenhamos como um elemento anterior, na concepção de DABIN, é a causa material de sua formação e integração histórica. Só nesse nôvo sentido é que se pode falar em Nacionalização do Estado.



P A R E C E R E S

CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE. A PROMESSA DE VENDA DE BEM INALIENÁVEL É NULA DE PLENO DIREITO. INTERPRETAÇÃO DO TÍTULO. NOS SISTEMAS IMOBILIÁRIOS CAUSAIS, COMO O NOSSO, NÃO BASTA O EXAME DA CERTIDÃO DO REGISTO, É MISTER VERIFICAR OS TÍTULOS E LÊ-LOS POR INTEIRO PARA QUE POSSA A PARTE ALEGAR BOA FÉ. ESTA, AINDA QUE EXISTENTE, NÃO TERIA A VIRTUDE DE TORNAR VÁLIDO UM ATO EIVADO DE NULIDADE EX RADICE. IMPOSSIBILIDADE DO REGISTO DE ATO NULO. DIREITOS PESSOAIS DOS PROMITENTES COMPRADORES

P A R E C E R

1. *Exposição e Consulta* — Sôbre o assunto dêste parecer nos foi formulada a consulta que se segue:

Por escritura de 19 de setembro de 1925, lavrada em notas do Tabelião do 10.º Ofício, Livro 178, fls. 94 verso, GIUSEPPE MARTINELLI doou a RINA CATALDI MARTINELLI, entre outros, o prédio da Avenida Atlântica, 220, hoje 994. Nessa escritura foram estipuladas as três seguintes cláusulas relativas a livre disposição do imóvel pela donatária:

- a) — “A donatária não poderá alienar ou de qualquer modo onerar êstes bens, nem a sua renda, ainda mesmo por morte do doador”;
- b) — “Se o doador sobreviver à donatária, os bens doados voltarão ao seu patrimônio”;
- c) — “No caso contrário, por morte do doador, serão êles partilhados”.

A escritura de doação foi transcrita no 2.º Ofício do Registro de Imóveis em 19 de outubro de 1925 e averbadas as três cláusulas acima transcritas. Na forma da escritura de re-ratificação, de 4 de novembro de 1932, em Notas do Tabelião do 10.º Ofício, Livro 348, fls. 30 verso, as três antes mencionadas cláusulas foram substituídas pelas seguintes:

- a) — a donatária poderá, por sua morte, dispor livremente dos bens doados em favor de quem bem entender e, em vida, poderá, outrossim, aliená-los ou hipotecá-los, desde que obtenha para isso o consentimento do outorgante, nos termos do art. 242, n.º II, do Código Civil;
- b) — Por falecimento da outorgada donatária, se ela não tiver disposto por ato de última vontade, os bens doados com tôdas as suas benfeitorias se devolverão aos sucessores legítimos da mesma, de acôrdo com as leis que regularem a devolução da herança.

Essas duas cláusulas foram averbadas no Registro de Imóveis (2.º Ofício) em 5 de novembro de 1932.

Na escritura de re-ratificação de 4 de novembro de 1932, figurou ainda a seguinte cláusula lançada em tempo:

“O outorgante GIUSEPPE MARTINELLI quer deixar bem claro que depois do seu falecimento os bens doados não poderão ser alienados ou onerados, assim como rendas não poderão ser passíveis de penhora ou qualquer outro procedimento.”

Essa cláusula, lançada em tempo, não foi averbada pelo Oficial do Registro de Imóveis.

A donatária, RINA CATALDI MARTINELLI, na suposição de que a locução “por morte”, constante da cláusula primeira da escritura de re-ratificação, de 4 de novembro de 1932, significasse morte do doador, admitiu que após o falecimento de GIUSEPPE MARTINELLI os bens doados ficariam livres de gravame de inalienabilidade.

Assim, prometeu vender vários apartamentos do prédio edificado sobre o terreno doado.

Admitindo que errou na interpretação da cláusula primeira da escritura de re-ratificação, de 4 de novembro de 1932, requereu e obteve do Juízo da Vara de Registros Públicos a complementação da transcrição, mediante averbação da cláusula *em tempo*.

Do exposto consulta-se:

- a) — Se do teor do Registro Imobiliário, conforme averbação em 5 de novembro de 1932, o imóvel em causa era inalienável, sendo êsse gravame instituído na cláusula primeira da escritura de re-ratificação de 4 de novembro de 1932, ou se a inalienabilidade foi constituída na cláusula em tempo constante dessa mesma escritura?
- b) — Os promitentes compradores, na espécie, podem alegar boa-fé?
- c) — A promessa de venda ou a venda de bem inalienável é nula de pleno direito, *ex vi* dos arts. 1.676 e 145, n.º V, do Código Civil?

II

2. PARECER — A inalienabilidade, na espécie, não resulta da cláusula *em tempo*, mas da própria cláusula primeira do instrumento de 1932.

Na escritura de doação, GIUSEPPE MARTINELLI gravou o bem doado de inalienabilidade ao declarar que a donatária não o poderia alienar, ainda mesmo por morte do outorgante:

“1.º — A outorgada não poderá alienar ou de qualquer modo onerar êstes bens, nem sua renda, ainda mesmo por morte do outorgante.”

3. Todavia, na escritura de re-ratificação de 1932, após a afirmação de que ficavam substituídas as cláusulas restritivas anteriormente impostas pelas que passavam a constar da nova escritura, estipulou-se na cláusula primeira:

“A donatária poderá, por sua morte, dispor livremente dos bens doados em favor de quem bem entender e, em vida, poderá, outrossim, aliená-los ou hipotecá-los, desde que obtenha para isto o consentimento do outorgante nos termos do art. 242, n.º II, do Código Civil.”

Duas são as hipóteses que daí defluem:

- a) — que a donatária poderia, por sua morte, dispor dos bens doados;
- b) — que poderia aliená-los em vida, com consentimento do doador.

Se a doação fôsse pura e simples, sem qualquer gravame, especialmente o de inalienabilidade, nada teria dito o doador, nem se justificaria que viesse expressar, como o fêz, que a donatária poderia por sua morte dispor livremente dos bens em favor de quem bem entendesse e que, em vida, os poderia alienar com o consentimento do doador.

Essas afirmações constantes da cláusula primeira, denunciam estar implícita a inalienabilidade para a qual se estabeleciam exceções.

De fato, a declaração de que a donatária poderia dispor livremente dos bens doados em favor de quem bem entendesse, se por um lado era desnecessária porque a inalienabilidade não impediria a disposição dos bens por testamento, como preceitua o art. 1.723 do Código Civil em relação à legítima gravada ao dizer que “a cláusula de inalienabilidade, entretanto, não obstará a livre disposição dos bens por testamento”; por outro lado, revela que o doador quis tornar claro que a inalienabilidade não impediria a disposição “causa mortis”, mesmo na hipótese em que se viesse a interpretar o art. 1.723 do Código Civil como se aplicando somente nos casos das legítimas gravadas de inalienabilidade, não se estendendo para abranger os gravames que atingissem outros bens que não as legítimas. Esse receio levou, talvez, o doador à afirmação desnecessária.

A segunda parte da cláusula primeira denuncia que o doador estava considerando uma exceção à inalienabilidade ao permitir a alienação, em vida da donatária, com o seu consentimento. Se o bem fôsse alienável, não estivesse gravado, não seria preciso declarar que o bem poderia ser vendido.

Nunca em doações sem o gravame de inalienabilidade houve necessidade de se estipular os casos em que a coisa doada pudesse ser alienada. Seria um contra-senso que o intérprete não poderia admitir.

3. A cláusula *em tempo* não instituiu a inalienabilidade, que já existia. É uma cláusula meramente interpretativa. O doador desejando que nenhuma dúvida pairasse sobre a intenção das partes fêz questão que se apusesse, no final do instrumento, indicação de que, após o falecimento dêle doador, os bens não poderiam ser alienados:

“O outorgante GIUSEPPE MARTINELLI quer deixar bem claro que depois de seu falecimento os bens doados não poderão ser alienados ou onerados, assim como as rendas não poderão ser passíveis de penhora ou qualquer outro procedimento.”

O próprio doador considerou essa cláusula como interpretativa, ao dizer que desejava “*deixar bem claro*”, é evidente, o que já estava dito.

4. Argüi-se, porém, que o Sr. Oficial do Registro de Imóveis, à margem da transcrição, em averbação, copiou a cláusula primeira da escritura e deixou de fazê-lo em relação à cláusula *em tempo*.

Não declarou o Sr. Oficial do Registro que ficava cancelada a cláusula de inalienabilidade, limitou-se a copiar a cláusula primeira e naturalmente a cláusula segunda, que não interessa para a solução do caso objeto da consulta.

De posse da certidão do Registro de Imóveis o promitente comprador deveria verificar pela simples leitura da cláusula primeira averbada que se tratava de imóvel inalienável, que não podia ser por ele adquirido. Se dúvida tivesse, deveria ler os títulos de propriedade, isto é, as escrituras públicas que serviram de base ao registro imobiliário.

Aliás, no nosso direito, não sendo o registro imobiliário abstrato, quem adquire ou pretenda adquirir um imóvel, deve ler não só a certidão do registro, como também o título que serviu de base à modificação registral. No direito alemão, sendo o registro abstrato, pode a parte contentar-se com a certidão do registro, mas, nos sistemas causais, devem ser examinados os dois atos.

Na espécie, havia duplo motivo para apreciar a escritura que serviu de base à transcrição e à averbação: a natureza causal do registro e a cláusula primeira do instrumento que levava, no mínimo, a crer em inalienabilidade.

5. Assim, nem mesmo a boa-fé podem alegar os promitentes compradores. Aliás, diga-se, desde logo, a boa-fé ainda que existisse não seria motivo para transformar um ato nulo em ato válido. A boa-fé, quando existente, pode ser invocada para o gozo de benefício que a própria lei reconhece, não pode, porém, servir de motivo para justificar que se deixe de aplicar a lei ou para que o ato se torne válido. É o que acontece, por exemplo, com o casamento nulo, que poderá ser considerado putativo em homenagem à boa-fé de um dos cônjuges ou de ambos, mas que, não obstante, continuará contaminado pela nulidade.

Na espécie, ainda que houvesse boa-fé dos promitentes compradores, as escrituras continuariam nulas de pleno direito, porque a promitente vendedora não podia exercer poderes que não possuía. Mas, na verdade, nem a boa-fé assiste aos promitentes compradores.

Se o promitente comprador não leu o título de propriedade, foi negligente, agiu com culpa, não pode invocar a própria culpa para alegar boa-fé. Para ter boa-fé não basta desconhecer, é também necessário não ser culpado da ignorância.

É por isso que no direito romano, POMPONIUS, nos *Comentários a Quinto Mucio*, no fragmento consolidado no *Digesto*, L. 50, T. 17, R. 203, declarava que aquêle que sofria um dano por qualquer culpa sua, devia ser considerado como não o tendo sofrido — “*Quod quis ex culpa sua damnum sentit, nom intelligitur damnum sentire*”.

JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUZA, então professor catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Paulo, em livro publicado em 1910,

sob a denominação "Das Cláusulas Restritivas da Propriedade", estudou nessa magnífica monografia, única na literatura jurídica nacional, a cláusula de inalienabilidade e, por diversas vèzes, demonstrou que o comprador nunca pode alegar boa-fé porque tinha obrigação de examinar o título de propriedade do vendedor e, se não o examinou, deve queixar-se da sua própria culpa, ou *in verbis*:

"... é inaceitável a alegação do comprador de que desconhecia o vício do direito do vendedor, isto é, — desconhecia o corte do *jus abutendi* feito na sua propriedade; porque, como vamos ver adiante, o comprador *devia* examinar os seus títulos, a *prova* de sua propriedade, e este prévio exame lhe instruiria daquele vício" (Pág. 190, n.º 1).

Mais adiante, o mesmo autor, após afirmar que a boa-fé não coloca o terceiro ao abrigo da evicção porque "o terceiro" adquirente não pode nunca alegar a boa-fé no caso da compra de bem inalienável, por ser sempre culposo. "*Porquanto, devia ter examinado os títulos do vendedor e neste se instruiria da cláusula de inalienabilidade*" (Idem, idem, pág. 191-192).

Prosseguindo no seu estudo, ULPIANO DE SOUZA reafirma os mesmos princípios, dizendo que o comprador que não examinou os títulos do vendedor não pode alegar boa-fé, porque *terá agido com culpa*; mas, se os examinou e não obstante fêz a aquisição, obrou igualmente de má-fé, ou em suas próprias palavras:

"Uma vez que por culpa sua sente o dano da reivindicação do bem adquirido por não ter examinado os títulos da propriedade adquirida, não pode alegar boa-fé. Se os examinou e não obstante fêz o negócio, com muita razão não pode alegar boa-fé. E culpa é omissão indeliberada da diligência devida, conforme Coelho da Rocha, cit. § 126. Em segundo lugar, a doutrina mais aceita não obstante a inexplicável e incivil disposição do art. 1.531 da Nova Consolidação, de Carlos de Carvalho, em direito civil, é a expendida por Lafayette, Dir. de Fam., § 84, nota 3.ª final, isto é, que a má-fé do marido, ou da mulher, ou de ambos os cônjuges, "quando iludem o comprador assegurando-lhe que os bens eram alienáveis" não prejudica a ação de nulidade da alienação do bem dotal inalienável. Por analogia, a boa-fé do terceiro adquirente, quando este a pudesse alegar, de que não sabia que o bem comprado era inalienável, não embaraça a ação de nulidade do ato de disposição do bem inalienável. Do contrário, a inalienabilidade dos bens ficaria exposta a ser facilmente burlada."

(ULPIANO DE SOUZA, obra citada, pág. 192.)

O Professor C. WIELAND, a propósito do sistema suíço, semelhante ao nosso, acentua que está de má-fé o adquirente que não pesquisou para apurar a exatidão do registro, ou *in verbis*:

"Il est de mauaise foi aussi bien lorsqu'il a connaissance de inexactitude d'une inscription que lorsqu'il a omis les recherches, en vue d'en

vérifier l'exactitude, que l'on est en droit de lui demander vu les circonstances."

(*Les Droits Réels dans le Code Civil Suisse*, vol. II, pág. 583, tra-
duit par Henry Bovary, Paris, 1914.)

SERPA LOPES, igualmente sublinha que a boa-fé exige que o possuidor deve pesquisar para apurar a verdade:

"Saliente-se que o estado de boa-fé requer, além do mais, ausência de culpa, isto é, ter o possuidor empregado todos os meios indispensáveis a se certificar da legitimidade do direito por êle adquirido. É uma investigação que deverá ser feita, caso por caso, tendo-se em vista o grau de conhecimento do possuidor, sendo que incontestavelmente uma culpa grave pode determinar mesmo má-fé, pois a culpa grave pode ser equivalente ao dêle."

(*Curso de Direito Civil*, vol. VI, pág. 145.)

O Código Civil Italiano de 1942, no art. 1.147, declara expressamente que "a boa-fé não aproveita, se a ignorância está baseada em culpa grave". Foi relator do Projeto do Código Civil, nesse ponto, que depois se transformou em lei, o Professor GINO SEGRÉ que, justificando o preceito nôvo que se introduziu, afirmava, nos têrmos do resumo que fizemos: "ao conhecimento deve ser equiparada a grave dúvida ou suspeita, porque quem tem grave suspeita acêrca do direito do alienante ou a respeito da proveniência irregular da coisa, não pode considerar-se em boa-fé, desde que, diligentemente, não investigou para apurar a verdade" (CLÓVIS PAULO DA ROCHA — *Das Construções na Teoria Geral da Acesso*, pág. 262, e *Código Civile, Progetto e Relazione*, Roma, Instituto Proligráfico Dello Stato, 1937 — Commissione Reale Per la Riforma Dei Codici, págs. 220 e 221).

ALÍPIO SILVEIRA, no verbete *Boa-Fé*, que escreveu para o *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, organizado por CARVALHO SANTOS, dá-nos copioso elenco de autores, como Windscheid, Dernburg, Alberto Montel, Chironi e outros, que sustentam o mesmo princípio (v. VI, pág. 74).

Muitos e muitos autores poderiam ser citados, todos concordes em afirmar que não pode invocar a boa-fé quem não investigou para apurar a verdade. No nosso sistema imobiliário, onde o registro não liquida a propriedade, não tem valor absoluto, não é abstrato, mas causal, o adquirente tem o dever de examinar não só o registro, como o título que serviu à mutação do registro, principalmente, como na espécie, onde se encontrava averbada uma cláusula fazendo referência a situações em que era permitida a alienação.

6. A venda ou a promessa de venda de bem inalienável não é simplesmente anulável, mas nula de pleno direito.

De fato, expõe o art. 1.676 que a cláusula de inalienabilidade não pode ser dispensada sob pena de nulidade, ou *in verbis*:

"A cláusula de inalienabilidade temporária, ou vitalícia, imposta aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá, em caso algum, salvo os de expropriação por necessidade ou utilidade pública, o de execução por

dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis, ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade.”

(Art. 1.676 do Código Civil.)

A alienação do bem inalienável é um negócio jurídico que a lei declara taxativamente nulo, pelo que incide no inciso V, do art. 145, do Código Civil. Trata-se, portanto, de ato nulo de pleno direito. Todos os comentaristas do Código Civil são unânimes nesses entendimentos.

CLÓVIS BEVILAQUA diz textualmente que:

“Da inalienabilidade resulta, necessariamente, a nulidade da alienação. E esta nulidade pode ser pedida por qualquer interessado e deve ser pronunciada pelo Juiz quando conhecer do ato ou de seus efeitos e a encontrar provados”...

(*Cód. Civ. Comentado*, vol. VI, pág. 136.)

CARLOS MAXIMILIANO, igualmente, opina pela nulidade de pleno direito, dizendo:

“Enfim, transmitido, por ato *inter vivos*, o objeto da liberalidade gravada, sem verificar alguma das exceções expressas em lei: a transação é nula de pleno direito.”

(*Direito das Sucessões*, 1.^a ed., 1937, pág. 721, n.º 715.)

CARVALHO SANTOS, no vol. XXIII, do seu Código Civil Interpretado, afirma por diversas vezes no comentário ao art. 1.676 a impossibilidade da alienação dos bens alienáveis, considerando-se nula de pleno direito, declarando mesmo que o Juiz pode decretar a nulidade quando tomar conhecimento de ato jurídico irregular ou nulo (pág. 339) e cita às páginas 320 e 321 o V. Acórdão do Egrégio Tribunal de São Paulo, no qual se afirma que a escritura de venda de imóvel clausulado de inalienabilidade é nula. Tratava-se de dúvida suscitada pelo Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de Sorocaba ao qual foi apresentada uma escritura de venda de bem inalienável. Recusou-se a registrá-la, levantou dúvida e foi julgada procedente e confirmada pelo Colendo Tribunal Paulista (Vol. 23, pág. 321).

O V. Acórdão da 2.^a Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo é do teor seguinte:

“Vistos, expostos e discutidos êstes autos de agravo de petição da Comarca de Sorocaba, n.º 3.524, entre partes, como agravante, Gustavo Monteiro Filho, e como agravado o Oficial de Registro de Imóveis: Acordam, em Segunda Câmara da Côte de Apelação negar provimento ao recurso e confirmar assim a sentença agravada que julgou procedente a dúvida suscitada pelo Oficial do Registro de Imóveis, com referência à transcrição da escritura de venda e compra de um imóvel, outorgada por Juvenal Guazellio e sua mulher ao agravante.

O oficial suscitante bem fundou a dúvida no disposto no art. 207 do Dec. n.º 18.542, de 24 de dezembro de 1928. A escritura de compra e venda era nula porquanto o objeto da transação era um imóvel sobre o qual tinha sido constituída, pelo título anterior, uma cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade. A tese sustentada pelo agravante sobre a necessidade de confirmação de inalienabilidade imposta em doação de pai a filho, é inteiramente falsa em nosso direito civil vigente, como bem demonstrou a sentença com o apoio no art. 1.676 do nosso Código. Custas pelo agravante.

São Paulo, 2 de setembro de 1935. — *A. Cesar Whitaker, P. — Amorim Lima, relator. — Abeilard Pires.*”

(*Cód. Civ. Interpretado*, Carvalho Santos, vol. XXIII, pág. 320-21.)

Alguns autores preferem analisar a infringência da cláusula de inalienabilidade à luz da sua natureza jurídica, no que se dividem em três correntes doutrinárias: — uma, que vislumbra na cláusula uma obrigação de fazer; outra, uma incapacidade do proprietário; finalmente uma terceira, a indisponibilidade real da coisa. Sem dúvida, no nosso direito, a inalienabilidade constitui uma limitação ao poder de disposição do proprietário, de natureza real, embora não seja um direito real. A infringência da cláusula acarreta a nulidade do ato praticado no uso do poder de alienar, por quem não possuía essa faculdade ou esse poder, ainda que não houvesse, como há no nosso direito, texto expresso considerando nulo o ato. Em consequência, o ato praticado é nulo de pleno direito, não só por essa razão como porque, repita-se, no nosso direito é expressa a nulidade.

ULPIANO DE SOUZA sustentando a nulidade absoluta, no regime anterior ao Código Civil, quando não havia regra expressa, dizia:

“Explica-se muito facilmente esta ação de nulidade, adotando-se a idéia de indisponibilidade real; se o proprietário não tem o direito de alienar, seus atos de disposição são nulos, por constituírem de sua parte um verdadeiro excesso de poderes, análogo a uma venda da coisa de outrem, guardada a devida proporção.”

(Obra cit., pág. 183.)

OROZIMBO NONATO professa:

“A sanção da cláusula versada é nulidade do ato contra ela praticado.”

“É exato tratar-se de consequência tirada imediatamente de cláusula que não traduz incapacidade do benefício e nem obrigação de não-fazer, mas de “limitação de poder” de “indisponibilidade real.”

(*Estudo sobre sucessão testamentária*, vol. II, pág. 325, § 630.)

A nulidade absoluta é sempre estabelecida num interesse de ordem pública, de *jus cogens*, que não pode ser dispensada pelas partes, em face da qual é inoperante a vontade das partes.

Mesmo que tivesse havido inscrição das promessas de venda, já agora seria uma aberração jurídica admitir-se a escritura definitiva de venda e a

transcrição desse ato nulo de pleno direito no Registro de Imóveis. A solução para os promitentes compradores será o desfazimento do contrato com as conseqüências próprias dos negócios obrigacionais e, jamais, a de considerar-se válido o que é nulo de pleno direito.

Isto pôsto, passamos a responder os quesitos formulados:

a) — Se do teor do Registro Imobiliário, conforme averbação em 5 de novembro de 1932, o imóvel em causa era inalienável, sendo êsse gravame instituído na cláusula primeira da escritura de re-ratificação de 4 de novembro de 1932, ou se a inalienabilidade foi constituída na cláusula *em tempo* constante dessa mesma escritura?

Resposta. Sim. A inalienabilidade, na segunda escritura, resulta da cláusula primeira. A cláusula *em tempo* é meramente interpretativa.

b) — Os promitentes compradores, na espécie, podem alegar boa-fé?

Resposta. Não. Os promitentes compradores não podem alegar boa-fé, porque deviam ler não só a certidão do registro de imóveis, como também a escritura de propriedade da promitente vendedora e, nesses documentos se instruíriam do gravame da inalienabilidade que pesava sôbre o imóvel prometido vender.

c) — A promessa de venda ou a venda do bem inalienável é nula de pleno direito *ex vi* dos arts. 1.676 e 145, n.º V, do Código Civil?

Resposta. Sim. As promessas de venda de bem inalienável, na espécie, são nulas de pleno direito e se tivessem sido inscritas no Registro de Imóveis deveriam ter canceladas as suas inscrições.

É, salvo melhor entendimento, o nosso parecer.

Rio de Janeiro, outubro de 1967.

CLÓVIS PAULO DA ROCHA

FILHO ADULTERINO. DIREITOS SUCESSÓRIOS. DIREITO INTERTEMPORAL

APELAÇÃO CÍVEL N.º 69.259

1.ª Câmara Cível

PARECER

Filho adulterino. Direitos sucessórios. Reconhecimento ocorrido na vigência do Decreto-lei 4.737, de 1942. Cessão aberta na vigência da Lei n.º 883, de 1949. Aplicação da Lei n.º 883.

I. Pretende o primeiro apelante dever ser reconhecido o direito de a apelada, nos termos da Lei n.º 883, de 1949, receber a metade da herança

que vier a receber o filho legítimo, ora segundo apelante, enquanto êste, com base no mesmo diploma legal, quer que seja reconhecido e assegurado ao filho natural, ora primeiro apelante, nascido antes do casamento do inventariado, direito igual ao da apelada, filha adúlterina, por ter sido reconhecido na constância do casamento.

II. As questões jurídicas a serem decididas são as seguintes:

a) — saber se o *filho adúlterino*, reconhecido, nos termos e sob a vigência do Decreto-lei n.º 4.737, de 1942, pode ter seus direitos sucessórios limitados pela Lei 883, de 1949, vigente ao tempo da abertura da sucessão;

b) — saber se o *filho natural*, nascido antes do casamento do inventariado, porém reconhecido na constância do casamento, deve ter, por tal circunstância, direito hereditário igual ao do filho adúlterino.

O primeiro apelante sustenta a aplicabilidade da Lei 883, de 1949, à apelada, enquanto o segundo apelante quer a aplicação da mesma lei ao primeiro apelante.

III. A apelada, insurgindo-se contra o primeiro recurso, pensa não lhe ser aplicável a Lei 883, de 1949, pelo simples fato de ter nascido *antes do desquite* do inventariado, porém quando já *separado de fato* estava o casal, motivo por que deve ser considerada filha natural, com *status* familiar definitivamente constituído. Sustenta ainda a impossibilidade de a Lei 883, de 1949, ser aplicada a filhos reconhecidos anteriormente a 21 de outubro de 1949.

A apelada equipara, portanto, a *separação de fato* à *separação com base na lei* decorrente de fato jurídico previsto em lei ou de sentença judicial.

A nosso ver, apesar do brilho com que é defendida tal tese, não deve ser admitida a referida equiparação, por não ser a *sociedade conjugal* uma *sociedade de fato*, que se dissolva pela simples *separação de fato* dos cônjuges, mas que se dissolve exclusivamente nos casos e na forma previstos em lei. A *separação de fato* não cria o pressuposto jurídico do reconhecimento, não afastando, assim, da apelada a condição de filha adúlterina, por ser o inventariado casado e por ser a apelada concebida antes do desquite, filha de pessoas impedidas para casar.

Portanto, quando a Lei 883, de 1949, entrou em vigor, a apelada tinha adquirido o *status* de filha adúlterina, com direitos iguais aos dos filhos naturais (art. 126, da Constituição de 1937), consequentemente direitos iguais aos dos filhos legítimos. Resta a saber se tais direitos podem ser modificados por lei posterior, isto é, pela Lei 883, de 1949, vigente ao tempo da abertura da sucessão.

IV. A expressão “reconhecidos *na forma desta lei*”, usada pelo legislador, não deve, a nosso ver, conduzir à conclusão de ser a Lei 883 inaplicável aos filhos adúlterinos reconhecidos anteriormente a 21 de outubro de 1949, quando ocorrer a abertura da sucessão na vigência da citada lei, porque, primeiro, insuficiente a interpretação gramatical, usada e abusada pelos que negam a aplicação de tal lei, para estabelecer o exato sentido do diploma legal; segundo, porque a referida expressão não pode ser interpretada isoladamente; terceiro, porque, não tendo o Decreto-lei 4.737, de 1942, definido

os direitos patrimoniais dos filhos adulterinos, lei posterior (Lei 883) pode defini-los e ser aplicada se vigente ao tempo da abertura da sucessão e, finalmente, porque os direitos sucessórios são regidos pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão.

V. O fato de o testador ter gravado a herança não impede a aplicação da Lei 883, de 1949; primeiro, por não ter sido revogado o art. 1.723 do Código Civil pela supracitada lei (art. 8.º, da lei referida) e, segundo, porque o filho adulterino, como ensinam ORLANDO GOMES e NÉLSON CARNEIRO (*Do reconhecimento dos filhos adulterinos*, Rio de Janeiro, 1958, 2.ª ed.) é herdeiro, somente com direitos sucessórios limitados. Sendo herdeiro, está obrigado a trazer à colação bens doados pelo pai.

VI. Continuando no exame da questão de direito intertemporal, suscitada na primeira apelação, temos a dizer que, em nosso modesto ponto de vista, a Lei 883, de 1949, pode ser aplicada a filhos adulterinos reconhecidos antes de sua vigência desde que o pai tenha falecido sob a vigência da dita lei. Irretroatividade haveria se a sucessão tivesse sido aberta antes da vigência da Lei 883, de 1949.

A aplicação da Lei 883, de 1949, não modifica o *status* familiar da apelada, que, mesmo antes da supracitada lei, era de filha adulterina, e nem altera os direitos personalíssimos imprópriamente denominados direitos pessoais, decorrentes de tal *status*, tais como, por exemplo, o direito de uso do nome do pai, mas só os direitos patrimoniais, ou melhor, os direitos sucessórios, que são regidos pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão. Isto porque, a nosso ver, o *status* familiar é regido pela lei vigente ao tempo do reconhecimento, porém os efeitos patrimoniais decorrentes de tal estado podem ser modificados por lei posterior, porquanto como ensina ROUBIER (*Le Droit Transitoire*, Paris, 2.ª ed., 1960), autoridade no assunto, as leis que regem tal reconhecimento e seus efeitos têm efeito imediato. Intocável, portanto, pela Lei 883, o reconhecimento e o estado de filha do inventariado, filha adulterina, mas não são intocáveis os direitos sucessórios decorrentes desse estado, por inexistir direito adquirido aos mesmos, porquanto só passam a integrar o patrimônio do filho no momento da abertura da sucessão, na forma estabelecida pela lei vigente nessa ocasião. Assim, a situação de filho reconhecido voluntariamente pelo inventariado é intocável, não ocorrendo o mesmo em relação aos direitos sucessórios. É de ROUBIER a lição: "*Sans doute une loi nouvelle pourra diminuer les effets de la filiation adultérine*", entretanto, se o "*reconnaissance d'un enfant adultérin a eu lieu sous une loi qui la permettait, elle ne peut être infirmée par une loi postérieure*", porém, "*pour les effets de la filiation naturelle, les lois nouvelles reçoivent également effet immédiat*", mesmo "*pour les droits successoraux dans les successions que s'ouvriraient dans l'avenir*", isto porque, dentro da teoria da situação jurídica, a de herdeiro é uma situação em curso, que só se torna definitiva no momento da abertura da sucessão.

Depois dessa lição de ROUBIER, reputado a maior autoridade no assunto em nossa época em questão de direito intertemporal, desnecessário outros argumentos.

Concluindo, concorrendo a apelada, filha adúltera, com filho legítimo, tem direito à metade do que vier a receber o filho legítimo, isto porque, como ensinam ORLANDO GOMES e NÉLSON CARNEIRO, o legislador, com a Lei 883, estabeleceu o princípio de que a herança do adúltero é quantitativamente inferior à do filho legítimo. A apelada tem direito sucessório, porém tal direito não é igual ao do filho legítimo. Profundamente injusta, reconhecemos, tal discriminação, mas a fonte do direito positivo é a lei, e não a justiça. Cláusula testamentária não tem o alcance de anular os efeitos da Lei 883, porque a liberdade de testar não pode alterar o disposto em lei de ordem pública, como é a Lei n.º 883.

Por tais considerações, pensamos ter procedência a primeira apelação.

VII. Resta o segundo recurso, ou seja, o exame da segunda questão: se o filho natural, ora primeiro apelante, *concebido e nascido antes do casamento do inventariado*, por ser reconhecido na constância do casamento deva ser, *por tal circunstância*, equiparado ao filho adúltero, tendo assim, também, direito à metade do que receber o filho legítimo. Tal tese, apesar do brilho com que é sustentada, dá força ao reconhecimento, ato jurídico, para modificar o fato do nascimento. No caso de filiação como, também, em outros casos, o direito brota do fato, originador, modificador ou causa de extinção de relações jurídicas. O fato do nascimento situa a posição do filho, e não à época do reconhecimento. O reconhecimento de filho natural na constância do casamento não modifica a natureza da filiação, que continua, apesar de tal circunstância, a ser natural, por ser filho havido por pessoas não casadas, desimpedidas para casar. Poder-se-ia, por absurdo, sustentar a nulidade de tal reconhecimento, nulidade destituída de efeitos práticos, pois o filho natural teria a investigatória de sucesso garantido, acabando por ter direito à mesma herança que couber ao filho legítimo, porque poderia ser reconhecido quando nasceu. A Lei 883, na parte em que limita direitos sucessórios só se aplica aos *filhos adúlteros*, ou seja, a filhos de pessoas impedidas para casar, que não é o caso do primeiro apelante, aplicação, repetimos, profundamente injusta, principalmente quando, como no presente caso, com o filho legítimo concorre, também, filho natural.

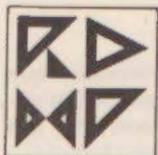
Assim, qualquer que seja a ocasião do reconhecimento, o filho natural, isto é, o primeiro apelante, por ser filho de pessoas não casadas, desimpedidas para casar, não tem seus direitos sucessórios limitados pela Lei 883, de 1949, por não ser filho adúltero.

Por tais considerações, opinamos pelo provimento do primeiro recurso e não provimento do segundo.

É o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 22 de maio de 1970.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO
7.º Procurador da Justiça.



Jurisprudência Cível

CONCORDATA — SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

Restituição em concordata; cotas em conta de participação; dissolução a sociedade de participação, com a concordata recebe o subscritor, a sua parte como quirografário.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 22.688

Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Guanabara

Durval Sampaio *versus* Consórcio Brasileiro de Imóveis, Engenharia, Comércio e Indústria.

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos êstes autos de Agravo de Petição n.º 22.688, sendo Agravante Durval Sampaio e, agravada, Consórcio Brasileiro de Imóveis, Engenharia, Comércio e Indústria.

Acorda a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, unânimemente, em negar provimento ao recurso. Custas como de lei.

E o faz, integrando neste o parecer lançado a fls. 46/47, pelos próprios fundamentos da decisão de que se recorreu (fls. 36 e fls. 51 verso) e considerações aduzidas ao aludido parecer, que adota como razão de decidir (Ato Reg. n.º 12, art. 35 e §§), inclusive quanto à exposição dos fatos.

Rio, 10 de dezembro de 1969.

(a) Desembargador *Roberto Medeiros*, Pres.

(a) Desembargador *J. J. de Queiroz* — Rel.

(a) Desembargador *Eduardo Jara*.

Ciente, em 17 de dezembro de 1969

— (a) *Paulo Dourado de Gusmão* —
7.º Procurador da Justiça.

PARECER DE FLS. 46

Devolução de valores investidos em sociedades em conta de participação, ora em concordata. Funda-se no art. 76 da Lei de Falências o pedido. Deram os pleiteantes NCr\$ 13.000,00 e receberam 1.300 quotas de tal sociedade. Pelo que dispõe a Lei de Falências, tanto mercadorias como dinheiro podem ser devolvidos. Resta saber se, havendo investimento, ou seja, no caso de aquisição de quotas de uma sociedade, ocorrendo falência ou concordata, há lugar para a devolução. A questão é controvertida. A nosso ver, os agravantes, denominados "participantes" nos contratos de aquisição de quotas, participaram da sorte da sociedade, motivo por que estavam sujeitos aos riscos do negócio. Aplicaram dinheiro em um negócio, ou seja, em uma empresa; no momento em que falha o empreendimento não podem ter sorte diferente dos demais credores.

Os agravantes (participantes) estavam sujeitos às vicissitudes do empreendimento: se deu prejuízo, como no presente caso deu, não podem reclamar a devolução, através de simples restituição, do que deram por ser inerente

a tal empreendimento o risco, e quem, investe sabe que corre o risco de sofrer prejuízo. No campo dos negócios, lucro não é resultado certo, mas provável, havendo sempre nesse terreno a possibilidade de prejuízo. Os agra- vantes estavam assim sujeitos aos azar- res do negócio. Falhou, são meros cre-

dores quirografários. O caminho que lhes resta é o da habilitação, aliás de- terminada pela sentença recorrida, que deve ser confirmada.

Rio de Janeiro, 11 de setembro de 1969.

(a) *Paulo Dourado de Gusmão* — 7.º Procurador da Justiça.

NULIDADE DE CASAMENTO DE BRASILEIRO CELEBRADO POR CÔNSUL ESTRANGEIRO

É inexistente o casamento de brasileira com estrangeiro, celebrado no Brasil pelo cônsul estrangeiro.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 67.936

Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara

Juízo da 6.ª Vara de Família *versus* Jorge Antônio Picerno Jimenez e Jus- sara Inaiah Corrêa Guerra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 67.936, em que é apelante o Juízo da Sexta Vara de Família e são apelados — Jorge Antônio Picerno Jimenez e Jussara Inaiah Corrêa Guerra:

Acordam os Juízes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

1 — Os apelados matrimoniararam-se no Brasil pelo cônsul do Panamá, da nacionalidade do noivo.

Pretende agora, a mulher obter a declaração de nulidade do casamento, sob a alegação de haver a solenidade

sido celebrada por autoridade incompete- te.

A ação foi julgada procedente, ha- vendo o ilustre Dr. Procurador opinado pelo desprovimento da apelação inter- posta de ofício.

2 — O recurso, realmente, não me- rece acolhimento.

O cônsul estrangeiro, nos têrmos do art. 7, § 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, só tinha competência para casar pessoas de sua nacionali- dade, de modo que houve notória exor- bitância da autoridade consular ao matrimoniar brasileira.

A soberania dêste Estado foi, ade- mais, notòriamente afrontada pela au- toridade estrangeira que, por isso, agiu, no caso, como simples particular, desinvestida de qualquer parcela ju- risdicional.

O casamento, portanto, deve ser ha- vido como inexistente, pouco importan- do que, na inicial, o pedido haja sido de decretação de nulidade, pois a pre- tensão, expressa impròpriamente, foi de ser o casamento considerado como não realizado.

Rio de Janeiro, 26 de maio de 1970.

Des. *Luis Antônio de Andrade*, pre- sidente e vogal — Des. *Graccho Auré- lio*, relator — Des. *Bulhões Carvalho*, revisor.

CESSÃO DE LOCAÇÃO REGIDA PELA LEI DE LUVAS

Nula é a cláusula impeditiva de cessão de locação regida pela lei de luvas, se o cessionário é o ad-

quirente de fundo de comércio ex- plorado pelo cedente.

Válida é a cláusula que limita a

certo gênero de comércio as atividades do locatário.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 63.049

Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara

Joya Castiel Axelrud *versus* Américo Augusto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 63.049, em que é apelante — Joya Castiel Axelrud e são apelados — Américo Augusto e outro:

Acorda a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por maioria de votos, prover a apelação para julgar procedente a ação, com a condenação nas custas e nos honorários de vinte por cento sôbre o valor da ação.

1 — A apelante propôs contra os apelados uma ordinária para rescindir locação regida pela lei de luvas, alegando que os locatários haviam infringido o contrato, alterando o gênero de comércio instalado no imóvel e cedendo a locação a terceiros.

A respeitável sentença apelada julgou improcedente a demanda, por entender que não houvera cessão do contrato, nem alteração do comércio. Os inquilinos haviam apenas constituído uma sociedade limitada, admitindo nova sócia, a qual, posteriormente, veio a ceder suas cotas a outra senhora. O primitivo salão de cabeleireiro continuaria sendo explorado no local, com o acréscimo da venda de roupas, o que não bastaria, segundo a sentença, para justificar a rescisão do pacto.

A locadora, inconformada, apelou e o seu recurso merece provimento.

2 — O contrato de fls. 7, na sua cláusula 4.ª, estabelece, realmente, que, na loja, só pode ser exercida a atividade de cabeleireiro.

Dessa forma, a venda de roupas, gênero de comércio totalmente diverso das primitivas atividades dos inquilinos, afronta a avença, autorizando a sua rescisão.

Nem se alegue a ilegalidade da cláusula, ou a falta de interesse da locadora em se opor à inovação.

Não há, com efeito, qualquer dispositivo legal impeditivo da convenção, acordada, certamente, para preservar a aparência estética do imóvel, que ficaria desfigurada pela promiscuidade pretendida pelos inquilinos.

3 — Todavia, é de reconhecer que assisada foi a sentença em admitir a rescisão pelo fundamento da cessão inconstentida.

Os locatários, na verdade, não estão mais comerciando na loja, pois os contratos sociais de fls. 95 e 96 encobrem, sem dúvida, venda do estabelecimento comercial e cessão do contrato locativo.

Não obstante, a cessão encontra amparo no art. 3 da lei de luvas, que, visando proteger o traspasse do fundo de comércio, alterou o sistema acolhido pelo Código Civil, promulgado em época onde predominava o liberalismo econômico.

Se assim não fôsse, como bem observou BUZARD, o fundo de comércio se tornaria praticamente inalienável, pois o inquilino não poderia vendê-lo sem perder o ponto e, conseqüentemente, a freguesia (Da Ação Renovatória, nota 33 ao n.º 107, pág. 173).

Na França, onde as dúvidas também ocorreram, o art. 3 da Lei de 24 de maio de 1951 e o art. 35 do Decreto n.º 53.960 tornaram nulas cláusulas proibitivas de cessão.

A proteção ao fundo de comércio, escopo da lei de luvas, deve preponderar sôbre os interesses dos locadores.

A nulidade da cláusula, no caso de alienação do fundo de comércio ao cessionário da locação, vem sendo reconhecida por copiosa jurisprudência (*Rev. For.* 205, pág. 159; Acórdãos do

Colendo Supremo Tribunal Federal, citados por BUZARD na referida nota 33).

4 — É de reconhecer, porém, que a violação da cláusula 4.^a do contrato basta para a procedência da demanda.

Rio de Janeiro, 10 de outubro de 1969. — Des. *Ivan Castro de Araújo e Souza*, Presidente, vencido. — Des. *Graccho Aurélio de Sá Viana Pereira de Vasconcellos*, Relator. — Des. *Pedro Lima*, Revisor.

VOTO VENCIDO

Ivan Castro de Araújo e Souza, Presidente, vencido, pois confirmava a de-

cisão recorrida, por entender que não ocorreu no caso, transgressão do disposto na cláusula 4.^a do contrato. Dispõe ela que o locatário destinaria o imóvel a salão de cabeleireiro, não podendo ser modificada essa destinação sem prévio consentimento, por escrito, do locatário. No caso essa destinação não foi modificada, como se verifica da fotografia de fls. 106, pois apenas se assentou uma outra atividade, continuando aquela como principal, como se evidencia da inscrição.

Ciente. — Rio de Janeiro, 21 de outubro de 1969. — *Francisco Abib Hatoch*.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUIMENTO NÃO PODE SER NEGADO

“Agravo de Instrumento — Não pode o juiz negar-lhe seguimento a pretexto de não constar o mesmo da enumeração constante do art. 842 — Reclamação procedente.”

RECLAMAÇÃO N.º 6.939

Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara

Zenith Ribeiro Gomes *versus* Juízo da 4.^a Vara de Família.

Relator: Luiz Antônio de Andrade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Reclamação n.º 6.939, em que é reclamante — Zenith Ribeiro Gomes, sendo reclamado — o Juízo da 4.^a Vara de Família:

Acordam os Juízes da 8.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, à unanimidade, em dar provimento à Reclamação para, cassado o despacho reclamado, determinar se dê seguimento ao agravo interposto.

Custas *ex lege*.

Trata-se de Reclamação contra despacho que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto pela reclamante.

Entende o Dr. Procurador, em seu douto parecer de fls. 26-27, que não havendo a parte indicado o inciso do art. 842 do Cód. Proc. Civil que autorizaria o agravo de instrumento, e não estando êle previsto no elenco constante do referido artigo, é de ser negado provimento à reclamação.

Data venia, tanto a doutrina quanto a jurisprudência dominantes são em sentido oposto.

Há mais de 20 anos já assinalava ODILON DE ANDRADE, apontando, então, uma dezena de julgados, que a jurisprudência estava assente no sentido de não poder o juiz, sob qualquer pretexto, indeferir agravos de instrumento ou negar-lhes seguimento. “De conformidade com essa jurisprudência” — salientava — “o juiz, nessa espécie de agravos, só pode manter ou reformar a decisão, como decorre do art. 845, § 5.º, ao contrário do que ocorre com os agravos de petição, que podem ser indeferidos ou impedidos em seu seguimento, nos termos do art. 850. Tal diversidade

atende ao sistema do Código que, abolindo a carta testemunhável, não podia dar ao juiz a liberdade de apreciar a admissibilidade ou a oportunidade do agravo de instrumento. Ao Tribunal Superior é que competirá verificar, preliminarmente, se é, ou não, caso de agravo, e se este foi, ou não, interposto no prazo legal" (*Comentários ao Cód. Proc. Civil*, ed. Rev. Forense, v. IX, n.º 207, fls. 228-229, e n.º 269, p. 278). Idêntico é o entendimento de SEABRA FAGUNDES (*Dos Recursos Ordinários em Matéria Cível*, págs. 346-7), de PEDRO BATISTA MARTINS (*Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais*, pág. 287), de JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Instituições de Direito Processual Civil*, 2.ª ed., v. IV, n.º 976, pág. 219) e de PONTES DE MIRANDA. Segundo este, "O Agravo de Instrumento não tem exame de cabimento pelo juiz, com eficácia de não-seguimento. O juiz expõe, a respeito, o que pensa, sem que possa julgar do recebimento ou acolhida. Se o juiz nega seguimento, ou obsta à extração, procede fora da lei, podendo-se reclamar ou impetrar mandado de segurança". E, mais adiante, citando acórdão das Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça de Goiás (*Rev. dos Tribs.*, v. 209, página 410), acrescenta: "O juiz não tem, sequer, o exame da tempestividade da interposição" (*Comentários ao Cód. Proc. Civil*, 2.ª ed., tomo XI, pág. 357). Quanto ao remédio da reclamação ou do mandado de segurança para a hipótese

de o juiz negar o agravo de instrumento, idêntico ao de PONTES DE MIRANDA é o magistério de SEABRA FAGUNDES (op. cit., pág. 347).

JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ salienta e informa, a seu turno: "No sistema do Código, não há mais *carta testemunhável* e como as disposições sobre agravo de instrumento não tratam da hipótese de indeferimento ou denegação do seu seguimento pelo juiz, a jurisprudência já está firme no sentido de não ser lícito ao juiz, negar-lhe seguimento". Mas, adotando posição isolada a respeito, entende que o juiz não pode negar *seguimento* ao agravo de instrumento, podendo, entretanto, denegá-lo quando "o agravo interposto não tem cabimento por não se enquadrar em nenhuma das hipóteses previstas em lei" (*Dos Recursos no Cód. de Processo Civil*, 3.ª edição, n.º 205, páginas 284-285). E cita, lealmente, em contrário a seu ponto de vista, erudito acórdão do Excelso Supremo Tribunal Federal, de que foi relator o Ministro LUIZ GALOTTI, proclamando que "No sistema do Código nacional de processo, o agravo de instrumento não comporta denegação" (rec. extr. n.º 9.926, de 3-7-50, no *D. da Just.* de 25-3-52).

Estas as razões pelas quais é provida a reclamação.

Rio de Janeiro, 24 de abril de 1970.
— Francisco Pereira de Bulhões Carvalho, Presidente. — Luiz Antônio de Andrade.

RETRATABILIDADE DA RENÚNCIA À HERANÇA

A retratabilidade da renúncia à herança, na via administrativa, exige a concordância de todos os interessados. Interpretação do art. 1.590 do Código Civil.

Deve ser pleiteada nas vias ordinárias a retratabilidade, se o seu atendimento acarreta prejuízo a menor.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 64.317

Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara

Quarto Curador de Resíduos *versus* Ede Carvalho Madureira e outros.

Relator: Des. Graccho Aurélio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 64.317, em que é apelante o Quarto Curador de Resíduos e são apelados Ede Carvalho Madureira, sua mulher e outra:

Acorda a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por unanimidade de votos, prover parcialmente o recurso para anular a sentença recorrida.

1 — No inventário de Armando Ribas Madureira, seus filhos renunciaram à herança pura e simplesmente (fôlhas 17), sendo a viúva, por isso, havida como única herdeira legítima.

O ilustre Dr. Curador de Resíduos, contudo, ao ser ouvido sobre as últimas declarações da inventariante, suscitou dúvida, por entender que a herança, nos termos do art. 1.588, do Código Civil, passaria para os netos do inventariado, filhos de um dos renunciantes, e não para a viúva.

A impugnação do ilustre Dr. Curador foi acolhida pelo ilustre Juiz Dr. HÉLIO SODRÉ a fls. 63, em decisão mantida por esta Egrégia Câmara a fls. 77.

Os renunciantes, por isso, a fls. 79, pleitearam retratação da renúncia, invocando erro de direito e alegando que pretendiam transferir a herança para sua mãe, viúva do inventariado, e não para os netos do “de cujus”.

A retratação foi atendida no despacho de fls. 99, complementado na sentença homologatória de fls. 105v.

O ilustre e zeloso Dr. Curador, inconformado, apelou a fls. 110, sustentando que a retratação afrontara coisa julgada.

A fls. 124, o eminente Procurador Professor CLÓVIS PAULO DA ROCHA opinou, preliminarmente, no sentido de ser anulada a sentença, e, quanto ao mérito, pelo desprovimento do apêlo.

É o relatório.

2 — O art. 1.590 do Código Civil, com efeito, permite a retratabilidade da renúncia à herança, quando provenien-

te de erro, dolo ou violência, ouvidos os interessados.

A redação do referido dispositivo legal, oriunda de emenda do Senado, não se recomenda pela clareza, o que tem ensejado notório dissídio doutrinário e jurisprudencial.

CLÓVIS BEVILÁQUA, por exemplo, sustenta que a retratabilidade pode ser processada nos próprios autos de inventário, por termo nos autos, ou até por escritura pública (nota 3 ao artigo 1.590, do seu Código Civil Comentado); CARVALHO SANTOS, ao contrário, afirma que a retratação deve ser pleiteada em ação contenciosa (*Código Interpretado*, vol. XXII, com. 1 ao art. 1.590).

A interpretação mais assisada parece, contudo, ser a intermediária defendida por PONTES DE MIRANDA, que distingue a retratação propriamente dita — processada por escritura pública ou por termo de homologação nos autos de inventário —, da anulação contenciosa, pleiteada nas vias ordinárias (*Tratado de Direito Privado*, 1.ª edição, vol. 55, pág. 78, § 5.593, nota 3).

De fato, as palavras “ouvidos os interessados” ficariam sem sentido, se a renúncia só pudesse ser anulada nas vias ordinárias, quando a citação é sempre imprescindível.

Por outro lado, a retratação nos autos de inventário, não pode ser admitida com oposição dos interessados, dada a índole do processo de inventário. As dúvidas acerca de erro, de dolo ou de violência que teriam viciado a renúncia só podem ser dirimidas em ação contenciosa, com produção de ampla prova, capaz de esclarecer a controvérsia suscitada pelos interessados.

3 — Existe, porém, outra hipótese em que é vedada a retratação amigável.

A menoridade de qualquer dos interessados impede a retratação não litigiosa, porque o pai, ainda que autorizado pelo juiz, não poderia concordar com o desfalque do patrimônio do menor, em benefício de terceiros. Os poderes do pai, em relação aos bens dos

filhos, foram restringidos no art. 386 da lei substantiva.

4 — A renúncia, em regra irretratável, terá, assim, que prevalecer até que seja invalidada regularmente por violência, erro ou simulação (art. 1.590 do Código Civil), vícios capazes de anular, por sinal, todo e qualquer ato jurídico (art. 147, II, do mesmo Código).

5 — Bastaria essa circunstância para a decretação da nulidade da respeitável sentença apelada.

Há, contudo, mais. Os menores nem sequer, por si ou por seus representan-

tes, foram ouvidos, de modo que inexistiu a concordância dos interessados exigida na lei.

6 — A apelação, pois, deve ser provida para o reconhecimento da nulidade da homologação, ressalvado aos apelados o direito de defender seus interesses nas vias ordinárias.

Rio de Janeiro, 23 de setembro de 1969. — *Ivan Castro de Araújo Souza*, Presidente. — *Graccho Aurélio Sá Vianna Pereira de Vasconcellos*, Relator. — *Oswaldo Goulart Pires*.

EMBARGOS DE TERCEIRO. SIMULAÇÃO DO TÍTULO

Em embargos de terceiro não pode ser reconhecida a simulação do título do embargante.

A anulabilidade deve ser invocada em ação pauliana.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL N.º 64.280

Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara

Walter Neves Moll *versus* Edições Biblos Ltda.

Relator: Des. Graccho Aurélio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos de nulidade e infringentes do julgado na apelação cível n.º 64.280, em que é embargante — Walter Neves Moll e embargadas — Edições Biblos Ltda.:

Acorda o Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por maioria de votos, receber os embargos.

1 — O recorrente interpôs embargos de terceiro em apenso a executivo, onde fôra penhorado linotipo de sua propriedade, adquirido por escritura particular, transcrita no Registro de Títulos e Documentos.

Os embargos foram acolhidos na ins-

tância inferior, mas a Egrégia Segunda Câmara Cível dêste Tribunal, por maioria de votos, reformou a respeitável sentença apelada para reconhecer a simulação do título do embargante e, conseqüentemente, para julgar improcedente os embargos.

O vencido, inconformado, interpôs embargos de nulidade e infringentes do julgado, devendo o seu recurso, *data venia*, ser provido.

2 — Com efeito, em embargos de terceiro, não é possível invocar, como matéria de defesa, a simulação do título do embargante.

A anulabilidade do ato terá que ser pleiteada em ação pauliana, onde o juiz proferirá sentença constitutiva negativa, invalidando ou não a compra e venda questionada.

Solução contrária ampliaria ilegalmente, *data venia*, a cognição dos embargos, que se dirige exclusivamente para a exclusão ou inclusão da coisa na execução e não contra os direitos que caibam ao terceiro sôbre a coisa (LIEBMAN, *Processo de Execução* n.º 47, pág. 87 da 3.ª edição; FREDERICO MARQUES, *Instituições*, VI, nota 35 ao número 1.353, pág. 458 da 2.ª edição).

O reconhecimento da anulabilidade da compra e venda decorrente da pretendida simulação importaria em condenar o autor sem reconvenção, incompatível

com o rito dos embargos (art. 192, VI, do Código de Processo).

A defesa do réu, em qualquer ação, principal ou acessória, não pode exceder-se para pleitear o reconhecimento de um contra-direito contra o autor, capaz de modificar ou excluir o pedido inicial.

Em casos tais, os interesses do réu devem ser defendidos em ação própria ou em reconvenção, se cabível (art. 190 da lei adjetiva).

3 — Por essa razão, alguns escritores e julgados reconhecem a possibilidade de ser invocada pelo embargante, autor nos embargos, a anulabilidade do título do embargado-exequente. Negam, porém, ao embargado o direito de, como matéria de defesa, pretender a decretação da anulabilidade do título do embargante (*Rev. Tribunal de Just. da Guanabara*, vol. 19, pág. 319; *Rev. dos Tribunais*, vol. 318, pág. 428; vol. 206, pág. 460; e vol. 399, pág. 250; PONTES, com. 13 ao art. 707 do Código de Proc., vol. IV, pág. 191 da 1.^a edição; *Rev. Forense*, vol. 210, pág. 213; *Rev. Forense*, 92, pág. 451; ALEXANDRE DE PAULA, vol. 26, n.º 33.085).

A anulabilidade, se invocada pelo embargante, se contém no pedido inicial; se pleiteada pelo embargado, ao contrário, extravasa da cognição do processo.

4 — Assim, enquanto a compra e venda não fôr regularmente anulada, deverá beneficiar amplamente o embargante, autorizando-o a obter a exclusão da penhora da coisa sob o seu domínio, violentado pela ilegal constrição judicial.

Foram êsses os motivos que levaram a maioria do Grupo a prover os embargos.

Rio de Janeiro, 9 de outubro de 1969.
— Roberto Medeiros, Presidente. — Graccho Aurélio Pereira de Vasconcellos, Relator. — Ivan C. de Araújo e Souza, vencido, com o voto que vai adiante datilografado.

VOTO VENCIDO

Votei vencido, pois entendo *data venia* que a simulação, como a fraude contra credores e outros vícios, pode ser alegada nos embargos de terceiro, tanto por êste, como pelo embargado.

Constituem os embargos de terceiro ação mandamental intentada por quem não foi parte na causa, visando a excluir da constrição judicial bens ou direitos seus, indevidamente envolvidos em execução alheia.

Dita ação encontra fundamento em um título de propriedade ou de posse, que deve o embargante exhibir para fundamentação de seu pedido.

É evidente que na contestação a êsses embargos poderá o exequente examinar a validade ou autenticidade do título, argüindo-lhe os vícios e defeitos.

Não se trata, a meu ver, de matéria de reconvenção, pois não se cogita de uma outra ação, baseada em direito do réu contra o autor, mas em matéria estritamente de defesa, que apenas visa a excluir o pedido do embargante.

Não se pode razoavelmente admitir que o juiz, ao decidir sôbre a procedência ou improcedência dos embargos, se recuse a examinar as alegações que, contra o próprio título em que êles se baseiam, apresenta o exequente.

Alega-se, entretanto, que não é possível invocar, como matéria de defesa, a simulação dêsse título. Mas, se não pode o juiz examinar-lhe a autenticidade ou validade, a que se limitará o seu exame?

Não vemos, ademais, como possa a anulabilidade, digo, a simulação ser invocada pelo embargante e não o possa ser pelo embargado. A igualdade das partes perante a Justiça já estaria a tornar inviável êsse entendimento.

Se pode o embargante argüir a nulidade do título do exequente, que já passou pelo crivo do judiciário, com maioria de razões poderá êste apreciar o título do embargante, argüindo-lhe os vícios que o maculem, pois ainda não sofreu aquêle exame.

Argumenta-se, porém, que não é possível no processo de embargos de terceiro ampliar ilegalmente a cognição dos embargos, que se dirigem exclusivamente no sentido da inclusão ou exclusão da coisa na execução.

Mas exatamente essa limitação é que permite alegar e provar a existência de qualquer vício, que conduza à nulidade do título do embargante.

Como ensina LOPES DA COSTA: "em nosso direito a sentença proferida no processo de embargos de terceiro não faz coisa julgada sobre o direito que constituir fundamento ativo dos embargos", observando a seguir que: "no regime das Ordenações Filipinas dava-se o contrário" (*Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. IV, pág. 307).

Salienta PONTES DE MIRANDA que: "os embargos de terceiro são ação; e ação mandamental negativa".

E já anteriormente afirmara que "a ação é contra o ato do Estado e não contra o ato da parte a favor de quem se concedeu o mandado de penhora, depósito, arresto, seqüestro, venda judicial, arrecadação, partilha, ou qualquer ato de constrição judicial" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, volume IX, págs. 6 e 9).

Logo a seguir esclarece: "os direitos do embargado perante a outra parte ou dos embargados entre si não sofrem qualquer alteração com a sentença nos embargos de terceiro" (Obr. e vol. cit., pág. 11).

Daí decorre, como a seguir salienta, que "o autor dos embargos de terceiro tem a ação mandamental, que é a dos embargos, preciosa para evitar consequências publicísticas dos atos processuais (v. g. venda judicial do bem de terceiro) e a ação própria ou as ações próprias do direito que êle invoca. É nesse sentido que se diz ser remédio "voluntário". Nada lhe obsta propor,

prescindindo da força mandamental da sentença proferida nos embargos de terceiro, a ação de reivindicação, ou a anulatória (pauliana), ou outra, que corresponda a sua pretensão, salvo, está claro, alguma preclusão, o que melhor se estuda no fim da obra, a propósito dos embargos de terceiro na execução (veja-se o art. 995 e depois do artigo 1.016) (Obra e vol. cit., pág. 12).

Também LIEBMAN esclarece: "A lide nos embargos se refere apenas à exclusão ou inclusão da coisa na execução e não aos direitos que caibam ao terceiro sobre a coisa, mesmo quando dêles se tenha discutido (*Processo de Execução*, pág. 178).

E mais adiante salienta: "requisitos dos embargos são o direito ou a posse de terceiro (art. 707), que por seus títulos sejam suficientes a justificar a exclusão dos bens da execução que está sendo processada; por isso o exequente poderá, se fôr o caso, contestá-los, alegando qualquer dos motivos de extinção da responsabilidade mencionados nas páginas que precedem. A prova não precisa ser plena, bastando bem fundamentada na aparência. O terceiro, porém, não sendo parte na execução, não pode alegar nulidade desta ou defeitos do título executório" (Ob. cit., página 179).

No caso em aprêço em que tomaram os embargos, em virtude da contestação, o rito ordinário, nêles foi produzida copiosa prova. Que mais se tornava necessário para que se procedesse nos embargos ao exame da simulação argüida, com tantos e tão bons argumentos, pelo acórdão embargado?

O princípio da economia processual estaria a aconselhar êsse procedimento.

I. A.

Eduardo Jara, vencido de acôrdo com os fundamentos do voto do Exmo. Desembargador Ivan Araújo.

PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. RESCISÃO "PLENO IURE"

Promessa de compra e venda de imóvel — Cláusula de correção monetária convencionada em desacôrdo com a então vigente Lei n.º 4.380, de 21-8-1964 — Procedência de ações declaratória e consignatória e improcedência de ação de rescisão:

1 — *No contrato de promessa de venda de imóvel só tem validade a correção monetária convencionada sem desrespeito aos limites e às condições estabelecidas na lei que a admite.*

2 — *Nas promessas de venda de imóveis a prestações, é vedada a rescisão pleno iure independente da notificação prévia, em virtude do que prescrevem os Decretos-leis n.ºs 58, de 1937, e 745, de 1969.*

EMBARGOS NA APELAÇÃO N.º 63.720

Quarto Grupo de Câmaras Cíveis do
Tribunal de Justiça do Estado da
Guanabara

José Renê Gonçalves e sua mulher
versus Emmanoel Waismann e sua mulher.

Relator: Des. João Coelho Branco.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Embargos de Nulidade e Infringentes na Apelação Cível n.º 63.720, em que são embargantes José Renê Gonçalves e sua mulher Maria Diva Menezes Gonçalves e são embargados Emmanoel Waismann e sua mulher Sultana Waismann:

1 — Os embargantes, na qualidade de promitentes compradores de apartamento, de que são os embargados promitentes vendedores, propuseram contra êstes ação de consignação em pagamento das prestações mensais convencionadas, excluindo, porém, das mesmas

a correção monetária pactuada em cláusula expressa, alegando que esta infringia os limites e as condições impostas pela Lei n.º 4.380, de 21-8-64, vigente à data do pré-contrato celebrado em 8-7-1965.

Os réus, ora embargados, contestaram a ação, alegando a insuficiência do depósito, de vez que não se podia impugnar a cláusula relativa à correção monetária convencionada, que visava manter o equilíbrio do valor aquisitivo da moeda em correspondência com o valor do imóvel prometido, invocando ainda o art. 82 do Código Civil.

Propuseram ainda os embargantes contra os embargados ação declaratória, com o fim de obter fôsse declarada nula a referida cláusula contratual.

Os embargados, a seu turno, na qualidade de promitentes vendedores, propuseram ação ordinária contra os embargantes, para rescindir o contrato, com perda das prestações pagas, reintegração de posse e mais cominações.

A sentença de fls. 66-71 chegou à seguinte conclusão: a) julgou procedente a ação de consignação e subsistentes os depósitos; b) julgou procedente a ação declaratória, para considerar nula a cláusula XI da escritura; c) julgou improcedente a ação ordinária como consecutório da procedência das ações precedentes e pela ausência de notificação promonitória, essencial à constituição em mora.

Mas a E. Terceira Câmara Cível, pelos votos dos Desembargadores NELSON RIBEIRO ALVES, relator, e MAURÍCIO RABELLO, deu provimento à apelação dos promitentes vendedores, para julgar procedente a ação ordinária de rescisão do contrato e improcedentes as ações consignatória e declaratória (fôlhas 97-99).

Foi, todavia, voto vencido o Desembargador SEBASTIÃO PEREZ LIMA, que confirmava a sentença apelada (fôlhas 100).

Com o escopo de restaurar essa sentença ofereceram os promitentes compradores embargos de nulidade e infringentes (fls. 90), que não foram impugnados oportunamente (fls. 107v).

2 — A divergência, surgida entre as partes contratantes da escritura pública de promessa de compra e venda de imóvel e que deu origem às três ações em julgamento, confina-se na *quaestio iuris* de legitimidade da cláusula em que estabeleceram a taxa de juros e a correção monetária das prestações do preço ajustado.

A sentença de primeira instância e o voto vencido, que a confirmava, concluíram pela ineficácia da cláusula, porque não havia obedecido às limitações e condições estatuídas na Lei 4.380, de 21-8-1964, vigente à data da celebração do contrato. O acórdão embargado, ao contrário, concluiu por sua validade, por considerar que a referida lei, instituindo a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, não proibia que os particulares livremente a pactuassem, atenta, principalmente, à norma genérica do artigo 82, do Código Civil.

Não há como contestar as asserções de ORLANDO GOMES, ao tratar das *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, segundo as quais como instrumento por excelência da vida econômica, o contrato, sob o ponto de vista jurídico, é a grande vítima da inflação e a influência perturbadora da depreciação monetária se faz sentir principalmente nos contratos de *execução deferida* e nos de *duração*, bem se compreendendo e justificando, por isso, o advento, no mundo dos negócios, da figura do contrato de conteúdo monetário variável, que se caracteriza pela existência de cláusula permissiva do reajustamento das prestações pecuniárias ao valor da moeda (Capítulo IX, páginas 125-140).

Mas irrecusáveis são também as ponderações de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, quando, ao fixar um conceito que harmonizasse o princípio de justiça co-

mutativa com a necessidade de segurança, fundamental no enquadramento do problema relativo à solução das obrigações de prestação pecuniária, dizia que essa “conciliação somente é possível mediante utilização moderada da cláusula de escala móvel ou outras semelhantes e esta moderação não é viável, e não terá a eficácia de conter-se num plano de equilíbrio, se não fôr objeto de regulamentação legislativa. Deixada à livre iniciativa das partes, ou mesmo à vacilação incontrolada da jurisprudência, podem, na comparação feliz de MICHEL VASSEUR equiparar-se a injeção de morfina, cujos efeitos são imprevisíveis” (*Instituições de Direito Civil*, vol. II, 1962, págs. 118-119). E alhures, recentemente, reafirmava suas convicções, ao dizer: “Entendemos, quer no plano doutrinário, quer no legislativo, que é lícito permitir a adoção pelas partes das cláusulas econômicas, ditas de correção monetária, mas policiadas legislativamente para que se não convertam em instrumento de desequilíbrio”, isto é, “não se convertam por outro lado em medida altamente inflacionária, capaz de gerar a instabilidade econômica e provocar a asfixia do devedor” (*Condomínio e Incorporações*, 2.^a ed., 1969, nos. 174 e segs., págs. 279 e segs.).

Assim, fixado pelo legislador o sistema corretivo da depreciação monetária, lícito não é admitir a ação arbitrária das partes nem a interferência judicante *contra legem*. Não há, outrossim, como invocar a autonomia da vontade ou a liberdade de contratar, em regime constitucional que estabelece como cânones de ordem econômica e social a função social da propriedade e a repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo aumento arbitrário dos lucros, fazendo prevalecer as normas de ordem pública e sancionando a intervenção do Estado na vida do contrato.

Quando, em 8-7-1965, foi firmada entre os litigantes a escritura de promessa de compra e venda, já vigorava a

Lei 4.380, de 21-8-1964, a qual, ao contrário do que afirmam o acórdão e a própria sentença, não regia apenas a correção monetária pactuada nos contratos imobiliários de interesse social em que fôsem partes as entidades integrantes do sistema financeiro da habitação, mas se applicava e regulava também, como decorre dos arts. 5.º e 6.º, parágrafo único, o reajustamento das prestações mensais de todos os contratos de vendas de imóveis para pagamento a prazo.

Inegável é, porém, que a cláusula convenconada não respeitou os limites e as condições fixadas na referida lei: estabeleceu a correção mensal, quando o art. 5.º só a admitia tóda a vez que fôsse alterado o salário-mínimo vigente e só sessenta (60) dias após a vigência dessa alteração, conforme acrescentava o § 3.º dêsse dispositivo; omitiu a exigência expressa, feita no § 4.º do mesmo artigo, de constar obrigatoriamente do contrato a relação original entre a prestação mensal da amortização e juros e o salário-mínimo vigente à data da convenção; omitiu também a prova de que se tratava de imóvel residencial com "habite-se" concedido dentro do prazo máximo de 180 dias, condição para que se pudesse estabelecer a correção, consoante o disposto no art. 7.º; transgrediu a condi-

ção imposta na letra e do art. 6.º, que só admitia a correção monetária, quando os juros convencionais não excedessem de 10% ao ano, tendo sido pactuados juros de 12%.

A cláusula questionada ofendeu, portanto, normas imperativas e proibitivas de lei de ordem pública, que define direitos e deveres dos contratantes em termos insusceptíveis de derrogação pelas partes, sob pena de nulidade.

Impõe-se, destarte, a conclusão da sentença e do voto vencido: a procedência das ações consignatória e declaratória e a conseqüente improcedência da ação ordinária de rescisão do contrato, atendendo-se, também, a que o Decreto-lei n.º 745, de 7-8-969, pondo térmo a dissídio jurisprudencial, instituiu cláusula coercitiva, vedando, em tôdas as promessas de imóveis a prestações a rescisão *pleno iure*, independente de notificação prévia.

3 — Em razão do exposto, acordam os Desembargadores do Quarto Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, em decisão unânime, receber os embargos, para, de acórdo com o voto vencido, restituir a sentença.

Custas de lei.

Rio de Janeiro, 18 de março de 1970.
— *João Coelho Branco*, Pres. e Relator.

FALÊNCIA. PEDIDO INSTRUÍDO COM DUPLICATA OU TRIPPLICATA EXPEDIDA PROTESTADA PELA FALTA DE ACEITE

A duplicata não aceita, embora legitime ação executiva, não constitui obrigação líquida para a decretação da falência.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 23.016

Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara

Schilling-Hillier S. A. Industrial e Comercial *versus* P. Charpinel e R. Simão Ltda.

Relator: Des. Francisco Pereira de Bulhões Carvalho.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de petição n.º 23.016, de que é agravante Schilling-Hillier S. A. Industrial e Comercial e agravado P. Charpinel e R. Simão Limitada, acordam os Juizes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça em negar

provimento ao recurso, contra o voto do relator.

Schilling-Hillier S. A. Industrial e Comercial requer a falência de P. Charpinel e R. Simão Limitada (Farmácia S. Benedito), alegando que a ré, sem relevante razão de direito, não pagou no vencimento duplicata de NCr\$ 419,40, vencida e protestada, acompanhada da respectiva nota fiscal e na qual está registrado o recebimento dos produtos pelo comprador; que, segundo o art. 15 da Lei n.º 5.474, de 18 de julho de 1968, com a nova redação dada pelo Decreto-lei n.º 436, de 27 de janeiro de 1969, "será processada pela forma executiva a ação do credor por duplicata ou triplicata aceita pelo devedor, protestada ou não, por duplicata ou triplicata não aceita e protestada, desde que acompanhada de qualquer documento comprobatório da remessa ou da entrega da mercadoria; que, nos termos do art. 1.º da Lei de Falências, considera-se falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva.

Indeferido o pedido, agravou o requerente.

Como bem observa o parecer do Dr. Procurador da Justiça, para justificar a decretação da falência não basta que o pedido seja instruído com a prova de que o devedor não pagou obrigação constante de título que legitime a ação executiva.

É preciso também que se trate de obrigação "líquida" e como tal o § 1.º do art. 1.º da Lei de Falências somente considera a "obrigação provada por conta extraída dos livros comerciais e verificada, judicialmente".

Não tendo sido feita essa verificação judicial de liquidez e certeza do direito alegado, não se legitima o pedido de falência.

Custas pelo agravante.

Rio, 5 de maio de 1970. — *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*, Presidente e Relator designado. — *Luís Antô-*

nio de Andrade. — *Graccho Aurélio*, vencido, com o voto seguinte:

VOTO VENCIDO

1 — O agravante requereu a falência dos agravados, instruindo o seu pedido com triplicata expedida e protestada por falta de devolução da duplicata, bem como com o recibo de entrega das mercadorias, passado no rodapé da fatura.

O pedido foi inicialmente indeferido, sob o fundamento de ser ilíquido o débito, havendo o agravo interposto pelo credor sido desprovido pela eminente maioria desta E. Câmara, que entendeu que a liquidez da dívida dependeria da prévia verificação judicial das contas dos devedores, na forma do art. 1.º, § 1.º, da Lei de Falências.

2 — Divergiu, todavia, desse respeitável entendimento o subscritor deste voto vencido.

3 — Os documentos de fls. 6 a 9 vieram provar, com efeito, que os produtos vendidos foram entregues aos compradores, que nada objetaram ao receber a duplicata para aceite, bem como por ocasião do protesto.

Assim, o requisito da possibilidade de ser o débito cobrado executivamente, em face do que dispõe o art. 15 da Lei 5.474, de 1968, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-lei 436, de 1969, foi satisfeito, restando verificar se o da liquidez da dívida, também exigido pelo art. 1.º, da Lei de Falências, ficou caracterizado.

4 — A definição de liquidez deve ser encontrada no art. 1.533, do Código Civil:

"Considera-se líquida a obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto."

MIRANDA VALVERDE, com a precisão habitual, explica:

"Os meios hábeis de prova dão a certeza da existência da obrigação: a determinação de seu objeto,

isto é, da espécie, qualidade, quantidade, ou valor da prestação, produz a sua liquidez" (*Comentários à Lei de Falências*, I, art. 1.º, nota 6).

No caso, o objeto da dívida, ou seja o seu montante, está precisado na fatura e ratificado tácitamente pelos devedores, que deixaram de apresentar qualquer das justificativas do art. 8.º, da Lei 5.474, de 1968.

Por outro lado, a certeza da existência do débito decorre do recibo de entrega da mercadoria e ainda da omissão dos compradores de esclarecerem a razão da falta de aceite.

Portanto, a triplicata que instruiu a inicial, além de poder ser cobrada executivamente, apresenta a liquidez exigida pela lei falimentar.

5. É de notar, ademais, que o legislador não tinha razões para negar, em casos tais, possibilidade jurídica ao pedido de falência, admitindo apenas a via executiva, porque a falência nada mais é que execução coletiva sobre todos os bens do devedor (MIRANDA VALVERDE, obr. cit., n.º X da Introdução).

6. Acresce ainda que a verificação judicial admitida pelo § 1.º, do art. 1.º da Lei de Falências, foi criada para favorecer o requerimento da falência, em época em que as duplicatas sem aceite não podiam ser cobradas executivamente.

Dessa forma, êsse dispositivo legal não deve, "data venia", ser invocado para entrar o processamento da falência, no momento em que o legislador tomou rigorosas medidas de proteção à compra e venda mercantil, possibilitando a via executiva para cobrança de duplicatas sem aceite, desde que satisfeitos os requisitos do art. 15 citado.

7. A solução adotada pela Câmara manterá no comércio, por outro lado, empresa insolvente, em detrimento da segurança mercantil e do direito dos agravantes, que terão que pleitear a cobrança da triplicata pela exaustiva ação executiva, que nada mais é, como acentua MACHADO GUIMARÃES, que uma ordinária, com a medida acautelatória da penhora.

8. Foram essas as razões que me levaram a dissentir dos eminentes votos vencedores.

Jurisprudência Criminal

FOTOGRAFIA OBSCENA

"Réu condenado como incurso nos artigos 234 do C. P., e 1.º da Lei 2.252, de 1954. Acêrto da condenação. Provimento parcial, no entanto, para reduzir a condenação, aplicando, quanto ao crime do art. 234 do C. P. a pena de multa, em lugar de detenção".

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 54.834

Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara

O. R. versus Ministério Público —
Relator: Carlos de Oliveira Ramos.

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos êstes autos de apelação criminal n.º 54.834, em que é apelante O. R. e apelada a Justiça. Acordam os juizes da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara em, unânime, dar provimento, em parte, ao recurso, para reduzir a condenação do apelante a 1 ano de reclusão e multa de NCr\$ 45,00, mantidas as demais cominações da sentença. Custas *ex legem*. E assim decidem porque, no que tange ao crime definido no art. 234 do C. P., afigura-se mais acertado aplicar a pena

de multa em lugar da pena de detenção. Sòmente nesse ponto merece reforma a sentença, a qual, aliás, se equivocara na pena de detenção, eis que o mínimo previsto no citado art. 234 é a pena de 6 meses. Ressalte-se, por fim, o acêrto da condenação, porquanto os fatos deploráveis imputados ao apelante e à co-ré sua mulher ficaram sobejamente provados, consoante o brilhante e lúcido *Parecer* do Dr. Procurador.

Rio de Janeiro, 9 de abril de 1970 — Carlos de Oliveira Ramos — Presidente e Relator; Oswaldo Goular Pires — Revisor; Valporê Caiado.

PARECER

Egrégia 1.ª Câmara Criminal:

O caso é o seguinte: O apelante era funcionário da SUNAB, casado com a co-ré, de prendas domésticas. Como era entendido em fotografia e a vida apertasse, fotografava remuneradamente nas horas vagas. Vivendo em meio um tanto libertino e ambicionando lucros fáceis, o réu passou a cercar mocinhas, inclusive em colégios (fls. 60, etc.) e a aliá-las.

Seu fim era fazer fotografias obscenas e enviá-las à Suécia (fls. 4, 18, 207, 208, etc.), onde a publicação é livre, ou então negociá-las aqui mesmo, pois onanistas e depravados se encontram em qualquer lugar do mundo.

Por incrível que pareça, começou pelo próprio lar: dois cunhados do réu (irmãos da ré) participaram; uma espécie de filha adotiva dos mesmos, idem, acompanhada de outras moças levianas; o réu fotografava, mas, de quando em vez, metia-se no deboche e aí era a mulher dêle, a ré, quem fazia o papel de fotógrafa; enfim, *tutti buona gente...*

O negócio ia de vento em pôpa e já chegavam a alertar que:

“— O que o Oswaldo fazia era de pessoa sem juízo e isso era um crime, e se fôsse descoberto daria cadeia” (fô-lhas 97).

O pouco, mas super-ilustrativo material que se colheu a fls. 163 (6 fotografias e 1 filme), mostra bem a bacanal. Muita fotografia licenciosa foi destruída assim que a sem-vergonhice veio à tona, o que só sucedeu, porque duas mocinhas brigaram e uma delas foi à Polícia contar o que havia...

Feito o processo, foram o réu e a ré denunciados e condenados pela prática dos crimes de *objeto obsceno* (art. 234 do Código Penal) e *corrupção de menores* (Lei n.º 2.252, de 1-7-1944).

Prêso, apelou o réu, negando o primeiro crime, que teria sido fruto de uma vingança de uma das moças, eis que êle ficaria com as fotografias para si, não as divulgando, e que o segundo crime não se verificara, pois as moças eram depravadas. A ré se encontra foragida.

Isto pôsto, tem-se que o apêlo não procede *in totum* e a Procuradoria é pelo seu desprovimento.

Vamos principiar pelo primeiro crime, o de objeto obsceno, que existiu. Trata-se de delito de mecânica múltipla, onde o agente não passa de um explorador da degenerescência:

“L'interesse tutelato dalla legge è d'altissimo valore etico e fisiologico. La pornografia e le altre manifestazioni affini, sozso diletto di immaturi e di degenerati e immonda speculazione di lenoni intellettuali, è un esiziale tossico morale, che invilisce il sentimento e l'intelletto, degradando anche fisicamente la persona, con l'abitudine di artificiosi eccitamenti erotici e col conseguente acquisto di vizi”.

(MANZINI, “*Trattato di Diritto Penale Italiano*”, vol. 7.º, pág. 412).

O réu e ré eram bem casados. Não queriam as fotografias para si. Queriam-nas, *para fim de comércio* (venda a revistas suecas) ou distribuição interna remunerada. Os rapazes que participaram da imoralidade, fizeram-no por espírito de farra; as moças, para ganharem dinheiro, do qual, aliás, não

viram a côr; e os réus, *para o fim de comércio* (repetimos), porque aquilo seria um meio lucrativo para o aumento de nível de vida. Essa finalidade dos réus, a cada passo dos autos é repisada, e é confirmada pela lógica, porque ninguém vai se arriscar a tanto (veja-se a revelação das fotos), *de graça*, sem um fim particular qualquer (gôsto pela libidinagem, onanismo próprio, excitação pessoal):

“Qui l'emento psicologico è il dolo generico consistente nella *coscienza e volontà di far commercio*, distribuire, ed esporre pubblicamente gli oggetti vietati senza che alcun fine particolare colori e caratterizzi la condotta criminosa” (ALFONSO PALLADINO, “*La tutela Penale del dore e studi giuridici vari*”, 1960, Milão, pág. 39).

Quanto ao segundo crime, ou seja o de *corrupção de menores* (Lei 2.252, de 1-7-1944), também êle se verificou. Determina essa lei que: “Constitui crime, punido com a pena de reclusão de 1 a 4 anos e multa de 1.000,00 a 10.000,00, corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de 18 anos, com ela praticando infração penal ou induzindo-a a praticá-la”.

Foi isso o que o réu e sua mulher fizeram. Nenhuma das moças era prostituta, e se uma delas já fôra deflorada pelo namorado, isto não quer dizer que não pudesse se degradar mais. E se degradou, porque o réu fêz ela posar (ela e as outras), em cenas de *fellatio in ore*, de *cunnilingus*, de *coito anal*, e de *coito múltiplo*, embora *simulados* (Ah a inconsciência profissional entre os delinqüentes brasileiros! E ainda

querem imitar os suecos, que fazem tais cenas *de verdade...*!).

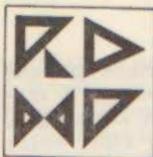
Ora, no caso presente, além das fotografias de nus estáticos e de cúpulas normais, há aquelas da mais desenfreada obscenidade. Assim sendo, a corrupção tem graus e:

“O crime não deixa de existir quando está em jôgo menor que, embora apresente alguma corrupção, é suscetível, entretanto, de ser levado ao extremo da degradação, revelando-lhe o agente horizontes mais avançados da sensualidade, ensinando-lhe novos vícios, enfim, aumentando o desregramento de seus costumes. Concretiza-se, portanto, o delito, quando a vítima, ainda que apresente corrupção inicial, é lançada pelo corruptor a uma degradação mais intensa” (MAGALHÃES NORONHA, “*Dos crimes contra os costumes*”, pág. 252, São Paulo, 1954).

Destarte, não seria até nada de mais se o réu tivesse sido denunciado no próprio art. 218 do Código Penal (“Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 e menor de 18 anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo”).

E o apelante sabe disso! Tanto sabe que, após condenado, escreveu ao Dr. Juiz *a quo*, dizendo que não irá tirar mais fotos, que quer continuar amigo, mais amigo ainda do ilustre Magistrado, e de visitá-lo (fls. 269/270). Que o faça, mas sem kodak, são os nossos votos...

Rio de Janeiro, 30 de dezembro de 1969. — Jorge Guedes, 15.º Procurador da Justiça.



ESTUDOS E ATUALIDADES

UNIÃO INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS (*)

Foi realizada em Tunis, de 5 a 11 de abril último, a reunião do Conselho Central e das três Comissões de Estudos da União Internacional de Magistrados, de que o Brasil é membro fundador.

Nessa reunião, promovida pela entidade dos magistrados tunisianos, foram debatidos assuntos administrativos e ligados às finalidades da União, tendo sido eleito para a Presidência da U.I.M., biênio 1970 a 1972, o Desembargador Oscar Tenório, que já ocupava, anteriormente, uma das vice-presidências. Foi essa a primeira vez em que a presidência da União passou a ser exercida por magistrado não europeu, e tal fato, significando o elevado aprêço ao Brasil, fundador e membro atuante da entidade, veio demonstrar, também, o alto prestígio do Desembargador Oscar Tenório, cujo nome recebeu aclamação unânime dos representantes nacionais dos diversos países, dentro do Conselho Central.

Na mesma oportunidade, foi eleito o magistrado belga De Vreese, para a primeira vice-presidência, sendo eleitos presidente honorário o alemão Fritz Decker, que deixava a presidência, e vice-presidente honorário o tunisiano Mohammed Halioui, que ocupou a vice-presidência da União.

O Conselho Central aprovou resolução condenando o apêlo à violência como forma de resolver conflitos que devem, ao contrário, ser submetidos a um Poder Judiciário independente, respeitadas suas decisões pelos governantes e governados.

As Comissões de Direito Processual Civil, Direito Internacional e Direito Constitucional se reuniram, aprovando resoluções referentes aos respectivos assuntos, tendo sido apresentados trabalhos brasileiros às Comissões de Direito Internacional e Direito Constitucional. Completaram a delegação brasileira, com o Desembargador Oscar Tenório, o Desembargador Aloysio Maria Teixeira e o Juiz do Tribunal de Alçada, Felipe Augusto de Miranda Rosa.

Completados os trabalhos de Tunis, o Presidente Oscar Tenório designou, na forma estatutária, o juiz Miranda Rosa para as funções de Delegado Geral da Presidência, depois de reunião, em Roma, com o Secretário Geral Pietro Pascalino. A próxima sessão do Conselho Central deverá ser realizada no Brasil, em 1971, para o que já estão sendo dados os primeiros passos.

A União Internacional de Magistrados é atualmente composta de 21 países, a maioria europeus, figurando quatro latino-americanos: o Brasil, a Argentina, o Uruguai e o Paraguai. O Japão é também componente da entidade.

* * *

O Des. Oscar Tenório foi homenageado, no dia 30 de junho com um banquete no Jôquei Club Brasileiro, promovido pela Magistratura Federal e Estadual, membros do Ministério Público, Professôres e Advogados, tendo sido saudado pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, eminente Des. José Murta Ribeiro e pelo Magnífico Reitor da UEG, Prof. João Lyra. Agradeceu o homenageado com o seguinte discurso:

(*) Noticiamos neste número fato divulgado no anterior, porém agora com mais detalhes, inclusive com as resoluções aprovadas na última reunião da União Internacional dos Magistrados.

Comove-me esta homenagem como dupla manifestação de amizade pessoal e de patriotismo. Comove-me a escolha que fizestes dos vossos intérpretes. A magistratura e o magistério estão associados à minha existência de tal forma que, ante às exigências de uma opção, ficaria perplexo. Circunstância feliz, entre tantas de um destino generoso, elegeu dois grandes amigos, identificados nas suas funções com o oxigênio da minha vida espiritual e afetiva, para a expressão de alegria por um evento que, na minha pessoa, constituiu aprêço a um país que solucionou dois dos mais agressivos problemas do nosso tempo, a coexistência de raças e a tolerância religiosa.

Comovem-me, redobrada comoção, as palavras do Desembargador José Murta Ribeiro, Presidente do Tribunal de Justiça, e do Prof. João Lyra Filho, Reitor da Universidade do Estado. Do primeiro são conhecidas as virtudes públicas e privadas, a par da dedicação à causa pública que abraça a direção forense e o reitorado. Do segundo marco, na inevitável descida, a presença de quase meio século, desde os embates da Academia até a minha subordinação colaboradora no ensino superior. Os anos não amorteceram a luz da sua eloquência, no cumeiro de uma geração de grandes oradores.

Amigos vindos de várias nascentes dos contactos humanos e profissionais, chegam até ao meu pobre vale, para enverdecê-lo com o rico *humus* da bondade. Juizes, professores, advogados, diplomatas, membros do Ministério Público, Procuradores, políticos, homens de empresa, jornalistas, estudantes, funcionários, todos iguais no meu reconhecimento, tiveram sua parcela na eleição da União Internacional de Magistrados, a partir da Associação dos Magistrados Brasileiros, presidida pelo ilustre varão Ministro Washington Vaz de Mello, e da Associação dos Magistrados do Estado da Guanabara, dirigida pelo eminente Desembargador Nelson Ribeiro Alves, até manifestações de aprêço que se repetem.

A escolha de um juiz brasileiro para presidir a União Internacional dos Magistrados tem de nos levar, necessariamente, no exame do episódio, a apreciações universais e nacionais, porque o grande papel da instituição criada em Salzburg é alertar o juiz para as novas experiências e, mesmo, para as mudanças radicais.

Seu espírito é obviamente internacional; mas o internacional síntese das confrontações nacionais. Os estudos feitos pacientemente por magistrados de todos os continentes a respeito, por exemplo, do Mercado Comum Europeu, uma das mais admiráveis expressões de solidariedade regional, devem ser conhecidos na América Latina, para encaminhamento de soluções urgentes ao nosso progresso, soluções que possam derrotar a miséria em todas as suas trincheiras.

A revolução científica do século XX, a mais acelerada de toda a história da Humanidade, a ponto de um detentor do Prêmio Nobel de Química dividir a Civilização em dois períodos, antes e depois da exploração do átomo, não tem sido acompanhada por uma justa revolução moral. Os conflitos humanos exacerbam-se pela guerra civil subterrânea em efervescência e pela guerra externa não declarada, uma e outra sem padrões jurídicos definidos, ou com padrões anti-jurídicos.

Se ao Governante compete a responsabilidade política na solução das crises, por exigência inata do exercício do Poder, a todo aquele que se curva à meditação dos problemas da justiça e da equidade, o jurista, compete o dever moral, em certas circunstâncias, de propor fórmulas, ou apoiá-las. Se ao magistrado cabe refletir, como processo intelectual de seu ofício, sobre o direito legislado, compete-lhe ainda atribuir, com sua crítica, ao aperfeiçoamento do direito como ciência humana. O mesmo se deve dizer do advogado.

A União Internacional dos Magistrados e a Associação Internacional dos Advogados têm, nas áreas de sua competência, deveres que se não separam de suas preocupações de estudos.

Pelo esforço pedagógico constante, pela apreciação comparativa dos diferentes sistemas jurídicos, pelas reflexões a respeito de problemas que preocupam a todos os países, independentemente de estruturas políticas e ideológicas, poderão os dois grandes organismos internacionais contribuir à apaziguação e à concórdia.

Restabelecer o equilíbrio interno e externo é da missão do jurista. Quando nações se tornam enfermas a comunidade internacional se torna inconsistente, afrouxados os laços da solidariedade e aumentados os estímulos ao ódio.

Noutra visão, a crise universitária, crise material, moral, política e intelectual; apresenta-se apenas como uma parte da crise universal, que se não pode resolver nas alternativas de direita e esquerda, de reação e revolução, de conservadorismo e liberalismo. São posições unilaterais para um complexo processo institucional.

Da parte do jurista o problema essencial não é o da contestação; é o da preparação, para que se habilite ao manejo de uma realista técnica jurídica. Assiste êle a uma revolução material para a qual não tem contribuído, ou tem contribuído pouco. As escolas de direito estão despreparadas para a batalha que o mundo capitalista trava na competição das empresas, embora reformulem os currículos das matérias. Os juizes e advogados que nelas aprenderam, passeiam às vezes por regiões desconhecidas. Há uma realidade que os sábios mudam e transmudam. E os técnicos, os profissionais da tecnologia, que se aproveitam das descobertas e invenções científicas, em lugar de convocarem os juristas, esclarecendo-lhes os problemas, para um trabalho que deve ser feito necessariamente a quatro mãos, enchem-se de empáfia e acreditam que elaborar leis é o seu mister, depreciando o que chamam a rabulice do bacharel.

O atraso das Faculdades de Direito na reformulação dos seus programas e das suas direções intelectuais, não decorre, como tendenciosamente se diz, do apêgo às idéias gerais, sem as quais entretanto, não há civilização superior, isto é, civilização que possa deixar um glorioso legado, nem da falta de sedução por uma tecnocracia absorvente, desnudada de ciência e de sensibilidade social. De qualquer forma, a tecnocracia legisla, aumentando as dificuldades dos tribunais na formação de sua jurisprudência.

Quando a União Internacional dos Magistrados incluiu, desde o 1.º Congresso realizado em Roma, em 1958, a matéria do ingresso na magistratura, teve a previsão de um problema fundamental para o legislador e para o jurista; teve, mais ainda, em consideração o assalto dos despreparados aos redutos de uma ciência que os apedeutas despresam, pensando tratar-se de um ramo da literatura de ficção, onde a imaginação vagueia.

Se é natural o meu júbilo pela presença de tantos magistrados e professores a esta homenagem, não menor é êle à adesão dos advogados. Tem-se feito abundantemente o elogio do juiz. Falta um Calamandrei para fazer o elogio do advogado, profissional do heroísmo cotidiano. Nem sempre lhe chegam ao seu regaço as recompensas materiais, embora injustiçados pelos malbaratos de incompreensão. Antes de atingir o postulante, a sentença iníqua fere a consciência do advogado.

Minhas senhoras e meus senhores:

As nossas mais legítimas preocupações e as nossas mais fecundas esperanças devem ser as da Nação Brasileira. A Nação não é apenas os juizes, nem apenas os intelectuais, os militares, os trabalhadores, os capitalistas, os estudantes, os jornalistas, os professores, os sacerdotes. A Nação, no conceito do grande historiador das origens do cristianismo, é uma alma coletiva. Constitui-se de todas aquelas forças que encarnam a ordem jurídica, a segurança nacional, a inteligência, o trabalho, a moral, unidas para o esforço criador e a fecundação dos nossos ideais de unidade. Quando elas se dividem, ou se dissociam, às vezes por equívoco da representação eletiva, a Nação corre o perigo de enfermar. É o momento em que se reclama a participação dos estadistas, dos arquétipos, para tirá-la da beira do abismo da insônia. É a hora que soa para o homem público, como que despertado pela trombeta de Gedeão, a fim de tomar, contendo sua revolta e aparentando fraqueza, decisões imediatas na linha de frente de trágicos acontecimentos, para o prestígio moral do Governante e a preservação da honra internacional do País.

Esta Nação, a nossa, tem tido seus pro-homens, uns autoritários como Diogo Antonio Feijó, outros românticos da liberdade, como Rui Barbosa, seguindo, mesmo nas divergências doutrinárias, o caminho da unidade, a unidade física e política que fez a glória do Império. Na ordem externa proclamamos a igualdade jurídica

dos Estados e nos adiantamos na admissão de novas Nações na comunidade internacional. Pioneiro o Brasil no reconhecimento da Tunísia como Nação soberana, teve a ventura um juiz brasileiro de ouvir, na sessão plenária do Conselho Central da União Internacional dos Magistrados, louvores à nossa diplomacia.

O espírito de um pro-homem, que soube reunir na sua pessoa as qualidades superiores e os defeitos do nosso povo, esteve sem dúvida presente àquela reunião de juízes às margens carregadas de história do Mediterrâneo. Rememoro a figura do Barão do Rio Branco, para ligá-lo aos grandes e aos pequenos episódios felizes da nossa vida internacional. Eis porque eu vos disse que esta homenagem é expressão de amizade e de patriotismo.

As palavras de gratidão desejo acrescentar as de esperança. O mundo vive no meio de irrealidades e deformações. Degradam-se as palavras que exteriorizam as nossas idéias e os nossos ideais, a ponto de seu sentido etimológico perder autenticidade. Augustas palavras, anota o poeta Paul Valéry, substituem-se na violência do debate, na trágica comédia dos partidos, nas discórdias tempestuosas. Augustos verbos, valores ideais (acrescenta), como a *Ordem*, a *Razão*, a *Justiça*, a *Pátria*, a *Verdade* ou a *Virtude*, são vociferados na praça pública, berrados e ouvidos pelos gritadores.

A observação do grande poeta, também pensador de estirpe real, leva-nos à campanha da autenticidade.

Há uma distorção de valores da Civilização Ocidental, humanista e racionalista. As palavras que se degradam, pela degradação dos atos e gestos que elas deveriam representar, são as palavras da nossa vida de juiz, de professor, de advogado, de jurista em toda a variedade do trabalho: *Ordem*, *Razão*, *Justiça*, *Pátria*, *Verdade*, *Virtude*.

Temos de ser participantes, com as limitações que se impõem às nossas funções específicas, da batalha da recuperação das palavras distorcidas, dos verbos distorcidos, em nome da própria verdade.

Se há tantas palavras distorcidas, uma, eu sei, é autêntica, pura, clara, nestes minutos felizes, a palavra *amizade*.

Obrigado, amigos!

CENTENÁRIO DA "SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE"

Fundada, em Paris, em 16 de fevereiro de 1869, completou cem anos, em 1969, a *Société de Législation Comparée*, da qual é devedora a ciência jurídica Ocidental. Para comemorar tal acontecimento foi realizada, em Paris, uma assembléia geral, presidida por RENÉ CAPITANT, com a presença de juristas de todo o mundo, membros do M. P. e magistrados franceses. O Brasil se fez representar pelo nosso ex-embaixador, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Prof. BILAC PINTO. Fundada por A. RIBOT, P. JOZON e E. LABOULAYE, que foi o seu primeiro presidente, publicou o *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, no qual colaboraram grandes juristas. Depois de oitenta e dois anos de publicação o *Bulletin* deu lugar à *Revue Internationale de Droit Comparé*, que, ampliando os objetivos, segue na mesma trilha brilhante traçada pela sua antecessora. Em 1872 publicou o primeiro *Annuaire de législation étrangère*, que apareceu até 1938. Depois de 1956, passou a publicar o *Annuaire de législation française et étrangère*. Promoveu, em 1900, o primeiro Congresso Internacional de Direito Comparado, organizado por R. SALEILLES, e em 1921, por ocasião de seu cinqüentenário, realizou outro Congresso, sobre as "transformações do Direito nos principais países". Na presidência da sociedade, além de SALEILLES, passaram LAMBERT, H. CAPITANT, LEVY-ULLMANN, DEMOGUE, JOSSERAND, CHARPENTIER, DECUGIS, NIBOYET, e J. DE LA MORANDIÈRE. Atualmente é presidida por MARC ANCEL. Para comemorar o acontecimento a Sociedade acaba de publicar o *Livre du Centenaire de la Société de Législation Comparée*, com

valiosos trabalhos sobre a contribuição do Direito Comparado para o desenvolvimento do direito positivo.

CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL

Realizou-se em Roma, de 29 de setembro a 5 de outubro de 1969, o *X Congresso de Direito Penal*, que aprovou as seguintes resoluções:

— o crescente aumento de delitos de perigo responde às exigências atuais de uma vida social transformada pelos progressos técnicos;

— os riscos criados por tais transformações justificam o desenvolvimento das estruturas jurídicas destinadas a prevenir todo atentado à vida e à integridade dos homens;

— tais modificações jurídico-penais, juntamente com o comportamento dos homens pautados segundo tais modificações, acarretam o desenvolvimento do sentido da solidariedade social e o reconhecimento do valor igual de cada ser humano;

— tais alterações traduzem-se na extensão dos preceitos legais, destinados a proteger a existência dos homens e das coletividades, de modo a punir as ações e omissões criadoras de risco;

— tais modificações e tais incriminações penais devem respeitar o princípio de legalidade, com qualificação precisa e concreta dos delitos;

— o “perigo presumido” deve admitir ampla prova e deve dar ao acusado possibilidade de fornecer prova contrária para destruir a presunção;

— a proteção penal antecipada deve ser reservada aos valores individuais ou sociais fundamentais, postos em perigo pelos crimes contra a paz e contra a Humanidade, pela incitação à guerra ou questão racial.

IV CONGRESSO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE E O TRATAMENTO DOS DELINQUENTES

Realiza-se em Kyoto, no Japão, de 17 a 26 de agosto do corrente ano, o *IV Congresso das Nações Unidas para a prevenção do crime e o tratamento dos delinquentes*, tendo por tema central “A criminalidade e o desenvolvimento”. A revista espera dar próximamente as resoluções aprovadas nas reuniões.

VI CONGRESSO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA

De 21 a 27 de setembro do corrente ano, em Madrid, estará reunido o *VI Congresso Internacional de Criminologia*, tendo por tema central “A investigação científica em Criminologia”. Problemas metodológicos serão discutidos. A revista espera dar próximamente as resoluções aprovadas nesse Congresso. Estará presente o Curador e Prof. *Raphael Cirigliano Filho*.

CONGRESSO INTERNACIONAL DE FILOSOFIA DO DIREITO

Realizar-se-á, de 30 de agosto a 3 de setembro de 1971, em Bruxelas, na Universidade Livre de Bruxelas, um *Congresso Internacional de Filosofia do Direito*, tendo por tema central: interpretação do direito.

RUY ARANTES ANTUNES

(1915-1970)

Ainda não refeito com a perda do excelente Procurador *Lúcio Marques de Souza*, eis que o Ministério Público — ou, mais exatamente, a Justiça inteira sofre outro sério golpe, com o falecimento do Curador *Ruy Arantes Antunes*.

Nascido em Leopoldina, Minas Gerais, fêz êle seu curso ginasial aqui no Rio, pelo Instituto Lafayette. Formou-se em Direito pela Faculdade Nacional, em 1943, tendo ingressado no Ministério Público, em 1946. Neste, foi, sucessivamente e com o maior destaque, Defensor Público, Promotor Substituto, Promotor Público, e Curador (de Família e de Acidentes do Trabalho).

Ruy, além da sua fina inteligência, destacava-se pela bondade e simpatia irradiantes. Tinha sempre um sorriso e atenção para todos, sobretudo com os humildes e necessitados, que formam a grande legião das Varas de Família e de Acidentes. Aquela figura calma, com o seu grande e tradicional bigode, era o refúgio dos aflitos e o pôrto seguro dos amigos.

— Oh! Ruy, como você está fazendo falta...!

JORGE GUEDES

POSSE DE ESTAGIÁRIOS-ACADÊMICOS NA PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA PRIMEIRA REGIÃO

Em 17 de abril do corrente ano, tomaram posse estagiários-acadêmicos na Procuradoria Regional do Trabalho em cerimônia presidida pelo *Dr. Fernando Dourado de Gusmão*, Procurador Regional do Trabalho em exercício. Compareceram à mesma cerimônia, entre outras autoridades, o Exmo. Sr. Dr. Juiz Mariano A. Ramos, que representava, também, o Exmo. Juiz Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região; o Dr. Othongaldi Rocha, Procurador do Trabalho de Primeira Categoria, que representava o Diretor da Faculdade de Direito Cândido Mendes; o Dr. Paulo Dourado de Gusmão, Procurador da Justiça do Estado e Diretor da "Revista de Direito" do Ministério Público do Estado da Guanabara; o Dr. Paulo César Costeira, representante da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção do Estado da Guanabara; os Drs. Steiner do Couto e Nicanor Medili Fischer, representantes da Associação Carioca de Advogados Trabalhistas, bem como, o Diretor, em exercício, do Departamento de Assistência Judiciária e Estágio Forense da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado da Guanabara, *Dra. Salua Bunahum*.

Após o juramento dos estagiários, usou da palavra o Dr. Fernando Dourado de Gusmão, Procurador Regional do Trabalho em exercício, que ressaltou o fato de o homem, apesar de ter obtido fantásticos progressos no campo das ciências físico-naturais e da tecnologia, não ter conseguido solucionar os conflitos oriundos da sociedade industrial. Referiu-se à importância do Direito do Trabalho na solução desses conflitos e ao sentido social e humanístico desse campo do Direito e felicitou aos estagiários pela escolha desse ramo do Direito, "pois, sem merecer qualquer outro ramo" da já frondosa árvore jurídica, "souberam" êles "buscar o Direito mais próximo do espírito humano — o Direito do Trabalho", por ser êste, a síntese do próprio homem no que tem de mais puro e digno.

Apraz-nos registrar que aquêle serviço de estágio foi organizado com base no serviço de estágio da Procuradoria-Geral da Justiça, tal como foi dito no Ante-Projeto da Ordem de Serviço reorganizando o Serviço de Assistência a Menores e de Estagiários, que saiu publicado no Diário Oficial, Parte III, do dia 23 de março de 1970, páginas 3.905/3.911.

O APERFEIÇOAMENTO DO DIREITO PENAL: UMA EXIGÊNCIA DE NOSSO TEMPO

Publicação oficial do Ministério da Justiça da República Federal da Alemanha

MAIS SEGURANÇA

A propósito do Direito Penal, a maioria dos cidadãos pensa em sua segurança e na proteção contra o crime.

Isto é compreensível.

Nos jornais lemos quase diariamente notícias sobre assassinatos e homicídios, sobre roubos e violências. O rádio e a televisão nos informam sobre todos os crimes sensacionais do mundo inteiro.

Muitos cidadãos recebem, assim, uma falsa imagem da realidade. Eles estão inquietos, e desassossegados, e entendem que nosso país se acha inundado por uma verdadeira enchente de crimes graves.

Não obstante esse entendimento ser irrealístico, os cidadãos preocupados clamam por um Direito Penal especialmente duro, até mediante a reintrodução da pena de morte.

Nossa "Lei Fundamental", entretanto, aboliu a pena de morte, e por bons motivos. Está certo que todo infrator da lei deve saber que o crime não compensa. Penas duras, só por si, apenas raramente conseguem afastar um malfeitor do seu crime, porque ele, embora refletindo antes do procedimento criminoso, calcula sempre não vir a ser apanhado e não vir a ser incriminado perante a Justiça.

Mas há de ser constatado que não aumentou o número dos crimes aos quais se cominava a pena capital, naqueles países onde a pena de morte foi abolida; pelo contrário, o número de tais crimes ali regrediu.

Acresce que a execução da pena de morte não pode ser revista, pelo fato de que, na ocorrência de um erro judiciário, nenhum expediente devolverá a vida. Os erros judiciários, porém, são inevitáveis, apesar do maior cuidado dos juizes, que erram, como qualquer pessoa.

Certamento o Estado obtém, aplicando rigor, alguns resultados: todavia, na maioria das vezes éstes são diversos daquilo que geralmente se pretende. O rigor, por si só, não implanta ordem; do contrário, gera brutalidade.

A intimidação é uma espada de dois gumes, com a qual a sociedade se fere, tanto mais facilmente quanto mais afiados sejam os gumes. — Por que será que a execução pública foi abolida nos países civilizados, mesmo naqueles onde existe ainda a pena capital? Por que, mesmo entre os defensores da pena capital, ninguém pensa em recomendar seja ela aplicada com tortura, como era de uso há duzentos anos passados? Não se tornaria maior, seu efeito intimidativo, em tanto quanto mais terrível fôsse e aplicação da pena?

A prática da execução penal aplicada de modo excepcionalmente aflitivo já tinha deixado de dar resultado anteriormente. E, segundo a tradição, as execuções públicas ensejaram estímulos particulares aos batedores de carteiras para pilhar os bolsos dos assistentes, sem que eles dessem importância às ameaças de rigorosas penalidades...

Execuções públicas e formas cruéis de execução da pena só contribuem para o embrutecimento geral.

Por isso, resulta ser incompatível com a dignidade humana uma aplicação do Direito Penal que aterrorize com o rigor; e a nossa Lei Fundamental proclama a intangibilidade da dignidade humana. Isso quer dizer, rigorosamente falando: tal aplicação do direito atenta, igualmente, contra a nossa própria dignidade.

Se o Parlamento agora prepara-se para modernizar o Direito Penal, isso não acontece em virtude de um sentimentalismo generalizado, que permitirá ao delinqüente desfrutar de seus atos.

Nós queremos a reforma do Direito Penal porque nós mesmos, os cidadãos conscientes de suas responsabilidades, devemos-nos um Direito Penal avançado, um Direito Penal onde predomine a idéia de que o futuro nos pertence.

NÓVO DIREITO PENAL: UM CAMINHO DIFICULTOSO

O velho Código Penal, ainda vigente, provém do ano de 1871. Êle foi modificado muitas vèzes, ou seja, 75 vèzes até hoje. Apesar disso, êle tem conservado no seu âmago o espírito do tempo de nossos avoengos; qualquer coisa como os vapôres das ruelas estreitas e das travessas das pequenas cidades, quando as pessoas do nosso país mutuamente se espiavam nas cozinhas e nos quartos.

Destarte, não espantarâ a constatação do que, desde muito tempo, se venha tentando alterar, a partir do seu alicerce, o nosso Código Penal. Já em 1906 para tanto se começou a trabalhar; assim, duas gerações se esforçaram pela renovação dessa lei. Contudo, sistematicamente, algo impediu a conclusão do trabalho: guerras mundiais, crises econômicas, imposições de outra ordem, aparentemente mais urgentes. Os mais velhos, por isso, foram transmitindo aos mais jovens a tarefa do século.

Na década dos cinqüenta, uma Grande Comissão de Direito Penal convocada pelo Governô federal esforçou-se por elaborar o projeto de um nôvo Código Penal. Após demorados estudos prévios, nos anos de 1960/1962, o Governô da União apresentou ao Parlamento e ao público o resultado dêsse trabalho, no qual já encontramos idéias para uma Lei Penal com vistas no futuro.

Não obstante, em seu conjunto, os projetos mais velhos foram superados pela evolução social; apenas o projeto de 1962, em seu contexto global, é aquêle que ainda agora permanece sob exame.

Vinte anos depois da II Guerra Mundial, porém, todos nós sentimos que a época da reconstrução está concluída e que as condições econômicas da sociedade transformaram-se radicalmente. De comêço em forma não perceptível; contudo, em seguida mais rãpidamente, a opinião pública mudou seu entendimento sôbre os variados problemas de nossa sociedade. Essa mudança de opinião, no caso particular do Direito Penal, evidenciou-se tanto entre os penalistas, como entre os parlamentares e o povo.

Quando o Dr. Gustav Heinemann assumiu o Ministério da Justiça federal, essas preocupações sôbre o nôvo Direito Penal receberam novos impulsos, com tal repercussão que anos antes ninguém poderia ter imaginado. Cada vez maior número de concidadãos desvencilhou-se de preconceitos do passado. Abriu-se a visão do futuro; e o ideal de renovação do Direito Penal tirou disso grande proveito, a ponto de o Congresso de Juristas Alemães, de 1968, se haver solidarizado com as inovações de profundidade.

No Parlamento da República Federal, uma Comissão Especial foi incumbida dos trabalhos de reforma do Direito Penal, e deputados de todos os partidos cooperam nesse empenho, observando-se que o Ministério da Justiça apóia tãcnica-mente, de modo constante, a atividade da Comissão. No entretempo, o estudo da Parte Geral de um nôvo Código Penal já se concluiu, na citada Comissão Especial: o que foi feito encerra, sobretudo, o "Sistema das Penas", e as normas e pressupostos segundo os quais elas serão aplicadas. Também já foram reformuladas importantes disposições da Parte Especial, pertinentes aos elementos constitutivos de infração penal, como o Furto, o Estelionato ou o Roubo.

Nessas condições, o atual Parlamento pode preparar uma lei que porá em vigor — em grandes trechos — a grande reforma do Direito Penal.

Por que o Parlamento Alemão necessitou de tantos anos para essa reforma? — O motivo é que essa renovação do Direito Penal é uma tarefa do século, que exige o incansável zelo dos membros da Comissão Especial, que até agora já tiveram mais de 140 reuniões.

Entretanto — quais são as inovações mais importantes que se apresentarão aos cidadãos?

1 — NÃO DEVE HAVER MAIS PENA DE RECLUSÃO

O projeto de 1962 ainda tinha conservado a tradicional distinção entre penas a serem cumpridas em "Zuchtheue" (casa para recolhimento de condenados a pena de reclusão, em regime de extremo rigor), em "Gefängnis" (casa para detentos), e "Haftstrafe" (pena de prisão simples). A Comissão Especial do Parlamento quer, ao contrário disso, propor que o mesmo Parlamento venha a abolir tal distinção, em correspondência a um ponto de vista antigo do Ministro da Justiça, Heinemann, que lhe dá seu integral apoio.

Muitos cidadãos oporão restrições a isso: não se estará indo longe demais? Não devem os grandes criminosos — ("Schwerverbrecher") — no futuro — ser punidos mais severamente que os pequenos e médios infratores da lei? Também não deve, nos tempos vindouros, ser mantida uma nítida distinção das espécies de penas?

A abolição da pena de reclusão não implicará em restringir o teor de ilícito dos graves fatos delituosos? Não será de se temer o aumento do número dos crimes graves, quando se abolir a pena de reclusão?

Entretanto, deve-se aprofundar melhor neste problema, para se obter a devida solução. Primeiramente, deve ser assentada a idéia de finalidade dessa pena editada pelo Estado: pretender, simplesmente, efeito intimidativo, com ela, é coisa illusória, como antes já desenvolvemos. Em segundo lugar, incide-se em êrre elementar quando se supõe que a pena deve ser uma expiação ou retribuição de ilícito praticado.

Naturalmente deve o delinqüente responder por sua ação. Porém a *expiação* tem um conceito religioso, e dificilmente poderá fecundar o sentido de sanção estatal. E a *retribuição*? Podemos nós, realmente, impor ao criminoso uma pena "talhada sob medida", capaz de lhe infligir, na mesma dimensão, o mal que êle causou à sociedade?

Adotássemos nós, sèriamente, êsse critério, então deveríamos reintroduzir as "penas retributivas" (o A. usa a expressão "penas de espelho" — "Spiegelstrafen"): ôlho por ôlho, dente por dente. Quem, antigamente fôsse incriminado, por um perjúrio, pelo fato deveria ter a mão decepada; quem prestasse falso testemunho, expiaria com a perda da língua.

Qual deve ser, porém, a feição de um Direito Penal finalístico, em nossos dias? Por um lado, êle deve logicamente conservar o valor da sentença: o crime não compensa! O Direito Penal deve proteger a sociedade contra as agressões aos fundamentos do convívio pacífico e ordeiro de seus membros.

Quando se pretende manter sèriamente essa proteção, não se deve excluir o entendimento de que o melhor expediente para isso há de ser a reintegração do delinqüente na mesma sociedade que êle agrediu. Êste processo leva à meta objetivada, da maneira mais segura e econômica; portanto, de modo mais racional.

Por isso, ao enfatizar a defesa social, o Direito Penal não deve ter em vista, ùnicamente, a punição do criminoso: é mister que êle considere a necessidade de evitar que êste se torne reincidente. Isto só tem realmente sentido no caso dos delinqüentes capazes de serem regenerados. Em relação aos incorrigíveis e aos criminosos por inclinação que revelem periculosidade, devemos proteger-nos de outra maneira. No futuro deve prevalecer que se comine prisão perpétua aos autores de crimes mais graves, e medida de segurança definitiva para os mais perigosos criminosos por inclinação.

Entretanto, os estabelecimentos destinados à reclusão com extremo rigor devem ser abolidos. — Por quê?

Antes de tudo, pelo fato de que, extingüindo-se a diferenciação entre a casa de reclusão ("Zuchthaus") e a casa para detentos ("Gefängnis"), em nada se modifica o estado de coisas vigente. As diferenças palpáveis, que existiam, reduziram-se há muito tempo, de modo que perderam interêsse para a execução penal. Por vèzes, até, nós encontramos instituições da espécie "Zuchthaus" em melhores e mais regulares condições do que os estabelecimentos da espécie "Gefängnis".

A diferença que pesa só se mostra após a saída do condenado, do estabelecimento penal: a experiência demonstra, que o egresso de "Gefängnis" não tem facilidade para se restabelecer na liberdade, enquanto que o egresso da "Zuchtshaus" tem quase total impossibilidade de se reintegrar na sociedade, porque ficou estigmatizado, para sempre, como ex-interno dessa espécie de instituição ("Zuchtshäusler").

2 — MENOS PENAS BREVES DE PRIVAÇÃO DA LIBERDADE

Em última correlação com o abolimento da pena de reclusão, proposto pela Comissão Especial do Parlamento Federal, foi decidido limitar o número das penas privativas da liberdade de curta duração; isso resultou de haver a experiência demonstrado que tais penas não cumprem a finalidade de preparar o delinqüente para o retorno à Sociedade e à Ordem. Esse tipo de pena freqüentemente causa mais prejuízo que vantagem, porque conduz, os que tropeçaram na lei, ao contato com criminosos experimentados, dêsse modo provocando uma espécie de contágio.

O perigo de contágio naturalmente sempre existe, quando é cumprida uma pena privativa da liberdade; contudo, êle é relativamente mais sensível na pena de prisão de curta duração. Assim, para o futuro, mais do que até agora, essa espécie de pena deve ser substituída por multa, que esteja relacionada com a responsabilidade penal e os recursos econômicos dos delinqüentes.

Esclareça-se que essa orientação nada tem a ver com eventual "onda de abrandamento", pois a multa é, desde que fixada num valor adequado, sensivelmente afluiva. Ademais, a multa preserva a posição social do sentenciado e não o prejudica no desempenho de sua atividade profissional, ao revés do que ocorre com a privação de liberdade, mesmo por tempo limitado. Por fim, a multa não priva o condenado, nem sua família, da fonte de receita do seu trabalho.

A supressão da pena de prisão em referência, corresponde, também, a um imperativo da Constituição: o matrimônio e a família se acham colocados sob especial proteção do Estado; os membros da família, que nada têm a ver com o delito, devem ser poupados das suas repercussões.

Que medidas então devem ser tomadas para a limitação do número das penas de curta duração?

Por princípio não deve ser editada nenhuma pena de prisão por tempo menor de seis meses. — Isso só deverá ocorrer em circunstâncias especiais, inerentes ao fato delituoso ou à personalidade de seu autor, e no caso em que seja imprescindível o constrangimento do agente e sua prisão pelo interesse da ordem pública.

A possibilidade de suspender-se a execução da pena, para pôr à prova a conduta do condenado, já existente no direito atual, deve ser consideravelmente ampliada. Até agora essa suspensão da execução da pena só podia ser deferida nas condenações à privação da liberdade por período não superior a nove meses. No futuro, êsse limite deve ser elevado para as penas de até um ano de prisão; excepcionalmente, dever-se-á poder suspender a execução de penas de até dois anos de prisão, consideradas as circunstâncias do fato delituoso e a personalidade do condenado.

Por certo que, então, também deve ser condicionada a suspensão da execução da pena: primeiramente, ela há de ser deferida com o pressuposto de que o beneficiário do favor se conduza de modo irrepreensível; em segundo lugar, o sentenciado deve ser obrigado ao ressarcimento do dano causado por seu ato, ou a pagar multa que será aplicada em serviços da comunidade.

Mas existem outros casos em que a Justiça poderá, futuramente, prescindir de condenação a penas privativas da liberdade; e isso, ocorrerá, principalmente, quando as conseqüências do fato hajam sido tão graves para o próprio agente que a imposição de pena seria medida claramente desacertada.

Essa nova orientação, tão generosa quão progressista, deve dar à Justiça a possibilidade de encontrar uma boa decisão, nos casos que constituam verdadeira tragédia humana. Quando, por exemplo, uma criança morreu acidentalmente, du-

rante seus brinquedos, por eventual culpa de sua mãe, que teria sido pouco zelosa; não deve essa mãe ser condenada, quando ela ademais da justificação de seus mil afazeres domésticos, já foi moralmente muito atingida.

Entretanto, também ao condenado a pena de multa, deve ser, no futuro, concedida oportunidade de corrigir-se; há de ser admitido esperar-se do delinqüente que êle não venha a reincidir. Por acréscimo, não se deve infligir multa que seja insuportável para o apenado; verificada a absoluta insolvência do delinqüente, a Justiça, embora cominando a pena de multa, apenas o advertirá sem cobrá-la. Mas, ainda nesse caso de advertência, reservar-se-á à Justiça o poder de cobrar a multa, se o condenado — num prazo estabelecido — não demonstrar sua regeneração.

Fica evidenciada, nisso, a finalidade de nôvo preceito: chamar a atenção do agente de um ilícito, sem prejudicar, desnecessariamente, o retorno à sociedade do homem recuperado.

Ao decretar a multa, o Juiz verificará que o apenado de fato a sinta, pois, se 500 marcos, atribuídos como pena por determinado ilícito, podem pesar para um indivíduo, êles podem ser desprezíveis para outro, incriminado por falta semelhante.

Nessa questão, o nôvo Direito Penal encontrará muito em que aperfeiçoar-se.

3. MULTAS MAIS JUSTAS

Segundo o direito vigente, podem ser cominadas multas entre 5 e 10.000 marcos; aqui a pena é estipulada, no seu valor, em relação com a gravidade do fato delituoso, e pouco em correspondência com as condições pessoais do delinqüente.

Isso é um estado de coisas injusto, que não deve perdurar. Para o futuro, portanto, as multas devem ser fixadas em "dias-multa", ("Tagessätzen"), não havendo condenações em valores globais, e, sim, em determinado número de dias-multa.

As penas privativas de liberdade de curta duração serão substituídas por condenações ao pagamento de multas equivalentes a dias-multa: quanto mais grave o delito a tantos mais dias-multa deve equivaler a condenação, que variará entre 5 e 360 unidades-dia. Sômente a gravidade do delito e o grau de responsabilidade de seu autor é que regulará o número de dias-multa. O valor dessa imposição punitiva, por sua vez, é condicionado pelas condições econômicas e familiares do delinqüente. Cada dia-multa pode variar de 2 a 1.000 marcos: dessarte, a condenação pelo mínimo, no caso de 5 dias-multa, corresponderá à multa de 10 marcos; como a condenação a 30 dias-multa, pelo dia-multa mínimo, poderá perfazer um valor de 60 marcos; se essa condenação a 30 dias-multa fôr pelo valor máximo, isso corresponderá a um valor total de 30.000 marcos.

Essas são importâncias que cada um sente, conforme suas condições. No caso de gravidade extrema, uma condenação poderá chegar a ser de 360 dias, que, pelo valor de 1.000 marcos o dia-multa maior importará em multa global de 360.000 marcos, a qual não será despicienda nem para um milionário.

A propósito, deve ser prevenido, para se evitarem incompreensões: no futuro não deve ser atribuída nenhuma pena de multa, nos casos de meras *contravenções* ("Übertretungen"); só haverá, então, *crimes* ("Verbrechen") e *delitos* ("Vergehen").

A maioria dos casos de contravenções já foi excluída do Direito Penal, e transferida para o âmbito das infrações de ordem regulamentar. Para referir apenas um exemplo, desde 1.º de janeiro de 1969 não mais se condenam os responsáveis por leves infrações das normas de trânsito, que sômente pagarão multa de natureza administrativa, na conformidade da lei disciplinadora da matéria. Muitos motoristas, que em casos de infração penal às regras de trânsito se teriam anteriormente desembaraçado com pouco dispêndio de dinheiro, depois de terem recebido uma admoestação com multa, agora sentem o peso das novas regras.

Quem pagar multa administrativa não estará sendo punido penalmente. Isto é um progresso que vale o seu preço. E de resto, quem não se conformar com a multa administrativa expedida pela autoridade policial, terá para si aberta a via das instâncias judiciárias.

4. A LUTA CONTRA OS CRIMINOSOS POR INCLINAÇÃO QUE REVELEM PERICULOSIDADE

De acôrdo com o que a experiência demonstra, nem todos os criminosos são passíveis de influência regeneradora. Não corresponde ao progresso do Direito Penal fechar os olhos para isso.

Então, como será possível, para diante, proteger mais eficazmente a Sociedade contra os delinqüentes incorrigivelmente reincidentes?

Entre as deliberações tomadas pela Comissão Especial do Parlamento, para o estudo da reforma do nosso Direito Penal, a propósito dessa questão, são de destacar-se: 1.º) em certo sentido o reincidente deve ser tratado, no futuro, com mais rigor do que até agora. — É verdade que a pluralidade de condenações não deve ser, por si só, elemento caracterizador da reincidência; por outro lado, quem reincidir no crime deve ser atingido por uma sanção pessoal, em virtude de não se ter aproveitado da advertência de suas anteriores condenações. Assim, para o futuro, a lei deve prescindir de cominar pena máxima na reincidência, a qual, aliás, jamais foi cominada, em casos tais; mas, por outro lado, o reincidente deve sujeitar-se, sempre, a uma pena de prisão de seis meses pelo menos.

Sobretudo, futuramente se agravará a pena, nos casos de reincidência — não mais como até hoje — exclusivamente a propósito de roubo ou furto e estelionato, ou fraudes de qualquer espécie, mas em todo crime doloso punível com prisão; dessa forma, não somente o ladrão contumaz, porém, ainda o rixento notório há de sentir-se ameaçado de pena mais rigorosa, quando lhe forem atribuídas as premissas legais da reincidência.

Em segundo lugar, a medida de segurança detentiva ("Sicherungsverwahrung") continuará sendo mantida, sempre que ela seja indispensável. É verdade que os delinqüentes sistematicamente reincidentes em pequenos delitos, — os que se esquivam de pagar contas em bares ou restaurantes, os ladrões de magazines, por exemplo, — daqui por diante não serão mais recolhidos em custódia detentiva por medida de segurança. Por outro lado, as prescrições recém-elaboradas visam a possibilitar que o juiz decreta medida de segurança detentiva contra os criminosos por inclinação, de índole perigosa, com fundamento em preceitos mais eficientes do que os inscritos na ordem jurídica precedente.

Finalmente, devem ser criados "institutos de terapêutica social". — Na medida de segurança detentiva permanecerá o criminoso até que a finalidade da medida seja alcançada; e se não o fôr, o delinqüente ficará submetido a ela pela duração de sua vida.

Porém, nem todos os criminosos reincidentes, que ainda hoje devem ser submetidos a detenção por segurança, são criaturas perdidas para a sociedade humana; êles não devem, daqui por diante, simplesmente padecer segregação, mas devem ser preparados para a reintegração na sociedade, através dos "institutos de terapêutica social" a serem criados. Nessa categoria hão de incluir-se, sobretudo, aquêles delinqüentes que, não sendo doentes mentais, todavia sofrem de grave perturbação da personalidade. Com os institutos de terapêutica social se pretende tentar curar perturbações dessa ordem, com assistência médica.

Será condição prévia, para internamento nesses institutos, que as condições do delinqüente sejam de ordem a fazer admitir-se o proveito do tratamento para êle reservado.

5. PROTEÇÃO CONTRA OS CRIMINOSOS POR IMPULSAO DE INSTINTO

Deve-se admitir a possibilidade de que certo grupo de criminosos — logo depois de executada a primeira condenação — seja submetido a prisão de um ano,

pelo menos, num instituto de terapêutica social: trata-se, aqui, dos criminosos por impulsão do instinto, quando êles revelem ser capazes de reincidir, e se verificou que o fato delituoso pelo qual foram condenados resultou de impulso sexual.

Esses delinqüentes devem ser tratados de maneira particular, visto que apresentam perigo especialmente grande, pela circunstância de fazerem das mulheres e crianças as suas vítimas. Infelizmente a taxa de reincidência é também especialmente grande entre criminosos desse grupo, motivo pelo qual êles apresentam séria ameaça à segurança pública.

Entretanto deve ser acrescentado que, exatamente no caso de tais delinqüentes, pode-se reduzir de modo acentuado a probabilidade de reincidência, mediante determinados tratamentos médicos. Por isso foi que o Ministro da Justiça apresentou, em 1968, o projeto de uma "lei de castração" ("Kastrationsgesetz"). — Entende-se por castração, aquela intervenção médica que extrai as glândulas seminais ou que as torna permanentemente inaptas para funcionar.

Até agora faltava base jurídica que permitisse uma intervenção dessa ordem, em condenado por crime de impulsão de instinto. Tudo será diferente quando o Parlamento tiver aprovado a lei de castração: então, o indivíduo incriminado nessas condições, além de receber medicamentos que atenuem seus impulsos sexuais, será passível de castração, em certas circunstâncias e com seu prévio consentimento.

Sem dúvida esta será uma intervenção decisiva, porque irrevogável. Porém, certos Estados estrangeiros tiveram boas experiências com castração voluntária: no máximo três por cento dos criminosos sexuais que foram desvirilizados, voltaram a reincidir. Tal resultado justifica seja adotada a castração voluntária, a qual é do interesse da segurança pública, como interessa ao próprio condenado que admite, em si, a intervenção médica, porque lhe facilita a reintegração na sociedade.

6. ATENUAÇÃO DO DIREITO PENAL SEXUAL

O nôvo Direito Penal não deve sòmente visar à proteção da sociedade contra os criminosos por impulsão de instinto. A propósito, devemos começar por indagar: em que medida se podem adequar os conceitos finalísticos do vigente Direito Sexual, à realidade dos ilícitos penais dessa natureza? Até que ponto tais finalidades atribuídas ao Direito Penal Sexual correspondem aos fins de um Direito Penal que não há de ser instrumento de tutela da sociedade, mas deve ser posto a seu serviço?

É precisamente o estudo de Direito Penal Sexual que evidencia não dever o juiz criminal proceder como se fôra um vigilante das virtudes ou dos costumes. Nem tudo aquilo que os conceitos religiosos, éticos ou filosóficos classificam como imoral ou lesivo dos bons costumes deve ser punido. Aonde chegaríamos, se a Justiça devesse perseguir tudo que fôsse havido por imoral? Isso conduziria, sim, a um comportamento abusivo ("Überforderung") e ao estilhaçamento de suas forças, que seriam melhor empregadas no combater a criminalidade realmente prejudicial à sociedade.

Perante o Direito Penal Sexual, também, o sobretudo, um determinado procedimento só deve merecer punição quando se torne tão anti-social, tão perigoso e insuportável, que a necessidade de proteger-se a comunidade o torne inadmissível. A sanção, aqui, deve corresponder à enérgica desaprovação social, pela via definitiva e extrema da coação imposta pelo Estado.

Mesmo em face do vigente Direito Penal este entendimento se acha estabelecido. Por isso foi que jamais se tentou empreender sanção penal nos casos de amor mercantilizado ou de comércio sexual extramatrimonial. Ambos estão isentos de penas, desde que não se apresentem os elementos constitutivos dos crimes de lenocínio e adultério.

Se intentássemos concretizar a proteção da "moralidade" através do Direito Penal, poderíamos colhêr resultados muito desagradáveis; então, o Direito Penal,

que vise finalisticamente a proteger a sociedade, terminaria por produzir uma sociedade de delinquentes, com o desvirtuamento de sua orientação.

Dessarte, comportamentos sexuais, que exorbitem da normalidade, só merecem incriminação penal quando se tornarem insuportáveis para a convivência social. Tais procedimentos não devem ser, de plano, classificados como anti-sociais, se eles constituem um fenômeno meramente marginal da sociedade. Foi com esse entendimento cauteloso, aliás, que o homossexualismo, por exemplo, insinuou-se outrora na legislação penal; é sabido que as práticas sexuais dessa ordem existiram em todos os tempos e em todos os povos, conquanto sempre da parte de minorias, como ainda existem hoje, na mesma desprezível proporção.

O Direito Penal de amanhã deve limitar-se a garantir os indispensáveis pré-requisitos para a convivência pacífica dos diferentes grupos da sociedade e camadas de população. A cada um deve ser assegurado viver sem temor de agressões à sua dignidade ou de restrições à sua liberdade de discernimento, e, ainda, sem receio de que a comunidade se intrometa abusivamente na esfera íntima da sua vida.

Um Direito Penal que estigmatizasse o homem com o sambenito do criminoso, somente por seu interesse sexual fora do ordinário, estimularia a hipocrisia, a bisbilhote e as tentativas de extorsão. Por assim entendermos, aplaudimos que a Comissão Especial para a Reforma do Direito Penal tenha proposto ao Parlamento federal eliminar certas práticas, como a homossexualidade entre adultos ou a sodomia, do quadro dos fatos delituosos. — Ao revés, os atos libidinosos praticados com crianças permanecem na conceituação de crimes, do mesmo modo que a sedução de menores, o estupro e outras violências de natureza sexual, para citarmos simplesmente uns poucos exemplos.

Semelhante orientação resulta de entender-se que a dignidade e a liberdade sexual da mulher, bem como a evolução espiritual e moral dos jovens e das crianças, que não deve ser perturbada, gozam da proteção da sociedade. Por outro lado, não se deve mais admitir que sejam punidos os pais, em razão das práticas íntimas de seus filhos adultos celibatários, naquelas circunstâncias que ainda hoje se incriminam como se fossem lenocínio; é que essa tolerância não implica em nenhuma espécie de perigo para a convivência pacífica de nosso povo, quando os filhos tenham maturidade suficiente para se responsabilizarem por seu comportamento sexual. Também o adultério, que hoje ainda pode ser penalmente incriminável, após a decretação do divórcio, mediante representação do cônjuge enganado, deve ser elidido, no quadro da reforma penal, dos ilícitos criminais; mas tanto não significa dever-se aprovar o adultério, que, naturalmente, continuará sendo considerado uma quebra da fidelidade conjugal, e, portanto, um fundamento para o divórcio.

Poder-se-á argumentar, em contraposição ao expressado, que o adultério perturba grandemente a disciplina da convivência social, e que o Direito Penal, pode ser uma força temperadora dos costumes; com esse entendimento, a elisão do adultério do quadro penal significará o menoscabo de seus efeitos daninhos.

Com isso demonstra-se não compreender que as penas aplicadas, nos casos de adultério, nenhum efeito descoroçoador têm tido: todos sabem que só um número ínfimo de adultérios é denunciado, o que na maioria das ocasiões tal não resulta de motivos nobres.

Acrescente-se, ainda, que o adultério raramente é motivo da desintegração do matrimônio; pelo contrário, geralmente êle é conseqüência. Nunca o Direito Penal, nem a autoridade do Estado, cimentaram um matrimônio. Quem se casou, deve cuidar de si mesmo, e de compor-se com seu parceiro. Não cabe ao Estado, e muito menos ao juiz criminal, tomar essa tarefa, em relação a uma sociedade conjugal emancipada.

7. A PROTEÇÃO DA PAZ DA COMUNIDADE

Embora só há pouco isso tenha sido sentido mais claramente, faz muito tempo que se clama pela necessidade de atualização de nosso Código Penal. Dentre as

matérias nas quais se impõe uma revisão de postura do Estado, são de destacar-se as pertinentes à turbação da tranqüilidade pública, e, especialmente, nos casos das aglomerações turbulentas, dos motins populares, de resistência contra a autoridade e da incitação à desobediência. A propósito dessas questões, o nosso vigente Direito Penal ainda está fecundado do espírito do Estado Autoritário, dos tempos históricos pré-democráticos, quando não se conhecia o "Direito de Demonstração", como hoje é assegurado em nossa Lei Fundamental.

O Poder do Estado não é um fim em si mesmo, porque tem o destino de assegurar o respeito aos Direitos dos Cidadãos. Assim, devemos alienar da atual Constituição todos os resíduos do que é com ela incompatível. Só é possível tornar eficiente o desempenho das funções do Estado, quando aquelas das suas autoridades às quais incumbe a execução da lei penal não estejam sobrecarregadas de institutos criminológicos dessuetos; êsses devem ser erradicados, porque tanto é da mais alta importância, para esclarecimento da posição dos manifestantes que abusam do direito de expressar livremente suas opiniões.

Por outro lado, essa liberdade de manifestação pública ("Demonstrations-freiheit"), que a Lei Fundamental assegura, também deve ser reconhecida pelo Código Penal. Dessa forma, tanto melhor será possível, no futuro, traçar os contornos do Direito de Manifestação Pública, para correta definição de onde se situa a lesão dos legítimos direitos dos cidadãos e onde se inicia a ruptura da tranqüilidade pública.

Isso é de extrema importância, e deve constituir-se em normas reguladoras da convivência dos homens, que não se pode deitar a perder. O exercício de violência contra bens ou pessoas é, e continuará a sê-lo, um atentado contra a sociedade, e, por isso, um comportamento passível de sanção penal.

8. A EXECUÇÃO PENAL

Os trabalhos para a modernização da execução penal ainda não avançaram tanto como seria de se desejar; e êles se fazem imperiosos, visto que até agora nem existe um fundamento legal uniforme, na Federação, para essa execução penal.

As condições de como se executa a pena são mais decisivas, para o futuro do criminoso, do que a ameaça e a imposição da pena. Os estabelecimentos penais não podem e não devem — no futuro — ser sanatórios. Porém, é igualmente importante que êles não funcionem como focos de germinação.

No decorrer dos trabalhos para a elaboração do novo Direito de Execução Penal deve-se, também, considerar se não será conveniente remunerar a atividade produtora dos presos melhor do que atualmente. Com melhor remuneração, o prêso será capaz de cumprir, pelo menos em parte, seus deveres sociais, quer dizer, de sustentar sua família, e de indenizar as vítimas de seu crime.

9. REABILITAÇÃO DA PENA

Já foi dado um largo passo à frente, no que toca à reforma do direito à reabilitação penal: um projeto de lei está entregue ao Parlamento, e nêle se prevê inscrição de reabilitação da pena mais cêdo, no Registro Penal. Além disso, em tal proposição permite-se que o ex-detento tenha facilitada a possibilidade de se apresentar — ante certo empregador, por exemplo — com declaração de que nunca foi um condenado da Justiça Criminal: ao apenado de ontem, que demonstre disposição de se reintegrar dignamente na sociedade, não devem ser opostas desnecessárias dificuldades.

Prevenir a reincidência no crime, corresponde a garantir a segurança de todos nós.

CONCERNE A TODOS NÓS, A REFORMA DO DIREITO PENAL

Muitos entendem que a reforma do Direito Penal é uma espécie de livro, redigido com muitas páginas, mas cerrado com sete lacres. Porém, logo se há de observar que isso é o resultado de confusão de um exame superficial.

Está claro que nem todos os cidadãos podem conhecer de tudo, no pertinente ao novo Direito Penal, embora qualquer um — desde que seja de seu interesse — possa receber informações detalhadas, sobre tal matéria, do Ministério federal da Justiça. Não obstante, todos deveriam estar informados, pelo menos, dos fundamentos básicos onde assentou a preparação da nova Lei Penal.

Por outro lado, não foi casualmente que o interesse na reforma penal permitiu que ela amadurecesse, até chegar à fase parlamentar. Isso foi o resultado de uma conjugação de forças políticas progressistas, as quais, entretanto, não prescindem do apoio de cada membro da comunidade.

Deve ser acrescentado, ademais, que essa grande obra reformadora só poderá ser concluída, e produzir seus frutos, mediante a vontade compreensiva do povo, com o mesmo espírito reinante no período anterior, quando dos trabalhos preliminares. E semelhante comportamento esclarecido, da parte dos membros de nossa sociedade de homens livres, tem de reinar, para que possamos contar com um Direito Penal capaz de projetar-se no futuro — para o bem de todos.

NOTA

1. O estudo que ora divulgamos corresponde a uma publicação oficial do Ministério da Justiça da República Federal da Alemanha, editada sob a responsabilidade de seu titular, que em 1969 era o Dr. GUSTAV HEINEMANN, atual Presidente desse país. Esse opúsculo, que mereceu uma apresentação redigida pelo próprio Ministro, foi editado sob o título: "Fortschritt im Strefrecht: Forderung unserer Zeit" ("O Aperfeiçoamento do Direito Penal: uma exigência de nosso tempo"). — Entendemos que a ausência de menção a autor, torna lógica a conclusão de que este haveria sido o próprio "Bundesminister der Justiz" Heinemann.

Pela importância da matéria versada, a autoridade de seu presumido redator, e, sobretudo, pela oportunidade, resolvemos traduzi-lo, para conhecimento dos meios jurídicos locais. E isso não obstante — como o Dr. HEINEMANN esclarece na apresentação feita, do opúsculo, — este ter sido redigido, sobretudo, para leigos, pelo que sua linguagem é simples e não estritamente técnica.

2. Mas a importância da matéria aqui divulgada resulta de que, entre abril e maio de 1969, o Parlamento da República Federal da Alemanha aprovou, em discussão final, a Parte Geral do novo Código Penal, que deverá vigorar a partir de 1.º de outubro de 1973. E nessa mesma época foi aprovada, ainda em discussão final, uma "lei de antecipação" ("Vorschaltgesetz"), que já torna vigentes partes essenciais da Reforma, e as insere no Código Penal em vigor (o de 1871). Dentre as matérias mais interessantes dessa lei, há que destacar-se a uniformização do regime das penas diferenciadas — a *pena de reclusão* ("Zuchthaustrafe"), a *pena de detenção* ("Gefängnistrafe") e a de *prisão simples* ("Haftstrafe") — com supressão da primeira, que é tida como dificultante da ressocialização dos apenados, e da terceira, que foi absorvida pela pena de multa, a qual teve ampliada a sua esfera de incidência. Outras inovações concomitantemente aprovadas: o genocídio não prescreverá mais, e o assassinio simples só prescreverá depois de 30 anos; ficou reduzido o número das penas privativas da liberdade por breve período, em favor das penas monetárias; foram aumentadas as possibilidades da suspensão

da execução da pena em favor dos condenados que evidenciarem capacidade de regeneração; foram eliminadas as disposições punitivas do adultério e de outros comportamentos extramatrimoniais, a sodomia, a homossexualidade simples e a blasfêmia.

Durante a discussão anterior à deliberação em tela, o antigo Ministro da Justiça, JAEGER, propôs que se restabelecesse a *pena de reclusão*, cuja supressão tinha já sido aprovada; e o Partido Liberal Democrático — à época na oposição ao Governo — queria que, pura e simplesmente, fossem suprimidas as penas privativas da liberdade por períodos menores de seis meses. Ambas essas proposições foram por fim repelidas.

Finalmente, no período legislativo de 1969, o Parlamento alemão aprovou a reforma completa do "Sistema de Penas", que deverá entrar em vigor, como referimos, em 1973.

3. Quem se aplica ao estudo de assunto jurídico apresentado em obras estrangeiras, sabe da dificuldade de traduzir para o vernáculo certas expressões que — se pertinentes a entidades dos sistemas em referência — nem sempre tem correspondência no vernáculo do tradutor. E isso é particularmente notado por todo aquele que se dedica à tradução de textos de direito alemão, língua na qual a nomenclatura jurídica é excepcionalmente peculiar, no confronto com a nomenclatura das línguas neolatinas, e, até, do inglês. — Por exemplo: nos números 4 e 5 supra, respectivamente, o autor do trabalho em apresentação refere-se a "Hangtäter" e a "Triebtäter", expressões que, ao pé da letra, devem ser traduzidas como "criminoso por tendência" e "criminoso por impulso".

Entretanto, verifica-se do texto, na expressão "Hangtäter" ("Täter" — plural sem alteração — significa agente, delinqüente, criminoso), o escritor alemão envolveu os delinqüentes que, pela sistemática e pela nomenclatura do Código Penal brasileiro de 1969 (artigo 64) são, umas vezes, *criminosos habituais*, outras tantas *criminosos por tendência*, e, até, os *plurirreincidentes*. — Em face disso, não tivemos outro recurso se não usar, ao traduzir o texto, a expressão "criminoso por inclinação".

Se traduzíssemos "Hangtäter" como "criminoso por tendência" — o que, ao pé da letra, estaria certo, — iríamos perturbar o entendimento do leitor brasileiro, em virtude da peculiar conceituação que a essa entidade criminológica defere nosso recém-promulgado Código Penal.

No que concerne aos "criminosos por impulso" (os "Triebtäter"), o escritor refere, no caso, aqueles que agem sob a pressão de instintos, isto é, por motivação endógena, mas que também são ordinariamente plurirreincidentes, e são passíveis de tratamento apenas mediante procedimentos médicos ou psicológicos. Por isso optamos, na tradução, pela fórmula "criminosos por impulsão de instinto", que, todavia, não encontra perfeita similitude com entidades admitidas no Direito Penal de nosso país, embora a doutrina alemã não a ignore, de como se pode ver na representação que o professor SEELIG faz, em seu clássico "Handbuch der Kriminologie", do "criminoso por falta de domínio sexual".

4. Enfim, tôda a explicação e justificação da profunda mudança de rumo em curso na Legislação Penal da Alemanha, é o que se desenvolve na publicação oficial do Ministério da Justiça, desse país, aqui apresentada em versão nacional. — E este opúsculo se faz particularmente notável pelo fato, reiteremos, de ter sido redigido, — diretamente ou com imediata supervisão, tudo o indica, — pelo atual Presidente da República, o Dr. GUSTAV HEINEMANN.

Prof. A. B. COTRIM NETO

Secretário de Justiça do Estado da Guanabara

SISTEMAS DE RECURSOS NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO PORTUGUÊS

Desde que o Estado reserva exclusivamente para si a solução dos conflitos de interesses surgidos das relações em sociedade, o Direito Processual, regulando esta atividade, cria dupla relação jurídica: uma, a relação processual, fundada no direito de jurisdição do Estado; outra, a que se origina de seu correspondente dever de jurisdição. Como decorrência desta última, surge para os cidadãos o direito de movimentar os órgãos do Estado, no sentido da solução do conflito.

No cumprimento do seu dever de jurisdição, deve o Estado procurar os meios que lhe permitam melhor atender, não só aos interesses particulares dos litigantes, como às necessidades de segurança e justiça nas relações sociais.

Pareceria, talvez, à primeira vista que, fazendo examinar a causa e submetendo-a a julgamento pelos órgãos competentes, teria o Estado cumprido, definitivamente, a sua missão. Todavia, levando em consideração diversos fatores, tem-se entendido a necessidade de submeter as decisões judiciais, desde que reunidas determinadas condições, a um novo julgamento, consagrando-se, por esta forma, o sistema do duplo grau de jurisdição.

Ora, o sistema de recursos tem por finalidade precípua tornar efetivo o princípio do duplo grau de jurisdição.

Esta prática, contudo, não tem sido aceita sem oposições. Pretendem alguns, em primeiro lugar, que ela resulta na inutilidade da primeira instância — seria mais conveniente submeter a causa, diretamente, aos tribunais de segunda instância, evitando-se assim, além de inútil demora, o desprestígio que, fatalmente, atinge a primeira instância. Em segundo lugar, argumentam, o pedido de reexame condiciona sempre um certo desrespeito para com o juiz de quem se recorre e, finalmente, carece de base científica a afirmação de que a decisão de segunda instância será mais acertada, tanto que ULPIANO já afirmava: "bene latas sententias in pejus reformat".

Procurando refutar estas objeções, a doutrina apresenta outros tantos argumentos, que afirmam a necessidade e a oportunidade do duplo grau de jurisdição: primeiramente, nem sempre as decisões judiciais estão isentas de erros, pois o homem, fraco por natureza e sujeito a paixões, é suscetível de falhas, intencionais ou não; não seria, portanto, de boa técnica permitir que um único juiz julgasse definitiva e irrevogavelmente a causa, afastando-se a possibilidade de corrigir-lhe os erros. JOÃO MONTEIRO, pondo em relêvo o aspecto psicológico do recurso, assinala que êle "corresponde e satisfaz a uma tendência irresistível da natureza humana". Acrescente-se, ainda, que os juizes de segunda instância têm, em geral, maior experiência e maior cultura jurídica e que o sistema tem a vantagem de estimular os juizes inferiores ao estudo, para que vejam suas sentenças confirmadas pelo tribunal.

O importante, porém, é que, do simples confronto do Direito Processual dos diversos povos, sobressai a adoção quase unânime do sistema do duplo grau de jurisdição. E, assim, do estudo comparado do nosso sistema com os sistemas alienígenos é que surgirá a possibilidade do desenvolvimento e aperfeiçoamento do direito nacional.

Nosso sistema de recursos apresenta certos traços de semelhança com o do Direito português. Ambos tiveram a mesma fonte; em ambos encontramos estratificações romanas, germânicas e canônicas mas, enquanto o segundo procurou introduzir medidas simplificadoras, relativamente ao regime anterior, o legislador brasileiro limitou-se, praticamente, a repetir as disposições do Regulamento 737.

A fonte primordial e básica dos recursos é, naturalmente, o Código de Processo Civil: em Portugal, o Decreto-lei n.º 44.129, de 28 de dezembro de 1961 (com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei 47.690, de 11 de maio de 1967), que os regulamentou no capítulo VI, do Título II, do Livro III (arts. 676 a 782); no Brasil, o Decreto-lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939, que lhes dedicou

todo o Livro VIII. É de assinalar, todavia, que, entre nós, embora seja o Código de Processo a fonte principal, não é, entretanto, a única, visto que leis especiais estabelecem normas regedoras para os recursos nas matérias que disciplinam, chegando mesmo a criar recursos não previstos pelo Código. Assim, por exemplo, a lei do Executivo Fiscal (Decreto-lei n.º 960, de 17 de novembro de 1938) introduziu a Carta Testemunhável, admitindo apenas, além desta, o agravo de petição e o recurso extraordinário; a Lei n.º 5.478, de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre a ação de alimentos, no seu art. 14 estabelece que da decisão final do juiz cabe agravo de petição, com o que se altera a sistemática do Código.

Nosso sistema de recursos tem sido alvo das mais severas críticas: o número exagerado de recursos; sua complexidade; o casuismo de que se valeu o legislador; a falta de coerência e de unidade lógica; a grande variedade de prazos, etc. Parece que várias destas críticas são merecidas. Já o Código português, embora não apresente a simplicidade do processo italiano, é bem superior ao nosso e poderíamos mesmo afirmar que sua nota característica é a simplicidade em relação ao sistema anterior, no que foi considerável a influência do Professor JOSÉ ALBERTO DOS REIS, autor do projeto que antecedeu o atual Código.

O Código de Processo Civil português, no seu art. 676, classifica, expressamente, os recursos em ordinários e extraordinários e, a seguir, enumera-os: "são ordinários: a apelação, a revista, o agravo e o recurso para o tribunal pleno; são extraordinários: a revisão e a oposição de terceiro". Da distinção resultam duas consequências importantes: primeira, que se forma o trânsito em julgado, tão logo estejam esgotados os recursos ordinários; e, segunda, que, embora os recursos extraordinários caibam sempre independentemente do valor da causa, os recursos ordinários são admissíveis apenas fora da alçada do tribunal de que se recorre (arts. 677 e 678, n.º 1).

Só implicitamente deixa o nosso Código de Processo Civil perceber uma distinção entre os recursos e isto quando, no § 1.º do art. 808, dispõe que "o recurso extraordinário e a revista não suspendem a execução da sentença". Seria, talvez, mais técnico dizer, como fazem os processualistas alemães, que tais recursos não impedem o trânsito em julgado, pois a execução da sentença é uma consequência; a finalidade primordial da interposição de um recurso é impedir a formação da coisa julgada. Todavia, embora o Código de Processo, como vimos, seja omissivo a respeito da divisão dos recursos, a nossa Constituição fixou, para o Supremo Tribunal Federal, uma competência recursal ordinária, ao lado de outra extraordinária (art. 119, II e III). Nos termos do art. 808 da nossa lei processual, são admissíveis seis espécies de recursos: apelação, embargos de nulidade e infringentes do julgado, agravo, revista, embargos de declaração e recurso extraordinário.

Na história do Direito Processual, vamos encontrar dois conceitos diversos para "sentença": um, o do sistema romano, denominava "sententia" a decisão final do juiz, condenando ou absolvendo o réu; outro, o do sistema germânico, para o qual a sentença abrangia, além da decisão final, outras decisões que o juiz proferia durante a pendência da lide. Esta última concepção, predominante na Idade Média, passou para o Direito português que, em consequência, sempre admitiu recursos distintos contra decisões do juiz de primeira instância: um contra as decisões interlocutórias e outro contra as que causavam dano irreparável. Foi esta mesma noção que herdamos de Portugal e à qual sempre nos mantivemos fiéis. Não há que concluir, daí, pela aceitação da tese da recorribilidade de toda decisão judicial. Para que uma decisão seja suscetível de recurso é preciso que se reúnam certas condições, que poderíamos resumir em dois princípios: o primeiro é o princípio da lesividade da decisão recorrida, pois, sem prejuízo, não há que falar em recurso, e prejuízo, como ensina FREDERICO MARQUES, decorre da sucumbência, que é "a desconformidade entre o que a parte pretendia e aquilo que foi decidido"; o segundo princípio é o da recorribilidade das decisões judiciais relevantes. Foi atendendo a este último princípio que o legislador português estabeleceu que "não admitem recurso os despachos de mero expediente nem os proferidos no uso legal de um poder discricionário. Nos des-

pachos de mero expediente, compreendem-se os que se destinam a regular, em harmonia com a lei, os termos do processo" (art. 679).

Questão de grande importância na sistemática dos recursos é a que se refere à legitimidade ativa. Em direito comparado, encontramos, a respeito, três sistemas: a) só as partes litigantes podem recorrer; b) tanto as partes litigantes como terceiros prejudicados; c) o recurso cabe somente às partes, mas o legislador prevê um recurso específico para o terceiro prejudicado.

Dispondo a parte inicial do art. 680 do Código de Processo Civil português que "os recursos, excetuada a opposição de terceiro, só podem ser interpostos por quem, sendo parte principal na causa, tiver ficado vencido", patenteou a sua intenção de filiar-se ao último dos sistemas acima referido e isto era, realmente, o que pretendia o autor do Projeto do Código de 1939. Todavia, a Comissão revisora houve por bem acrescentar-lhe um segundo período, nestes termos: "mas, as pessoas diretamente prejudicadas por uma decisão podem recorrer dela, ainda que não sejam partes na causa, ou sejam partes acessórias". Ora, o segundo período, como vemos, está em opposição ao primeiro, resultando na incoerência do artigo.

Da simples leitura dos arts. 814 e 815 de nossa lei processual, verificamos a consagração do segundo sistema, mas é mister que assinalemos uma particularidade: a admissão de recursos necessários. Com efeito, para a parte, o recurso é voluntário, é um direito cujo exercício depende de determinação sua, mas, atendendo a razões de ordem pública, em certos casos, o legislador estabelece um recurso necessário, obrigatório, a ser interposto pelo juiz. O recurso necessário é previsto não só no Código de Processo Civil, art. 822, por exemplo, como também em leis especiais. Assim, a Lei do Executivo Fiscal (Decreto-lei n.º 960, de 17 de dezembro de 1938) prevê nos arts. 53 e 74, parágrafo único, uma forma especial de recurso *ex officio*; também a Lei do Mandado de Segurança (Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951), art. 12, parágrafo único, e a Lei que dispõe sobre a Desapropriação por utilidade pública (Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941), art. 28, § 1.º.

Todo recurso há de ser interposto dentro do prazo legal. Um dos graves inconvenientes apontados em nosso sistema de recursos é justamente, a diversidade de prazos, pois estes variam de recurso para recurso. Em consequência, nos casos em que a jurisprudência se mostra oscilante quanto ao recurso cabível, se apelação, se agravo, vê-se o recorrente obrigado a interpor a apelação no prazo do agravo, que é de apenas cinco dias, ao passo que, para a apelação, teria, normalmente, quinze. O problema dos prazos foi resolvido com grande simplicidade pelo legislador português que, no art. 685, fixou-o em oito dias. Embora não o tenha declarado expressamente, tal prazo refere-se, apenas aos recursos ordinários pois, para os extraordinários, o prazo é de trinta dias para a Revisão (art. 772, n.º 2) e de três meses para a Oposição de Terceiro (art. 780, n.º 1).

Para a contagem dos prazos dos recursos, fixou o legislador português, como ponto de partida, a data da notificação da decisão. Sendo revel a parte, o prazo corre da data em que o processo dê entrada na secretaria; em se tratando de decisões orais, se a parte esteve presente ou fôra para isto notificada, do dia em que foram proferidas; finalmente, fora das hipóteses acima referidas, se a parte não tinha de ser notificada, será da data em que teve conhecimento da decisão. Entre nós, nos termos do art. 812, "contar-se-á da data da leitura da sentença (art. 271) o prazo para a interposição de recurso, observando-se, nos demais casos o disposto no art. 28".

Uma vez interposto um recurso por uma das partes, será preciso considerar os efeitos que êle produzirá, não só em relação à parte contrária, como também quanto aos litisconsortes da parte que recorreu.

Será, talvez, interessante fixarmos alguns dados históricos quanto ao primeiro dos problemas expostos. Estabeleciam as Ordenações o princípio de que a apelação era comum a ambas as partes e, em consequência, poderia o tribunal reformar a sentença, tanto a favor do apelante, como do apelado. O Regu-

lamento 737 não estabeleceu nada de preciso a respeito, mas quando, após a proclamação da República e por força de dispositivo constitucional, os Estados tiveram competência para legislar sobre Direito Processual, alguns deles repleliram a *reformatio in pejus*, ao passo que outros, como o da Bahia, admitiram, expressamente, o princípio do *beneficium commune*. Atualmente, porém, embora a quase unanimidade dos processualistas se manifeste contrária ao princípio da *reformatio in pejus*, taxando-o de absurdo e injusto, alguns autores ainda afirmam sua vigência entre nós, baseando-se no art. 824 do Código de Processo Civil, quando determina que "a apelação devolverá à superior instância o conhecimento integral das questões discutidas e suscitadas na ação".

Enfrentando o problema, determinou o legislador português que "se ambas as partes forem vencidas, cada uma delas terá de recorrer se quiser obter a reforma da decisão na parte que lhe fôr desfavorável" (art. 682). Portanto, o tribunal conhecerá apenas da parte desfavorável ao recorrente. Mas, considerando que, em certos casos, uma das partes está propensa a conformar-se com a decisão na parte que lhe foi desfavorável, mas, ao mesmo tempo, permanece na expectativa, quanto à atitude que tomará o seu adversário, criou uma nova modalidade de recurso: o recurso subordinado. Este fica na dependência do recurso interposto pela outra parte e "pode ser interposto dentro de cinco dias, a contar da notificação do despacho que admite o recurso da parte contrária" (art. 682, n.º 2); e, como é subordinado, caducará se o primeiro recorrente desistir do seu recurso.

No que se refere aos efeitos do recurso quanto aos compartes do recorrente, são idênticas as disposições do processo brasileiro e do processo português. Ambos determinam que, em se tratando de litisconsórcio necessário, o recurso interposto por um dos compartes a todos aproveita (art. 816 do Código de Processo Civil brasileiro e art. 683 do português). Mas, ainda aqui, o Direito português admite uma modalidade de interposição de recurso desconhecida no Código de Processo Civil brasileiro, qual seja, o recurso por adesão. Assim, nos casos em que o litisconsórcio é apenas facultativo, permite ao litisconsorte "aderir" ao recurso da parte principal, fazendo sua tóda a atividade desta, mas reservando-se o direito de, a qualquer momento, transformar-se em recorrente principal (art. 683, n.º 4).

Em Portugal, permite-se às partes a renúncia antecipada aos recursos, com a condição de que provenha de ambas as partes, pois, do contrário, perderia sua utilidade (art. 681, n.º 1). Entre nós, afirma-se a impossibilidade de renúncia, considerando-se que o direito ao recurso nasce apenas depois de proferida a decisão, não sendo possível a êle renunciar anteriormente, além de que, com a renúncia, permitir-se-ia às partes suprimirem um dos graus de jurisdição. O que pode haver, tanto num como noutro sistema, é a aceitação da decisão.

Convém assinalar, ainda, uma diferença essencial entre os dois sistemas: em Portugal, o recorrente manifesta simplesmente, por meio de requerimento, a sua vontade de recorrer (art. 687, n.º 1), sem que precise, desde logo, fundamentar o recurso, e só depois de ser o mesmo admitido é que arrazoará, em primeira ou em segunda instância; entre nós, antes da unificação processual, adotava-se um expediente semelhante, pois a parte limitava-se a pedir que o seu recurso fôsse tomado por termo, mas, a partir da promulgação do Código, terá que fundamentá-lo no prazo da interposição.

De acôrdo com o disposto no art. 690 do Código de Processo Civil português, o recorrente deverá apresentar suas alegações indicando nas mesmas os fundamentos em que se apoia para pedir a modificação da sentença ou despacho. Na falta de alegação, o tribunal não tomará conhecimento do recurso; se faltarem as conclusões ou as mesmas forem insuficientes ou obscuras, o juiz ou o relator convidará o advogado a apresentá-las, completá-las ou esclarecê-las.

Em ambos os sistemas, a interposição de um recurso por outro não impedirá que dêle se tome conhecimento, salvo, entre nós, a hipótese de má-fé ou erro grosseiro (Código de Processo Civil português, art. 687, n.º 3; Código de Processo Civil brasileiro, art. 810).

Examinados, assim, os princípios gerais regedores da matéria de recursos, faremos agora algumas ligeiras considerações sôbre as particularidades de cada espécie.

Admitida por todos os povos civilizados, a *Apelação* tem por finalidade tornar efetivo o duplo grau de jurisdição. Todavia, em decorrência da concepção germânica de sentença, aceita tanto no Brasil como em Portugal, podemos estabelecer uma regra geral para determinar qual o recurso cabível das decisões de primeira instância: se a sentença recorrida é definitiva, isto é, se conheceu do mérito da causa, o recurso será o de apelação; se se limitou a pôr termo ao processo, sem entrar no mérito, o recurso será o de agravo. É o que se pode concluir do disposto nos arts. 820 e 846 do nosso Código e dos arts. 691 e 733 da lei processual portuguesa.

O citado art. 691 do Código de Processo Civil português estabeleceu os casos "gerais" de apelação, pois esta é ainda admitida no processo executivo e em alguns processos especiais.

Embora o nosso *Agravo* tenha a mesma origem do agravo português, caracteriza-se pela tripartição: agravo de petição, agravo de instrumento e agravo no auto do processo. Não encontrando uma fórmula genérica para os dois últimos, o legislador pátrio recorreu ao casuismo, o que se verifica da simples leitura dos arts. 842 e 851. Convém mais uma vez acentuar que certas leis especiais, como a do Executivo Fiscal e a de Falência, alterando a sistemática do Código, têm admitido o agravo para certas sentenças definitivas, que seriam apeláveis. Em Portugal, admite-se o agravo tanto em primeira, como em segunda instância (arts. 733 e 754).

Os *Embargos* foram definitivamente afastados do Direito português; o nosso sistema, que os herdou das Ordenações, conhece ainda os embargos declaratórios e os de nulidade e infringentes do julgado. Todavia, podemos assinalar um passo dado pelo nosso legislador, no sentido de eliminar os embargos na segunda instância, pois a Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, revogou o art. 833 do Código, na parte referente ao mandado de segurança, reduzindo assim para dois os casos de admissão. Caracteriza-os o fato de que pretendem obter do próprio juiz prolator da sentença, que a modifique.

Em Portugal, o recurso de *Revista* é semelhante ao que existe na maioria das legislações, mas inteiramente diverso do nosso, cuja finalidade é a unificação da jurisprudência. Lá, o fundamento da revista é a violação de lei substantiva, por erro de interpretação ou de aplicação (art. 721, n.º 2).

Para determinar, na segunda instância, qual o recurso cabível, se revista, se agravo, adota-se o mesmo critério seletivo usado na primeira instância, quanto à apelação e ao agravo: se o acórdão conheceu do objeto da apelação, o recurso é o de revista; em caso contrário, o de agravo.

É o *Recurso para o Tribunal Pleno* que, de certo modo, se assemelha à nossa Revista, pois a sua finalidade é, também, a unificação da jurisprudência. Todavia, apresenta duas sensíveis diferenças: a) o recurso pode ser interposto não só pela parte prejudicada, como pelo Ministério Público, no interesse exclusivo da lei (art. 770); e b) a força vinculativa da decisão (art. 768). Também encontramos certas peculiaridades quanto ao julgamento do recurso.

A *Revisão* do Direito português corresponde à nossa ação rescisória; apenas o Brasil e a Alemanha persistem na tradição de considerar este meio de impugnação como uma ação especial. A maioria dos sistemas modernos admitem um recurso específico com a finalidade de impugnar uma sentença que já transitou em julgado. Esta orientação, em Portugal, surgiu apenas com o novo Código, de 1939. O prazo para a interposição é de trinta dias, a contar da data em que a parte teve conhecimento do fato que lhe permite a interposição do recurso. Todavia, para que o caso julgado não fique, eternamente, em suspenso, estabeleceu-se um prazo preclusivo, de cinco anos (art. 772).

A *Oposição de Terceiro*, que não encontra correspondente em nosso sistema, não tem, em Portugal, a amplitude de que se reveste em outras legislações; é restrito àqueles casos em que as partes se serviram do processo como um meio

simulado para prejudicar terceiro. Os requisitos indispensáveis foram assinados pelo Professor JOSÉ ALBERTO DOS REIS em seus "Comentários ao Código de Processo Civil Português": primeiro, a qualidade de terceiro do requerente; segundo, a demonstração de que a sentença lhe causou prejuízo; terceiro, a segurança de que o processo encobre um ato simulado; e quarto, a prova de que a simulação foi praticada exatamente para prejudicar o recorrente.

Finalmente, o *Recurso Extraordinário*, no Direito brasileiro, é uma decorrência do sistema político federativo e visa à conciliação de dois princípios antagônicos: a autonomia dos Estados e a unidade nacional. Surgiu, portanto, após a proclamação da República e tem a finalidade de garantir a supremacia da Constituição e das leis federais. Ao contrário do que ocorre com os demais recursos, não se pretende, por seu intermédio, obter uma decisão mais favorável, sob a alegação de que houve injustiça ou erro e, conseqüentemente, prejuízo.

CÁSSIA MEDEIROS

INSTRUMENTOS DE COMUNICAÇÕES INTERNACIONAIS — AERONAVES

Ao jurista não pode escapar o valor preponderante que as aeronaves representam para o desenvolvimento sócio-econômico de um Estado, seja no transporte de pessoas, seja no intercâmbio de matérias-primas necessárias ao incremento de suas indústrias, de sua agricultura e do seu comércio. Isso no domínio pacífico do quotidiano normal.

Mas, nas crises de guerra o anjo da Paz se transforma no demônio destruidor com o bombardeio de instalações militares, industriais, do sistema de transportes e, principalmente, com o desembarque e lançamento de tropas, munições e mantimentos.

Na defesa de princípios básicos, em tempo de paz e nos períodos de guerra, as aeronaves estão sempre presentes na vida de um Estado.

Eis a razão pela qual o estudo da situação da aeronave é de magna importância para o jurista que a si mesmo impõe o dever de considerar que no bojo de um aparelho se realizam várias relações que interessam ao Direito ou por êste devem ser disciplinadas.

Antes de entrarmos no estudo pleno da questão, precisamos saber o que seja aeronave e temos que as definições que se apresentam são passíveis de críticas.

Assim é que o Código Brasileiro do Ar, no seu art. 8.º, é taxativo em afirmar que aeronave é

"Todo aparelho manobrável em vôo, apto a se sustentar, a circular no espaço aéreo, mediante reações aerodinâmicas, e capaz de transportar pessoas ou coisas."

As aeronaves podem ser *públicas* ou *privadas*. Vários são os critérios doutrinários para essa distinção. Assim, para uns, são públicas as aeronaves que pertencem ao Estado e *privadas* as pertencentes a particulares. Outros preferem critério diferente ou outra especificação — o da espécie do serviço a que êsses aparelhos são destinados e serão públicas as aeronaves que executam serviços públicos, enquanto as demais são privadas.

Esta classificação tem importância capital, pois somente as aeronaves privadas possuem o direito de livre trânsito, nos precisos termos das Convenções Internacionais.

Na legislação internacional os critérios para se distinguir uma aeronave privada da de uma pública são os mesmos. Assim é que a Convenção Internacional para a Regulamentação da Navegação Aérea, de 13 de outubro de 1919, no seu art. 30, considerava aeronaves do Estado não só as militares, como as

exclusivamente consagradas a um serviço público, tais como correios, alfândegas e polícia, enquanto a de Chicago, de 7 de dezembro de 1944, no art. 3.º, considera aeronaves do Estado as usadas para serviços militares, alfandegários ou policiais.

Esse critério foi adotado, também, pelo Código Brasileiro do Ar, que afirma, no seu art. 9.º:

“Art. 9.º — As aeronaves são classificadas em civis e militares.

§ 1.º — Consideram-se militares tôdas as aeronaves integrantes das Forças Armadas, inclusive as requisitadas na forma da lei, para missões militares.

§ 2.º — As aeronaves civis compreendem:
aeronaves públicas;
aeronaves privadas.

§ 3.º — São aeronaves públicas as utilizadas pelo Estado a seu serviço, inclusive as requisitadas na forma da lei; tôdas as demais aeronaves são aeronaves privadas.

§ 4.º — As aeronaves públicas assemelham-se às privadas quando utilizadas em serviços de natureza comercial.

§ 5.º — Salvo disposição em contrário, os preceitos dêste Código não se aplicam às aeronaves militares, que são reguladas por legislação especial.”

As aeronaves devem ter uma nacionalidade e sòmente uma, não sendo admissível que uma aeronave não tenha seu país de registro.

A Convenção Internacional para a Regulamentação da Navegação Aérea, de 13 de outubro de 1919, afirmava, no seu art. 6.º, que as aeronaves têm a nacionalidade do Estado em cujo registro estão matriculadas e acrescenta que a matrícula das aeronaves será feita de conformidade com as leis e disposições de cada Estado contratante.

Disposição semelhante já figura no art. 7.º da Convenção Pan-Americana sòbre Aviação Comercial, assinada em 20 de fevereiro de 1928, em Havana, quando se afirma que “as aeronaves têm a nacionalidade do Estado em que se acham matriculadas e não podem increver-se vâlidamente em mais de um Estado”.

O Instituto de Direito Internacional, em 1927, na sessão de Lausanne, estudou o assunto, tendo adotado as seguintes regras:

“Tout aéronef doit avoir une nationalité et une seule. Cette nationalité sera celle du pays où l'aéronef aura été immatriculé.

Chaque État détermine à quelles personnes et sous quelles conditions, il accorde l'immatriculation, la suspend ou la retire. En aucun cas, cependant, un État ne pourra accorder l'immatriculation à des aéronefs ayant leur port d'attache sur le territoire d'un autre État.

En cas de changement de port d'attache, l'aéronef garde sa nationalité jusqu'à ce qu'il en ait acquis une nouvelle.

Chaque aéronef doit porter des marques visibles de sa nationalité.”

A Convenção de Aviação Civil Internacional, concluída em 7 de dezembro de 1944 e promulgada pelo Brasil com o Decreto n.º 21.713, de 27 de agosto de 1946, estatui, no seu art. 17, que “as aeronaves terão a nacionalidade do Estado em que estejam registradas” e, no art. 18, afirma que “nenhuma aeronave poderá registrar-se legalmente em mais de um Estado, podendo, entretanto, o registro ser mudado de um Estado para outro”. E conclui, no art. 19, que o registro ou transferência de registro de uma aeronave de um Estado contratante se fará de conformidade com as suas leis e regulamentos.

Vejam, agora, o que estatui o Código Brasileiro do Ar. Por êste diploma legal as aeronaves se consideram de nacionalidade do Estado em que estejam

matriculadas e não poderão sobrevoar o território brasileiro, sem que estejam matriculadas ou quando matriculadas em mais de um Estado (art. 11).

Mas, quais as aeronaves que podem ser inscritas em nosso Registro Aeronáutico? A resposta nos é fornecida pelo art. 14, que esclarece estarem aptas ao registro as que forem de propriedade

a) de brasileiro, pessoa natural ou jurídica, quando destinada ao seu próprio uso;

b) de pessoa jurídica brasileira com quatro quintos ou mais do seu capital social pertencentes nominalmente a brasileiros quando destinada à execução de serviço aéreo.

Por seu turno as aeronaves deverão conter sinais distintivos de sua matrícula, que permitam sua identificação durante o vôo, conforme se depreende da leitura do art. 13 do Código Brasileiro do Ar.

ALDO PINTO PESSOA em "Das Marcas de Nacionalidade e Matrícula das Aeronaves em Geral", depois de ligeiro histórico sobre o assunto, nos ensina que

"Após a Resolução n.º 436, da CINA, isto é, a partir de 1.º de janeiro de 1929, a marca de nacionalidade das aeronaves civis brasileiras passou a ser representada pelas letras PP e a de matrícula reconhecida pelas combinações das 26 letras do alfabeto, tomadas 3 a 3, excluídas as letras acentuadas e as combinações SOS (sinal de socorro); XXX (sinal de urgência); PAN (sinal de urgência no Serviço Rádio Elétrico Aeronáutico); TTT (sinal de segurança), assim como as combinações que tenham W como segunda letra" (1).

— *Aeronaves em alto mar* — Graças aos debates travados entre GROTIUS e SELDEN, os diversos Estados, pouco a pouco, foram abandonando as idéias de se apropriarem dos mares. O princípio de que o alto mar é completamente livre, inexistindo possibilidade de o mesmo ser passível de apropriação por parte de qualquer Estado teria como consequência imediata de sofrer seus reflexos no Direito Aeronáutico. Assim, não havendo qualquer soberania sobre o alto mar, claro que o espaço que o cobre teria forçosamente de seguir a mesma condição.

Isso mesmo já havia reconhecido o 1.º Congresso Internacional para a Regulação da Locomoção Aérea, realizado em Verona (Itália), em junho de 1910. Naquela assembléia, embora não tivesse caráter oficial e fôsse, apenas, uma reunião de juristas, foram adotadas, entre outras, as seguintes conclusões:

"que a atmosfera dominando o território e o mar territorial seja considerada como uma atmosfera territorial, sujeita à soberania do Estado, e que a atmosfera dominando os territórios inocuados e o mar livre seja considerado como livre".

Os demais Congressos Internacionais que se realizaram, desde o de Paris, de 1919, até o de Chicago, de 1944, ao afirmarem que o Estado exerce completa e exclusiva soberania sobre o espaço aéreo acima de seu território e águas territoriais estavam, por exclusão, admitindo que inexistente soberania de qualquer Estado sobre o espaço que cobre o alto mar.

Outra conclusão não será admissível.

Daí se depreende que no ar livre as aeronaves estão subordinadas ao Estado onde foram matriculadas e, portanto, quaisquer atos ou delitos que nelas porventura ocorram estão sujeitos à lei do pavilhão, isso porque a aeronave, sobre-

(1) ALDO PINTO PESSOA — "Das Marcas de Nacionalidade e Matrícula das Aeronaves em Geral" — in "Rev. Brasileira de Direito Aeronáutico" — n.º 13, págs. 58-9.

voando o espaço acima do alto mar, é tida como sobrevoando o território do Estado de sua nacionalidade.

— *Aeronaves no Espaço Aéreo Estrangeiro* — Quando sobrevoando espaço aéreo estrangeiro, devemos examinar se as aeronaves são públicas ou particulares.

No que diz respeito às aeronaves públicas, sabemos que elas são órgãos do poder público, constituindo uma parcela de sua força militar. Estão sempre subordinadas ao Estado a que pertencem, não se submetendo a nenhuma jurisdição estrangeira.

Não será demais acrescentar e acentuar que a Convenção de Paris, de 13 de outubro de 1919, no seu art. 32, esclarece que o avião militar que sobrevoa o território de um Estado estrangeiro, devidamente autorizado, goza dos privilégios habitualmente concedidos aos navios de guerra, muito embora a alínea 2 do mencionado artigo afirme que uma aeronave militar forçada a aterrissar, solicitada ou intimada a aterrissar, não adquiriria por esse fato nenhum daqueles privilégios.

No que diz respeito às aeronaves privadas, elas devem observar as leis penais ou civis e sujeitar-se aos tribunais do Estado que sobrevoam. Vejamos algumas questões que podem surgir no tocante a delitos praticados por uma aeronave.

Praticado que seja um ato delituoso dentro de uma aeronave em circulação, é necessário que se faça a seguinte indagação: — será que o ato delituoso feriu interesses que ao Estado subjacente competia proteger? Essa indagação foi muito bem respondida, de modo claro e objetivo, por BASILEU GARCIA, nos seguintes termos:

“Se interesses que tais não sofreram agravo, a solução natural é considerá-lo praticado no território do Estado a que pertence o avião. Na hipótese contrária, é óbvio que o Estado subjacente deve intervir” (2).

Com efeito, há certos atos que são praticados a bordo de um avião em pleno vôo e que não afetam os interesses do Estado subjacente. Por que razão êste deverá intervir? Não seria mais justo que tais atos fôssem conhecidos pela lei do país ao qual pertence a aeronave? Mas, quando êstes atos afetam os interesses do Estado subjacente, claro que estão sujeitos à sua jurisdição.

Várias situações podemos encontrar nesse particular:

a) aeronave em vôo sobre território pertencente ao seu Estado. Nesse caso não existe nenhuma possibilidade de conflito, pois não há diversidade de leis a aplicar;

b) aeronave em vôo sobre alto mar ou sobre território considerado “*res nullius*”, isto é, terra de ninguém. Nesse caso todos os atos praticados a bordo da aeronave estão sujeitos à lei do país a que pertence o avião;

c) aeronave em vôo sobre território estrangeiro. Aplica-se a lei do país da aeronave, salvo se êstes atos afetarem de algum modo o Estado subjacente;

d) aeronave pousada no estrangeiro. Aplica-se a lei territorial;

e) aeronave militar — aplica-se a lei do país a que ela pertence.

O Instituto de Direito Internacional, em sua sessão de Lausanne, de 1927, conheceu o ponto de vista de DE VISSCHER, de que o Estado pode regular o uso da atmosfera na medida necessária à sua segurança e a de seus habitantes, incluindo o acatamento à sua legislação alfandegária.

A *prima facie*, tôdas as aeronaves não militares, em vôo, estão sujeitas às leis penais do Estado subjacente. Mas, as exceções, as opiniões em contrário se multiplicam. MARCEL LE GOFF, em seu “Tratado de Direito Aéreo”, depois de estudar judiciosamente o problema, afirma que o Estado subjacente é competente

(2) BASILEU GARCIA — “Instituições de Direito Penal” — Vol. 1.º — Tomo I — 2.ª Ed., pág 168, 1954.

para conhecer das infrações cometidas caso a aeronave tenha aterrissado em seu território após cometido o delito e, se tal não acontecer, se de algum modo foram violadas regras que estabelecera para a aeronavegação ou, ainda, se algum nacional sofreu qualquer dano. Fora desses casos, o competente é o Estado do pavilhão da aeronave.

Em 1937, o Instituto de Direito Internacional, na reunião de Luxemburgo, designou uma comissão para estudar o magno problema. O relator da mesma, DE VISSCHER, depois de verificar as dificuldades do assunto, apresentou a sua conclusão. Essa reconhecia a competência, sucessivamente:

- a) do Estado em cujo espaço aéreo se encontra a aeronave no momento do delito;
- b) do Estado de nacionalidade da aeronave;
- c) do Estado em cujo território a prática delituosa produziu o seu efeito;
- d) do Estado em cujo território a aeronave veio pousar.

Depois de vários debates, o Instituto acolheu a última alternativa, baseado no princípio, universalmente reconhecido, do direito de punir, brilhantemente defendido por DONNEDIEU DE VABRES que admitia, contudo, que o Estado, diretamente interessado, podia pedir que fôsem interrompidas as investigações feitas pelo Estado onde a aeronave pousou. Contra êsse ponto de vista insurgiu-se LEMOINE, sob o fundamento de que a vítima do crime e a aeronave poderiam ser completamente estranhos ao Estado onde esta desceu, dada a necessidade de se prolongar por tempo demasiado o pouso, com prejuízo para todos.

O Código Brasileiro do Ar reconhece a competência de nossas leis para conhecer todos os atos que se realizarem em nosso território dentro de aeronaves, em vôo ou em pouso. Assim, declara que o Brasil exerce "completa e exclusiva soberania sobre o espaço aéreo acima do seu território e respectivas águas jurisdicionais"; reconhece que as aeronaves militares e as públicas pertencem ao Estado de sua nacionalidade onde quer que se encontrem e as particulares, quando em alto mar ou em território "res nullius", seguem a mesma condição. Afirma, ainda, que se consideram em território do Estado subjacente quaisquer aeronaves não militares, ali em vôo ou em pouso e reputa praticado no Brasil os atos cometidos em uma aeronave e que produzam ou venham a produzir efeitos ou quaisquer danos em nosso território.

Corroborando essas afirmativas ou ensinamentos, o nosso Código Penal no seu art. 4.º manda aplicar

"a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de Direito Internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou que nêle, embora parcialmente, produziu ou devia produzir seu resultado".

Claro está, pois, que, se o delito praticado dentro de uma aeronave em vôo não tiver alguma relação com o país, não perturba a sua tranquilidade, não há razão para se aplicar a lei local como muito bem reconheceu o Código Bustamante (art. 301 combinado com o art. 299).

Nascimentos Ocorridos a Bordo de Aeronaves Brasileiras —

A respeito de nascimento ocorrido em aeronaves brasileiras, será necessário que atentemos para o que preceituam as nossas leis. De início, tivemos o Decreto-lei n.º 389, de 25 de abril de 1938, que no seu art. 1.º, letra "c" considerava brasileiros "os nascidos em aeronaves brasileiras..... em alto mar ou de passagem em mar territorial estrangeiro".

Pela leitura dêste inciso, chega-se à conclusão de que qualquer pessoa nascida a bordo de uma aeronave brasileira, teria a nossa nacionalidade mesmo que essa aeronave sobrevoasse território de outro Estado ou nêle estivesse em pouso.

Tal conclusão do texto legal estava em discordância com as normas inter-

nacionais, principalmente aquelas que afirmavam que o Estado possui soberania completa e exclusiva sobre o espaço acima de seu território.

Sendo assim, seria uma contradição que o Estado exercesse soberania completa e exclusiva sobre o seu território e que uma criança, nascida a bordo de uma aeronave estrangeira sobrevoando tal território ou nele pousando, seguisse a nacionalidade da aeronave. Este diploma legal merece um reparo, ainda, é que não distinguia as aeronaves civis das militares.

Parece-nos que o equívoco foi notado, pois posteriormente, quando da promulgação do Código Brasileiro do Ar, em 8 de junho de 1938, o assunto ficou bem esclarecido ao estatuir que se consideram território do Estado da sua nacionalidade as aeronaves militares, onde quer que se encontrem e as de outra espécie, quando em alto mar ou em território que não pertença a nenhum Estado.

Do disposto no Código Brasileiro do Ar, vemos que os nascidos em aeronaves brasileiras, somente serão brasileiros se a aeronave for militar, enquanto os nascidos em aeronaves particulares brasileiras, somente terão a nossa nacionalidade se o nascimento se verificar quando a aeronave estiver sobrevoando o alto mar ou território não pertencente a nenhum Estado e, é claro, o espaço acima de nosso território e respectivas águas territoriais.

Chegamos à conclusão de nosso estudo com a impressão de que, no tocante às aeronaves e ao conjunto de circunstâncias que as disciplinam em terra, nos pousos ou em vôo, seja sobre outros territórios além do nosso, de que nele procuramos situar todos os pontos essenciais de nossa legislação.

Haverá, de certo, por parte dos intérpretes, pontos que deveriam merecer estudos mais acurados e as dúvidas, que surgirem, poderão ser esclarecidas no futuro.

LUIS IVANI DE AMORIM ARAÚJO

LUIZ AUGUSTO DE RÊGO MONTEIRO (1906 - 1967)

Na história do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio do Brasil, o nome de LUIZ AUGUSTO DE RÊGO MONTEIRO se inscreve entre os de mais destaque. Além dos traços marcantes de administrador, coube-lhe o destacado papel de colaborar nas mais importantes leis da legislação social brasileira.

RÊGO MONTEIRO representa, no Ministério do Trabalho, uma figura exponencial pela dignidade pessoal e pela atuação na direção dos órgãos de maior relêvo, especialmente na Procuradoria-Geral da Justiça do Trabalho que, por longo espaço de tempo, dirigiu com pleno êxito. A verdade é que RÊGO MONTEIRO contribuiu para que a Procuradoria da Justiça do Trabalho fôsse respeitada e prestigiada num período dos mais delicados, a partir de 1964.

Participava de tudo que representasse interesse para a sua classe. Lutava com vontade inquebrantável no sentido de o Ministério Público da União ser pôsto no lugar que deveria ocupar na ordem constitucional vigente. Defendia intransigentemente essa justa pretensão, sob os aplausos gerais de todos os seus colegas. Tudo isso êle fazia com discrição e persuasão, aliados a um dinamismo invulgar.

Era dotado de uma simpatia irradiante, aliada a uma educação de *gentleman*, temperamento bondoso, predicados êsses que, somados, o tornaram uma figura de escol na sociedade brasileira.

Descendia de tradicional família nordestina, ramificada em quase todos os Estados do Brasil, com alto conceito adquirido pelos seus ilustres ancestrais que, desde o Império, vêm prestando relevantes serviços à causa pública brasileira.

Bacharelou-se pela Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, em 1929 e doutorou-se em 1932, depois de brilhante curso.

Acadêmico de Direito, ocupou altas posições no meio estudantil, revelando bem cedo a sua carreira vitoriosa. Presidiu o Centro Acadêmico "Cândido de Oliveira", em 1927, organizando o movimento precursor da Casa do Estudante do Brasil.

Recém-formado, foi nomeado Delegado de Polícia, no antigo Distrito Federal, destacando-se como um dos mais eficientes e cultos da época. Embora não se tenha integrado na carreira policial, fez o curso de Polícia Científica dado pelo Professor Marc Bischoff, diretor do Instituto de Polícia Científica de Lausanne. Presidiu a Comissão elaboradora do plano dos limites de jurisdição dos Distritos Policiais, ainda vigentes, com pequenas alterações (1930-1940).

Era diplomado pela Escola Superior de Guerra.

Orador dos mais brilhantes, nos primeiros contatos sentia-se que era possuidor do dom de inspirar amizade, confiança, respeito e admiração.

RÊGO MONTEIRO nunca exerceu cargo político. Em circunstâncias especialíssimas, aceitou a candidatura a Senador pela Guanabara para resistir à demagogia da ala esquerdista do P.T.B. que o derrotou no momento em que seu nome foi votado em memorável convenção.

A figura de RÊGO MONTEIRO cresce quando se procuram apreciar os traços marcantes de sua vida. O estudo de sua biografia abre caminhos infindos para descrevê-lo, principalmente em sua atuação no Ministério do Trabalho.

Em 1939, foi nomeado para o Departamento Nacional do Trabalho, em momento dos mais graves da política operária brasileira. RÊGO MONTEIRO trazia as credenciais de Delegado de Polícia e Professor de Direito, dos mais eminentes. No exercício do cargo de Diretor do DNT, imprimiu, por mais de 5 anos, orientação das mais brilhantes àquele órgão, preparando os alicerces para a política social do governo de Getúlio Vargas. Inúmeras vezes foi convocado pelo Presidente Vargas para seu assessor, presidindo comissões na elaboração de leis, das mais importantes, do nosso Direito do Trabalho. Por suas qualidades, experiência e cultura jurídica, exerceu verdadeira influência na vida administrativa do MTIC. Inteligência lúcida, cultura abalísada das ciências político-sociais e fidelidade exemplar no desempenho das missões tornaram-no uma das figuras de maior confiança de Vargas.

Foi Vice-Presidente do antigo Conselho Nacional do Trabalho. Presidiu a comissão que elaborou a Consolidação das Leis do Trabalho (1942-1943).

Projeteu-se no panorama nacional e internacional, dados os seus excepcionais dotes pessoais. Representou o Brasil em várias missões como delegado às Conferências Internacionais do Trabalho (1939-1943, 1944, 1945, 1949, 1951, 1952, 1953, 1954, 1955, 1956, 1958, 1960, 1963 e 1964). Exerceu, em caráter permanente, a delegação do Conselho da Administração da Organização Internacional do Trabalho em Montreal, no Canadá.

Revelou qualidades de administrador, zelo pela causa pública nos vários cargos diretivos do MTIC.

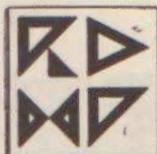
RÊGO MONTEIRO não prestou serviços ao Ministério do Trabalho — fez mais do que isso: deu uma parte de sua existência, exclusivamente, ao seu desenvolvimento, com verdadeiro idealismo. Desprezou outras atividades profissionais de relêvo, dedicando-se ao Ministério desinteressadamente. E, assim, pôde projetar e realizar a obra de Justiça social de que hoje o Brasil desfruta.

Embora integrado ao M. P. T., não deixou de ser humanista e cultor da ciência política e econômica. Exerceu o magistério como Professor Catedrático Fundador da Cadeira de Direito Industrial e Legislação do Trabalho, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Ocupando os postos mais elevados da administração pública do M. T. I. C. e delegado, inúmeras vezes, em missões no exterior, jamais se aproveitou das vantagens de que poderia auferir. Morreu pobre. A sua morte, pois, poderia ser divulgada com as mesmas palavras com que foi noticiada a do falecimento do íncito estadista baiano, Ministro do Império, João José de Oliveira Junqueira: morreu, legando aos filhos a pobreza espartana de um nome imaculado.

É, em traços rápidos, a carreira de uma das figuras mais eminentes, do Ministério Público da União.

OCTÁVIO DE ARAGÃO BULCÃO
Procurador da Justiça do Trabalho



BIBLIOGRAFIA

MARTINHO GARCEZ NETO: *Prática da Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro, Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1970, 306 páginas.

Importância fundamental tem em nossa época — época dos grandes riscos, a teoria da responsabilidade civil, formulada, em seu estado atual, pelos civilistas franceses, movidos pela necessidade de adaptar os arts. 1.382 a 1.386, do *Code Civil*, do tempo de NAPOLEÃO, à era da máquina. A multiplicação vertiginosa dos acidentes, apesar de tôdas as medidas de segurança tomadas pelas empresas e das normas técnicas estabelecidas para o uso seguro dos automóveis e de outras máquinas, demonstram a necessidade de se amparar as vítimas da Revolução Industrial, que batem às portas dos Tribunais e que têm dificuldade em provar a culpa do agente. Tal dificuldade determinou, na época dos grandes riscos em que vivemos, a crise do princípio da responsabilidade fundada na culpa comprovada pelo lesado. Os riscos cresceram sem, no entanto, serem acompanhados da proteção jurídica da vítima. O Direito deixou de marchar no mesmo passo do progresso tecnológico. Já não são só o automóvel ou o avião os criadores de grandes riscos pois aí estão os satélites artificiais, os foguetes, circundando a Terra, e as experiências nucleares, sem respeitar fronteiras no que concerne aos riscos criados. O tempo e o espaço já não os delimitam.

Os Tribunais, em face do anacronismo da legislação, trataram de atualizá-la, adaptando-a à nossa época de grandes riscos, impondo, por exemplo, a correção monetária na condenação, reparando o dano estético com maior amplitude ou o dano moral, que se multiplica com o progresso das técnicas de comunicação de massa. O princípio da responsabilidade civil não pode ser mais o mesmo que dominou na década de trinta. Por isso, um livro, como o que estamos noticiando, tem grande importância porque a responsabilidade civil deixou de ser um mero capítulo do Direito Civil, tendo razão, pois, HENRI MAZEAUD quando previu a “absorção das regras jurídicas pelo princípio da responsabilidade civil”.

Inicialmente, ressaltamos o mérito na escolha por parte do ilustre Desembargador e Professor MARTINHO GARCEZ NETO das questões de responsabilidade civil examinadas por êle à luz da doutrina mais autorizada. Senão vejamos: abuso de função; abuso de direito; ação direta da vítima; ação de indenização — sua natureza — legitimidade *ad causam*; acidente do trabalho e indenização comum; avaliação do dano; causalidade adequada; causalidade e concausa; culpa contra a legalidade; dano moral; deformidade; estado de necessidade — demolição de prédio em ruína iminente — obrigação de indenizar; indenização — condições subjetivas do credor; indenização — critério para sua determinação; indenização pela morte de um filho menor; liquidação da indenização — critério; prova da culpa — presunções “*hominis*” ou “*facti*”; a regra “*compensatio lucri cum damno*”; responsabilidade civil — solidariedade; responsabilidade civil da transportadora — fato de terceiro; responsabilidade civil do comodatário — solidariedade entre o autor e o cúmplice da violação do contrato; responsabilidade do empreiteiro por danos causados ao vizinho; responsabilidade civil do Estado — culpa por omissão — má conservação da rua; responsabilidade civil do Estado — culpa por omissão — má conservação de árvores; responsabilidade civil do Estado — teoria do risco; responsabilidade civil do hospedeiro; responsabilidade civil do locatário — incêndio — presunção de culpa; responsabilidade civil do locatário — indenização — lucros cessantes; responsabilidade do proprietário — fato da coisa inanimada; responsabilidade civil do proprietário — queimada; responsabilidade civil do proprietário — ruína de uma parede — prédio destruído por incêndio — fato da vítima; responsabilidade civil pela guarda da coisa e salário-base da indenização.

Eis aí questões de responsabilidade civil que o eminente Desembargador e ilustre Professor, MARTINHO GARCEZ NETO, examina de forma brilhante, com apoio na melhor doutrina nacional e estrangeira. Destacamos, nessas questões, algumas das teses abraçadas pelo ilustre jurista. Ei-las: a responsabilidade indireta do patrão depende de haver entre o fato e a função exercida pelo empregado, relação causal lógica, ainda que ocasional; inexistindo dita conexão, inexiste responsabilidade do preponente. Mesmo havendo abuso das funções, responde o preponente; possibilidade do abuso de poder de desapropriar; a vítima ou os seus herdeiros não têm ação direta contra a seguradora da responsabilidade; em caso de acidente do trabalho não está excluída a obrigação de o patrão reparar integralmente o dano porquanto a responsabilidade objetiva não exclui a subjetiva; para a avaliação do dano e fixação definitiva da condenação é possível fazer-se tantas liquidações quantas forem necessárias; havendo preponderância manifesta e provada da culpa do agente não há lugar para a aplicação do princípio da concorrência de culpas; fato de a vítima ter recebido, de terceiro, tratamento assistencial ou de ter recebido de companhia de seguros, pelo dano sofrido, a importância correspondente a este, ou, ainda, de sua família estar amparada, não exclui a obrigação de reparar do ofensor ou responsável; destruição de coisa alheia, pela autoridade pública, para remover perigo iminente, é ato legítimo, quando imposto pelas circunstâncias e desde que sem excessos; etc.

A segunda parte do livro, que noticiamos, é uma resenha de acórdãos do Tribunal de Justiça da Guanabara em matéria de responsabilidade civil, enquanto a terceira fornece-nos a legislação aplicável à matéria.

O livro de MARTINHO GARCEZ NETO não é, portanto, uma obra sistemática sobre responsabilidade civil, mas é um livro que completa as melhores obras sobre o assunto. Nêle encontramos os problemas do dia a dia, que batem às portas dos escritórios de advogados e que nossos Tribunais decidem com frequência. Nêle não estão aquelas questões que, no plano doutrinário, existem, mas que raramente aparecem na prática, pois nêle — e aí está o elogiável critério de escolha do autor — encontramos as que de fato criam problemas diários em matéria de responsabilidade civil, que, como dissemos no início, está fadada a ser, no futuro, a parte fundamental do direito privado. O Direito começou como direito punitivo; critérios para descobrir o culpado a fim de aplicar-lhe uma sanção. O progresso jurídico transformou as obrigações no centro de gravidade do Direito. Mas, o progresso científico e tecnológico colocaram a responsabilidade civil em lugar de destaque, como o contrapêso da balança, destinada a proteger as vítimas dêsse progresso. O Direito retorna assim, não ao seu primitivismo antigo, mas ao seu primitivo objetivo: a busca do responsável para impor-lhe a obrigação de reparar.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JUNIOR, *Curso de Direito Processual Civil: Volume 1: Teoria Geral do Processo Civil*, São Paulo, "Revista dos Tribunais", 1968, 303 páginas.

A novel produção jurídica vem enriquecer a lista dos manuais didáticos de processo civil, inaugurada, entre nós, fundamentalmente, pelo célebre *Compêndio*, de PAULA BAPTISTA.

Dêsses manuais, alguns lograram fama duradoura; outros, menos afortunados, foram desde logo esquecidos (quem mais se lembra, *ad exemplum*, dos *Elementos*, de JOSÉ ANYSIO DE AGUIAR CAMPELLO?).

De livros dessa natureza, poucos foram os que trouxeram contribuições originais, de caráter científico; em regra, ocuparam-se exclusivamente com o ensino. O trabalho do Autor situa-se entre os dessa última espécie. Aliás, é êle mesmo quem o afirma na breve nota que escreveu à guisa de prefácio:

"Nosso propósito foi exclusivamente didático, isto é, visamos apenas, dentro de nossas naturais limitações, servir aos estudantes de Direito,

fornecendo-lhes as noções elementares da disciplina pela forma mais clara e simples que nos foi possível atingir."

A nosso ver, alcançou o Autor seu objetivo. Em cristalina e equilibrada exposição, ministra, de fato, noções indispensáveis àqueles que se iniciam no estudo do processo civil. Demonstrando alto senso didático, evita, de caso pensado, tôdas as polêmicas prejudiciais à aprendizagem; seu escrito segue diretriz única, adotando, inclusive, linha de pensamento que o transmuda numa espécie de cartilha ortodoxa da famosa *Escola Processual de São Paulo*. Numa palavra: trata-se de *livro para estudantes*, verdadeiro, autêntico — ao contrário daqueles que apenas têm a pretensão de alcançar tal desiderato (como é o caso do giganteu e tempestuoso *Sistema* de CARNELUTTI — imenso arsenal de idéias, acessível somente aos Doucos, mas, paradoxalmente, dedicado a práticos e principiantes...).

A obra em exame não está, porém, concluída. No momento em que se redige esta nota (dezembro de 1969) apareceu apenas o 1.º volume (303 páginas, Editora *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1968), dos três que o Autor conta publicar, sob a denominação geral: *Curso de Direito Processual Civil*. Este 1.º volume tem por subtítulo a locução "*Teoria Geral do Processo Civil*". Focaliza êle, diz o Autor, "desde as noções fundamentais referentes à matéria até a intervenção de terceiros, inserindo-se entre êsses assuntos os atinentes à lei processual civil, ao histórico do direito estudado, à ação, à jurisdição, à organização judiciária, à competência, à relação processual e aos seus sujeitos". E conclui: "O segundo livro versará sobre o processo de conhecimento, devendo o terceiro apreciar os recursos e processo de execução".

A simpatia que inspira o trabalho ora examinado não impede, entretanto, que se lhe faça alguma objeção. Muito a propósito não é de aceitar-se o mencionado subtítulo dado ao volume em foco: "*Teoria Geral do Processo Civil*". Ao que parece, não é logicamente concebível semelhante denominação. Como admitir-se uma "*teoria geral do processo civil*" ao lado de "*teorias particulares*" do mesmo processo civil? O que a Doutrina vem aceitando, máxime a partir do famoso opúsculo de JAMES GOLDSCHMIDT (*Teoria General del Proceso*, Editorial Labor S. A., Barcelona etc., 1936) — e assim mesmo sem muita convicção — é o conceito bem mais amplo de *teoria geral do direito processual*. Esta teria por objeto estabelecer regras e princípios comuns, aplicáveis às chamadas "*teorias particulares do direito processual*" (*id est*, do direito processual civil, do direito processual penal, do direito processual do trabalho, etc.).

Todavia, como salientado, também é passível de crítica essa denominação de maior amplitude: "*teoria geral do direito processual*". Se não, verifique-se. Afirma a Doutrina dominante que existem tantas espécies de direitos processuais quantas forem as espécie de direitos materiais: "Así, al procedimiento civil se contraponen el Derecho civil material; al procedimiento criminal, el Derecho penal, y al procedimiento administrativo, el Derecho administrativo" (THEODOR STERNBERG, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Segunda edición, Editorial Labor, S. A., Barcelona (etc.), § 1.º, nt. 5, p. 19). Mas precisamente o que não é admissível é essa decantada pluralidade de direitos processuais. O direito processual é um só. Conseqüentemente, é de duvidar-se, inclusive, da existência de uma "*teoria geral do direito processual*". Esta, a rigor, somente seria concebível se cada ramo particular do direito processual disciplinasse, com exclusividade, determinada matéria. Ora, justamente na parte relativa ao objeto é que se identificam os *soi disants* ramos particulares do direito judiciário. Os assuntos processuais básicos são, todos êles, em suas linhas mestras, categorias comuns dêsses supostos ramos; não seriam, evidentemente, as diferenças encontradas em pontos secundários que teriam o talento de dar-lhes autonomia. Aliás, recentemente, SALVATORE SATTA, entre outros, reconheceu a sem-razão dessa partilha artificial do direito judiciário, propugnando por um conceito unitário da disciplina. Para o processualista italiano, que restringiu a questão a seus principais elementos (*processo civil e processo penal*): "La tendenza moderna è nel senso di accorciare le distanze tra processo civile e penale, e scientificamente configurare una unità del diritto

processuale. Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, I, 141; *Istituzioni*, I, 25" (*Diritto Processuale Civile*, Settima edição, 1967, pág. 117, nt. 2). Como quer que seja, a admitir-se a existência de uma "teoria geral do direito processual", ter-se-ia, igualmente, de reconhecer a existência de uma "teoria geral do direito material". Nada obstante a maior coerência dessa última denominação (uma vez que os diversos ramos do direito substantivo têm, sem dúvida, conteúdos específicos), não se encontra ela sequer mencionada no quadro da enciclopédia do Direito. Na realidade, a única teoria de caráter geral, enquadrável na taxionomia das ciências jurídicas, é a *teoria geral do direito*. Esta, sim, existe, e não pode ser refutada. Corresponde, *mutatis mutandis* àquela *allgemeiner Teil* dos pandectistas alemães; àquela acervo de princípios comuns que informam toda a ordem legal.

É chegado, porém, o momento de concluir esta digressão e de afirmar que o pequeno reparo formulado em nada diminui o mérito do trabalho do Professor WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JUNIOR; uma vez, concluído, alcançará, certamente, quanto à penetração nos meios universitários, o êxito obtido pelas melhores obras congêneres da literatura jurídica nacional.

O autor dedica sua fadiga aos Pais e ao Prof. FREDERICO MARQUES, de quem foi Assistente de processo civil na Faculdade Paulista de Direito.

HORTÊNCIO CATUNDA DE MEDEIROS

JOSÉ AFONSO DA SILVA: *Aplicabilidade das normas constitucionais*, Edição da "Revista dos Tribunais", São Paulo, 1968, 261 páginas.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, livre-docente de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP, membro do Conselho Editorial da "Revista dos Tribunais" e do Conselho de Redação da "Revista de Direito Público", na monografia que estamos noticiando investiga, no sentido estritamente jurídico, a questão da aplicabilidade da norma constitucional, ou seja, da capacidade de a norma constitucional produzir efeitos. O autor não entra no terreno sociológico da eficácia social e nem no filosófico. Depois de examinar os vários sentidos da Constituição e de analisar a estrutura da norma constitucional e de seus vários tipos (mandatórias e diretórias, etc.), enfrenta o problema de sua eficácia jurídica, distinguindo a "eficácia plena", da "eficácia contida" e essas da "eficácia limitada", sem deixar de estudar a eficácia das chamadas "leis complementares". Estudo bem feito, fundado em boa doutrina, feito com clareza e espírito de síntese. Depois de várias considerações, o autor sustenta estar superada a teoria norte-americana que distingue a norma auto-aplicável da que depende da regulamentação. Para êle, em tese, a norma constitucional é imediatamente aplicável. Admite, entretanto, haver normas constitucionais de "eficácia contida", criadoras de direitos subjetivos, e normas de "eficácia limitada", destituídas originariamente de "normatividade suficiente para sua aplicação", que teriam assim incidência imediata. Quanto às "leis complementares", o Autor as situa entre as constitucionais e as ordinárias. Como vemos, o trabalho do Dr. JOSÉ AFONSO DA SILVA, que estamos noticiando, versa sobre questões de Direito Constitucional muito atuais.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

ANTONIO LAMARCA: *Contrato Individual de Trabalho*, São Paulo, Editôra Revista dos Tribunais Ltda., 1969, 435 páginas.

O autor, Magistrado do Trabalho e Professor de Direito do Trabalho, em alentado trabalho, conseguiu, com espírito de síntese, apoiado na Doutrina e Jurisprudência, analisar a relação de trabalho sob todos os seus aspectos. Dedicou várias páginas ao estudo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, tentando humanizá-lo. O estudo de tal relação é precedido de noções gerais indispensáveis à compreensão da relação de trabalho.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO



REVISTAS EM REVISTA

BOLETIM DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Novembro, 1969, n.º 190, Lisboa

Raul Ventura: Associação em participação (Anteprojeto).

Aires Correia: O direito das sociedades na comunidade econômica europeia.

Pareceres. Jurisprudência. Legislação. Bibliografia.

BOLETIM DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

N.º 191 — dezembro, 1969, Lisboa

Ferrer Correia (A): Lei das sociedades comerciais (Anteprojeto) (conclusão).

Pareceres. Jurisprudência. Legislação. Direito comparado. Bibliografia.

SCIENTIA IURIDICA

N.º 101-102 — T. XIX — janeiro-março, 1970

Oliveira Ascensão (J): O novo Código Civil português e o direito agrário.

Nogueira (R): Da função da lei na vida dos entes paraestatais.

Battaglini (L): a XI Sessão da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado.

Simões de Oliveira (JM): Vigência das normas de conflitos contidas no Código do Comércio.

Nunes (V): O navio de comércio em atividade.

Conceição Antunes Martins (HA): A legitimidade passiva na acção de despejo no caso de sublocação.

Oliveira Matos (M): Legitimidade do Ministério Público para requerer o depósito de tornas devidas aos incapazes.

Pareceres. Vida jurídica. Legislação portuguesa. Legislação brasileira. Bibliografia.

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO

N.º 10, outubro-dezembro — 1969, São Paulo

Seabra Fagundes: Novas perspectivas do federalismo brasileiro.

Gordillo (A.A): La Garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo.

Oliveira Franco Sobrinho (M): A segurança interna nas Cartas Constitucionais do Brasil.

Ataliba (G): Normas gerais de Direito Financeiro e Tributário e autonomia dos Estados e Municípios.

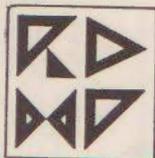
Afonso da Silva (J): Participação do município na arrecadação da União e do Estado.

Pareceres. Atualidade. Jurisprudência. Cadernos de Direito Municipal.

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

A. XV, 1969, Padova

- Maffei Alberti* (A): L'"eventus damni" nella revocatoria ordinaria.
- Massimo Bianca* (C): Riflessioni sul principio del consenso traslativo.
- Donato Busnelli* (F): Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto "ingiusto".
- Carpino* (B): Espromissione cumulativa e fideiussione.
- Carraro* (L): Sulla rappresentazione a favore dei discendenti naturali.
- Ferrarini* (S): Profili giuridici del trasporto a mezzo navi traghetts.
- Frosini* (V): Il soggetto del diritto come situazione giuridica.
- Galgano* (F): Riconoscimento della personalità giuridica e discrezionalità dell'autorità governativa.
- Ghezzi* (G): Sugli obblighi contrattuali dell'agente di commercio.
- Minervini* (G): La cooperazione e lo Stato.
- Oppo* (G): Creazione intellettuale, creazione industriale e diritti di utilizzazione economica.
- Perlengeri* (P): Le vicende dell'obbligazione naturale.
- Sacco* (R): Il substrato romanistico del diritto civili dei paesi socialisti.
- Soddu* (U): Forma e formazione del contratto, in particolare della vendita immobiliare.
- Spado* (P): Marchi denominativi: vicende di una categoria giuridica.
- Spagnuolo Vigorita* (L): Impresa, rapporto di lavoro, continuità.
- Visintini* (G): Contributo allo studio della reticenza nella formazione dei contratti.
- Zatti* (P): L'immissione nel possesso dei beni dell'assente.
- Necrologi. Recensioni. Rivista delle riviste. Giurisprudenza Attualità e notizie. Commenti. Varietà.



LEGISLAÇÃO

LEI N.º 5.582, DE 16 DE JUNHO DE 1970

Altera o artigo 16 do Decreto-Lei n.º 3.200, de 19 de abril de 1941, que dispõe sobre a organização e proteção da família

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º O artigo 16 do Decreto-lei n.º 3.200, de 19 de abril de 1941, que dispõe sobre a organização e proteção da família, passa a ter a seguinte redação;

“Art. 16. O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor.

§ 1.º Verificado que não deve o filho permanecer em poder da mãe ou do pai, deferirá o Juiz a sua

guarda a pessoa notoriamente idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores.

§ 2.º Havendo motivos graves, devidamente comprovados, poderá o Juiz, a qualquer tempo e cabe, decidir de outro modo, no interesse do menor.”

Art. 2.º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3.º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 16 de junho de 1970; 149.º da Independência e 82.º da República.

EMÍLIO G. MÉDICI
Alfredo Buzaid

DECRETO-LEI N.º 409, DE 26 DE JUNHO DE 1970

Dá providências complementares à Lei n.º 1.750, de 25 de novembro de 1968

O Governador do Estado da Guanabara, 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, e tendo em vista o que consta do Processo n.º 18-000120-68, decreta:

Art. 1.º Ficam criados, no Quadro do Ministério Público do Estado da Guanabara, 3 (três) cargos de Procurador da Justiça, a serem preenchidos, nos termos da legislação em vigor e de acordo com as disponibilidades or-

çamentárias, no último trimestre do corrente exercício financeiro.

Parágrafo único. Os ocupantes dos cargos ora criados funcionarão junto a cada uma das Câmaras e Grupos do Tribunal de Alçada previstos na Lei n.º 1.750, de 25 de novembro de 1968.

Art. 2.º Enquanto não preenchidos os cargos a que se refere o artigo anterior, e de acordo com o que nele se dispõe, observar-se-á o que prescreve o art. 8.º, § 2.º, da Lei número 1.750, de 25 de novembro de 1968.

Art. 3.º As despesas decorrentes d'êste decreto-lei serão atendidas pelas dotações orçamentárias próprias da Procuradoria-Geral da Justiça.

Art. 4.º Revogam-se as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 26 de junho de 1970;

82.º da República e 11.º do Estado da Guanabara.

FRANCISCO NEGRÃO DE LIMA.

Azhaury Mascarenhas.

Roberto de Souza Pinto Filgueiras.

Althemar Dutra de Castilho.

INDICE DE AUTORES

ALCINO PINTO FALCÃO — Da Responsabilidade Patrimonial das Pessoas Jurídicas de Direito Público, em Especial Frente ao Artigo 107 da Carta Política de 1969.	3
CÁSSIA MEDEIROS — Sistemas de Recursos no Direito Brasileiro e no Direito Português.	198
CLÁUDIO VIANNA DE LIMA — Internacionalização do Mercado de Capitais.	67
CLÓVIS PAULO DA ROCHA — Cláusula de inalienabilidade. A Promessa de Venda de bem inalienável é nula de pleno direito. Interpretação do título. Nos sistemas imobiliários causais, como o nosso, não basta o exame da certidão do registro, é mister verificar os títulos e lê-los por inteiro para que possa a parte alegar boa-fé. Esta, ainda que existente, não teria a virtude de tornar válido um ato eivado de nulidade <i>ex radice</i> . Impossibilidade do registro de ato nulo. Direitos pessoais dos promitentes compradores	153
COTRIM NETO — O Aperfeiçoamento do Direito Penal: uma exigência de de Nosso Tempo.	187
HORTÊNCIO CATUNDA DE MEDEIROS — Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, <i>Curso de Direito Processual Civil: Volume 1: Teoria Geral do Processo Civil</i> , São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, 303 págs.	211
JOÃO JOSÉ DE QUEIROZ — Idéia e Realidade do Estado. O elemento humano na Formação do Estado.	147
JORGE GUEDES — Réu condenado como incurso nos arts. 234 do Código Penal, e 1.º da Lei n.º 2.252 de 1954. Acêrto da condenação, aplicando, quanto ao crime do art. 234 do Código Penal a pena de multa, em lugar de detenção.	178
— Ruy Arantes Antunes (Necrológio).	186
JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA — Ainda e Sempre a Coisa Julgada	91
LEOPOLDO BRAGA — O Ministério Público e os Recursos de officio criados pela Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951	30
LUIZ IVANI DE AMORIM ARAÚJO — Instrumentos de Comunicações Internacionais — Aeronaves.	203
OCTAVIO DE ARAGÃO BULCÃO — Luiz Augusto do Rêgo Monteiro (Necrológio)	208
PAULO DOURADO DE GUSMÃO — Sugestões para a reforma do ensino jurídico. — Filho adulterino. Direitos sucessórios. Reconhecimento ocorrido na vigência da Lei n.º 883, de 1949. Aplicação da Lei n.º 883.	87
	161

- Restituição em concordata; cotas em conta de participação; com a concordata recebe o subscritor a sua parte como quirografário 165
- Martinho Garcez Neto: Prática da Responsabilidade Civil, Ed. Jurídica e Universitária Ltda., Rio de Janeiro, 1970, 306 págs. 210
- José Afonso da Silva: Aplicabilidade das normas constitucionais. Edição da Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, 261 págs. 213
- Antônio Lamarca: Contrato Individual de Trabalho, São Paulo — Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1969, 435 págs. 213
- RAPHAEL CIRIGLIANO FILHO — Inovações da Parte Geral do Código Penal de 1969 71
- SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA — As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Poder Público no Brasil 102
- SIMÃO ISAAC BENJÓ — A Alegação de Não-Domínio. 84

ÍNDICE DE ASSUNTOS

AERONAVES

- Instrumentos de Comunicações Internacionais. (Luiz Ivani de Amorim Araújo). 203

AGRAVO DE INSTRUMENTO

- Não pode o juiz negar-lhe seguimento (Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara). 168

BIBLIOGRAFIA 210

CASAMENTO

- Nulidade de casamento de brasileira com estrangeiro, celebrado no Brasil, por cônsul estrangeiro (Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara). 166

CÓDIGO PENAL

- Inovações da Parte Geral (Raphael Cirigliano Filho). 71

COISA JULGADA

- Ainda e Sempre (José Carlos Barbosa Moreira) 91

CONCORDATA

- Ver *Sociedade em Conta de Participação*

CRIMINALIDADE

- IV Congresso das Nações Unidas para a sua prevenção e Tratamento dos Delinqüentes 185

CRIMINOLOGIA

- VI Congresso Internacional. 185

DIREITO PENAL

- Aperfeiçoamento (Cotrim Neto) 187
- Congresso Internacional de 185

EMBARGOS DE TERCEIRO

- Reconhecimento de simulação de título do embargante (Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara). 171

ENSINO JURÍDICO

- Sugestões para a reforma do (Paulo Dourado de Gusmão). 87

ESTADO

- O Elemento Humano em sua Formação (João José de Queiroz). 147

ESTAGIÁRIOS

- Posse na Justiça do Trabalho 186

FALÊNCIA

- Instrução do pedido com duplicata ou triplicata expedida, não-aceita e protestada (Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara) 176

FILHO ADULTERINO

- Direitos sucessórios (Paulo Dourado de Gusmão) 161

FILOSOFIA DO DIREITO

- Congresso Internacional de 185

FOTOGRAFIA OBSCENA

- (Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, com parecer de Jorge Guedes) 178

FUNDAÇÕES

- de direito privado instituídas pelo Poder Público no Brasil (Sergio de Andréa Ferreira) 102

HERANÇA

- Renúncia: retratabilidade (Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara) 169

LEGISLAÇÃO 216

LOCAÇÃO

- Cessão: Lei de Luvas (Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara) 166

LUIZ AUGUSTO DO RÊGO MONTEIRO

- Necrológio (Otávio de Aragão Bulcão) 208

MERCADO DE CAPITAIS

- Internacionalização (Cláudio Vianna de Lima) 67

MINISTÉRIO PÚBLICO

- e os Recursos de ofício criados pela Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951 (Leopoldo Braga) 30

NÃO-DOMÍNIO

- Alegação de (Simão Isaac Benjô) 84

PROMESSA DE COMPRA E VENDA

- Correção Monetária (Quarto Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara) 174
— de bem inalienável (de Clóvis Paulo da Rocha) 153

RECURSOS

- Sistemas nos Direitos Brasileiro e Português (Cássia Medeiros) 198

RESPONSABILIDADE CIVIL	
— das pessoas jurídicas de direito público (Alcino Pinto Falcão)	3
REVISTAS EM REVISTA	214
RUY ARANTES ANTUNES	
— Necrológio (Jorge Guedes)	186
“SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE”	
— Centenário da	184
UNIÃO INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS	181
SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO	
— Concordata (Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Guanabara — com parecer de Paulo Dourado de Gusmão)	165

