

REVISTA

**D
E**

**D
I
R
E**

**I
T
O**

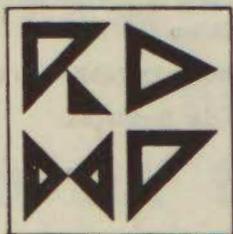
O

14



1971

Órgão do Ministério Público do Estado da Guanabara



Este exemplar não pode ser vendido.

Guanabara, Ministério Público

Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara;
doutrina, jurisprudência, legislação.

Ano

n. 1

1967

Rio de Janeiro, 1967

23,5 cm. quadrimestral

1. Direito — Periódico — Brasil. I — Título. II — Gusmão,
Paulo Dourado, diretor

CDD 340.05

**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)

Governador do Estado: ANTÔNIO DE PÁDUA CHAGAS FREITAS
Procurador-Geral da Justiça: CLÓVIS PAULO DA ROCHA

ANO V — N.º 14 — MAIO-AGOSTO — VOL. 14 — 1971

FUNDADORES

Governador do Estado: FRANCISCO NEGRÃO DE LIMA

Procurador-Geral da Justiça: ARNOLDO WALD

Direção da Revista:

Procurador da Justiça PAULO DOURADO DE GUSMÃO

Promotor SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

Promotor SIMÃO ISAAC BENJÓ

Diretor

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

Secretário

JACYR VILLAR DE OLIVEIRA

Comissão de Redação: Jorge Guedes, Raphael Cirigliano Filho, Simão Isaac Benjó, Marcelo Maria Domingues de Oliveira, Martinho da Rocha Doyle e Hortêncio Catunda de Medeiros.

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de
seus autores

Pede-se permuta

We ask for exchange

On demande l'échange

Redação e Administração: Av. Nilo Peçanha, 12, 3.º andar, Sala 308,
para onde deve ser dirigida toda corres-
pondência.

MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA GUANABARA

PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA

Procurador-Geral da Justiça
CLÓVIS PAULO DA ROCHA

PROCURADORES DA JUSTIÇA

Amaro Cavalcanti Linhares (Assistente do Procurador-Geral)	João Baptista Cordeiro Guerra
Amílcar Furtado de Vasconcelos	Joaquim Corrêa Marques Filho
Antônio Augusto de Vasconcellos Netto	Jorge Guedes
Antônio da Costa Marques Filho	José Francisco de Oliveira Diniz
Arnaldo Rodrigues Duarte	José Vicente Ferreira
Arnóbio Tenório Wanderley	José Vicente Pereira
Carlos Octávio da Veiga Lima	Marcelo Maria Domingues de Oliveira
Celso de Barros Franco	Maurício Parreiras Horta
Clóvis Paulo da Rocha (Procurador-Geral da Justiça)	Nelson Peçegueiro do Amaral
Emerson Luiz de Lima (Assistente do Procurador-Geral)	Newton Marques Cruz
Hermano Odilon dos Anjos	Oswaldo de Moraes Bastos
Hermenegildo de Barros Filho	Paulo Chermont de Araújo
	Paulo Dourado de Gusmão (Diretor da Revista de Direito)
	Raul Caneco de Araújo Jorge

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	Nerval Cardoso
Mário Tobias Figueira de Mello	Pedro Henrique de Miranda Rosa

CURADORES DE FAMÍLIA

Eugênio de Vasconcellos Sigaud	Regina Maria Correia Parizot
Laudelino Freire Júnior	Silvério Pereira da Costa (Diretor do Departamento de Assistência Judiciária e Estágio Forense)
Martininho da Rocha Doyle	
Maurílio Bruno de Oliveira Firmo	

CURADORES DE MASSAS FALIDAS

Hélio Cezar Penna e Costa
Jefferson Machado de Goes Soares

Mariza Clotilde Vilela Perigault
Mozart Mattos

CURADORES DE MENORES

Antônio Ricardo dos Santos Netto

Newton de Barros e Vasconcellos

CURADORES DE ÓRFÃOS

Alvaro Duncan Ferreira Pinto
Arthur Maciel Corrêa Meyer

Carlos de Novaes Vianna
Francisco Habib Otoch

CURADORES DE REGISTROS PÚBLICOS

Carlos Dodsworth Machado

Everardo Moreira Lima

CURADORES DE RESIDUOS

Armando de Oliveira Marinho (Diretor-
Geral da Secretaria)
Eládio de Carvalho Werneck

Luiz Facca
Paulo de Salles Guerra

PROMOTORES PÚBLICOS

Alberto Canellas
Antônio Francisco Feteira Gonçalves
Antônio Vicente da Costa Júnior
Carlos Alberto Tôrres de Mello
Carlos Eduardo Bernardi Montauray Pi-
menta
Carlos Maximiliano Netto
Cyro de Carvalho Santos
Edgardo Tenório
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 Ber-
gallo
Luiz Carlos Couto Maciel
Luiz Eduardo Guimarães Rabello
Luiz Fernando Cardoso de Gusmão

Mariana Herescu
Mario de Carvalho Pereira
Mario Portugal Fernandes Pinheiro
Marly Martin Mazzuchelli
Mauro Campello
Myrian Steinbruch Roismann
Nader Couri Raad
Newton Lourenço Jorge
Paulo Frederico Bandeira de Mello The-
dim Lôbo
Pedro Nogueira Fontoura
Rafael Carneiro da Rocha
Rodolfo Antônio Avena
Sergio de Andréa Ferreira
Sergio Demoro Hamilton
Severino Alves Moreira
Victor André de Soveral Junqueira
Ayres
Wilson Cavalcanti de Farias
Wilson de Andrade Campello

PROMOTORES SUBSTITUTOS

Albino Ângelo Santa Rossa
Carlos Alberto Pozzo
Carlos Augusto Vianna de Albuquerque
Carlos de Mello Pôrto
David Milech
Guy Benigno Brasil
Hamilton Carvalhido
Heitor Pedrosa Filho
Humberto Paschoal Perri
Juary Silva

Luiz Brandão Gatti
Luiz Gonzaga de Noronha Luz Neto
Luiz Sérgio Wigderowitz
Otto Frederico Campean
Oziel Esmeriz Miranda
Sálua Bunahum
Simão Isaac Benjó
Sylvio Tito de Carvalho Coelho
Waldy Genuíno de Oliveira

DEFENSORES PÚBLICOS

Adolpho Lerner	Jorge Joaquim Lobo
Ana Laura Bittencourt Kayser	José Carlos da Cruz Ribeiro
Ângelo Moreira Glioche	João Marcelo de Araújo Júnior
Antônio Carlos Silva Biscaia	Lafredo Lisboa Vieira Lopes
Antônio Paiva Filho	Lucy Lopes Kratz
Arion Sayão Romita	Luis Fernando Ribeiro
Assy Mirza Abraham	Luiz Roldão de Freitas Gomes
Benvides Aristeu Lunz	Manoel Carpena de Amorim
Carlos Alberto Pires de Carvalho e Al- buquerque	Marija Yrneh Rodrigues de Moura
Celso Fernando de Barros	Mário Robert Mannheimer
Cypriano Lopes Feijó	Marly Macedônio
Denise Camolez Pontual	Mauro José Ferraz Lopes
Domingos Henrique Leal Braune	Renato Pereira França
Edmundo José Anjo Coutinho	Roberto Mendonça de Andrade
Eduardo Valle Menezes Côrtes	Rodolpho Carmello Ceglia
Gastão Lobão da Costa Araújo	Ronaldo Tostes Mascarenhas
Homero das Neves Freitas	Rosa Déa Veiga da Silva
Ivan Rezende Pereira Leal	Ruth Sarah Hirschfeldt
Jacyr Villar de Oliveira (Secretário da Revista de Direito)	Sérgio Castanheira
Jocymar Dias de Azevedo	Télius Alonso Avelino Memória
	Telma Murse Diuana
	Valneide Serrão Vieira
	Vera de Souza Leite

CONSELHO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Clóvis Paulo da Rocha	José Francisco de Oliveira Diniz
Hermenegildo de Barros Filho	João Baptista Cordeiro Guerra
Arnóbio Tenório Wanderley	

INDICE

DOCTRINA:

	Págs.
JORGE S. ANTONI — A Situação da Família no Direito	3
ALCINO PINTO FALCÃO — Da nova Lei de Desenvolvimento Urbano e Regional carioca. Problemas Jurídicos	18
EBERT CHAMOUN — Exposição de Motivos do Esboço do Anteprojeto do Código Civil. Direito das Coisas	32
DALMO SILVA — O Problema dos Tóxicos	47
HORTÊNCIO CATUNDA DE MEDEIROS — Aspectos do Recurso de Ofício (Em matéria penal)	54
ARION SAYÃO ROMITA — Absolvição sumária no processo dos crimes a que se refere a Lei n.º 4.611, de 2 de abril de 1965	58
SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA — O Direito Administrativo e suas relações	67
SÉRGIO DE SÁ MENDES — A letra de câmbio e o mercado de capitais.	80

PARECERES:

— Mandado de Segurança. 1. Mandado de Segurança impetrado por ex-combatente contra o Conselho do Ministério Público que opinou, contrariamente, ao seu ingresso no Ministério Público, como Defensor Público independentemente de concurso. 2. Não está devidamente instruído, o pedido que não vem acompanhado da prova de sua tempestividade. 3. Incabível o "writ" contra <i>ato opinativo</i> e de autoridade que não tem competência para nomear. 4. Ausência de prova de participação efetiva em operações bélicas. 5. Art. 197, letra <i>b</i> , da Constituição do Brasil, dispensa o ex-combatente do concurso para ingresso no serviço público, em geral, no art. 97, § 1.º, do mesmo Diploma Magno, não se estendendo a isenção para o ingresso no Ministério Público, cujo concurso é exigido nos art. 95, § 1.º e 96 da Magna Carta Federal (de Clóvis Paulo da Rocha)	89
— Confissão em Juízo. Sua força probatória (de Jorge Guedes)	96
— Crime putativo. Flagrante preparado (de Laudelino Freire Júnior)	97
— Soberania do Júri (de J. B. Cordeiro Guerra)	98

- Investigação de paternidade. Não provimento do agravo no auto do processo. Omissão da petição inicial decorrente do próprio fim da ação. Conexão de ações de investigação de paternidade e de alimentos. Aplicação do art. 138 do Cód. Proc. Civil. *Legitimatío ad causam* como preliminar do mérito. *Pas de nullité sans grief*. Ao contrário do disposto do Código Civil, com o advento da Lei n.º 883, dissolvida a sociedade conjugal, é facultada ao filho, ilegítimo ou espúrio, a ação para que se lhe declare a filiação. Por outro lado, o reconhecimento da paternidade, *in casu*, já constitui *coisa julgada*, por decisão irrecorrível, do mesmo Tribunal, em processo conexo, apenso, sôbre o mesmo fato. Posição ativa do M.P. nas lides forenses para que se promova a Justiça. (de Arnaldo Rodrigues Duarte) 100
- Usucapião. Ação não contestada mas julgada improcedente. Ação de usucapião. Decretação da sua improcedência, embora a lide não tenha sido contestada. Inexistindo a aquisição a *non domino*, o titular da propriedade regularmente transcrita no registro de imóveis não pode pretender mais a declaração por sentença de domínio pela posse qualificada (de Luiz Polli) 107

JURISPRUDÊNCIA:

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL:

- Ação de acidente do trabalho. Exaustão da instância administrativa, nos termos impostos pelo Decreto-Lei n.º 893/1969, art. 1.º, II (Art. 15 e § 2.º da Lei n.º 5.316/67). II. Carece o Decreto-Lei 893/1969 de prévia regulamentação para se tornar exequível, no que se refere ao ingresso do infortunado em juízo. III. Mantendo o aresto recorrido a decisão de 1.º grau que impusera ao acidentado, como condição processual, a apresentação de prova da exaustão da instância administrativa, contrariou a Constituição, art. 153, §§ 4.º e 2.º, justificando o conhecimento e o provimento do extraordinário fundado no art. 119, III, *a*, daquela Carta. (Supremo Tribunal Federal) ... 111
- Lei Uniforme sôbre o Cheque, adotada pela Convenção de Genebra. Aprovada essa Convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificara a legislação interna. Recurso Extraordinário conhecido e provido. (Supremo Tribunal Federal) 116
- Seguro obrigatório de responsabilidade civil. Seguro obrigatório de responsabilidade civil independe de culpa do segurado, tendo finalidade social. (Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo) 121
- Simulação. Quando o ato jurídico dissimulado é proibido por lei, ocorre nulidade que prevalece sôbre a mera anulabilidade, aplicando-se a norma do art. 146 do Código Civil e não a do art. 104 do mesmo Código (Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara) 125

— Recurso de Revista — Preliminar do não conhecimento, por não estar instruída, rejeitada. Dada a manifesta divergência, impõe-se o conhecimento da revista. No mérito, nega-se provimento, nos termos do parecer do 11.º Procurador da Justiça. 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 entendimento acarreta prejuízo à menor. (3.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara)	131
— Filiação adulterina. O registro civil do nascimento, feito pelo pai, e suas declarações em ação de alimentos, dispensam da propositura da ação de investigação de paternidade para habilitação em inventário. (Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Guanabara)	134
— Aquestos. Quando a questão da comunhão dos aquestos em regime de separação legal está ligada à apreciação de escrituras de cessão de direitos, não pode ela ser decidida no inventário. (Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara)	135
— Mandado de Segurança. Ato Opinativo. Mandado de Segurança. Descabe a medida contra ato opinativo de órgão assessor de autoridade executiva. Ato de autoridade. Não conhecimento. (Tribunal de Justiça da Guanabara)	136
— Direito Autoral. Direito de Tradução. Ação ordinária. Propriedade literária. Perdas e danos. Direitos do tradutor da obra, a despeito da mesma haver caído sob o domínio comum. Exame de comparação por se tratar predominantemente, de reprodução servil, art. 159 do Cód. Civil. Desnecessidade de perícia à vista das provas, art. 255, inc. II do C.P.C. (Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Guanabara)	136
— Contribuições Parafiscais. As contribuições parafiscais, desde que criadas por lei, integram o sistema tributário nacional. (Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara)	138
— Aval sem outorga uxória. O aval pode ser prestado sem outorga uxória. O creditado, para garantir contrato de abertura de crédito, pode caucionar promissória de sua emissão. O creditado e seus avalistas não podem invocar o benefício da ordem para que a promissória que emitiram e avalizaram só seja executada após a execução das outras garantias do contrato de abertura de crédito. Os avalistas não podem opor ao tomador direito pessoal do avalizado, nem discutir, a causa originária do título. (Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara)	139

- Agravo de instrumento conhecido como de petição. Agravo de instrumento na forma do art. 850 do Cód. de Processo Civil. Conhecimento e decisão de mérito do agravo de petição por conter o instrumento todos os elementos necessários para essa decisão. Desprovido. (Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara) 141
- Partilha de bens em desquite amigável não exclui inventário. Desquite amigável, avaliação dos bens partilhados; o fato de já ter sido homologada, com o desquite amigável, a partilha ajustada não exclui a necessidade, para efeitos fiscais, de inventário e avaliação dos bens partilhados pelo casal. (Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara) 142
- Fiança prestada pelo marido sem outorga uxória. — Arguição de nulidade da fiança por parte da mulher. — Entendimento harmônico dos arts. 235, III, e 263, X, do Código Civil. — A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a lição de Orosimbo Nonato. — Procedência da arguição. — Confirmação da sentença. (Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara) 143
- Acumulação de cargos. — Correlação de matérias. — Cargos de advogado e de professor de português. — Inteligência do art. 99 da Constituição da República. — Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. — Orientação da Comissão de Acumulação de Cargos do Departamento de Administração Civil. — Segurança concedida. (Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara) 145
- Sucessão. Concorrência de filiação legítima e ilegítima. Revogação do art. 1.605, § 1.º do Cód. Civil, pelo art. 126 da Constituição de 1937, abrangendo não só os filhos naturais "stricto sensu", como também os espúrios de reconhecimento permitido. Permanência desse princípio não contrariado por disposição das Constituições posteriores e nem por legislação repristinatória do dispositivo revogado. Esta é a norma geral vigente. A restrição trazida pela Lei 883, de 1949, pelo seu próprio caráter restritivo, só compreende o caso nela previsto, "o filho reconhecido na forma desta lei". Apelações desprovidas. Voto vencido. (Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara) 147
- Reconhecimento de Paternidade. O reconhecimento da paternidade é irretirável, mas pode ser anulado com a prova de haver sido feito contra a verdade. A anulação deve ser pleiteada pelas vias ordinárias, com a citação de todos os interessados. (Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara) 158
- Direito à Garagem e Podêres do Condomínio. O direito à guarda de veículos nas garagens, "como objeto de propriedade exclusiva do condômino". Expressão da Lei, não pode ser transacionada pelo condomínio. (Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara) 159

- Responsabilidade Civil. Responsabilidade civil ordinária de indenização por danos pessoais e materiais resultantes de colisão com um ônibus de linha regular de transporte coletivo; não é o autor carente da ação proposta, se a intentou contra quem ainda tem sob seu nome e responsabilidade a exploração do serviço e, em consequência, dá-se provimento ao recurso para que o juiz vinculado à demanda a julgue em seu mérito, como de direito. (Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara) 160

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL:

- Comércio Clandestino de Entorpecentes. Delito caracterizado. — “Sulfa de dexterrina SKF”. — Composto anfetamínico determinante de dependência física ou psíquica do agente. — Utilização do mesmo, pelo acusado, através da via endovenosa, para efeito mais positivo. — Defesa escudada no fato de não se encontrar a substância em apreço relacionada como entorpecente em portaria do Serviço Nacional de Fiscalização de Medicina e Farmácia. — Improcedência. — Condenação mantida. — Inteligência do art. 281 do Código Penal e do Decreto-Lei n.º 385, de 1968. (Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de S. Paulo) 161
- Tentativa de Furto. A avaliação da coisa — que pode ser, ou não, necessária — não se destina a provar a materialidade do delito, cuja configuração, por outro lado, a falta não prejudica, se há certeza da lesão patrimonial que a subtração determinaria. Confirma-se a condenação, ante a convincente prova acusatória, mas, reduz-se a pena corporal excessiva. (Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada da Guanabara) 165
- “Habeas Corpus”. Habeas corpus denegado. Não há falar em crime putativo, sem induzimento ou provocação pela autoridade, ou com o seu concurso. (Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Guanabara) 167
- Falsidade Inócua — Para que se configure o crime do *falsum* é indispensável que seja relevante a adulteração levada a efeito. (Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Guanabara) 167
- Ementário. Crime continuado. Inocorrência. Delitos que, além de praticados em lugares diferentes, ocorreram em épocas distantes. Habeas corpus negado. (Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo) 168
- Júri. — Nulidade. — Defeito do Questionário. — Inocorrência. Quesitos lidos em plenário sem qualquer reclamação das partes. — Inteligência dos arts. 565 e 571, n.º VIII do C. P. P. Formulação de quesitos em discordância com o libelo. — Nôvo julgamento ordenado. — Inteligência dos arts. 564, *k* e parágrafo único e 572 do C.P.P. Concordando as partes com o questionário, na ocasião em que deveriam reclamar se nulidade houvesse, não podem mais, quando adverso a eles o resultado, alegar que

a redação do mesmo é imperfeita. — Fonte dos quesitos é o libelo. Se o questionário dêle discrepa, omitindo circunstância particular nêle aludida, o resultado é a nulidade do julgamento, pelo evidente prejuízo daí resultante. (Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo)	170
--	-----

ESTUDOS E ATUALIDADES:

— LEVI CARNEIRO (Necrológio)	172
— LUIZ DE MACEDO SOARES MACHADO GUIMARÃES (Necrológio) ...	172
— PEDRO PAULO PENNA E COSTA (Necrológio)	173
— ADROALDO JUNQUEIRA AYRES (Necrológio)	173
— Prof. CLÓVIS PAULO DA ROCHA (Homenagem)	174
— Des. EDUARDO JARA. (Posse)	174
— Procurador-Geral da Justiça (Aniversário)	179
— AMARO CAVALCANTI LINHARES (Homenagem)	179
— Oferta de Becas	179
— Membro do M.P. para a Escola Superior de Guerra	179
— RODOLFO ANTÔNIO AVENA (membro do M.P. para exercer o cargo de Superintendente do Sistema Penal)	180
— Esquadrão da Morte	180
— Falência. Prisão Preventiva (CLÓVIS PAULO DA ROCHA)	180
— Honorários em mandado de segurança (GRACCHO AURÉLIO) ...	189
— Ministro ANTÔNIO JOAQUIM PIRES DE CARVALHO E ALBUQUERQUE (Homenagem)	190
— Competência do Júri (SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA)	192
— IV Congresso das Nações Unidas (CARLOS ALBERTO MARINHO DE OLIVEIRA)	193
— M.P. da Guanabara colabora apresentando Sugestões sôbre o Projeto de Lei Federal modificando a Legislação sôbre Entorpecentes	194
— Responsabilidade anti-social do menor	195
— Concurso para Defensor Público (1970-1971)	198
— Ordem do Mérito Judiciário Militar. Admissão do Prof. CLÓVIS PAULO DA ROCHA	203
— Honorários de Advogado em Mandado de Segurança (Des. FRANCISCO PEREIRA DE BULHÕES CARVALHO)	203

BIBLIOGRAFIA:

— WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JR. <i>Substituição Processual</i> , São Paulo, ERT, 1971, 172 páginas (PAULO DOURADO DE GUSMÃO)	214
— FERNANDO JUNGSMANN: <i>O direito da agro-indústria açucareira</i> , ERT, São Paulo, 1971, 479 págs.	214

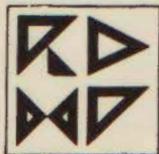
Págs.

— GERALDO ATALIBA: <i>Lei Complementar na Constituição</i> , ERT, São Paulo, 1971, 94 págs.	214
— ORLANDO GOMES: <i>Alienação fiduciária</i> , São Paulo, ERT, 1971, 178 págs.	215
— MOZART VICTOR RUSSOMANO: <i>Temas Atuais do Direito do Trabalho</i> , São Paulo, ERT, 1971, 151 págs.	215
— R. LIMONGI FRANÇA: <i>Princípios Gerais de Direito</i> , São Paulo, 1971, 260 págs. (PAULO DOURADO DE GUSMÃO)	215
— FERNANDO PINTO: <i>Jurisprudência, Fonte formal de direito brasileiro</i> , Rio de Janeiro, 1971, 127 págs. (PAULO DOURADO DE GUSMÃO)	216
— JACOB DOLINGER: <i>Repercussão do Fundo Monetário Internacional Privado</i> , Rio de Janeiro, 1971, 258 págs. (PAULO DOURADO DE GUSMÃO)	216
— R. LIMONGI FRANÇA: <i>Manual de Direito Civil</i> , ERT, S. Paulo, 1971, vol. 3.º, 357 págs.	217
— WALDYR DOS SANTOS: <i>O Regime Disciplinar do Servidor Público no Judiciário</i> , DASP, 1971, 73 págs.	217
— WALDYR DOS SANTOS: <i>O Servidor Público no Direito Constitucional e no Direito Administrativo</i> , DASP, 1971, 141 págs.	217
REVISTAS EM REVISTA	218

LEGISLAÇÃO:

— Lei n.º 5.726, de 29 de outubro de 1971 (Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências)	222
— Lei n.º 5.053, de 27 de abril de 1971 (Altera o art. 19 do Decreto-Lei n.º 3.200, de 19 de abril de 1941, alterado pela Lei n.º 2.514, de 27 de junho de 1955, que dispõe sobre bem de família)	229
— Lei n.º 5.675, de 12 de julho de 1971 (Dá nova redação ao art. 77 do Decreto n.º 5.083, de 1.º de dezembro de 1926, que institui o Código de Menores)	229
— Decreto "E" n.º 4.948, de 25 de junho de 1971 (Estabelece a carteira funcional dos servidores da Secretaria-Geral do Ministério Público do Estado da Guanabara, com os característicos de identidade)	229
— Portaria "E" n.º 13, de 26-8-1971 (Determina providências para a expedição da carteira de identidade funcional dos membros do M.P. da Guanabara)	230

	Págs.
— Portaria "E" n.º 14, de 15-9-1971 (Determina melhor fiscalização por parte dos Drs. Curadores de Massas Falidas dos processos que lhe estão afetos)	231
— Portaria "E" n.º 12, de 24-8-1971 (Determina ao Serviço do Pessoal expedição da carteira de identidade funcional dos servidores da Secretaria-Geral do M.P. da Guanabara)	232
— Índice de autores	233
— Índice de assuntos	235



D O U T R I N A

COLABORAM NESTE NÚMERO

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

ARION SAYÃO ROMITA — Defensor Público do Ministério Público do Estado da Guanabara. Professor da Faculdade de Direito da Universidade do mesmo Estado.

DALMO SILVA — Juiz de Direito do Estado da Guanabara.

EBERT CHAMOUN — Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara. Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do mesmo Estado.

HORTÊNCIO CATUNDA DE MEDEIROS — Curador de Acidentes do Trabalho do Ministério Público do Estado da Guanabara. Professor de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade do mesmo Estado.

JORGE S. ANTONI — Professor de Direito Civil da Universidade Nacional de Tucuman — Argentina.

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

SÉRGIO DE SÁ MENDES — Professor de Direito Romano da Universidade Gama Filho.

A SITUAÇÃO DA FAMÍLIA NO DIREITO (*)

JORGE S. ANTONI

I — *Introdução* — Nas Terceiras Jornadas de Direito Civil, realizadas em San Miguel de Tucumán, debateu-se sobre a conveniência da adoção ou não, como regime convencional, o da separação de bens. O Dr. ALBERTO G. SPOTA propunha o seguinte: “Ao contrair-se o casamento, ou antecipadamente, poder-se-á pactuar o regime de separação de bens” (1). O relato do Dr. ALBERTO D. MOLINÁRIO apresentava a seguinte proposição: “Não é justo, nem necessário, e tampouco conveniente, para a sociedade argentina atual, a adoção da separação de bens como regime convencional”. Outras teses, versando sobre Direito Sucessório, foram discutidas e aprovadas. Na reunião plenária, antes de ser tratado o ditame da Comissão da Maioria, uma moção de ordem impediu fôsse considerado o ponto relacionado com as sociedades de fato, intercaladas como variante às moções antes transcritas. Conseqüentemente, não foi possível levar a público os fundamentos levados em conta pela Comissão para aconselhar o enfoque dêsse problema e nem tiveram oportunidade, os outros membros, de opinar sobre os inconvenientes de ser tratado numa Jornada de Direito Civil, assuntos relacionados com o Direito de Família que, no entender dessas pessoas, embora a matéria conste do Código Civil, não é precisamente daquelas que entrem nessa esfera. Em moção posterior foi sugerida a idéia de que o tema podia ser enfocado nas Jornadas que iriam realizar-se em Córdoba, em 1969.

Últimamente, tem-se discutido se o Direito de Família e o Direito Sucessório são temas do Direito Privado; e ainda mais, se estando neste Direito devam ser incluídos no Civil (3). A prova de sua transcendência são os projetos e discussões havidos na França visando modificar o Código Civil, e especialmente na Alemanha onde se substituiu o Código Civil pelo Código Popular Alemão, onde o problema foi tratado com extensão e clareza. Acrescentemos a isto as diferenças existentes com respeito a inclusão na codificação civil americana o Direito de Família, nos trabalhos da Comissão designada em Bogotá, em 1948, e as declarações das autoridades eclesiásticas a respeito

(*) Extraído da *Revista Jurídica* (n.º 20, 1969, Tucumán, Argentina, páginas 17/33). Tradução de S. L. Turner Barros González.

(1) *Terceiras Jornadas de Derecho Civil. Boletín n.º 1*, p. 55.

(2) *Idem*, p. 57.

(3) Por ora tratamos o referente ao Direito Sucessório, que de um lado se vincula com a propriedade e do outro com a família. Oportunamente ampliaremos êste trabalho.

da incorporação do mesmo no Código-Mãe. Nas jornadas de Juristas realizadas em Lima, em dezembro de 1951, a iniciativa da Faculdade de Direito da Universidade Mayor de San Marcos, aprovou-se o seguinte: "O Direito Civil não integra o Direito Público, nem se constitui num ramo autônomo; integra o Direito Privado e dentro dêste o Direito Civil". Resulta fácil compreender a importância do tema e tentar enfocá-lo nas Jornadas de Direito Civil ou em publicações que se relacionem com elas.

II — *Situação da Família dentro dos Códigos e a Doutrina.* a) *Dentro do Direito Privado.* — Segundo a trajetória do Código Civil Francês, os diversos códigos que se inspiraram nêle seguiram êsse plano sem discussão.

Na Seção II, do Livro I, o Código Civil Argentino trata "Dos Direitos Pessoais nas relações de Família". No Título II, da Seção III, refere-se aos "Direitos Pessoais nas Relações Civis". A seguir apresenta normas sôbre o Direito Sucessório ao tratar o ponto "Da transmissão dos Direitos por morte das pessoas às quais correspondiam". Logo, quando regula diversas instituições, vincula-as com o estado de família. A única variante nos códigos que admitem pertencer ao Direito Privado o Direito de Família, é o lugar no qual se situará dentro da Codificação, dado que se se julgar ser uma consequência da personalidade, é lógico limitá-lo no livro dedicado às pessoas, no entanto, se se achar haver uma comunidade, o colocaremos na parte em que se regulamenta esta.

No Código Civil Alemão o assunto é tratado no Livro IV — "Direito de Família", arts. 1.297 e 1.921. O Código Civil Português, recentemente pôsto em vigência, situa o tópico no Livro IV, arts. 1.576 e seguintes. O Suíço, no Livro II, enquanto que o Francês e o Italiano o fazem no Livro I.

A doutrina, em geral, tem mantido-se fiel em considerar o Direito de Família dentro do Direito Privado. Além d'ô mais, grande número de autores o enquadram também dentro do Direito Civil, no caso em que êsse se situe como parte do Direito Privado.

HEINRICH LECHMANN (4), referindo-se à questão, diz: "É o Direito de Família uma parte do Direito Privado. Em harmonia com seus fundamentos acha-se o Direito Social. Só excepcionalmente têm suas normas caráter de Direito Público". Depois, ao fazer profunda análise dos Direitos Público e Privado, encontra normas que têm o caráter de Direito Público e salienta: "No Direito de Família do B.G.B. encontram-se também normas com tais características como ocorre em matéria de Direitos Reais".

OERTMANN (5) diz, referindo-se ao mesmo problema: "Dêste modo resulta como terceiro dos grandes ramos do Direito Privado junto às duas partes do Direito Patrimonial, o Direito de Família".

LÓPEZ ORTIZ (6) coloca a Família no Direito Privado e em sua Nota n.º 19 refere-se ao Casamento: "O Matrimônio, segundo a jurisprudência muçulmana, é um contrato de mero Direito Civil, pelo qual um homem asse-

(4) LECHMANN, H., *Derecho de Familia*, Madrid, ed. 1953, pág. 12.

(5) OERTMANN, P., *Introducción del Derecho Civil*, pág. 29, Ed. Labor.

(6) LÓPEZ ORTIZ, J., *Derecho Mussulmán*, pág. 153.

gura o direito de desfrutar fisicamente de uma mulher, mediante o pagamento de uma quantia e com a obrigação de custear-lhe a alimentação". A Tutela a pressupõem e a apoiam na idéia da representação, estudando-a no Título "Dos Contratos", vinculando-a com o Contrato de Mandato" (7).

É o seguinte o pensamento de MOURLON (8) sôbre êste mesmo ponto: "Não obstante, há entre elas algumas que, por certa analogia, formam um direito público *sui-generis*: tais são as leis relativas à Família que constituem o pátrio-poder. Elas pertencem, evidentemente, ao Direito Privado, desde que abranjam relações privadas, quer dizer, de particular a particular. Sem dúvida, são também de Direito Público porque têm por objeto não só interesses pecuniários, como também a ordem geral do Estado, o interesse público".

SANCHEZ ROMÁN (9) nos dá uma noção do que é Direito Civil e de seu ponto de vista: "O Direito Civil é formado da reunião do Direito de Família e do Privado pròpriamente dito, o que dá ao Direito Civil um marcadíssimo caráter de interesse particular, restringindo-se o Direito de Família à assistência, autoridade e obediência entre seus diversos membros, enquanto o Direito Privado, restringido a disciplina das relações reciprocas entre os cidadãos, de modo a proteger os interesses particulares dos mesmos".

BARASSI (10) faz-nos notar em sua obra como o Direito de Família vai se impregnando de um sentido público, o que se nota de forma evidente no Código Civil Italiano. Vê no Direito de Família uma zona de Direito Público, mas lhe parece exagêro colocá-lo dentro dêle, já que na família há também princípios fundamentais de solidariedade afetiva que justificam a ação privada dentro da casa paterna.

No Direito Argentino, DÍAZ DE GUIJARRO (11) referindo-se à proposição que apresentou ao Congresso de Lima, intitulada: "O Direito de Família como parte integrante do Direito Civil, ante a tendência de unificação do Direito Privado", (pág. 283), depois de refutar a Cicú, salienta: "Se bem que nos apoiamos nas razões fundamentais, antes expostas, que afirma ser, por natureza, o Direito de Família parte integrante do Direito Privado." Todavia, um pouco antes (pág. 270) lê-se: "A conclusão prática que se extrai da renovação da técnica legislativa, é que agora o Direito de Família compõe-se de duas categorias de regras: umas orientadoras ou básicas — as constitucionais — e outras, reguladoras — as civis".

BORDA (12), referindo-se ao problema da situação, opina: "O Direito de Família constitui parte do Direito Privado, e mais precisamente, do Direito Civil. A nosso ver, a pretensão de desligar a família do Direito Privado importa num contra-senso".

(7) LÓPEZ ORTIZ, ob. cit., pág. 154.

(8) MOURLON, F., *Estudios sobre el Cód. Civil Francés*, Tomo I, págs. 16/17, ed. 1903.

(9) *Estudios del Derecho Civil*, Tomo I, pág. 68.

(10) BARASSI, L., *Istituzioni di Diritto Privato*, 2.^a ed., Giuffré, Milán, 1940, pág. 342.

(11) DÍAZ DE GUIJARRO, E., *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo I, página 271.

(12) BORDA, G., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Família, Tomo I, páginas 9 e 11.

HUGO FERRERA (13), na parte final de seu trabalho, expõe: "Em todo caso, sendo a zona do Direito que mais se relaciona com o sentimento humano, mais profundo e entranhável, não há dúvida de que é e deverá continuar sendo, em tal sentido, Direito Privado".

Na literatura jurídica argentina, há sobre o problema um grande número de trabalhos qualificados, mas não nos referimos a eles dada a sua quantidade, considerando que servem de exemplo os já citados, aos quais acrescentamos a opinião do Prof. LINARES QUINTANA, por tratar-se de uma obra de Direito Constitucional (14), o qual reconhece a íntima vinculação existente entre o Direito de Família e o Direito Constitucional (14). Por outro lado, a Côrte Suprema também tem feito notar esta vinculação (15), quando declara, referindo-se aos direitos de família: "Também estão implicitamente protegidos na Constituição de 1853".

Os que sustentam a tese precedente, aceitam a renovação que tanto na Legislação dos diferentes países, como na nossa, tem-se realizado com as novas leis que regulam as relações familiares.

Entre seus sustentadores há uma divergência a respeito do papel da vontade, e alguns aceitam, como certo, que é mais modesta na família do que em outras instituições, enquanto outros consideram que a vontade privada na relação familiar mantém sua eficácia plena.

Tem-se afirmado que não se pode aceitar a existência de uma vontade familiar diferente da de quem a expressa e exerce seu direito. Não cabe fazer distinção entre o indivíduo como membro da família, separadamente considerado. A finalidade da Família não estaria constituída pelos fins queridos pelas pessoas, mas pelo objetivo superior da sociedade, o que justifica a intervenção do Estado, mas na realidade, todo o Direito Privado está construído sobre preceitos limitativos da autonomia da vontade, como se pode ver nos Direitos Reais, nos atos em que se exige escritura pública, capacidade, etc.

Sustenta-se que devemos ter em conta o sujeito da relação jurídica: se o sujeito é o particular, ou o Estado intervindo no caráter de simples pessoa jurídica, estamos diante de uma relação privada. Quando o Estado intervém como poder público, estamos diante de uma norma de Direito Público.

b) *Direito Autônomo* — Numerosos Códigos têm-se inspirado neste conceito, entre eles os da Rússia, Iugoslávia, Bulgária, Checoslováquia, aos quais devemos juntar os "Códigos do Menor", surgidos em vários países, nos quais é evidente a preocupação do Estado pela educação da família, impondo em tal sentido uma série de deveres aos pais e, ao mesmo tempo, assumindo o Estado responsabilidades em relação à família.

Em nosso país foram criadas algumas leis, como a de n.º 14.394 e a n.º 15.244, com modificações posteriores, para a proteção do menor, nas quais o Estado intervém diretamente na proteção à infância, e nelas vem realçada a importância social da família.

(13) FERRERA, H., *El Derecho de Familia en la Sistemática Jurídica*, ano 1943.

(14) LINARES QUINTANA, S., *Derecho Constitucional*, Tomo I, pág. 372, n.º 486.

(15) *Fallos de la Corte*, Tomo I, pág. 770.

Dêste ponto de vista doutrinário, é evidente que os trabalhos do professor CICÚ (16) são os que têm tido maior repercussão, na questão de excluir o Direito de Família da esfera do Direito Privado e têm provocado a crise que já se vislumbrava nas opiniões de LORIA e PISANELLI. Aquêlê autor sustenta não se poder aplicar os princípios do Direito Privado ao Direito de Família, o que não significa tampouco incluí-lo no Direito Público, por não ser rigorosamente tal, apesar de dever ter um lugar autônomo entre o Direito Público e o Privado, criado autônomoamente.

O mestre de Bolonha entra na análise da relação privada e encontra elementos diferentes e opostos na mesma, enquanto que na relação familiar não existem senão vontades convergentes na satisfação de um interesse único. A relação própria do Direito de Família se dá, por certo, entre indivíduos, não como tal, mas como membros de um organismo familiar. O que se disciplina é o interesse unitário e superior que a família deve satisfazer, unificando-se as vontades em sua consecução.

A família não é um ente público, porquanto os interesses que deve cuidar não são, como os dos entes públicos, interesses da generalidade, pois não estão organizados como esta. A bi-partição do Direito em definitivo deve ser substituída pela tri-partição, dado os caracteres particulares que assume o agregado Família no quadro da sociedade. Esta característica particular é fácil de ser comprovada, pois se levarmos em conta que no sentido da palavra nada há de mais privado que os interesses e a vida conjugal, sem dúvida a lei não deixa aos esposos liberdade de constituir nem de regular, tampouco dissolver suas relações. Não há liberdade de constituição, porquanto é indispensável no casamento, no reconhecimento dos filhos, como na adoção, a intervenção de um funcionário civil. Não há liberdade de regulação, porquanto os deveres e direitos dos cônjuges estão predeterminados e os esposos não podem subtrair-se a êles mediante pactos, nem sequer podem regular as relações patrimoniais. Não há liberdade também para extingui-lo, pois as leis não admitem o divórcio, ou, quando o admitem, é sob certas condições especificamente determinadas.

DE RUGGIERO (17) analisa as características próprias do Direito de Família; a natureza específica da relação jurídica familiar e o conteúdo diverso dêste tipo de relações com o Direito Privado. Encontra no Direito de Família o predomínio do fator ético sôbre o estritamente jurídico, e, ao compará-lo com o Direito Privado, nota a limitada aplicação que tem naquele a autonomia da vontade.

A síntese dessas idéias é que, em virtude das singularidades do conteúdo, conduzem à conclusão de que o Direito de Família se destaca nitidamente das outras partes do Direito Privado, embora não se possa afirmar seja um Direito Público, sendo evidente as diferenças entre ambos.

(16) CICÚ, *El Derecho de Familia*. Tomo 1914. La Filiación; ed. Madrid, 1930.

(17) DE RUGGIERO, Roberto; *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, páginas 1 e 2.

Os irmãos HENRY e JEAN MAZZEAUD (18), ao falarem da natureza jurídica da família, na introdução, dizem: "A Família não tem, no Direito Francês, personalidade moral; seria de desejar que tal se lhe conferisse". Mais adiante acrescentam: "Os juristas compreenderam existir um direito familiar, ramo distinto do Direito Civil. A família conquistou direito de cidadania no âmbito jurídico". No entender destes autores, falta percorrer, todavia, um longo caminho, devendo ser incluída nesse Direito de Família as regras relativas aos regimes matrimoniais e o relacionado com liberalidades.

Sob êsse ponto de vista sustentam que, por terem ignorados os redatores do Código Civil Francês, a Família como tal, a coletividade constituída pela família não está beneficiada nesse direito com o reconhecimento de uma personalidade moral. Entendem ainda que a violação de alguns direitos que entram na esfera familiar deveriam dar origem a ações intentadas pelo representante da família, e não a ações propostas individualmente por cada um dos membros, como seja o direito ao nome, à honra ou à violação de afeições legítimas. Por fim, acham necessário um exame profundo do problema para dar-lhe regulamentação precisa, não se devendo, de forma alguma, fugir ao estudo do tema.

Nas páginas 17 e seguintes, tratam sôbre a obra de RENÉ SAVATIER, autor do projeto preparado pela sociedade de estudos legislativos sôbre a personalidade moral da família, e também sôbre a de JEAN DABIN, que contradiz os aspectos mais importantes desta teoria.

C) *Direito Social* — Em algumas Constituições, como na reforma feita à Argentina em 1949, a família e os direitos que a esta eram reconhecidos, situavam-se dentro de um capítulo especial, conjuntamente com outros direitos denominados "Direitos Sociais", como os Direitos do Trabalhador, da Velhice, da Educação e da Cultura. O Art. 37, Título II, "Da Família", dispõe que, como núcleo primário e fundamental da sociedade, seria objeto de permanente proteção por parte do Estado, reconhecendo seus direitos no que respeita à sua constituição, defesa e cumprimento de seus fins. Mais adiante, refere-se a que o Estado protegerá o casamento, garantindo a igualdade jurídica do cônjuge, sendo o pátrio-poder formar a unidade econômica familiar, o bem de família, e velará pela atenção e assistência à mãe e ao filho. Franca-mente, esta modificação constitucional refere-se à família como núcleo e lhe reconhece direitos que têm caráter social, como os demais que se enumeram no Capítulo III. É certo que a propriedade privada também é protegida, mas, como se pode ver no art. 38 destas reformas, fala-se dela de maneira bem diversa da família e faz-se uma diferença na utilização do campo entre cada lavrador ou família de lavradores, no tocante à possibilidade de convertê-la em proprietária da terra que trabalha. Na reforma de 1957, depois de um longo debate, fêz-se um enunciado dos direitos sociais e, entre êles, a atual Constituição reconhece a proteção integral à família, a defesa do bem de família, a compensação econômica familiar e o acesso a uma moradia digna.

(18) MAZZEAUD, H. e J., *Derecho Civil*, Parte I, *La Familia*, págs. 2, 4 e 9. E. Jurídica Europa-América.

Na Conferência Interamericana da Guerra e da Paz, entre as resoluções adotadas no Palácio de Chapultepec, trata-se da preservação da vida da família conjuntamente com os demais direitos sociais, e ao fazer declarações no Ponto III, diz: "A família, como célula social, é instituição fundamental, recomendando-se que o Estado dite as medidas para assegurar sua estabilidade moral, seu melhoramento econômico e seu bem-estar social" (19).

Esta conceituação que considera o Direito de Família um verdadeiro direito social generalizou-se entre os tratadistas alemães ao discutir-se o projeto do Código do Povo. BINDER (20) sustentou esta posição, sustentando dever ser eliminados da codificação, que se projetava, o matrimônio e a família. NIPPERDEY (21) expressava seu ponto de vista da seguinte maneira: "Bem sei que os precedentes abonam a inclusão do Direito de Família na codificação privada; sem embargo, não é possível que o Direito de Família seja autêntico Direito Privado. É matéria que reclama, fora a codificação do Direito Privado, uma regulação unitária sobre a base do reconhecimento e amparo da personalidade e da família como célula originária que é do povo e da raça". Este autor não só considera, em sua obra, que o Direito de Família se encaixa no Direito Social, como também o Direito Sucessório, que deveria ser legislado conjuntamente com o de família. Juntemos esta opinião à de LECHMAN, já citado, o qual embora aceite seja a família situada no Direito Privado, reconhece que em harmonia com seus fundamentos, ela é Direito Social.

Apesar do Direito de Família ter sido inserto no Projeto do Código do Povo, de forma alguma poderemos supor que se mantenha o sentido privatista da instituição.

III — *Conceito de Direito Público, Privado e Direito Social* — Já no Direito Romano se distinguia o Direito Público do Privado, e ULPIANO assinalou sua diferenciação jurídica, dizendo (22): "Dois são os aspectos deste estudo — o público e o privado. O Direito Público refere-se ao estado da coisa romana; o Direito Privado, à utilidade de cada indivíduo, pois uma coisa são úteis públicos e outras, privadamente". "O Direito Público consiste nas coisas sagradas, as dos sacerdotes e as dos magistrados. O Direito Privado consta de três partes, pois compõe-se dos preceitos naturais das pessoas ou civis". Estes princípios de diferenciação completavam-se mais adiante e PAPIANO (23), nas questões do Livro II, dizia: "O Direito Público não pode ser alterado por pactos de particulares". Mais adiante concluía (24): "A convenção dos particulares não derroga o Direito Pú-

(19) Aprovada na Sessão Plenária de 7-3-1945. A Ata de Chapultepec foi ratificada pela Lei n.º 12.837.

(20) Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für die Erneuerung des Privatrechts, na obra coletiva intitulada Zur Erneuerung des Bürgerlichen Rechts. C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung-Munich e Berlim, 1938.

(21) Das System des bürgerlichen Rechts, ob. cit.

(22) *Digesto*, I-I — F.R. 1.º e P. 2.

(23) *Digesto*, II-XIV, F.R. 38.

(24) *Digesto*, L-XVII, F.R. 45, P. 1.

blico". As normas relativas à conservação dos bens dos menores e as ações contra os tutores e curadores também integravam o Direito Público (25).

A harmonia da distinção perdurou através dos séculos, mas foi quebrada na Idade Média pela ação de duas causas diversas: por um lado a Igreja, que por cima do Estado e de seus fins, afirmava propósitos espirituais e ultraterrenos, chamava o indivíduo à vida interior do espírito e à consciência de uma lei e de um direito anterior e superior à vontade e ao arbitrio dos homens; por outra parte foi a dissolução do Estado e seu ulterior ressurgimento, depois de um longo período de anarquia do Estado Feudal, com tendência abertamente absolutista, incompatível com a liberdade e aspirações do indivíduo, já consciente de sua individualidade como pessoa moral (26). O problema, através dos tempos, foi estudado e analisado exaustivamente por filósofos como HOBBS, que levou até suas últimas conseqüências o princípio do absolutismo, e GRÓCIO que coordena o Direito Privado com o Público, aos quais devem ser acrescentados outros, como PUFENDORF, LEIBNITZ, THOMASIIUS, MONTESQUIEU e ROUSSEAU.

Através da História têm-se esboçado inúmeros critérios para fazer a distinção entre as duas categorias de leis que devem pertencer a um ou outro ramo. Em primeiro lugar, com a teoria romana que surge dos textos e que dá a chave da distinção, que se encontra no interesse que predomina. Para outros, o que determina a distinção é o sujeito da relação (27); vimo-nos diante de uma norma de Direito Público quando o Estado atua nesse caráter, quer dizer, como poder público; mas se o Estado intervém como pessoa jurídica na relação, ou são integrantes destas particulares, encontramos-nos frente ao Direito Privado. Outros nos falam de um conceito de subordinação; quando o indivíduo está sujeito ao Estado, as normas se enquadram dentro do Direito Público, enquanto que uns terceiros sustentam que, quando há coordenação, estando os sujeitos no mesmo pé de igualdade, penetramos na esfera do Direito Privado. Por outro lado, pode-se fazer distinções entre normas distributivas e adaptativas. Estas referem-se a normas que atingem a todos os integrantes da sociedade, enquanto que as primeiras visam a indivíduos ou particulares determinados.

Além dos defensores da necessidade da perdurabilidade da classificação, há os que não vêem possibilidade da mesma ser mantida. DUGUIT, após interessante estudo, que marca a diferenciação, afirma que mantê-lo é algo artificial, mas que, sem dúvida, existem razões metódicas que tornam conveniente a distinção tradicional. KELSEN a qualifica como funestíssima e salienta, por outro lado, que existe um verdadeiro caos de opiniões quanto à apreciação de qual é o conceito de um e de outro.

O mestre argentino BUNGE (28), referindo-se à distinção, expressa: "É só histórica, não responde a exigências universais e permanentes, não apresenta um critério acomodável a tôdas as circunstâncias, nem explica uma

(25) PLANAS Y CASALS, José, *Derecho Civil Español*, tomo I, pág. 2, n.º 3.

(26) SOLARI, G., *Filosofia del Derecho Privado*, tomo I, págs. 9 e 10.

(27) BORDA, G., *Derecho Civil, Parte General*, tomo I, pág. 24, n.º 15,

Ed. Perrot, 1953.

(28) BUNGE, O., *El Derecho*, págs. 331 a 339.

essencial diferenciação no conceito do Direito". SPOTA (29) nos faz notar sem identificar, que na atualidade chegou-se a negar a dualidade entre Direito Público e Privado e se disse que entre os mesmos só existe uma diferença de grau. Na nota das páginas 10, 11 e 12, fala-nos especialmente das teorias desenvolvidas na Alemanha, sobretudo as de NIPPERDEY e de HEDEMANN, para referir-se à opinião de KELSEN, exposta na obra "Teoria Geral do Estado".

Analisando esta distinção clássica, GIERKE estuda a onipotência do Estado Moderno preparado pelo Estado Absoluto por um lado e o individualismo pelo outro, e busca encontrar uma fórmula conciliadora que seria o organismo a cuja personalidade superior o indivíduo se incorpora como membro. A classificação bipartida acrescenta uma terceira categoria: O Direito Social, que tem por conteúdo a incorporação do indivíduo à comunidade organizada. O Direito Social se inspiraria tanto em valores individuais como em valores coletivos. GURVITH trata também separadamente o Direito Social, distinguindo-o do Direito Privado, onde se dão relação de coordenação, enquanto que no Direito Público o vínculo é o da subordinação. EHRLICH, fundador do espontaneísmo jurídico, faz também menção deste direito autônomo, criado por organismos intermediários entre o Estado e o povo. HAURIUO, refere-se ao Direito institucional e, embora não coincida com a idéia corporativa de GIERKE, é evidente que tem sua similitude, quanto ao conceito de comunidade como meio de realização.

ANTONI (30) situa também na divisão clássica o Direito Social e depois de fazer uma análise entre o Direito Público e o Privado, estima que se ambos interesses são limitados em seu exercício, a finalidade que perseguem, é evidente que as normas que servem a êsses efeitos, inspiradas na solidariedade que tem por sujeito aos entes coletivos, constituem um novo Direito: o Social. Mais adiante acrescenta que em seu entender a diferença substancial se encontra na forma da relação jurídica desde que em tôdas elas gravita a interdependência. A relação no Direito Público é entre o sujeito hierárquico e o sujeito secundário. No Direito Privado a relação não reconhece a existência de nenhum sujeito hierárquico e as obrigações e deveres nascem da vontade unilateral ou plurilateral. A relação no Direito Social é de pessoas beneficiárias ou não-beneficiárias, os contribuintes, e a sociedade que está representada por entes coletivos. Nos dois primeiros direitos existe um poder de exigibilidade unilateral, desde que a contra-prestação ainda nos contratos é obrigação e dever. No Direito Social, pela natureza da relação, quando se exercita um direito, cumpre-se com um dever e é recíproca a exigibilidade de quem está obrigado por seu exercício.

Sobre a existência do Direito Social alguns não têm dúvida, mas o evidente é a imprecisão referente a seus verdadeiros contornos jurídicos, pois alguns o reduzem ao Direito do Trabalho e ao Direito da Previdência Social, identificando-os assim êstes com aquêle, enquanto outros lhe dão muito maior

(29) SPOTA, A., *Tratado de Derecho Civil*, tomo I, *Parte General*, vol. I, págs. 9-10.

(30) ANTONI, N., *Mentalidad Jurídica Revolucionária*, pág. 95.

amplitude. Pode ver-se, para formar uma idéia concreta do conceito, as obras de CESARINO JÚNIOR (31), DEVEALI (32), PÉREZ BOTIJA (33), CASTÁN TOBEÑA (34) e outros.

IV — *Conceito de Direito Civil* — A palavra “civile” como adjetivo do Direito, encontra-se na terminologia jurídica romana, mas ela ainda neste Direito e através dos tempos, teve diversos significados e alcances. Nas “*Institutas*”, GAYO (35) referindo-se ao Direito Civil, disse: “O direito que um povo qualquer constitui para si mesmo, é próprio da mesma cidade e se denomina Direito Civil; mas o estabelecido pela razão natural entre todos os homens, igualmente observado por todos os povos, se denomina “Direito das Gentes”, porque dêste Direito usam todos os povos”.

O “*Jus Civile*” foi usado também em oposição ao Direito do Pretor (36) e segundo PAPINIANO o Direito Civil é o dos príncipes e autoridades dos jurisconsultos, enquanto o Direito Pretoriano é o que por razões de utilidade pública introduziram os pretores para ajudar, suprir ou corrigir o Direito Civil, o qual também se denomina honorário, tendo recebido esta denominação em favor dos Pretores.

Em ambos já se antevê o antagonismo com outros Direitos.

No século XIII, com o nascimento das Universidades, o termo “Direito Civil” referia-se também ao de cada cidade e assim se falava dêle para mencionar o Direito dos atenienses ou o Direito Romano. Também era usado em oposição ao Direito Canônico e nisto coincidia com a segunda interpretação do Direito Romano quanto ao “*Jus Civile*”, direito rígido, modernizado e temperado por aquêle Direito.

Em 1864, JUAN DONAT em “*As Leis Civis segundo a ordem natural*”, identifica o Direito Civil com o Direito Privado de cada país. No mesmo sentido POTHIER, que inspirou o Código Civil Francês. Êste identificou o Código Civil com o Direito Privado, excluindo dêste Direito, sem dúvida, o Direito Mercantil. Êste conceito, por sua vez, surge do informe de PORTALIS e é o que aceitou o Conselho de Estado e o Corpo Legislativo, bem assim todos os autores que comentam o Código Civil Francês. MOURLON (37), definindo o Direito Civil, diz: “É o conjunto de leis que são próprias dos membros da Nação que as tem feito; é o Direito da cidade, o *Jus cititatis*. Assim, nosso Direito Civil compreende tôdas as leis que são especiais aos franceses”. Na nota a êste parágrafo, completa: “Dou aqui ao termo *Direito Civil* seu sentido histórico e científico; mas devo esclarecer que hoje em dia, na ciência atual

(31) CESARINO JÚNIOR, *Direito Social Brasileiro*, tomo I, pág. 26 e segs.

(32) DEVEALI, *Lineamento del Derecho del Trabajo*, 1956, pág. 58 e segs.

(33) PÉREZ BOTIJA, *Curso del Derecho del Trabajo*, 1955, pág. 6 e segs.. em especial notas 11 a 14.

(34) CASTAN TOBEÑA, *El Derecho Social* (sobre critérios de definição e vinculação dêste direito), na *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1941, Madrid, pág. 503.

(35) GAYO, *Institutas*, I-II, pág. 2.

(36) Fragmento 7, t. I, L. I do *Digesto*.

(37) MOURLON, *Código Civil Francês*, 1903, tomo I, pág. 15, n.º 9 e nota 13.

do Direito, como na prática, os vocábulos *Direito Civil* se empregam por oposição aos termos do Direito Público. O Direito Civil é o Direito Privado. Algumas vêzes também é tomado por oposição ao Direito Comercial ou ainda por oposição ao Direito Criminal”.

ENNECCERUS, KIPP e WOLF expressam: “O Direito Civil é Direito Privado, é o reverso do Direito Público” (38). Êstes autores tomam o Direito Civil como o Direito Privado vigente na Alemanha para todos os cidadãos. Mais adiante deixam claro que não pertence ao Direito Civil estrito o Direito Mercantil, o Direito Industrial, o Direito do Trabalho e o Direito Sôbre Bens Imateriais.

BORDA (39), nos diz que o Direito Civil é Direito Privado. Dêle foram se desagregando os ramos restantes do Direito Privado. Mas essa separação não é total, porquanto tais ramos separados não possuem uma completa autonomia, não podem por si só resolver todos os problemas jurídicos que se apresentam aos comerciantes, operários e lavradores. Em outras palavras, carecem de integralidade. Para êste autor, o Direito Civil é fundamentalmente Direito Privado, tendo caráter de subsidiário para as divisões. Define-o assim: “Direito que rege o homem como tal, que rege suas relações com seus semelhantes e com o Estado, quando êste atua em seu caráter de pessoa jurídica, desde que estas relações tenham por objeto satisfazer necessidades de caráter humano”.

SALVAT (40) em sua obra, nos dá um duplo conceito: um analítico e outro sintético. Sôbre o primeiro nos diz: “Na atualidade o Direito Civil não compreende nem sequer a totalidade do Direito Privado, sòmente uma parte dêle; de direito geral que era o Direito Civil, converteu-se numa simples divisão do Direito Privado”. “Considera o homem em sua qualidade de tal, regulamenta a família, as obrigações, opõe-se nesse sentido às partes componentes do Direito Privado, quer dizer, ao Direito Comercial ou ao Direito Processual”. Ao dar um critério sintético, aduz: “Estabelece as regras gerais que regem as relações jurídicas dos particulares, já sejam entre si, já com o Estado, embora estas relações tenham por objeto satisfazer necessidades de caráter humano”. Êste autor faz interessantes citações dos trabalhos de GABBA e D'AGUANO.

O Código Civil Argentino seguiu o enfoque romano e situou o casamento na Seção II, do Livro I, que compreende os Direitos Pessoais e as relações de Família.

Nossa opinião — Fácil é compreender que o que se debate não é apenas uma matiz do velho e do nôvo, é mais profundo. O velho não tem precisão conceitual como surge das citações que nos referimos na análise dos pontos para uma melhor compreensão. É exagerado manter fidelidade a uma classificação hermética de Direito Público e Privado que usa o sujeito, pessoa,

(38) ENNECCERUS, K. W., *Derecho Civil* (Parte General), tomo I, ns. 20 e 29.

(39) BORDA, G., *Derecho Civil* (Parte General), tomo I.

(40) SALVAT, R., *Tratado de Derecho Civil* (Parte General), 1950, n.º 57,

desconhecendo outros ou que seu conceito às vêzes só se funda sobre a referência de um predomínio ou sobre seus efeitos.

Ainda na época romana o direito de família não guardou simetria com a bi-partição; na atualidade, com maior razão, quando se encontra a orientação em Constituições e declarações internacionais com novas diretrizes, que têm relêvo singular e passaram a ter um valor extraordinário como bem jurídico supremo.

Se continuássemos apegados à idéia das *Institutas*, é evidente que o Direito de Família incluir-se-ia no Civil, mas neste caso talvez seja mais correto chamar aos Códigos Civis de Código do Povo, como fizeram os alemães da década de 30 a 40, dado que é o Direito que se consagra para um Estado de acôrdo com seus usos e costumes.

Se modificarmos a apreciação, considerando o Direito Civil como um Direito Privado e ao Direito de Família como um ramo ou apêndice dessa unidade, não podemos compartilhar o critério, porquanto há um duro choque conceitual com os princípios que informam a família, que impede a harmonia com aquêles e resistem a semelhante tratamento.

1) *Divisão do Direito* — A questão reside em saber se o Direito Social é um nôvo Direito que se distingue do Direito Público e do Direito Privado. Parece-nos clara a distinção.

O Direito Público tem como sujeito o Estado e existe uma relação de subordinação e dependência e interêsse de autoridade, na qual o poder é querer em função de dever entre o Estado e os demais integrantes da relação. Há um sujeito hierárquico e sujeitos secundários.

O Direito Privado tem como sujeito a pessoa ou ao Estado como particular, sua fonte normativa é a vontade. Só a ordem pública pode afetar a liberdade que é sua fonte impulsionadora e o querer é poder em função de dever. Não existe sujeito hierárquico e as obrigações e direitos correlativos nascem daquela vontade.

No Direito Social, o sujeito é a sociedade, representada pelos distintos entes coletivos com os quais opera, e o querer é poder em função de dever. Pela natureza da relação se está frente a uma reciprocidade e quando se exercita um direito se cumpre com um dever, sendo recíproca a exigibilidade.

Ao aceitar esta posição, o Direito de Família situar-se-á no âmbito do Direito Social, quer dizer, excluído do Direito Privado. Nas legislações anteriores via-se o indivíduo como sujeito da relação. Tal ocorria no matrimônio, na filiação ou no parentesco, sem se levar em conta que cada um dêles é parte integrante de um todo denominado família, com sua esfera de ação própria e que o Estado atua protegendo-a, não aos interêsses de cada um de seus membros, mas a função que a família tem na sociedade, com normas inspiradas nos princípios da solidariedade, que deve imperar entre seus membros, no benefício dela, tendo sempre ela por objetivo.

Quando se estabelece aos pais o dever de educar os filhos, não tem em mira apenas o interêsse dêstes, mas primordialmente o da sociedade, que necessita que cada um de seus componentes tenha uma certa instrução para compreender as leis ou o direito de uma nação. É evidente que tal norma

tem por objeto a família, que é também beneficiada, porquanto a maior educação ou preparação de seus membros robustecerá seu melhoramento.

Alguns autores argentinos (41) fazem um longo enunciado das leis nacionais, Constituições e normas orientadoras de declarações internacionais, sôbre a família, que a nosso ver tipificam a posição que sustentamos, pois tôdas elas se referem como tal à "persona família" a qual buscam preservar e fomentar seu bem-estar, sua estabilidade moral e seu melhoramento econômico. Constitucionalmente cremos, de acôrdo com a reforma de 1957, que incorporou o art. 14, inexistir dúvida quanto ao Direito de Família ser um Direito Social, pois claramente está enumerado entre êles.

Quando nas leis são reconhecidos certos direitos, como o salário-mínimo, tem-se em conta o operário como tal, mas quando êste tem família, o salário varia, sendo levadas em conta as necessidades desta, e não sòmente as do indivíduo. Em trabalhos iguais existem remunerações diferentes. Quando se adjudicam vivendas econômicas, as adjudicações não são em forma indiscriminada, mas é levada em conta a existência do grupo familiar para dar preferências, pois o indivíduo que carece de família, embora pertença à administração pública, ou ao grêmio que as construiu, não se lhes adjudica, porquanto o benefício é para a pessoa-família, salvo na hipótese de possuírem moradia todos os que têm família.

O Direito Social como se entende na atualidade, é um Direito amplo e GIERKE só não o percebeu porque êle nascia em sua época; é evidente que dentro dêste quadro, entre o Direito do Trabalho e o da Previdência Social, a família encontra-se formulada hoje com o mesmo critério dêsses direitos, basta uma simples confrontação para reparar na similitude de suas normas.

No Direito Trabalhista existe a vontade para contrair a relação, mas aí cessa a autonomia clássica para dar lugar às regulamentações estabelecidas, alheias à vontade individual, dado que as partes devem submeter-se à lei do descanso dominical, às jornadas de trabalho, acidentes, demissões e outras que integram êsse quadro trabalhista, que tendem a defender a produção. Nos aspectos mais evidentes, no Direito de Família ocorre o similar: o Estado, com seu poder defende a "pessoa família". A vontade é, em certas situações, limitada a certos requisitos; só existe para contrair matrimônio, adotar e reconhecer filhos extra-matrimoniais. Mais adiante, a família é regulamentada pela lei: os esposos têm obrigações entre si, para com seus filhos (adotados, legítimos ou extra-matrimoniais), ou seus parentes, sem que a vontade conte para nada em razão dos interesses da sociedade. Os princípios de solidariedade estão sempre latentes nas fórmulas regulamentadoras. O contrato de trabalho não pode ser dissolvido sem indenizações, quando não há motivos justificados, e as cláusulas estabelecidas pela vontade das partes carecem de efeito ante o imperativo legal. Um casamento tampouco pode ser dissolvido; a adoção de filhos ou o reconhecimento de extra-matrimoniais também não pode ser tornado sem efeito pela vontade das partes, porque isto produziria o debilitamento da célula-mater da sociedade, a família.

(41) DÍAZ DE GUIJARRO, *ob. cit.*

Idêntico a GIERKE, o Professor CICÚ, que escreveu sua tese em uma época em que o Direito Social não havia alcançado o desenvolvimento atual, não vislumbrou a possibilidade de situar o Direito de Família como um ramo daquele, pois o longo desenvolvimento de seus argumentos o colocam, sem dúvida, no conteúdo do Direito Social.

2) *A inaplicabilidade de princípios gerais* — SAVIGNY sustentava que no estudo do Direito Civil havia princípios básicos aplicáveis a todas as instituições, critério que, bem ou mal foi seguido em alguns códigos. Uma breve análise desses princípios nos leva à conclusão de que nenhum deles tem aplicação no âmbito da família.

O que caracteriza o Direito Civil é o predomínio do interesse material e todas as normas e princípios vinculam-se com eles. É ali que se fala de obrigações com um sentido de tipo econômico, enquanto que no Direito de Família regulam-se deveres de tipo moral, embora tenham repercussões econômicas, que algumas escolas, como a do materialismo histórico, consideram, por este fato, ter êle bases econômicas. Não compartimos esta idéia, porquanto o patrimonial no Direito de Família ceda sempre ao ético.

No Direito de Família há por outra parte situações igualitárias, ao inverso do que ocorre no Direito Civil, em que o forte, que é o credor, tem direitos sobre seu devedor, enquanto na família o forte ampara ao menos dotado.

Sendo diferente o conteúdo de ambos Direitos, facilmente se compreenderá que os princípios gerais do Direito Civil não podem ser aplicados, pois o princípio da autonomia da vontade contraria às necessidades do ente família, e nem ainda os princípios clássicos, como o da prescrição, ou as modalidades, podem ter cabimento no Direito de Família.

3) *Pontos de vista dos intérpretes* — Não é possível na atualidade fazer que um civilista trabalhe com êxito no campo da Família, como é inaceitável crer que possa fazê-lo em se tratando de problemas que se relacionam com o Direito Trabalhista, Salubridade ou Economia, situação distinta à de outras épocas em que o advogado se considerava habilitado para resolver problemas desta índole.

A ciência é uma unidade e ao estudar-se em especial o Direito Civil, recorre-se às conclusões a que chegaram a Antropologia, a Medicina, a Sociologia, a Filosofia, a Economia, etc. Em matéria de Direito de Família, êsses elementos pesam, mas o que interessa são os princípios éticos que constituem a base da família. Desde logo êle não nos pode levar a sustentar que o Direito Canônico (42), por seus princípios éticos, seja a fonte do Direito Matrimonial, tanto nos países católicos como naqueles nos quais a maioria da população professa religiões reformadas ou dissidentes". Esta afirmação não é correta, dado que o Casamento e as demais relações que integram a Família existiam e foram estudadas muito antes de existir o Direito Canônico.

(42) MOLINARIO, A. D., J. Argentina, n.º 2.906, publicada em 2-10-1967.

Com tôda razão se disse que são muito poucos os civilistas que conhecem o Direito de Família a fundo, e isto é lógico pela diferença dos elementos eidéticos que fundamentam um e outro Direito, pois o mesmo se poderia dizer com relação a outros Direitos, como o Trabalhista, o Econômico, o Administrativo, ou o Constitucional. É esta a razão porque cremos que seus temas não podem ser tratados em Jornadas de Direito Civil.

O conteúdo dos Códigos Civis como Direito Privado, é muito amplo e é lógico que se encontre sujeito a mudanças, de acôrdo com a evolução dos tempos, não sendo de estranhar o fato que instituições que no passado tiveram um sentido, hoje o perderam, adquirindo outro. Os Direitos que foram se afastando do Direito Civil de forma progressiva provam a afirmação. Quem sabe qual será a formulação definitiva da Família na classificação bi ou tri-partida do Direito, mas o que está em pleno amadurecimento é a idéia de que não são os mesmos princípios do Direito Civil os que informam o Direito de Família, circunstância não desconhecida mesmo pelos que sustentam dever manter-se dentro do Direito Privado.

DA NOVA LEI DE DESENVOLVIMENTO URBANO E REGIONAL CARIOCA. PROBLEMAS JURÍDICOS

Des. ALCINO PINTO FALCÃO

1. *A Lei e seus diversos Regulamentos* — Em estudo anterior (1), tivemos oportunidade de fazer reflexões preliminares, que servem para êste artigo, apreciando o ponto da edição de novas normas edilícias cariocas, dado o particularismo do Estado da Guanabara; examinamos a existência das chamadas posturas, ventilamos pontos de nomenclatura oficial e fizemos referência a vários diplomas cariocas, inclusive aos regulamentos diversos, em vigor no Estado da Guanabara.

Temos por inútil repetir tudo o que então dissemos, reportando-nos ao que explanamos naquela ocasião, eis que neste artigo apenas pretendemos tecer ponderações sobre os diversos Regulamentos (vindos a luz no *Diário Oficial*, de 4-5-1970, ao n.º 80) e que são os referentes à Lei de Desenvolvimento Urbano e Regional do Estado da Guanabara (Lei n.º 1.574, de 11-12-1967).

Na verdade, no Rio de Janeiro uma lei dessas é sempre bem necessária, pois que a Cidade nasceu e cresceu sempre precisando de planos urbanísticos, embora a tradição seja contrária à sua pontual observância. Planos, no Rio, não são novidade; o saudoso VIVALDO COARACY (2), em página de síntese correta, dando o testemunho dos historiadores da Cidade, já esclarecia: "*Reforma Urbana* — Neste ano (1643) chega ao Rio de Janeiro, enviado por D. João IV, o notável engenheiro Michel de l'Escolle, que o govêrno francês cedera a Portugal a pedido do Rei. Até então a cidade crescera irregularmente, quase ao capricho dos moradores, com arruamentos mal definidos sob a orientação inconstante dos almotacéis. Michel de l'Escolle projetou o plano da cidade, determinando o traçado das ruas e seus prolongamentos, fixando-lhes o declive para escoamento das águas em direção às valas que mandou rasgar e indicando padrões para as construções. Além desses trabalhos, ocupou-se êle com as fortificações, apontando seu aperfeiçoamento e sugerindo novas obras de defesa. Dirigindo o alinhamento das ruas e organizando as plantas do desenvolvimento da cidade, demorou-se Michel de l'Escolle no Rio de Janeiro até 1647, quando se retirou para Portugal, depois de apresentar à Câmara sete plantas, em que resumia suas indicações, que

(1) Sob a epígrafe *Considerações sobre as novas normas edilícias cariocas; sua contribuição à proteção contra os ruídos, flagelo urbano moderno*, publicado no número anterior.

(2) Cf., *O Rio de Janeiro no século XVII*, Rio, 1965, pág. 118.

foram aprovadas e seguidas. Pode assim êste engenheiro francês, cujo nome nos documentos da época aparece às vêzes aporuguesado para Michel de Lescol, ser considerado, como aponta o Sr. Augusto de Lima Filho, o primeiro urbanista a atuar no Rio de Janeiro. A êle se deve a configuração urbana, que o centro da cidade guardaria durante mais de dois séculos.”

Modernamente, porém, os Planos Reguladores não são mais apenas projetos de traçados de vias ou de complexos edifícios, com a finalidade de canalizar o desenvolvimento urbano, mas sim abarcam um maior horizonte, a complexa *dinâmica* urbana, isto é, consideram o centro urbano *nella sua entità economica e sociale*, observa GUIDO AMOROSI (3).

É que a cidade moderna, em especial se tem caráter industrial, é um organismo extremamente complexo e em evolução contínua. Esta se manifesta na expansão territorial, conseqüência normal do incremento demográfico, a provocar uma transformação gradual dos característicos, das funções e das condições de vida do centro urbano. A Administração cidadina não pode determinar esta evolução ou influenciá-la decisivamente, já que ela tem profundas origens biológicas, sociais e econômicas: apenas pode interpretar suas tendências, discipliná-las e favorecê-las. E o direito administrativo ainda menos, já que seu papel se resume em revelar por normas as *opções* consideradas adequadas por aquela, através do órgão legislativo competente; mas, nem por isso sua missão é desimportante, pois tem que resolver uma problemática jurídica, por vêzes harto controvertida.

E ao fazê-lo, dentro da acenada limitação, o direito administrativo ainda tem que considerar — adverte especialista recente (4) — que o momento juridicamente relevante para os fins da disciplina urbanística não é, na verdade, aquêle do desenvolvimento de uma atividade determinada sôbre o território, mas sim o da localização da própria iniciativa. Em outras palavras, não o do exercício de uma atividade econômica, mas sim o da utilização do espaço (de uma definida parte do território).

E, no ponto, faz PACELLI uma observação de suma importância, a merecer fiel transcrição: *Quindi, anche se oggetto della pianificazione urbanistica territoriale è l'assetto territoriale della convivenza, e quindi da tale angolo di osservazione vengono considerate le attività umane fra le quali anche quelle economiche, è di ritenersi che le norme urbanistiche debbono essere riportate alla disciplina giuridica della proprietà e non a quella dell'iniziativa economica.* (“Daí, mesmo sendo objeto da planificação urbanística territorial a ordenação espacial da convivência e, assim, sob êsse prisma vindo a ser consideradas as atividades humanas, entre elas as econômicas, é de estimar-se que as normas urbanísticas devem ser referidas à *disciplina jurídica da propriedade e não às referentes à iniciativa econômica*”).

(3) Cf. *L'organizzazioni moderna dei servizi pubblici urbani*, pág. 18. Mas isso não implicando em tentar fazer planejamento social ou econômico (“This does not mean that we are attempting to do social or economic planning”), como bem acentuava W. H. BLUCHER, diretor executivo da “American Society of Planning Officials” (apud HAROLD ZINK, *Government of Cities in the U.S.*, 2.^a edição, pág. 565).

(4) Cf., MARIO PACELLI, *La pianificazione urbanistica*, Milão, 1966, pág. 18.

Não é de puro interêsse acadêmico fazer essa observação, que me permiti sublinhar, ao traduzir o texto para o vernáculo. Serve ela, se se desenvolver o raciocínio, para compreender porque uma planificação implicando em restrições e imposições, que, por vêzes, afetam atividades e iniciativas econômicas, a legitimidade das respectivas normas é encarada sob o ângulo das chamadas restrições à propriedade e não sob o aspecto da garantia de liberdade de comércio, profissão, indústria, etc. Em outras palavras, se as competentes normas edilícias vão ou não além do que o direito de propriedade permite se lhe imponha ou restrinja, sem o tornar *vox mortua*, isto é, sem qualquer utilidade econômica. A abundante e importante jurisprudência norte-americana — que linhas abaixo será invocada — o deixa bem claro.

2. *Do Regulamento de Zoneamento* — O primeiro e quiçá mais importante dos diversos regulamentos da referida Lei de Desenvolvimento Urbano e Regional do Estado da Guanabara é o Regulamento de Zoneamento, com 79 artigos, do qual fazem parte integrante (*ut art. 5.º*) plantas do Estado da Guanabara, anexas ao Regulamento (ilégíveis na publicação do órgão oficial), delimitadoras das Zonas estabelecidas pelo Regulamento, além de umas relações de logradouros, que constituem os Centros de Bairro (CB-1, CB-2, CB-3) (5). Em anexo ao Regulamento também constam 14 quadros, importantes, pois trazem numerosas notas contendo prescrições diversas; os quadros indicam os usos adequados, tolerados e inadequados na zona residencial, nos Centros de Bairro e Área Central, zona industrial, turística, portuária, dão as especificações dos lotes para o uso comercial e residencial nas diferentes Regiões Administrativas, tipos de construção, condições das edificações, estacionamento de veículos e sua guarda, zona especial, letreiros e anúncios nas distintas zonas e área mínima útil das unidades residenciais.

Esse novo Regulamento de Zoneamento alterou e inovou amplamente no sujeito. Pelo Código de Obras (Decreto n.º 6.000/1937), conforme o seu artigo segundo, no Distrito Federal (hoje Estado da Guanabara) haveria a Zona Comercial (ZC), dividida em ZC-1 (com uma sub-zona, ZE), a Zona Portuária (ZP), a Zona Industrial (ZI), a Zona Residencial (ZR) — contendo três partes, ZR-1, ZR-2, ZR-3 — e a Zona Rural ou Agrícola (ZA).

Já agora, pelo novo Regulamento, não mais é assim. Ele prevê (art. 3.º e seus parágrafos): o Estado da Guanabara fica dividido em Área Central (AC, subdividida em AC-1 e AC-2), Zona Portuária (ZP), Centros de

(5) Pelo artigo 4.º, a classificação das zonas e partes das zonas foi estabelecida, quanto aos símbolos, pela ordem decrescente de importância. Por isso, pelo mesmo artigo, CB-3 de maior importância do que CB-1. Essa relação de logradouros, que constituem os Centros de Bairro talvez venha a merecer um reexame, pois não parece ter havido um critério seguro e uniforme para apurar a importância do logradouro. Assim, p. ex., os moradores da XIII R.A. hão de ficar admirados ao saber que a rua Cabuçu — que é perpendicular às importantíssimas ruas Dona Romana e Lins de Vasconcelos — é CB-2, enquanto aquelas duas são apenas, apesar de artérias principais, CB-1. Mais confuso, pois trecho da rua Barão de Bom Retiro é, simultaneamente, CB-2 (entre a rua 24 de Maio e rua Acaú) e CB-3 (entre a rua 24 de Maio e Avenida Marechal Rondon, que é um trecho intermediário, contido na primeira classificação).

Bairro (a que suso já se fêz menção), Zona Industrial (que pode ser ZI-1 e ZI-2), a Zona Turística (ZT), subdividida (ZT-1 e ZT-2), a Zona Residencial (ZR), de que há seis subdivisões (ZR-1 a ZR-6) e as características Zonas Especiais (ZE). Estas últimas: a Zona de Reserva Florestal (ZE-1), a Ilha de Paquetá (ZE-2), Santa Teresa (ZE-3), as áreas sob jurisdição da Superintendência Executiva de Projetos Especiais (SEPE), que integram a ZE-4 e, finalmente, a Baixada de Jacarepaguá (ZE-5).

Não comporta êste simples artigo o estudo (sequer a enumeração) de todo o Regulamento e seus anexos, mas apenas focalizar alguns problemas jurídicos, pertinentes ao zoneamento e que, sempre que êste é modificado por normas posteriores, como agora ocorre entre nós, se apresentam à consideração do jurista.

3. *A lição dos acórdãos norte-americanos* — Bastante esclarecedora, pôsto que, nem sempre concordante, a lição dos julgados norte-americanos, através de uma abundante casuística. Antes de passar ao exame desta, impende fazer uma síntese introdutória, servindo-nos da exposição autorizada de ANDERSON e WEIDNER (6), que enfatizam que os tribunais censuram a validade das posturas com muito mais rigor e liberdade do que fazem em relação às leis de maior hierarquia (estaduais e federais), frente aos princípios constitucionais, chegando a confrontá-las com princípios, que provavelmente, não se encontram expressos em lei maior (*hence the courts have felt bound on occasion to declare void certain municipal ordinances on general principles that have probably never been fully enacted into law*), bem como julgando-se o Pretório com poder, no tangente a posturas (não em relação às leis estaduais e federais), para substituir seu próprio parecer, sôbre a respectiva justiça e razoabilidade, ao do órgão editor da ordenança. Segundo êsses especialistas, pelas decisões dos diferentes tribunais norte-americanos, as posturas devem ser: razoáveis; não opressivas; não discriminatórias ou parciais, mas sim imparciais, justas e gerais; respeitadoras dos tratados, do direito comum; e, finalmente, não devendo ser vagas ou ambíguas. Por sua vez, o já mencionado HAROLD ZINK (*op. cit.*, na nota três rêtro, págs. 578/579) observa que o método de delimitarem as posturas, com precisão, o zoneamento da cidade, faz com que êle, no correr do tempo, envelheça, obrigando a um rezoneamento, o que, por vêzes, dá margem a vitandas pressões políticas e, mesmo, à corrupção (*Unfortunately this permits political pressure and even corruption*).

Passemos, porém, a focalizar algumas hipóteses enfrentadas pelos juizes norte-americanos (7). O caso, que passou a orientar os demais julgados, é o "Village of Euclid v. Ambler Realty C." (272 U.S. 365), em que se pro-

(6) Cf., *American City Governments*, edição revista, págs. 433/434. Entre nós, porém, o juiz não poderá, sem invasão de poderes, substituir seu parecer ao do legislador: terá, ao menos, que demonstrar que êste adotou critério arbitrário, sem qualquer motivo defensável.

(7) Colhemos os dados de jurisprudência nas conhecidas notas críticas da *Harvard Law Review*, em especial volumes 62/327, 64/326, 65/1467, 67/1283 e 68/1089.

clamou ser constitucional a postura de zoneamento, quando razoavelmente conexa à saúde pública, segurança, moral e bem-estar da coletividade.

Uma das espécies interessantes, sem dúvida, a da validade das posturas, que impõem dimensão mínima aos lotes urbanos. Contestou-se a respectiva constitucionalidade, mas sem bom êxito, por isso promover a saúde e bem-estar dos habitantes (caso "Dilliard v. Village of North Hills", 94 N.Y.S., 2d., 715; caso "Simon v. Town of Needham", 311 Mass. 560). Num caso desses, a questão se apresentava com certa diferença: a ordenança impedia o parcelamento do lote para revenda, mas tolerava que nêle o proprietário construísse (para arrendar as casas, mas não para vendê-las, como unidades autônomas), uma vila de bangalôs (*a nine-unit bungalow court*). A ordenança foi mantida, no caso "Clemons v. Los Angeles" (216 P. 2d. 1); alegava-se que a postura feria o direito de propriedade, privando o dono de, livremente, vender o que era seu, mas a Justiça de Los Angeles deu como improcedente a ação declaratória, embora com o fundamento duvidoso de que se destinava a postura a evitar a formação de favelas (*slums*) (8), o que, em si, parecia contraditório com o fato de ser permitida a construção da vila para arrendamento. Nos casos, porém, em que a área mínima é fixada para as residências familiares, sem aquêlê particularismo, a doutrina aplaude a jurisprudência tranqüila, que dá pela perfeita constitucionalidade (caso "Collins v. Board of Adjustment", 3 N. J. 200), uma vez que levantar pequenas casas em lotes de dimensão inadequada apresenta problema substancial para as municipalidades, eis que elas provocam congestionamento nas ruas e cloacas, perigo de incêndio, barulho e insuficiente espaço vital, luz e aeração, etc.

A situação dos vizinhos pode sofrer prejuízo — mas de fato e não jurídico, quando uma zona previamente era destinada a residências unifamiliares e, por exemplo, uma emenda ao plano de urbanismo permite a construção de edifícios de apartamentos. Chamam-se, pejorativamente, tais emendas de *spot zoning*, mas nem por isso uma delas deixou de ser confirmada pela Justiça (caso "Rodgers v. Tarrytown", in 302 N. Y. 115), mais uma vez afirmando-se a regra de que os moradores do vizindário não têm direito subjetivo à manutenção de um determinado zoneamento.

Hipótese não menos importante, e que não se confunde com a que acabamos de referir, foi apreciada pela Justiça de Nova Hampschire (caso "For-

(8) Traduzimos *slum* por favela, pôsto seja difícil encontrar sinônimo perfeito na nossa língua. Lê-se no *Webster's New International Dictionary*, 2.^a edição, vol. II, pág. 2370: "SLUM: (Origin uncertain) n. — 1. a A thickly-populated street or alley, esp. one marked by squalor, wretched living conditions, or the degradation of its inhabitants (He lived in Mizzen Lane, a back *slum* of the town) — b A city district comprising such streets". Os tudescos traduzem *slum* por *Elendquartier* (bairro miserável), o que não traduz o primeiro sentido (*sub 1. a*). E os franceses por *bidonville*. O certo é que favelas não são triste privilégio sul-americano; existem pelo mundo a fora, com outras denominações, inclusive nos Estados Unidos, onde, segundo a lição do referido H. ZINK, grandes cidades dos Estados Unidos contêm algumas das piores favelas do mundo (*Large cities in the United States contain some of the worst slums in the world*) (op. cit., pág. 583). Tudo isso a mostrar a necessidade de posturas, a prevenirem a difusão desses malefícios sociais urbanos.

tuna v. Zoning Board of Adjustment" — 60 A 2d 133, N. H., 1948), negando razão ao particular. Lá, em certa localidade, a lei reguladora de zoneamento admitia que, em casos especiais, a autoridade local permitisse desvio (*variance*) da regra de zoneamento, desde que não contrário ao interesse público e se demonstrasse que, em razão de estar o interessado em condições peculiares, a aplicação literal da ordenança se traduziria em gravame desnecessário.

Aconteceu que uma área, em que certo proprietário possuía e explorava uma garagem e salão de automóveis, fôra transformada em distrito puramente residencial; a lei porém, abria uma exceção, para tolerar no distrito aumento de área desde antes em exploração industrial e não em uso puramente residencial: ser dono o industrial de terreno contíguo, na data da lei. O garagemista não o era, mas adquiriu, após do novo zoneamento, um chão limítrofe e obteve licença para crescer a capacidade da garagem. Um vizinho foi à Justiça, alegando prejuízo por ser residente e não concordar com a *variance* do zoneamento a favor do garagemista, mas o ato administrativo, como suso já acenado, foi confirmado, por considerar o tribunal que havia, na hipótese, o requisito do gravame desnecessário.

A crítica judiciária não foi favorável a êsse julgado, que terá feito uma interpretação liberal a dispositivo excepcional do regulamento de zoneamento, quando a jurisprudência dominante era no sentido da interpretação estrita, tanto mais que não é função judicial modificar as condições de zoneamento, tarefa para a qual a competência é legislativa.

Espécie importante coube à Justiça de Ohio decidir (caso "Akron v. Chapman", 160 Ohio St. 383). Em 1922, certa ordenança incluiu num distrito residencial uma propriedade, em que o dono, desde 1916, explorava certa atividade não residencial. A postura previa que, decorrido tempo razoável, devesses cessar usos não residenciais na área; em 1950, estava inalterado o uso e nova postura ordenou fôsse cessado qualquer uso não residencial, mas o tribunal concluiu não ser de aplicar a mesma ao demandante, já que a postura era inconstitucional por privativa de um uso legítimo da propriedade. Êsse acórdão, porém, apenas tem a seu favor não haver a primitiva ordenança fixado um prazo certo para a *amortização*, pois que posturas prevendo que, após um determinado e razoável período de tempo deva cessar o uso, têm obtido aprovação pretoriana (caso "Standard Oil C.º v. Tallahassee", 183 F. 2d 410 — 5th Cir. 1950), por ser admitido que mitigam, suficientemente, o prejuízo do proprietário e até, durante certo período, lhe favorecem uma posição privilegiada, por falta de novos concorrentes. Segundo os anotadores, em geral êsses prazos são de 20 a 100 anos! (*Usually periods ranging from 20 to 100 years are provided*). Também a proibição de começar um novo uso contra o disposto na postura de zoneamento, pôsto que seja isso prejudicial ao proprietário, tem sido considerada constitucional (caso "Village Euclid" já citado; caso "People v. Miller", 304 N. Y. 105); já as ordenanças que determinam, sem prazo de amortização, a eliminação do uso preexistente têm sido julgadas inconstitucionais, salvo se provado constituir o uso um dano (caso "Jones v. Los Angeles", 211 Cal. 304; caso "Hadacheck v. Sebastian", 239 U.S. 394), mas algumas limitações podem ser impostas ao uso

anterior à postura: sua expansão pode ser restringida e a reconstrução, após destruição do prédio, impedida.

No exame da jurisprudência norte-americana, posição de relêvo merece o caso "Vernon Park Realty, Inc. v. Mount Vernon" (*in*, 307 N. Y. 493 — 1954), que mereceu procedentes críticas. Assim se pode resumir: certa firma comprou, em 1951, uma área, onde havia muitos anos se explorava o negócio de estacionamento de veículos, tolerado mesmo após postura de 1927, pela qual, de comercial, o distrito passara a residencial. No instrumento da operação, o comprador, declarando-se ciente da ordenança, fêz consignar cláusula de que pretendia no terreno construir um edifício de lojas comerciais a varejo (*a retail shopping center*), uma vez que a área estava circundada por edifícios comerciais. Se não obtivesse a licença, reservava-se o direito de desfazer a aquisição (*under the provisions of the purchase agreement plaintiff retained a power to reconvey to its vendor*). A licença foi denegada pela Administração, mas a Justiça de Nova Iorque, em ambas as instâncias não foi do mesmo parecer, por considerar inconstitucional a postura que "proíbe empregar a propriedade em uso para o qual seria o mais fãcilmente adaptada" (*most readily adapted*).

Este caso, quanto à solução de mérito (pelo fundamento adotado), recebeu forte reserva da crítica especializada; mas, no tangente à questão prévia (de legitimidade do nôvo adquirente para postular a declaração de inconstitucionalidade, não). A regra jurisprudencial, de fato, era no sentido de que quem compra ciente de pesar sôbre o bem restrição de zoneamento não pode pretender uma dispensa (*variance*) da limitação, por considerar esta gravame excessivo, eis que o seu prejuízo terá sido por êle mesmo criado (*since the hardship he complains of is self-created*), como, em outra espécie, já se decidira (caso "Clark v. Board of Zoning Appeals", 301 N. Y. 86-1950). Mas isso não impediria o nôvo adquirente de postular a inconstitucionalidade: na hipótese de pleitear a *variance*, em juízo estaria afirmando a existência de uma ordenança *válida* e no outro a sua *nulidade* e uma postura nula não seria vinculativa para quem quer que fôsse (antigo ou nôvo dono do bem).

No mérito, porém, os ditos julgados não foram felizes no fundamento adotado, pois a tese de que será inválida a ordenança, que proíba o uso para o qual o bem pode o mais fãcilmente ser adaptado, nega o princípio de que o processo de zoneamento freqüentes vêzes tem que restringir o uso da terra preferido pelo proprietário, por não o considerar o mais desejável para o local. Talvez a conclusão do julgado fôsse a mesma, se tivesse adotado o fundamento mais aceitável e já com bons antecedentes pretorianos (*v. g.*, caso "Rowland v. City of Racine", *in* 223 Wis. 488), pelo qual o zoneamento não pode, *arbitrariamente*, impor um uso mais restritivo à propriedade do que o permitido à circunvizinha. As restrições ao uso da propriedade, pelas posturas, não podem ser arbitrárias ou desarrazoadas (caso "Nectow v. Cambridge", 277 U.S. 183), tampouco sendo lícito chegar-se a não ser tolerado qualquer uso razoável de uma propriedade (caso "Arverne Bay Constr. C.º v. Thatcher", *in* 278 N. Y. 22).

4. *Como encarar os problemas em nosso direito.* Temos como bem elucidativa a solução jurisprudencial acima concatenada, com as observações en-

tão feitas, que deixam claro, nos casos de acórdãos conflitantes, qual dêles nos parece merecer aprovação. E aprovação que, para nós, implica em autorizada recepção para o nosso direito, por se tratar de princípios gerais, que a técnica jurídica aconselha invocar, quando inexistir texto constitucional, ou legal, em contrário.

Mas alguns pontos, devido a opiniões entre nós sustentadas por juristas de ótima suposição, merecem algumas reflexões a maior.

Tido por todos nós como especialista de alto predicado, o prof. HELY LOPES MEIRELES (9), com vigor, ensina: “entendem uns que (o zoneamento, *sc*) só pode ser expresso em lei Municipal; admitem outros sua imposição por decreto do Prefeito. Perfilhamos esta última orientação, por entendermos que o zoneamento é ato tipicamente administrativo, de repartição da área planificada e reservada para ocupações específicas. Não é ato normativo geral; é provimento especial para a repartição do solo consoante sua destinação específica”.

Ora, pela leitura da esclarecedora jurisprudência norte-americana — se apura que sempre em jôgo deliberações do órgão legislativo local, o competente para editar as posturas de zoneamento. No caso particular do Estado da Guanabara, outra não pode ser a solução, já que o diploma substantivo em vigor, base da regulamentação em estudo, é a citada “Lei de Desenvolvimento Urbano e Regional do Estado da Guanabara” e a atual Constituição do Estado, em seu artigo 9.º, inciso III, é muito clara ao recitar que à Assembléia Legislativa compete, com a sanção do Governador, dispor sobre tôdas as matérias de competência do Estado, especialmente: “planos e programas estaduais de desenvolvimento”, não havendo qualquer dificuldade, dados os termos amplos do inciso, em incluir nêle os planos de zoneamento.

E não nos parece corresponder à natureza das coisas, nem ter bom amparo doutrinário, sustentar que o zoneamento não seja ato normativo geral e que seja êle ato tipicamente administrativo. Com muita precisão, ROBERT NEBINGER (10), observa que êle — justamente porque tem o caráter de um princípio geral (*Weil er den Charakter einer allgemeinen Vorschrift hat*), não é nenhum ato administrativo declaratório. Assim, argumentar com o caso da desapropriação, em que a lei dá as espécies e concede a autorização para desapropriar e por ato administrativo é que esta se realiza, é um argumento impróprio, já que nela o ato administrativo se admite e torna necessário, por ser declaratório (declaração de utilidade pública), o que não se dá na hipótese de zoneamento. Êste, aliás, só aparentemente é um *minus* em relação à desapropriação, pois na verdade se trata de um *aliud*: restrição à propriedade, sem indenização e a desapropriação forma coata de adquirir o domínio

(9) Cf., *Direito de Construir*, 2.ª ed., págs. 126/127. Adere, sem reservas, a essa lição o Dr. ARION SAYÃO ROMITA, em artigo rico em pesquisa legislativa e digno de leitura atenta, pôsto que nem sempre possamos aderir às suas teses (cf., *Os loteamentos ante a legislação do Estado da Guanabara*, na “Rev. de Direito da Procuradoria Geral”, vol. 18).

(10) Cf., *Verwaltungsrecht*, Parte Geral, 2.ª ed., págs. 188/189, onde assinala: “ist der Bebauungsplan kein feststellender Verwaltungsakt”. O grifo é do próprio NEBINGER.

privado, mediante pagamento de preço, se acordado entre as partes ou de indenização justa, se malograr a composição amigável. O ilustre autor paulista, de que ora ousamos divergir, pôsto que com as devidas homenagens, anteriormente também sustentava que o Plano Diretor poderia ser apenas aprovado por decreto executivo, mas um melhor estudo o fêz modificar a opinião, como, com boa humildade científica, ora confessa (ver, livro citado, pág. 113, nota 63) e, assim, talvez uma melhor meditação no presente tema, harto aparentado com aquêlo outro, o faça convencer de que a lição do professor tedesco é que deve prosperar.

Outro ponto polêmico, que implica numa tomada de posição, é o da legitimidade *ad causam* do vizinho, para tornar efetivas as normas das posturas edilícias, relativas ao zoneamento e normas conexas. Houve na América do Norte (apura-se da jurisprudência suso referida) demandas propostas, investindo contra a *spot zoning*, afinal decididas pela improcedência (mas por considerar o tribunal que a situação dos vizinhos pode sofrer, prejuízo de fato, mas não jurídico), todavia sem dar pela preliminar de mérito, por ser essa técnica exótica ao direito processual local. No entanto, entre nós, o assunto há de ser apreciado em termos de carência de ação.

Ter o vizinho ação nesse sentido é matéria controvertida, não apenas entre nós, mas também nos demais países de direito informado no continental europeu, inclusive na Alemanha, onde, afirma KURT EGON VON TUREGG (11), a jurisprudência dominante é no sentido de não haver (salvo, é claro, dispositivo legal expressamente reconhecendo-o) direito público subjetivo à manutenção do que preverem as normas do zoneamento; jurisprudência dominante, mas não tranqüila, tanto assim que a Justiça de Stuttgart (em 1951) teve oportunidade de julgar pela existência do direito, no caso, porém, de que as normas tenham sido editadas, não apenas no interesse da comunidade, mas sim, também, no de simples pessoas, p. ex. dos proprietários vizinhos (*für den Fall, dass die Bebauungsvorschriften nicht nur im Interesse der Allgemeinheit, sondern auch von einzelnen Personen, z. B. von Grundstücksnachbarn erlassen worden sind.*).

Na Itália, também, o assunto sempre foi harto disputado e bem limado, pela doutrina e pela jurisprudência. O atual Código Civil pretendeu acabar com a departição de opiniões, mas não o conseguiu, como já tivemos oportunidade de relevar em artigo de vinte anos atrás (12). O legislador italiano no artigo 869 passou a dispor: "Os proprietários de imóveis nas municipalidades, em que haja planos reguladores, devem observar as suas prescrições, nas construções e nas reconstruções ou modificações das construções existentes" e o artigo 872, segunda parte: "Aquêlo que sofreu dano por efeito da violação deve ser ressarcido, ressalvada a faculdade de pedir a volta ao estado anterior, quando se tratar de violação das normas contidas na seção seguinte ou por esta referidas". Êsses artigos, que não possuímos, não fizeram

(11) Cf., *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 3.^a edição, pág. 381 e nota 4.

(12) Sob o título *Da responsabilidade do vizinho, e da Prefeitura Municipal, por dano à propriedade de confinante*, publicado na *Revista Forense*, vol. 130 (julho de 1950), págs. 57/60.

cessar a discrepância reinante entre os juristas peninsulares, como naquele trabalho de mais de dois decênios já acentuávamos. Então dizíamos:

“IV. Poderia ter-se sustentado a responsabilidade civil do proprietário, frente ao vizinho, considerando-se que certos regulamentos administrativos impõem deveres a proprietários e regulamentos poderiam ser invocados como norma civil subsidiária já que certos artigos do Código Civil prevêem a existência e sujeição do proprietário a tais normas edilícias”.

“A questão não é apenas elegante, mas de interesse prático, havendo divergência ao propósito. Divergência no sentido de saber se tais regulamentos (normas dos) municipais se incorporam à norma civil, constituindo direito subjetivo do vizinho. Se assim é, o vizinho, no caso, podia ter acionado o proprietário, réu no feito, com a simples alegação de não haver êste cumprido o que lhe ditava a norma edilícia”.

“A controvérsia, porém, já agitou os italianos, sendo que êles se dividiram a respeito, tendo havido uma reapreciação de conceitos com a publicação e vigência do novo Código Civil”.

“Antes do novo diploma civil, CARLO GIROLA (*Le servitù prediali pubbliche*, 1937, pág. 328) sustentava que a orientação jurisprudencial mais recente se inclinava no sentido de considerar que as normas contidas nos regulamentos comunais eram puramente de caráter administrativo e não civil. Os comentadores do atual art. 872, porém, ensinam o contrário. NICOLA STOLFI e FRANCESCO STOLFI (*Il nuovo codice comentato*, livro III, 1944, pág. 122) enfaticamente dizem que outorgam um verdadeiro e próprio direito subjetivo, correlativo à obrigação que tais normas impõem ao proprietário confinante. Mas, ao que me parece, essa afirmativa pode merecer algum temperamento. Melhor será a moderação contida na lição de FRANCESCO DE MARTINO (*Della proprietà*, 1946, pág. 209; ampla jurisprudência em CINO VITTA, *Diritto Amministrativo*, ed. de 1949, vol. I, págs. 121/124) — que diz que a solução que se impõe consiste em distinguir: a) normas ditadas a favor de um interesse público (caso em que o privado não poderá exigir a observância com a ordinária ação judiciária); b) normas que não têm natureza diversa daquelas recebidas pelo Código Civil (e aí não haverá razão para excluir que se trate de verdadeiros e próprios direitos subjetivos). DOMENICO BARBERO (*Sistema istituzionale del diritto privato*, 1949, vol. I, págs. 680/681 e nota 2) subdistingue, ainda, com mais rigor: para a violação das normas regulamentares comunais há que verificar se se trata daquelas referidas pelo Código ou das não reclamadas pela lei civil. As primeiras, sendo complementares das disposições gerais do Código, têm valor de limites legais e conferem ação privada. Para as outras, não em relação às que foram ditadas somente no interesse público e *sim* para as que, dessa última natureza, protegem (enquanto coincidente) o interesse privado”.

Naquele estudo de mais de quatro lustros atrás, pôsto que reconhecendo que a tendência da doutrina italiana tinha ótima aparência, ficamos com o acórdão do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo eminente civilista e professor ministro HAHNEMANN GUIMARÃES (“agravo”, n.º 12.730, no D.J., de 12-V-1947, apenso, pág. 843) de não incorporação das normas administrativas pelas civis.

Passados tantos anos, continuamos pensando que a solução *prudente e justa* será a defendida por aquêles dois professôres italianos, por último citados. Mas uma coisa é a Justiça e outra a Lei e, pela lei brasileira, o jurista não pode ir tão longe como pretende o ilustre HELY LOPES MEIRELES (livro citado, págs. 84/85), embora sua enérgica posição nos leve, em parte, a modificar a primitiva posição (13).

Por muito esclarecedora, temos como indicada a tradução do comentário de FRANCESCO DE MARTINO:

"1. Caráter das normas edilícias. — Para o tangente à primeira parte (do art. 872) veja-se acima, *sub arts.* 869/871. Importante é a disposição contida na segunda alínea (*comma*), a qual resolve dúvidas surgidas sob o império do código de 1865. O problema se apresentava assim: se o particular, que fôsse prejudicado pela inobservância por outros das normas dos regulamentos comunais de edificação e higiene, podia exigir que as obras, feitas em contravenção a tais normas, fôsem demolidas. As soluções dêsse problema, que se encontram tôdas representadas nas decisões judiciárias e na doutrina, são as seguintes: *a*) as normas regulamentares, quando invocadas pelo código civil, dão vida a direitos subjetivos, em razão dos quais o vizinho pode sempre exigir a demolição; *b*) requer-se, precisando ulteriormente tal doutrina, que da violação da norma regulamentar derive um dano para o vizinho, que, então, terá legitimidade a agir pelo dano; *c*) contra tais soluções se objecta que as normas regulamentares são de tutela de interesses públicos e, se ao atuarem, coincidem com um interesse privado, isto não é motivo suficiente para legitimar êste com a ação judiciária; *d*) distingue-se, segundo miremos as normas regulamentares a um interesse público, com o qual coincida uma simples vantagem do particular ou objetivem um interesse público e privado simultâneamente ou, como com outras palavras sói expressar-se a jurisprudência, sejam normas integrativas das disposições dadas pelo código civil; *e*) finalmente, distinguem-se as normas regulamentares em três categorias: aquelas endereçadas à tutela de um interesse público, as

(13) O douto professor dá pela total incorporação e nós, não. Lê-se em seu precioso tratado: "Os regulamentos edilícios impondo, normalmente, obrigação de *não fazer*, criam um direito subjetivo a essa abstenção, como bem acentua DABIN: "sans doute, ces obligations especiales peuvent être génératrice du droit subjetif au profit d'une personne: ce sera alors la face active de l'obligation". O mesmo ponto de vista é esposado por DE MARTINO em trabalho especializado sobre a propriedade, onde afirma que as normas regulamentares limitativas da construção constituem "fonte di diritti soggettivi a favore di proprietarii dei beni rispetto ai quali la limitazioni sono imposte e pertanto dalla loro violazione od inosservanza nascono le stesse conseguenze giuridiche, che derivano dall'inosservanza delle norme del Codice Civile".

Em nota 19, refere-se ao livro que nós também citamos, na mesma edição, pág. 220. No entanto, tal página 220 não é a *sede materiae* e nela não deparamos o trecho imputado a DE MARTINO. Este autor trata do tema no local por nós indicado, sustentando uma opinião moderada, a merecer tradução, que nos permitimos fazer. A menos que se trate de outro livro, que não *Della Proprietà* (volume da coleção "Commentario del Codice Civile", "a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca"), Bolonha-Roma, 1946.

que integram as normas do código sôbre relações vicinais, aquelas que, sem referência ao código, estabeleceu limitações para fins de interesse público, com que coincidem interesses de particulares. As três primeiras soluções, muito extremadas, devem por isso mesmo rejeitar-se, uma vez que descuram o relêvo essencial de que os regulamentos edilícios nem sempre tutelam um interesse público exclusivamente ou um interesse privado conjuntamente ao público. Assim a solução prevalente na mais recente jurisprudência se impõe, porque — tratando-se de normas ditadas a favor de um interesse público, nenhum direito surge para o particular de exigir a sua observância através da ação judiciária comum; mas, se se tratar de normas que não têm natureza jurídica diversa daquelas recebidas no código civil, não há razão para não admitir que aqui se trate de verdadeiros e próprios direitos subjetivos. Feita esta fundamental distinção, o problema pode considerar-se colocado em termos exatos, mas não ainda resolvido, pois que é de mister, nos casos emergentes, estabelecer quais normas se devam considerar como invocadas pelo código ou integrativas do mesmo e quais devam ser estimadas, ao contrário, como dirigidas à tutela de exclusivos interesses públicos. Em particular, para o afastamento e altura dos edifícios, se afirmava que as normas regulamentares não deveriam entender-se recebidas pelo código e, por isso, que ao particular não competisse a ação judiciária para a demolição das obras, mas tão só que êle pudesse fazer valer seu interesse legítimo nos confrontos da Administração Pública, perante a justiça administrativa. O atual código acolheu a distinção fixada na mais recente jurisprudência. A inobservância das normas regulamentares edilícias constitui título para a ação de ressarcimento do dano em qualquer caso; a redução em pristino poder-se-á postular tão somente quando tiver ocorrido violação de normas reclamadas pelo próprio código”.

Infelizmente, dada a imprevisão do nosso código civil — a merecer corretivo no em elaboração — só por raridade se poderão ter, como outorgando direito subjetivo ao vizinho, as normas edilícias. No artigo 572, não — eis que êste, na parte final, separa o direito dos vizinhos da observância dos regulamentos administrativos (“salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”). A rigor, só no artigo 578, que não é norma geral, mas particular e que apenas se refere à distância entre construções e certas benfeitorias (“As estrebarias, currais, pocilgas, estrumeiras e, em geral, as construções que incomodem ou prejudiquem a vizinhança guardarão a distância fixada nas posturas municipais e regulamentares de higiene”) ou o artigo relativo a tapumes (art. 588, § 2.º).

Impõe-se, sem dúvida, uma mudança legislativa, mas enquanto ela não vier, não nos parece se possa ir mais longe do que ora sugerimos, mitigando posição extremada anterior. Assim, carência de ação no geral dos casos, em que o vizinho autor da ação não demonstre ocorrer referência expressa da norma civil aos regulamentos edilícios, não apenas como limitação ao direito de construir, mas também como “direito do vizinho” (14).

(14) O problema não se põe, apenas, em relação às normas edilícias, mas também em relação às normas de polícia relativas, p. ex., à segurança e higiene do trabalho. Com a sua autoridade e precisão, o prof. GUIDO ZANOBINI, na sua

contribuição *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato*, com que enriqueceu a coletânea *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, ensina (vol. II, págs. 716/717): "I) no direito administrativo, as leis de policia e as leis sanitárias, vedam o estabelecimento de indústrias insalubres e perigosas no interior dos povoados (*abitati*), salvo autorização a ser concedida, caso a caso, pela autoridade. No caso de violação destas normas, os particulares, que padeçam um dano provocado pela indústria estabelecida na proximidade dos seus bens ou habitações, podem pedir a reparação pecuniária, independentemente da ação repressiva, que pode ser usada pela Administração para fazer cessar a transgressão. Outras situações particularmente importantes são aquelas ligadas à legislação social do trabalho, na parte em que impõe aos empresários a adoção de meios técnicos e pertinentes ao local de trabalho (*ambientali*), necessários para garantir a segurança e a higiene dos trabalhadores. É pacífico que, pela inobservância destas normas, decorre uma responsabilidade pública do patrão em relação ao Estado e uma responsabilidade civil do mesmo em frente aos trabalhadores, sempre que estes sofram um dano, em razão da violação: *todavia, isto não significa que estes tenham um direito subjetivo à observância de tais normas, já que o escopo imediato das mesmas é a tutela de um bem geral* (grifo nosso). Opinião pacífica: cf., de recente, L. LEVI, *Istituzioni di legislazione sociale*, pág. 76".

"Particularmente significativo, afinal, é o parecer, formado na própria doutrina particlistica e na jurisprudência, em torno aos efeitos subjetivos das normas de policia edilícia, contidas nos regulamentos comunais. A questão se de tais normas possam derivar direitos subjetivos entre os proprietários privados é assaz antiga: a doutrina sempre reconheceu que, se pelos regulamentos surgissem verdadeiros direitos, em caso de violação os proprietários vizinhos poderiam pleitear a demolição dos edificios construídos indevidamente, independentemente de um dano efetivamente verificado; e que, a não ser assim, isto é, se ditas normas não se pudessem estimar fontes de direitos subjetivos, por ditadas apenas no interesse geral, os proprietários não poderiam obter senão o ressarcimento do dano e sempre que este ficasse comprovado. A jurisprudência mais recente, aplicando estes conceitos, distingue as normas estabelecidas no interesse dos particulares das que o foram apenas no interesse público da higiene e da estética: das primeiras derivarão verdadeiros direitos subjetivos, com a consequência acenada e das segundas não surgirá senão o direito à reparação do dano. Isto equivale a dizer que, na hipótese de normas estabelecidas apenas no interesse público, os particulares, carentes de um direito subjetivo, podem valer-se do princípio geral da responsabilidade por danos, quando da violação deflua a lesão de um interesse próprio: interesse que, dessa forma, vem reconhecido como interesse legítimo. A solução da jurisprudência foi acolhida pelo art. 872 do novo Código. Tal artigo representa, portanto, uma aplicação legislativa do princípio geral a que nos referimos: não seria justo considerar, pois, que ele haja transformado em direitos os interesses dos particulares, já que estes através do ressarcimento conseguiram receber uma tutela tão só indireta, contraposta agora à da repristinação, que o mesmo artigo estabelece para as normas edilícias ditadas pelo próprio Código ou por este expressamente invocadas".

No entanto, entre nós, não há como obscurecer a tendência (a nosso ver justificada, só lamentando não haja sido ampliada para o geral dos casos) do legislador em dar, em leis especiais, ação ao vizinho para fazer valer certas posturas. Assim, a lei estadual coibidora dos ruídos excessivos (decreto-lei n.º 112/1969), em seu artigo sexto, outorga direito público subjetivo a qualquer prejudicado, para investir contra os abusos censurados pelo diploma legal. E o legislador federal — decreto-lei n.º 271/1967, art. 6.º, dispondo sobre o lotea-

mento urbano — diz que "...os vizinhos são partes legítimas para promover ação destinada a impedir construção em desacôrdo com as restrições urbanísticas do loteamento ou contrários a quaisquer outras normas de edificação ou de urbanização referentes aos lotes".

A nosso ver, a regra legal não deveria limitar-se ao caso de loteamentos: mas isso é ponto de política legislativa. *De lege ferenda* deverá ser assim; mas, infelizmente, *de lege lata*, ainda não o é.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO ESBOÇO DO ANTE-PROJETO DO CÓDIGO CIVIL — DIREITO DAS COISAS

Des. EBERT CHAMOUN

1. Vários dos preceitos novos do Direito das Coisas foram elaborados consoante a nova dimensão que a propriedade adquiriu, e que tanto se acentua no direito contemporâneo. Reafirma-se que a propriedade, sem deixar de ser um direito subjetivo, um “jus”, deve ser considerada sobretudo como um “munus”, um poder que se exprime simultaneamente num direito e num dever. Longe de ser um direito absoluto e soberano, vale dizer, ao invés de se reconhecer no interesse do proprietário uma incondicional prevalência, de sorte que todos e quaisquer atos, ou omissões, de sua parte, estariam automaticamente legitimados, insiste-se em que o direito de propriedade deve desempenhar, mais do que quaisquer outros direitos, uma função social, no sentido de que a ordem jurídica confere ao titular um poder em que estão conjugados simultaneamente o interesse do proprietário e o interesse social. Uma vez que a propriedade interessa ao proprietário e, também substancialmente a outros, além dêle, e particularmente ao Estado, a atribuição do poder correspondente realiza o direito objetivo na pressuposição de que se devem consorciar as duas ordens de interesses, e de que, se alguma predominância deve assumir uma delas, não pode ser senão a do interesse público.

Antes de tudo, sentimos a necessidade de, ao ensejo da elaboração da definição da propriedade (o legislador a invadir indevidamente a seara dos conceitos), repetir a vedação, provávelmente já constante da Parte Geral do esboço, dos atos emulativos e realizados com abuso de direito. É certo que o que dissemos acêrca da função social e do abuso de direito não é peculiar ao direito de domínio, senão aos direitos subjetivos em geral, que estão todos necessariamente impregnados de sociabilidade e, sendo essencialmente limitados pelo interesse social, devem exercer-se em consonância com as finalidades econômicas e sociais. Mas sabe-se que, a respeito do direito de propriedade, que interessa ao Estado moderno muito mais intensamente do que outros direitos subjetivos privados, é que se deve, com muito maior ênfase, equacionar tais questões e tentar formular princípios gerais em ordem e solucioná-las, de modo que se imponham imperativamente aos juizes. A necessidade específica de referência a êsses princípios não pressupõe a de um pronunciamento do legislador quanto aos problemas, exclusivamente doutrinários, das diferenças porventura existentes entre abuso de direito e ato emulativo e entre êsses atos e os ilícitos.

Entre os preceitos novos, que manifestam a orientação recente que se imprime à propriedade, merece especial referência o relativo ao abandono do imóvel. Distinguímos o imóvel urbano do imóvel rústico, em virtude da diferença vincada de destinação e política legislativa. O imóvel urbano, que o proprietário abandonar e que não se encontrar na posse de terceiro, poderá ser arrecadado como bem vago e passar, dez anos depois, à propriedade do Estado, do Distrito Federal ou da União; o imóvel rústico abandonado poderá ser igualmente arrecadado e transferir-se, cinco anos depois, à propriedade da União. Evidentemente do abandono se exigirá a intenção, que se presumirá quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais. À União deferimos a propriedade dos imóveis rústicos abandonados porque lhe compete a arrecadação do impôsto territorial rural e a formulação e a execução da reforma agrária. Esta beneficia-se, assim, com mais um incentivo, cuja atuação não trará à União maiores dispêndios.

Outro é o preceito concernente às construções que se fazem parcialmente em solo alheio. A despeito de tecermos a necessária distinção entre boa-fé e má fé, por parte do construtor, nunca deixamos de reconhecer, de um lado, o valor social das edificações, que jamais serão demolidas, doutro a restrição que deve sofrer quem não exerce oportunamente o seu direito de domínio, não embargando a construção invasora. Parece-nos, assim como à doutrina e à jurisprudência dos nossos tribunais, que mais encarna a função social da propriedade quem constrói no imóvel, embora com parcial invasão do alheio, do que o que não exerce a necessária vigilância e não tem a atenção indispensável para com um bem tão relevante.

Esse também é o sentido da eliminação do tratamento privilegiado de que gozam os ausentes, em face do usucapião, em nosso direito. Eles perdem o domínio imobiliário em prazo maior do que os presentes, considerando-se como tais (o que é defeituoso) os que moram no mesmo município. Desde o momento em que se dá ao tradicional dispositivo o seu verdadeiro sentido (dez anos, se o proprietário mora no município em que está situado o imóvel, quinze se mora em município diverso), comprova-se que, à luz da nova concepção de propriedade, ele não deve ser mantido. Como favorecer quem levou o seu desinteresse a ponto de habitar em município diferente do da situação do imóvel, colocando-se em condições de, não só de mais dificilmente praticar quaisquer atos de posse ou de domínio, como também de não manifestar, a seu respeito, a fiscalização e o interesse mínimo?

2. A respeito da eficácia na transcrição do título traslativo no Registro de Imóveis, foram incorporados, numa única Secção, os dispositivos que se encontram, no Código Civil, expostos em setores diferentes (arts. 531, 534, 859 e 860), e mantidos os princípios do registro atributivo da propriedade imobiliária e o da presunção relativa, inclusive diante do terceiro adquirente de boa-fé, a título oneroso. Rejeitamos o princípio da eficácia material, ou da fé pública, do direito alemão, e esposamos a tese de Virgílio Sá Pereira e Soriano Neto, que a jurisprudência dos nossos tribunais vem consagrando. Pareceu-nos que se não pode deixar de sujeitar o terceiro adquirente, que se amparou no registro, à reivindicação, uma vez que, cancelada a transcrição,

incumbe a propriedade inegavelmente a quem é beneficiado pelo registro anterior — corolário irrecusável do não reconhecimento do princípio da eficácia jurídica material. Sem embargo, uma vez que consideramos o adquirente a título oneroso, que confiou no registro, digno de uma eficiente proteção, admitimos, em seu favor, um usucapião especial, de cinco anos, tal como, pelo prazo de dez anos fez o artigo 1.159 do Código Civil Italiano.

3. No usucapião introduzimos alterações relevantes.

Reduzimos o prazo do usucapião extraordinário de vinte para quinze anos, para contemplar a hipótese de o possuidor, no decurso desse prazo, pagar os impostos que incidem sobre o imóvel.

Já notamos que a tradicional distinção entre presentes e ausentes, peculiar ao usucapião ordinário, foi suprimida, porque nos parece injustificável. Considerada a propriedade como um poder que se legitima através do uso pessoal da coisa, em atenção às finalidades econômicas e sociais, não se compreende que o proprietário, que abandona o imóvel, para residir noutro município, seja beneficiado com prazo maior. Consagra, aliás, uma errônea, o parágrafo único do artigo 551 segundo o qual se reputam presentes os moradores do mesmo município, e ausentes os que habitam município diverso: é irrelevante o lugar em que o possuidor mora. Se se mantivesse o preceito, atendendo-lhe a orientação, ausente deveria ser o proprietário que reside fora do município em que está situado o imóvel, presente o que nele habita.

O chamado usucapião “pro labore” merece acolhido no Código Civil. Persegue os rumos novos do direito de propriedade, valorizando a efetiva utilização do imóvel, que se torna produtivo com o trabalho do possuidor. O preceito do art. 98, da Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964, foi, entretanto, revisto em ordem a eliminar a referência incorreta à aquisição da propriedade “mediante sentença declaratória” e à exigência de o “usucapiens” não ser proprietário rural ou urbano, a qual foi razoavelmente circunscrita ao Estado em que o imóvel se localiza.

O art. 552 requeria apenas que as posses unidas fôsem contínuas e pacíficas porque evocava exclusivamente o usucapião extraordinário (do usucapião ordinário não cogita o Projeto Clóvis do Código Civil). Uma vez que a acessão da posse deve ocorrer em ambos os usucapiões, menção expressa, embora particularizada, deve fazer-se aos requisitos do título e da boa-fé.

4. É a posse um estado de fato, um poder de fato que alguém exerce sobre uma coisa, e cujo conteúdo é exclusivamente econômico, porque se relaciona com o aproveitamento econômico da coisa, considerada como objeto de satisfação das necessidades humanas. Mas é um estado de fato apenas no sentido de prescindir da existência de um título jurídico: há um direito à proteção da posse sem que a posse esteja fundada em direito. A lei protege, assim, a posse como estado de fato, sem embargo de reconhecer que há um direito a esse estado de fato, e tão ampla é a proteção, que o possuidor, turbado ou esbulhado, conserva a posse, embora às vezes provisoriamente, ainda que contra o titular do direito, ou em detrimento deste.

A lei salvaguarda a posse como simples estado de fato porque aparenta uma situação jurídica regular, e a aparência é juridicamente digna de pro-

teção; e, se se permitisse, a quem tem o direito sôbre a coisa, exercê-la contra quem tem o poder de fato sôbre essa coisa, consagrar-se-ia a justiça privada, o recurso à violência. Demais, ao possuidor que tem simultâneamente o poder de fato e o direito sôbre a coisa, concede-se uma proteção muito mais eficiente do que a atribuída apenas a êsse direito.

Ocorre que o poder de fato, em que a posse consiste, tem o conteúdo mesmo do direito de propriedade, a senhoria ou economia da propriedade. Não poderia deixar de ser senão assim, pela razão elementar de que a propriedade é o mais extenso direito existente em relação a uma coisa, não havendo poder de fato cuja consistência se subtraia a êsse poder de direito. Por isso, de ordinário, a noção de posse aparece associada à da propriedade. Mas é apenas por isso, já que a proteção da posse independe da correspondência acaso existente entre êsse poder e qualquer direito que se possa configurar quanto a uma coisa, inclusive o domínio. Quem possui só pode, pois, ter um comportamento semelhante, embora parcialmente, ao de quem é dono. As aparências são necessariamente idênticas. Mas o direito não consagra e tutela a posse porque seja ela elemento exterior da propriedade.

A posse então, não se pode definir como o exercício da propriedade. Nem mesmo conviria dizer que é o exercício de faculdade inerente à propriedade. A posse não é o exercício da propriedade ou de qualquer outro direito. Ela simplesmente é um estado de fato que se assemelha ao exercício da propriedade: o possuidor tem um comportamento análogo ao de quem exerce poder peculiar ao domínio, ou de outro direito real à substância da coisa. O possuidor comporta-se "como se" fôsse titular de um direito real (diferente do da posse). Mera questão de aparência — mas questão jurídicamente relevante.

Foram êsses os fatores determinantes da definição de posse que propusemos, e que só inserimos entre as normas pròpriamente jurídicas por aprêço à tradição do nosso direito (a rigor, deveria ficar fora do Código): considerasse posse o poder de fato que se manifesta sôbre uma coisa, mediante comportamento que corresponde ao exercício de faculdade inerente à propriedade. Protege-se a posse independentemente de ter o possuidor, sôbre a coisa, o direito de propriedade, ou qualquer outro direito.

Eliminamos qualquer referência à posse de direito por entender que a posse não pode ter direitos por objeto. As razões que tornam inconcebível a posse de uma coisa incorpórea militam em desfavor da admissão de uma posse de direitos. Os efeitos da posse encontram-se vinculados essencialmente à existência de uma coisa, tais como o usucapião, o direito aos frutos e às benfeitorias. Parece-nos também extremamente difícil imaginar proteção possessória eficaz sem que se possa reportar a algo de material e é notório que só motivos de ordem política, vinculados à ausência de uma proteção tão eficiente quanto à possessória, é que determinaram a funesta extensão da posse a direitos pessoais — motivos que, aliás, atualmente não prevalecem. A pureza técnica e o rigor científico foram conturbados por fatores rigorosamente extrajudiciais e eventuais. A chamada "possessio juris", ou "quasi possessio", compromete, a nosso ver, os fundamentos doutrinários do conceito

de posse, que emigraria do Direito das Coisas, para, praticamente, confundir-se com a noção rarefeita de exercício de direito.

Condenando a posse de direitos, e restaurando destarte a tradição romana, reconhecemos os resultados da pesquisa que, contemporaneamente, se fêz em tôrno do conceito de posse: “Ma che oggetto di un rapporto giuridico possa essere un diritto è concezione che è stata vigorosamente combatuta ed oggi si va eclissando. *Salvo qualche sporadica resistenza, è ormai opinione comune in dottrina — e si va affermando anche nelle pronunzie giurisprudenziali — che oggetto del rapporto giuridico è sempre un bene.* Anche del possesso, pertanto, è oggetto un bene, ossia una porzione delimitata del mondo esteriore, assoggettabile al dominio dell'uomo (Gentile, *Il possesso*, 1965, pág. 62)”.

Dentre as grandes codificações, apenas o Código Civil Português insiste na posse de direitos. Na esteira do Código alemão e do suíço, o italiano (a posse é o poder sobre a coisa), o etíope (a posse consiste na senhoria efetiva que uma pessoa exerce sobre a coisa), o polonês (poder de fato sobre a coisa), o grego (poder de fato sobre uma coisa), restringem a posse às coisas.

Aliás não foi outra a orientação dos Projetos de Código Civil de Clóvis Bevilacqua e de Orlando Gomes, inclusive da Comissão revisora.

Nem mesmo a servidão justificaria a esdrúxula criação da posse de direitos, pois que o objeto da posse não é o direito de servidão, senão o imóvel serviente. A extensão e a natureza do aproveitamento econômico da coisa, vale dizer, da sua utilização e fruição, é que determinam o enquadramento da posse nas categorias de direitos reais existentes, fazendo que a posse “corresponda” a êsse direito, enseje o surto dêsse direito através do usucapião: “Tanto se si eserciti il fatto corrispondente al dominio quanto se si eserciti una servitù o un qualunque diritto reale, l'oggetto del possesso è sempre la cosa, non la cosa nel primo caso, il diritto reale — che tra l'altro non esiste nel secondo. E se differenza vi è tra i due possessi, essa verte sul contenuto, sulla estensione del goçimento (N. Stolfi, *Diritto civile*, II, 1926, n.º 22).

A doutrina e jurisprudência brasileiras perseguem atualmente o rumo da posse de coisa. É êsse o testemunho dos autores (vêde, vg., Serpa Lopes e Washington de Barros Monteiro) e a obra nacional mais recente que versa a posse, o magnífico *Tratado de Direito Privado*, de Pontes de Miranda, advoga com fervor a limitação de posse às coisas (tomo X, pág. 81).

A defesa da posse não fizemos senão uma referência miúda, já que tem o assunto prevalecente natureza processual. Bastará, ao Código Civil, mencionar a tríplice lesão da posse e as ações correspondentes. Inclusive a conhecida alusão à posse velha e posse nova deverá omitir-se, evitando-se o atrito entre os dispositivos do Código Civil (artigo 507) e do Código de Processo Civil (artigo 371), relativos à expedição do mandado liminar.

5. O condomínio especial foi objeto de disciplina minuciosa, que estava a merecer. E pareceu-nos que as incorporações devessem continuar sendo regidas exclusivamente por lei especial.

Foi assente o critério do valor do cálculo da fração ideal e o princípio da inseparabilidade que rege as unidades imobiliárias em relação às frações

ideais, os direitos às partes comuns relativamente à propriedade exclusiva, e permitiu-se ao condômino alienar parte acessória da sua unidade (por exemplo, a sua área no abrigo para veículos) a outro condômino. Preferência reconhecemos ao condômino na locação, por outro condômino, da área no abrigo para automóveis, na tentativa de prevenir os conflitos que freqüentemente causa a admissão de estranhos nesse compartimento, de ordinário tão exiguo. A classificação das benfeitorias foi invocada para a determinação dos votos necessários à aprovação de obras; as absolutamente indispensáveis e urgentes até mesmo qualquer condômino pode realizar, mas não se arvorará em síndico para o fim de, efetuando outras, pretender o reembolso das despesas. Fizemos a exigência da unanimidade dos condôminos para a construção de nova unidade imobiliária, ainda mesmo quando realizada no terraço de cobertura particular; mas obras de acréscimo pode o condômino aí empreender, subordinadas, inclusive à condição de não erguer mais de um pavimento no edifício (a faculdade que o art. 1.127 do Código Italiano cria, de o condômino elevar outros andares, se nos afigurou excessiva). (*) Consideramos justo o condômino custear as despesas relativas às partes comuns do uso exclusivo, e isentá-lo das concernentes ao ascensor, quando mora no pavimento térreo.

Não podemos deixar de enfrentar o problema do condômino que recalitra no descumprimento dos seus deveres perante o condomínio. É esse o caso do que reiteradamente não paga as contribuições e do que tem tal comportamento que torna insuportável a convivência e até mesmo a utilização das suas unidades pelos outros condôminos. A questão, que infelizmente não rareia, não escapou à consideração de legislações estrangeiras, que lhe dão soluções drásticas. O artigo 44 da lei mexicana, de 15 de dezembro de 1954, sujeita o condômino inadimplente à perda da sua unidade, mediante venda forçada, deliberada por três quartos dos condôminos restantes. A lei espanhola sôbre propriedade horizontal, de 21 de julho de 1960, comina, ao exercício, no imóvel, de atividades não permitidas pelos estatutos, prejudiciais, imorais, perigosas, incômodas ou insalubres, a sanção da privação do uso, extensiva a quem conviva com o possuidor. Preferimos impor ao morador da unidade imobiliária, multa, que pode atingir o décuplo das contribuições para o condomínio, em período que a assembléia dos condôminos, com o "quorum" de três quartos dos restantes, vier a determinar. A gravidade da sanção pecuniária pode levar o recalcitrante a mudar-se, devolvendo à tranquilidade a convivência entre os moradores.

Dispositivos de menor importância foram insinuados na parte relativa à administração do condomínio, acêrca dos poderes de representação do síndico e reunião da assembléia dos condôminos em segunda convocação.

6. De considerar o problema das construções, que invadem parcialmente terrenos alheios, descuidou o nosso Código Civil, não obstante o Código Civil Alemão já haver regulado a matéria. No direito alemão, o vizinho, proprietário do solo invadido, deve suportar a invasão, se o construtor obrou

(*) Vêde também o art. 25 da lei colombiana 182, de 1948.

de boa-fé, mas tem direito a ser indenizado com renda anual, em dinheiro (§§ 912-916).

O Código Civil suíço, artigo 674, permite ao construtor de boa-fé adquirir direito real sobre a parte invadida, mediante pagamento de indenização razoável ao proprietário, que não manifestou oposição oportuna. Também o direito italiano (artigo 928 do Código Civil) faculta à autoridade judiciária a atribuição, ao construtor de boa-fé, da propriedade da edificação e do solo invadido, se este paga ao proprietário o dobro do valor do solo ocupado e lhe ressarcir os danos; a hipótese da construção realizada de má fé não foi figurada no Código Civil Italiano.

No direito brasileiro, a questão foi agitada pelo eminente Professor Clóvis Paulo da Rocha, em sua monografia a respeito "Das construções na teoria geral da acessão". Ele defende a tese do interesse social na conservação das construções e concede, ao dono da edificação invasora, a propriedade do solo invadido, através de pagamento de indenização que exprima assim "o valor do mercado da área perdida" como "a desvalorização da área remanescente".

O Código Civil Português, reconhecendo a propriedade do construtor de boa-fé sobre a parcela de terreno alheio, manda pagar também "o valor do terreno" e reparar "o prejuízo causado, designadamente o resultado da depreciação eventual do terreno restante" (artigo 1.343, I). À tese do eminente Professor Clóvis Paulo da Rocha aderiu Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, vol. VI, 1960, págs. 395-398. Defende também a permanência da construção invasora Orlando Gomes, *Direitos Reais*, 1958, pág. 217. O artigo 435 do Projeto de Código Civil da Comissão Revisora, atribui ao construtor de boa-fé a propriedade do terreno invadido, quando a invasão não excede de um metro; no Projeto Orlando Gomes essa distância é de meio metro (art. 443). Acerca da permanência das construções invasoras, feitas de boa-fé, proferiu brilhante voto o eminente Desembargador Martinho Garcez Neto, por ocasião do julgamento da Apelação Cível n.º 28.711 (Diário da Justiça de 29 de agosto de 1957, pág. 2223).

Distinguimos as hipóteses de boa-fé e de má fé, do construtor, embora atribuindo-lhe, em ambos os casos, em princípio, a propriedade do solo invadido. Sacrifica-se o direito do proprietário, que não embargou a construção oportunamente, em homenagem ao princípio do maior valor social das construções. O construtor de boa-fé adquire a propriedade do solo invadido, se o valor da construção excede o desta parte, e paga indenização que represente inclusive o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente; o construtor de má fé adquire também essa propriedade, pagando o triplo das perdas e danos previstas para o caso anterior, e se o valor da construção excede consideravelmente o valor do solo invadido e não se pode demolir a porção invasora sem grave risco para a construção.

7. Abolimos a referência que faz o artigo 715 do Código Civil ao usufruto que resulta do direito de família, o qual, não sendo direito real,

não é, a rigor, um usufruto. Substituímo-la pela menção ao usucapião, cuja eficácia, como se sabe, independe do registro.

Mantivemos o princípio da inaccessibilidade do usufruto e, coerentemente, repudiamos a hipoteca desse direito real.

O usufruto de títulos de crédito enseja o problema do usufruto de dinheiro, quando o título vence enquanto perdura o direito do usufrutuário. É certo que tem êste o direito, e mesmo o dever, de cobrar, a menos que se exija — o que não fizemos — autorização expressa do nu proprietário a que se lhe faça o pagamento (Código Civil da Etiópia, art. 1.350). Ora, convertendo-se em dinheiro o título de crédito, o usufrutuário transformar-se-ia em proprietário, e o usufruto em mútuo. Para que o direito real do nu-proprietário não se desfaça num mero direito de crédito, ordenamos, no interesse inclusive do próprio usufrutuário, que fica preservado de uma aplicação desastrosa das quantias recebidas, e sob pena da antecipada extinção do usufruto, a imediata sub-rogação desse direito em títulos da natureza dos anteriores, já vencidos e cobrados, ou em títulos da dívida pública federal, com cláusula de correção monetária.

Mantivemos os direitos reais de uso e habitação.

O uso foi alargado para compreender todos os atos que são abrangidos pela faculdade de uso, com as delimitações peculiares ao usufruto, e a própria fruição, mas circunscrita às necessidades do usuário e das pessoas de sua família. Noutras palavras, as restrições que diminuam o uso, agora atingem a fruição.

Restaurada a verdadeira doutrina acêrca do uso, ampliadas as possibilidades do seu emprêgo, é possível venha o instituto a ganhar vitalidade.

Aliás, à habitação veio de se referir a Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962, que a concede ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto permanecer viúvo, quanto ao imóvel destinado à residência da família.

8. No condomínio geral, há, apenas, duas inovações: o princípio de presunção de igualdade das partes ideais dos condôminos, o qual atua quando falta a indicação no título de constituição, e a faculdade, que assiste ao condômino, de se exonerar do pagamento das despesas e dívidas do condomínio, renunciando a sua parte ideal.

O exercício dessa faculdade de renúncia, que a doutrina reconhece (*), entendemos que aproveita aos demais condôminos na proporção dos pagamentos que fizeram. Se não há condômino que se interesse por êles, proceder-se-á à divisão da coisa comum, consoante o que prescreve o parágrafo único do artigo 624 do Código Civil.

Tem o condômino preferência, na venda da coisa comum, em relação ao estranho, e em iguais condições de oferta (artigo 623 do Código Civil e 410 do Código de Processo Civil). Entre os condôminos, prefere-se o que tiver benfeitorias mas valiosas e, não as havendo, o de quinhão maior. Ora,

(*) Vêde, v.g., PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. XII, págs. 88 e 119, o qual defende a tese de que a parte ideal do condômino renunciante é "res nullius", ou pertence ao Estado.

pode ocorrer que nenhum dos condôminos tenha benfeitorias na coisa comum e participem, todos êles, do condomínio, em cotas iguais. O Código Civil não previu a hipótese. Qual, então, dos condôminos terá preferência? Clóvis Bevilacqua opina no sentido de que, nesse caso, "o direito igual dos condôminos anula-se recíprocamente, e a coisa será vendida ao estranho" (*Código Civil Comentado*, vol. III, comentário ao artigo 632), o que vale dizer que, esgotados os critérios legais, a preferência se desfaz. Pareceu-nos mais acertada a tese desenvolvida, em parecer notável, por Eptácio Pessoa (Arquivo Judiciário, vol. 8, pág. 58) e abraçada por Francisco Campos (*Direito Civil*, página 425), a qual fornece critério subsidiário e definitivo para o exercício do direito impostergável do condômino à preferência ante o estranho: os condôminos não intervêm no leilão para licitar com os estranhos, mas, ultimadas as ofertas dêstes, verificar-se-á, dentre os condôminos, quem oferece maior lance. Ao condômino, que oferecer maior lance, e superior, ou igual, ao do estranho, adjudicar-se-á o imóvel.

9. A parte geral do direito de vizinhança sofreu total remodelação. Impunha-se a reforma, por causa da insuficiência da disciplina do Código Civil, restrita ao art. 554. Malgrado a elasticidade com que sãbiamente o legislador dotou êsse dispositivo e as ensanchas que destarte abriu à doutrina, a falta de critérios firmes de solução dos variados e graves conflitos de vizinhança tem ensejado sulcadas dificuldades para os juizes.

Inovamos em relação à lei, não quanto à doutrina. Esposamos a teoria desenvolvida pelo saudoso Professor San Tiago Dantas, na sua tese brilhante "O conflito de vizinhança e sua composição". Ela conjuga a teoria do uso normal e a da necessidade, o princípio da coexistência dos direitos, que é o estatuto da vizinhança comum, e o princípio da supremacia do interesse público, ao qual se reporta a vizinhança industrial. Devem sempre cessar as interferências anormais que podem ser evitadas ou tornam inabitáveis os imóveis adjacentes. As outras, que o interesse público justificar, podem ser mantidas, mas mediante pagamento de indenização aos vizinhos prejudicados.

A respeito da passagem forçada, acrescentamos que se exerce em relação ao imóvel que mais natural é facilmente a ela se prestar; e que, na hipótese de o encravamento resultar de alienação parcial e divisão de um prédio, se constrangerá à passagem uma das suas partes, sem agravamento para a situação de terceiros.

Reproduzimos, com pequenas alterações, as normas, que figuravam no Projeto anterior, quanto à passagem de cabos elétricos, tubulações de gás e esgôto.

Normas novas foram elaboradas acêrca do aqueduto, das plantas que servem de divisa, dos tapumes especiais, do alteamento da parede divisória, do ingresso em imóvel alheio para o apoderamento de coisas próprias, e das construções, escavações ou demolições passíveis de provocar desmoronamentos ou deslocamentos de terra.

Particularmente importantes são os preceitos referentes à construção e às servidões de janelas. Mantivemos a norma que veda abrir janelas a

menos de metro e meio do terreno vizinho, mas demos, tal como vêm fazendo julgados dos nossos tribunais, tratamento especial às janelas perpendiculares, que propiciam, muito menos que as outras, o devassamento do imóvel adjacente; e, pela mesma razão, àquelas cuja visão não incida sobre a linha divisória, projetando-se para dentro do próprio imóvel em que se ergueu a construção.

Se o proprietário não exige, no prazo de ano e dia após a conclusão da obra, que se desfaça a janela, constitui-se a servidão. A perplexidade, que o silêncio do Código Civil provocou acerca dos efeitos desse direito real, agora se desmancha, ao se prever que o proprietário do imóvel serviente não pode abrir janela a menos de três metros da construção vizinha e que, sem a abrir, não lhe é lícito edificar a menos de metro e meio dessa construção. O objetivo da lei, ao ordenar que cada proprietário abra janela a menos de metro e meio da linha divisória, é manter, entre as janelas, a abertura mínima de três metros, dificultando, assim, o devassamento. Constituída a servidão, alcança-se esse objetivo, em detrimento do imóvel serviente, cujo dono, não tendo embargado oportunamente a construção irregular e não pretendendo, no prazo legal, que se desfizesse — terá de recuar a sua edificação. Uma vez que a abertura ilícita da janela pode não ter sido feita sobre a linha divisória, pareceu-nos que as finalidades da lei seriam amplamente preservadas, se a distância, dos três metros, ou do metro e meio, fôsse contada a partir da construção irregular, e não da referida linha.

As frestas, seteiras ou óculos para luz podem ser tolerados, sem o risco de se constituir servidão, seja qual for a sua disposição, altura e quantidade; mas estabelecemos que não podem ser abertos a menos de um metro e oitenta centímetros de altura, contados do chão, em ambos os lados da parede. Permite-se, assim, a iluminação e, ao mesmo tempo, preserva-se o vizinho do devassamento.

10. Sugerimos que, entre as disposições finais do novo Código, figure a proibição de constituição de novas enfiteuses, e de subenfiteuses, respeitando, assim, os aforamentos até então existentes. Uma vez que a sua disciplina se regerá pelo direito anterior, pareceu-nos conveniente omiti-la. A reprodução dos preceitos do Código Civil vigente seria enfadonha e tecnicamente desaconselhável, ainda porque o instituto realmente não se coaduna com a orientação dominante no esboço. Transplantá-los seria aceitar um órgão vulnerável e doente, comprometendo, nesse ponto, a estabilidade e a longevidade de todo o novo corpo de leis. Afigurou-se-nos inclusive que, se vier a prevalecer a tese de extinção do instituto, ou de que maiores facilidades devem ser propiciadas em vista do seu paulatino desaparecimento, as providências devem ser objeto de lei especial, ficando o Código extreme das controvérsias doutrinárias, imputações de inconstitucionalidade, discussões e dúvidas, que certamente aflorarão.

11. No instituto das servidões tocou-se apenas para admitir a possibilidade de o dono do prédio dominante remover a servidão, de um local para outro, contanto que o faça à sua custa, sem prejuízo para o prédio

serviente, e haja considerável incremento da utilidade (a comodidade não justifica a remoção). Corresponde ao direito de remoção, que o artigo 703 do Código Civil já consagra, do proprietário do prédio serviente.

12. A anticrese pareceu-nos uma garantia em desuso e, por isso, foi suprimida. Enquanto simples pacto acessório do contrato de penhor, destinado a compensar os juros pelos frutos, a sua criação justificava-se (aliás, a função que exercia foi preenchida, em nosso esboço, mediante o reconhecimento do direito do credor pignoratício, que tenha a coisa empenhada em seu poder, de se apropriar dos seus frutos, imputando o valor dêles no montante da dívida). Como direito real autônomo, revela os defeitos que relegaram o instituto ao esquecimento. A perda da posse do imóvel não pode deixar de ser considerada como uma desvantagem para o devedor, a par das dificuldades que lhe ocasiona relativamente à alienação e à constituição de outros gravames reais. Para o credor, tem a anticrese o inconveniente de lhe transferir o ônus do pagamento, pois que através da percepção dos frutos e produtos e sua imputação nos juros e capital é que a dívida se extinguirá, paulatinamente — inconveniente tanto maior quanto, recaindo a garantia sobre o imóvel e armada de direito real, é desnecessária a transferência da posse do imóvel do proprietário ao credor.

13. Entre os direitos reais de garantia não enfileiramos a alienação fiduciária, que a Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, introduziu entre nós, a fim de garantir compulsoriamente empréstimos realizados por empresas financeiras para a compra de bens móveis; e a que, sob forma de cessão fiduciária em garantia, se reportou a Lei n.º 4.864, de 29 de novembro de 1965, ao disciplinar os financiamentos de edificações, ou unidades habitacionais, concedidos por Caixas Econômicas ou sociedades de crédito imobiliário.

A alienação fiduciária tem inconvenientes indistigáveis, para o devedor e para o credor, que patenteia a sua feição artificiosa, de negócio cujos meios ultrapassam desnecessariamente os fins, os motivos excedendo as causas. Constitui um retrocesso técnico indiscutível, em confronto com os demais direitos reais de garantia: a evolução dêles se iniciou precisamente com a transferência da propriedade (fiducia cum creditore), prosseguiu com a transferência de posse (penhor), culminou com a desnecessidade até mesmo da cessão de posse da coisa ao credor (penhor sem traslação de posse, hipoteca), para terminar com a substituição das garantias pelo seguro (seguro de crédito).

Esse instituto, do qual não se esboçou ainda, satisfatoriamente, a disciplina, civil e processual, certamente não está em condições de figurar num corpo de leis que se propõe a substituir o nosso Código Civil, diploma notável pelo rigor da técnica jurídica.

14. Preferimos introduzir no penhor importantes modificações e inovações, destinadas a alargar a área de utilização do instituto e a satisfazer as necessidades crescentes de expansão do crédito. O credor pignoratício foi autorizado a apropriar-se dos frutos da coisa apenhada, que tenha consigo,

para imputar o seu valor nas despesas de guarda e conservação do objeto do penhor, nos juros e na própria dívida; e a promover a venda antecipada, quando haja receio fundado de que a coisa empenhada se perca ou deteriore, depositando-lhe o preço. O depósito do dinheiro foi também exigido no penhor de título de crédito vencido, e cobrado pelo credor pignoratício. E criaram-se penhores de veículos automotores e de coisas de uso doméstico, com a particularidade, peculiar também ao penhor rural e ao industrial, de permanecerem tais bens em poder do devedor. Com êste último penhor atendem-se as necessidades do pequeno consumidor, cujos recursos magros são insuficientes para a aquisição até mesmo das alfaias e aparelhos domésticos, e que, doravante, com a garantia dêles, poderá vir a contrair empréstimos, sem se privar da posse de bens cuja utilização lhes é indispensável; os interesses do credor foram satisfeitos com a associação entre o penhor e o seguro, uma vez que pode exigir que o devedor segure o objeto do penhor, sob pena de fazê-lo à custa dêle, pelo valor real. Demais, a alienação das coisas empenhadas, ou a sua mudança sem prévia comunicação ao credor, acarreta o vencimento antecipado da obrigação.

O penhor legal foi abolido. Dentre os casos, nos quais o Código Civil concede penhor, apenas um tem certa vitalidade, o dos hospedeiros, estalajadeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento sôbre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro, dos seus consumidores ou fregueses. O penhor legal do proprietário sôbre as alfaias do inquilino jamais teve qualquer aceitação: alvo de descrédito, a fiança preencheu-lhe sempre as funções.

Em verdade, o penhor legal padece de um mal insanável, qual seja a apreensão material dos bens do devedor por iniciativa e autoridade própria do credor. É legítimo reter a pessoa bens alheios em determinadas circunstâncias, ou defender-lhes a posse, até mesmo empregando a fôrça. Mas, violentamente, apossar-se de coisas que se encontram em poder de outrem é chocante, embora com a permissão da lei, e pode provocar graves conflitos.

À Comissão propusemos a substituição do penhor legal pelo direito à preferência e à retenção, nesta última hipótese quando, evidentemente, bens do devedor se encontrem em poder do credor, como pode acontecer no caso do hoteleiro.

15. Reconhecemos a faculdade, do adquirente do imóvel hipotecado, que se não obrigou pessoalmente, de se exonerar da hipoteca, abandonando o imóvel hipotecado aos credores hipotecários. O adquirente, que não quer remir o imóvel hipotecado, priva-se da sua posse (sòmente a adjudicação transferir-lhe-á a propriedade), colocando-a à disposição dos credores hipotecários e furtando-se, destarte, aos efeitos da execução.

Pareceu-nos que essa faculdade, que o direito romano admitia, e legislações estrangeiras consagram, serve a atenuar o excessivo rigor da disciplina da hipoteca no direito brasileiro. Aliás Lafayette já criticava o direito anterior, porque rompia "com a ciência e a tradição" abolindo "em matéria de hipoteca aquela faculdade". (*Direito das Coisas*, 2, § 259).

O mesmo sentido tem a proibição da cláusula que veda ao proprietário alienar o imóvel hipotecado. Ela prejudica sensivelmente o devedor, que fica

despojado da faculdade de vender o imóvel para pagar a dívida, sem trazer grandes benefícios ao credor hipotecário, em virtude da natureza real do seu direito. Compromete, em suma, a excelência e a flexibilidade da hipoteca, cujo apuro técnico dimana parcialmente do poder de dispor do imóvel, que tem o devedor.

O art. 855, do Código Civil, sofreu correção, substituindo-se a "preferência" pela faculdade de remição, que se confere ao Poder Concedente. O art. 985 do Código de Processo Civil, incorreu, aliás, no mesmo equívoco.

Estendemos a licitação, subsequente à recusa do preço oferecido pelo terceiro adquirente do imóvel hipotecado, que se dispôs a remi-lo, a estranhos, possibilitando, assim, a oferta do preço maior. Não descobrimos razão ponderável para circunscrevê-la, como fazem o Código Civil (art. 816) e o Código de Processo Civil (art. 396), aos credores hipotecários, os fiadores e o próprio adquirente.

O prazo de validade da pré-notação foi ampliado para noventa dias, que é, aliás, o proposto no Projeto Clóvis. Raramente julgam-se as dúvidas nos trinta dias, a que se refere o art. 835 do Código Civil.

APÊNDICE (*)

A preocupação com os problemas graves, que a humanidade enfrenta, oriundos da chamada poluição ambiental, aflorou em nosso país precisamente quando se cogita de uma vasta reforma legislativa, em particular da atualização do Código Civil. Devemos aproveitar-nos dessa coincidência feliz e da oportunidade que nos oferece este Simpósio. Proponho, assim, sejam consideradas as seguintes sugestões, para serem apresentadas ao Exmo. Senhor Ministro da Justiça, de inclusão no anteprojeto do Código Civil, já elaborado, de preceitos, que, malgrado a sua generalidade, reflitam a inquietação do legislador brasileiro e aparelhem o Poder Judiciário com instrumentos adequados para coibir a atividade destruidora da natureza, que compromete a sobrevivência do homem sobre a Terra. Aprovados tais preceitos e introduzidos em o nôvo diploma legislativo, será o nôvo Código Civil, na especialidade, pioneiro e inovador, pois que não me consta hajam os mais recentes Códigos estrangeiros versado o assunto.

1 — O anteprojeto do Código Civil abre o capítulo reservado à propriedade com uma definição do instituto, tal como faz a lei vigente. Parte, em seguida, para a condenação dos atos emulativos e realizados com abuso de direitos, com razoável repetição do que já deve ter constado, sobre o tema, na Parte geral do esboço.

Art. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua, ou detenha.

(*) Trabalho apresentado ao Simpósio sobre *O Jurista e o meio ambiente*.

§ 1.º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais. São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e são animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 2.º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por utilidade pública ou interesse social, e requisição, quando ocorrem graves e urgentes necessidades públicas.

Sugiro que entre êsses parágrafos se insira um, com a seguinte redação:

§ 2.º O direito à propriedade imóvel deve ser exercido de modo que seja preservada a flora, a fauna, a paisagem, as belezas naturais e o equilíbrio ecológico, e evitada a poluição do ar e das águas, e a erosão do solo.

2 — Sabe-se que o problema da poluição ambiental, que, juridicamente, mais interessa ao Direito Público, equaciona-se, no Direito Civil com a disciplina da vizinhança, isto é, com a vulneração de direitos subjetivos privados, ao sossego, à tranqüilidade, ao conforto, à segurança, à saúde.

O anteprojeto do Código Civil empreendeu uma remodelação completa da parte geral do direito de vizinhança, a qual se impunha em face da insuficiência do art. 554 do Código em vigor. Adotou a teoria que conjuga a teoria do uso normal com a necessidade, o princípio da coexistência dos direitos, que é o estatuto da vizinhança comum, com o princípio da supremacia do interesse público, que agasalha os interesses da propriedade industrial. Devem sempre cessar as interferências anormais, que podem ser evitadas, ou tornam inabitáveis os imóveis vizinhos. As outras, que o interesse público justificar, podem ser mantidas, mas mediante pagamento de indenização aos proprietários prejudicados.

Eis o texto constante do referido anteprojeto:

Art. (1) — O proprietário, ou possuidor de um prédio, tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização anormal da propriedade vizinha.

Parágrafo único — Determinam-se as interferências que devem cessar considerando-se, além da natureza da utilização, a localização do prédio, em atenção às normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

Art. (2) — Devem sempre cessar as interferências anormais, que podem ser evitadas, ou comprometem a destinação dos imóveis vizinhos, tornando-os inabitáveis.

Art. (3) — Não existe o direito a que se refere o artigo (1) quando, não se configurando as hipóteses do artigo anterior, a utilização anormal fôr justificada por interesse público, caso em que o proprietário, ou possuidor, causador das interferências, pagará ao vizinho indenização cabal.

Art. (4) — Embora mantidas as interferências, sempre que possível deverá ser reduzida a intensidade delas.

Art. (5) — Quando, embora se tivesse decidido que as interferências deveriam ser toleradas, se tornou depois possível reduzi-las, ou eliminá-las, poderá o vizinho exigir a redução, ou eliminação.

Sugiro que entre o art. (3) e o art. (4), se insira um parágrafo, com a seguinte redação:

Art. (3) —

Parágrafo único — Não se justifica por interesse público a utilização anormal da propriedade vizinha, que provoque a poluição do ar e da água, a destruição da flora, da fauna, da paisagem e das belezas naturais, ou comprometa o equilíbrio ecológico.

3 — As normas de Direito Público que vierem a proteger êsses bens indispensáveis à vida humana, resguardando-os da poluição e da destruição, não se limitarão, pois, a tutelar interesse geral, da comunidade. Em face da possibilidade que, “a contrario sensu”, assiste aos vizinhos de fazer cessar a atividade respectiva, e que o anteprojeto consagraria, não haveria dúvida quanto à existência de direitos subjetivos civis, na personalidade, ou no patrimônio, dos proprietários, ou possuidores dos imóveis. Sendo assim, estariam êstes munidos de ação para constranger os vizinhos a respeitar essas normas, regulamentos administrativos, posturas municipais e regulamentares, seja, enfim, qual fôr a natureza delas.

Não obstante, a fim de que fique bem patente, e acentuada, tal possibilidade, não seria ociosa a introdução de um preceito ainda mais enfático, informativo e esclarecedor, que pusesse termo, entre nós, à tormentosa questão que agita a doutrina, assim estrangeira como nacional, da legitimidade da pessoa para fazer o vizinho cumprir as posturas edilícias, os regulamentos administrativos, as normas de Direito Público.

Êsse dispositivo, que ultimaria a disciplina legislativa geral do direito de vizinhança, poderia ter a seguinte redação:

Art. (6) — O proprietário, ou possuidor, de um prédio tem o direito de exigir do vizinho, o cumprimento das normas de Direito Público relativas à vizinhança, a natureza da utilização e a localização dos imóveis, bem como das que preservam da poluição o ar e as águas, e da destruição da flora, a fauna, a paisagem e as belezas naturais.”

O PROBLEMA DOS TÓXICOS

DALMO SILVA

1 e 2 — O juiz em face do artigo 281 do Código Penal.
3 — Algumas observações sobre a Execução Penal no Brasil e na América do Norte com relação aos viciados em entorpecentes.
4 — O ingresso no vício. A responsabilidade da Imprensa, dos Pais e da Sociedade. 5 — A necessidade da divulgação dos males causados pelo uso do entorpecente. 6 — Considerações finais, resumo e o caso do Brasil.

1. Evidentemente que, para o magistrado, até mesmo por uma questão de consciência funcional, tem êle que se interessar pelo que se passa no interior das prisões e das penitenciárias, em suma, qualquer estabelecimento penal para onde são remetidos os réus, sobretudo aquêles já condenados, que vão cumprir penas e que posteriormente retornarão ao convívio da sociedade.

O importante para o juiz, ao sentenciar, é que tenha um critério e que esse critério seja igual para todos os jurisdicionados, desde o mais protegido até ao ilustre desconhecido, que não tem ninguém por êle.

A hipótese que abrdaremos, relativamente aos delitos definidos no art. 281, do Código Penal, assunto que no momento tem preocupado não só os legisladores como as Autoridades do Executivo e do Judiciário do mundo inteiro, tem tido de nossa parte, a maior atenção e preocupação, não somente pela obrigação funcional de decidir as questões que se nos apresentam para serem julgadas, como também pelo interesse de atualização e conhecimento do que se passa pelo mundo, cada vez menor pela facilidade e velocidade de transporte e comunicação, razão pela qual temos obtido alguma experiência, em contatos diretos com autoridades de outros países, visitando prisões e fazendo pesquisas sobre os sistemas penitenciários e métodos de recuperação dos viciados.

2. Não se pode, evidentemente, deixar expresso em cada sentença, tódas as razões que a ditaram, pois dezenas e centenas de processos aguardam sempre a vez de serem julgados.

Em 1966, em sentença publicada *in* Rev. Forense, Vol. 222, pág. 397, afirmávamos que o viciado é elemento perigoso para a coletividade, não somente por estar sob a atuação do entorpecente, como também porque dissemina o vício e estimula o tráfico, e que os toxicômanos por si só criam situação de perigo para a coletividade.

Essa afirmativa é verdadeira, mas isso não significa que se deva dar o mesmo tratamento ao viciado, ao fumante primário e curioso e ao traficante. Ao tempo em que foi prolatada a sentença mencionada, permitia-se ao Julgador, na prática, diferenciar essas situações com apoio na jurisprudência, fazendo-se justiça, com a possibilidade de desclassificação do delito para o § 3.º III, do art. 281, quando a "maconha" apreendida era de pequena quantidade, presumindo-se para uso próprio, possibilitando, com isso, a concessão do "sursis", como medida de boa política criminal, principalmente em favor do jovem primário, evitando, assim, através da liberdade provisória, antes mesmo da condenação, o contacto prejudicial com marginais da pior espécie. Era uma maneira de muitos juízes fazerem justiça, até nas hipóteses que ele tinha dúvida sobre a validade dos flagrantes, com suspeita de serem "forjados", mas que nem sempre se podia afirmar na sentença, uma vez que, como princípio geral da validade do testemunho, tanto tem valia o depoimento de um policial que tomou parte na diligência, como o de qualquer cidadão, a não ser que se prove estar um ou outro faltando com a verdade, o que é muito difícil, por não se conhecer a fundo o caráter de cada qual.

A modificação do art. 281, introduzida pela Lei n.º 385, de 1967, entretanto, retirou do juiz essa oportunidade de fazer justiça em cada caso concreto. A conseqüência é de que muitos magistrados, antes equilibrados nas absolvições e condenações, passaram a pender mais para as absolvições, única maneira de proteger o primário e o viciado carente de tratamento, uma vez que a lei modificadora dava igual acolhimento aos traficantes, aos viciados ou aos que simplesmente portavam, a qualquer título, pequena ou grande quantidade de "maconha", quando, na verdade para o juiz, cada caso é uma hipótese diferente, com suas peculiaridades próprias.

3. Mas, no campo de recuperação dos viciados em entorpecentes, o problema é sério, pois eles são realmente perigosos para a coletividade, sobretudo porque disseminam o vício e estimulam o tráfico, sem que haja prisões especializadas e bem preparadas para recebê-los, tratá-los e reeducá-los para o retorno ao convívio social, quando do término da pena. Nessa matéria quase nada temos no campo da "execução penal de ressocialização".

Nos EE.UU. grande parte de Penitenciárias e Prisões constitui verdadeiras escolas do crime, fato quase notório e até objeto de publicações recentes em revistas do porte do "Time", demonstrando a miséria, os abusos, a corrupção, o vício, que reinam em seu interior.

Entretanto, muitos são os modelos que devem ser seguidos.

Visitamos, mais recentemente, uma considerada "prisão modelo", ou seja, a *Nassau County Jail*, situada no Estado de Nova Iorque, em Long-Island. Realmente, muita coisa tem que se ver na *Nassau County*, para onde as grandes penitenciárias americanas têm mandado funcionários categorizados para aprenderem seus novos métodos de organização de trabalho e ensino para recuperação dos viciados em tóxicos e também de outros delitos.

Após marcarmos a audiência por telefone, fomos atendidos pelo "Commissioner of Correction", Walter L. Flood, homem nomeado diretamente pelo Prefeito de New York, o qual colocou seu "staff" à nossa disposição, o dia

todo, e êle próprio passou conosco várias horas, prestando tôdas as informações, respondendo às perguntas e fazendo outras. A atenção foi fora do comum, pois era o primeiro magistrado do Brasil que ali comparecia, conforme nos disseram.

Na "Nassau County", os apenados, em princípio, têm tôda regalia, no campo das diversões, do esporte, podendo ir ao cinema, assistir televisão, etc., facultando-lhes, inclusive, trabalhar, quando assim o desejarem. Mas, não trabalhando ou não querendo aprender qualquer officio, ou não desejando estudar, por exemplo, vai perdendo as regalias, progressivamente. Assim é êle, apenado, quem regula os direitos e vantagens em seu favor.

Assistimos a várias aulas, em classes separadas, de 4 ou 5 detentos, havendo um professor para orientá-los, onde se discute o problema com os próprios viciados. Utilizam as autoridades para isso, além de psiquiatras, psicólogos, também ex-detentos viciados que já foram recuperados, que são remunerados para cooperar, os quais provocam as discussões, conhecedores que são do assunto, para chegarem à causa do vício, e então por aí, poderem traçar um estudo e trabalho para recuperação do indivíduo dependente da droga. É a prática da moderna "Execução Penal Individualizada, dentro do grupo".

Tivemos a oportunidade de ver em uma das classes, um detento chorando copiosamente, em decorrência de uma conversa provocada por um ex-viciado, o qual culpava seus pais, o péssimo ambiente do lar, que foi desfeito, pelo seu ingresso no caminho do vício. Essas palestras-discussões são assistidas por um guarda que fica à curta distância, na sala, sòmente para manter a disciplina e fiscalizar o grupo.

O responsável pela "Education & Rehabilitation Unit", Mr. Philip de Juliú, apresentou-me a outro grupo, que estava trabalhando para algumas instituições de caridade, respondendo cartas e angariando dinheiro e o faziam com grande responsabilidade e interesse, sentindo-se úteis aos que necessitavam. O trabalho e a educação, bem orientados, disse-me Mr. Philip, têm ajudado muito a que o indivíduo não reincida.

O apenado pode, naquela dependência do Estado, estudar, fazer o curso equivalente ao ginásial dentro da prisão e tirar o diploma como se fôsse da Universidade de New York, sem o estigma de ter sido ex-presidiário. Aqui, na Guanabara, já está em prática sistema semelhante na penitenciária Lemos Brito, que pode ser aperfeiçoado.

É que lá, na América, mesmo terminada a pena, o ex-detento pode vir às aulas e terminar seu curso, para receber o diploma, como se fôsse da Universidade mencionada.

Muita coisa poder-se-ia escrever e julgar o que de bom existe na *Nassau County Jail*, prisão modelo que é, mas procuramos salientar alguns pontos que trazem resultados práticos para a recuperação, quando o trabalho é bem orientado e feito com método e disciplina, por pessoas preparadas para êsse mister e não à base da improvisação.

Não sòmente nessa prisão modelo, mas em quase tôdas as demais que integram o regime correcional americano, os guardas têm cursos especializados e da mesma forma os funcionários. Aliás, na América do Sul, a Argentina

possui uma espécie de Academia, onde se prepara guardas, oficiais ou não, com curso especializado para o trabalho nas penitenciárias e isso é importante como exemplo para nós, no momento em que se modifica a legislação, sobre o tráfico, o uso, etc., dos entorpecentes, dando tratamento desigual ao traficante e ao viciado, porquanto, realmente, são situações que se diferenciam com reflexo também nas questões da Execução Penal, que são os grandes problemas para os magistrados, responsáveis, em nome do Estado, pelos homens e mulheres que são enviados às penitenciárias e às prisões várias.

O que é bom devemos imitar e não podemos deixar de mencionar, por último, em matéria de disciplina, o que é adotado pela *Nassau County*: há regulamento não só para os detentos, "Rules and Regulations For inmates", como para os oficiais da Polícia, "A Study Guide for Police Officers". Todos têm um roteiro, um guia, do que se pode ou não fazer.

4. O Prof. JOSEPE NEWBERGER, Ministro da Justiça do Estado da Romênia do Norte Westfalia, República Federal Alemã, quando esteve no Brasil, em 1970, proferiu conferência, a respeito da Execução Penal (divulgado pelo Boletim da *Susipe*) que deve ser lida por todos que se interessam pelo assunto. Informa êle que, não raro o ingresso na criminalidade advém de um fracasso, de um sentimento de inferioridade do jovem, quase sempre no campo escolar, sendo preciso, assim, colocar todos os recursos para o aprendizado e tirar êsse complexo do apenado.

Com isso se conclui também, que o estudante é prêsia fácil para ser induzido no caminho do vício, alguns por curiosidade, outros por momentos de depressão, por fatores vários e até mesmo pelo pouco êxito nos estudos ou em determinada matéria, acabando por ficarem dependentes da droga e, com isso, a necessidade de dinheiro para adquiri-la, levando-os à prática de outros delitos, para que o vício possa ser mantido. Isso é uma realidade. Recente estudo por investigadores da Universidade de Yale, E.E.UU., sob a direção do psiquiatra EUGÊNIO PAYKEL aponta a relação entre certos fatos e fenômenos da vida moderna, e o estado de depressão do indivíduo. Foi elaborada uma tabela de fatores que podem provocar depressões psíquicas. Pois bem, estão incluídos na mesma *Tabela*, como causas de depressões, o fato "de se prestar exame difícil" e também a "interrupção nos estudos". Como se verifica, além dos outros fatores comuns, a todos, como problema financeiro, sentimental, etc., o jovem tem, pelo menos, êsses dois que lhe são específicos.

Ora, nesse estado de espírito o estudante encontra, infelizmente, em grande parte da imprensa, falada e escrita, e até mesmo em programas de televisão, divulgações sobre o uso de entorpecentes, de tal maneira mal orientadas que chegam a causar indignação, tal a propaganda e incitamento que acabam por fazer. Chegamos a ouvir de vários jovens o reclamo de que "todos andam pregando contra os menores viciados, mas as propagandas só ensinam e insinuam como experimentar as drogas".

Realmente, a preocupação comercial do IBOPE, do sensacionalismo do momento, por parte de alguns, é, inquestionavelmente pernicioso, e requer urgente iniciativa das autoridades competentes e dos próprios meios de divul-

gação, através de um código de ética e limitações impostas por uma censura especializada e cuidadosa.

Não bastam as novas legislações e o aperfeiçoamento do Sistema de Execução Criminal. É preciso a colaboração de todos: das Autoridades, dos Pais e da Sociedade. Mais vale prevenir que remediar.

5. É mister ainda, que se divulgue objetivamente, sem explorações sensacionalistas paralelas, os verdadeiros malefícios do uso dos tóxicos, não somente no tocante à saúde, até com acidentes mortais, e ainda as conseqüências que afetam o enfraquecimento da própria família, a corrupção dos costumes, a rebeldia contra o mundo, a angústia, e por final, a ida ao banco dos réus, às grades de uma prisão, com cenas que estamos vendo quase diariamente: réus jovens, chorando, arrependidos, diante do juiz, e os respectivos pais, arrasados e nos pedindo uma oportunidade para os filhos arrancados de um momento para outro, do seio da Sociedade, e levados às prisões, em crime inafiançável que é. Há muita ignorância quanto aos reais perigos.

Os pais, grandes responsáveis, deveriam ser mais orientados, para saberm também das conseqüências do uso das substâncias entorpecentes e ainda terem condições para observar os filhos e saberem como é fácil descobrir se estão usando drogas, não só através da expressão do rosto, do comportamento e manifestações anormais, como pela dilatação ou contração das pupilas etc. Em alguns países, essa divulgação já é feita por publicações oficiais.

6. EM RESUMO:

Os vários aspectos que apontamos servem para dar uma pequena visão do problema e concluímos que o viciado deve ser tratado com complacência relativa, no sentido da recuperação, pois ele é elemento perigoso porque dissemina o vício e estimula o tráfico. É comum traficantes utilizarem jovens viciados para serem seus revendedores. Não são simples palavras, mas constatações que temos tido como Juiz.

Destarte, a pena é uma necessidade não só para o comércio e para uso de entorpecentes, como para qualquer espécie de crime, pela ameaça que ela representa. A coação psicológica está no campo da *prevenção geral*. Não se deve castigar, mas é mister que se diga com ANIBAL BRUNO, que o fim da pena é a defesa social pela proteção de bens jurídicos considerados essenciais à manutenção da convivência, sendo este o fim mesmo do Direito Penal, cujo instrumento para atingi-lo é a pena.

Significa isso, que deve haver sempre uma pena para o viciado, pois qualquer outra medida de sentimentalismo é estímulo ao vício, é incentivo a um traficante em potencial, quando já não o é dissimuladamente.

É mister que o Legislador tenha sempre em mente que um dos caracteres da lei é a *generalidade*. Ela se destina a todos os cidadãos. Da mesma forma que se deve evitar o excesso de rigor no trato de determinados delitos, é de boa norma também, que não se caia no exagerado sentimentalismo anti-social e o viciado se sinta por demais protegido e estimulado, e como alguns, passe por viciado para viver da traficância. Em muitos casos, temos

tomado depoimento de menores (16 e 17 anos) como testemunhas em processos com maiores, e essas testemunhas, excluídas que foram da autuação face à menoridade, sabedoras da relativa impunidade por que gozam, confessam clinicamente que são viciados e traficantes, quase sempre para tentar diminuir ou tirar a responsabilidade do Réu.

A orientação aos pais deve ser imediata e severa. A maioria, como é natural, está usando o coração e não a razão. Quando o filho é pilhado no vício ou no tráfico, mesmo sabendo da realidade, procuram não acreditar, aceitando a palavra do ente querido, apoiando-o psicologicamente na continuidade do crime.

Destarte, se faz necessária a urgente ação da Autoridade, no sentido de mais policiamento em assuntos tais e criação imediata de uma censura especializada, porquanto, na verdade, todos estão assistindo ou ouvindo, diariamente, programas onde as pessoas no teatro, no rádio e na televisão, imitam usando os gestos, as expressões e tudo mais dos viciados, só faltando a exaltação completa. Os jovens e até muitos adultos aí estão, ávidos para novas emoções, caindo no vício, já de mãos dadas com o crime. PARA QUE O MAU TRIUNFE, BASTA QUE O HOMEM DE BEM CRUZE OS BRAÇOS.

Evidentemente, partimos do pressuposto de que a maioria dos chamados viciados, o são no sentido de se servirem da droga, dos tóxicos, com o objetivo de se sentirem num mundo fantasioso, tenham estímulos, etc., com resultados para o bem ou para o mal, da mesma forma daqueles que se utilizam da bebida alcoólica objetivando idêntico fim. Ambos são prejudiciais e não se deve fazer muita comparação no âmbito da tolerância. Se a hipótese é de tratamento médico, naturalmente deverá ser feito através do Sistema de Execução Penal, com a presença de especialistas, se bem que, nos casos de verdadeiras lesões, nem mesmo a psiquiatria consegue dar jeito.

O que se objetiva aqui é o caso brasileiro, com suas peculiaridades próprias e do momento, onde mais de 90% dos flagrantes por tráfico ou uso de drogas, são de "maconha". Os que se utilizam dessa erva são os mesmos que já tinham tendência para o fumo e bebidas alcoólicas e, o próximo caminho a trilhar seria o da procura da morfina, heroína, etc., tóxicos mortais, dependendo da ação e infiltração dos traficantes.

Parece uma incoerência querer punir o viciado ou muitos chamados "viciados", mas na verdade o legislador tem que ser objetivo diante de nossa realidade, pois do contrário estaria estimulando o vício, chamando-o de *doença* e colocando o agente em uma posição psicológica cômoda, pois tantos outros procuram essa "doença".

O problema não pode ser deixado a critério de particulares, onde o interesse econômico pode estar sempre presente, bastando que se veja no tocante ao álcool, os constantes festivais da cerveja, com prêmios e estímulos à bebedeira, fazendo dia a dia mais e mais afeiçoados em busca do estímulo e do falso paraíso das delícias, aumentando e abarrotando cada vez mais os setores psiquiátricos dos hospitais. Libere a "maconha" para se ver.

Com relação a qualquer tóxico os efeitos variam de indivíduo para indivíduo e estão eles quase sempre ligados à violência e ao crime, sobretudo quando, para obtenção da droga, somente o crime lhe propicia meios econômicos.

A "maconha", em que pese opiniões várias, é considerada substância entorpecente. Pode não ser tóxico dos mais violentos, mas experiências têm demonstrado que pelo menos um de seus elementos (T.H.C.) é alucinógeno, sendo certo que nossa legislação penal assim a considera.

Esperamos que Deus realmente seja brasileiro, para evitar que os grandes traficantes internacionais do ópio, da morfina e de seu subproduto que é a heroína, não encontrem no Brasil o paraíso de seus lucros corruptores, pois não temos ainda, condições econômicas para combater ou neutralizar o tráfico e o vício, através do barateamento do narcótico ou mesmo torná-lo gratuito, conforme experiência do governo inglês, com medidas que possam eliminar a oferta dos traficantes pela falta da procura, em termos comerciais.

Nem mesmo os E.E.U.U. conseguiram comprar a safra de papoula da Turquia, conforme recentemente pretendeu o presidente Nixon, através de um emissário. Responsáveis autoridades americanas têm declarado que morreram mais jovens no ano de 1970, em consequência da heroína, que nas batalhas do Vietnam e que essa droga é responsável por 50% dos crimes.

O certo, é que o Brasil de nosso tempo tem tomado medidas originais no campo político e no econômico, próprios e peculiares às suas necessidades do momento, com sucesso, aproveitando-se da experiência e também dos erros de outras nações. Por que não fazer o mesmo com relação ao combate ao tráfico e uso de tóxicos?

ASPECTOS DO RECURSO DE OFÍCIO (EM MATÉRIA PENAL)

HORTÊNCIO CATUNDA DE MEDEIROS

SUMÁRIO: 1) *Conceito*. 2) *Fundamentos*. 3) *O chamado "recurso obrigatório"*. 4) *Natureza jurídica*. 5) *Abolição*.

1) "Chama-se recurso de ofício aquêle em que a devolução à superior instância se opera por ato do juiz" (JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. IV, 1.^a ed., Forense, Rio, 1965, pág. 317).

Ou de modo mais explícito: *recurso "ex officio" é o recurso hierárquico interposto (formalmente) pelo próprio órgão da jurisdição que prolatou a sentença recorrida*.

É, portanto, recurso de órgão inferior para órgão superior. Não existe fora do sistema da pluralidade de instâncias.

Inconcebível, portanto, a figura do recurso de retratação *ex officio*.

O recurso de ofício, recurso *sui generis*, é interposto (formalmente) pelo próprio órgão da jurisdição que prolatou a sentença recorrida.

Esta é, aliás, sua característica fundamental.

Verifica-se, na hipótese, insólito deslocamento do eixo da atividade propulsora do recurso: em vez da atuação normal da parte vencida, aparece a atuação anormal do juiz.

Trata-se de "idiotice" ou "esquisitice" do direito brasileiro, sem similar nos ordenamentos jurídicos alienígenas (salvo o lusitano, que também conheceu êsse estranho recurso).

Note-se, porém: a mencionada "irracionalidade" é perfeitamente explicável. De fato: quando o órgão da jurisdição manifesta o recurso *ex officio*, não o faz como parte — agindo *nomine proprio*, na defesa de direito seu, ou de outrem (substituto processual) — mas apenas de modo formal, *id est*, pela prática de ato puramente mecânico, substituindo, assim, a atividade do interessado por sua própria atividade.

Destarte, embora o recurso *ex officio* manifeste-se, aparentemente, como ato do juiz, concretiza-se, na realidade, isto é, *substancialmente*, como ato da própria parte interessada.

Constituiria, aliás, autêntica *contradictio in terminus*, absurdo sem nome, admitir-se a figura dum julgador que impugnasse a própria decisão; ou, então — o que seria ainda mais contrário à natureza das coisas — conceber-se um juízo no qual determinado indivíduo exercesse, ao mesmo tempo, as funções de sujeito parcial e de órgão judicante.

2) Dois são — como se sabe — os fundamentos do recurso “*ex officio*”: a defesa de certos interesses de ordem pública; e a falta de confiança do Estado nos órgãos encarregados da defesa desses interesses.

Tendo em vista a relevância de determinados interesses, considera-se que não seria possível postergá-los, submetendo-os, tão somente, à apreciação de um único grau jurisdicional. Pelo contrário, convém devolvê-los, em caso de sucumbência, ao exame da instância superior.

Por outro lado, sendo o órgão do M.P. simples parte formal (sem direito próprio a defender em juízo), é bem possível que — por desídia, comodismo, ou outro motivo — seja induzido a se conformar, até mesmo sistematicamente, com a decisão que contrarie tais interesses.

Instituiu-se, destarte, o recurso de ofício, para suprir as deficiências do M. P. e remover-lhe a inércia.

A propósito, adverte PEDRO PALMEIRA: “Tudo indica que, não obstante a mais ou menos perfeita organização do Ministério Público nacional, cuja principal atribuição é velar pela rigorosa e exata aplicação da lei, não deposita o Estado nos seus órgãos a necessária confiança, como seria de desejar” (*Da Sistemática dos Recursos nos Códigos de Processo Civil do Brasil e de Portugal*, Livraria Freitas Bastos, S. A., Rio de Janeiro, 1964, pág. 22).

3) Considere-se, agora, certa modalidade de recurso *ex officio*: o chamado “recurso obrigatório” (também denominado “recurso necessário”).

O recurso de ofício tanto pode ser “obrigatório” como “facultativo”; a opção é do Legislador.

“Obrigatório”, quando estabelecido como uma constante.

“Facultativo”, quando deixado ao alvedrio do órgão jurisdicional.

Por conseguinte, todo “recurso obrigatório” é recurso de ofício; a recíproca, porém, não é verdadeira: pode haver recurso *ex officio* meramente “facultativo”.

No que concerne a este ponto, esclarece FREDERICO MARQUES: “Atualmente, todos os recursos de ofício são de caráter necessário. Nosso processo penal já conheceu, no entanto, recursos *ex officio* de natureza facultativa” (ob. cit., pág. 317). Havia, outrora — obtempera — “a apelação *ex officio* que se dava ao presidente do Tribunal do Júri, sem esse caráter (obrigatório)”. (Ob. cit., pág. 193). “Tratava-se de recurso “que a lei confiava ao zelo do juiz” (FIRMINO WHITAKER, *Júri*, 6.^a edição, 1930, pág. 226)” (ob. cit., pág. cit., nt. 2).

Outro ex. de FREDERICO MARQUES:

“A Constituição de 1937, à maneira do que se continha nos textos constitucionais anteriores, desde a reforma de 1926, consagra forma especial de recurso de ofício, no art. 101, parág. único, contra decisões denegatórias de *habeas corpus*, assim dizendo: “Nos casos do n.º II, n.º 2, letra b, poderá o recurso também ser interposto pelo presidente de qualquer dos Tribunais ou pelo Ministério Público. Esse ato do presidente do tribunal, denominado de recurso, embora *ex officio*, não tinha o caráter de necessário” (ob. cit., pág. 193).

A mencionada “obrigatoriedade” não é, portanto, requisito necessário à conceituação do recurso de ofício.

4) Para a maioria dos doutrinadores, não tem o recurso de ofício — especialmente o “obrigatório” — natureza recursal.

FREDERICO MARQUES, *per tutti* — chamando BUZAID à colação — manifesta-se, nesse sentido, de modo peremptório: “É êle (o recurso de ofício), antes, um *quase-recurso*, pois o reexame, na jurisdição superior, se efetua *ex vi legis*. Há, aí, uma ordem de devolução imposta pela lei (...), e não remédio recursal: só se compreende êste, quando o interessado declara a sua inconformidade com a decisão e pede ao Juízo *ad quem* a reforma total ou parcial da sentença que lhe trouxe gravame e prejuízo” (ob. cit., pág. 317).

Não é, todavia, de admitir-se quejanda tese.

Por mais paradoxal que pareça, não possui a *oficialidade* o talento de alterar a natureza do recurso, transmudando-o em instituto diferente; aliás, nem mesmo a referida “obrigatoriedade” contraria o princípio da autonomia da vontade, ínsito à via recursal, como categoria jurídica.

Explica-se, facilmente, a asserção: é que o “recurso necessário” representa *per se* (*ex vi legis*), o latente interêsse de recorrer do Estado — administração. Êste, como parte interessada, jamais se encontra tolhido na sua liberdade de recorrer, quando interpõe semelhante recurso (embora o faça através de órgão estranho, *id est*, do Estado — Juiz).

Observe-se apenas o seguinte: enquanto no *soi-disant* “recurso obrigatório”, essa *voluntariedade* é permanente e automática, no recurso de ofício, dito “facultativo”, tudo depende do eventual querer do órgão judicante, incumbido de atuar.

Extrai-se do exposto uma constatação. Esta: não faz sentido a classificação tradicional dos recursos em “voluntários” e “obrigatórios”: todos os recursos são *voluntários* e sòmente *voluntários*.

5) Atente-se, afinal, para um último tópico: o problema da *abolição do recurso “ex officio”*.

Não cabe criticar aqui o instituto, por retrógado ou avançado, útil ou inútil.

Sua abolição é, aliás, basicamente, problema de política legislativa.

O recurso *ex officio* tem sido acolhido pelo processo penal pátrio. FREDERICO MARQUES menciona os seguintes casos: “os consignados nos arts. 574, ns. I e II, e 746 do Cód. de Proc. Penal, e aquêles previstos nos arts. 7.º e 23, n.º V, da lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951” (ob. cit., pág. 190). (A lista não está completa. Cite-se, ainda, a hipótese do art. 411, do mencionado Cód.).

Mas o Anteprojeto Tornaghi o suprime, conforme se vê do art. 704 — que ostenta como rubrica lateral a palavra “*Voluntariedade*”:

“Art. 704. Todos os recursos são voluntários, não havendo nenhum de ofício.”

(Assinale-se, apenas, a superfluidade dêsse dispositivo. Realmente: se o esboço em causa se transformasse em lei, o caráter oficial do recurso poderia ser eliminado mediante simples omissão. Perfeitamente cabível, *in casu*, o expediente técnico da emenda supressiva.

E mais: a ser aceito o mencionado artigo, a palavra "*Voluntariedade*" deveria ser substituída por "*Oficialidade*", tendo em vista razões já expendidas).

O Anteprojeto Frederico Marques, por seu turno, estruturado nos moldes rígidos do sistema acusatório, declara que aboliu, "de vez, todo e qualquer procedimento *ex officio* (cfr. Exp. Mot., 1).

Nos termos expressos desse projeto de estatuto processual, a via de recurso pode ser usada apenas "pelo Ministério Público, ou pelo querelante, pelo réu ou pelo ofendido" (art. 591, cabeça).

Em suas *Instituições de Direito Processual Civil*, todavia, mostra-se FREDERICO MARQUES favorável à manutenção do recurso de ofício:

"A nosso ver, o recurso de ofício é instituto que se prende ao nosso sistema de Juízos mocráticos em primeira instância. É êle instrumento eficaz para evitar conluios pouco decentes entre juízes fracos e indignos desse nome e funcionários relapsos da administração pública. É ainda meio e modo para suprir a ação, nem sempre eficaz e enérgica do Ministério Público, em processos em que lhe está afeta a tutela ativa e militante de interesses indisponíveis" (vol. IV, 3.^a ed., Forense, Rio, 1969, pág. 282).

O futuro do instituto depende da reforma da legislação pátria, ora em curso.

ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA NO PROCESSO DOS CRIMES A QUE SE REFERE A LEI N.º 4.611, DE 2 DE ABRIL DE 1965

ARION SAYÃO ROMITA

Do Ministério Público do Estado
da Guanabara

SUMÁRIO: 1 — Introdução. 2 — Constitucionalidade da lei. 3 — Concessão de *habeas corpus* ao acusado. 4 — Interrogatório e julgamento. 5 — Arquivamento. 6 — Anulação e absolvição da instância. 7 — Rejeição da portaria ou do auto de prisão em flagrante. 8 — Absolvição sumária.

1. Estendendo ao processo dos crimes de homicídio culposo e de lesões corporais culposas o rito sumário do procedimento *ex officio*, a Lei n.º 4.611, de 2 de abril de 1965, sofreu justas críticas dos doutos.

Assim se expressou WEBER MARTINS BATISTA: “apontada como a primeira resposta séria ao crucial problema da multiplicação infundável dos processos criminais (*omissis*), acabou, ao nosso ver, cooperando para o seu agravamento. As autoridades policiais têm acumulado o fóro com um número de procedimentos inviáveis no nascedouro, muito dos quais instaurados até mesmo na ausência de fato típico, como são exemplo os casos de auto-lesão culposa, encontrados menos raramente do que seria de esperar”. (1)

O Anteprojeto de Código de Processo Penal de autoria do Professor HÉLIO TORNAGHI conserva a ação penal iniciada mediante portaria ou auto de prisão em flagrante: Art. 565 — Nos casos de infração não punida, ainda que alternativamente, com pena de reclusão, se não houver prisão em flagrante, o processo será iniciado mediante portaria da autoridade policial ou do juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público. Art. 572 — Nos casos de infração a que não fôr cominada, ainda que alternativamente, pena de reclusão, havendo prisão em flagrante, será o réu apresentado ao juiz competente, juntamente com as testemunhas do fato. (2)

Por tal motivo, o Anteprojeto TORNAGHI sofreu reparos de SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA: “ora, com relação aos crimes, tal resquício inquisitorial

(1) WEBER MARTINS BATISTA, *O Problema do Arquivamento na Lei n.º 4.611, de 2 de abril de 1965*, in *Rev. Jur. do Trib. Just. do Est. da Guanabara* (RJTJEG), 19/54.

(2) Diário Oficial da União, suplemento ao n.º 167, de 3-9-1965.

não mais se justifica. Nem mesmo a maior celeridade processual pode explicar tal anacronismo. Sabem muito bem aquêles que labutam no Fôro, que, pelo contrário, como não há possibilidade de arquivamento, tais processos só terminam com a sentença final, sobrecarregando as Varas". (3)

Também LUIZ EDUARDO RABELLO se mostra contrário à extensão do rito sumário ao processo dos crimes a que se refere a Lei n.º 4.611: "lamentavelmente (*omissis*), foi estendido o rito sumário de procedimento *ex officio*, que, a princípio, era somente para as contravenções penais, agora, também, para os crimes culposos." E explica, mostrando os inconvenientes gerados pela citada lei: "tal procedimento, que deveria ser banido da lei processual por ferir o princípio *ne procedat iudex ex officio*, mais uma vez ganhou força, atingindo, agora, os crimes culposos, nos quais, em tese, estão os acidentes de trânsito, infelizmente, hoje tão numerosos, tendo constituído no ano próximo passado a metade dos processos em andamento neste Juízo". (4)

O Anteprojeto de Código de Processo Penal de autoria do Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES baniu o procedimento *ex-officio*: Art. 7.º — Não se admite procedimento criminal *ex officio*. A relação processual penal, para constituir-se, depende sempre de acusação do Ministério Público, nos crimes de ação penal pública, ou do ofendido, quando se tratar de ação penal privada.

Esclarece a Exposição de Motivos: "a tutela penal deve ficar a cargo do Ministério Público, e a defesa do direito de liberdade ao acusado e seu patrono. Ao juiz cumpre aplicar imparcialmente a lei penal. Atendeu-se, por isso, no anteprojeto, sem restrições, não só ao princípio de que *ne procedat iudex ex officio*, como ainda ao da proibição do julgamento *ultra petita*". (5)

Enquanto estiver em vigor, a Lei n.º 4.611 continuará gerando problemas, como os denunciados por WEBER MARTINS BATISTA: "como se sabe, aquela lei mandou aplicar aos crimes dos arts. 121, § 3.º, e 129, § 6.º, do Código Penal o rito procedimental previsto para as contravenções. Em decorrência, viram-se os juizes das grandes cidades, de uma hora para outra, em face de um problema de proporções sérias: uma porcentagem muito grande dos chamados "delitos do automóvel" — compreendidos naquelas disposições de lei — chegados às Varas, se compõe de procedimentos absolutamente inviáveis, ora por inexistência de qualquer prova contra o acusado (já esgotada, praticamente, tôda a prova da acusação), ora por estar provada, sem sombra de dúvida, que não agiu êle com culpa; ou, o que parece absurdo, mas é bastante freqüente, porque o fato atribuído ao indiciado é penalmente atípico". (6)

(3) SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *Algumas Sugestões para a Reforma do Código de Processo Penal*, in *Rev. de Direito do Ministério Público do Est. da Guanabara*. (RDMPEG), 3/29.

(4) LUIZ EDUARDO RABELLO, *Lesões Corporais Culposas. Processo Sumário. Habeas Corpus de Ofício*, in RDMPEG, 10/191.

(5) Diário Oficial da União, suplemento ao n.º 118, de 29-6-1970.

(6) WEBER MARTINS BATISTA, *O Saneamento no Processo Penal*, Rio de Janeiro, 1971, pág. 49. Na lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES, "a pretensão punitiva que se contém na acusação deve ter a sua razão, ou fundamento. Os fatos em que se esteia o pedido acusatório constituem, segundo a termino-

Nestes casos, ainda nas palavras de WEBER MARTINS BATISTA: “os incômodos, os vexames decorrentes do processo penal são inegáveis e constituem graves sofrimentos. Atinge êle, profundamente, o *status dignitatis* do acusado”. (7) Com razão, assevera o jurista citado que “o mínimo de respeito pelos direitos supra-estatais de liberdade e de dignidade das pessoas impõe que o juiz exerça o contróle jurisdicional prévio do procedimento, ao recebê-lo da autoridade policial”. (8) Inegável é a tendência atual no sentido de se mitigar o rigor processual na repressão dos chamados delitos do automóvel; reza o art. 123 da Lei n.º 5.108, de 21-9-1966 (Código Nacional de Trânsito): ao condutor de veículo, nos casos de acidente de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar *socorro pronto* e integral àquela. Acrescente-se a observação de SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA: “não é justo que, com relação a infrações mais graves, haja possibilidade de arquivamento, enquanto, no tocante às de menor importância, o réu tenha de ser forçosamente processado”. (9)

Todos concordam com a necessidade de se evitar o prosseguimento do processo até a sentença final, nos casos acima indicados. Explica WEBER MARTINS BATISTA: “todos os juizes acharam que nestes casos (*omissis*) era absurda a idéia de levar o procedimento, normalmente, até o fim, com o que se puniria, injustamente, o acusado. Dissentiram, no entanto, na solução a seguir”. (10)

Realmente, pesquisando-se as soluções alvitradas, podem ser citadas as seguintes: 1.^a) — inconstitucionalidade da Lei n.º 4.611; 2.^a) — concessão de *habeas corpus* ao acusado; 3.^a) — interrogatório e julgamento imediato; 4.^a) — arquivamento do feito; 5.^a) — anulação e absolvição da instância 6.^a) — rejeição da portaria ou do auto de prisão em flagrante.

2. Para alguns, a Lei n.º 4.611 seria inconstitucional, já diante da Constituição de 1946. Dispunha o art. 141, § 27, da Carta Magna citada: ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma da lei anterior. O argumento está sintetizado na lição de WEBER MARTINS BATISTA: “o processo e julgamento da pretensão punitiva, por afetar substancialmente o *ius libertatis*, devem correr perante o juiz competente, que é tão-sòmente o órgão do Estado investido de jurisdição. Quem diz juiz natural, diz juiz constitucional (*omissis*) e nem a Constituição de 1946 nem a atual atribuiu à autoridade policial funções jurisdicionais de processo e julgamento

logia de LEO ROSEMBERG, no processo civil, a base empírica da pretensão. Êles são o antecedente do pedido, ligando-se, uns e outros elementos, pela convenção normativa do preceito jurídico aplicável. Pretensão sem fundamento é afirmação inerte e inútil, como o disse CARNELUTTI” (*Elementos de Direito Processual Penal*, II, Rio de Janeiro, pág. 156).

(7) WEBER MARTINS BATISTA, *O Problema do Arquivamento*, etc., cit., RJTJEG, 19/60.

(8) WEBER MARTINS BATISTA, id., 19/61.

(9) SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *Algumas Sugestões*, etc., cit., RDMPEG, 3/29.

(10) WEBER MARTINS BATISTA, *O Saneamento*, cit., pág. 49.

de quem quer que seja, razão por que seria inconstitucional a lei que assim o fizesse". (11)

O mesmo jurista repele a tese da inconstitucionalidade: "a Lei n.º 4.611 não é inconstitucional porque, enquanto corre perante a autoridade policial, o procedimento não passa de instrução não processual, de caráter contraditório". (12)

Mas o verdadeiro motivo está na lição de EPAMINONDAS PONTES: "quando o art. 26 do Código de Processo Penal estabelece que nas contravenções a ação penal será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial, está excluindo o inquérito policial. E está igualando o juiz ao delegado de polícia". (13) Esclarece o jurista: "está na Constituição Federal que notícia do auto de prisão em flagrante seja dada, imediatamente, a um juiz togado, que é o verdadeiro juiz natural do indiciado. Mas isto não significa não seja o delegado o primeiro juiz natural do suspeito, apenas, *agindo êle como juiz delegado*" (o grifo não é do original). E adiante, insistindo na tese relativa à função exercida pelo delegado de polícia: "é que tem êle, também, na essencialidade de sua função, clara afinidade com o Ministério Público, dando o primeiro impulso ao processo. Veja-se que exerce função de polícia judiciária. E ela é polícia tanto quanto é Ministério Público e é judiciária tanto quanto é função auxiliar de juízo". Sustenta que "êle é delegado do poder judiciário quando inicia as ações penais exercendo a chamada polícia repressiva ou judiciária, tendo, então, sua atividade regulada pelo Código de Processo Penal e leis penais extravagantes". E arremata, afirmando ser o delegado competente para processar: "e competente para processar também é o delegado, segundo o Código de Processo Penal. Tanto que processa. Não pudesse processar, por força da atual Constituição Federal, e o processo policial, irremediavelmente, teria que ser reproduzido em juízo ou não poderia servir de base à sentença". (14)

Não é inconstitucional, portanto, a Lei n.º 4.611. Tribunal algum jamais declarou inconstitucional essa lei.

3. Para LUIZ EDUARDO RABELLO, "a solução para tais casos se encontra no próprio Código de Processo Penal, em seu art. 654, § 2.º, que estabelece o seguinte: os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus* quando, no curso do processo, verificarem que alguém sofreu ou está na iminência de sofrer coação ilegal". (15) Caberia ao juiz expedir ordem de *habeas corpus*, com fundamento no art. 648, I, do Código

(11) WEBER MARTINS BATISTA, *O Problema do Arquivamento*, etc., cit., RJTJEG, 19/57.

(12) WEBER MARTINS BATISTA, *id.*, 19/57.

(13) EPAMINONDAS PONTES, *O Arquivamento do Processo na Lei n.º 4.611, de 1965*, in RJTJEG, 21/27.

(14) EPAMINONDAS PONTES, *O Arquivamento*, etc., cit., RJTJEG, 21/30, 31, 32 e 34.

(15) LUIZ EDUARDO RABELLO, *Lesões Corporais Culposas*, etc., cit., RDMPEG, 10/191.

de Processo Penal (a coação considerar-se-á ilegal quando não houver justa causa).

Escreve o jurista: “com efeito, muito embora provadas, em muitos casos, a autoria e a materialidade do evento, não chega a constituir crime por lhe faltar a caracterização, por lhe faltar o elemento constitutivo da culpa e, assim, não havendo crime a punir, não há justa causa para o processo penal”. (16)

A solução em aprêço merece os aplausos de EPAMINONDAS PONTES: “nas hipóteses em que o juiz rejeitaria a denúncia, pelas ilegalidades enumeradas no art. 43 do Código de Processo Penal, caberá ao juiz, no processo sumário, a concessão de *habeas corpus* de ofício previsto no art. 654, § 2.º, do Código”. (17)

Mas tem procedência a crítica de WEBER MARTINS BATISTA: “a solução, no entanto, não é feliz. Como lembra COSTA MANSO, nenhum juiz pode conceder *habeas corpus* contra ato do próprio juízo. A ordem só tem cabimento quando a coação provém de autoridade diversa daquela que tem o processo sob sua direção, pois seria totalmente ilógico que o juiz ordenasse a medida a si próprio”. E mais: “a medida é, ainda, desnecessária. Se o juiz entende ilegal a coação, na hipótese em que concede o *habeas corpus*, basta revogar o ato que a determina”. (18)

EPAMINONDAS PONTES tenta refutar o argumento: “é evidente que o juiz que liberta não é a autoridade que coage mal. A coação ilegal decorre do processo e este existe, com as características que assumiu, até que o juiz o anule pelo *habeas corpus*. A coação é exercida pela autoridade que inicia o processo”. (19)

Improcede a objeção. Não é do processo que decorre a coação. Esta é sempre exercida por alguém (Código de Processo Penal, art. 654, § 1.º, *a in fine*). Se quem exerce a coação é “a autoridade que inicia o processo”, ela é, no fundo, exercida pelo próprio juiz, uma vez que a autoridade policial age por delegação judicial, tal como ensina EPAMINONDAS PONTES, conforme se viu acima.

Descabe a concessão de *habeas corpus*. Nenhuma inovação introduziu o art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, ao contemplar o *habeas corpus* de ofício. Antes, “é a tradição do nosso processo, que se vê mantida, portanto, no art. 654, § 2.º”, segundo a lição de EDUARDO ESPÍNOLA FILHO. (20) Realmente, lia-se no art. 344 do Código de Processo Criminal do Império (1832): independentemente de petição, qualquer juiz pode fazer passar uma ordem de *habeas corpus ex officio*, tôdas as vêzes que no curso de um processo chegue ao seu conhecimento por prova de documentos ou ao menos de uma testemunha jurada, que algum cidadão, oficial de justiça ou autoridade pública, tem ilegalmente alguém sob sua guarda ou detenção. Nos têrmos do art. 48 do Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, independentemente de

(16) LUIZ EDUARDO RABELLO, *ob. cit.*, 10/192.

(17) EPAMINONDAS PONTES, *O Arquivamento*, cit., RJTJEG 21/29.

(18) WEBER MARTINS BATISTA, *O Saneamento*, cit., pág. 50.

(19) EPAMINONDAS PONTES, *O Arquivamento*, cit., RJTJEG 21/36.

(20) EDUARDO ESPÍNOLA, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, VI Rio de Janeiro, 1944, pág. 403.

petição, qualquer juiz ou tribunal federal pode fazer passar uma ordem de *habeas corpus ex officio* tôdas as vêzes que no curso de um processo chegue ao seu conhecimento, por prova instrumental ou ao menos deposição de uma testemunha maior de exceção que algum cidadão, oficial de justiça ou autoridade pública tem ilegalmente alguém sob sua guarda ou detenção.

A expedição de ordem de *habeas corpus*, prevista pelo § 2.º do art. 654 do Código de Processo Penal, supõe seja a coação exercida por outra pessoa que não o juiz ao qual está afeto o processo. Ressalva-se, é evidente, a competência do tribunal de segunda instância. Mas ao juiz de primeiro grau é defeso conceder *habeas corpus*, pois expediria a ordem contra si próprio.

4. Informa WEBER MARTINS BATISTA, referindo-se a juizes, que “alguns entendem de realizar o julgamento do acusado, para absolvê-lo, no próprio dia do interrogatório, marcando em pauta especial, com o que se pretendia livrá-lo, o mais depressa possível, dos vexames e dos gastos do processo”. Ele próprio mostra a inoportunidade da providência: “a solução, com não enfrentar o problema jurídico, apresentou sérios inconvenientes práticos, dado que o despacho “A interrogatório e julgamento” implicava em prejulgamento do caso, de desastrosas conseqüências... financeiras”. (21)

5. Partindo do pressuposto de que, “ao receber o juiz os autos da autoridade policial, ainda não existe relação processual, instaurada não está a instância”, WEBER MARTINS BATISTA sustenta que “a situação é análoga à do procedimento comum, na ocasião em que o juiz recebe os autos de inquérito policial, e sendo assim, é possível seu arquivamento, pois o Processo Penal acolhe, expressamente, a analogia (Código de Processo Penal, art. 3.º)”. (22)

Distingue WEBER MARTINS BATISTA três casos: 1.º — o fato narrado é penalmente atípico (ex.: autolesão culposa); 2.º — há prova de que o indiciado não agiu culposamente; 3.º — não há prova contra o indiciado. Nos dois primeiros casos, impõe-se o arquivamento do feito. “No primeiro, por impossibilidade jurídica do pedido. Inexistindo a figura típica da autolesão, o fato narrado não constitui crime (Código de Processo Penal, art. 43, I). No segundo, porque, colhida tôda a prova de acusação, demonstrado, irretorquivelmente, que o indiciado não agiu com a menor parcela de culpa no evento, devendo-se êste, tão-sòmente, à imprudência da vítima, falece legítimo interêsse ao Estado para prosseguir no feito... (idem, art. 43, III). O terceiro caso, o da falta de provas contra o indiciado, é que poderá oferecer alguma dúvida. Geralmente, os arquivamentos são determinados quando, sendo esta falta irremediável, as lesões sofridas são levíssimas (pela consideração de que *de minimis non curat praetor*) ou foram produzidas em membros da família do próprio autor (já punido, de certa forma). Inexiste

(21) WEBER MARTINS BATISTA, *O Sancamento*, etc., cit., pág. 49.

(22) WEBER MARTINS BATISTA, *O Problema do Arquivamento*, etc., cit., in RJTJEG 19/57 e 58.

aqui, do mesmo modo, legítimo interesse para prosseguir no feito, que se mostra absolutamente inviável". A solução é, sempre, o arquivamento. (23)

Opondo-se a essa tese, EPAMINONDAS PONTES mostra que "de arquivamento da ação penal em exame por analogia com o inquérito policial não se pode cogitar, primeiro, porque há lei aplicável (o Ministério Público não pode desistir da ação penal) e, segundo, porque o arquivamento (*omissis*) seria providência contra o réu". (24) Também LUIZ EDUARDO RABELLO afirma "a impossibilidade de requerer o arquivamento de tais processos por incabível tal pedido em ação penal já em andamento e por não poder o Promotor Público desistir de ação penal já intentada". (25)

EPAMINONDAS PONTES assim explicita seus argumentos: "a lei só prevê arquivamento para inquérito policial e ação penal que se inicia na polícia não é inquérito nem é a ele equiparável, simplesmente por ser o que a lei e a doutrina, destacadamente, denominam de ação penal". Isto, enquanto ao primeiro argumento, porque, relativamente ao segundo, é o arquivamento "do ponto-de-vista do interesse verdadeiro do réu, indesejável e ilegal". Realmente, "segundo o art. 18 do Código de Processo Penal, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícias. Dêsse modo, vê-se que o arquivamento não é julgamento, não extingue a possibilidade de ser o indiciado novamente perseguido em juízo pelo mesmo fato. Julgado por sentença com provas deficientes, o processo jamais será reaberto (*omissis*). Como é sabido, as nossas leis não consagram a revisão contra o réu". (26)

Sem dúvida, nos termos do art. 26 do Código de Processo Penal, a ação penal se inicia com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria. Não tem cabimento, portanto, *arquivar ação penal*. O feito, uma vez iniciado, deve findar *por sentença*.

6. Outras soluções alvitradas seriam a absolvição do réu da instância e a anulação do processo.

Fiel à tese de que "quando o juiz recebe o procedimento da polícia, ainda não está instaurada a instância, o que só ocorrerá com a notificação do acusado para o interrogatório, se se der prosseguimento ao feito" (27), WEBER MARTINS BATISTA escreve que "não cabe ao juiz absolver o réu da instância, simplesmente porque ainda não existia instância, nem anular *ab initio* o processo, pela mesma razão de inexistir processo em sentido estrito". (28)

Tal construção jurídica não se compadece com a regra contida no art. 26 do Código de Processo Penal. Entretanto, a lei processual penal não permite seja o réu absolvido da instância nem a anulação do feito encontra amparo no art. 564 do Código de Processo Penal.

(23) WEBER MARTINS BATISTA, *id.*, RJTJEG 19/62.

(24) EPAMINONDAS PONTES, *O Arquivamento*, etc., cit., RJTJEG 21/34.

(25) LUIZ EDUARDO RABELLO, *Lesões corporais*, cit., RDMPEG 10/191.

(26) EPAMINONDAS PONTES, *O Arquivamento*, etc., RJTJEG 21/25 e 26.

(27) WEBER MARTINS BATISTA, *O Saneamento*, etc., cit., pág. 51.

(28) WEBER MARTINS BATISTA, *O Problema do Arquivamento*, etc., cit., RJTJEG 19/58.

7. Para alguns juristas, a solução do problema está na aplicação analógica do art. 43 do Código de Processo Penal: a denúncia ou queixa será rejeitada quando: I — o fato narrado evidentemente não constituir crime; II — já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III — fôr manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. A analogia é expressamente admitida pelo art. 3.º do mesmo código: a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Assim como a denúncia pode ser rejeitada nas hipóteses previstas pelo art. 43 do Código de Processo Penal, o auto de prisão em flagrante ou a portaria seriam igualmente rejeitados pelo juiz, nas mesmas hipóteses.

A esta solução, pode objetar-se que a rejeição da denúncia ou queixa só tem cabimento porque ainda não iniciada a ação penal, o que não sucede na hipótese em debate, pois a ação penal já se acha em curso quando o juiz recebe o processo da autoridade policial.

8 — Outra solução que poderia ser lembrada é a da aplicação analógica do art. 409 do Código de Processo Penal: se não se convencer da existência do crime ou de indício suficiente de que seja o réu o seu autor, o juiz julgará improcedente a denúncia ou a queixa. Transpor-se-ia a impronúncia, instituto típico do processo dos crimes da competência do júri, para o processo dos crimes a que se refere a Lei n.º 4.611.

Recebendo os autos da autoridade policial, o juiz, de ofício ou a requerimento do acusado ou do Ministério Público, absolveria sumariamente o réu, a ocorrer qualquer das hipóteses já aventadas.

É de se preferir a denominação — absolvição sumária — porque mais consentânea com a absolvição que resultaria do julgamento final, se o feito prosseguisse normalmente. Impronúncia destoa.

Distingue-se a impronúncia (art. 409) da absolvição sumária (art. 411). Adverte MARIA STELLA VILLELA SOUTO: “convém não confundir impronúncia com absolvição. Nesta, é condição essencial a existência do crime e o indício da autoria; pode um fator jurídico de importância, todavia, fazer com que o julgador absolva o réu sumariamente. Na impronúncia, não há certeza da materialidade do crime, como, por igual, não há certeza da autoria. Pode ocorrer, neste caso, que a prova colhida na instrução não provou a acusação; pode ter sido vaga a imputação feita, através de depoimentos imprecisos e superficiais. Disso resulta a nenhuma certeza do magistrado, que não vê outra solução melhor que a impronúncia do acusado”. (29)

Nesse sentido é a lição de EDUARDO ESPÍNOLA FILHO: “dá-se a impronúncia (*omissis*) como consequência da exigüidade, da insuficiência da prova, quanto à própria existência material do delito, quanto à autoria, ou quanto a uma e outra. Para a absolvição, invés, mister é que haja um crime, defini-

(29) MARIA STELLA VILLELA SOUTO, *ABC do Processo Penal*, II, Rio de Janeiro, 1959, pág. 42.

tivamente provado na sua existência material, a punir, e que indícios sérios e bastantes apontem a autoria do acusado, cuja punição é, entretanto, afastada por categórica declaração da lei penal, à vista de causa expressa, excludente da punibilidade, da criminalidade ou da responsabilidade". (30) CÂMARA LEAL especifica as hipóteses, em que se dá a impronúncia e aquelas em que se verifica a absolvição sumária. (31) Com razão, pondera EDUARDO ESPÍNOLA FILHO: "não vemos porque não alargar a noção, para estender, como merece, a absolvição sumária às hipóteses da provada inexistência de crime (inocência do fato imputado) e da autoria definitivamente afastada, pois é mais significativo, para a pessoa denunciada ou incriminada numa queixa recebida pelo juiz, o ser absolvido, do que o ser impronunciado". (32)

No julgamento dos processos a que se refere a Lei n.º 4.611, dar-se-ia a *absolvição sumária* sempre que o magistrado, recebendo os autos da autoridade policial, verificasse a absoluta inviabilidade do mesmo, ante a inexistência de fato típico (falta de possibilidade jurídica do pedido) ou ante ausência de culpa do agente (falta de legítimo interesse).

Tratar-se-ia de verdadeira sentença, não de mero despacho, pois o juiz apreciaria o fundo da causa, como explica EDUARDO ESPÍNOLA FILHO. (33) Com a prolação da sentença de absolvição sumária, o feito chegaria ao seu final, sem os inconvenientes apontados com referência às demais soluções examinadas.

(30) EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, IV, Rio de Janeiro, 1942, págs 165/166.

(31) CÂMARA LEAL, *Comentário ao Código de Processo Penal Brasileiro*, III, Rio de Janeiro, 1942, pág. 71 e 76/77.

(32) EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código*, etc., cit., IV, pág. 182.

(33) EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *id.*, pág. 167.

O DIREITO ADMINISTRATIVO E SUAS RELAÇÕES

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

1) — INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo, como integrante do Direito Público, mantém estreitas relações com os demais ramos dêste, mas também o faz com as disciplinas jurídico-privadas. Com efeito, o DIREITO é uma unidade, a *ordem jurídica* é um todo, cujas divisões, não sendo estanques, se interpenetram, entendendo muitos que a distinção entre o *ius publicum* e o *ius privatum* tem sentido meramente didático. Por outro lado, como conjunto de normas ou como ciência que as estuda, o Direito Administrativo relaciona-se com áreas do conhecimento humano parajurídicas e não-jurídicas, de natureza social, natural ou técnica.

Para que seja bem fixada a posição enciclopédica do Direito Administrativo, cumpre, preliminarmente, conceituá-lo.

De início, cabe lembrar que, quando se define determinado ramo jurídico, um duplo aspecto se nos apresenta: o de parte do *Direito Positivo*, e o de integrante da *Ciência do Direito*. Sob o primeiro ângulo, *regula*; sob o segundo, *estuda* as normas disciplinadoras.

O *Direito Administrativo* é o ramo do Direito Público que regula e estuda as normas jurídicas que regulam a Administração Pública, em seus aspectos orgânico e funcional, e, quanto a êste, do ponto de vista material, subjetivo e formal.

É ramo do Direito Público, pois que, nas situações e relações jurídicas que são por êle tratadas e disciplinadas, surge o Poder Público, dotado de soberania, de *imperium*, com prerrogativas especiais que o colocam em posição de superioridade. Daí, serem de *subordinação*, em sua maior parte, as citadas relações jurídicas.

A Administração Pública é o objeto do Direito Administrativo. Há, porém, um desdobramento de aspectos.

Em sentido *orgânico*, a Administração Pública é o conjunto de órgãos e organismos que exercem a função administrativa. É o sujeito ativo da função administrativa.

Sob o aspecto *funcional*, é um conjunto de atribuições do Poder Público e a forma de seu exercício. É a função, a atividade administrativa.

A *função materialmente administrativa* é aquela pela qual o Estado presta *serviços públicos* e exerce *poder de policia*, mercê da prática de *atos subjetivos*, *atos-condição*, *fatos jurídicos* e *atos puramente materiais*. Através dela,

visando à satisfação das necessidades coletivas e à disciplina dos direitos e liberdades individuais, o Estado cria, modifica ou extingue situações jurídicas individuais e regulamentares, ou concorre para sua formação, bem como realiza atos materiais.

Função subjetivamente administrativa é a exercida por órgão administrativo, embora, materialmente possa ter outra natureza.

Função formalmente administrativa é a exercida mediante a prática de atos e fatos administrativos, sem forma definida, de conceito residual,¹ portanto, podendo ser subjetiva ou materialmente de outra natureza.

II) — RELAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Consideremos, agora, as diferentes hipóteses de relacionamento do Direito Administrativo.

1) — RELAÇÕES COM OUTROS RAMOS DO DIREITO PÚBLICO

A) — Com o Direito Constitucional

O Direito Constitucional, notadamente em sistema jurídico, como o brasileiro, de Constituição formal e rígida, ocupa posição de especial importância no concôrto das disciplinas jurídicas.

O Direito Constitucional, encimando a pirâmide hierárquica da normatividade jurídica, informa todos os demais ramos, sejam êles do *ius publicum*, sejam do *ius privatum*. Ocorre, inclusive, o fenômeno da chamada *constitucionalização do Direito*: além das matérias essencialmente constitucionais (organização político-estatal — forma do Estado, forma e regime de governo, estruturação, competência e interrelações dos Podêres Políticos — e forma de associação política — direitos e garantias políticas, individuais e sociais),² outras (como o casamento, a educação e a cultura) passaram a inscrever-se nas Cartas Magnas, o que se explica pela relevância que estas últimas assumiram, a exigirem a estabilidade que a rigidez constitucional confere.

Se êsse quadro é válido, inclusive, para as relações entre o Direito Constitucional e ramos do Direito Privado, apresenta-se, naturalmente, com côres ainda muito mais vivas, no que tange aos vínculos daquele primeiro com os componentes do *ius publicum*, porquanto todos cuidam, por excelência, do Estado. Esta realidade não desnatura, porém, as demais ramificações do Direito Público, não lhes tirando a autonomia, porquanto cada disciplina tem seu campo de ação próprio, seus princípios peculiares, regulando o Estado sob ângulos diversos.

No concernente ao Direito Administrativo, é feita a comparação segundo a qual trataria êle de parte da *fisiologia* estatal, e o Direito Constitucional cui-

(1) Atos e fatos que não sejam *jurisdicionais* nem *legislativos*.

(2) Êstes últimos foram acrescidos, já mais recentemente, em razão da influência da Constituição Mexicana de 1917 e da Alemã de Weimar. O fenômeno, no Direito Brasileiro, se verifica a partir da Constituição de 1934.

daria da *anatomia* do Estado. Se é verdade, porém, que o último trata dos Poderes Públicos, sob o ponto de vista *estático*, de sua competência e estruturação, disciplina, igualmente, porém, alguns aspectos básicos de sua atuação (cf. arts. 73 e segs.; 81, 84 e 85 da Carta Federal). Outrossim, o Direito Administrativo complementa aquela estruturação (basta ver-se a matéria relacionada com a organização administrativa), além de cuidar, é certo, dos Poderes em atividade, sob o aspecto *dinâmico*, no exercício da *função administrativa*. O relacionamento das duas disciplinas é, portanto, inevitável e íntimo. Ademais, ocorre com a matéria administrativa o acima assinalado fenômeno de *constitucionalização*, com a ascensão ao nível constitucional, de tópicos estranhos ao conceito material tradicional de Constituição. Foi o que ocorreu, por exemplo, com a matéria relativa a *funcionalismo público* (cf. arts. 97 a 111 da Carta Nacional).³

Cabe, por outro lado, fixar que as vinculações do Direito Administrativo com o Direito Constitucional se apresentam da maior importância, no campo do *poder de polícia*, porquanto este compreende a disciplina dos direitos e liberdades outorgados — e, muitas vezes, já limitados — pela Carta Magna.

Deve atentar-se para o fato de que as relações existem, igualmente com referência a partes do Direito Constitucional, como o *Direito Eleitoral* e o que poderíamos chamar de *Direito Legislativo*.

As relações entre os Direitos Constitucional e Administrativo não eliminam, é sempre bom repetir, a autonomia deste, com objeto próprio, nem sua importância, cada vez maior no Estado Contemporâneo. São, conseqüentemente, inexatas as afirmativas em contrário, que atribuem ao Direito Constitucional as atividades superiores do Estado, e ao Administrativo, as inferiores; e a de que no Direito Constitucional, se encontrariam os títulos dos capítulos do Direito Administrativo.

B) — Com o Direito Internacional

A lei, manifestação da soberania estatal, tem eficácia territorial, sendo excepcional sua aplicação extraterritorial. Esta última hipótese é, todavia, comum, no Direito Privado, devido às normas e aos princípios do Direito Internacional Privado.

O *Direito Administrativo* é ramo do Direito Público, de natureza eminentemente *cogente*, regendo relações e situações jurídicas em que o Estado é sujeito soberano, com prerrogativas próprias, dotado de *imperium*, obrigando e operando no território sobre o qual o Poder de onde emana, tem jurisdição. É genuinamente nacional. Poderia parecer estranho, portanto, que mantivesse relações relevantes e permanentes com o Direito Internacional.

Mas tais relações sempre existiram, na medida em que as próprias representações diplomáticas e seus funcionários pertencem à Administração Pública, exercendo, inclusive, no país estrangeiro, atividades administrativas, como as de índole notarial.

(3) Nas Consts. locais, o fenômeno é, também, relevante. Cf. Const. da Guanabara, arts. 73 e segs., sobre *organização administrativa*.

Processa-se, todavia, um fenômeno de *internacionalização do Direito*, cumprindo lembrar a doutrina do primado do Direito Internacional.⁴

De tudo isso resultam o *Direito Internacional Administrativo* e o *Direito Administrativo Internacional*: o primeiro, parte do *Direito Internacional*; o segundo do *Direito Interno*, ambos, porém, se interpenetrando.

O *Direito Internacional Administrativo* tem assento nos tratados e convenções que encerram matéria administrativa. Os vários Estados celebram acôrdos internacionais, tendo por objeto matéria administrativa, ou seja, *serviços públicos e poder de polícia*, como serviços postais, telecomunicações, tráfico de entorpecentes etc.

É de se considerar, ademais, que há, hoje, sujeitos de Direito Internacional, que não são Estados: há entidades internacionais que são *pessoas jurídicas internacionais*. Cada uma delas é uma organização administrativa, exerce função administrativa, tem servidores administrativos: daí, aludir-se a *serviços públicos internacionais, a função pública internacional, a funcionário público internacional*. É interessante observar-se que essas diferentes instituições atuam no território dos vários Estados-membros, o que cria pontos de contato entre sua atividade administrativa e a Administração daqueles.

No campo do *Direito Administrativo Internacional* entram aquelas normas de Direito Interno sôbre matéria administrativa, que têm conexão com um elemento estrangeiro. Servem de ilustração as regras sôbre a entrada, permanência e saída de estrangeiros.

C) — Com o Direito Penal

Nas relações entre o Direito Administrativo e o Direito Penal, há de se considerar, primeiramente, o fato de que êste dispõe, de modo especial, sôbre ilícitos penais praticados por particulares (cf. art. 163, parágrafo único, III; e arts. 328 a 337 do C. Penal), ou por servidor público (arts. 312 a 326), contra a Administração Pública. Em tais casos, estão presentes conceitos de Direito Administrativo (como patrimônio público), sendo certo que, inclusive, alguns alterados pelo Direito Penal (cf. conceito de funcionário público, no art. 327 do C. Penal). O *Direito Administrativo*, outrossim, complementa o Direito Penal, no caso da chamada *norma penal em branco* (cf. art. 269 do C. Penal), em que o preceito penal é integrado pelo regulamento administrativo. Outro aspecto fundamental das relações em pauta decorre do fato de que o Direito Administrativo também prevê *ilícitos* e comina *penas*. Daí,

(4) V. HANS KELSEN, *Théorie Pure du Droit*, Dalloz, Paris, 1962, espec. págs. 439 e segs.

No Direito Brasileiro, o primado é do Direito Constitucional sôbre o Internacional, pois que o *tratado* tem de ser *constitucional*: art. 119, III, b, da Constituição. V., a respeito do problema, AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO, *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, vol. I, 1958, esp. págs. 200/1. Quanto à legislação ordinária, porém, o entendimento é o de que o tratado, observado o procedimento interno de aprovação, revoga as leis anteriores que lhe forem contrárias, mas só é revogado pelas posteriores, se estas assim dispuserem expressamente.

haver, ao lado do *ilícito penal*, o *ilícito administrativo*, e da *sanção penal*, a *sanção administrativa*. Embora, ontologicamente, todo *ilícito* seja uma transgressão da norma jurídica, as duas espécies e respectivas sanções têm características diversas, obedecendo a princípios diferentes, e não constituindo a aplicação conjunta das citadas penalidades vedado *bis in idem*; não obstante, existem certas regras sobre a prevalência das decisões na instância penal sobre as da instância administrativa (cf. arts. 65 a 67 do C. P. Penal; e art. 1.525 do C. Civil).

É de se salientar, ainda, a condição especial da *contravenção*, cuja natureza jurídica, *penal ou administrativa*, é discutida, sendo certo que ainda se debate, se, no primeiro caso, ela difere ou não, essencialmente, do crime.

Do exposto nos dois últimos parágrafos chegam alguns estudiosos a admitir um *Direito Penal Disciplinar* e um *Direito Penal Administrativo*.⁵ É preciso, entretanto, que se façam as devidas distinções.

Quanto aos *ilícitos administrativos*, julgamos que se poderá falar em *Direito Administrativo Punitivo* (para não se empregar a expressão *Direito Administrativo Penal*, o que aumentaria a confusão): *Externo*, compreendendo a definição de ilícitos e a cominação de sanções aos jurisdicionados; e *Interno*, o chamado *Direito Disciplinar*, referente aos servidores públicos; também chamado de *Direito Disciplinar Público*, para distingui-lo do *Direito Disciplinar Privado*, que diz respeito à ordem interna das entidades particulares.⁶

No tocante às *contravenções*, estas são, no Direito Brasileiro, um *ilícito penal*, embora de raízes administrativas. São infrações de polícia qualificadas pela sua maior relevância social.^{6-A}

D) — Com o Direito Processual

Tal como o Direito Administrativo, o Direito Processual, ou Judiciário, tem por objeto uma das funções estatais: a *função jurisdicional*, que, em sentido material, é aquela pela qual o Estado constata e soluciona, em caráter definitivo, os litígios ou conflitos de interesses que lhe são apresentados. Esse fator já constitui um elemento de aproximação entre os dois ramos, pois que, se o Direito Administrativo tem por centro a *Administração Pública*, o Direito Processual tem a *Justiça*.

(5) V. JAMES GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungstrafrecht*, Berlim, 1903; BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, vol. I, 1949, págs. 118 e segs.; ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, tomo 1.º, 1956, págs. 28/29; ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 1959, págs. 23 e 427 e segs.; NELSON HUNGRIA, *Ilícito administrativo e ilícito penal*, *Rev. Dir. Adm.*, I/24.

(6) O *Direito Administrativo Punitivo*, inclusive, pois, o *Direito Disciplinar* é parte do Direito Administrativo e não do Direito Penal. Alguns princípios deste, como o da tipicidade, não vigoram para aquele.

(6-A) Compõem, portanto, o Direito Penal e não, o Direito Administrativo. Há, porém, conforme se refere ANÍBAL BRUNO (ob. cit., loc. cit.), tendência para se constituir um *Direito Penal Contravencional*, distinto do dos crimes.

Se se estuda, em nossa disciplina, a *competência administrativa*, no Direito Processual, trata-se da *competência judiciária*, havendo, inclusive, a possibilidade de conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias. Outrossim, tal como estas, as primeiras atuam segundo determinados procedimentos: daí falar-se em *processo judicial* e em *processo administrativo*.⁷

A disciplina e o estudo dêste último são fundamentais, em seus múltiplos aspectos, como os dos *recursos, dos prazos, da coisa julgada administrativa, da organização das instâncias e tribunais administrativos*.

Nos regimes jurídicos, como o francês, em que há uma Justiça Especializada, independente do Poder Judiciário, para processo e julgamento das causas ligadas ao Poder Administrativo (*a Justiça Administrativa, o Contencioso Administrativo*), as vinculações ainda mais se acentuam.

Existe, pois, um *Direito Processual Administrativo*, ramo do Direito Administrativo, e que se distingue do *Direito Administrativo Material*.

É, aliás, interessante observar-se que, nos sistemas de *contencioso administrativo*, o *processo* respectivo é estudado no Direito Administrativo e não, no Direito Processual, embora o procedimento corra perante um juiz.

Assinale-se, ademais, que princípios e normas do processo judicial são fonte subsidiária com relação ao processo administrativo. Cabe acentuar, a propósito, o fenômeno denominado da *jurisdicionalização do processo administrativo*, com a assimilação, pelo mesmo, de princípios do processo judicial, como os que se referem às garantias de defesa.

Por seu turno, o Direito Processual atua na prática, mercê do funcionamento de toda uma estrutura administrativa, já que magistrados, funcionários e serventuários são servidores públicos, e as secretarias, cartórios e escritórios são repartições administrativas.

a) — Com o Direito Judiciário Civil

No que tange, especificamente, ao Direito Processual Civil, as relações com o Direito Administrativo apresentam-se bem vivas.

(7) Diz BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO: "Si se observa que las funciones jurídicas del Estado — legislación, justicia y administración — son fines que no se pueden alcanzar sino por determinadas vías (procedimento), resultan, en realidad, tres tipos diferenciados de proceso y por onde tres complejos de derecho procesal: el legislativo, el judicial y el administrativo. El primero no ha sido objeto de sistematización y aparece confundido con el derecho constitucional; el segundo, considera al proceso como materia propia y exclusiva; y el tercero ha surgido en la experiencia jurídica del derecho procesal" (*Derecho Administrativo*, tomo I, 1949, pág. 145).

É claro que se está usando a expressão *processo administrativo* em sentido estrito, isto é, conjunto ordenado de atos e fatos visando a uma decisão que solucione uma controvérsia ou responda a uma pretensão. Senão, chegar-se-á a um conceito muito amplo, pois que, a rigor, praticamente toda a administração é procedimento, de que resulta a edição dos atos administrativos. Há um *processo administrativo punitivo* e um *não-punitivo* (Cf. BASAVILBASO, ob. cit., vol. I, págs. 152/3).

Como princípio inerente ao Estado de Direito, a Administração Pública pode ser processada perante o Poder Judiciário, de cuja apreciação nenhuma lesão de direito individual pode ser excluída, consoante o princípio da ubiqüidade da justiça (art. 153, § 4.º, da Constituição Federal).

Por outro lado, embora, em geral, como decorrência da *auto-executoriedade* de seus atos, a Administração Pública possa obter *manu militari* a satisfação de seus direitos, sem precisar, na hipótese de inadimplência do administrado, recorrer ao Judiciário, há casos especiais em que há necessidade de propor ação contra o faltoso, assumindo a posição de *autora*.

Tanto para atender a esta hipótese, como àquelas em que a Administração é ré, há ao lado das comuns, *ações especiais*, instrumentos através dos quais o Poder Judiciário exerce o contrôlo da atividade administrativa: como exemplos temos o *mandado de segurança*, o *habeas corpus*, impetrados contra a Administração; a *ação expropriatória* e o *executivo fiscal*, propostos por esta contra os administrados.

Mas há um aspecto fundamental nessas relações entre o Direito Administrativo e o Processo Civil. É que, no julgamento das ações em que é parte o Estado-Administrador, o limite de atuação do juiz é dado pelo Direito Administrativo. Com efeito, o Judiciário nunca se substitui ao administrador, naquela margem de opção que compõe a *discrição* administrativa, só apreciando o juiz aspectos de *legalidade* da atividade executiva. E é o Direito Administrativo que diz o que é *discricionariedade* e o que é *legalidade*.

Mais ainda: a execução das ações condenatórias, a envolverem pagamentos em dinheiro, por parte da Fazenda Pública, compreende um procedimento judiciário-administrativo correspondente aos chamados *precatórios* (art. 117 da Carta Federal).

Existem processos regulados pelo Processo Civil (como a nomeação e remoção de tutores e curadores — arts. 600 a 605 do C. Processo Civil), que constituem, na realidade, atividade administrativa, compondo a chamada *jurisdição voluntária* ou *graciosa*, que se opõe à *jurisdição contenciosa*, ou *jurisdição propriamente dita*, pois que só neste há o *litígio* e *partes*. Segundo JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 1958, pág. 310) “os atos de jurisdição voluntária são atos de Direito Público, praticados a pedido de interessados, que o Poder Judiciário realiza para reconhecer, verificar, autorizar, aprovar, constituir ou modificar situações jurídicas”, como forma de intervenção administrativa, manifestação do poder de polícia estatal, nos interesses e relações de ordem privada, a fim de lhes dar maior garantia e estabilidade.

Há, além do mais, a chamada *execução imprópria*, em que o cumprimento da sentença depende da atuação de órgãos administrativos, mercê de ordem judicial (p. ex. averbação, no Registro Civil das Pessoas Naturais, da sentença de desquite).

Finalmente, princípios e normas de Processo Civil são fonte subsidiária do processo administrativo (Cf. art. 33 do Dec. est. E n.º 3.187, de 23-9-69).

b) *Com o Direito Judiciário Penal*

Ao Estado, mais exatamente ao Poder Executivo, cabe o *direito de punir* aquele que praticou uma infração penal. Mas esse direito é daqueles que a Administração Pública só pode exercer com a intermediação do Juiz, à quem cabe, diante da constatação da ocorrência do fato típico e antijurídico, e de sua autoria, e da culpabilidade do agente, condenar o réu, fixando-lhe a pena respectiva.

O Ministério Público, através de seu órgão de acusação, que é o Promotor Público, é o *Estado-Administração* que ingressa em juízo para, exercendo seu direito de ação, obter do *Estado-Juiz*, o julgamento de sua pretensão punitiva, conseguindo o *título executório hábil*.⁸

A atividade preliminar do *inquérito policial*, que fornece ao Promotor Público os elementos para a propositura da ação penal, é exercida por autoridades e agentes administrativos, constituindo a parte do *poder de polícia* denominado de *polícia judiciária* (arts. 4.º e 23 do C. P. Penal).

As penas privativas da liberdade são cumpridas em estabelecimentos do Poder Executivo, embora sob o controle do Juiz das Execuções Penais (cf. arts. 674 e segs. do C. P. Penal). São, inclusive, comuns os atritos entre Executivo e Judiciário, no campo das execuções criminais. Chega-se mesmo a admitir a existência do chamado *Direito Penitenciário*, *Direito da Execução Penal* ou até *Direito Penal Executivo*, como parte do Direito Administrativo e que trataria das formas de *Execução Penal*.

Finalmente, normas e princípios do Processo Judicial Penal, como a *ampla defesa*, informam, atualmente, o Processo Administrativo Punitivo (cf. arts. 105, II, e 153, § 15, da Carta Federal; art. 217 da Lei n.º 1.711, de 28-10-52).

E) — *Com o Direito Financeiro*

O *Direito Financeiro* (abrangendo o *Direito Tributário* ou *Fiscal*),⁹ destacou-se do Direito Administrativo e se tornou autônomo, dada sua complexidade e certas peculiaridades. Aliás, as Constituições Brasileiras, desde a de 1946, têm consagrado tal autonomia (cf. art. 8.º, XVII, c, da Carta vigente).

A atividade financeira, através da qual o Estado obtém os recursos necessários para o exercício de suas atividades e, nesta, se despende, envolve atos e fatos administrativos, como o lançamento, sendo exercida por órgãos administrativos. De tudo isso resulta a interpenetração dos dois ramos, sendo certo que não se poderá conhecer, profundamente, um, sem um estudo acurado do outro.¹⁰

(8) V. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, 1.º vol., 1961, pág. 315).

(9) Cf. ALIOMAR BALEEIRO, *Direito Tributário Brasileiro*, 1970, págs. 6/7; AMILCAR DE ARAUJO FALCÃO, *Introdução ao Direito Tributário*, 1959, pág. 16

(10) V. AMILCAR DE ARAUJO FALCÃO, *Introdução ao Direito Tributário*, Rio, 1959, págs. 31 e segs.

F) — *Com o Direito do Trabalho*

Há divergências quanto à classificação do Direito Laboral: se ramo do Direito Público, do Direito Privado, ou de um novo campo da Ciência Jurídica, o Direito Social. Esta parece ser a colocação mais acertada, já que o Direito do Trabalho regula relações entre grupos sócio-econômicos, ainda que, em certa medida, nos seus reflexos individuais. Seja como for, existem ostensivas relações entre ele e o Direito Administrativo.

Chega-se a admitir um *Direito Administrativo do Trabalho*,¹¹ pois que o Estado exerce, através de órgãos administrativos (cf. o Ministério do Trabalho), cuja atuação está, portanto, regulada pelo Direito Administrativo, rigorosa fiscalização quanto ao cumprimento das normas trabalhistas.

As autoridades administrativas, por outro lado, editam regulamentos sobre tal cumprimento e praticam atos concretos de repercussão no Direito do Trabalho (como a autorização para funcionamento em domingos e feriados).

Cumpre, ademais, salientar que o seguro de acidentes do trabalho é, hoje, monopólio do Instituto Nacional de Previdência Social, autarquia federal (cf. Lei n.º 5.316, de 14-9-67). Aliás, toda a matéria relativa à Previdência Social é tipicamente administrativa, vislumbrando, entretanto, alguns um *Direito Previdenciário* autônomo.

Finalmente, o Poder Público e suas criaturas estão tornando-se, cada vez mais, *empregadores*, mercê da contratação de servidores, segundo o regime da legislação trabalhista: a tendência é, inclusive, a de substituir o vínculo estatutário da função pública, pelo trabalhista.

2) — *RELAÇÕES COM OS RAMOS DO DIREITO PRIVADO*A) — *Com o Direito Civil*

O Direito Privado antecedeu o Direito Público, no fenômeno evolutivo da Ciência Jurídica, o que se explica pela natureza absolutista do Estado, que não se submetia às normas que editava, enquanto disciplinava as relações entre as pessoas privadas. Assim, ao passo que o Direito Romano desenvolveu, de forma notável, os institutos de Direito Privado, só, no início do século passado, o Direito Constitucional e o Administrativo vieram a existir como ramos jurídicos autônomos.¹²

Dai, ter ocorrido que certas matérias, tratadas, ainda hoje, principalmente no Direito Civil, pertencem, em verdade, à Teoria Geral do Direito. A Lei de Introdução ao Código Civil é, na realidade, uma Lei Geral sobre Normas Jurídicas (cf. Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas

(11) Cf. SEGADAS VIANNA, *Direito Administrativo do Trabalho*, em *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. II, 1963, págs. 533 e segs.

(12) Cf. *Da Contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo*, de SEABRA FAGUNDES, in *Rev. Dir. Adm.* 78/1 e segs.

Jurídicas, de autoria do Prof. Haroldo Valladão). Tais princípios e normas gerais, quando pertinentes, aplicam-se ao Direito Administrativo.

O Direito Administrativo foi, de início, considerado um Direito de exceção em relação ao Direito Civil, quando, na realidade, é o Direito comum da Administração Pública. É certo que, mesmo com referência a institutos que, embora congêneres a outros de Direito Civil, devem ter tratamento próprio no Direito Público, como os *contratos*, a *responsabilidade extra-contratual* etc.,¹³ o Direito Administrativo teve de valer-se, em seus primeiros momentos, de princípios, normas, doutrinas e jurisprudência do Direito Civil, porquanto não se bastava a si mesmo.¹⁴ Evoluiu, todavia, posteriormente, para a disciplina autônoma de tais institutos, subordinados, é claro, tão somente, aos princípios jurídicos gerais, informativos de todos os ramos. Uma das grandes batalhas do Direito Administrativo tem sido a de liberar-se da mentalidade civilista.

O Código Civil contém, por seu turno, porém, normas de Direito Público, pois que a natureza da norma jurídica nada tem a ver com sua topografia (cf. disposições sobre responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público — art. 15; sobre bens públicos — arts. 65 a 68).

Além disto, o Código se reporta a normas de Direito Administrativo. É o caso de seu art. 572, sobre o *direito de construir*, que estatui que "o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos".

Ainda mais: o Direito Civil necessita, muitas vezes, para plena operação, de atividade de órgãos administrativos, como os dos Registros Públicos. Há, igualmente, institutos, como a *desapropriação*, que são, ao mesmo tempo, de Direito Civil e de Direito Administrativo. Ademais, nem toda a atividade administrativa está subordinada ao Direito Administrativo. Assim, a Administração celebra contratos de direito civil, como o de locação.

Dois fenômenos modernos devem ser anotados. O primeiro, como que uma reação ao quadro dos primórdios do Direito Administrativo, é o da *publicização do Direito Privado*, mercê das restrições impostas à autonomia da vontade (chegando-se à compulsoriedade do contratar), da transformação de situações jurídicas subjetivas em estatutárias etc., a ponto de RADBRUCH ter vaticinado que o Direito Administrativo terminaria por devorar o Direito Civil. O segundo fenômeno é, de certa forma, oposto ao anterior, consistindo na denominada *privatização do Direito Público*, através do aproveitamento (não, sujeição), por êste, de institutos de Direito Privado, como é o caso típico da instituição de fundações de direito privado, pelo Poder Público, no Brasil.

Finalmente, é de se assinalarem as semelhanças, dissemelhanças e relações entre o *ilícito administrativo* e o *ilícito civil*, análogamente ao que ocor-

(13) Essas matérias pertencem, em seus aspectos gerais e comuns, à Teoria Geral do Direito, mas, em cada ramo jurídico, são tratadas de modo especial (p. ex. contrato civil, comercial, administrativo, internacional etc.).

(14) Esse recurso deve ser evitado, no estágio atual de evolução do Direito Administrativo, como, logo a seguir, é explicado no texto.

re entre o primeiro e o *ilícito penal*, como vimos anteriormente (cf. art. 1.525 do C. Civil).

B) Com o Direito Comercial

Os fenômenos da *publicização do Direito Privado* e da *privatização do Direito Público* abrangem, também, o campo das relações entre o Direito Administrativo e o Direito Comercial.

Ao mesmo tempo em que as atividades comerciais privadas, como as bancárias, por exemplo, sofrem uma regulamentação e uma fiscalização tipicamente administrativas, o Estado torna-se o grande comerciante e industrial, valendo-se de espécies da empresa comercial (as empresas comerciais do Estado, como as sociedades de economia mista), para exercício de parte da atividade administrativa. As *pessoas administrativas paraestatais* que nascem, submetem-se, na realidade, a um *regime misto*, parcialmente de direito privado, parcialmente de direito público, sem que, com isto, todavia, se desnaturem.

Finalmente, o Registro de Comércio é mais um elo a ligar Direito Comercial e Direito Administrativo.

3) — NOVOS RAMOS JURÍDICOS

Modernamente, ao lado das disciplinas jurídicas acima focalizadas, que chamaríamos de *primárias*, têm surgido outras, cuja *autonomia* é por muitos defendida. É o caso do *Direito Econômico*; do *Direito dos Transportes*; do *Direito Aeronáutico*; do *Direito da Eletricidade*; do *Direito Urbano*; do *Direito Municipal*; do *Direito Agrário* etc.,¹⁵ incluindo alguns já referidos neste trabalho.

A maioria desses ramos têm, somente, todavia, *autonomia didática*, isto é, constituem um conjunto de institutos jurídicos que pode ser estudado de modo unitário.¹⁶ Não possuem, porém, *autonomia científica* ou *jurídica*, para o que é necessária a existência de institutos próprios correlacionados (*autonomia estrutural*), e a de princípios peculiares (*autonomia dogmática*).

Em verdade, geralmente, tais disciplinas são constituídas por institutos e princípios tomados dos ramos primários, principalmente do Direito Administrativo. Assim, o *Direito de Habitação* — que contém, ainda, normas e princípios de Direito Civil. É que, sendo as matérias objeto do Direito Administrativo muito diversificadas, há ensejo para a formação de novas disciplinas jurídicas com autonomia simplesmente didática.

De qualquer modo, mesmo as que alcançam a plena autonomia, mantêm-se umbilicalmente ligadas ao Direito Administrativo.

(15) Alguns dos ramos citados estão referidos, nominalmente, pela própria Constituição Federal (art. 8.º, XVII, b).

(16) V. AMILCAR DE ARAUJO FALCÃO, *Introdução ao Direito Tributário*, págs. 27/8.

4) — RELAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO COMO CIÊNCIA JURÍDICA

Como ciência, o Direito Administrativo, além de se relacionar com os demais ramos jurídicos vistos, tomados também sob seu aspecto científico, e com as disciplinas não-jurídicas que, a seguir, serão focalizadas, mantém conexão com a Dogmática Jurídica, com a Filosofia do Direito, com a História do Direito, com o Direito Comparado, com a Hermenêutica Jurídica, com o Direito Intertemporal, com a Técnica Jurídica, com a Teoria Geral do Direito, que lhe fornecem elementos básicos para seu estudo.

É de assinalar, aliás, que, no tocante ao Direito Administrativo, os princípios adquirem, por vêzes, conotação especial, como ocorre com a interpretação das normas jurídico-administrativas.

5) — RELAÇÕES COM DISCIPLINAS NÃO-JURÍDICAS

A) — *Aspectos gerais*

O Direito Administrativo mantém, igualmente, pontos de contato com ciências sociais não-jurídicas e com ciências não-sociais.

Assim, são necessários ao estudo, à formulação e à aplicação do Direito Administrativo conhecimentos de Sociologia (há a Sociologia Jurídica), Política, Teoria Geral do Estado, Ética, História, Estatística, Criminologia, Economia Política, Ciências das Finanças, Geografia Física e Política, Contabilidade (há a Contabilidade Pública), Matemática, Gramática, Medicina (existe, como sabemos, a Medicina Legal: há licença para tratamento de saúde, aposentadoria por invalidez, em matéria de função pública), Engenharia (fala-se em Engenharia Legal) etc.

Cumpré assinalar que, na *prestação de serviços públicos* e no *exercício do poder de polícia*, a Administração Pública — e isto vai refletir em seu regime jurídico, fixado pelo Direito Administrativo — tem de valer-se de conhecimentos de, praticamente, todos os setores do saber humano, interferindo, outrossim, quanto ao segundo aspecto de sua atuação, com as várias áreas de atividade social.

B) — *Relações com a Ciência da Administração*

Existe uma disciplina não-jurídica cujo objeto é, também, a Administração Pública: a Ciência da Administração. Os campos do Direito Administrativo e da Ciência da Administração são independentes, mas os conhecimentos de um são necessários ao outro. A Cadeira, nas Faculdades de Direito, já foi *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, tendo-se, posteriormente, limitado à disciplina jurídica. Há, ainda, todavia, os que sustentam a conveniência do estudo conjunto.¹⁷

(17) V. ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 1959, pág. 25.

Há discrepâncias quanto ao conceito e objeto da Ciência da Administração, a qual, apesar de sua designação, não é considerada, por muitos, uma ciência autônoma.

Parece predominar o entendimento de que visa a solucionar o problema de, em matéria administrativa, serem obtidos os melhores resultados, com os menores ônus. Teria, assim, um cunho axiológico, tratando do *dever ser*, e compreendendo uma técnica de *como fazer*. Seria a *Política da Administração*.¹⁸

Julgamos que o *fenômeno administrativo* comporta um estudo *ontológico-social*, objeto de uma verdadeira *Ciência da Administração*, a dizer "o que é, porque é"; um enfoque político, nos termos acima vistos, campo da *Política Administrativa*; finalmente, o aspecto jurídico, próprio do *Direito Administrativo*.¹⁹

Seja como fôr, conforme já se salientou, o conhecimento da Ciência da Administração é importante para o Direito Administrativo, quer para ser criador, intérprete ou aplicador. O *poder discricionário* deve ser exercido segundo seus critérios de *eficiência, utilidade, oportunidade e menor operosidade*.

III) — CONCLUSÃO

Do exposto evidencia-se como o Direito Administrativo é rico em vinculações com outras disciplinas, o que se explica pelo fato de ter por objeto a regulação da vida social em seus aspectos multiformes. Tal fato vem em abono de sua irrefutável importância, sem que seja afetada, no entanto, sua *autonomia científica (estrutural e dogmática)*, plenamente assegurada pela existência de institutos próprios (como o *contrato administrativo, a função pública*) e de princípios peculiares (como os da *hierarquia e da continuidade*).

(18) Cf. BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, tomo I, 1949, págs. 96 e segs.

(19) V., para o fenômeno financeiro, ALIOMAR BALEEIRO, *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, vol. I, 2.^a ed., 1958, págs. 18 e 42 e segs.

A LETRA DE CÂMBIO E O MERCADO DE CAPITAIS

SÉRGIO DE SÁ MENDES

A letra de câmbio, título de crédito de origem e aplicação já por demais analisadas, ganhou projeção inusitada em nosso país quando, a partir de 1964, o Brasil, na esteira do exemplo da Colômbia e do México, passou a integrar o reduzido número de países possuidores de um estatuto global relativo ao mercado de capitais.

A Lei n. 4.595 de 31-12-1964 dispôs sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias e criou o Conselho Monetário Nacional e, como que em certo sentido a complementando e explicitando, a Lei n.º 4.728 de 14-7-1965 disciplinou o mercado de capitais e estabeleceu medidas para o seu desenvolvimento. Note-se que ambos os citados diplomas legais foram implementados por grande número de resoluções do Banco Central com fulcro no art. 9.º da Lei n.º 4.595 de 1964.

No tocante às letras de câmbio, a fonte localiza-se no art. 27 da Lei n.º 4.728 de 1965, assim rezando o aludido texto legal:

“As sociedades de fins econômicos poderão sacar, emitir ou aceitar letras de câmbio ou notas promissórias cujo principal fique sujeito à correção monetária, desde que observadas as seguintes condições:

III — sejam destinadas à colocação no mercado de capitais com aceite ou a coobrigação de instituições financeiras autorizadas pelo Banco Central.”

Em oposição a seu emprêgo mais corriqueiro e difundido, a letra de câmbio emergiu da legislação do mercado de capitais com um perfil que se bem não a houvesse desfigurado por certo nos obriga a encará-la sob enfoque mais elástico. Com efeito, ainda em vigor a Lei n.º 2.044 de 31-12-1908 que disciplina os títulos de crédito, mister é examinarmos se a letra de câmbio de aceite das instituições financeiras apresenta idênticas características e analisar as ressonâncias de ordem jurídica que a mesma apresenta em função da multiplicidade de normas sobre ela incidentes. Um fato nos parece inquestionável: o objetivo dos aludidos títulos de crédito revela-se distinto do das cambiais nos moldes que até aqui a temos conhecido, eis que se destinam aquelas à captação de recursos no mercado de capitais. Portanto examinaríamos em primeiro lugar se haveria fundamento para aceitarmos a existência de duas letras de câmbio distintas, de duas espécies do mesmo gê-

nero "letra de câmbio", e que seriam os títulos ordinários que estariam submetidos à sistemática da Lei n.º 2.044 e os títulos cambiários de aceite das instituições financeiras lançados com respaldo na Lei n.º 4.728, de 1965.

I) Poderíamos de início apontar traço na configuração das cambiais do mercado de capitais que apoiaria tal distinção e esta teria fulcro em consagrada classificação que a ciência jurídica forjou na área dos negócios jurídicos. Assim é que, havendo negócios jurídicos que apresentam como requisito para sua existência a inserção do elemento causa e por isso chamados negócios jurídicos causais, outros há frente aos quais a ordem jurídica dispensa a existência de tal elemento, para que os mesmos sejam considerados válidos. São assim chamados negócios jurídicos abstratos. Nesta última categoria são incluídos os negócios jurídicos que se materializam nos títulos de crédito, pois em relação aos mesmos, a sua existência e validade independem da presença do componente causa, pois os mesmos traduzem obrigação existente a que o Direito atribui vitalidade sem indagar sobre atos anteriores que teriam dado fundamento à mesma.

Ora, em relação às letras de câmbio em exame, observa-se que nas mesmas existe de forma ostensiva, em cada uma delas, causa a que estão jungidas em função das Resoluções 45, 77 e 85 do Banco Central e da Lei n. 4.728: o financiamento de crédito ao consumidor que vinculando o aceitante ao sacador (1) propiciará, se em tempo amortizado, a satisfação ao termo previsto, do tomador.

II — Também em apoio à existência de uma duplicidade de cambiais, caberia referência ao Decreto n.º 57.663 de 24-1-1966 que promulgou as convenções para a adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias. O parecer do Consultor Geral da República, transcrito no "Diário Oficial" de 26-9-1968 (Parte I) relativo à aplicação no Brasil do referido instrumento, conclui:

"Conseqüentemente estão em vigor no Brasil a Lei Uniforme sobre Letra de Câmbio e Nota Promissória, assinada em Genebra em 7 de junho de 1930 e a Lei Uniforme sobre Cheque ali assinada em 19 de março de 1931 — ambas com as necessárias adaptações de seus textos aos textos ainda vigentes do nosso Direito e a elas anterior, em face das reservas a elas oferecidas pelo Brasil, no momento em que a elas aderiu."

É de se observar que a interpretação do Consultor Geral é cogente na área da administração pública e, sem embargo de que à mesma talvez se pudesse opor a circunstância de o aludido Decreto aplicar-se apenas na área do direito internacional privado, a aceitaremos na íntegra com o objetivo de melhor desenvolvimento da argumentação. Diz o Consultor Geral:

"Quanto às outras possíveis conclusões decorrentes do confronto das mencionadas convenções com os dispositivos da legislação anterior, assim respondo:

1 — A Lei Uniforme, como se vê de seus artigos 1.º e 2.º, não permite a Letra de Câmbio ao Portador. O Brasil aceitou essa inovação, a qual, porém, não atinge as letras de câmbio lançadas em mercado, em observância do disposto na Lei sobre Mercado de Capitais (Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965)”.

Pode-se pois inferir, da interpretação do Consultor Geral da República, a implícita singularidade de tais títulos de crédito. Distinguir-se-iam pois:

i) Letras de Câmbio ordinárias que, antes reguladas pela Lei n.º 2.044 de 1908, agora o são pelo Decreto n.º 57.663 que incorporou, com as reservas opostas pelo Brasil, as disposições da Lei Uniforme sobre Letra de Câmbio ao direito brasileiro; e

ii) Letras de Câmbio lançadas no mercado em consonância ao disposto no art. 27 da Lei n. 4.728, pois configura-se nas mesmas exceção ao sistema do direito comum na matéria. Tal hermenêutica nos levaria, em suas últimas conseqüências, à admissão da existência, ao lado do direito cambiário comum refletido na Lei Uniforme, de um direito cambiário administrativo de caráter excepcional, anômalo que incidiria sobre o mercado de capitais na esteira da Lei n.º 4.728 e das resoluções pertinentes do Banco Central.

III — Outra contribuição ponderável no sentido da admissão de uma dualidade de cambiais nos é proporcionada por Lélío Candiota de Campos *in* “As Leis Uniformes de Genebra sobre Letra de Câmbio, Nota Promissória e Cheque e sua aplicação no Brasil.” No citado opúsculo o autor é por demais claro:

“A prática adotada no País, há alguns anos, de dar às letras de câmbio, emprêgo e objetivos próprios de valores mobiliários, a serem tomados pelo público em geral, na captação de recursos financeiros pelas empresas, constitui um desvio da finalidade para a qual foram criadas.” (obra citada, pág. 14).

Distinguindo, mais adiante, entre efeitos de comércio e outras classificações, nas quais o título de crédito em tela possa se enquadrar, diz:

“No Brasil, passou-se a fazer uso da Letra de Câmbio como título de valor mobiliário, isto é, como instrumento de colocação de capitais destinados à renda, mediante apêlo ao público para que ofereça suas economias de empréstimo. Embora não seja a finalidade da Letra de Câmbio, a Lei n.º 4.728 deu cobertura legal à praxe, autorizando a sua emissão em série ou em massa, para colocação no mercado de capitais, desde que contenham a coobrigação de uma instituição financeira autorizada e sejam lançadas na conformidade das exigências que traçou. Sendo lei especial editada na vigência da Lei n.º 2.044, que admitia a Letra de Câmbio ao portador, *conseqüência foi que o Decreto*

57.663, regulando tão somente a criação e o emprêgo normal dêsse título cambial como efeito de comércio, não atingiu os preceitos da lei normativa do mercado de capital." (grifos nossos)

Entendemos talvez indesejável a admissão da existência de duas espécies de letras de câmbio. Dúvida não pode haver estar a prática a demonstrar que, com muita freqüência, o surgimento de praxes em conexão às cambiais de aceite das instituições financeiras dá-se ao arrepio do direito tradicional ainda vigente. Portanto acreditamos aconselhável, dada a multiplicidade de comportamentos estranhos à filosofia tradicional dos títulos de crédito, fôsse levada a cabo uma consolidação da legislação cambiária de molde a:

i) fundir em estatuto único tôda a disciplina da letra de câmbio relativa aos figurantes na mesma para tal fim aplicando os princípios da Lei n.º 2.044 no que ainda couberem, ressalvados os aspectos externos operacionais que por fôrça da Lei n.º 4.595 são de competência, para efeito de regulamentação, do Conselho Monetário Nacional;

ii) fixar, com base na experiência de cinco anos de vigência da legislação do mercado de capitais, as normas que se aplicarão às cambiais causais fundadas em contratos de financiamento do crédito ao consumidor.

Situação que ilustra com bastante nitidez a tensão que vai surgindo entre o fato social e a norma jurídica na área dos títulos de crédito é a que se nos depara no tocante aos saques mediante mandatários. É sabido que as cambiais de aceite das instituições financeiras apresentam múltiplos sacadores que se abrigam sob um único mandatário, pois segundo se afirma, resultaria inexpressiva cambial na qual o emitente fôsse pessoa física desconhecida do público, além do que tal procedimento permite que, em dada letra de câmbio, um só sacador represente na realidade diversos mandantes, cada um dêles com uma parcela do valor total da letra.

Examinaríamos então:

- a) a legitimidade dos saques por mandatário;
- b) a legitimidade de uma letra de câmbio contendo pluralidade de sacadores;
- c) a posição dos diversos sacadores em relação ao seu grau de responsabilidade frente ao tomador.

a) Quanto à possibilidade do saque por mandatário é pacífica a sua jurisdição, como o demonstra sobejamente José Xavier Carvalho de Mendonça *in* "Tratado de Direito Comercial", vol. V, 2.^a parte, páginas 221 e 222. Também incisivo é José Maria Whitaker à página 77 de sua clássica obra sobre a letra de câmbio:

"A obrigação cambial, como tôdas as outras obrigações, pode ser contraída diretamente, ou por intermédio de um representante."

O mandatário há de fazer, contudo, referência ao mandante e esta referência faz-se mais das vezes pela aposição, por carimbo, da fórmula "P. P. de Terceiro". Não nos parece que tal praxe possa ser elidida pela inscrição na cambial de alusão a um contrato de forma genérica, eis que careceria tal título da caracterização essencial da figura do emitente. Veja-se, a propósito, julgado transcrito na Revista dos Tribunais, vol. 105, pág. 100:

"Não é letra de câmbio aquela em que o sacador, declarando assinar por procuração omite, entretanto, o nome de quem outorgou."

b) O segundo aspecto refere-se à pluralidade de sacadores. Tais sacadores intervêm na letra de câmbio, representados por certas entidades, sendo, todavia, aquêles os que garantem, frente ao tomador, o pagamento, fazendo emergir o problema da legitimidade da pluralidade de emitentes. Em suas "Instituições de Direito Comercial", Waldemar Ferreira no volume dedicado aos títulos de crédito não aborda o referido ponto. Mas outros juristas, de igual envergadura, sufragam ponto de vista afirmativo. Assim, José Maria Whitaker, em sua obra citada, à página 64 refere-se de forma expressa à possibilidade ora enfocada, admitindo-a de forma clara. E José Xavier Carvalho de Mendonça, no vol. V, 2.^a parte, pág. 141 ob. cit.:

"Mais de um sacador pode figurar na letra de câmbio".

É pois admissível, na cambial, a intervenção de sacadores diversos. Qual pois, a postura dos mesmos face ao tomador e a de cada um em relação aos demais? Como já frisamos, não têm as cambiais da Lei n.º 4.728 uma individualização dos emitentes, pois êstes são representados na letra de câmbio, com freqüência, por uma entidade e, pela natureza da intervenção, o mandatário no caso não passa de um representante direto, pois a vontade que exprime é juridicamente a dos outorgantes-mandantes. Ora, tais cambiais ocultam uma multiplicidade de mandantes vinculados à instituição financeira e que na realidade desejam apenas responsabilizar-se por uma parcela do valor da cambial, visto que os financiamentos a que se vinculam representam muitas vezes apenas uma fração do montante a ser resgatado pelo beneficiário.

c) Afinal examinemos a posição dos sacadores, abstraídas as práticas que possam vicejar em tórno da situação, e nos concentrando tão somente na posição jurídica dos mesmos e suas conseqüências face ao direito vigente na matéria.

São múltiplos os sacadores, mas poderia a responsabilidade de cada um corresponder apenas ao montante do respectivo financiamento? A resposta é por certo negativa com apoio no art. 44 da Lei n.º 2.044, de 31-12-1908:

"Para os efeitos cambiais são consideradas não escritas:

IV — a cláusula excludente ou restritiva da responsabilidade e qualquer outra, beneficiando o devedor ou credor, além dos limites fixados por esta lei."

Não podem pois se eximir todos os sacadores e cada um dêles da responsabilidade pela integralidade da quantia inscrita na cambial, respondendo o sacador solidariamente pelo pagamento da letra de câmbio (Lei citada, art. 43). Em consequência, sendo diversos os sacadores e vedando a Lei Cambiária a limitação de sua responsabilidade, parece-nos configurar o fato a existência de uma obrigação solidária. O art. 896 do Código Civil reza:

“A solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes.”

Como aqui se trata de matéria disciplinada por leis de cunho comercialístico aplicáveis a relações jurídicas de conotações mercantis, fácil nos parece a conclusão de que na espécie, a solidariedade é regra.

Examinando o problema sob o ângulo cambial, assim escreve José Maria Whitaker:

“O sacador garante tanto o aceite como o pagamento da letra; não, evidentemente, ao sacado, que contra êle só pode invocar relações extra-cambiárias, mas ao tomador e a todos os sucessivos portadores do título. Se há mais de um sacador, *serão todos solidariamente responsáveis*, cumprindo, porém, notar que a ação de regresso que compete àquele que, porventura pagou, contra os coobrigados do mesmo grau, não envolve uma questão cambiária, devendo, portanto, se regular pelos princípios comuns”. (grifos nossos).

O que caracteriza o devedor solidário é que cada um responde, “in totum”, como se fôsse um só devedor, a exemplo do texto das Institutas (1, 3, 16):

“Ex huiusmodi obligationibus et stipulantibus solidum singulis debetur et promittentes singuli in solidum tenentur”. (Nas obrigações deste tipo deve-se a cada um daqueles a quem se promete a totalidade, e cada um dos que prometem está obrigado à totalidade).

Em consequência, cada um dos sacadores-mandantes que porventura imaginem se comprometer em parcelas por vêzes ínfimas, examinada a relação do prisma do direito cambiário, são na realidade devedores solidários que em muitos casos se vincularão acima de suas próprias possibilidades em razão da junção, no mesmo título, de diversos outros montantes correspondentes aos demais obrigados. As consequências da solidariedade são realçadas por Carvalho Santos:

“Se o devedor acionado pelo credor não pode opor a exceção de divisão, não pode, com maioria de razão, oferecer exceção ou defesa alguma que vise protelar o pagamento, a pretexto de haver ajustado com outro ou outros credores que êstes é que pagariam a dívida. Sua obrigação é pagar e depois é que poderá

reaver dos que se obrigaram com êle a quantia que dispendeu com o pagamento, de vez que o acôrdo entre os devedores não pode alterar o vínculo de solidariedade estabelecido no contrato com o credor." (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XI, pág. 227).

A Resolução n.º 45 (n.º VIII) do Banco Central foi por seu turno explícita:

"a) a colocação no mercado diretamente pelas sociedades aceitantes será feita *por ordem, conta e risco do sacador*." (grifos nossos).

De todo o exposto, impõe-se a conclusão que a penetração incomum que vêm tendo os aludidos títulos, como forma de captação de recursos no mercado de capitais, acabou por criar tôda uma gama de aspectos em dissonância aos princípios tradicionais dos títulos de crédito de que é apenas um dos exemplos as dificuldades que poderão emergir em conexão à responsabilidade dos sacadores e que foram objeto de nossa análise.

Outro fato corrente na mecânica do mercado de capitais e com repercussões jurídicas refere-se ao endosso da letra de câmbio ao aceitante. Do ponto de vista do Direito positivo em vigor parece-nos claro não sofrer vedação por qualquer norma jurídica o fato de, em dado título de crédito, o aceitante figurar também como endossatário sem que fique extinta a obrigação por confusão. É fato que o art. 1.049 do Código Civil dispõe:

"Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor."

Abrija-se, no entanto, exceção a tal princípio, no § 1.º do art. 45 da Lei n.º 2.044:

"A letra endossada ao aceitante pode ser por êste reendossada antes do vencimento."

Também o entendimento da doutrina se orienta no mesmo sentido. Assim, Waldemar Ferreira *in Instituições de Direito Comercial*, vol. 3, Tomo I, pág. 140:

"A letra de câmbio, endossada ao aceitante, pode ser por êste reendossada antes do vencimento. Volta o título portanto à circulação. Revive. Mas esta revivescência subordina-se ao vencimento.

Operado porém o reendosso, tanto pelo aceitante, quanto pelo sacador, ou avalista, todos os signatários continuam vinculados, e isso por não extinguir o endosso anterior ao vencimento, seja quem fôr o endossatário, o direito cambial. As obrigações permanecem quais eram."

José Maria Whitaker (obra cit., pág. 130 e 131) referindo-se ao titular do endosso acentua que a letra "pode ser válidamente endossada tanto a qualquer endossante anterior, como ao sacador, e até mesmo ao próprio aceitante."

É pois lícito o endosso da letra de câmbio ao próprio aceitante.

Mas, com incidência sobre o mercado de capitais o Banco Central baixou a Resolução n.º 77 em 23-11-1967 na qual encontramos, no seu item II:

"Vedar cláusula que assegure a retrovenda antecipada dos títulos aceitos ou emitidos pelas instituições financeiras."

Como se verifica, aqui desenha-se mais uma vez o divórcio entre duas concepções de letra de câmbio o qual, na prática, com a intensificação do disciplinamento das mesmas mediante resoluções do Banco Central, ainda mais se acentuará dando margem à situação que imaginamos não convenha aos interesses da segurança do comércio jurídico. Em consequência, e tendo em vista a necessidade de evitarmos perplexidades e incertezas que adviriam da admissão de dois tipos de letras de câmbio distintas, sugeriríamos ou a elaboração de novo estatuto cambiário que incorporasse às disposições ainda vitais da Lei n.º 2.044 os princípios novos que vão surgindo em função do desenvolvimento do mercado de capitais, ou a introdução de alterações na Lei Cambiária de molde a possibilitar harmônicamente sua aplicação às letras de câmbio de aceite das instituições financeiras.

A LETRA DE CÂMBIO FONTES NORMATIVAS

Lei n.º 2.044 de 31-12-1908 — Define a letra de câmbio e a nota promissória e regula as operações cambiais.

Lei n.º 4.728 de 14-7-1965 — Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento.

Decreto n.º 57.663 de 24-1-1966 — Promulga as convenções para a adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias.

Resolução n.º 18 de 18-2-1966 — (XVI, XVII e XXXVI). Faculta aos bancos de investimento ou de desenvolvimento a assunção de coobrigações em títulos cambiários e a administração dos mesmos.

Resolução n.º 24 de 31-5-1966 — Dispõe sobre o registro, pelos próprios portadores, de títulos cambiais em circulação em condições proibidas pela Lei n.º 4.728.

Resolução n.º 28 de 30-6-1966 — Faculta às sociedades de crédito e financiamento e às de tipo misto, a colocação de letras de câmbio, no mercado, com cláusula de correção monetária.

Resolução n.º 45 de 30-12-1966 — Regulamenta as operações realizadas pelas Sociedades de Crédito e Financiamento e as de tipo misto de que resulte o aceite de títulos cambiários e revoga a Resolução n.º 28.

Decreto-Lei n.º 286 de 28-2-1967 — Dispõe sobre a regularização de emissões ilegais de títulos, e dá outras providências.

Resolução n.º 80 de 26-12-1967 — Limita o nível das operações ativas dos Bancos de Investimento ou Desenvolvimento e das “financeiras” até 5-5-1968.

Resolução n.º 87 de 24-1-1968 — Autoriza os bancos privados de investimento a assumir novas responsabilidades por aceites em títulos cambiários, respeitados os limites legais e atendidas as recomendações do Banco Central, nas modalidades que especifica.

Decreto-Lei n.º 427 de 22-1-1969 — Dispõe sobre a tributação do imposto de renda na fonte, registro de letras de câmbio e notas promissórias e dá outras providências.

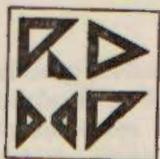
Resolução n.º 95 de 19-7-1968 — Estabelece limite para a taxa de colocação que poderá ser cobrada ou paga no mercado de letras imobiliárias, títulos cambiários ou debêntures de emissão, aceite ou coobrigação de instituições financeiras.

Resolução n.º 103 de 10-12-1968 — Fixa a percentagem que as sociedades de crédito, financiamento e investimento e as de tipo misto estão obrigadas a aplicar em crédito ao consumidor e cuida da concessão de aceites em títulos cambiários referentes à operação de prestação de serviços.

Resolução n.º 115 de 21-5-1969 — Determina em operações contratadas por instituições financeiras, inclusive as mediante aceite de letras de câmbio, redução mínima de 12% sobre o custo da operação para o financiado.

NOTAS

(1) O contrato que se encontra na raiz de tais letras de câmbio — o de abertura de crédito com aceitação — é estudado por J. A. Penalva Santos, “Novos Aspectos do Mercado de Capitais e Outros Trabalhos de Direito Comercial” — Ed. Alba. De forma específica em relação às cambiais causais ver “L’Azione Causale nel Diritto Cambiario” de Gerardo Santini, Padova, 1968; (2) Avançaríamos mais um traço distintivo das letras de câmbio do mercado de capitais em confronto com os mesmos títulos em seu uso habitual: nesta última utilização, o sacador, tendo um crédito junto ao aceitante ordena a êste que pague certa quantia ao tomador. Em sua utilização como instrumento de captação de recursos no mercado de capitais a letra de câmbio emerge com feição outra, eis que nesta o sacador é, ao contrário, devedor do aceitante em função do contrato de financiamento que os vincula.



P A R E C E R E S

8.^a Câmara Cível

MANDADO DE SEGURANÇA 3.080

Relator: Exmo. Sr. Desembargador Roberto Medeiros.

Requerente: Jayme Dias Pinheiro.

Informante: Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da Justiça Presidente do Egrégio Conselho do Ministério Público do Estado da Guanabara.

1. *Mandado de Segurança impetrado por ex-combatente contra o Conselho do Ministério Público que opinou, contrariamente, ao seu ingresso no Ministério Público, como Defensor Público, independentemente de concurso.*

2. *Não está devidamente instruído, o pedido que não vem acompanhado da prova de sua tempestividade.*

3. *Incabível o "writ" contra ato opinativo e de autoridade que não tem competência para nomear.*

4. *Ausência de prova de participação efetiva em operações bélicas.*

5. *O art. 197, letra b, da Constituição do Brasil, dispensa o ex-combatente do concurso para ingresso no serviço público em geral, previsto no art. 97, § 1.^o, do mesmo Diploma Magno, não se estendendo a isenção para o ingresso no Ministério Público, cujo concurso é exigido nos arts. 95, § 1.^o e 96, da Magna Carta Federal.*

PARECER

1. JAYME DIAS PINHEIRO impetra o presente Mandado de Segurança contra ato do Egrégio Conselho do Ministério Público da Justiça do Estado da Guanabara, na pessoa do seu Eminentíssimo Presidente, o Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da Justiça, que indeferiu o seu pedido de nomeação para o cargo de Defensor Público, independentemente de concurso, por se tratar de ex-Combatente.

Alega o impetrante que é bacharel em direito, fêz estágio na forense, na própria Procuradoria Geral da Justiça, é ex-Combatente e que assim, nos termos do art. 197, letra b, da atual Constituição do Brasil, tem direito de ser aproveitado, independentemente de concurso, pelo que, pede ao Egrégio Tribunal de Justiça que determine o seu aproveitamento "como Defensor Público na carreira do Ministério Público da Justiça do Estado da Guanabara".

2. O Dr. Procurador-Geral da Justiça prestou as informações de fls. 21, esclarecendo que o Egrégio Conselho do Ministério Público, "opinou pelo

indeferimento baseado em que o dispositivo constitucional é inaplicável quando se trata do ingresso no Ministério Público” salientando ainda que o mandado se dirige não contra ato decisório de indeferimento, mas contra ato *simplesmente opinativo*, desde que o Conselho não tem competência para nomear Defensor Público, além de não ter o impetrante comprovado a sua participação efetiva em operações bélicas.

No mérito, sustenta a informação que tanto a Constituição Federal, como a Estadual, ao concederem o benefício fazem expressa referência ao art. 97, § 1.º, que previu o concurso público para o funcionalismo em geral, quando o concurso para o ingresso no Ministério Público é regulado em outro preceito legal. Ambas dispensam a exigência prevista no art. 97, § 1.º, mas o concurso para o Ministério Público está disciplinado nos arts. 96 e 95, § 1.º, da mesma Constituição.

3. O mandado de segurança foi ajuizado na Secretaria do Tribunal de Justiça, no dia 5 de março do corrente ano e a decisão contra a qual se impetra a segurança foi proferida em 16 de outubro de 1969 (fls. 16), não constando, porém, a data da publicação da ata da reunião do Conselho para que se possa verificar se o mandado foi interposto tempestivamente.

Se contarmos o prazo da data da sessão, estaria fora do prazo, mas se fôr contado da data da publicação, que não consta dos autos, é possível que seja tempestivo.

Se, por um lado, não se pode afirmar a intempestividade, de outro lado, pode-se dizer que o recurso não está devidamente instruído por faltar-lhe êsse elemento essencial de comprovação da tempestividade.

Ainda, por esta razão, por não estar devidamente instruído, não deve ser conhecido o presente mandado de segurança.

4. Preliminarmente, é incabível o mandado de segurança, como bem salientou o Dr. Procurador-Geral da Justiça, na informação de fls. 21, impetrado contra o Conselho do Ministério Público, órgão, no caso, *opinitivo*, que não tem competência para nomear Defensor Público.

Impõe-se, como uma das condições para a admissibilidade do mandado, verificar se a autoridade apontada por coatora tem competência para a prática do ato contra o qual se reclama, principalmente em se tratando de nomeação, pois, não pode o Poder Judiciário determinar que uma autoridade incompetente faça uma nomeação.

Apreciando mandado de segurança para nomeação de funcionários, doutrina o saudoso Ministro CASTRO NUNES em sua monografia sôbre o Mandado de Segurança, dizendo textualmente:

“É mesmo essencial, em tais casos, verificar se a autoridade contra a qual se pede o mandado tem competência constitucional ou legal para praticar o ato.

Só se ordena à autoridade que faça aquilo que, por lei, caiba nas suas atribuições. Se a atribuição é constitucional, não muda, evidentemente, os termos da questão.”

(CASTRO NUNES, *Do Mandado de Segurança*, Ed. Rev. Forense, 253.)

O Colendo Supremo Tribunal Federal em mandado de segurança interposto contra deliberação do Conselho Nacional de Educação, decidiu que esse órgão não é executório e “a executoriedade do ato está pressuposta na lei como condição do cabimento do mandado de segurança” (*Arquivo Judiciário*, vol. 59, pág. 327, Acórdão de 14-5-1941, no Recurso de Mandado de Segurança n.º 666).

Nesse mandado de segurança o Ministro LUIZ GALLOTTI, então Procurador-Geral da República, interino, sentenciou com sua habitual sabedoria:

“... quem emite um parecer não decide, sòmente opina. Não pode, pois, estar praticando ato que constitua violação ou ameaça a um direito. Logo, contra um simples parecer, não cabe mandado de segurança”.

(*Arquivo Judiciário*, vol. 59, pág. 328.)

Na espécie, como se verifica da certidão de fls. 16, o Conselho do Ministério Público apenas opinou pelo indeferimento do pedido da nomeação do requerente, sem concurso.

Nada decidiu a respeito porque não tem competência legal ou constitucional para nomear Defensor Público ou deixar de fazê-lo.

Cabia ao impetrante requerer diretamente a Sua Excelência o Governador do Estado a nomeação para Defensor Público e indeferido por êste a pretensão, seria dmissível a impetração da segurança.

Impetrar, entretanto, a medida contra órgão opinativo, não é de forma alguma admissível.

5. Em situação semelhante, no Estado do Rio, Aécio Soares Pereira, ex-Combatente, também pediu ingresso na carreira do Ministério Público, independentemente do concurso e o Procurador-Geral da Justiça daquele Estado, Dr. ATAMIR QUADROS MERCÊS, negou seguimento ao pedido de aproveitamento do requerente, aprovando parecer do Procurador da Justiça, ROBERTO BERNARDES BARROSO, que sustentou o mesmo princípio que não se applicava a dispensa de concurso para o ingresso no Ministério Público. Houve mandado de segurança ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou a segurança porque o Dr. Procurador-Geral não concedendo seguimento ao pedido, não cometeu *nenhuma ilegalidade, uma vez que o pedido deveria ser formulado diretamente ao Excelentíssimo Senhor Governador, porque sòmente a êle caberia decidir a matéria.*

Diz o V. Acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Tribunal Pleno:

“O eminente Chefe do M.P. adotando as razões expostas sòbre a matéria por um de seus ilustres auxiliares, chegou a conclusão negativa do direito do postulante e, certamente para abreviar a solução do caso, deixou de dar andamento ao pedido.

O benefício, conforme o entendimento da douta Procuradoria Geral, é restrito aos cargos públicos a que se refere o art. 95, da

Lei Magna, ao qual o art. 178, se limita a reportar-se, excluindo assim, os cargos públicos considerados pela própria Constituição, em outro capítulo, onde colocou, no tocante aos Estados, além da Magistratura, o M.P., em seções distintas, tratando destacadamente da investidura inicial nos cargos de tais carreiras, nos artigos 136, I e 138, § 1.º, dando margem ao Comentário de PONTES DE MIRANDA, no sentido de que o art. 178, *b*, da Lei Basilar, só excepciona quanto à exigibilidade do concurso para o ingresso do ex-combatente no serviço público em relação à regra geral do art. 95, § 1.º, à qual se refere. Não assim em relação a regras especiais outras, concernentes ao ingresso na Magistratura e no M.P. (Constituição Federal, Tomo VI, pág. 428). E porque inexistente, segundo o ilustrado informante, o direito ao aproveitamento almejado, sem concurso, deixou de dar seguimento ao pedido.

O digno titular da Procuradoria Geral, assim procedendo não cometeu ilegalidade alguma, ou pelo menos manifesta, justificativa da segurança impetrada, já que a S. Excia. o requerimento foi formulado, em vez de ao Exmo. Sr. Governador, diretamente, caso em que só o Chefe do Executivo competiria, em última análise, decidir.”

Por conseguinte,

Acordam, por maioria, os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em reunião plena, denegar a segurança.

Niterói, 4 de março de 1970.”

6. Assim, preliminarmente, não deve ser conhecido o mandado de segurança por incabível contra ato opinativo, de órgão que não tem competência para nomeação e apenas *opinou*.

7. A Constituição do Brasil, no art. 197, letra *b*, declara que “*ao ex-Combatente da Segunda Guerra Mundial, que tenha participado efetivamente de operações bélicas, é assegurado, entre outros benefícios, “o aproveitamento no serviço público, sem a exigência do disposto no § 1.º, do art. 97”*.”

Como primeiro pressuposto, portanto, para gozar do benefício, exige a lei que o pretendente *tenha participado efetivamente de operações bélicas*. Essa prova não fez o impetrante, pois, a certidão de fls. 10, que juntou, trata de certificado relativo a tempo de serviço prestado ao Exército Nacional, como sorteado, constando ter sido transportado em navio, escoltado por navio de guerra, do porto da cidade do Rio de Janeiro ao porto de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul.

Não provou, assim, o impetrante ter participado efetivamente de operações bélicas, para poder gozar dos benefícios que a Constituição conferiu àqueles que tivessem tido participação efetiva na guerra.

Não se admitindo mais uma interpretação extensiva para abranger situações não previstas na Lei Magna, pelo que, não lhe cabe, o direito que reclama.

8. Não acolhidas as preliminares, no mérito, não é melhor o direito do impetrante.

De fato, o art. 197, § 1.º, da Constituição do Brasil, manda aproveitar o ex-combatente que tenha participado de operações bélicas na Segunda Guerra Mundial, sem a exigência do disposto no § 1.º, do art. 97, que trata do concurso para a primeira investidura em cargo público e que se encontra no título relativo na Seção VIII, relativa aos funcionários públicos.

A exigência do concurso para o ingresso no Ministério Público, encontra-se no art. 96, combinado com o § 1.º, do art. 95, da mesma Constituição, que se acham na Seção VII, denominada "Do Ministério Público".

Dispõe o art. 197, da Constituição do Brasil:

"Art. 197 — Ao civil, ex-combatente da Segunda Guerra Mundial, que tenha participado efetivamente em operações bélicas da Fôrça Expedicionária Brasileira, da Marinha, da Fôrça Aérea Brasileira, da Marinha Mercante ou de Fôrça do Exército, são assegurados os seguintes direitos:

.....
b) aproveitamento no serviço público, sem a exigência do disposto no § 1.º, do art. 97."

Ora, o art. 97, é do teor seguinte:

"Art. 97 — Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1.º — A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei."

9. A exigência de prestação de concurso para a investidura em cargo do Ministério Público não está prevista no art. 97, § 1.º, a que alude o art. 197, letra b, mas, como vimos, no art. 95, § 1.º, da Constituição Federal, que dispõe:

"Art. 95.

§ 1.º — Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos territórios, ingressarão nos cargos iniciais da carreira, mediante concurso de provas e títulos."

O art. 96, manda aplicar o princípio ao Ministério Público Estadual dizendo:

"Art. 96 — O Ministério Público dos Estados será organizado, por lei estadual, observado o disposto no artigo anterior."

Como se verifica, o concurso público a que está sujeito quem pretenda ingressar no Ministério Público, exigido nos arts. 95 e 96, da Constituição, não é o concurso previsto no art. 97, § 1.º, a que deverão ser submetidos os funcionários públicos em geral, e ao qual faz remissão o art. 197, letra *b*, ao dispensá-lo para o ingresso, no serviço público, dos ex-combatentes, que tenham participado de operações bélicas.

10. A mesma distinção reflete-se, como não podia deixar de ser, na Constituição do Estado, cujo art. 51, § 1.º, reza:

“Art. 51 —

§ 1.º — O Ministério Público do Estado será organizado em carreira, observado o disposto no art. 95, § 1.º, da Constituição do Brasil.”

O preceito manda observar o concurso público de provas e títulos a que se refere o art. 95, § 1.º, da Carta Federal.

Enquanto isso, dispõe o art. 76, situado na Seção II (Dos Funcionários Públicos), do Capítulo II (Da Organização Administrativa), do Título II:

“Art. 76 — O regime jurídico da função pública será regulado por lei, observadas as normas estabelecidas nos arts. 97 a 111 da Constituição do Brasil, e mais as seguintes:

a) a nomeação em caráter efetivo para cargo de carreira far-se-á sempre na classe inicial, mediante concurso de provas ou de provas e títulos, exigível, também, para a investidura em cargo isolado, ressalvados os casos indicados em lei, nos termos do art. 97, § 1.º, da Constituição do Brasil.”

E, finalmente, no art. 105, estatui:

“Ao civil, ex-combatente da Segunda Guerra Mundial, que tenha participado efetivamente em operações bélicas da Fôrça Expedicionária Brasileira, da Marinha, da Fôrça Aérea Brasileira, da Marinha Mercante, ou de Fôrça do Exército, são assegurados os seguintes direitos:

.....
b) aproveitamento no serviço público, sem a exigência indicada no art. 97, § 1.º, da Constituição do Brasil.”

Como se verifica, a isenção não abrange o concurso para o ingresso no Ministério Público Estadual, previsto no art. 51, § 1.º, da Constituição do Estado da Guanabara, mas, apenas, o concurso para o aproveitamento no serviço público em geral.

11. Trata-se de preceito constitucional que não pode ter uma interpretação extensiva para abranger outras hipóteses não previstas na dispensa concedida pela Constituição Federal aos ex-combatentes.

A Constituição livrou-os do concurso previsto no art. 97, § 1.º, que diz respeito aos funcionários públicos em geral, não podendo se estender para abranger o concurso impôsto nos arts. 95, 96, § 1.º, para o Ministério Público, nem ao preceituado no art. 144, n.º 1, da Constituição do Brasil, para ingresso na Magistratura, nem tampouco, ainda, ao concurso para o magistério no grau médio ou superior que exige o concurso de provas e títulos, no ensino oficial, aludido no art. 176, § 1.º, n.º VI.

PONTES DE MIRANDA, apreciando a regra do art. 178, letra *b*, da Constituição de 1967, que corresponde ao art. 197, letra *b*, da atual Constituição de 1969, também sentenciava que excessão de dispensa do concurso para os ex-combatentes não pode ser invocada para o ingresso no Ministério Público ou na Magistratura. *In verbis*:

“*Aproveitamento no Serviço Público — De iure condendo, é tão errada a regra jurídica do art. 178, b, da Constituição de 1967, que lhe devemos de dar interpretação que não se choque com o sistema jurídico brasileiro. O art. 95, § 1.º, estatui que a nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. Preliminarmente, assentamos que o art. 178, b, de modo nenhum dispensa qualquer exigência de concurso que não seja a de que cogita o art. 95, § 1.º, oriunda de regra jurídica geral, os funcionários públicos. Por exemplo, não se pode invocar o art. 178, b, a propósito de nomeações para Juízo Federal (art. 118), ou estadual (art. 136, I), ou distrital (art. 17), ou para o Ministério Público (art. 138, § 1.º).*”

“*Se o cargo de funcionário público implicitamente supõe competência técnica, que a formação do beneficiado pelo art. 178, b, não teve, claro é que se afaste a invocabilidade de tão aberrante regra jurídica*”.

(Comentários à Constituição de 1967 — PONTES DE MIRANDA — Vol. VI, pág. 428.)

12. Em resumo, o mandado de segurança não deve ser conhecido:

- a) por não estar devidamente instruído, de modo a poder se verificar da sua tempestividade;
- b) por não caber mandado de segurança contra ato meramente opinativo.

No mérito, não acolhidas as preliminares, deve ser denegado o mandado:

- a) porque não provou o impetrante o pressuposto de ter participado efetivamente de operações bélicas;
- b) porque a dispensa de concurso concedida pela Constituição do Brasil no art. 197, letra *b*, aos ex-combatentes, não se aplica ao concurso para ingresso no Ministério

Público, mencionado nos arts. 95, § 1.º e 96, da Magna Carta, mas somente aos concursos para as funções públicas, previstas no art. 97, § 1.º, do mesmo Diploma Constitucional.

13. Nestas condições, invocando os doutos Suplementos do Colendo Tribunal, opinamos que não se conheça do mandado de segurança e, no mérito, não acolhidas as preliminares, que seja denegado o "*writ*".

Rio, 1 de junho de 1970, — CLÓVIS PAULO DA ROCHA, 11.º Procurador da Justiça.

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 56.380/71

CONFISSÃO EM JUÍZO. SUA FÔRÇA PROBATÓRIA

PARECER

Egrégia Primeira Câmara Criminal:

O caso é o de um indivíduo de mau caráter (o réu), que, sob grave ameaça de revelar fato deprimente, conseguiu extorquir, de uma mocinha, o seu relógio de pulso.

Bem condenado e com a pena mensurada razoavelmente, apela o réu, para dizer que a prova acusatória é fraca.

Todavia, tal prova é boa, conforme se poderá conferir através das peças de fls. 5, 9, 13, 20, 45-verso e 46.

Mas, só para argumentar, vamos admitir que essa prova criticada pelo réu não fôsse lá das melhores...

Sucedde, porém, que o réu *confessou em Juízo* (fls. 74), e, como todos sabem, a confissão *coram iudice* é a rainha das provas. Admira até que o réu, depois de confessar que praticara a extorsão, venha apelar para dizer que não a realizara. Ele não deveria nem ter apelado e, sim, imitado aquêlê réu norte-americano que escreveu ao advogado rejeitando-lhe os serviços, para exclamar: — Eu confessei! Eis na íntegra êsse bilhete:

"Mr. IRVING D. JOSEFSBERG
130 — Clinton Street, Brooklin, New York.

Dear Mr. Josefsberg:

Thanks for your offer to represent me, but I don't need a lawyer. I'm going to tell the truth.

LARRY SMITH" (in "*Dear Justice*", de JULIET LOWELL", pg. 56, U.S.A., 1960).

Nessas condições, pois, a Procuradoria é pelo total desprovemento da apelação de fls. 78/82.

Rio de Janeiro, 5 de maio de 1971. — JORGE GUEDES, 15.º Procurador da Justiça.

CRIME PUTATIVO. FLAGRANTE PREPARADO

HABEAS-CORPUS N.º 26.289

Impetrante: Dr. Roberto Pontes Dias

Paciente: Fábio Arantes Leal

PARECER

O paciente, prêso em flagrante, está denunciado como incurso nas penas do art. 158 c/c o art. 12, n.º II, do C.P. — tentativa de extorsão.

Recebida a denúncia, está já com data marcada para interrogatório.

Não sofre, a meu ver, o paciente qualquer coação eis que legal sua prisão em flagrante, no qual confessa a prática do crime, só não consumado por circunstâncias alheias à sua vontade.

Não houve *induzimento ao crime*, mas sim atuação eficiente da Polícia conseguindo prender o acusado quando tentava consumir seu delito, extorquindo dinheiro, sob grave ameaça, *anteriormente feita por sua única iniciativa*, ao Sr. Adolfo Bloch, proprietário da revista MANCHETE.

O fundamento do pedido é de que houve preparação do flagrante — ou seja, em sentido amplo, crime putativo; — citando em seu favor o impetrante a Súmula 145, do Egrégio S.T.F.

Vejam os que nos ensina o eminente e saudoso mestre NELSON HUNGRIA: “*não há falar em crime putativo quando, sem ter sido artificialmente provocada, mas previamente conhecida a iniciativa dolosa do agente, a êste apenas se dá o ensejo de agir, tomadas as devidas precauções. Em tal caso, haverá apenas tentativa pôsto que o dano não possa verificar-se precisamente devido à prévia ciência e vigilância de outrem*”. (Comentários ao Código Penal — n.º 71 — pág. 280).

É exatamente o que houve no caso presente, e portanto, não se justifica a medida.

O Egrégio S.T.F. tem, em reiterados acórdãos, interpretado de forma restrita o verbete 145 da Súmula, esclarecendo que êle se refere apenas aos casos em que o agente é *provocado* à prática de um fato delituoso.

Não se aplica aos casos em que a *iniciativa é do próprio agente* e a atividade policial se limitou a impedir a consumação do ilícito penal. (H.C. n.º 40.899, S.T.F. / DJU-24-12-64, pág. 995 / RHC n.º 45.923, 2.ª turma — STF — 20-8-68).

Veja-se, também, a propósito desse tema HELENO FRAGOSO — na sua esplêndida JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL — ns. 5, 6, 7 e 8.

Acentue-se, finalmente, a alta periculosidade do agente, autor confesso de outro crime da mesma natureza, crime êsse que conseguiu consumir. (vide sua própria declaração — fls. 9v.).

Pela denegação da ordem.

Rio de Janeiro, 23-4-71.

LAUDELINO FREIRE JUNIOR

3.º Procurador da Justiça, em exercício

SOBERANIA DO JÚRI

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

NOS EMBARGOS DE NULIDADE E INFRINGENTES
NA APELAÇÃO CRIMINAL N.º 51.504/68

Colendo Supremo Tribunal Federal

“Liberty has been so closely identified with the jury system in Anglo-American legal history that it forms a part of our constitutional guarantees. — Judge JULIUS MINER”.

“O Júri é, antes de tudo, instituição política” — RUY BARBOSA.

A defesa da soberania constitucional do Tribunal do Júri é um imperativo da atuação do Ministério Público, pois, como observava ROBESPIERRE: “Considero ponto incontestável que os jurados sejam a base essencial da liberdade; sem essa instituição não posso acreditar que seja livre, por mais liberal que seja a Constituição”. PRIDA, por sua vez, salienta: “A supressão do Júri coincide sempre com a perda da liberdade, e a sua aparição com uma situação social na qual há respeito pelas garantias individuais”.

A crítica ao Júri se exerce no sentido de que o Júri freqüentemente abusa de sua soberania para absolver, e, na espécie, o V. Acórdão recorrido censura o Júri por haver usado de sua livre convicção soberana para condenar um cidadão da mais alta temibilidade.

O Júri é soberano, para absolver e para condenar, e como tal deve ter os seus *verdicta* respeitados, desde que não contrariem a evidência dos autos.

A própria restrição legal tem por finalidade preservar a soberania do *verdictum*.

Não pode, nem deve, a justiça togada, suprimir o livre convencimento dos jurados. Fazê-lo, seria abolir a instituição do Júri.

O V. Acórdão recorrido, como salientou o ilustre Dr. Assistente do Dr. Procurador-Geral da Justiça do Estado — Dr. RAPHAEL CIRIGLIANO FILHO, violou, pelo menos, o art. 150, § 18 da Constituição Federal, e negou vigência aos arts. 182, 563 e 565 do Código de Processo Penal.

De fato, inexistente a obrigatoriedade do acolhimento das conclusões do laudo de exame de sanidade mental feito por peritos psiquiátricos — art. 182 do Código de Processo Penal, pois, tal obrigatoriedade importaria em negar a pedra fundamental do processo penal moderno que é o princípio da livre convicção — art. 157 do Código de Processo Penal.

O Júri desacolheu o laudo face às provas, após longos e acurados debates. Assim, agiu por convicção própria, livre e soberana.

Não estava adstrito a fundamentar a sua repulsa ao laudo. Para isso existe o Júri.

O art. 22 e o § único do Código Penal Brasileiro adotam o método biopsicológico na determinação da responsabilidade penal do agente: “a res-

ponsabilidade só é excluída se o agente, em razão de enfermidade ou retardamento mental, era, no momento da ação, incapaz de entendimento ético-jurídico e auto-determinação" (Exposição de Motivos).

Ora, na espécie, o Júri concluiu que o recorrido "tinha consciência da antijuridicidade da sua própria conduta", pois, não ignorava que matar era crime, e não só tentou matar, como veio a consumir, em outra oportunidade e local, o crime tentado.

"Si donc l'accusé avait conscience qu'il ne devait pas faire se qu'il a fait, et si, en outre, ce qu'il a fait tombe sous le coup de la loi repressive, il doit être puni".

Foi a resposta dos Lordes Magistrados à Câmara dos Lordes, em 1843, em consequência do escândalo da absolvição de Daniel M'Naughton, acusado do assassinato do Secretário particular de Sir Robert Peel, quando pretendia, na realidade, matar Sir Robert Peel.

Como informa GILBERT MARC:

"La pratique usuelle est de laisser au Jury de soin d'apprécier si l'accusé était suffisamment doué de raison pour comprendre qu'il commettait un acte répréhensible. Cette pratique nous paraît heureuse pourvu que dans chaque cas, soient données les explications ou précisions supplémentaires que peuvent appeler les circonstances de l'affaire". (L'homicide en Droit Anglais depuis la loi de 1957 — GILBERT MARC, p. 89, Paris, 1966).

Ora, na espécie, os jurados afirmaram a responsabilidade penal do recorrido após conhecerem os dois laudos psiquiátricos, e ouvirem o perito relator de um dêles em plenário.

Por conseguinte, agiram seguramente informados dos fatos e do parecer dos médicos psiquiatras. Se repeliram o laudo, fizeram-no no exercício normal de sua soberania constitucional, de conformidade com o art. 182 do Código de Processo Penal.

Assim, pede e espera o Ministério Público seja provido o presente apêlo extraordinário, para que prevaleça o V. Acórdão da EGRÉGIA 2.^a CÂMARA CRIMINAL, na Apelação Criminal n.º 51.504, da lavra do eminente Desembargador ROBERTO MEDEIROS, que reconheceu o acêrto do *veredictum* do Tribunal Popular, de modo a restabelecer-se um *veredictum* que honra a instituição do Júri, pois, pune o culpado, e preserva a sociedade de novos malefícios, previstos pelos próprios psiquiatras.

Assim decidindo, o EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, fará, como sempre, JUSTIÇA!

J. B. CORDEIRO GUERRA
8.º Procurador da Justiça

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

APELAÇÃO CÍVEL N.º 72.871

5.ª Câmara Cível

Apelantes: Mário Abreu de Souza e outra.

Apelados: Alice e Carlos, respectivamente, assistida e representado por sua Tutora, Yolanda Guimarães Domingues.

SUMÁRIO: Não provimento do agravo no auto do processo. Omissão da petição inicial decorrente do próprio fim da ação. Conexão de ações de investigação de paternidade e de alimentos. Aplicação do art. 138 do Cód. Proc. Civil. *Legitimatío ad causam* como preliminar do mérito. *Pas de nullité sans grief*. Ao contrário do disposto no Código Civil, com o advento da Lei n.º 883, dissolvida a sociedade conjugal, é facultada ao filho, ilegítimo ou espúrio, a ação para que se lhe declare a filiação. Por outro lado, o reconhecimento da paternidade, *in casu*, já constitui *coisa julgada*, por decisão irrecorrível, do mesmo Tribunal, em processo conexo, apenso, sobre o mesmo fato. Posição ativa do M.P. nas lides forenses para que se promova a Justiça.

PARECER

Preliminares

1. Contra o *despacho saneador* de fls. 81/82, com fulcro no art. 851, inciso IV do Código de Processo Civil, os réus, ora apelados, tempestivamente, interpuseram agravo no auto do processo que, *ex-vi* da disposição do art. 852, há de ser conhecido, como preliminar no julgamento da presente apelação.

2. A matéria do agravo no auto do processo envolve a das preliminares das contestações de fls. 48/49 e 62/64 que, em síntese, corresponde ao alegado sobretudo contra a admissão dos autores, ora apelados, como partes legítimas no feito.

3. A primeira preliminar é de todo improcedente: *quantum satis*, às fls. 130/131, encontram-se juntas aos autos as respectivas certidões de nascimento dos menores autores-apelados, onde constam tão somente os seus prenomes — ALICE e CARLOS — e se declara serem filhos de “pais ignorados”.

Ora, em *ultima ratio*, o objetivo da ação proposta é, precisamente, para que, julgado procedente o pedido, seja, em consequência, declarada a paternidade do falecido MARIO DA SILVA E SOUZA, com as decorrentes anotações nos citados assentamentos de nascimento dos apelados do nome do seu pai e dos seus sobrenomes a que, nesse caso, teriam direito.

Por seu *quid proprium*, a ação de investigação de paternidade visa, finalmente, suprir aquela falta dos patronímicos. Como, aliás, consta do pedido inicial (fl. 3, *item b, in fine*) e da sentença apelada (fls. 150 *item 5*).

A omissão tão criticada pelos réus-apelantes se confunde, assim, na sua natureza, essência e fim, com a pertinência do pedido que, *ex-vi-legis*, configura a *propriedade da ação*, bem proposta.

4. As três outras preliminares, das quatro que são objeto do agravo no auto do processo, não merecem também qualquer provimento.

4.1. As certidões de nascimento reclamadas foram, como determinado no despacho saneador (fl. 81 item 3), juntas aos autos (fls. 130/131). E, ademais, estavam *antes* inseridas à fls. 6 dos autos do processo em apenso (n.º 27.612), conforme respectiva certidão, aí exarada, e em atendimento ao despacho de fl. 11, dos mesmos autos, foram desentranhadas para serem anexadas ao processo principal (fls. 130/131, *cits.*).

4.2. A conexão entre a ação de investigação de paternidade proposta e a de alimentos em apenso é manifesta e indisfarçável. A simples possibilidade de julgamentos contraditórios entre esta ação, de caráter declaratório e mandamental, e aquela — de alimentos — em que o parentesco consanguíneo foi o pressuposto fundamental dos alimentos reclamados e julgados devidos, já então por decisão confirmada por esta egrégia 5.^a Câmara Cível e transitada em julgado, tornava aconselhável, por elementar prudência, o processamento por dependência. Princípio que, do mesmo modo, firmou a competência desta egrégia Câmara para o julgamento do presente recurso de apelação.

Por sinal, o disposto no art. 138 do Código de Processo Civil, com clareza solar, determina a competência censurada pelos agravantes-apelantes.

4.3. No que concerne à quarta e última preliminar objeto do agravo no auto do processo — imoralidade e ilicitude do interesse dos apelados — bem andou o ilustre Dr. Juiz prolator do *despacho saneador* (fls. 81/82) deixando-a para apreciação na decisão do mérito do pedido, ao qual, *per se*, estava intimamente ligada.

Decidir, no *despacho saneador*, dessa *legitimatío ad causam* envolveria prejulgamento do mérito, por todos os motivos descabido ante a natureza e fins próprios da ação de investigação proposta.

Útil e pertinente lembrar, neste passo, a lição do preclaro PONTES DE MIRANDA de que “nada que é mérito pode ser objeto de saneamento processual” (“*Código de Processo Civil*”, vol. II, ed. Forense, 1947, pág. 404). Reafirmada, mais adiante, com objetiva aplicação a este caso concreto, ao prevenir que “a legitimação *ad causam* é mérito e ainda constitui resquício da concepção privatística do processo o tê-la como requisito da relação jurídica processual” (obra *cit.*, pág. 405).

5. A última das preliminares suscitadas pelos apelantes não se prende ao *agravo no auto do processo*. Foi levantada como matéria prejudicial em face da juntada, feita às fls. 130/131, das certidões de nascimento dos apelados sem audiência especial dos réus, ora apelantes.

Improcedente, como as outras, esta preliminar. As certidões referidas foram desentranhadas do processo de gratuidade em apenso, a que já aludimos. Delas tinham, necessariamente, conhecimento os réus-apelados. Antes,

muito antes da sua juntada. Em verdade, mero ato formal, quase cartorário, de transferência de um processo para o outro. Do apenso para o principal. Certidões, por sinal, expressamente citadas na réplica (fl. 73, parte final) e no despacho saneador (fl. 81, item 3).

Não houve, portanto, para os réus-apelantes qualquer surpresa com a mudança dessas certidões de um para outro processo. É, muito menos, qualquer prejuízo, certo que além de as conhecerem eram o *punctum saliens* da demanda, objetivando a sua complementação quanto à paternidade e aos apelidos do pai, nelas omissos e, por isso mesmo, ensejando a propositura da ação investigatória, que, como se disse, é de caráter *declaratório* e *mandamental*.

Hodiernamente, só há declaração de nulidade em havendo prejuízo à parte contrária. Todo o Direito Processual funda-se hoje no magno princípio — *pas de nullité sans grief*.

Desde que, ainda que por outra foram e em outro processo (apenso), os réus-apelados tinham conhecimento dessas certidões, nenhum prejuízo sofreram com o seu desentranhamento de um para juntada em outro. A nulidade argüida é, dessarte, improcedente. E, pois, não merece provimento algum a pretensão dos apelantes da sua decretação, em grau do recurso, para tornar sem efeito jurídico-processual todos os atos posteriores ao despacho de fl. 129.

Mérito

6. É pacífico, desde o advento da Lei n.º 883, de 21 de outubro de 1949, o direito de ação do FILHO, ilegítimo ou espúrio, qualquer seja, para que se lhe declare a filiação. A *conditio sine qua non* restritiva única é que a SOCIEDADE CONJUGAL ESTEJA DISSOLVIDA.

6.1. Enquanto, sob o influxo talvez do princípio holorento do antigo direito francês, — “*la recherche de la paternité est interdite*” — o nosso Código Civil dispensava tratamento diverso aos filhos *legitimi* e aos *spurius* (adulterinos e incestuosos), só àqueles facultando direito de demandar para o reconhecimento da filiação (Cód. Civil Bras., art. 363), a legislação nova, supra referida, consubstanciada na citada Lei 883, de 1949, revogou, clara e indiscutivelmente, a limitação dessa faculdade AOS FILHOS ILEGÍTIMOS. Tanto que, sem qualificar O FILHO, como o fazia o Código Civil, para o exercício do direito da ação de reconhecimento da sua filiação, deu-lhe êsse direito de ação. Direito outorgado AO FILHO. Assegurado a QUALQUER FILHO. Bastando, *ipso jure*, a simples condição de FILHO para legitimar a demanda. A *contrario sensu*, não apenas aos FILHOS ILEGÍTIMOS, como antes, no Código Civil.

Nesse sentido, com evidência diáfana, *in expressis verbis*, dispõe a Lei referida, de n.º 883, em seu art. 1.º:

“DISSOLVIDA A SOCIEDADE CONJUGAL (o grifo é nosso), será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio E, AO FILHO (grifo nosso também), a ação para que se lhe declare a filiação.”

6.2. Do texto claro dessa disposição legal vigente, em contraposição à condição de arreto de ação assegurada tão somente ao FILHO ILEGÍTIMO, pelo art. 363 do Código Civil, duas conclusões se impõem, inconcussas, na aplicação desse direito novo ao caso concreto *sub judice*:

1.^a o direito de ação cabe AO FILHO, não se exigindo mais a sua qualidade de ILEGÍTIMO, donde força convir o *espúrio*, ou o *adulterino* ou *incestuoso*, porque, quer um quer outro, tem a *condição de filho*, não se pode negar a *legitimatío ad causam* para o exercício desse direito de ação de reconhecimento e declaração de filiação;

2.^a a única restrição imposta, *ex-vi-legis*, para o exercício desse direito de ação, facultado a *qualquer filho*, é que a *sociedade conjugal esteja dissolvida*.

6.3. Assim sendo, *legem habemus* para, aplicando o Direito ao Fato, sendo reconhecida a paternidade investigada pelos apelantes, menores ALICE e CARLOS, se lhes declare a filiação nos respectivos assentamentos de seus nascimentos, mediante a competente averbação de que são, ambos, filhos do falecido MARIO DA SILVA E SOUZA, como com acerto e juridicidade bem sentenciou o Dr. Juiz *a quo*.

6.4. Na interpretação da Lei n. 883, em seu conteúdo, extensão e profundidade, as mais recentes decisões do colendo Supremo Tribunal Federal pontificam que não há como se falar em *illegitimatío ad causam* quando, dissolvida a sociedade conjugal, o filho adulterino *a matre* investiga a sua paternidade.

Em incisivo acórdão, por unanimidade de votos, no recurso extraordinário n.º 56.892, de 18 de maio de 1965, o Pretório Excelso, confirmando decisão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proclamou que

“o filho adulterino *a matre* não está impedido de investigar a paternidade, segundo deflui a Lei 883 (art. 1.º)”;

e, mais, endossando o acórdão recorrido do referido Tribunal do Estado do Rio, salientou:

“... aqui abraçamos a teoria dos autores invocados, por irrefragável o cunho de realidade que o caracteriza”;

concluindo:

“Os adulterinos *a matre*, à vista do exposto, “são titulares do estado de legitimidade”.

“Não é desnecessário lembrar o fator moral a influir nas soluções das delicadas questões do direito de família: “o filho reconhecido, *embora adulterino* (o grifo é nosso) não mais viria

perturbar a vida do casal, porque a *sociedade conjugal desapareceu com a morte* (grifo nosso) ou com a ausência prolongada e comprovada do marido.

O direito é condição de existência e solidariedade humana".

"No caso dos autos, a decisão recorrida reconheceu como provado que o investigante nasceu de relações adúlteras de sua genitora com o investigado. Dentro do *sentido inovatório, e dos generosos propósitos da Lei 833*, não há como negar a possibilidade do reconhecimento do filho adúltero *a matre*, mesmo sem que haja contestação de legitimidade por parte do cônjuge varão" (in "Revista Trimestral de Jurisprudência", vol. 33, julho de 1965, pág. 164 e "Revista de Direito" (do M.P. deste Estado), vol. 2, 1967, págs. 174/176).

7. Todavia, tão só *ad argumentandum e ex absurdo*, admitamos que se não tenha como permissível o exercício desse direito a quaisquer filhos, por hermenêutica de apêgo ao rigorismo literário daquela lei velha, de mais de meio século, em todos os sentidos e sob todos os aspectos superada, sobretudo quanto ao Direito de Família.

7.1. Ainda assim, o caso concreto tem características *sui generis*, a nosso ver. Não apenas decorrentes de razões de fato, mas de Direito. Razões *de fato e de jure* que nos levam a opinar pelo não provimento do apêlo e, em consequência, pela integral confirmação da sentença apelada, que se nos afigura perfeita, de fundo e de forma.

8. Ocioso nos parece insistir, *in casu*, no fato reiteradamente comprovado, de modo irrefutável, de que os apelados são, em verdade, filhos do falecido MARIO DA SILVA E SOUZA.

Existe, nesse sentido, escrito idôneo e inequívoco de investigado que gera certeza e convicção quanto à paternidade investigada.

9. A respeito, porém, de Direito não se pode ter outra conclusão. Máxime neste Tribunal, onde em judicioso acórdão prolatado no processo em apenso (apelação cível n.º 40.696 na ação ordinária de alimentos em que são autores os mesmos menores ora apelados), de que foi relator o eminente Des. Moacyr Rebêlo Horta, à unanimidade, foi decidido que há "declaração escrita do próprio punho do réu-apelante (o falecido Mário da Silva e Souza, ora investigado), como êle próprio o reconhece em seu depoimento pessoal de fls. 68-verso, fazendo certa a paternidade dos referidos menores (ora apelado), como se vê de fls. 5 dos autos em apenso" (in *verbis*, fl. 121 do 5.º apenso da ap. cível n.º 12.871). Acórdão que vale como uma *sanctio juris* à filiação reconhecida aos menores ora apelantes.

Logo, tendo êsse acórdão reconhecido judicialmente os apelantes como filhos certos do ora investigado, não há mais como nem porque discutir-se sobre tal decisão. Porque, transitada em julgado, só em ação rescisória poderá ser negada e tornada inoperante. Sem essa via, *de jure* os apelantes são, por declaração judicial competente, filhos reconhecidos do investigado.

espúrios pouco importa, mas FILHOS COM DIREITO À PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS.

10. Ante essa situação juridicamente constituída de *coisa julgada* é possível, sem por via competente de ação rescisória daquele citado acórdão, desta egrégia Câmara, negar-se como pretendem os apelantes, uma paternidade que já foi judicialmente proclamada e já produziu e vem produzindo efeitos? Em nome de que? Do rigorismo da inteligência de sentido literário de texto legal do Código Civil, de 1.º de janeiro de 1916, em desacôrdo com a realidade atual e gritante de costumes radicalmente opostos aos daquele passado, onde o Direito se socializou e a Ordem Pública e a Justiça Social vivificaram a Lei, através da Jurisprudência dominante?

Esta é, a nosso ver, a questão que lateja nessas interrogações que emergem das páginas sensíveis destes autos. Mais sensíveis ainda porque integrante de um processo de Justiça Gratuita, onde *dois filhos sem nome* pedem ao Judiciário, que já lhes reconheceu a VERDADE quanto ao pai, em luminoso acórdão desta egrégia Câmara, deixem de ter em seus assentamentos de nascimento a FALSA DECLARAÇÃO de que são *filhos de pais ignorados*.

Desfocalizar o litígio dêsse prisma humano, de inegável Justiça Social, é não só negar o Direito declarado naquela *coisa julgada* — o que seria aberração jurídica senão despautério flagrante — como, com *decisão contraditória do mesmo Tribunal*, desprestigiá-lo, com tal pronunciamento antagônico sôbre o mesmo fato, o Poder Judiciário na coerência e uniformidade jurisprudencial que devem promanar das suas manifestações.

11. A sentença apelada louva a si mesma, pelos seus próprios fundamentos jurídicos e humanos. Merece integral confirmação. Mais que isso: referências elogiosas. O seu brilhante prolator proferiu decisão admirável, de forma e de fundo, em seu conteúdo e efeitos, mais que de alcance individual de extensão social.

As contra-razões dos apelados honram à Defensoria Pública do Ministério Público dêste Estado, e, por seus próprios e jurídicos fundamentos, as fazemos parte integrante e complementar dêste parecer.

12. Dar provimento ao apêlo seria, *contra legem*, revogar os jurídicos efeitos da *coisa julgada* daquela ação de alimentos. Ação de alimentos, porém, de indesligável e íntima conexão com a presente. Tanto que, negado o direito ao reconhecimento da paternidade já declarada por via judicial, envolverá denegar, de plano, o direito dos menores apelantes de serem alimentados com os recursos deixados por seu falecido pai. Recursos que não são de ordem pròpriamente patrimonial, mas de pensão *post mortem*, que tem sentido nìmiamente assistencial e previdenciário. Onde cabem os alimentos como, com rara felicidade, tão bem resolveu o ilustre Dr. Juiz signatário do despacho de fls. 200/204, que também merece o endôso e aplauso desta Procuradoria.

13. Salvo melhor juízo, sem entrarmos *de novo* no mérito do fato que constitui a base irrecusável do pedido da ação *sub judice*, pelos fundamentos

expostos, afigura-se-nos que, *realisticamente*, a confirmação da sentença apelada é corolário natural e lógico do aludido acórdão desta egrégia Câmara. Que, anteriormente, já declarou, embora para efeito de alimentos, que, em depoimento pessoal e expresso reconhecimento de escrito de seu próprio punho, o investigado, êle próprio, confessou a paternidade que os seus herdeiros ora apelantes alegam inexistir.

É justo que os inocentes menores apelantes continuem sendo identificados, pela vida afora, apenas como ALICE, ela e CARLOS, êle, *quando a Justiça em decisão transitada em julgado* já decidiu, soberanamente, que êles não são filhos de "*pais ignorados*" (como está nas certidões de fls. 130/131) mas têm um *pai confesso, conhecido e reconhecido*, que é o investigado, MARIO DA SILVA E SOUZA?

Em nome de filigranas e subtilezas de legislação ultrapassada?

Não cremos nessa hipócrita subserviência legal. Especialmente à lei modificada, em grande parte, por outras posteriores, de caráter jurídico-social. E, sobretudo, pela Jurisprudência, essa Lei Maior que, por sua ação dinâmica e perseverante, reforma tôdas as outras e as vai, cada dia e cada vez mais, reavivando, polindo-lhe as arestas e aprimorando os seus textos não revogados ainda por lei nova, mas já divorciados da Equidade e da Realidade. Lei que, em face da conjuntura, se tornou ou vai tornando letra morta por força do consenso geral das consciências juridicamente formadas. Útil e pertinente citar, aqui, nesse sentido do valor dinâmico da Jurisprudência, o acórdão prolatado em 26 de setembro de 1967 no caso semelhante julgado pela egrégia 8.^a Câmara Cível, na apelação cível n.º 54.230, onde, *in verba magistri*, com sinceridade foi superiormente sentenciado:

"Quando a lei em sua imutabilidade se distancia do fato social, cabe à Jurisprudência a função de harmonizá-los, de acôrdado com a evolução do direito" (*in* "Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara", vol. 21, ano VIII, 1969, pág. 138).

14. A posição do Ministério Público — de "Magistratura de pé" — não pode ser a de um mero espectador na trama das lides forenses. É a de Promotor da Justiça. Da Justiça que a tudo sobrepára. Que não é, nem pode, nem deve ser um ideal de contemplativo. Porque a consecução dêsse ideal exige, pelo contrário, milícia ativa.

Por isso, neste caso concreto, onde há muitos precedentes judiciários bem citados, opinamos pela integral confirmação da decisão apelada. Principalmente, porém, porque em favor dos menores apelantes *legem habemus* — a Lei n.º 883, de 21 de outubro de 1949, que radicalmente alterou as obsoletas disposições do Código Civil.

Pelo não provimento do apêlo é, enfim, o parecer que, *sub censura*, temos a honra de submeter à douda apreciação dos eminentes Desembargadores dessa egrégia Câmara.

Rio de Janeiro, GB, 15 de abril de 1971.

ARNALDO RODRIGUES DUARTE
5.º Procurador da Justiça

USUCAPIÃO. AÇÃO NÃO CONTESTADA MAS JULGADA IMPROCEDENTE

Ação de usucapião. Decretação da sua improcedência, embora a lide não tenha sido contestada. Inexistindo aquisição *a non domino*, o titular da propriedade regularmente transcrita no Registro de Imóveis não pode pretender mais a declaração por sentença de domínio pela posse qualificada.

1. Embora sem contestação, a ação de usucapião foi, pela sentença de fls. 210-211, julgada improcedente por falta de objeto: "... a ação de usucapião não tem objeto. As autoras são proprietárias incontestadas do imóvel usucapiendo (Rua Sebastião Lacerda, 70). Pertence-lhes, não só o domínio útil, como o domínio direto, estando o seu e os títulos dos seus antecessores regularmente transcritos desde 1908 (fls. 120). Declarar-lhes a propriedade, como pretendem, seria dar à sentença, por absurdo, caráter homologatório do domínio já adquirido, material e formalmente."

2. Assim também já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais em acórdão de 26 de setembro de 1936, do qual vale destacar, pela inteira aplicação ao presente caso, o voto proferido no julgamento pelo preclaro Ministro OROZIMBO NONATO, então Desembargador (v. "Revista Forense", vol. 69, pág. 121):

"A questão dos autos consiste em saber se, apesar de título transcrito, pode alguém pretender mais a declaração por sentença de domínio pela posse qualificada sobre determinado imóvel.

Penso que o Juiz decidiu bem, inclinando-se a resposta negativa.

A pretensão de ser dono pelo usucapião descombina com o título transcrito, pois a transcrição é também modo de adquirir a propriedade. E não se pode adquirir o já adquirido.

Quanto ao usucapião ordinário, fala, é certo, a lei em justo título. E se êste é, na definição lapidar de LAFAYETTE, o título hábil, em tese, para transferir o domínio, a transcrição, se se trata de aquisição derivada, é elemento claramente exigível. LAFAYETTE:

“O justo título deve ser:

- a) válido, isto é, passado com as formalidades substanciais;
 - b) certo e real;
 - c) transcrito no registro geral da comarca...”
- (“Dir. das Cousas”, § 68, pág. 163).

E CLOVIS BEVILAQUA:

“Título é o fundamento do direito. Em relação ao domínio é o fato jurídico pelo qual a propriedade se adquire ou transfere. O título deve ser justo, segundo as formas de direito. Entre essas formas está a transcrição a respeito dos atos declarados nos arts. 531 e 532.

(“Cód. Civil Coment.”, vol. 3, pág. 84).

Tudo isso é certo. Necessário, porém, se torna lembrar que o justo título exigido no usucapião ordinário, se é próprio, *em tese*, para transferir o domínio, deixa de o ser *na hipótese*. Do contrário, seria supérfluo recorrer ao usucapião, bastando, naturalmente, o título. Se justo título fôsse o título eficaz em tese e na hipótese, “la usucapión ordinaria resultaria inútil, pues concedería la adquisición de una cosa ya adquirida.”

(ALAS, “De la Usucapión”, pág. 207, *in fine*).

Configura-se no caso, geralmente, a aquisição *a non domino*. E, em doutrina, quando ocorre tal hipótese, a existência de título registrado não deve obstar à declaração de usucapião. Declarando o imóvel usucapto, pode então o Juiz, a pedido da parte, determinar com o registro de sua sentença o cancelamento do registro do título de aquisição *a non domino*. Compreende-se, porém, que, no caso figurado, deve haver alegação e prova da aquisição *a non domino*, o que não ocorreu no caso dos autos.”

3. De igual modo proclamou o Supremo Tribunal Federal:

“Ninguém pode pretender o domínio, simultaneamente, pela prescrição aquisitiva e pela transcrição do título.” (Acórdão de 30 de dezembro de 1949 da 2.^a Turma, *in* “Revista Forense”, vol. 131, pág. 53).

4. É indubitável que o direito criou a *prescrição ordinária* para revellar as aquisições *a non domino*.

5. A aquisição das autoras, resultante de escritura pública lavrada em 1926 e no mesmo ano transcrita no Registro de Imóveis (v. fls. 10 e

16), não foi feita *a non domino*. Pelo contrário, reveste-se de toda a legitimidade, sem objeção alguma de quem quer que seja.

6. O domínio útil do imóvel está transcrito desde 13 de agosto de 1926 em nome das autoras numa continuidade de registro absoluta, contra a qual não há qualquer arguição. Só na certidão de fls. 120 está provada uma perfeita cadeia sucessória de quase 60 anos com 5 transmissões onerosas sucessivas até o registro atual das autoras, todas devidamente transcritas no Registro de Imóveis (1.º-2-1908, 17-I-1913, 25-9-1913, 5-7-1921 e 13-8-1926). Para efeito do pagamento do imposto predial, o imóvel foi lançado, no competente departamento fiscal, em nome dos antecessores das autoras a partir de 1865 (v. certidão de fls. 8).

7. Foreiro o imóvel ao Estado da Guanabara, o domínio direto somente será transferido ao proprietário do respectivo domínio útil (v. art. 36 do Decreto Municipal n.º 9.413, de 16-11-1948). O Estado da Guanabara, em vista do seu cadastro e diante da força probante dos assentamentos do Registro de Imóveis atribuindo às autoras o domínio útil, transferiu-lhes o domínio direto pelo título de fls. 25, outorgado em 10 de julho de 1959.

8. “Nesta conformidade, a ação de usucapião não tem objeto” — sentenciou com a segurança habitual o ilustre titular do Juízo Dr. Antônio Paulo Soares de Pinho (v. fls. 210v), julgando dêsse modo improcedente a ação de usucapião. É que, como ressaltou a sentença de fls. 210v, “o exame dos autos revela desde logo que as requerentes têm título de propriedade, quer do domínio útil, quer do domínio direto, do imóvel usucapiendo, não sendo, também, a posse que sobre o mesmo exercem contestada de forma alguma.”

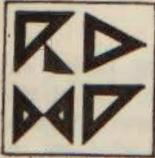
9. O despacho saneador de fls. 204v, de acordo com os melhores princípios, decidiu somente sobre a *legitimatío ad processum*. Com efeito, no despacho saneador não se discute matéria de ilegitimidade *ad causam*, que pertence ao mérito. Referindo-se somente à *legitimatío ad processum*, o despacho saneador de fls. 204v, com todo o acerto, remeteu a matéria relativa à *legitimatío ad causam* para a decisão final, por estar ligada ao mérito da demanda. Daí se vê que não se aplicam ao caso destes autos os arestos alinhados a fls. 218-221, decidindo que o Juiz não pode reabrir na sentença final matéria que já se tornara preclusa por ter sido resolvida no despacho saneador.

10. A ação de usucapião foi julgada improcedente, o que somente poderia ser decidido — como foi — na sentença final. O mais que consta da sentença de fls. 210-211 — desvalia do pedido no concernente à ação de usucapião, mas aproveitamento das provas produzidas nos autos para determinação da retificação das dimensões constantes da transcrição de fls. 16 conforme autoriza a legislação vigente (Código Civil, art. 860; Decreto n.º 4.857, de 1939, art. 227), constitui assunto somente pôsto em pauta pelo Dr. Juiz depois que a sentença, decidindo a causa nos termos em que foi colocada pelo despacho saneador, deixou de dar pela procedência da ação de usucapião.

11. Só elogios merece o ilustre Dr. Juiz, pois, podendo-se limitar à decretação da improcedência da ação, ainda determinou a medida retificadora de registro que resolve efetivamente as dificuldades das autoras. É que, acima de tudo está a boa aplicação da Justiça. Em nosso sistema processual, "o Juiz não se reduz a mero espectador do ordálio judiciário. O Juiz é o Estado administrando a Justiça; não é um registro passivo e mecânico dos fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da Justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no Juiz que um tal interesse se representa e personifica." (FRANCISCO CAMPOS, Exposição de Motivos que antecedeu o projeto que se transformou no atual Código de Processo Civil).

LUIZ POLLI

2.º Curador de Registros Públicos



JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência Cível

ACIDENTE DO TRABALHO

Ação de Acidente do Trabalho. Exaustão da Instância Administrativa, nos termos impostos pelo Decreto-lei n.º 893/1969, Art. 1.º, II (Art. 15 e § 2.º da Lei n.º 5.316/67).

II. Carece o Decreto-lei 893/1969 de prévia regulamentação para se tornar exequível, no que se refere ao ingresso do infortunado em juízo.

III. Mantendo o aresto recorrido a decisão de 1.º grau que impusera ao acidentado, como condição processual, a apresentação de prova da exaustão da instância administrativa, contrariou a Constituição, art. 153, §§ 4.º e 2.º, justificando o conhecimento e o provimento do extraordinário fundado no art. 119, III, a, daquela Carta.

Recurso provido.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

N.º 72.071

Guanabara

Recorrente: Aldir Rodrigues da Silva
Recorrido: Instituto Nacional de Previdência Social

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Brasília, 1 de setembro de 1971. —
Aliomar Baleeiro, Presidente — Carlos Thompson Flores — Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Thompson Flores — perante a 1.ª Vara de Acidentes do Trabalho da Guanabara, ajuizou o recorrente, em 15/6/1970, contra o recorrido ação de acidente, visando reparação pela incapacidade permanente e parcial, oriunda de mal sofrido em 11 de abril daquele ano.

2. A inicial, todavia, foi, vestibularmente, indeferida, porque não comprovava o infortunado haver exaurido a pretensão na instância administrativa, fls. 2.

3. Agravou o recorrente, fls. 5/7.

Processado o recurso, com o parecer contrário do Ministério Público, fls. 20, resultou desprovido pelo Eg. Tribunal de Alçada, em acórdão unânime de sua 1.ª Câmara Civil, datado de 17/11/70, e assim ementado, fls. 22:

“Indispensabilidade de via administrativa. Não há vulneração de texto constitucional.”

4. A tempo manifestou o autor recurso extraordinário, fls. 25/6.

Admitido pelo despacho de fls. 38/41, após a impugnação de fls. 35/6, ensejou as razões de fls. 43/7, instruídas com as cópias de fls. 48/62, 66/7, bem como 70/90.

5. Parecer da douta Procuradoria Geral da República, subscrito pelo Procurador A. G. Valim Teixeira, e aprovado pelo Procurador Geral, Xavier de Albuquerque, pelo não conheci-

mento, com a seguinte fundamentação, fls. 95/8:

"Inconformado, o autor manifestou recurso extraordinário, com fulcro na letra "a" do permissivo constitucional, sustentando que o aresto recorrido, assim decidindo, teria violado os arts. 153, § 4.º; 165, inciso XVI; 142, § 2.º, da Constituição Federal, porque ter-se-ia:

- a) negado competência à justiça ordinária para julgar os litígios relativos a acidentes do trabalho;
- b) excluído da apreciação do Poder Judiciário lesão de direito individual; e
- c) negado ao trabalhador o direito a seguro contra acidentes do trabalho.

Sem razão o recorrente. Relativamente aos itens *a* e *c* de sua argumentação, o recurso não merece maiores apreciações, visto que não se afirmou, em nenhum passo, que não era da competência da justiça ordinária o julgamento dos litígios decorrentes de acidentes do trabalho e nem se negara, ao trabalhador, o direito a seguro contra acidentes do trabalho. Trata-se, pois, de matéria que, não abordada pelo acórdão recorrido, não dá margem ao apêlo extraordinário manifestado (Súmula n.º 282).

Quanto à afirmativa do recorrente, consistente em que seria inconstitucional a restrição, determinativa do esgotamento da via recursal administrativa da previdência social, para ingresso em Juízo, a matéria, embora apresente alguma relevância, não tem, também, procedência.

A exigência contida no Decreto-lei n.º 893/69 não fere qualquer

direito individual, nem exclui da apreciação do poder judiciário qualquer lesão ao mesmo. O nôvo texto legal apenas disciplinou o exercício do direito de demandar em ações de acidente do trabalho, estabelecendo, apenas, uma condição de procedibilidade, para ingresso em juízo, perfeitamente admissível.

Não preenchida a condição esta-tuída no Decreto-lei n.º 893/69, não podia a acidentado exercer a ação, que só nasce do momento em que se consubstancia a decisão final da Previdência Social. Tem, assim, o acidentado o direito, mas não pode exercê-lo, judicialmente sem o implemento da condição imposta.

Na doutrina e na jurisprudência não se põe em dúvida a constitucionalidade da jurisdição administrativa. O Exmo. Sr. Ministro Bilac Pinto, *in* Estudos de Direito Público, págs. 285, 286, 293, salienta que "O Supremo Tribunal Federal tem julgado, em várias oportunidades, que os tribunais acatam em princípio, como verdadeiras, as decisões administrativas de caráter técnico", citando como exemplo o Tribunal Marítimo Administrativo.

Quanto à jurisprudência, basta citar recente acórdão prolatado pelo Excelso Pretório no Conflito de Atribuição n.º 5.334 — PE — RTJ-56 — págs. 80/85 — em que se afirmou a submissão obrigatória à instância administrativa, para o ingresso em Juízo, quando assim prescrito em lei. De se destacar o voto do Exmo. Sr. Ministro Djaci Falcão, no deslinde daquele feito: "Tem-se aí a apreciação técnica na instância administrativa, como ocorre, *verbi gratia*, com o Tribunal Marítimo Administrativo. É o Estado propiciando

a conciliação ou a reparação na esfera administrativa. Isso não impede, contudo, o socorro oportunamente ao Poder Judiciário, para que se efetue o devido reparo do direito porventura violado na instância administrativa.

Entendemos, assim, que a exigência contida no Decreto-lei n.º 893/69, no sentido de esgotar-se a via recursal administrativa antes da propositura da ação acidentária, não fere qualquer direito individual, não padecendo, pois, de eiva de inconstitucionalidade, por não excluir da apreciação do poder judiciário lesão de direito.

Dêsse tratamento da matéria pela doutrina e pela jurisprudência, a autarquia recorrida ofereceu nos autos um excelente estudo, conforme se vê das suas contra-razões, o que basta ao desacolhimento do recurso.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Thompson Flores — (Relator) — Senhor Presidente.

Dei especial preferência ao presente recurso, porque não só cuida êle de ação acidentária, mas a matéria nêle debatida envolve palpitantes questões constitucionais sôbre as quais não se harmonizaram as Côrtes locais, com as mais ruinosas conseqüências sociais, aguardando os interessados, com ansiedade, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, onde se processam mais de uma centena de recursos idênticos.

Cabe, pois, a êste Plenário dirimir, de vez, a imprecisão que lavra na aplicação das disposições da lei Federal, postas em confronto com a Carta Magna.

2. Assentou o excepcional no art. 119, III, *a*, da Constituição. Sustenta

que o aresto recorrido, exigindo, como a sentença, que o acidentado exaura a instância administrativa antes do ingresso no Juízo, no qual, vestibularmente, deve fazer tal prova, contrariou os arts. 142, § 2.º, 153, § 4.º e 165, XVI, daquela Carta.

3. Para admitir o procedimento judicial, visando responsabilizar o recorrido como segurador do acidente do trabalho, que se diz passível o recorrente, os decisórios de 1.º e 2.º grau impuseram-lhe a exibição da prova imposta pelo § 2.º do art. 15 da Lei n.º 5.316, de 14/9/67, com a redação que lhe atribuiu o art. 1.º, II, do Decreto-lei n.º 893, de 26/9/69.

Poderiam fazê-lo, com a amplitude que lhe atribuíram?

Minha resposta é negativa, nos termos em que foi posta a pretensão do inconformado.

4. Com efeito.

Procurando dar melhor cumprimento ao direito do trabalhador, inculcado na Carta de 1967, art. 157, XVII, o qual já vinha da Constituição anterior, art. 157, XVII, atribuiu a Lei n.º 5.316/67 à Previdência Social o monopólio do seguro obrigatório de acidente do trabalho, versado naqueles preceitos.

Por isso dispôs:

“Art. 1.º O seguro obrigatório de acidentes do trabalho de que trata o art. 158, item XVII, da Constituição Federal, será realizado na previdência social.

Parágrafo único. Entende-se como previdência social para os fins desta Lei, o sistema de que trata a Lei n.º 3.807, de 26 de agosto de 1960, com as alterações decorrentes do Decreto-lei n.º 66, de 21 de novembro de 1966.”

E, revogando, expressamente, a Lei n.º 293/67, art. 4.º, a qual regulava a matéria sôbre acidentes do traba-

lho, estatuiu novo procedimento judicial, art. 15 e seus parágrafos.

Mais, explicitamente, fixou prazo e limites para sua regulamentação, art. 41, a qual teve cabal cumprimento com o advento do Decreto n.º 61.784, de 28/11/67.

Vazado em noventa e quatro artigos, muitos dos quais desdobrados em parágrafos, incisos e alíneas, minuciou tôda a matéria, procurando tornar exequível o pesado encargo atribuído ao recorrido.

Todavia, embora transferindo a responsabilidade à Previdência, como seguradora dos riscos pelo infortúnio do trabalho, perdurava, sem maiores alterações, com respeito aos segurados, a via adequada para pleitearem, perante o Poder Judiciário, os direitos daí emergentes.

Leve observação do Regulamento aludia ao *dissídio* sôbre sua aplicação, para originar a demanda. É o que dispõem os arts. 54, 65 e seus parágrafos, *verbis*:

“Art. 54. Haverá procedimento judicial no caso de dissídio decorrente da aplicação dêste regulamento.”

“Art. 65. No caso de morte resultante do acidente, recebido o inquérito policial, o Juiz intimará o INPS a informar, no prazo de 5 (cinco) dias, sôbre a habilitação dos dependentes e a concessão a êles das prestações cabíveis.

§ 1.º Concedidas pelo INPS as prestações cabíveis, e ouvidos os dependentes, o Juiz determinará o arquivamento do inquérito.

§ 2.º Se o INPS não tiver concedido as prestações cabíveis, o Juízo abrirá processo e marcará audiência de acôrdo.”

5. A questão surgiu com o advento do Decreto-lei n.º 893/69, quase dois anos após a execução daquele clássico sistema processual.

Inovou-o, e, radicalmente, com a redação que introduziu ao art. 15, parágrafos e alíneas, da Lei n.º 5.316/67, bastando compará-los.

E, fazendo-o, estabeleceu a exigência ora objeto de discussão, consubstanciada em o *caput* e seu § 2.º, *verbis*:

“Art. 15. O acidentado, seus beneficiários, a empresa ou qualquer outra pessoa poderão, diretamente ou por intermédio de advogado, mover ação contra a previdência social para reclamação de direitos decorrentes desta lei.

§ 2.º Das sentenças finais nas ações de acidentes do trabalho sômente caberá agravo de petição, que terá preferência no julgamento pelos tribunais.”

6. Penso que não se faz mister enfrentar a tese da inconstitucionalidade de tais disposições, ao introduzirem, como condição do procedimento judicial, a exaustão da instância administrativa.

É que, no meu entender, o desfêcho da questão pode ser alcançado, por caminhos outros, os quais, na lição dos doutrinadores, aceitos nos tribunais, merecem preferência daqueles que rumam pela declaração da inconstitucionalidade das leis.

Demais, a exigência do prévio apêlo à Administração, *per se*, compreendido, sem exageros, sem radicalismo, de modo a não originar abusos, sempre foi aceite, como sem afronta à garantia individual, a qual, vindo das Constituições anteriores, de 1946 e 1967, mantém-se íntegra no art. 153, § 4.º, da vigente, 1969.

Nessa conformidade estão julgados vários desta Côrte, dos quais permitome rememorar os mais expressivos: RE ns. 8.724, 19.656, 19.887 e 31.214; e os MS ns. 998 e 1.904; dêles participou como voto vencedor o eminente Ministro Luiz Gallotti, sendo Relator

do terceiro dêles, datando o acórdão de 19/6/52 (R.D.A., v. 38, págs. 66/9).

7. Sucede, porém, que as disposições em comentário, do Decreto-lei 893, aplicadas como o foram, de pronto, com o seu frio e absoluto sentido gramatical, impondo condição para cujo cumprimento inoçorem, nem sistema adequado, nem procedimento administrativo que resguarde os interesses do segurada, arrebatando-o do apêlo ao Judiciário, certo, claramente, contrariou a garantia antes referida do art. 153, § 4.º, em conjugação com o seu § 2.º, ambos da Carta em vigor.

É que as normas em cogitação, do Decreto-lei n.º 893, no que respeita à condição da ação de acidente, exaustão da via administrativa, carecia de regulamentação, sem a qual, nesse passo, era inexecuível. E tornada obrigatória pelas instâncias ordinárias, com os julgados ora impugnados, importou na flagrante afronta às garantias constitucionais referidas, máxime para assegurar as indenizações, de cunho alimentar, ou seja, da própria vida, inerente.

Realmente.

A Lei n.º 5.316 foi cumprida e, cuidadosamente, regulamentada pelo Decreto n.º 61.784, ambos de 1967.

Inovada, e profundamente, aquela, com o advento do Decreto-lei n.º 893, sem préstimo se tornou sua regulamentação no que respeita ao procedimento judicial, máxime no que concerne à condição que introduziu.

O apêlo à Previdência Social que era, meramente, facultativo, na busca de pronta solução, passou a ser compulsório, condição do próprio direito de postular perante o Poder Judiciário, o qual, só então, poderia examinar da invocada lesão do direito do trabalhador acidentado.

Para assim dispor, e com fôrça de exequibilidade, manifesto é que carecia a Previdência de adequada preparação, tal a magnitude do encargo que

assumiu, e que, procurando solver, tornaria secundária a via judicial.

Sentindo a relevância dêsse tema social, foi sensível o Supremo Tribunal Federal quando, na apreciação do CJ n.º 3.893, deu pela inconstitucionalidade do art. 16 e §§, da Lei n.º 5.316, ao atribuir à Justiça Federal a solução dos dissídios decorrentes de acidentes do trabalho (R.T.J., vol. 44, págs. 360 e seguintes).

E, ao fazê-lo, reconhecendo caber à Justiça Estadual a solução de tais litígios, ainda que acionada a Previdência, levou, em alta consideração, a motivação pragmática, a qual consta dos votos dos eminentes Ministros Aliomar Baleeiro, Relator, e Eloy da Rocha, os quais largamente versaram o tema.

Não participei dêsse julgamento. Não desfrutava, então, da honra de integrar êste Tribunal, mas teria votado nesse sentido, compreendendo a realidade, da qual jamais se pode olvidar o juiz, pois é para solver os litígios que ela reflete que é chamado no exercício da sua nobre e alta função que o Estado o investe.

Todavia, não foi no necessário e desejável estado de preparação que o Decreto-lei n.º 893 encontrou a Previdência Social.

Com o próprio aparelhamento criado pela L.O.P.S., Lei n.º 3.807/60, e sua regulamentação através do Decreto n.º 60.501, de 14/3/67, visou solver o oneroso encargo, tomado com o monopólio do seguro, cobrindo os riscos do acidente do trabalho, e mais, cortando a exigência em comentário.

Para ilustração, cumpre rememorar os dados que colhi do relatório apresentado pelo Secretário Geral do Ministério do Trabalho, insertos no Diário Oficial e divulgado no Jornal do Brasil, de 19 do próximo passado, pág. 20. Consigna ôle que só no ano de 1970 foram registrados 1.218.396 acidentes contra 1.059.296 do ano ante-

rior, acentuando que das 890.512 empresas cadastradas, apenas 213.813 foram passíveis de inspeção.

8. Tudo está a mostrar, e de forma evidente, que, sem a prévia regulamentação do Decreto-lei n.º 893, no tocante à exigência nela introduzida para o ingresso perante o Poder Judiciário, e de tal forma que assegure aos acidentados a pronta solução de seus dissídios pelo infortúnio emergente do labor, no vasto território nacional, inviável se torna o seu cumprimento.

Por imposição menos gravosa aos trabalhadores vítimas dos riscos de sua atividade, quando se lhes apontou a Justiça Federal de 1.º e 2.º grau para solver seus litígios, tornou esta Corte ineficaz a exigência, através do julgado proferido no CJ n.º 3.893, o qual en-

sejou a Súmula n.º 501, certo que, impondo-lhes situação mais onerosa, a solução merece equivaler-se, é que, dando cumprimento as decisões impugnadas à condição processual, imposta por lei ainda inexecutável, obstando a apreciação de invocada lesão do direito individual, contrariaram elas, a um só tempo, duas garantias asseguradas da Constituição, as dos §§ 4.º e 2.º do art. 153.

9. Justifico, assim, o conhecimento do recurso e o seu provimento, para o efeito de, reformando as decisões objeto do presente recurso, determinar que seja processada a ação promovida pelo recorrente, independentemente da prova exigida de ter exaurido perante o recorrido a instância administrativa.

É o meu voto.

CHEQUE. CONVENÇÃO DE GENEBRA

Lei Uniforme sobre o Cheque, adotada pela Convenção de Genebra. Aprovada essa Convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna. Recurso extraordinário conhecido e provido.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

N.º 71.154

Paraná

Recorrente: Odilon Mello de Freitas.
Recorrido: Anibal Goulart Maia Filho.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por

unanimidade de votos, conhecer do recurso e lhe dar provimento.

Brasília, 4 de agosto de 1971. — Aliomar Baleeiro, Presidente — Oswaldo Trigueiro, Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Oswaldo Trigueiro — O Juiz da Terceira Vara Cível de Curitiba julgou Anibal Goulart Maia Filho carecedor da ação executiva que intentou contra Odilon Mello de Freitas, em razão da prescrição verificada de acôrdo com o art. 52 da Lei Uniforme sobre Cheque, adotada pela Convenção de Genebra, celebrada em 19 de março de 1931 (fls. 59).

Interposto agravo, veio êste a ser provido pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, ut acórdão de fls. 72 que determinou o prosseguimento da ação e está assim ementado:

“Cheque — Convenção de Genebra — Lei Uniforme — Inaplicabilidade na ordem interna, enquanto não promul-

gada legislação ordinária — Prescrição da ação — Carecedor da ação — Provimento do Agravo.

A Convenção de Genebra não afetou a vigência da lei brasileira sobre o cheque.

As convenções internacionais não têm o poder de modificar a legislação interna de cada nação participante.

Os tratados, as convenções internacionais, não são auto-executáveis, dependendo, para que entrem no quadro da legislação interna, de lei elaborada pelo Congresso. Para vigorar no Brasil a Lei Uniforme de Genebra, há necessidade de uma nova lei cambial, em substituição ao Decreto n.º 2.044, de 1908.

Permanecem vigentes as leis ns.... 2.044, de 1908, 2.591, de 1912, e demais leis posteriores que regulam a emissão, circulação e pagamento de letras de câmbio, notas promissórias e cheques".

Daí o presente recurso extraordinário, interposto com fundamento nas alíneas *a* e *d* do permissivo constitucional (fls. 76), no qual se alega negativa de vigência de tratado e dissídio com decisões do Supremo Tribunal e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, indicadas e transcritas às fls. 79/80.

Admitido pelo despacho de fls. 83, o recurso teve processamento regular.

Opinando pelo conhecimento e provimento do recurso, a douta Procuradoria-Geral da República emitiu o parecer de fls. 102, a que anexou trabalho doutrinário do ilustre professor Wagner Turbay Barreira.

VOTO

O Senhor Ministro Oswaldo Trigueiro (Relator) — A controvérsia que o presente recurso traz ao Supremo Tribunal diz respeito à vigência, no plano do direito interno, da Lei Uniforme sobre cheque, adotada pela Convenção de Genebra, de 1931, a que o Brasil aderiu. Essa Convenção foi apro-

vada pelo Congresso Nacional, sob a vigência da Constituição de 1946, mediante o Decreto Legislativo n.º 54, de 8-9-64, e promulgada pelo Decreto n.º 57.595, de 7-1-1966.

Os que entendem que essa incorporação depende ainda de legislação especial acentuam que, no sistema brasileiro, a lei só se revoga por outra lei, e que as nossas Constituições jamais consagraram norma pertinente à imediata eficácia dos tratados, celebrados pelo Brasil, quando colidentes com o direito interno.

Para êsse efeito, sem dúvida, inexiste regra constitucional expressa. Penso, todavia, que o princípio está implícito no contexto da lei maior.

O art. 64, I, da Constituição de 1946 incluiu na competência exclusiva do Congresso Nacional resolver *definitivamente* sobre os tratados e convenções celebrados, com Estados estrangeiros, pelo Presidente da República. O princípio foi reproduzido pela Constituição de 1967 (art. 47, I) e mantido pela vigente Emenda Constitucional n.º 1 (art. 44, I).

Não me parece curial que o Brasil firme um tratado, que êsse tratado seja aprovado definitivamente pelo Congresso Nacional, que em seguida seja promulgado e, apesar de tudo isso, sua validade ainda fique dependendo de novo ato do Poder Legislativo. A prevalecer êsse critério, o tratado, após sua ratificação, vigoraria apenas no plano internacional, porém não no âmbito do direito interno, o que colocaria o Brasil na privilegiada posição de poder exigir a observância do pactuado pelas outras partes contratantes, sem ficar sujeito à obrigação recíproca.

A objeção seria ponderável se a aprovação do tratado estivesse confiada a outro órgão, que não o Congresso Nacional. Mas, se a aprovação é ato do mesmo poder elaborador do direito escrito, não se justificaria que, além de solenemente aprovar os termos

do tratado, o Congresso Nacional ainda tivesse de confirmá-los, repetitivamente, em novo diploma legal.

Acresce que a aprovação dos tratados obedece ao mesmo processo de elaboração da lei, com a observância de idênticas formalidades de tramitação. É certo que se dispensa a sanção presidencial. Mas esta seria desnecessária, porque, quando celebra um tratado e o submete à aprovação legislativa, o Presidente obviamente manifesta sua concordância.

Por outro lado, a Constituição incluiu, na competência do Supremo Tribunal, a atribuição de julgar, mediante recurso extraordinário, causas oriundas da instância inferior, quando a decisão fôr contrária à letra de tratado ou de lei federal.

A meu ver, essa norma consagra a vigência dos tratados, independentemente de lei especial. Porque, se essa vigência dependesse de lei, a referência a tratado, no dispositivo constitucional, seria de todo ociosa. Por outras palavras, a Constituição prevê a negativa de vigência da lei e a negativa de vigência do tratado, exigindo para a validade deste a aprovação pelo Congresso, porém não sua reprodução formal em texto da legislação interna.

Este é, aliás, o ponto de vista do Governo brasileiro, como se verifica do parecer n.º 738-H, da Consultoria-Geral, aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial de 26/9/68 (pág. 8420). As conclusões desse parecer estão condensadas em ementa do seguinte teor:

“As disposições das Convenções concluídas em Genebra a 7 de junho de 1930 e 19 de março de 1931, aprovadas pelo Decreto Legislativo n.º 54, de 8 de setembro de 1964, e promulgadas pelos Decretos ns. 57.595 e 57.663, de 7 e 24 de janeiro de 1966, respectivamente, com as reservas ali consig-

nadas, acham-se em vigor e sua eficácia não se restringe aos atos de caráter internacional, senão que alcança, igualmente, as relações de direito interno.

Estão em vigor no Brasil — a Lei Uniforme sobre Letra de Câmbio e Nota Promissória, assinadas em Genebra em 7 de junho de 1930 e a Lei Uniforme sobre Cheque, ali assinada em 19 de março de 1931 — ambas com as necessárias adaptações aos textos ainda vigentes de nosso direito e a elas anterior, em face das reservas a elas oferecidas pelo Brasil, no momento em que a elas aderiu.”

Nesse trabalho, o então Consultor-Geral, doutor Adroaldo Mesquita da Costa, analisou longa e eruditamente a controvérsia, sob os seus vários aspectos. E, a propósito, rememorou os debates travados na Assembléia Nacional Constituinte de 1946, quando teve oportunidade de impugnar artigo do Projeto em discussão, no qual se dizia: “os tratados e convenções que celebrar na forma desta Constituição passarão a fazer parte da legislação interna”. O eminente jurista criticou esse preceito por sua superfluidade, sustentando que, entre nós, consoante o direito existente desde 1891, a aprovação dos tratados e convenções é da competência do Congresso Nacional, que sobre elas resolve definitivamente e, com a votação final, lhes atribui força de lei. Essa impugnação foi acolhida pela Constituinte, que expungiu do texto em elaboração o dispositivo censurado.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal o tema já foi aflorado mais de uma vez, porém sem pronunciamento que se possa ter como conclusivo. Em seu notável estudo, o Professor Wagner Barreira aponta algumas decisões, que são aparentemente antagônicas. No RE 14.215, julgado em 1956, e relata-

do por Edgar Costa, o Supremo Tribunal teria decidido contrariamente à possibilidade de revogação da lei pelo tratado. Mas o que, nesse caso, se afirmou foi que a Convenção de Bruxelas, promulgada pelo Decreto 350, de 1935, não revogara o art. 494 do Código Comercial. O acórdão entendeu compatíveis as normas confrontadas, acentuando que a própria Convenção ressaltava expressamente, em seu art. 14, "a aplicação das regras e vias de execução organizadas pelas leis nacionais" (Arquivo Judiciário, CXX/266). Conciliando os dois diplomas, o acórdão não examinou, em tese, o problema da prevalência de um sobre o outro.

Já no julgamento da Apelação Cível n.º 9.587, o Supremo Tribunal foi mais explícito, declarando, como se lê na ementa respectiva, que "o tratado revoga as leis que lhe são anteriores; não pode, entretanto, ser revogado pelas posteriores, se estas não o fizerem expressamente ou se não o denunciarem" (Revista de Direito Administrativo, 34/106).

Esse ponto de vista foi também adotado, embora incidentalmente, no voto vencedor de Philadelpho Azevedo, como relator da Apelação Cível 7.872, na qual se decidiu sobre a interpretação de cláusula de tratado, relativo a direitos aduaneiros, celebrado entre o Brasil e o Uruguai (Arquivo Judiciário, 69/13).

Em 30/9/66, ao julgar o RE 58.713, a Terceira Turma lhe negou provimento, por considerar que o art. 30 da Lei Uniforme não contraria a Lei 2044. Conhecendo do recurso, interposto pelo fundamento da contrariedade ao tratado, implicitamente se terá admitido sua plena vigência (RTJ, 39/450). Dadas as peculiaridades dos casos invocados, parece certo que o Supremo Tribunal ainda não firmou orientação que, do ponto de vista jurisprudencial, se tenha como terminativa da controvérsia.

O direito comparado, a meu ver,

abona o entendimento favorável à imediata repercussão dos tratados-leis na área do direito interno. A começar pelo direito americano, que nos oferece, a esse propósito, o exemplo mais vistoso. A Constituição dos Estados Unidos (art. VI) equipara os tratados às leis federais, atribuindo-lhes a característica de *supreme law of the land*. Desde que aprovados pelo Senado, os tratados passam a ter imediata incorporação ao direito interno. É princípio que vigora há quase duzentos anos, sem sofrer impugnação doutrinária de tomo.

Note-se que, nos Estados Unidos, o problema apresenta aspectos particulares que, de certo modo, configuram uma anomalia do sistema constitucional. Em primeiro lugar porque, ali, os tratados não são aprovados pelo Congresso, mas apenas pelo Senado, embora por maioria de dois terços (Constituição, art. II, 2). Isso significa que uma lei federal, votada pelo Congresso, pode ser abrogada por tratado aprovado apenas pelo Senado. Em segundo lugar, ocorre que, se dispõe sobre direito substantivo, o tratado pode eventualmente modificar legislação que, naquele país, é da competência dos Estados-membros. Dessa forma, o direito estadual, que não pode ser alterado por nenhum ato do Congresso, pode ser modificado, eventualmente, por um tratado, aprovado apenas pelo Senado.

É esta uma conseqüência aparentemente repugnante à índole do regime federativo, porém aceita pela jurisprudência constitucional. Disso é exemplo clássico o Caso Missouri v. Holland, julgado pela Suprema Corte, em 1920. Os Estados Unidos haviam firmado um tratado com o Canadá, para a proteção das aves migradoras. Contra a execução desse ato insurgiu-se o Estado de Missouri, sob o argumento de que a caça somente poderia ser regulada pelo direito estadual. Mas a Suprema Corte deu pela validade do tratado e reconheceu a legitimidade de

sua aplicação compulsória em relação aos Estados (552 U.S. 416).

O art. 26 da Constituição francesa de 1946 estatua que os tratados diplomáticos, regularmente ratificados e publicados, tinham força de lei, mesmo no caso de serem contrários às leis internas, sem que houvesse necessidade, para assegurar-lhes a aplicação, de outras disposições legislativas, a não serem as necessárias a assegurarem sua ratificação. Pela Constituição atual (art. 53), os tratados que modificam disposições de natureza legislativa somente podem ser ratificados ou aprovados em virtude de lei, não entrando em vigor senão depois dessa aprovação. No direito francês, dessa forma, é imprescindível, para a validade dos tratados, o pronunciamento do Poder Legislativo, porém não se exige a prática de dois atos sucessivos para a incorporação das normas do tratado ao direito do país.

Segundo a Constituição da Áustria (arts. 49 e 50), os tratados políticos, e os que modificam qualquer lei, não são válidos antes de sua ratificação pelo Conselho Federal. Mas, desde que aprovados, tornam-se obrigatórios a partir do dia de sua publicação.

Por igual, a Constituição da Alemanha Ocidental (art. 59.2) estabelece que os tratados políticos, bem como os que afetam matérias pertinentes à legislação federal, dependem da aquiescência do órgão legislativo competente, mas não se exige que o tratado, por essa forma aprovado, seja reproduzido em novo ato legislativo a fim de ser incorporado ao direito comum.

É este, de resto, o princípio dominante na generalidade dos países da Europa (cf. as Constituições da Bélgica, art. 68; da Espanha, art. 14; da Finlândia, § 33; da Grécia, art. 32; da Itália, art. 80; dos Países Baixos, art. 60; da Suécia, art. 12). Em todos esses países, como no Brasil, faz-se necessária a aprovação legislativa de to-

dos os tratados de significação política e dos que impõem modificações ao direito interno. Em nenhuma delas se condiciona a vigência do tratado ratificado a novo ato legislativo, ou seja, a lei elaborada para o propósito de incorporar as normas do tratado à legislação nacional. A inexistência desse requisito na maioria, senão na totalidade das Constituições democráticas, enfraquece a posição doutrinária dos que entendem necessária, além da aprovação do tratado, a edição de diploma legal que reproduza as normas modificadoras do direito positivo.

Quanto ao direito brasileiro, não me parece razoável que a validade dos tratados fique condicionada à dupla manifestação do Congresso, exigência que nenhuma das nossas Constituições jamais prescreveu. Por outro lado, acho que, em virtude dos preceitos constitucionais anteriormente citados, a definitiva aprovação do tratado, pelo Congresso Nacional, revoga as disposições em contrário da legislação ordinária.

Por todo o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento, para declarar prescrita a obrigação demandada, de acordo com o art. 52 da Lei Uniforme, mandada executar, salvo em relação às reservas expressas, tão inteiramente como nela se contém, pelo Decreto 57.595, de 7/1/66.

VOTO

O Senhor Ministro Eloy da Rocha:
— Sr. Presidente, estou de acordo com o erudito e brilhante voto do eminente Ministro Oswaldo Trigueiro.

Sem desenvolver o exame da questão, como agora fez S. Exa., a antiga Terceira Turma, em julgado de que fui Relator (CJ 4.663, de 17/5/1968 — RTJ 48/76-78), admitiu a tese da inserção, no direito positivo brasileiro, das normas da discutida Convenção de

Genebra, após aprovação e promulgação desta.

Extrato da Ata

RE 71.154 — PR — Rel., Min. Oswaldo Trigueiro, Recte. Odilon Mello de Freitas (Adv. Hilton Ritzmann). Recdo. Aníbal Goulart Maia Filho (Adv. Almir Miró Carneiro).

Decisão: Conhecido e provido, unânime. — Plenário, em 4/8/71.

Presidência do Sr. Min. Aliomar Baleeiro. Presentes à sessão os Srs. Mins. Luiz Gallotti, Adalício Nogueira, Oswaldo Trigueiro, Eloy da Rocha, Djalci Falcão, Barros Monteiro, Amaral Santos, Thompson Flores e Antônio Neder. Procurador-Geral da República, o Prof. Xavier de Albuquerque.

Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Bilac Pinto.

Dr. *Alvaro Ferreira dos Santos*, Vice-Diretor-Geral.

SEGURO OBRIGATÓRIO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Seguro obrigatório de responsabilidade civil independe de culpa do segurado, tendo finalidade social.

**APELAÇÃO CÍVEL N.º 199.724
(São Paulo)**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de APELAÇÃO CÍVEL N.º 199.724, da comarca de SÃO PAULO, em que é apelante NELSON ALVES, sendo apelada SUL AMÉRICA TERRESTRES, MARÍTIMOS E ACIDENTES:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, adotado o relatório de fls. 51 verso, dar provimento à apelação, contra o voto do Desembargador Relator que o negava.

O ilustre magistrado, decidindo matéria relativamente virgem na jurisprudência, considerou os princípios que regem o seguro obrigatório semelhantes ao tradicional contrato de seguro de responsabilidade civil, e afirmou que não se poderá prescindir da idéia de culpa do segurado, sem o que não haverá obrigação de indenizar.

Com apoio nessa argumentação o prolator da sentença recorrida inter-

preta o artigo 5.º do Decreto-lei n.º 814, de 4/9/69, afirmando que quando o legislador declarou que o pagamento das indenizações seria feito "independentemente de apuração de culpa", não determinou que o pagamento fôsse feito independentemente de culpa do segurado.

E explica o juiz o seu raciocínio: não se excusará a Seguradora, se alegar que a culpa não fôra ainda apurada. Mas, acionada, não se lhe poderá negar, como não se negaria ao segurado, defesa consistente na inexistência de culpa.

Ora, as afirmações são contraditórias, "data venia", porque se a Seguradora não pode se escusar, alegando que a culpa ainda não foi apurada, também não pode ela procrastinar o pagamento, a pretexto de que aguardará a prova de culpa em juízo, ou mesmo na esfera administrativa.

O seguro obrigatório de responsabilidade civil tem um caráter inteiramente diverso do contrato de seguro de responsabilidade civil, consoante a definição que lhe deu Aguiar Dias, citado na sentença recorrida.

Em obra recentemente lançada pela Editôra Jurídica e Universitária, denominada "Do Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil" o autor Elcir Castello Branco assim se expressa:

“Como o sentido social é evidente no caso “item 47” da Resolução 11/69, em virtude da cobertura indiscriminada às vítimas, pode-se dizer que a natureza do seguro obrigatório dos proprietários de veículos automotores é de acidente pessoal de trânsito, com finalidade social. Dissemos que é de cunho social porque foi instituído em prol de qualquer membro da população, respeitadas as condições acérra do beneficiário”. (obra citada, página 88)

Definindo o seguro obrigatório, o mencionado autor preleciona que êle “é uma condição coercitivamente imposta às pessoas para se assegurarem contra os danos pelos quais devem responder, em virtude do exercício de suas atividades ou circulação de seus veículos” (página 49).

Ora, como já ficou explicitado, o seguro obrigatório tem a mesma natureza de acidente pessoal de trânsito, com finalidade social.

Basta compulsar a legislação a respeito do seguro obrigatório para que se tenha segura opinião a respeito da intenção do legislador, que nada mais quis do que salvaguardar as vítimas de acidentes ou seus beneficiários, tanto que aboliu a primitiva reparação também pelos danos materiais.

Não se diga que a legislação brasileira não acolhe a responsabilidade sem culpa.

O ensinamento é de Orlando Gomes: “O fato de ter sido consagrado pelo Código o princípio da responsabilidade baseada na culpa não significa que, em nosso Direito positivo, inexistam regras consagradoras da responsabilidade fundada no risco. Leis especiais, como dentre outras a de acidentes de trabalho, adotaram a concepção objetiva”. (Obrigações, Edição Forense, página 378)

Em outra parte da obra acima mencionada Orlando Gomes esclarece: “O dever de indenizar não basta, ademais, à configuração do ilícito civil, porque

o dano causado a alguém pode ser reparado por determinação legal, sem que o devedor, isto é, aquêle que é obrigado a repará-lo, tenha cometido, em sentido estrito, um ato ilícito. Esta consideração é da maior importância para a inteligência da teoria da responsabilidade civil” (obra citada, página 343).

A legislação do seguro obrigatório, portanto, é daquelas, como algumas outras em nosso direito, que inequivocamente acolheu a indenização da vítima mesmo sem culpa do segurado.

O Decreto-lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966, estabeleceu o Sistema Nacional de Seguros Privados, e no seu artigo 20, letra “b” determinou a obrigatoriedade do seguro de responsabilidade civil dos proprietários de veículos automotores, enquanto o Decreto n.º 61.867, de 7 de dezembro de 1967, o regulamentou.

O artigo 5.º dêsse regulamento está assim escrito: “As pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, proprietários de quaisquer veículos relacionados nos artigos 52 e 63 da Lei n.º 5.108, de 21 de setembro de 1966, referente ao Código Nacional de Trânsito, ficam obrigadas a segurá-los, quanto à responsabilidade decorrente de sua existência ou utilização”.

E o Decreto-lei n.º 814, de 4 de setembro de 1969, dispondo de novo sobre o seguro obrigatório, dispôs que êle garantiria, a partir de 1.º de outubro de 1969, a reparação dos danos causados por veículo e pela carga transportada a pessoas transportadas ou não, excluída a cobertura de danos materiais.

Estabeleceu ainda o Decreto-lei n.º 814 que o pagamento das indenizações seria efetuado mediante simples prova do dano independentemente da apuração da culpa, houvesse ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do proprietário do veículo.

Determinou mais o legislador que a indenização fôsse paga no prazo máximo de cinco dias a contar da apresentação da certidão de óbito e registro da ocorrência no órgão policial competente, no caso de morte, ou prova do atendimento da vítima por hospital, ambulatório ou médico assistente e registro da ocorrência no órgão policial competente, no caso de danos pessoais. (artigo 5.º, parágrafo único, "a" e "b")

Por sua vez, a Resolução n.º 11/69, do Conselho Nacional de Seguros Privados, e que nos termos do artigo 9.º do Decreto-lei n.º 814 pode expedir normas disciplinadoras, condições e tarifas para atender ao disposto no estatuto, transcreveu em boa parte o texto legal, reiterando no item 2 que o seguro tem por finalidade dar cobertura à responsabilidade civil decorrente da utilização de veículos, garantindo a reparação dos danos causados a pessoas, transportadas ou não, por veículo e pela carga transportada.

E no item 3 o CNSP especificou que a cobertura abrangerá, também, danos pessoais produzidos por veículo ilícitamente subtraído de seu proprietário, ou conduzido por pessoa não habilitada, tendo sido criado, no item 45, o "Fundo Especial de Indenização", constituído de 2% dos prêmios arrecadados pelas Sociedades Seguradoras, para atender ao pagamento de indenização por morte causada por veículo automotor não identificado.

Ora, se o CNSP cuidou de prever e prover até o sinistro ocasionado por veículo não identificado, como se poderá afirmar que o pagamento da indenização depende de apuração de culpa do segurado?

Ademais, o CNSP no item 47 da Resolução n.º 11/69 declara expressamente que o seguro obrigatório tem sentido eminentemente social, com o que não enseja qualquer dúvida ou discus-

são a respeito da liquidação imediata do seguro, após o acidente, no prazo mínimo previsto na lei, e justamente porque se trata de uma responsabilidade de concepção objetiva.

Enganou-se, portanto, o ilustre magistrado, na interpretação que deu, fugindo ao espírito da lei, pois distinguuiu onde não havia distinção, isto é, afirmou que a expressão "independentemente de apuração de culpa" não quer dizer "independentemente de culpa do segurado".

Preceito conhecido de interpretação estabelece que a lei não tem palavras inúteis.

Assim, se o legislador afirmou que o pagamento das indenizações será efetuado mediante a simples prova do dano e independentemente de apuração da culpa, estabelecendo o prazo de cinco dias após a exibição de documentos sumários, para o referido pagamento, é porque outra coisa não fêz senão estabelecer um seguro de acidente pessoal de trânsito, com finalidade social.

Se fôsse intenção do legislador indenizar as vítimas dos acidentes de trânsito apenas quando o sinistro decorresse de culpa do condutor do veículo, por certo as normas especiais que foram analisadas não indicariam uma fórmula tão rápida e radical para o pagamento, pois nem em cinco e nem em cinquenta dias é possível a apuração da culpa dos condutores.

Outrossim, considerando-se que sempre ou quase sempre o condutor não admite sua culpa, dadas as implicações de ordem criminal, segue-se que a lei do seguro obrigatório jamais será cumprida, eis que a seguradora negará sempre, como negou neste caso, a sua responsabilidade pelo pagamento da indenização, porque não estaria configurada a culpa do condutor.

Assim, como se viu a fls. 11 dos autos, o autor apresentou os únicos documentos exigidos pelo legislador, e no entanto a apelada negou-se a indenir

zar, pelas razões deduzidas na contestação de fls. 20, e que são completamente destituídas de fundamento legal.

Por outro lado, não se trata de uma revogação do Código Civil, como está nas contra-razões de apelação, e nem o Decreto-lei 73, no seu artigo 20, limitou-se a resolver o problema dos responsáveis insolventes. Além disso, não é porque o Decreto-lei n.º 814 tenha sido publicado depois do acidente que não deva ser invocado como subsídio para interpretação da legislação que instituiu o seguro obrigatório.

O Decreto-lei n.º 814 não alterou o espírito do Decreto-lei n.º 73, mas apenas fez modificações que não afetaram o sentido eminentemente social do seguro obrigatório de responsabilidade civil dos proprietários de veículos automotores.

Aliás, a alteração mais importante avoluma a certeza de que o legislador teve em mira proteger sempre as vítimas de acidentes, eis que cuidou de excluir a indenização por dano material, reservando êste para o seguro facultativo, ao mesmo tempo que aumentou os limites de responsabilidade das seguradoras.

A apelada insiste que o seguro obrigatório não pode ficar à margem das disposições do Código Civil, a respeito do seguro e da indenização por ato ilícito.

Mas ficou bem claro que o legislador brasileiro desde o Decreto-lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966, desviou-se do estatuto substantivo civil para estabelecer uma norma diferente, tal como outras já existentes em nosso sistema legal, e apontadas por Orlando Gomes.

Não se escreveu até hoje a história verdadeira do seguro obrigatório, pairando dúvida a respeito de ter sido uma compensação encontrada como fórmula para suprimir os protestos

das companhias especializadas quando o seguro de acidente de trabalho passou para a exclusividade da Previdência Social.

Cuidou-se, ao que se sabe, naquela época, de pressionar os órgãos públicos, acenando-se até com uma possível ação ordinária contra a União, lastreada em pareceres de conhecidos juristas, que opinavam pela responsabilidade da União por eventual fracasso comercial das sociedades seguradoras.

Ora, ainda que se admita que o seguro obrigatório veio a ser instituído como compensação, não se pode deduzir que tal seguro constitua uma prebenda para os comerciantes, sem qualquer risco pelo negócio cujo rendimento é fielmente fiscalizado pelos órgãos de trânsito.

É exato que algumas companhias menos idôneas são ilhas envolvidas num rendoso negócio do seguro obrigatório, sem qualquer preocupação de liquidar os sinistros, agindo de tal maneira com as vítimas de acidentes que a procrastinação criminoso está a merecer uma investigação policial.

Não é o caso, evidentemente, da apelada, que goza de conceito no mercado de seguros.

Mas justamente por isso é de estranhar que esteja se recusando a indenizar consoante estabelece a lei especial do seguro obrigatório, de sentido eminentemente social, segundo a afirmação do próprio Conselho Nacional de Seguros Privados.

Anote-se que Elcir Castello Branco, fazendo o histórico da evolução do seguro obrigatório, mencionou a Resolução n.º 25/67 do CNSP afirmando que a Superintendência de Seguros Privados entendeu desde logo que se adotara a teoria do risco, contrapondo-se ao Código Civil (obra citada, página 83).

Aliás, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em julgado publicado re-

centemente pela Revista dos Tribunais (volume 425/181) decidindo caso semelhante ao dos autos, faz referência a um trabalho do jurista Orozimbo Nonato, e reporta-se à sentença de primeira instância, na qual o prolator afirmou que o seguro obrigatório dos proprietários de veículos automotores foge completamente do tradicionalismo da culpa e dessa forma afasta-se totalmente dos princípios disciplinados em nosso Código Civil, sendo produto da nova estrutura brasileira no campo dos seguros, consoante o Decreto-lei n.º 73.

Mas, ainda afirma o Colendo Tribunal, antes mesmo da Resolução n.º 37, de 1968, a SUSEP entendia que o principal objetivo da instituição dos seguros obrigatórios alinhados no artigo 20 do Decreto-lei 73 é a proteção contra o infortúnio, medida de alcance social. É o reconhecimento da responsabilidade civil sem culpa e que de há muito vinha sofrendo "penetrações consideráveis".

Em suma, tendo o autor oferecido a documentação exigida, nada mais restava senão o pagamento da indenização correspondente.

E se não se fêz, impunha-se a procedência da demanda, com o fim de compelir a ré a indenizar, e por isso ao recurso dá-se provimento para condenar a seguradora no pedido, com custas e honorários de quinze por cento sobre o valor da causa.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 27 de agosto de 1971. — Alcides Faro, Presidente. — Geraldo Pinheiro, Relator designado.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

A inicial se limitou à descrição do acidente de que foi vítima o filho do autor, sem se referir à culpa do motorista. E nas razões de apelação se sustentou decorrer a responsabilidade da simples utilização do veículo, devendo a indenização ser paga, independente de culpa, que a Lei não exige.

Não assiste razão ao apelante. A obrigação de pagar do segurador teria de corresponder, na espécie, à existência de culpa do segurado. Se o seguro é de responsabilidade civil, certamente não se poderá obrigar à indenização inexistindo tal culpa.

No caso, o autor não imputou qualquer culpa ao motorista pelo acidente. Conseqüentemente, tinha a ré o direito de opor a defesa, a final acolhida.

Certo, o art. 5.º do Decreto-lei Federal n.º 814 dispõe que "o pagamento das indenizações será efetuado mediante a simples prova do dano e independentemente de aprovação da culpa", mas êsse diploma entrou em vigor a 5/9/69, data de sua publicação, ao passo que o acidente, origem da ação, ocorreu a 2 de janeiro do mesmo ano. E nos termos dêsse mesmo Decreto-lei, o seguro obrigatório "garantirá, a partir de 1/10/69, a reparação dos danos causados por veículo e pela carga transportada a pessoas transportadas ou não, excluída a cobertura dos danos materiais".

Do Decreto-lei citado, enfim, não se deduz que os seus dispositivos pudessem ter aplicação à espécie, para os efeitos pretendidos pelo apelante.

A sentença concluiu acertadamente, merecendo confirmação.

Dantas de Freitas.

SIMULAÇÃO

Simulação. Quando o ato jurídico dissimulado é proibido por lei, ocorre nulidade que prevalece sobre a mera anulabilidade, apli-

cando-se a norma do art. 146 do C. Civil e não a do art. 104 do mesmo Código.

EMBARGOS DE NULIDADE NA APELAÇÃO CÍVEL N.º 63.081

1.º Grupo de Câmaras Cíveis

Relator: Des. Basileu Ribeiro Filho.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Embargos de Nulidade na Apelação Cível n.º 63.081, em que é embargado Emma Muller e embargado, Sebastião Pereira de Souza:

Acordam os Juizes do Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, unânimemente, em rejeitar os embargos.

Relatório a fls. 172. A divergência a ser decidida consiste em saber se a uma simulação de venda com retrovenda encobrendo mútuo usurário, se aplica o art. 104 do C. Civil, que proíbe à própria parte alegar a simulação dolosa, como sustentou o douto voto vencido ou o art. 146, parágrafo único, do mesmo Código, segundo o qual as nulidades devem ser pronunciadas de officio, como decidiu o V. Acórdão embargado.

Convém partir dos princípios que regem a matéria: enquanto que as nulidades enumeradas no art. 145 do Cód. Civil podem ser declaradas de officio, como determina o art. 146, as anulabilidades enunciadas no art. 147, como ordena o art. 152, só podem ser alegadas pelo interessado. Aqui, é preciso notar que a lei considera interessado para êsse fim, no que diz respeito às partes e em matéria de vícios da vontade, aquela que, inocentemente, foi prejudicada. Tanto assim que, em relação ao dolo, o art. 97 dispõe que se ambas as partes procederam com dolo, nenhuma poderá alegá-lo. Interfere, por conseguinte, na disciplina dos institutos em questão, o princípio de que ninguém pode invocar a sua própria torpeza.

Situando a simulação nesse quadro, verifica-se que ela apresenta duas peculiaridades: a primeira é a de cons-

tituir um defeito do ato jurídico de que ambas as partes participam, nenhuma delas podendo ser considerada inocente; daí a regra do art. 104 do C. Civil, invocada pelo douto voto vencido. A segunda peculiaridade é a seguinte: o ato simulado ou aparente geralmente encobre outro, o ato dissimulado ou verdadeiro que prejudica terceiros ou viola a lei. Quando isto não ocorre, quando a simulação é inocente e não dolosa, nem ocorre defeito de ato jurídico, como expõe o art. 103. Quando a simulação é dolosa e o ato dissimulado viola a lei, êste é nulo e, então, estamos por assim dizer diante de uma nulidade dentro de uma anulabilidade. Por isso o art. 105 determina "Poderão demandar a nulidade dos atos simulados os terceiros lesados pela simulação, ou os representantes do poder público, a bem da lei, ou da fazenda", norma que como se vê é própria das nulidades e não das anulabilidades, norma que revela a feição híbrida que a simulação muitas vezes assume. Ora, essa questão, êsse problema da nulidade dentro da anulabilidade, com a devida vênia do erudito voto vencido, foi acertadamente colocado e resolvido pelo V. Acórdão embargado, entendendo que a nulidade, embora encoberta, devia — como defeito mais grave — prevalecer sobre a mera anulabilidade, não cabendo, assim, dar pela carência de ação, mas, devendo a Justiça conhecer e declarar essa nulidade.

Alíás, o art. 13 do Decreto n.º 22.626 de 7 de abril de 1933, Lei da Usura, fazendo aplicação expressa e específica dos princípios expostos declara: "É considerado delito de usura tôda simulação ou prática tendente a ocultar a verdadeira taxa de juros ou a fraudar os dispositivos desta lei etc."; havendo ilícito penal há, sem dúvida, ato jurídico nulo por ilicitude do objeto.

Ric de Janeiro, 2 de setembro de 1971. — *Francisco Pereira de Bulhões*

Carvalho, Presidente, com voto em separado. — *Basileu Ribeiro Filho*, Relator. — *Graccho Aurélio*, com voto em separado.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO DESEMBARGADOR BULHÕES CARVALHO

Sebastião Pereira de Souza move ação declaratória contra Emma Muller, alegando que estava necessitando de dinheiro e foi atraído por um anúncio de jornal onde se anunciavam empréstimos sob garantia de imóveis; que, em vista da premência, o autor sujeitou-se a assinar um contrato pelo qual se obrigava a vender seu apartamento sito à rua Siqueira Campos n.º 164/703, pelo preço de Cr\$ 4.500.000, recebendo Cr\$ 3.000.000 no ato e Cr\$ 1.500.000 por ocasião da escritura definitiva (cruzeiros antigos); que a dívida deveria ser paga no prazo de seis meses, com a manifestação de arrependimento, sob pena de o dito contrato tornar-se irrevogável e irretroatável e ser outorgada escritura definitiva, mediante procurador constituído na mesma escritura; que, vencido o prazo acima aludido e não dispondo ainda de recursos para liquidar a dívida, o autor teve de admitir outro contrato da mesma espécie, em que se obrigava também a vender o seu apartamento, variando, porém, o preço contratual, agora subindo para 9 milhões o preço da venda; que, do valor do sinal de 3 milhões de cruzeiros da primeira escritura, o autor recebeu apenas 2 milhões, trezentos e quinze mil cruzeiros; que de toda a espoliação, o autor terminou recebendo apenas Cr\$ 2.865.000, saldo das duas escrituras; que, em face do exposto propõe ação para que se declare que o contrato de que dá notícia o documento junto é de mútuo e não de promessa de compra e venda e que a dívida foi constituída em 5 de maio de 1965, no montante de Cr\$ 3.345.000, declarando nesse montante de 480 mil

cruzeiros de despesas, sôbre a mesma correndo os juros admitidos pela lei e não aquêles quase 200% ao ano que necessariamente levaria a escritura simulando uma promessa de venda.

A sentença de primeira instância julgou procedente, em parte, a ação, para declarar nulo o contrato celebrado entre autor e ré, o qual deve ser considerado de mútuo e nulo de pleno direito nos termos do art. 11 do Decreto n.º 22.626, de 7 de abril de 1933 (fls. 95).

O acórdão embargado, quanto ao mérito, negou provimento à apelação. A divergência ocorreu quanto à preliminar da carência de ação, em face ao art. 104, do Código Civil, que proíbe às partes alegar a simulação em litígio de uma contra outra, desde que tenha havido intuito de infringir preceito de lei.

O que pôsto:

O primeiro ponto que se nota neste feito é que o autor na inicial não propôs ação de nulidade, mas pediu a simples declaração de que um contrato de promessa de compra e venda dissimulava um contrato de mútuo no valor de Cr\$ 3.345,00, além de Cr\$ 400,00 de despesas e juros legais (fls. 5).

A sentença de primeira instância, excedendo o pedido, considerou o contrato como sendo de mútuo, e, como tal, declarou-o nulo de pleno direito nos termos do art. 11, do Decreto número 22.626, de 7 de abril de 1933, desaperecebido o Dr. Juiz de que o referido dispositivo havia sido revogado pelo art. 4.º, *a* e *b*, combinados com o § 3.º, da Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que não anula o contrato, mas apenas manda o juiz reduzir o juro ou o lucro aos seus limites legais, como aliás havia pedido o autor na inicial da ação.

Tendo sido, entretanto, confirmada a sentença unânimemente nesse ponto, não haveria como modificá-la em grau

de embargos, embora deva ser assinalada a referida situação de fato.

A respeito da matéria propriamente em debate, restringe-se à interpretação do art. 104, do Código Civil.

Peço vênia para transcrever aqui o que a respeito desse dispositivo escrevi na obra "Ineficácia do ato jurídico e reforma do Código Civil":

"Também não é digno de aplauso o art. 104 (escrevi eu), segundo o qual "tendo havido intuito de prejudicar a terceiros ou infringir disposição de lei, nada poderão alegar ou requerer os contraentes em juízo, quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro ou contra terceiros".

"Pretende-se que essa norma seja uma aplicação do princípio de que a ninguém deve ser permitido alegar a própria torpeza, "nemo auditor propriam turpitudinem allegans".

"Entretanto, TAL NÃO OCORRE. Como mostra Cunha Gonçalves, o princípio acima citado veda que alguém alegue a própria torpeza para obter o cumprimento dum contrato. No caso da simulação fraudulenta, ao contrário, o que o autor do ato simulado pretende é precisamente o oposto: destruir a convenção simulada, restaurar a verdade, evitando o prejuízo que os terceiros sofreriam com a simulação e a violação da lei que estava encoberta pela simulação. De outro lado, se o Código declarar nulo o ato contrário à lei e à moral, não pode ser vedado ao simulador alegar e pedir a declaração dessa nulidade (Cunha Gonçalves, *Tratado*, vol. V, II, n.º 768, pág. 891, ed. 1956).

"A doutrina moderna de há muito rejeitou esse sistema acolhido no artigo 104 do nosso Código "inadequado dispositivo (como tivemos ocasião de escrever em outro trabalho) que, se fôsse rigorosamente aplicado conduziria às mais estranhas conseqüências, aberrantes da eqüidade e do próprio senso comum". O legislador acumplicia-se

com o crime, com o prejuízo de terceiros e com o locupletamento indevido de uma das partes ou de terceiro contra o simulador.

"Repetindo arrazoado de Bozéran, em 1958, diríamos que, então, permitir-se-ia que o miserável que pôs o punhal na mão do assassino, a tocha nas mãos de incendiário possa reclamar o pagamento ou o reembolso do seu odioso salário" (Savey Casard, "Le refus d'action pour cause d'indignité", n.º 64, pág. 119), bastando que encubra o seu contrato sob o véu da simulação ("Incapacidade Civil e Restrições de Direito", vol. I, n.º 149, página 201)" (obra citada, pág. 55).

Vem do direito romano a tradição de que a simulação não é caso de nulidade, mas de simples declaração da eficácia do ato oculto, tal como foi querido pelas partes contratantes, sem ter em conta a aparência com que se procurou fôsse êle dissimulado. Nesse sentido o Código, livro 4, título 22, tem a seguinte ementa: "plus valore quid agitur, quam quod simulate concipitur"; "mais vale o que se faz do que o que se expressa mediante simulação" (v. Maynz, 2, § 202, nota e textos que cita).

A doutrina e legislação modernas acompanham êsse ponto de vista, do qual o nosso Código Civil parece discrepar, ao considerar a simulação motivo de anulabilidade, confundindo simulação com fraude.

Para explicar a obscura e anômala orientação de nosso Código sôbre simulação inocente e fraudulenta, nos seus arts. 103 e 104, Eduardo Espínola propôs que o Código considere anulável apenas o ato simulado, de sorte a prevalecer o ato dissimulado ou oculto, o qual valerá pelo seu verdadeiro caráter ("Manual do Código Civil", III, I, n.º 127).

Evidente seria nesse caso a falta de técnica de nosso legislador, porquanto teria confundido com nulidade a sim-

ples ineficácia do ato aparente ou simulado em relação ao ato real ou oculto ou dissimulado.

Da mesma forma seria inaceitável a opinião de que a simulação traria a nulidade de todo o ato quer aparente quer oculto, que nos levaria às conclusões mais extravagantes.

Com efeito, se, por exemplo, uma venda aparente encobrir uma doação real, a ação movida pelo terceiro prejudicado pela venda tenderia a anular também a doação, o que importaria em dar ao terceiro um poder muito maior do que no caso de fraude contra credores, em que só pode pedir a rescisão do contrato mediante os requisitos especiais da ação pauliana e na medida em que basta para ressarcir a lesão do seu direito.

No caso de ação movida pela fazenda, a situação é ainda mais absurda. Se, numa escritura de venda, se simular um preço menor do que o real, para lesar a Fazenda no pagamento de impostos, a ação anulatória do ato importaria em anular tôda a venda, quando evidentemente seu objetivo deveria ser apenas o de declarar o preço real, encoberto pela simulação. Por isso dizia o Projeto Coelho Rodrigues que a ação fiscal deveria limitar-se à cobrança de impostos devidos, uma vez provada a simulação (art. 337).

Assim também, no caso de simulação de preço de venda, o locatário com direito de preferência teria interesse em deixar declarado que o preço real da transação seria MENOR do que o que ficara constando da escritura de venda; e a Fazenda teria interesse em demonstrar que o preço real seria MAIOR do que o que ficara constando da escritura, para lesar o fisco no pagamento dos impostos. O interesse quer do locatário quer do fisco seria, em tal caso, apenas o de fazer declarar a REALIDADE DO NEGÓCIO

OCULTO, quanto ao preço da transação e não tornar ineficaz ou nulo todo o negócio, quer aparente quer oculto.

É necessário, portanto, que a jurisprudência, com clarividência e firmeza interprete os imperfeitos dispositivos do nosso Código Civil sobre simulação, especialmente a fraudulenta.

Devemos imitar a jurisprudência francesa que, cada vez mais, vem tolerando a prova da simulação quando reconheça que esta nada mais seja do que um meio de fraudar a lei que declarara a nulidade do contrato oculto pela simulação (Savey Casard, n.º 99, pág. 179).

Devemos, apenas, ter em vista que nem sempre o ato contrário à lei deve ser declarado nulo. Não o será no caso da lei cominar uma sanção diferente da nulidade, como sucederia no caso do contrato usurário, que não é declarado nulo pela lei, mas apenas reduzível aos limites legais do lucro ou do juro.

Sob este último aspecto, entretanto, o acórdão embargado não poderia ser modificado, por ter sido unânime.

O voto vencedor, no presente acórdão, esposa a boa doutrina na interpretação do art. 104, do Código Civil, de sorte que também o subscrevo.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO DESEMBARGADOR GRACCHO AURÉLIO

1 — O objeto dêstes embargos cinge-se à interpretação do art. 104 do Código Civil, porque a maioria da E. 7.^a Câmara entendeu que a simulação poderia ser invocada por um dos contratantes contra o outro, de vez que não houvera fraude à lei fiscal, entendimento que não foi aceite pelo erudito voto vencido, que argumentou com a parte final do art. 105, do mesmo Código, que, ao admitir a declaração da simulação "a hem da lei ou da Fazen-

da”, esclareceu que a fraude a qualquer norma proibitiva era também abrangida pelo precedente dispositivo legal.

2 — A conclusão do venerando acórdão embargado foi acolhida por êste E. Grupo, que se apoiou, contudo, em outras premissas. Segundo o nôvo entendimento, a nulidade do contrato dissimulado prevaleceria sôbre a anulabilidade do pacto simulado, podendo a nulidade ser argüida por qualquer dos contratantes, na forma do art. 146, do Código Civil.

3 — Parece-me, *data venia*, que a tese esposada pelo venerando acórdão apelado, sustentado na opinião de Ferrara, não merece acolhimento em face da nossa legislação, diversa da italiana, onde não existe o veto do art. 104 da lei substantiva.

4 — Por sua vez, embora o venerando acórdão dêste E. Grupo sustente, acertadamente, que a nulidade deve preponderar sôbre a anulabilidade, a verdade é que não enfrentou a tese originária dos embargos, qual seja a da legitimidade do embargado para invocar a simulação, em face da proibição do art. 104 do Código. Não basta que o contrato seja nulo; é preciso que o contratante de boa fé tenha qualidade para pedir prestação da atividade jurisdicional para a decretação da nulidade.

Ademais, a solução do venerando acórdão apresentaria o inconveniente de admitir a invocação da nulidade por qualquer dos contratantes (art. 146, do Código Civil).

5 — A solução do caso, a meu ver, tem que ser encontrada no Direito Brasileiro, ou no Argentino, pois as demais legislações não contêm preceito semelhante ao do controvertido art. 104.

Foi Teixeira de Freitas, no seu “Esboço”, art. 526, quem projetou a proibição.

Dispôs o mestre:

“Art. 526 — Sempre que tenha havido intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposições da lei, os contrahentes nada poderão requerer ou allegar em Juízo sobre a simulação dos actos, quer em acções de um contra o outro, quer em acções contra terceiros.”

Esse princípio inexistia no direito anterior, vindo, porém, a ser acolhido pelos projetos Coelho Rodrigues (artigo 336) e Beviláqua (art. 102), passando incólume pela Comissão Revisora, pelo Senado e pela Câmara, sem emendas, até se converter no preceito legal vigente.

Teixeira de Freitas, ao inovar, quis punir o simulador, que ficou proibido de beneficiar-se da própria torpeza. “Nemo de improbitate sua consequitur actionem”.

6 — Nestas condições, parece-me que, quando a malícia é unilateral, o contraente inocente, que se curvou às exigências do contratante mais forte, pode invocar a simulação para que o ato dissimulado se desmascare, com as consequências cabíveis.

O desacolhimento dessa solução importaria em punição à vítima e em prêmio ao opressor, acarretando a subsistência de avença acordada em fraude evidente à lei civil e penal.

7 — Em resumo: acompanhei o voto do eminente Desembargador Relator apenas porque entendi que o contratante de boa-fé — e só êle — teria legitimidade “ad causam” para pleitear o reconhecimento da simulação da promessa de venda, que encobriria mútuo, com juros extorsivos.

8 — Deixo anotado que não entrei na apreciação do mérito da demanda, por não ser objeto dos embargos.

**RECURSO DE REVISTA N.º 8.892
NA APELAÇÃO CIVEL N.º 64.317**

Recurso de Revista — *Preliminar de não conhecimento, por não estar instruída, rejeitada. Dada a manifesta divergência, impõe-se o conhecimento da revista. No mérito, nega-se provimento, nos termos do parecer do 11.º Procurador da Justiça.*

A retratabilidade da renúncia à herança, na via administrativa, exige a concordância de todos os interessados. Interpretação do art. 1.590 do Código Civil. Deu ser pleiteada nas vias ordinárias a retratabilidade se o seu entendimento acarreta prejuízo à menor.

Relator: Exmo. Sr. Des. Maurício Eduardo Rabello.

**ACÓRDÃO DO TERCEIRO GRUPO DE
CÂMARAS CÍVEIS**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Recurso de Revista n.º 8.892 na Apelação Cível n.º 64.317, em que é recorrente Ede Carvalho Madureira e outros e recorrido o Dr. 4.º Curador de Resíduos:

Acordam os Juizes do Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis Reunidas, por unanimidade, rejeitar a preliminar de não estar preparada a presente revista. Quanto à preliminar legal, conhece-se da revista, dada a divergência existente entre o v. acórdão recorrido e o trazido à colação. No mérito, nega-se provimento ao recurso, no sentido de prevalecer a tese sustentada pelo v. acórdão recorrido, nos termos do parecer do douto 11.º Procurador da Justiça, Prof. Clóvis Paulo da Rocha, que adota-se como parte integrante dêste acórdão. Custas *ex lege*.

Assim procedem integrando, neste

aresto, o relatório de fls. 68, e pelos seguintes fundamentos:

A preliminar de não conhecimento por não estar instruído o recurso, é de ser rejeitada, uma vez que a decisão que o v. acórdão adotou como razão de decidir, encontra-se junta às fls. 11-18, estando, assim, perfeitamente instruído o recurso.

Quanto à preliminar legal, é de se conhecer do recurso dada a manifesta divergência no interpretar o direito em tese.

Assim, enquanto o v. acórdão recorrido sustenta que a retratação à renúncia, havendo menores, e não havendo acôrdo entre os interessados, não pode ser decidida no processo de inventário, mas, em ação ordinária contenciosa; o v. acórdão da Colenda 2.ª Câmara Cível afirmou tese oposta, no sentido de que poderia ser a matéria apreciada em processo administrativo, sendo certo, ainda, que a primeira decisão, em consequência da tese adotada, anulou a sentença, ao passo que a segunda, adotando tese oposta, manteve a sentença. Não aceitando a arguição de nulidade.

Quanto ao mérito, é de se negar provimento ao recurso a fim de prevalecer a tese do v. acórdão recorrido pelos fundamentos sustentados no parecer de fls. 60-64, da lavra do eminente Procurador da Justiça, Professor Clóvis Paulo da Rocha, que versou, com a segurança que lhe é proverbial, a tese de direito objeto da presente revista, pelo que adota-se o aludido parecer como razão de decidir, integrando-o neste acórdão nos termos do Ato Regimental n.º 12, art. 35, e seus parágrafos.

Rio de Janeiro, 30 de dezembro de 1970. *Aloysio Maria Teixeira*, Presidente; *Maurício Eduardo Rabello*, Relator.

Ciente. — Rio de Janeiro, 31 de março de 1971. — *Arnóbio T. Wanderley*.

RELATÓRIO DE FLS. 68

Cuida-se de Recurso de Revista interposto pelo recorrente, contra o v. acórdão da Colenda 8.^a Câmara Cível que decidiu que a retratação da renúncia à herança, havendo menor impúbere interessado, que não foi ouvido, não podia ser concedida na via administrativa só podendo ser pleiteada nas vias ordinárias.

É a seguinte a ementa do v. acórdão recorrido:

“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”.

Como decisão divergente aponta o recorrente o v. acórdão da Colenda 2.^a Câmara Cível deste Tribunal junto por cópia a fls. 8, que confirmou decisão de 1.^a instância que, mesmo havendo menores, admitiu a retratação da renúncia, na via administrativa, cuja ementa é do teor seguinte:

“Ementa — Retratação de renúncia. Possibilidade reconhecida por sentença. Confirmação desta.

Rejeição de preliminares.”

2 — A douta 11.^a Procuradoria de Justiça, em seu parecer de fls. 60-64, da lavra do eminente Procurador Professor Clóvis Paulo da Rocha, parecer êsse adotado pelo ilustre Procurador com assento neste Grupo, levanta a preliminar de não conhecimento da Revista, por não estar devidamente instruída, e, caso seja ela rejeitada, opina pelo conhecimento do mesmo, eis que existe a divergência entre o v. Acórdão recorrido e o trazido à colação.

No mérito, opina pelo seu não provimento.

Razões do recorrente a fls. 52, e do recorrido a fls. 60-67.

A Procuradoria da Justiça, neste Grupo, adotou o Parecer da 11.^a Pro-

curadoria da Justiça (fls. 67). É o relatório. Ao Exmo. Sr. Des. Revisor.

Rio, 17 de setembro de 1970. *Maurício Eduardo Rabello*.

PARECER DE FLS. 60-64

Parecer:

1. O V. Acórdão recorrido, da Egrégia 8.^a Câmara Cível, decidiu que a retratação da renúncia à herança, havendo menor impúbere interessada, que não foi ouvida, não podia ser concedida na via administrativa, só podendo ser pleiteada nas vias ordinárias:

É a seguinte a ementa do V. Acórdão recorrido:

“Ementa — 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.”

2. Aponta o recorrente como decisão divergente, V. Acórdão da Egrégia 2.^a Câmara Cível deste Tribunal junto por fotocópia a fls. 8, que confirmou decisão de primeira instância que, mesmo havendo menores admitiu a retratação da renúncia na via administrativa, cuja ementa é do teor seguinte:

“Ementa — Retratação de renúncia à herança. Possibilidade reconhecida por sentença. Confirmação desta. Rejeição de preliminares.”

O V. Acórdão da Egrégia 2.^a Câmara Cível, tendo adotado a fundamentação da respeitável sentença de primeira instância, que passou a constituir parte integrante do V. Acórdão para todos os efeitos de direito, deveria a parte ter junto aos autos certidão da mencionada sentença para que se pudesse apreciar e verificar a fundamentação da decisão divergente. Essa circunstância leva-nos a afirmar

que o recurso não está devidamente instruído, não devendo, por esse motivo, ser conhecido.

3. Aceitando que esteja devidamente instruído o recurso, há divergência entre a decisão recorrida da Egrégia 8.^a Câmara Cível e a da Egrégia 2.^a Câmara Cível. A primeira afirmou que a retratação à renúncia, havendo menores e não havendo acôrdo entre os interessados, não podia ser decidida no processo de inventário, mas em ação ordinária contenciosa; ao passo que, a Egrégia 2.^a Câmara Cível afirmou tese oposta no sentido de que poderia ser a matéria apreciada em processo administrativo, sendo certo ainda, que a primeira decisão, em consequência da tese adotada, anulou a sentença de primeira instância, ao passo que a segunda, adotando a tese oposta, manteve a sentença, não aceitando a arguição de nulidade.

4. Há, assim, divergência, sendo perfeitamente cabível o recurso de revista que, no entanto, não merece provimento, pois, deve prevalecer a tese da decisão recorrida.

De fato, o art. 1.590 do Código Civil admite a retratação da renúncia quando houver violência, êrro ou dolo. *ouvidos os interessados*.

Parece-nos, assim, que são admissíveis duas formas: — *amigável e contenciosa*.

Amigável, quando, havendo alegação de êrro, dolo ou violência, os *interessados concordarem*; *contenciosa*, não havendo acôrdo, mediante ação ordinária, na qual se prove a arguição.

Na primeira hipótese, havendo acôrdo dos interessados, basta que a renúncia seja tomada por têrmos e homologada por sentença; na segunda, é mister ação ordinária.

Pontes de Miranda denomina a primeira hipótese de retratação própria dita e a segunda de anulação (*Tratado de Direito Privado*, v. 55, pág. 77). Washington de Barros Mon-

teiro não faz a distinção, mas sustenta que a retratação por êrro, dolo ou violência só pode ser pleiteada em ação ordinária, não sendo admissível no inventário (*Curso de Direito Civil*, v. VI, pág. 49, *in fine*). Carvalho Santos afirma que a retratação deve ser pedida em ação contenciosa (*Código Civil Interpretado*, vol. XXII, comentário ao art. 1.590).

Se dermos uma interpretação em que não se faça a distinção de duas hipóteses de retratação previstas no artigo 1.590 do Código Civil, teremos de concluir que as palavras — *ouvidos os interessados* — seriam inúteis, ferindo o velho princípio de hermenêutica, segundo o qual, não há, na lei, vocábulos supérfluos.

De fato, a retratação por êrro, dolo ou violência nada mais constitui do que a anulação do ato por vício do consentimento, como acontece com todos os atos jurídicos, em geral, mas, que, nesse caso, o Código admitiu que essa anulação, com nome de retratação, se fizesse por via amigável, na jurisdição administrativa, ao dizer — *ouvidos os interessados*.

Para a anulação contenciosa não precisava dizer, nem prever expressamente, porque a matéria seria resolvida pelos princípios gerais relativos aos vícios do consentimento.

Acresce notar, na espécie, que a interessada era uma menor impúbere cujos interesses colidiam com os dos seus pais, os renunciantes, e que assim não foi ouvida, nem nomeado curador à lide para defesa de seus interesses na forma do art. 387 do Código Civil.

5. Nestas condições, invocando os Doutos Suplementos do Egrégio Grupo, opinamos que se conheça da revista, e que se lhe negue provimento a fim de que prevaleça a tese do V. Acórdão recorrido.

Rio, 1 de junho de 1970. — *Clóvis Paulo da Rocha*, 11.^o Procurador da Justiça.

FILIAÇÃO ADULTERINA

Filiação adulterina. O registro civil de nascimento, feito pelo pai, e suas declarações em ação de alimentos, dispensam da propositura da ação de investigação de paternidade para habilitação em inventário.

APELAÇÃO CÍVEL N. 73.748

1.^a Câmara Cível

Relator: Des. Basileu Ribeiro Filho.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Apelação Cível n.º 73.748, em que são apelantes e Apelados, o Espólio de Henrique Tanner de Abreu Sobrinho e outra e Sandra Rodrigues de Abreu:

Acordam os Juizes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, em, preliminarmente, remeter para o mérito a matéria do Agravo no Auto do Processo e no mérito, em dar provimento parcial ao segundo recurso para excluir a condenação da autora em parte das custas e dos honorários de advogado, depois de rejeitada a preliminar de intempestividade do primeiro recurso, decisões unânimes.

Relatório a fls. 249. O agravo foi interposto do despacho saneador por não ter êste determinado a retificação de nome da autora — que não poderia usar o do *de cujus* — e por não ter o mesmo declarado sua ilegitimidade *ad causam*. Ambas as questões se relacionam estreitamente com o mérito e com êle devem ser decididas.

O *de cujus*, a 16 de abril de 1946, na 5.^a Circunscrição de Registro Civil registrou o nascimento da autora, declarando-se pai da mesma e solteiro (doc. fls. 8v-9); a 20 de novembro de 1947, pediu a retificação, no referido registro de seu estado civil para casa-

do; a retificação foi feita e, a requerimento da Promotoria Pública, para excluir o nome do pai e dos avós paternos e retificar o seu nome para Sandra Braga Rodrigues (fls. 60v-61). A 2 de dezembro de 1949, o *de cujus* volta a registrar o nascimento de Sandra Rodrigues de Abreu como sua filha, na 9.^a Circunscrição. Em petição de 15 de janeiro de 1953, na ação de alimentos contra êle movida pela mãe da autora (fls. 8-8v), declara que "jamais negou a qualidade de pai da menor Sandra Braga Rodrigues" nem nunca lhe negou alimentos e educação. Neste mesmo ano de 1953 é que fêz testamento cerrado declarando não possuir filhos.

Diante de tais circunstâncias é de se admitir, como fêz a douta sentença recorrida, a habilitação no inventário, da autora, sem ação de investigação de paternidade, que, no caso seria uma demasia, como já reconheceu esta Eg. Câmara na decisão citada pelo D. Procurador da Justiça a fls. 245. Quanto aos efeitos dessa admissão sobre o testamento, devem êles atender ao princípio do art. 1.727, do C. Civil, segundo o qual "As disposições que excederem a metade disponível, reduzir-se-ão aos limites dela, em conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes", não havendo razão para anular o testamento em questão, por êsse motivo, nem pela alegada coação que não ficou provada. Quanto aos direitos sucessórios da autora, como pondera a D. Procuradoria da Justiça, não havendo herdeiro legítimo a concorrer com ela, os mesmos abrangem todos os bens do *de cujus*, excluída a meação da viúva e respeitadas as disposições testamentárias dentro da metade disponível. Incensurável, pois, a douta sentença apelada nessa parte; incensurável, também, ao anular o inventário a partir das primeiras declarações e, em conse-

quência, negar a ação de sonegados e a reivindicação de bens, eis que todo o inventário será renovado.

Merece, no entanto, reparo, tão somente no que diz respeito à condenação em custas e honorários. Tendo a autora vencido a ação, embora não em todos os itens do pedido inicial, cabe condenar a ré nas custas e em honorários, já fixados em Cr\$ 20.000,00 que não chegam a 10% do valor da causa, sem condenação da autora.

A Câmara rejeitou inicialmente a preliminar de intempestividade do primeiro recurso eis que o mesmo foi in-

terposto a 10 de novembro, mais de quinze dias após a publicação da sentença, que se deu (fls. 205) a 20 de outubro, mas enquanto o prazo para apelar ainda não corria, eis que a sentença foi publicada em audiência de 30 de novembro (fls. 218).

Rio de Janeiro, 30 de junho de 1971. — *João José de Queiroz*, Presidente. — *Basileu Ribeiro Filho*, Relator. — *José Cyriaco da Costa e Silva*.

Ciente. — Rio de Janeiro, 7 de julho de 1971. — *Joel Ferreira Dias*, Procurador da Justiça, em exercício.

AQUESTOS

Quando a questão da comunhão dos aquestos em regime de separação legal está ligada à apreciação de escrituras de cessão de direitos, não pode ela ser decidida no inventário.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 73.446

1.ª Câmara Cível

Relator: Des. Basileu Ribeiro Filho.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Apelação Cível n.º 73.446, em que são apelantes, Deolinda Pereira Valente da Silva, seu marido e outros e apelada, Laurinda Alves de Oliveira Lopes:

Acordam, os Juizes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, unânimemente, em dar provimento ao recurso a fim de remeter as partes para as vias ordinárias.

Relatório a fls. 1.427. Duas são as questões que estão em jôgo, como salientou o Dr. Curador de Resíduos em seu parecer de fls. 1.414, o usufruto

legal, com base no § 1.º do art. 1.611 do C. Civil e a comunhão dos aquestos.

O Dr. Juiz reconheceu que a primeira era objeto de ação própria, escapando à sua competência, pois se tratava da execução das escrituras de cessão.

Decidiu, no entanto, a segunda, argumentando que se tratava de questão de direito. *Data venia*, no caso dos autos, as escrituras de cessão de fls. 996 e 1.014 são em termos amplos envolvendo todos os direitos da apelada em relação aos bens do espólio e absorvem, por conseguinte, a questão da comunicação dos aquestos. Ainda que se conclua por essa comunicação, restará saber se as cessões referidas não prejudicam tôda a reivindicação a respeito. A matéria, por isto, só pode ser decidida pelas vias ordinárias.

Impõe-se para êsse fim, o provimento do recurso.

Rio de Janeiro, 30 de junho de 1971. — *João José de Queiroz*, Presidente. — *Basileu Ribeiro Filho*, Relator. — *José Cyriaco da Costa e Silva*.

Ciente. — Rio de Janeiro, 7 de julho de 1971. — *Joel Ferreira Dias*, Procurador da Justiça, em exercício.

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO OPINATIVO

Mandado de Segurança. Des-cabe a medida contra ato opinativo de órgão assessor de autoridade executiva. Ato de autoridade. Não conhecimento.

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 3.080

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança número 3.080, em que é impetrante Jaime Dias Pinheiro e impetrado o Conselho do Ministério Público do Estado da Guanabara:

Acordam os Juizes do Tribunal de Justiça em sua composição plena, por unanimidade, em não conhecer do pedido. Custas *ex lege*.

Pretende o impetrante, dizendo-se ex-combatente, o seu aproveitamento em uma das vagas de Defensor Público, vez que se julga liberado do concurso aberto para o provimento dessas vagas, com apoio em dispositivos constitucionais que o favoreceriam e ordinários que os regulam, para isso requereu ao E. Conselho do Ministério Público essa sua pretensão. O impetrado opinou no sentido do indeferimento, por entender que o benefício é dirigido aos órgãos do Poder Executivo e não se aplica ao Ministério Público ou à Magistratura; a par de que não cabe a medida contra órgão meramente opinativo, tanto mais que se pretende dêle uma

providência que não lhe cabe: o aproveitamento do requerente; não podendo nomeá-lo ou aproveitá-lo no cargo como pretende; por derradeiro, que não provou êle a condição de combatente, pois apresenta apenas uma certidão de tempo de serviço militar, sem maiores dados, o que não satisfaria a exigência legal que pretende recolher.

Tem inteira procedência a preliminar da Procuradoria de Justiça. Em primeiro lugar não cabe mandado de segurança contra ato meramente opinativo de autoridade. Só os atos decisórios, executivos ou propriamente de autoridade é que podem ser passíveis de serem atacados pela medida excepcional. Inviável impor-se um entendimento, o que só é possível fazer quanto a uma forma de conduta executiva. É o caso. A par disso e por isso mesmo, sendo o Conselho mero órgão assessor e, portanto, consultivo, na espécie, não pode determinar o aproveitamento ou a nomeação do impetrante para o cargo que pleiteia. Outra razão da inocuidade da segurança que visa ato impraticável pela autoridade impetrada.

Por essas razões não se conhece da segurança, preliminarmente.

Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 1970. — José Murta Ribeiro, Presidente. — Oswaldo Goulart Pires, Relator.

Ciente. — Em 29-12-70. — Leopoldo Braga, Procurador-Geral da Justiça.

DIREITO AUTURAL. DIREITO DE TRADUÇÃO

Ação ordinária. Propriedade literária. Perdas e danos. Direitos do tradutor da obra, a despeito da mesma haver caído sob o domínio comum. Exame de comparação por se tratar predominantemente, de reprodução servil, art. 159, Cód. Civil. Des-

necessidade de perícia, à vista das provas, art. 255, inc. II, do Código de Processo Civil.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 72.236

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 72.236, em

que é apelante a Editorial Ltda., e apelada Editora Minerva Ltda., acordam os Juizes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, em dar provimento, em parte, para determinar se apurem em execução, perdas e danos, vencido o Revisor, que negava provimento ao apêlo para confirmar a decisão por sua conclusão e primeiro fundamento. Integram neste julgado o relatório de fls. — As partes reconhecem que o autor da obra literária “A Ponte dos Suspiros”, o escritor Michel Zevaco, faleceu em 1918. A divergência reside quanto ao tempo de duração do exercício exclusivo do direito de reproduzi-la, pelos herdeiros ou seus sucessores, b) direito exclusivo da tradução realizada e pertencente ao estabelecimento comercial da autora, na qualidade de cessionária do direito (escritura de fls., em apenso). O litígio ocorre entre duas pessoas jurídicas brasileiras. A violação atribuída à ré, Editorial Bruguera Ltda., ora apelante, foi do contrato de cessão celebrado, também, no Brasil, para a tradução e publicação de todas as obras daquele autor, pelo preço de Cr\$ 2.000,00 (1959) apenso, portanto, a legislação aplicável, há de ser a brasileira. Tanto mais, que a referida lei francesa 51.119/51, é essencialmente territorial. Dilatou o período de proteção ao direito autoral, por tempo equivalente ao decorrido entre 3 de setembro de 1939 e 1 de janeiro de 1948, fls. 35. Todavia, não há a menor prova de que o Brasil tenha ratificado ou reconhecido tal adendo à Convenção de Berna, revista em Berlim e Roma, que ainda vigora pelo Decreto n.º 23.270, de 24-10-33. Impossível assim, conceder maior prazo que o facultado. Mesmo que se admita que a obra literária de Michel Zevaco tenha caído sob o domínio público, a partir de 1968, é irrecusável que o texto literário da tradução da *Ponte dos Suspiros*, está protegido pelo art. 652 do

Cód. Civil. Não se pode abstrair que muitas das vezes o valor da tradução se emparelha ou ultrapassa, mesmo, o mérito da obra original. Em nossa língua, temos o exemplo do romance “Minas de Salomão”, cuja tradução foi realizada por Eça de Queiroz. Convém lembrar também, “Cirano de Bergerac”, de Edmond Rostand, traduzida com beleza literária que a dignifica, por Pôrto Carreiro. A prova produzida pela autora, nestes autos, foi tão convincente, que o próprio Juiz prolator da sentença alinhou para confronto, trechos dos dois textos traduzidos do romance publicado pela autora e condensado pela ré, fls. 63/64. A disposição das palavras, orações, inclusive erros de nomenclatura, comprovam, não só, a cópia, mas também sua mutilação. Semelhante licença lhe era vedada. Essa ação voluntária lhe trouxe proveitos com a venda de exemplares a preços compensadores, concorrendo com o mercado comprador da autora. Violou direito da editôra, pois foi feito sem a sua permissão, art. 664 do Código Civil. A culpa decorrente da negligência, art. 159 do Código Civil, há de ser medida em termos de dano patrimonial à autora. Impõe-se, assim, a reforma parcial da sentença, a fim de ser apurado mediante liquidação por artigos o real prejuízo, art. 1.518 do C. Civil. Custas de lei.

Rio de Janeiro, 16 de junho de 1971.
— *J. J. Queiroz*, Presidente com a declaração de voto abaixo. — *Eduardo Jara*, Relator. — *Basileu Ribeiro Filho*, Revisor, com voto vencido abaixo.

J. J. Queiroz, de acôrdo com a conclusão do relator, mas por considerar, *data venia*, que a hipótese se configura no art. 672 do Código Civil, conforme ensina, aliás, o ilustre patrono da autora, no citado trecho de sua obra “Violação dos Direitos Autorais” (razões da apelante, a fls. 70), pelo qual se aprende que, tanto no caso de *con-*

trafação parcial (o dos autos) como nos de plágio, a reparação corresponde a perdas e danos que forem arbitrados, conforme o art. 672 do C. Civil. Recebidos estes autos e devolvidos, com esta declaração, a 5-7-71. — *João José de Queiroz*.

Data venia do V. Acórdão negava

provimento ao recurso para confirmar a douda sentença recorrida, por seu primitivo fundamento que, como salienta o ilustre Juiz *a quo* (fls. 62 — item 10), basta para a solução da controvérsia, adotando o raciocínio desenvolvido a fls. 61 — item 7, e 62 — item 9 inclusive. — *B. R. Filho*.

CONTRIBUIÇÕES PARAFISCAIS

As contribuições parafiscais, desde que criadas por lei, integram o sistema tributário nacional.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 73.481

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 73.481, em que é apelante Companhia Deodoro Industrial, sendo apelado Serviço Social da Indústria — SESI — Departamento Regional do Estado da Guanabara:

Acorda a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por unanimidade de votos, negar provimento à apelação.

Rebela-se a apelante contra a respeitável sentença que a condenou a pagar ao SESI as contribuições previstas nos arts. 1.º e 7.º, do Dec.-lei n.º 9.403, de 1946, sustentando que o pagamento era facultativo, de vez que os únicos tributos obrigatórios seriam os impostos, as taxas e a contribuição de melhoria, nos termos do art. 5.º do Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 1966) e do art. 18 da Constituição.

Há, contudo, notório equívoco da corrente.

O Dec.-lei n.º 27, de 14 de novembro de 1966 acrescentou ao Código Tributário o art. 218, pelo qual foi reconhecida a legitimidade das contribuições parafiscais destinadas a fins so-

ciais (inciso V, *in fine*, do art. 1.º), muitas das quais já constavam, aliás, da própria Constituição Federal (artigos 163, parágrafo único; 165, XVI; e 166, § 1.º).

Já nas corporações medievais, existia a delegação do poder fiscal a um grupo profissional (Baleiro, *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, 6.ª edição, pág. 283), mas foi no pós-guerra, com o declínio das instituições democráticas, que a parafiscalidade ou a quase-finança se desenvolveu, principalmente na Itália e na França de Vichy (obr. cit., pág. 286).

No Brasil, a lei constitucional e a ordinária admitem a cobrança desses tributos, que, conforme sua destinação geral ou específica, se identificam com os impostos e taxas (obr. cit., pág. 287).

Dessa forma, os arts. 3.º e 7.º do Dec.-lei n.º 9.403, de 1946, e o art. 1.º do Dec.-lei n.º 27, de 14 de novembro de 1966 não padecem da mácula de inconstitucionalidade, encontrando-se, ao contrário, ao abrigo do art. 153, § 29, da Constituição vigente, pois foram criados legislativamente.

Não há razão, pois, para o acolhimento do recurso.

Rio de Janeiro, 3 de agosto de 1971. — *Bulhões Carvalho*, Presidente. — *Graccho Aurélio*, Relator. — *Ivan Araújo*.

AVAL SEM OUTORGA UXÓRIA

O aval pode ser prestado sem outorga uxória.

O creditado, para garantir contrato de abertura de crédito, pode caucionar promissória de sua emissão.

O creditado e seus avalistas não podem invocar o benefício da ordem para que a promissória que emitiram e avaliaram só seja executada após a execução das outras garantias do contrato de abertura de crédito.

Os avalistas não podem opor ao tomador direito pessoal do avalizado, nem discutir a causa originária do título.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 73.680

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Apelação Cível n.º 73.680, em que são apelantes: 1) Wilson King S/A Crédito, Financiamento e Investimentos; 2) Carlos José Aschemberger; 3) Luiz Rodrigues Romo e sua mulher e apelados os mesmos:

Acordam os Juizes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por maioria de votos, desprover os agravos e as duas últimas apelações, dando provimento à 1.^a para que o executivo seja julgado procedente com a condenação dos executados no principal, juros a partir do protesto, custas e honorários de 10% sobre o valor da causa.

1 — Trata-se de contrato de abertura de crédito concedido mediante aceite de cambiais emitidas pelo creditado contra o creditor, garantido pela caução de duplicatas aceitas por terceiros e também por promissórias emitidas pelo creditado e avaliadas pelos então diretores do emitente, representando essas promissórias também a provisão de fundos da abertura de crédito.

O creditado, findo o prazo do contrato principal, executou os avalistas das promissórias, que se defenderam, alegando que a via executiva era imprópria, por falta de liquidez do saldo da abertura de crédito, pago parcialmente pelo recebimento de várias das duplicatas também caucionadas. Sustentaram ainda os réus que o aval seria nulo, por falta de outorga uxória; que a promissória seria desvaliosa, pois fôra caucionada pelo próprio emissor, o que era vedado pelo art. 44, § 2.º, da lei cambial; que os títulos não poderiam ser cobrados pelo seu valor total; que a abertura de crédito não fôra encerrada, nem os pagamentos parciais anotados nas promissórias, o que invalidaria os títulos.

No saneador, foi rejeitada a arguição de impropriedade de via executiva e indeferido exame contábil nos livros do exequente, o que motivou agravos no auto do processo.

Nôvo agravo foi interposto contra despacho que deixou de adiar a audiência.

A ação veio, finalmente, a ser julgada parcialmente procedente, sendo os réus condenados a pagar ao exequente o saldo acusado a fls. 193, juros, custas e honorários de 20% sobre o valor da condenação.

3 — Os agravos, ao ver da maioria, devem ser desprovidos.

A prova indeferida e o adiamento da audiência revelaram-se desnecessários, pois a lide estava bem esclarecida.

A via executiva é, por outro lado, própria, pois a ação se enquadra na hipótese prevista no art. 298, XIII, do Código de Processo.

A certeza e a liquidez do débito não são requisitos processuais para o uso da ação executiva, salvo no caso do inciso XII.

O atual Código de Processo não manteve o art. 339 do antigo Código do

Distrito Federal, que condicionava o exercício da ação executiva à liquidez e certeza do débito, de modo que, atualmente, esses requisitos não são mais imprescindíveis à propositura dessa espécie de demanda.

Assim dispôs o legislador, porque, agora, o executivo se processa sob a forma ordinária, com a medida acautelatória da penhora, de modo que não há mais justificativa para o rigor da lei antiga (Machado Guimarães, *Cód. IV*, art. 298; Gabriel de Rezende, *Curso*, n.º 422; Liebman, *Processo de Execução*, n.º 10).

4 — Assisada foi também a decisão recorrida na parte em que não reconheceu o benefício de ordem pleiteado pelos avalistas.

Realmente, a Resolução n.º 45, do Banco Central do Brasil, de 30 de dezembro de 1966, apenas estabeleceu que a caução da promissória de emissão ou aval de diretores da empresa só poderia ser contratada subsidiariamente às garantias principais de alienação fiduciária e caução de títulos representativos de legítimas transações comerciais, omitindo-se quanto à ordem da execução das garantias. A Resolução dispôs sobre a ordem na contratação, mas não na execução.

5 — Por outro lado, as promissórias poderiam ser caucionadas pelo próprio emitente.

Whitaker ensina:

“Com efeito, sendo a nota promissória, não um simples documento de dívida, mas verdadeiramente uma coisa criada pelo emitente, nada impede que este, em lugar de a transmitir em plena propriedade, para realizar integralmente seu valor, a transmita em caução, para antecipar uma parte, apenas, desse valor” (*Letra de Câmbio*, número 85).

6 — Improcede, igualmente, a alegação de ser nulo o aval, por falta de outorga uxória.

O aval é garantia cambiária, que não se confunde com a fiança, o que afasta a aplicação do art. 235, III, do Código Civil.

Basta que se observe que a fiança é um contrato, ao passo que o aval é ato unilateral autônomo, podendo subsistir sem a validade da obrigação cambiária do avalizado.

7 — Falta ainda razão aos avalistas quando objetam que o recebimento do valor de algumas das duplicatas caucionadas abateu o saldo da abertura de crédito e, por via oblíqua, das promissórias.

O executivo foi tentado contra os avalistas, os quais não podem opor ao credor a defesa pessoal dos avalizados, dada a autonomia das obrigações cambiais.

8 — O caso dos autos é regulado pelo art. 792, IV c/art. 793 do Código Civil, que autoriza o credor a receber dos emitentes e avalistas dos títulos caucionados a totalidade do valor das cambiais, pagando-se do saldo do contrato principal e devolvendo o excesso ao devedor.

Pouco importa hajam as promissórias sido emitidas pelo próprio creditado, pois essa circunstância não desnatura a garantia pignoratícia, devendo as promissórias receber o mesmo tratamento das duplicatas também caucionadas.

Os agravos, assim, devem ser rejeitados, assim como as últimas apelações, sendo provida apenas a 1.ª para que a ação seja julgada totalmente procedente.

Rio de Janeiro, 29 de junho de 1971.
— Francisco Pereira de Bulhões Carvalho, Presidente. — Graccho Aurélio de Sá Vianna Pereira de Vasconcellos, Relator. — Oswaldo Goulart Pires.

Francisco Pereira de Bulhões Car-

valho, vencido, nos termos do voto seguinte:

Wilson King S. A., Crédito, Financiamento e Investimentos move ação executiva contra Luiz Rodrigues Romo e Carlos José Aschemberger, alegando ser credora dos réus pela importância de Cr\$ 240.000,00, correspondentes a duas notas promissórias de que são avalistas, títulos êstes emitidos pela firma Schilling, Hillier S. A. Industrial e Comercial, como garantia de contrato de abertura de crédito.

A sentença apelada julgou a ação procedente e condenou os réus solidariamente no principal, entendendo, entretanto, êste como reduzido a Cr\$ 104.259,61, nos termos da petição da autora a fls. 193.

Agravos no auto do processo a fls. 176 e 190, contra o saneador, que rejeitou preliminares da contestação e indeferiu vistoria.

A preliminar é de carência de ação executiva, porque as promissórias estão VINCULADAS a um contrato de abertura de crédito, que lhes tirou a autonomia (fls. 7); e, além disso, a dívida está em parte paga, como consta dos *bordereaux* de fls. 72-136 e foi confessado pela própria autora a fls. 173, o que tornou necessária a prévia apuração do saldo devedor aca-so existente.

Consta da própria inicial e vê-se pelo contrato a fls. 7, cláusula 7, que as promissórias em questão foram dadas em garantia à execução dum contrato principal.

Não têm, portanto, autonomia para ação executiva, como afinal mostrou a própria autora que, de seus livros, consta pagamentos parciais por conta das promissórias.

A apelação da autora levou a questão ao ponto de querer cobrar integralmente promissórias que ela própria, a fls. 173, diz terem sido parcialmente pagas.

Essa singular pretensão encontrou guarida no presente acórdão que procura amparo no art. 392, n.º IV, do Código Civil.

Neste próprio dispositivo, entretanto, está expresso que, solvida a obrigação por parte do devedor, deve o credor restituir-lhe a parte recebida em excesso. No caso dos autos, já havendo o credor recebido parte do seu crédito, está claro que não os pode cobrar, recebendo novamente o que já lhe foi pago.

A autora é carecedora de ação executiva, pois seu crédito tornou-se ilíquido e incerto, ao vincular-se a um contrato.

Deve, portanto, propor a ação principal, relativa à cobrança do seu crédito.

Vencido nessa preliminar, dava provimento, para ordenar perícia nos livros da autora.

Vencido ainda nesse ponto, julgava, no mérito, a ação improcedente, pois não está demonstrada a certeza e liquidez da dívida cobrada, sendo a autora condenada a honorários de advogado no valor de 10% da causa.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO COMO DE PETIÇÃO

Agravo de instrumento na forma do art. 850, do Cód. de Processo Civil. Conhecimento e decisão de mérito do agravo de petição por conter o instrumento todos os elementos necessários para essa decisão. Desprovi-mento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 24.397

Vistos, relatados e discutidos êstes autos do Agravo de Instrumento número 24.397, em que é agravante Rosane Machado de Campos representada por Abridina Machado de Mello e agra-

vado Espólio de Antônio de Souza Campos:

Acordam os Juizes da 1.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por unanimidade de votos, em conhecer e decidir a questão de mérito negando provimento.

Custas ex lege.

Agravo de instrumento manifestado contra o despacho do juiz que negou seguimento a agravo de petição. A lei permissiva é o art. 850, do Cód. de Proc. Civil. A informação de fls. 39 e certidão de fls. 40 demonstram que o recurso do agravo de instrumento foi manifestado tempestivamente. Daí o seu conhecimento.

A natureza desse agravo do art. 850, do Cód. de Proc. Civil é polêmica. Mas, quer se considere ou não que é um sucedâneo da antiga carta testemunhável, como parece ao professor ODEILON DE ANDRADE ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. IX, n.º 283, páginas 291/292), ou um substitutivo da carta testemunhável sem essa denominação, na expressão do professor COSTA CARVALHO ("Do Agravo no Processo Brasileiro", págs. 209/210, 2.^a ed., 1963) ou do próprio agravo de petição que é levado ao conhecimento do juízo *ad quem* em forma de instrumento, como sustenta JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ ("Dos Recursos no Có-

digo de Processo Civil", n.º 228, página 306, 3.^a ed., 1968), de qualquer forma e para todos desde que o instrumento esteja em condições de esclarecer inteiramente a matéria, por óbvia economia do processo, o tribunal *ad quem* decide logo o mérito do agravo. É o que ocorre no caso. Verifica-se que a menor agravante foi adotada pelo casal Antônio de Souza Campos e sua mulher Virgínia Machado Campos em 22 de outubro de 1959 (fls. 14-16 do instrumento). Nessa época o casal adotante já tinha dois filhos legítimos, Antônio de Souza Campos, nascido em 1934, e Jorge de Souza Campos, nascido em 1927 (fls. 6 verso do instrumento) e já vigorava a nova redação do art. 377 do Código Civil, na forma do art. 1.º, da Lei 3.133, de 8 de maio de 1957: "quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária". Assim, correta a decisão que deu lugar ao agravo de petição. Daí, no mérito, a improcedência do presente agravo.

Rio de Janeiro, 15 de setembro de 1971. — *J. J. de Queiroz*, Presidente. — *Maurro Gouvêa Coelho*, Relator. — *Basileu Ribeiro Filho*.

Ciente. — Rio de Janeiro, 29 de setembro de 1971. — *Paulo Dourado de Gusmão*, 7.º Procurador da Justiça.

PARTILHA DE BENS EM DESQUITE AMIGAVEL NÃO EXCLUI INVENTÁRIO

— *Desquite amigável, avaliação dos bens partilhados; o fato de já ter sido homologada, com o desquite amigável, a partilha ajustada não exclui a necessidade, para efeitos fiscais, de inventário e avaliação dos bens partilhados pelo casal.*

RECLAMAÇÃO N.º 7.381

1.^a Câmara

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da Reclamação n.º 7.381, sendo reclamante Albertina Ferreira de Cas-

tro Dias e, reclamado, o Juízo da 4.^a Vara de Família:

Acorda a 1.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, unânimemente, em negar provimento à reclamação. Custas como de lei.

E o faz, integrando neste as informações de fls. 23/24 e o parecer de fls. 26 — adotando a exposição dos fatos e considerações nêles aduzidos como relatório e razão de decidir (Ato Reg. n.º 12, art. 35 e §§) — por considerar, em síntese, que o fato de já ter sido implicitamente homologada, com a sentença de homologação do desquite amigável, a partilha ajustada pelos desquitandos não exclui a necessidade, para efeitos fiscais, da avaliação dos bens partilhados pelo casal.

Rio, 22 de setembro de 1971. — *João José de Queiroz* Presidente e Relator. — *Mauro Gouvêa Coelho*. — *Basileu Ribeiro Filho*.

Ciente. — Rio de Janeiro, 29 de setembro de 1971. — *Paulo Dourado de Gusmão*, 7.º Procurador da Justiça.

PARECER

Reclamação para reforma de despacho que denegou pedido de averbação no Registro de Imóveis de partilha, feita em desquite amigável, sem o competente inventário. Sustenta o reclamante a desnecessidade do inventário por ser tal partilha parte integrante da sentença homologatória do acôrdo em desquite amigável.

Pensamos não ter razão o reclamante. A solução simplística que pretende dá prejuízo à Fazenda. O inventário simples, de curso rápido, com avaliação dos bens, pagamento de impostos, é necessário. Não se trata de mera formalidade, desnecessária mas de procedimento que não satisfaz somente interesse do particular, mas também do Estado, que por isso não pode ser prescindido sem a concordância da Fazenda, que, no caso em tela, se opõe à pretensão do reclamante.

Pelo indeferimento da presente reclamação.

Rio de Janeiro, 9 de setembro de 1971. — *Paulo Dourado de Gusmão*, 7.º Procurador da Justiça.

FIANÇA PRESTADA PELO MARIDO SEM OUTORGA UXÓRIA

Fiança prestado pelo marido sem outorga uxória — Arguição de nulidade da fiança por parte da mulher — Entendimento harmônico dos arts. 235, III, e 263, X, do Código Civil — A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a lição de Orosimbo Nonato — Procedência da arguição — Confirmação da sentença.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 73.700

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Apelação Cível n.º 73.700, em que são apelantes: 1.º) Sinalva S. A. Comércio e Indústria; 2.º) Maria do

Carmo Machado Souza e seu marido, sendo apelados os mesmos:

Acordam os Juizes da 5.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, à unanimidade, em negar provimento a ambos os recursos e confirmar a sentença apelada.

Custas *ex lege*.

Trata-se de ação executiva movida pela primeira apelante contra Manuel de Souza, fiador de Antônio de Souza, objetivando a cobrança de aluguéis e multa contratual.

Efetivada a penhora, ingressou nos autos, contestando a ação, a espôsa do réu, argüindo de nula a fiança, por haver a mesma sido conferida sem sua outorga. O contrato de fiança cons-

tante do de locação apontava o fiador como casado, ficando esclarecido dos autos, ademais, que o regime de bens do casamento era o da comunhão.

A ação foi julgada improcedente, havendo a sentença declarado nula a fiança.

O apêlo da autora é no sentido de que a penhora seja considerada válida quanto à meação do marido.

Conhecido é o dissídio jurisprudencial em tôrno do assunto.

Nos termos do art. 235, n.º III, do Código Civil, o marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens, prestar fiança. Por sua vez, preceitua o art. 263, n.º X, do mesmo Código, que é excluída da comunhão a fiança prestada pelo marido sem outorga da mulher.

Certos julgados, dando maior relêvo à segunda das mencionadas disposições, extraem a ilação de que a meação do marido responde pelo débito decorrente da fiança. Outros, em maioria, dando preeminência à primeira, concluem que nula é a fiança conferida sem outorga uxória. Em tal sentido podem ser apontados, entre outros, os seguintes arestos do Excelso Supremo Tribunal Federal: rec. extr. n.º 29.858, de 21-7-64, no *D. da Just.* de 24-9-64, p. 734; rec. extr. n.º 55.664, de 14-5-64, no *D. da Just.* de 9-7-64, p. 466; rec. extr. n.º 3.128, na *Rev. For.*, v. 85, p. 366; rec. extr. n.º 10.280, no *Arg. Jud.*, v. 82, p. 136; rec. extr. n.º 23.605, na *Rev. For.*, v. 165, p. 114; rec. extr. n.º 52.568, de 30-4-63, no *D. da Just.* de 11-7-63, p. 552; rec. extr. n.º 30.573, de 3-3-66, na *Rev. Trim. Jur.*, v. 36, p. 559 (em grau de embs.); rec. extr. n.º 64.856, de 6-11-70, na *Rev. Trim. Jur.*, v. 55, p. 384.

Não há, entretanto, para decidir a questão, necessidade de se conferir maior destaque a êste ou àquele preceito de nossa lei civil, pois não há nêles — como já se tem pretendido —

qualquer contradição. Foi o que já demonstraram as antigas Câmaras Con-juntas de Agravos do Tribunal de Ape-lação do Distrito Federal, em acórdão de 1938 (*Rev. dos Tribs.*, v. 122, p. 261), PONTES DE MIRANDA (*Trat. Dir. Privado*, v. 8, § 855, n.º 18, pgs. 153 a 156), e os Ministros OROSIMBO NO-NATO e VICTOR NUNES LEAL, em acór-dões de que foram relatores (rec. extr. n.º 45.242, de 12-5-66, na *Rev. Trim. Jur.*, v. 38, ps. 31/35).

Segundo tais lições, o art. 235, nú-mero III, há que ser entendido em har-monia com o que rezam os arts. 263, n.º X, e 239: o marido não pode, sem consentimento da mulher, prestar fian-ça (art. 235, III); se o fizer, porém, pode a mulher, na constância da socie-dade conjugal, ir contra ela e obter a anulação do ato (art. 239); não o fa-zendo, e achando-se extinta a socieda-de conjugal, ainda tem ela quatro anos para demandar a anulação (art. 178, § 9.º, n.º I, b). Assim, só é possível a aplicação do art. 263, X, do Cód. Civil, em se tratando de fiança não anulada, uma vez extinta a sociedade conjugal. Ou, como sintetisa o acór-dão de que foi relator o Ministro Victor Nunes: "se a nulidade da fiança é pe-dida na constância da sociedade con-jugal, a sua ineficácia é total; se, en-tretanto, é postulada sòmente depois da extinção da sociedade conjugal, a meação da mulher fica excluída dos efeitos da fiança, quer a ação te-nha sido proposta por ela ou por seus herdeiros" (*Rev. Trim. Jur.*, v. 38, p. 32).

Não merece, pois, provimento a pri-meira apelação.

Também não é de acolher a segunda apelação, a qual pretende, apenas, a elevação da taxa de honorários de 5% para 20%. O art. 64 do Cód. de Proc. Civil recomenda que os honorários da sucumbência sejam fixados com mode-ração. Por outro lado, a defesa da 2.ª apelante ficou evidentemente faci-

litada pela farta jurisprudência existente em prol da tese que defendeu.

O valor da causa — Cr\$ 10.324,24 — não é pequeno.

Rio de Janeiro, 15 de junho de 1971.
— *Luis Antônio de Andrade*, Presidente e Relator. — *A. P. Soares de Pinho*.

ACUMULAÇÃO DE CARGOS

Acumulação de cargos — Correlação de matérias — Cargos de advogado e de professor de português — Inteligência do art. 99 da Constituição da República — Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — Orientação da Comissão de Acumulação de Cargos do Departamento de Administração Civil — Segurança concedida.

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 3.062

Impetrante: Francisco Antonio Mellado.
Informante: Sr. Governador do Estado da Guanabara.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança número 3.062, em que é impetrante Francisco Antonio Mellado, sendo informante o Sr. Governador do Estado:

Acordam os Juizes do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, em sessão plenária, à unanimidade, em rejeitar as preliminares de ilegitimidade e de intempestividade, e, no mérito, por maioria, em conceder a segurança.

Custas pelo informante.

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato do Sr. Governador do Estado que, acolhendo parecer da Comissão de Acumulação de Cargos, entendeu não haver correlação de matérias entre a função, que o impetrante exerce, de advogado do Banco do Brasil e o cargo de professor de português, obtido em concurso.

As preliminares suscitadas pelo in-

formante, de ser este parte ilegítima e de haver a segurança sido pedida a des- tempo, não merecem acolhida. A primeira porque, na matéria — como salienta a própria informação a fls. 15 — tem o interessado *recurso específico* para o Governador, ao qual cabe a palavra final. Trata-se de *recurso específico* e não de mero pedido de reconsideração, bastando ler, para tanto, os termos em que a decisão do Sr. Governador é exarada: “De acôrdo com o parecer, considero ilegítima a acumulação” (fls. 19). A segunda preliminar decorre da primeira: contado do despacho do Sr. Governador — que foi publicado no Boletim Oficial do Estado de 22 de agosto de 1969 — vê-se que a 15 de dezembro do mesmo ano — data em que o mandado deu entrada no protocolo do Tribunal (fls. 2) — ainda não haviam decorrido os 120 dias a que alude o art. 18 da Lei n.º 1.533, de 31/12/1951.

No tocante ao mérito, a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, já assentou que “no curso secundário” (e esse o caso do impetrante) “o critério da correlação deve ser razoavelmente amplo”, devendo a correlação ser “mais conceitual que didática” (recurso de mandado de segurança n.º 13.765, na *Rev. Trim. Jur.*, vol. 34, págs. 528-529). Em outro julgado já assinalara a 2.ª Turma de nossa mais alta Côrte que o vocábulo “correlação” não fica no simples paralelismo, “mas não irá à identidade, nem ainda à concordância de funções de órgãos diversos, como vê a fisiologia”. E argumentava: “Pode bem exprimir — e, em verdade, este é

o sentido dado pelo Legislador — semelhança, congneridade ou, como no lúcido paradigma, reciprocidade de convivência” (rec. extr. n.º 51.196, na *Rev. Trim. Jur.*, vol. 24, pág. 550).

Em um terceiro aresto — também do plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal — o preceito constitucional e suas implicações foram analisados e discutidos minudentemente, em debate que se alongou por duas sessões. Prevaleceu, por fim, o critério mais liberal. Salientou o eminente Ministro Cândido Motta, em seu voto, que “a base de todo o ensino e do processo educativo está no idioma pátrio, sem o qual não se efetiva a comunicação. Sem êsse ensino do idioma não há educação, não há cultura e não há possibilidade de preparação da infância e juventude para a vida”. E mais adiante: “Não há mal algum nas acumulações, em matérias tôdas que são entre si correlacionadas. E não é um mal num país que precisa de mais de cem mil professores primários”. E concluiu o julgado por entender correlatos o ensino do português com o de trabalhos manuais (*Rev. Trim. Jur.*, vol. 36, págs. 50 a 61).

Na esfera administrativa federal, a Comissão de Acumulação de Cargos do DASP concluiu, à unanimidade, serem acumuláveis os cargos de Defensor Público e de Professor de Ensino Médio, lecionando português, isso porque, em ambos os casos, o conhecimento da língua portuguesa integra a atribuição principal de ambos os cargos (*Rev. Dir. do M. Público*, vol. 4, pág. 180). E dá notícia o parecer da referida Comissão que, em outro processo, já se reconhecera a correlação entre as atribuições do cargo de advogado da Rêde Ferroviária Nacional e de professor de História do Brasil.

O mesmo órgão teve oportunidade, pouco mais tarde, de apreciar hipótese afim à dos autos: tratava-se da acumulação do cargo de desembargador com o de professor de português. Entendeu êle lícita a acumulação, salientando:

“O profissional do direito tem que possuir, mais que qualquer outro, a habilidade de ler, de falar, de ouvir, de escrever, de transmitir de maneira a aumentar as possibilidades do bom funcionamento do Direito, vale dizer, do bom funcionamento da Sociedade. Até para saber o sentido das palavras é necessário, não raro, dela abstrair-se e não lhe dar atenção maior”.

Nessa mesma linha de raciocínio votou, no processo administrativo, favoravelmente à pretensão do ora impetrante, o membro da Comissão, dr. Joaquim Torres de Araujo, relator do aludido processo. Eis o seu voto, no que concerne a compatibilidade de matérias: “... ao desincumbir-se de seu mister específico, é patente que o jurista emprega a linguagem não apenas como meio trivial de intercomunicação. O vernáculo se torna para êle verdadeiro instrumento de trabalho de cuja adequada utilização decorrerá o maior ou menor rendimento no seu múnus exegético. O intérprete do texto legal deve, necessariamente, conhecer a fundo o idioma para perquirir com proveito a verdade jurídica que nêle se contém. Assim, pois, considerando que os conhecimentos da língua pátria têm principalidade no desempenho das funções que o recorrente pretende acumular, reconhecemos, *in casu*, a presença do requisito da correlação de matérias.

Desnecessário será lembrar — para que bem se aquilate do acerto das considerações acima aludidas — a atuação de Rui Barbosa, jurista da língua e jurista emérito, na elaboração de nosso Código Civil.

Rio de Janeiro, 13 de maio de 1971.
— Des. Moacyr Rebêllo Horta, Presidente. — Des. Luiz Antonio de Andrade, Relator designado.

Paulo Alonso, Relator vencido no mérito, pois denegara a segurança requerida, com o voto adiante.

A Constituição Federal veda a acumulação remunerada de cargos e funções públicas, excetuando, entre outros ca-

tos, a acumulação de um cargo de professor com outro técnico ou científico (art. 99, III). A Constituição Estadual reproduz a regra (art. 77, III).

Mas essa permissão só ocorre se houver correlação de matérias, além da compatibilidade de horários (§ 1.º dos dispositivos indicados de ambas as Constituições).

Ora, como bem pareceu à Comissão de Acumulação de Cargos, da Secretaria de Administração, e decidiu a Administração, trata-se de um cargo técnico, advogado contratado pelo Banco do Brasil S.A., que é sociedade de economia mista, e de outro cargo no magistério secundário estadual, cuja disciplina é português, entre os quais inexistente correlação de matérias: "se é certo que, na sua atividade advocatícia, o interessado não prescinde do correto manejo do vernáculo, não é menos certo que, no magistério do português, não será jamais necessário o emprêgo de conhecimentos jurídicos; na espécie, tudo o que existe é uma remota relação; jamais uma relação íntima ou a correlação de matérias".

Nos termos da exigência constitucional é certo que no ensino do português não mantém correlação com a tarefa ou atividades advocatícias; bem como é indubitável que os conhecimentos especializados do advogado não se correlacionam com o ensino do português.

A correlação de matérias, nos termos do art. 8.º, do Dec. Est. n.º 13.823 — de 4-3-1958 — pressupõe a existência de relação imediata e recíproca entre os conhecimentos específicos, cujo ensi-

no ou aplicação constitua atividade principal dos cargos acumuláveis".

Correlação de matérias entre dois cargos, portanto, é a semelhança de conhecimentos que constitui habilitação para o exercício de ambos. É o fato de ser o exercício de um a aplicação do que se investiga ou se lida no outro. É a identidade parcial ou quase total, na natureza da função de ambos. A semelhança supõe graus: a parte comum entre coisas diferentes pode ser maior ou menor. Pode ir quase à identidade. Enquanto não a atinge, é semelhança. Sem identidade parcial de duas ou mais coisas diferentes, não há, nem pode haver, semelhança entre êles.

Desprezar a identidade ou a correlação necessária entre as atividades profissionais é falsear o pressuposto constitucional permissivo da acumulação.

Salvador Pinto Filho, vencido, nos termos do voto do Des. Paulo Alonso. A regra constitucional é a de proibição de acumulações. As condições estabelecidas para as exceções hão de ser consideradas restritivamente, máxime quando não se trata de dois cargos de professor, mas de um cargo técnico e outro de magistério.

Oduvaldo Abritta, vencido, nos termos do voto do ilustre Desembargador Paulo Alonso.

Basileu Ribeiro Filho, vencido, data vênua, nos termos do voto do ilustre Des. Paulo Alonso.

Moacyr Rebêllo Horta, vencido nos termos do voto do Des. Paulo Alonso. Ciente.

Rio, 2-8-1971. — *Clovis Paulo da Rocha*, Procurador-Geral da Justiça.

SUCESÃO COM CONCORRÊNCIA DE FILIAÇÃO LEGÍTIMA E ILEGÍTIMA

Sucesão. Concorrência de filiação legítima e ilegítima. Revogação do art. 1.605, § 1.º do Código Civil, pelo art. 126 da Constituição de 1937, abrangendo

não só os filhos naturais "stricto sensu", como também os espúrios de reconhecimento permitido. Permanência desse princípio não contrariado por disposição das

Constituições posteriores e nem por legislação ripristinatória do dispositivo revogado. Esta é a norma geral vigente. A restrição trazida pela Lei 883, de 1949, pelo seu próprio caráter restritivo, só compreende o caso nela previsto, "o filho reconhecido na forma desta lei". Apelações desprovidas.

Voto vencido.

APelação CÍVEL N.º 69.259

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível n.º 69.259, em que são apelantes, 1.º Gilberto Francisco Allard Chateaubriand Bandeira de Mello, 2.º Fernando Antônio Chateaubriand Bandeira de Mello e apelados os mesmos e Thereza Acunha Bandeira de Mello Alkmim:

Acordam os juizes da 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por unanimidade de votos, em rejeitar a prejudicial levantada pelo primeiro apelante e transferir para o mérito a preliminar de titularidade do primeiro apelante, argüida pela apelada. No mérito, negou-se provimento a ambas as apelações, sendo que a segunda por unanimidade e a primeira por maioria, vencido o relator. Designado o revisor para relatar o acórdão. Custas *ex lege*.

A questão é pertinente à vocação hereditária e a capacidade para suceder, levantada na sucessão testamentária do Embaixador Francisco de Assis Chateaubriand Bandeira de Mello.

O de *cujus*, em testamento público, depois de distribuir legados de sua metade disponível com a finalidade de assegurar a continuidade de suas empresas jornalísticas, de radiodifusão e televisão, deliberou a respeito de seus filhos, assim: "que aos seus filhos Fernando, Gilberto e Thereza, pertencerão com cláusula de incomunicabilidade, além de legítima, quaisquer outros bens e direitos remanescentes após o paga-

mento do presente legado" (Cláusula 1.ª, fls. 444v.).

Esses filhos, na ordem cronológica das idades, são: Gilberto, filho natural, nascido de pai e mãe solteiros, em 21-5-1925 e reconhecido dezesseis anos depois, em 20-8-1941, época em que o de *cujus* já era casado com outra mulher, da qual, aliás, ao tempo já estava separado de fato (fls. 270, 272 e 332).

Fernando, filho legítimo, nascido em 13 de março de 1927, na constância do casamento do de *cujus* com Maria Henriqueta de Assis Chateaubriand (fls. 82).

Thereza, filha adúlterina à *patre*, nascida de mãe solteira na constância do casamento do pai, o de *cujus*, em 11-4-1934, quando já estaria separado de fato de sua mulher legítima. (Há afirmações contraditórias a respeito da separação já nessa época, fls. 83 e 270). Depois do desquite por mútuo consentimento do casal do de *cujus*, julgado em grau de apelação, de ofício, em 13-11-1942 (fls. 95-95v.), o de *cujus*, por escritura pública de 19 de novembro do mesmo ano de 1942 e na forma do permitido pelo Dec.-lei n.º 4.737, de 24 de setembro de 1942, reconheceu "a sua aludida filha Thereza", averbando esse reconhecimento no registro de nascimento (doc. de fls. 479-480).

Agora, diante do *status* originário dos filhos: natural, reconhecido na constância do casamento; legítimo; adúlterino reconhecido depois de dissolvida a sociedade conjugal pelo desquite; discute-se como fazer a divisão da herança entre eles? Em partes iguais? Metade da herança do legítimo para o natural reconhecido? Um simples "amparo social" igual à metade da herança do filho legítimo para o adúlterino reconhecido?

Argumentam-se com o art. 1.605, § 1.º do Código Civil; o art. 126 da Constituição de 1937; art. 2.º, § 3.º do Dec.-lei n.º 4.657, de 1942; o Dec.-lei n.º 4.737, de 1942; a Lei n.º 883, de 1949 e art. 1.577 do Código Civil.

O juiz do inventário decidiu pela

igualdade dos quinhões dos três filhos do inventariado (fls. 306-309). Daí as apelações do filho natural reconhecido (1.º apelante) contrária à sentença com referência à filha adúlterina; do filho legítimo (2.º apelante) contrária à sentença com referência ao filho natural. São apelados os mesmos e ainda a filha adúlterina, que não apelou da sentença.

O primeiro apelante, a título de prejudicial, argüiu "o desacêrto da providência adotada pelo Dr. Juiz *a quo* quanto à formação dos autos apartados, como se fôra incidente, para tratar de assunto pertinente à vocação hereditária, que é ato, por excelência, do inventário" (fls. 311). Essa matéria, porém, *data venia*, não tem a relevância que se quis emprestar de questão prejudicial. É apenas metodológica, de ordenação quase que apenas material do processo e justificada para evitar tumulto nos autos do inventário, como, aliás, está explicitado no próprio despacho do juiz que determinou a formação dos autos apartados, para evitar-se "seja tumultuado o processo do inventário e prejudicado o seu andamento, na hipótese de recurso, com a subida dos autos à superior Instância" (fls. 2). Disso nada decorreu de prejuízo às partes, como bem ressaltou em seu parecer a Procuradoria Geral da Justiça e antes pôs ordem evitando-se "tumultuar o inventário já bastante tumultuado". Tal cabe dentro dos poderes do Juiz, de dirigir "o processo de forma que assegure à causa um andamento rápido, sem prejuízo da defesa dos interessados" (art. 112, do Código de Proc. Civil). Daí se rejeitar, por unanimidade, a prejudicial argüida.

Quanto à preliminar levantada pela apelada Thereza Acunha Bandeira de Mello Alkmim, da falta de legitimidade e autoridade do primeiro apelante, filho natural, para impugnar a sentença favorável à filha adúlterina (fls. 361), por se confundir essa argüição com a matéria da 2.ª apelação, transfere-se

para decisão de mérito a sua apreciação. Votação unânime.

No mérito, o voto do eminente relator, vencido na sua conclusão no tocante à primeira apelação, destacou com brilho e erudição a fundamentação histórica e sociológica da proteção à família legítima que explica e justifica a desigualdade legal entre os filhos legítimos e naturais e especialmente da categoria dos adúlterinos e incestuosos. Numa visão sociológica, a realidade cultural que condicionou e justificou essas construções jurídicas já se apresenta modificada e profundamente transformada. Hoje sobreleva a afirmação da dignidade da pessoa humana e essa afirmação cada vez maior, vai produzindo o que no comêço do século já pareceu a PEREAU como "l'adoucissement du droit" ("*Technique de la Jurisprudence*", tomo 2.º, título III, Paris, 1923). A matéria é sedutora para dissertações jurídicas e sociológicas. Mas, na prática judicial basta apenas considerarmos as transformações legislativas já produzidas.

Em trabalho de outra índole, não uma decisão de Poder, como é uma sentença judicial, seria interessante recordar as etapas desse abrandamento em nosso direito, através das distinções que foram sendo introduzidas, adúlterino *a patre*, adúlterino *a matre*, as disposições da legislação social, a igualdade constitucional dos filhos pela Carta de 1937, a possibilidade do reconhecimento dos filhos adúlterinos, depois de dissolvida a sociedade conjugal pelo desquite, a extensão posterior que se deu, primeiro através de construção jurisprudencial, depois consagrada em texto legislativo, da possibilidade desse reconhecimento com a extinção do vínculo, pela morte de um dos cônjuges.

Na França, RIPERT traçando o quadro dessa transformação em "*Le Régime Democratique et Le Droit Civil Moderne*", no comêço deste século, refere-se que "há quarenta anos a democracia empenha-se em elevar a condição

do filho natural, tanto para que a sua inferioridade não pareça inspirada por uma idéa religiosa como por ser contrária ao ideal de igualdade. A tradição da revolução (referia-se à Lei de 12 Brumário, ano II, que estabeleceu a igualdade de sucessão entre os filhos simplesmente naturais e legítimos. O parêntese é nosso), a tradição da Revolução retomou o seu império. Um sentimento de prudência burguesa leva o legislador a proceder apenas por etapas, sem nunca, porém, perder de vista o fim a atingir" (op. cit., n.º 55). Esse é o panorama geral do direito contemporâneo.

Entre nós, o Código Civil, cujo projeto que se converteu em lei depois de longa discussão, data do fim do século passado, vindo a entrar em vigor em janeiro de 1917, depois de proibir o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos (art. 358), dispunha a respeito dos naturais simples (*ex soluto, ex soluta*) que "havendo filho legítimo ou legitimado, só à metade do que a êsse couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento" (§ 1.º do art. 1.605). Com isso, se pretendia, como observa CARLOS MAXIMILIANO, "pôr em situação melhor a família legítima, render homenagem e culto à fé e lealdade que deve existir entre os esposos". Mas, êsse dispositivo, que foi introduzido pela Comissão da Câmara (*Trabalhos da Câmara VI*, pág. 488, vol. VIII, pág. 237, art. 1.617), contrariava a orientação do projeto CLÓVIS BEVILÁQUA, que permitia o reconhecimento dos espúrios e estabelecia a igualdade de direito entre os filhos. Clóvis assim justificava:

"No Brasil, a consciência média não reconhece distinção entre os deveres do pai natural e os do pai legítimo. Todos os litígios travados nesta arena devemo-las à Lei de 2 de setembro de 1847, cujos rigores a jurisprudência tem procurado atenuar, embora sufragando uma doutrina que claramente contrasta

com a letra expressa da lei. Desaparecendo essa fonte de dissídios ficam os filhos naturais reconhecidos, equiparados aos legítimos. O disposto no projeto, não é, portanto, mais do que o resultado da revogação da citada lei nestes últimos tempos tão golpeada pela crítica.

"As legislações modernas têm-se esforçado, por processos diversos, para dar aos filhos ilegítimos um tratamento melhor do que o injusto repúdio com que, em certo tempo, se tentou impedir o desregramento dos pais. Através da variedade dêsse processo, o espírito dos que refletem sobre as formas vivas do direito, procurando extrair delas a lição da experiência, sente-se perturbado e perplexo, já o declarei em outra parte: mas, se conseguir afastar de si as solicitações inoportunas dos preconceitos, saberá encontrar o caminho do matagal das opiniões colidentes, reconhecendo que a justiça está com aquêles que equiparam a prole natural reconhecida, a prole que provém de um matrimônio válido, e que não distinguem, perante a sucessão materna, àqueles que nascendo das mesmas entranhas, não podem ser diferenciados perante os deveres e perante o amor das mães". (*Apud* JOÃO LUIS ALVES, *Código Civil Anotado*, 1.ª ed., págs. 1130-1131).

Essa idéa liberal veio a triunfar numa Constituição autoritária, a Carta de 1937, cujo art. 126 dispôs: "Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a Lei assegurará igualdades com os legítimos e extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a êstes incumbem os pais". Êsse dispositivo estabeleceu um princípio, de ordem constitucional, a que nenhuma lei poderia se opor, ficando sem valor as disposições que contrariassem o seu comando, "a lei assegurará igualdade com os legítimos". Tal importou em revogar as discriminações e restrições de direito do § 1.º do art. 1.605, do Cód. Civil, incompatíveis com essa igualdade de ordem constitucional. Depois de certa

hesitação os juristas e tribunais reconheceram a modificação como matéria pacífica. (CLÓVIS BEVILAQUA, *Direito das Sucessões*, ed. 1945, pág. 128; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, vol. 9, § 972; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Efeitos do Reconhecimento da Paternidade Ilegítima*, 1947, págs. 172-173; Recurso Extraordinário n.º 7.672, unânime, 2.ª Turma, Relator Min. HAHNEMAN GUIMARÃES, em 5 de julho de 1949, in *Arq. Jud.*, vol. 94, pág. 384. No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça da Guanabara, Agravo de Instrumento 6.674, relatado pelo então Desembargador e depois Ministro do Supremo, ROCHA LAGÔA, in *Arquivo Judiciário*, vol. 68, pág. 135; Tribunal de São Paulo, Embs. de Decl. na Apelação 53.074, unânime, 1.ª Câmara, Rel. Des. PAULO COLOMBO, em 29-1-52, in *Rev. dos Tribs.*, vol. 199, pág. 201).

Foi dentro desse espírito da Carta de 1937, em vigor na época e ao que se diz por influência do *de cuius*, que surgiu o Dec.-lei 4.737, de 24 de setembro de 1942, permitindo, depois do desquite, o reconhecimento do filho adulterino. "O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação" (art. 1.º do cit. Dec.-lei n.º 4.737).

Logo após esta lei, que lhe seria, preferentemente endereçada, foi a apelada Thereza, por escritura pública de 19 de novembro de 1942, em seguida ao desquite paterno julgado em segunda instância em 13-11-1942, reconhecida como sua filha pelo *de cuius*. Revogada que fôra pela Carta de 1937 o disposto no § 1.º do art. 1.605 do Cód. Civil, se a abertura da sucessão não tivesse ocorrido a esse tempo, não haveria a menor dúvida, pela aplicação da lei ao tempo (art. 1.577 do Cód. Civil), quanto ao direito de Thereza à igualdade dos filhos. Mas, posteriormente, e antes da abertura da sucessão (1968), houve modificação legislativa (1949). A Lei 883, de 21 de outubro de 1949, restaurou, no

tocante aos adulterinos reconhecidos as restrições do § 1.º do art. 1.605 do Cód. Civil e até de maneira mais anti-pática, referindo-se a "amparo social" e não herança, amparo que seria igual à metade da herança do filho legítimo ou legitimado (art. 2.º).

Discute-se, no caso a aplicação desta lei aos reconhecidos no regime da lei anterior, Dec.-lei n.º 4.737, de 1942. Não há dúvida que em se tratando de sucessão, a lei aplicável é a da abertura da sucessão (art. 1.577 do Código Civil). A lei nova poderia alterar inteiramente a ordem da vocação hereditária, estabelecer restrições, instituir absoluta liberdade de testar, e não haveria porque se reclamar pelo fato de haver nascido, sido registrado ou reconhecido sob o regime de lei diversa. Não há que se confundir o *status* de filho, que é da época do nascimento ou do reconhecimento, com o direito a sucessão, que só nasce quando a sucessão é aberta. Mas, o que ocorre, frente ao regime legal da época da abertura da sucessão e ainda vigente, é que essa Lei 883, de 1949, não dispôs sobre os efeitos dos reconhecimentos havidos de acôrdo com a lei anterior. O legislador foi cuidadoso. Limitando direitos, empregou uma redação restrita, tendo a preocupação de dizer que o "amparo social", igual à metade da herança do filho legítimo, era concedido ao "filho reconhecido na forma desta lei". Isto é o que exprime o texto legal. "Deve o intérprete descobrir e revelar o conteúdo de vontade *expresso em forma constitucional*, e não as volições algures manifestadas, ou deixadas no campo intencional; pois que a lei não é o que o legislador quis, nem o que pretendeu exprimir, e sim, o que *exprimiu de fato*". (FERRARA, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. I, pág. 210, apud CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, n.º 35, pág. 43, 2.ª ed.). A respeito das conseqüências hereditárias em relação aos filhos já reconhecidos na forma de outra lei nada

dispôs. Esses outros terão os direitos ou não terão direitos, de acordo com as normas legais do direito das sucessões sem as alterações "desta lei" que não os alcança. E que normas são essas? "Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos" (art. 1.605 do Cód. Civil). Quebrado o absolutismo da proibição do reconhecimento dos filhos adúlterinos do art. 358 do Código Civil, referido no § 1.º do art. 1.605 citado e revogada a sua restrição à metade da herança, por força do art. 126 da Carta de 1937, fica de pé a regra geral da equiparação do *caput* do art. 1.605 do Cód. Civil. É certo que a equiparação do art. 126 da Constituição de 1937, como reconheceu PHILADELPHO AZEVEDO, "não podia ser limitada a proteção de "filhos naturais" *stricto sensu*, abrangendo, antes, todos os filhos legítimos, quer os simplesmente naturais, quer os espúrios. Tratava-se ademais, de um dispositivo auto-executável" (*Um Triênio de Jurisprudência*, vol. I, n.º 162, pág. 388). Essas considerações resolvem, *data venia*, ambas as apelações e pelo desprovemento.

Rio de Janeiro 11 de novembro de 1970. — Des. João Frederico Russell, Presidente. Mauro Gouvêa Coelho, Relator do acórdão. Laurindo Amílcar Ribas, vencido, pelo fundamento do voto em separado.

VOTO VENCIDO

Concorrendo três filhos à sucessão paterna, um legítimo e dois ilegítimos, ambos reconhecidos mas o último só através a permissibilidade concedida pelo Dec.-lei 4.737-42, deu-lhes a sentença iguais direitos à herança.

Para desigualá-los, um destes invoca a adúlterinidade do outro e o legítimo, de sua vez, a duplicidade do seu direito sobre o daquele, que, embora na qualidade de sucessor abrangido pela restrição do art. 1.605, § 1.º, do Cód. Civil, ficaria com quinhão igual ao amparo

social dispensado ao adúlterino pelo art. 2.º da Lei n.º 883-49.

Essas, pois, com as subjacentes, as questões a resolver.

O parentesco bilateral só acedeu ao unilateral uterino quando os grupos tri-bais ou comunitários, evoluindo para a exclusividade da posse da mulher, asentaram o alicerce da família.

Sua estruturação foi lenta e diversificada.

Mas na proporção em que as necessidades e os direitos cresciam, o homem também aumentava seus cuidados com a posteridade, tirando da hereditariedade a provisão para projetar-se no infinito.

Não se podendo, porém, projetar em direções diferentes sem prejuízo da unidade de fim, a sucessividade logo se estabeleceu segundo uma linha de prioridade, em que a prevalência de uns filhos sobre outros obedecia ao princípio grupal, de idade, de capacidade de liderança ou até mesmo de sexo.

Onde quer se considerasse a mulher única, principal ou concorrente, aí também variava a escala de prioridade, portanto os direitos dos filhos, contidos, afinal, num sistema ideal de regularidade da filiação, que tornou clássica a sua divisão em legítima e ilegítima, subdividida esta em natural e espúria, que, de sua vez, se compõe pela adúlterina, a incestuosa e a sacrílega.

A ilegítima é uma contingência, que os povos aceitam e resguardam, sem encorajá-la.

Só se conhece, em contrário, o estímulo da *Lex Julia et Papia*, tornando legal, embora secundário, o concubinato entre os romanos, para melhorar a procriação que a licenciosidade de costumes diminuía.

A reação de Constantino logo restituiu o primado da filiação legítima, como já o fazia a Lei Manú, só admitindo a poligamia, consoante a referência de BAPTISTA DE MELLO, quando estéril o primeiro matrimônio (*Direitos de Bastardia*, pág. 23).

Eis aí a longínqua e persistente afirmação de ser o filho a continuidade do pai e o repositório dos seus direitos.

E, como fonte desses direitos, a evidência de que a filiação legítima sobreleva à natural e, esta, às demais.

Assim se constituiu o nosso direito positivo, através das Ordenações, permitindo o reconhecimento dos filhos espúrios sem lhes conceder direitos sucessórios.

A permissibilidade do reconhecimento, já banida no regime consolidado, embora permanecendo o resíduo canônico dos alimentos, ressurgiu no projeto BEVILAQUA, que assinalou a sua derrota com o amargo comentário de dever-se “êsse regresso da lei civil à influência reacionária de ANDRADE FIGUEIRA e outros” (Cód. Civil, art. 358).

Ser ou não ser um regresso, antes que pela legislação comparada ou pelo sentido das conseqüências singulares, apura-se pela compatibilidade do preceito com a formação do povo, emergido do período escravagista e a quem, talvez, melhor conviesse o resguardo e o aprimoramento dos costumes, solapados na vida de senzala e na sua relação com a casa-grande.

A conquista dos espaços vazios levou-o, depois, a estimular as proles numerosas já, agora, desestimuladas pelo conceito sócio-econômico do bem-estar, ligado à idéia da produtividade.

Subsistiu, porém, um primeiro avanço na direção igualitária, que foi o da equiparação feita pelo artigo 126 da Constituição de 1937 entre legítimos e naturais reconhecidos:

“Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a êstes incumbem aos pais”.

Sua desigualação, em tema de direitos sucessórios, vinha feita pelo artigo 1.605, § 1.º, do Cód. Civil, que a êstes

só conferia a metade da herança atribuída aos legítimos quando o seu reconhecimento, qual o do impugnante, ocorresse na constância do casamento.

Se ocorrido antes do casamento ou depois da sua extinção não vigia a restrição, o que não parece louvável, nem mesmo no confronto com seu fim, por diferenciar, pelo momento da sua criação, os efeitos de um mesmo ato constitutivo de direito.

Cessou, porém, tôda a restrição pelo preceito constitucional revogatório.

Por êle, com efeito, se dispôs em contrário, dando como plena uma equiparação restrita.

“Se a lei nova cria — ensina MAXIMILIANO — sobre o mesmo assunto da anterior, um sistema inteiro, completo, diferente, é claro que todo o outro sistema foi eliminado” (*Hermenêutica e aplicação do direito*, 443, I).

Isso, precisamente, o que ocorreu.

Entende-se, contudo, e nada obstante a admissibilidade do sentido revogatório da norma, que ela não atuou por faltar-lhe a necessária lei reguladora e assim feneceu pelo império de outras Constituições, que não a reproduziram e nem impediram a sobrevivência da restrição.

O direito, em si mesmo, não se confunde com o modo de exercê-lo ou de preservá-lo.

Estabelecida a igualação de um filho a outro de espécie diversa, o direito se cria e determina por emanção da própria norma, pela qual se rege do momento da sua vigência; e a chamada *reserva da lei*, que na conceituação de XIFRA HERAS é a matéria que deve, forçosamente, ser regulada por leis formais (*Curso de Derecho Constitucional*, II, 234), absorve e disciplina a parte de execução.

O direito de ser igual, assim que imperativamente instituído, fica adquirido em definitivo porque se incorpora ao patrimônio do igualado.

Só o que diz com o modo de nêe investir-se, de exercê-lo ou de conservá-lo, qual o do facilitado reconhecimento, pode ser remetido à lei ordinária, como o foi, pôsto sempre regido pela lei atual.

Daí, pois, o pacífico entendimento da desnecessidade do refôrço da lei ordinária para tornar vigorante a igualação constitucional e revogar a restrição do art. 1.605, § 1.º, do Cód. Civil, que nela vem implícito.

Pela extinção do preceito revogatório não se restaurou a norma restritiva, que deu lugar àquele e por êle se substituiu, ficando definitivamente eliminada.

Constituindo-se em exceção à regra de que os reconhecidos se igualam aos legítimos na sucessão, nem mesmo se pode invocar o vácuo legislativo que levou GIANTURCO a defender o restabelecimento de leis ainda insufladas de razões políticas e históricas, porque inexistente esse vácuo onde continue atuante e com tôda sua plenitude, como no caso, a mesma regra positiva.

A exceção, que é a da desigualação, só por nova lei, a *legge ripristinatoria*, pode ser restabelecida.

E essa não veio.

Por aí, exatamente, se firma a assimetria inicial entre naturais e adulterinos reconhecidos, pois apenas aquêles, e não também êstes, foram os beneficiários da igualdade com os legítimos.

Dos três filhos, um — Gilberto — é natural, e como tal reconhecido em 1941, porque de pai e mãe desimpedidos outro — Fernando —, o segundo pela ordem, é legítimo, porque nascido do casal e na constância do casamento; e a última — Thereza —, nascida de mãe solteira e na vigência do casamento do pai, foi reconhecida segundo a permissibilidade do Dec.-lei 4.737-42 e nega a atribuída adulterinidade por ter sido concebida quando o casal, já separado de fato, estava desobrigado do dever de fidelidade.

Ou se nasce legítimo, ou natural, ou espúrio, porque a filiação é imutável e se define no momento da concepção.

Naturais, de regra, são os legítimos; espúrios, os não reconhecíveis; adulterinos, os só reconhecíveis após a dissolução da sociedade conjugal.

Excluída a classe dos sacrílegos pela formação laical do Estado, a espuriedade obteve a sua primeira conquista com o Decreto-lei 4.737-42, que tornou reconhecíveis, *depois do desquite*, os filhos havidos pelo cônjuge fora do casamento, pondo-os na mesma posição dos naturais, que, de sua vez, já eram sucessíveis em igualdade com os legítimos.

Disso lhes veio o *status* perene e irreversível da filiação, mas não, também, o próprio *status* da lei para dominar os efeitos patrimoniais futuros, que dela emanam, como os da sucessão.

ROUBIER, na sua clássica obra *Le Droit Transitoire*, mostra até onde é intocável o reconhecimento, esclarecendo que, uma vez admitido por uma lei, nunca pode ser infirmado por outra posterior mercê da imediatidade do seu efeito, embora por esta modificável aquilo que não diga com o *status* da filiação (pág. 241).

Distinguindo, na situação jurídica, a sua imediatidade do seu efeito para diferenciar o *status*, complementa com esta nota o julgado da Côte de Tacna, por êle invocado:

“Sans doute, une loi nouvelle pourra diminuer les effets de la filiation adultérine, mais c'est une autre question, car il s'agit d'une loi relative aux effets de la situation juridique. Mais la loi qui interdit la reconnaissance d'un enfant adultérin est une loi relative à la création de la situation juridique, et n'atteint pas les situations déjà créés” (pág. 241).

Nem se compreenderia que o reconhecimento se tornasse impeditivo de uma nova ordem de sucessão ou de um disciplinamento diverso da prestação alimentícia, até mesmo pela inviabilidade do direito adquirido contra o poder so-

berano da estruturação jurídica do Estado.

As leis de favor, como essa, sabidamente baixada para atender determinada situação já indicada no corpo do acórdão, de regra são imperfeitas e destinadas a vida efêmera.

Foi o que se viu.

Sete anos depois ela foi expressamente revogada pela Lei 883-49, que estendeu a permissibilidade do reconhecimento, antes só dos desquitados, aos que tivessem dissolvido a sociedade conjugal por qualquer modo e estabeleceu que

“o filho reconhecido na forma desta Lei, para efeitos econômicos, terá direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado” (art. 2.º).

Sustenta-se, e a douta maioria o admitiu, que a perfilhação verificada segundo a Lei 883, ou seja “na forma desta Lei”, só dela, mas não de outra, é alcançada pela restrição aos efeitos econômicos, sendo plena, de consequente, a participação sucessória do adúlterino reconhecido na vigência do Decreto-lei n.º 4.737.

CAIO MÁRIO e PONTES DE MIRANDA alentam e lapidam a tese em substanciais pareceres, a que se arrima a apelada e o acórdão dá maior fulgor.

Abstraida tôda essa emanção que ofusca e perturba, porém, sua síntese é a interpretação gramatical pura da expressão “na forma desta Lei”, que, na verdade, não escapa a um sentido confinitivo.

Mas a confinação não é à lei em si mesma, mas ao seu fim em relação ao de outra.

O reconhecimento dos filhos ilegítimos tinha a regulação unitária do Código Civil, que se partiu para que outra lei permitisse o dos adúlterinos, que elle proibia.

Mantida e estendida a permissibili-

dade por outra, que a substituiu e proveu sôbre efeitos econômicos, entendese que a todos os adúlterinos igualou para diferenciá-los, dentro da sua confinação, de outros ilegítimos, como os incestuosos, que permaneciam regidos pelo Código Civil.

A interpretação filológica conduz, *data venia* e necessariamente, a essa conclusão.

Também, e sobretudo, a lógica.

Revogada a primeira lei da perfilhação dos adúlterinos, já se viu que o *status* se mantém ainda que restaurada sua proibição, passando a ser regidos os efeitos econômicos por qualquer outra.

A sucessividade não lhes adveio do Dec.-lei 4.737, que sôbre ela não provia, mas do Código Civil, que a negando ao espúrio, todavia a concedia ao reconhecido.

Derrogada a proibição por uma lei, outra poderia derogar a concessão e isso o fêz, precisamente, ao estabelecer que o adúlterino não mais tinha um quinhão na herança, senão um amparo social.

Daí, pois, a minha dissensão, negando adesão à tese que, em última análise, e a pretexto de um tratamento de igualação, começa por desigualar os adúlterinos entre si, que são os iguais e devem, por isso, ter igual tratamento.

Pouco confiante no seu êxito, aliás, a apelada procurou desbordá-la pela própria negação da adúlterinidade e pela inconstitucionalidade da desigualação, que a vontade paterna, a qualquer modo, já havia mandado igualar em adiantamento da legítima.

Sua posição, afirma, não é a de filha adúlterina, mas natural, porque concebida e nascida quando a sociedade conjugal de seu pai não mais existia, cessado que se encontrava, desde há muito, pela separação de fato, o dever de fidelidade entre os cônjuges.

O nascimento ocorreu a 11-4-1934 e se deixou esclarecido no desquite de seu pai, acordado com a ressalva de não

ficar prejudicada a ação de nulidade de casamento então em curso (fls. 87, let. c), que a separação de fato do casal remontava a 1932.

Como que a confirmá-la, faz-se remissão ao alvará de separação de corpos, expedido em 15-1-1942, como preparatório, não do desquite, mas da anulatória, e fundado na afirmação testemunhal de

“que há mais ou menos dois meses o casal está separado de fato” (fls. 274v.).

O fato judicialmente positivado, pois, e que sobreleva ao enunciado pelas partes, é de uma separação iniciada cerca de dois meses antes, ou seja em fins de 1941.

Superveniente ao nascimento, portanto.

Mas se lhe fôsse antecedente, nem por isso haveria como equiparar, nas suas conseqüências jurídicas, a separação de fato da separação *de jure*.

Uma a lei desconhece; a outra reconhece e toma como epicentro da criação e extinção de direitos, que repousam, necessariamente, na *certeza jurídica* que ela pressupõe.

A separação é o próprio desquite, ou a êle tende, como elemento de separação.

Não havendo, nem podendo haver um casamento de fato, tampouco pode haver o desquite, porque ambos, pela sua importância e suas implicações, reclamam forma induvidosa e solene de realização.

É o próprio estado da pessoa que assim também se define, sempre determinado pela certeza jurídica que o informa e o estabelece.

Até que decorram 300 dias da dissolução da sociedade conjugal, presume-se legítimos os filhos que vierem à luz (Cód. Civil, art. 338) e essa presunção só cede à prova inequívoca da impossibilidade de terem sido gerados pelo marido.

A presunção atua no sentido inverso

da ilegitimidade *a patre* do filho tido com outra mulher antes da dissolução da sociedade conjugal, que foi, por isso mesmo, o elemento causal tomado pelo Dec.-lei 4.737, bem como pela Lei 883, para o ato do reconhecimento.

Sem que se dissolva a sociedade, o reconhecimento está interdito.

E o está, precisamente, pela adulterinidade da filiação, só reconhecível por efeito dessa legislação.

Dela se teria prescindido se diversa a natureza da filiação e nem haveria como invocar-se, para reconhecê-la, uma separação de fato, que, só por si, induz um casamento indissolvido e a ninguém serve para o reconhecimento eficaz.

Compreende-se que assim seja, porque a separação de fato, além de juridicamente incerta, pode fundar-se num adultério ou numa continuidade de adultério.

Abstrair-se sua causação ou abstrair-la num determinado caso para pô-la, por si mesma, em equivalência com a dissolução da sociedade conjugal, implicaria em premiar o delicto, erigindo-o em substitutivo do desquite, de que, contudo, apenas é uma das causas.

Donde se conclui, que o dever de fidelidade entre os cônjuges só se extingue pela cessação da co-habitação.

E esta, legalmente, só cessa pela dissolução.

São adulterinos, pois, e não simplesmente naturais, os filhos havidos fora do leito conjugal antes da dissolução da sociedade.

Sua desigualação com os naturais e legítimos, em tema de sucessão, escapa à censura de ofensiva ao princípio isonômico, que consiste em tratar igualmente as coisas iguais e desigualmente as desiguais.

Os direitos resultam da estruturação política e social dos povos e, onde quer que se estabeleçam desigualações de sexo, de castas, de raças, de religião, de trabalho ou de convicções políticas, aí serão desiguais os direitos entre os diferenciados.

Entre nós, de regra, impera o regime da igualdade entre todos, portanto o de direitos.

Mas ao estruturar-se com base na família constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel, que pôs sob a sua proteção, o Estado firmou o primado da família monogâmica e legítima, desigualando-a da ilegítima.

Desigualou, por igual, a filiação, que a nossa tradição, como a da maioria dos povos, tornava insuscetível de reconhecimento, quando espúria.

Ou, ao menos, insuscetível de sucessão.

Eis a desigualdade absoluta e suprema, com raízes aprofundadas na história da humanidade e que se manteve sobranceira à evolução social, processada em ritmo cada vez mais veloz e desconcertante.

Pela factibilidade do reconhecimento não desapareceu, nem se modificou a desigualdade da filiação, que continuou a ser a mesma adúlterina de antes.

Os efeitos dessa desigualação, ao revés, é que ficaram abrandados dentro dessa relação histórica de que fala RADERUCH, segundo a qual os convencionalismos, em que o direito e a moral encontram um estado embrionário, acabam sendo por elles simultaneamente absorvidos (*Filosofia do Direito*, § 6.º — *Direito e convenções sociais*).

O repúdio às uniões livres vai esmaecendo na proporção ambiental da sua própria multiplicação, tirando-lhe o primitivo sentido de amoralidade.

Alguns direitos, como os de ordem previdenciária, lhes foram assegurados.

Outros beneficiaram a prole, poupando-lhe a mácula da bastardia no respectivo registro e estabelecendo nova gradação, em que o filho natural se assemelhava ao legítimo e o adúlterino ascendia à posição daquele, nominadamente sendo mantido fora da sucessão, mas recebendo, a título de amparo social, uma participação na herança a que concorresse com o filho legítimo ou legitimado.

A redução dos efeitos, como em tôda

dessemelhação, só seria discriminatória, por isso constitucionalmente vedada, se não enderaçada a todos, mas apenas a alguns da mesma classe ou posição, qual a pretendidamente feita, e afinal obtida, em favor dos adúlterinos do Decreto-lei 4.737 e não, também, dos da Lei 883.

Em nada importa o direito que tenha o filho natural.

O que importa ao princípio da igualdade, é que os adúlterinos reconhecidos — só êstes entre si assemelhados — tenham *todos* o mesmo direito.

E isso a lei lhes deu.

Regendo-se a sucessão pela lei do tempo da sua abertura (Cód. Civil, artigo 1.557), conforme ela dispusesse assim se regulava a capacidade dos adúlterinos para suceder.

Se a tinham plena na vigência do Dec.-lei 4.737, deixaram de tê-la ou passaram a tê-la restrita pela Lei 883.

Outro direito se lhes atribuiu, como substitutivo daquele potencial ou em expectativa de uma sucessão não ocorrida, sendo êsse, afinal, o que se tornou passível de exercício pelo seu agente porque constituído, em definitivo, pela morte do *de cuius*.

Nenhum outro lhe é lícito invocar ou disputar.

Nem mesmo o que flui da vontade paterna em igualar todos os filhos, porque dimensionada essa vontade pela liberdade de testar.

Até onde se estenda essa liberdade, a vontade do testador é soberana em definir os direitos.

Fora dela, é desvaliosa e inatendível.

Sobretudo quando afronte preceitos de ordem pública, fazendo herdeiros necessários quem a lei não determina ou excluindo, sem ser por indignidade, os que ela determina.

Necessários, segundo sua ordenação, são só os filhos legítimos, legitimados, adotivos ou naturais reconhecidos (Código Civil, arts. 1.603 e 1.605).

Dêsses, os adotivos contemplados em desigualdade com os demais.

Os adúlteros, pois, como êstes colhendo a metade da herança dos legítimos, a êles ficaram equiparados no quantitativo, como assente na jurisprudência e na doutrina, sem a discrepância, sequer, de NELSON CARNEIRO, paladino da sua causa, que assim se manifesta em côro com ORLANDO GOMES:

“Concorrem à herança um filho legítimo e um filho adúltero: terá êste direito à metade do que aquêle vier a receber. Assim determina claramente a lei” (*Do reconhecimento dos filhos adúlteros* (Interpretação da Lei 883), vol. II, n.º 213, pág. 493).

No *substratum* dessa participação é que lavra o dissídio no próprio Supremo Tribunal Federal, que se mantém indefinido sôbre se resultante, ou não, da vocação hereditária.

Pela sua 1.ª Turma, no Rec. Extraordinário n.º 60.449 (MG), depois de enunciar na ementa de acórdão unânime

“ser reconhecido ao investigante o direito de “auxílio” da Lei 883, e não à herança. Ao filho adúltero a lei não concede herança, mas “auxílio”,

deixou firmado no voto do Ministro VICTOR NUNES LEAL, seu relator, que o julgado recorrido ficava reformado

“na parte em que se reconhece ao autor o direito de participar da herança na qualidade de herdeiro. Pela nossa jurisprudência, e em face da Lei 883, o filho adúltero,

reconhecido judicialmente, tem direito a um auxílio, que equivale à metade do quinhão que teria, se fôsse herdeiro” (*Rev. Trim. de Jur.*, vol. 48, pág. 489).

Mas a 3.ª Turma proclamou, em contrário, no Rec. Extr. n.º 53.714 (SP), pelo voto do Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA, igualmente aceito por seus pares, que

“a jurisprudência, face aos artigos 2.º e 3.º, que integram a Lei 883, não pode placitar a pretensão dos recorrentes de que a lei citada teria criado a condição de filhos que não herdam” (*Rev. cit.*, vol. 42, página 534).

E, ainda mais incisivo, assim o Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA arremata seu voto na Ação Rescisória n.º 677:

“A lei assegura, portanto, a êsse filho um direito sucessório” (*Rev. cit.*, vol. 49, pág. 680).

Colhendo o seu quinhão como herança ou como auxílio, o que dá no mesmo efeito, o certo e indubitado é que o adúltero só tem metade do que couber ao legítimo.

É, pois, o que lhe dou, com vênia da douda maioria, atribuindo-lhe 1/5 da herança e aos outros filhos, iguallados entre si, 2/5 a cada um.

Des. Laurindo Amilcar Ribas.

Ciente. Rio de Janeiro, 7-7-1971.
Joel Ferreira Dias, Procurador da Justiça, em exercício.

RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE

O reconhecimento da paternidade é irretroatável, mas pode ser anulado com a prova de haver sido feito contra a verdade.

A anulação deve ser pleiteada pelas vias ordinárias, com a citação de todos os interessados.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 23.592

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Agravo de Petição n.º 23.592, em que é agravante — Osmar Luiz do Rosário, sendo agravada — Euridice de Oliveira:

Acorda a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

O agravante teve liminarmente indeferido o seu pedido de cancelamento da paternidade constante do termo de nascimento da menor Aparecida e, conseqüentemente do sobrenome Rosário.

Alega o recorrente que não é pai da menina e que o reconhecimento foi feito apenas para que a menor não sofresse vexames no colégio.

Nada há, contudo, a reformar no respeitável despacho agravado.

O reconhecimento da paternidade, embora seja por natureza irretratável, por criar um estado em benefício do filho (TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, nota 7 ao art. 212; CICU, *La Filiación*, fls. 212; ORLANDO GOMES e

NELSON CARNEIRO, *Do Reconhecimento dos Filhos Adulterinos*, n.º 138), pode, de fato, ser anulado, quando não expressa a verdade (CARVALHO SANTOS, *Cód.*, V, com. 7 ao art. 355; PONTES, *Direito de Família*, § 142).

A anulabilidade, porém, terá que ser pleiteada nas vias ordinárias, com citação da menor e de sua mãe, cujos direitos devem ser resguardados.

Bem andou, por isso, o ilustre dr. Juiz em inadmitir o simples cancelamento do registro, mera medida administrativa, que se processa à revelia do menor, beneficiado pela confissão do agravante.

O recurso, portanto, deve ser desprovido.

Rio de Janeiro, 29 de junho de 1971.
— Des. *Bulhões Carvalho*, Presidente.
Des. *Graccho Aurélio*, Relator. — Des. *Goulart Pires*.

DIREITO À GARAGEM E PODÊRES DO CONDOMÍNIO

O direito à guarda de veículos nas garagens, "como objeto de propriedade exclusiva do condômino", expressão da lei, não pode ser transacionada pelo condômino.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 74.719

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da apelação cível n.º 74.719, entre Condomínio do Edifício Yucca, apelante, e José Augusto Ribeiro, apelado:

Acordam os Juizes da 6.ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, em, por unanimidade, negar provimento à apelação.

O condomínio apelante se compõe de oito unidades residenciais, a cada uma correspondendo a fração de um oitavo (1/8) do terreno e uma vaga para guarda de um automóvel (fls. 19), disposições essas devidamente averbadas no Registro de Imóveis, do 5.º Ofício.

A Lei n.º 4.591, de 16-12-1964, que dispõe sôbre o condomínio em edifica-

ções, com as alterações trazidas pela Lei n.º 4.864, de 29-11-1965, dá, tanto às unidades isoladas componentes do condomínio, quanto ao direito à guarda de veículos "nos locais a isso destinados", a mesma definição e a mesma proteção.

Assim é que, em seu art. 2.º e § 1.º dêsse mesmo artigo, dispõe, respectivamente: "Cada unidade com saída para a via pública, diretamente ou por processo de passagem comum, será sempre tratada como objeto de propriedade exclusiva" e "O direito à guarda de veículos nas garagens ou locais a isso destinados nas edificações ou conjuntos de edificações será tratado como objeto de propriedade exclusiva".

E assim, o direito à guarda de veículos nas garagens, como objeto de propriedade exclusiva de condômino, não pode ser transacionada pelo condômino.

O apelado tem o direito exclusivo a um oitavo do local destinado à guarda de automóvel, *ex vi legis*, não podendo.

pois, o condomínio, sem o consentimento expresso do interessado, o apelado, fazer nova divisão daquele local, reduzindo, de um oitavo para um doze avos, o direito exclusivo do apelado.

Não tem o condomínio o direito de dispor do patrimônio exclusivo de cada um dos condôminos, no prédio em condomínio.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Condomínio e Incorporação*, edição de 1969), assim se manifesta a respeito:

“Se a inovação importar na afronta aos direitos dos condôminos, torna-se obrigatória a deliberação unânime, não por ser inovação, mas pela outra circunstância (pág. 119, n.º 70).

“Dono exclusivo da unidade au-

tônoma, tem a posse exclusiva da mesma, tem o poder de uso e fruição, e este poder não o estabelece a lei limitado por natureza, mas por natureza amplo” (pág. 140, n.º 86).

“A Lei n.º 4.591-64, ao tratar do assunto (garagem), atribui-lhe o caráter de vinculação à unidade, havendo o Presidente da República oposto veto a inciso que reconhecia um direito real de uso. A Lei n.º 4.864, de 29-11-1965, voltou ao tema, com visível infelicidade, todavia” (pág. 51, n.º 31-A).

Custas pelo apelante.

Rio de Janeiro, 14 de setembro de 1971. — *Pio Borges*, Presidente e Revisor. *Julio Alberto Alvares*, Relator. *Graccho Aurélio*, Vogal.

RESPONSABILIDADE CIVIL

Responsabilidade civil, ordinária de indenização por danos pessoais e materiais resultantes de colisão com um ônibus de linha regular de transporte coletivo; não é o autor carente da ação proposta, se a intentou contra quem ainda tem sob seu nome e responsabilidade a exploração do serviço e, em consequência, dá-se provimento ao recurso para que o Juiz vinculado à demanda a julgue em seu mérito, como de direito.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 74.946

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível n.º 74.946, sendo apelante Rubens Casemiro Santana e, apelado, Jorge Pinheiro da Silva:

Acorda a 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por maioria de votos — vencido o relator, que provia o recurso, em parte, apenas para considerar o autor ca-

rente da ação e, não, esta improcedente — em dar provimento ao apêlo para, repelida a preliminar de carência da ação, determinar seja esta apreciada em seu mérito, como de direito, pelo Juiz vinculado ao julgamento da demanda. Custas come de lei.

E o faz, integrando neste o relatório exarado a fls. 122, por considerar, com a vênia devida, que a sentença apelada, embora o Juiz, *ex positis*, use a expressão “julgo improcedente a ação” (fôlhas 103), na realidade julgou o autor dela carente, eis que proposta contra quem, à data do evento, não era proprietário do ônibus dêle causador. Realmente, assim decidindo, ateu-se o Juiz à questão preliminar da legitimidade *ad causam*, sem examinar o mérito da demanda, não podendo, pois, concluir pela “improcedência” da ação proposta. Inexiste, porém e *data venia*, a carência implícita na fundamentação da sentença recorrida. Tratando-se de colisão atribuída a um ônibus de linha 546, Marquês de São Vicente-Rocinha, não é a propriedade do veículo que deve deter-

minar a legitimidade passiva *ad causam*, mas a empresa ou pessoa que tenha sob seu nome e responsabilidade a exploração do serviço de transporte coletivo de passageiros. Ora, é o próprio réu que declara, a fls. 84, que à época do acidente, em 1968, "ainda figurava como proprietário do veículo pela morosidade própria das transferências de coletivos". É de se supor, pois, que, ao tempo, sob sua responsabilidade ainda se explorava o serviço da linha 546, independentemente da venda do veículo causador do acidente. O saneador, aliás, indeferiu (fls. 93) o chamamento do indigitado nôvo proprietário, conformando-se o réu com essa decisão.

J. J. Queiroz, Presidente e Relator designado. — *Basileu Ribeiro Filho*, vencido, com voto em separado. — *Mauro Gouvêa Coelho*.

VOTO VENCIDO

Data venia da ilustre maioria, entendi que a concessão da exploração da linha de ônibus não podia servir de critério para a fixação da legitimidade passiva pois que, a respeito, os autos praticamente silenciam. O único elemento é a referência do laudo a fls. 17, segundo o qual o veículo estava "empenhado na linha 546 — Marquês de São Vicente-Rocinha". Nenhuma das partes alegou a existência de concessão regular em favor do réu, nem como ela se

teria operado. Cabia, então, fixar a responsabilidade pela propriedade do veículo. E quanto a êsse ponto, não tem significação a licença no serviço de trânsito. A matéria, como se sabe, se decide pelas normas do Cód. Civil e pela lei de Registros Públicos (art. 136, 7.º). No caso dos autos, não havendo nenhum registro no Registro de Títulos e Documentos, prevalece o princípio do Cód. Civil, da tradição. Ora, o documento de fls. 86-87 prova que muito antes da data do acidente o réu vendera e entregara o micro-ônibus em questão a Gothardo Pereira de Assis, que, aliás, o dirigia naquela ocasião.

É, por outro lado, *data venia*, precedente criticável fazer recair sôbre alguém que transmitiu a propriedade de um veículo a terceiro pelos modos que a lei autoriza, as conseqüências de uma colisão ocorrida posteriormente, tão-somente porque delongas que escapam a seu contrôlo (transferência de licença, etc.) fazem com que o mesmo permaneça em seu nome em qualquer repartição administrativa. Êsse precedente parece encerrar a conseqüência de que, no caso de veículo de proprietário amador, seja a licença no Departamento de Trânsito que fixa a responsabilidade. Por isso mantinha a sentença, esclarecendo, no entanto, que é caso de *carência* de ação.

Rio de Janeiro, 12 de setembro de 1971. — Des. *Basileu Ribeiro Filho*.

Jurisprudência Criminal

COMÉRCIO CLANDESTINO DE ENTORPECENTES

Delito caracterizado — "Sulfa de dexedrina SKF" — Composto anfetamínico determinante de dependência física ou psíquica do agente — Utilização do mesmo, pelo acusado, através da via endovenosa, para efeito mais posi-

tivo — Defesa escudada no fato de não se encontrar a substância em aprêço relacionada como entorpecente em portaria do Serviço Nacional de Fiscalização de Medicina e Farmácia — Improcedência — Condenação mantida

Inteligência do art. 281 do Código Penal e do Decreto-lei n.º 385, de 1968.

**APELAÇÃO CRIMINAL N.º 104.795
Tietê**

Apelante: Luiz Arruda Sobrinho.

Apelada: Justiça Pública.

A partir do Decreto-lei n.º 385, de 1968, o preceito penal contido no artigo 281 do respectivo Código deixou de ser a norma em branco criada pelo Decreto-lei n.º 159, de 1967.

Não há mais exigência de qualquer relacionamento prévio de drogas ou produtos farmacêuticos por ato do poder público. O que se exige é que o exame toxicológico identifique na droga apreendida os componentes capazes de gerar a dependência física ou psíquica. Com isso o tipo penal está completo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação criminal n.º 104.795, da comarca de Tietê, em que é apelante Luiz Arruda Sobrinho, sendo apelada a Justiça Pública:

Acordam, em Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, negar provimento à apelação.

O apelante foi condenado por trazer consigo, para uso próprio, substância determinante de dependência física ou psíquica.

A materialidade da ação não comporta dúvida. O apelante confessou, no interrogatório judicial (fls.), que, ao ser detido, portava uma pasta na qual se encontravam uma seringa já usada e quebrada, agulhas e dois comprimidos de dextrodina. O auto de apreensão (fls.) revela que a carga era maior, havendo um tubo de dextrodina com vários comprimidos umedecidos, um vidro com pequena quantidade de resíduo esbranquiçado, um vidro com substância

líquida, duas seringas de injeção, uma delas com resíduo de substância, um vidro com substância líquida incolor, um tubo plástico contendo algodão, oito folhas de receituário médico, que o apelante usava... "no cálculo de rascunho de negócio de lenha" (fls.)

O exame toxicológico identificou nos comprimidos e na massa pastosa existente num dos tubos, num dos frascos e numa das seringas o sulfato de dextrodina ou "sulfato de dextrodina SKF" (fls.). Tratando-se de composto anfetamínico, enquadrava-se na repressão penal como determinadora de dependência física ou psíquica (grupo 1.º, alínea 2, da tabela anexa à portaria de 31-1-1968, do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia).

A sentença analisou cuidadosamente a prova, destacando o testemunho técnico de um profissional de medicina que, fundado em obra científica, salientou os efeitos incrementadores das necessidades calóricas da droga, revelados através do aumento de atividade física e psíquica (fls.). Essa ação, já o apelante a alardeava segundo o testemunho de um dos seus discípulos: a pessoa, quando toma picada, entende de tudo, toca violão melhor e outras coisas (fls.). São os efeitos eufóricos provocando a dependência, dado que o paciente se vê cada vez mais prêso da necessidade de buscar na droga os estímulos que o conduzem à plenitude da sua auto-realização.

O apelante teria usado tal medicamento segundo prescrição clínica, para fins de emagrecimento, mas isso dois anos antes, segundo o testemunho do seu médico (fls.). Depois, passou ao uso irregular, chegando a munir-se de receituário em branco para obter a droga. Adquiria "com receita fria", revela o seu companheiro (fls.). O encontro em seu poder do talonário de fls. dá plena corroboração a tal assertiva. A impossibilidade de exhibir uma receita autêntica e atual, que desse cobertura à posse do medicamento na data

do flagrante, patenteou a posse irregular da droga para emprêgo em uso vicioso.

A "dextrina SKF" é tomada pela via bucal, diz o médico testemunha (fls.). Não é normal o uso endovenoso. Outro médico admite a injeção subcutânea (fls.). A endovenosa não.

O primeiro texto do art. 281 do Código Penal, falando apenas em substâncias entorpecentes, suscitou dúvidas no momento em que, lançados os psicotrôpicos no mercado farmacêutico, se patenteou a necessidade de controle do seu emprêgo através da norma penal. Eram drogas que surgiam, determinadoras do vício, com ação deletéria sobre o sistema nervoso dos que a usassem sem prescrição e controle médico. Se a medicina lucrou extraordinariamente com a introdução de um vasto e eficiente arsenal terapêutico, cujos efeitos trouxeram reais benefícios para os doentes, observou o ilustre Prof. Pacheco e Silva, a difusão dessas drogas não deixou, por outro lado, de acarretar sérios inconvenientes. "O número de novas toxicomanias, geradas pelo uso abusivo dessa drogas, cresceu desmedidamente em tôda parte, constituindo hoje um verdadeiro perigo social" (*Problemas Brasileiros*, junho de 1970, página 45).

Por não se tratar de entorpecente, na palavra da lei, viu-se a autoridade pública na dificuldade de enquadramento, o que não deixava de causar escândalo ante a manifesta necessidade de combater o vício nessa forma inédita de sua manifestação. Daí a edição do Decreto-lei n.º 159, de 1967 que, incluindo no preceito legal as substâncias capazes de determinar dependência física ou química, criou uma norma penal em branco, carente de complementação através de portarias do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, que relacionariam as substâncias assim atingidas pela sanção penal. E a portaria veio a 31-1-1968, entre outras disposições relacionando, no que interessa ao

caso "sub judice", a anfetamina e seus compostos (grupo I da tabela anexa, inciso 2). Como já se salientou, o exame toxicológico identificou o sulfato de dextro anfetamina nas drogas encontradas em poder do apelante.

Sucedeu que a portaria de 10-6-1968 apontou algumas especialidades licenciadas, que se enquadravam nas exigências da portaria anterior. Passou-se a entender que o produto farmacêutico que não figurasse nessa nova relação escapava ao controle penal, muito embora constituísse inequivocamente substância psicotrôpica. Então, muitas delas, já de muito antes controladas, passaram a imunes da perseguição penal e inúmeros julgados assim se orientaram. Restabeleceu-se o escândalo da traficância infrene, insensível o órgão repressivo à evidência de que só se prestam ao tráfico clandestino drogas capazes de alimentar o vício, porque onde tem fumaça tem fogo. Se existe mercado clandestino para determinados produtos farmacêuticos, nada mais eloqüente a demonstrar que estes possuem aquela propriedade criadora da dependência ou vício que a moralidade média da sociedade pretende ver combatida. O que acontece é que os relacionamentos são sempre imperfeitos, os critérios apriorísticos são falhos. A vida, a experiência prática, fala mais alto e, postos em confronto os dois campos de aparente conflitância, o dos teóricos que não presentiriam determinados efeitos e o dos viciados que tiram esses efeitos das causas investigadas, nenhuma dúvida poderia perdurar em termo à correta localização da verdade. Um fato é mais respeitável do que um Presidente de Câmara, costumam dizer os ingleses.

O advento do Decreto-lei n.º 385, de 1968 que regulou por inteiro a matéria da repressão penal em causa e que silenciou completamente sobre a necessidade ou exigência de qualquer relacionamento prévio dos produtos farmacêuticos, propiciou o retorno aos salutares princípios anteriores ao Decreto-lei nú-

mero 159, de 1967, isto é, à conceituação do art. 281 do CP como norma cheia, não carente de qualquer complementação por atos legislativos ou administrativos, também no tocante aos psicotrópicos. Autorizou-se, assim, a aplicação da exegese que já tinha levado a Suprema Corte à declaração de que “não tem caráter taxativo a enumeração das substâncias entorpecentes constantes da lei penal ou das convenções internacionais (RF, vol. 153/394), ou, mais precisamente, que o fato de não ser a substância classificada como entorpecente pela autoridade sanitária, oficialmente, não exclui o crime de quem sabe estar concorrendo para o seu uso vicioso, como tal” (RF, vol. 133/329).

Uso vicioso, como tal. De fato, a medicação, nas doses terapêuticas, não deve trazer prejuízos. O uso anormal ou vicioso é que, fugindo à finalidade específica da droga que, no caso, seria o controle do emagrecimento, acarreta os efeitos psicomiméticos de que o paciente se torna dependente pela sensação de euforia de que passa a desfrutar. E, o que é mais relevante, a prática tem demonstrado, e ninguém mais ignora, que o uso vicioso consiste não apenas na consumação excessiva, mas na diluição dos comprimidos, que se destinam ao consumo oral, em veículo próprio para obter solução que, injetada na veia, atinge diretamente a circulação sanguínea e atua de maneira potencialmente vigorosa sobre o sistema nervoso, causando perturbação física e psíquica de alto grau pelo rápido poder intoxicante dessa modalidade de uso. Era isso que o apelante fazia, já pelo que depuseram os seus iniciados, também com êle envolvidos no processo, e principalmente pela evidência resultante da apreensão de comprimidos umedecidos, de seringas de injeção com resíduos do tóxico, de vidros com idênticos resíduos e com líquido incolor, além de algodão. Aparelhamento completo para o uso vicioso a que se refere o aresto da C. Corte retro citado.

Não importa, pois, o nome comercial do medicamento, nem o seu relacionamento em atos administrativos ou legislativos. O que importa é o exame toxicológico. Se êste demonstrar a presença de substâncias capazes de determinar a dependência física ou psíquica a que alude a lei, o simples fato de porte clandestino é a mais eloqüente demonstração de que a droga está sendo desviada de sua destinação natural e está se prestando ao uso vicioso reprimível. Para cumprir um tratamento médico devidamente controlado, como o apelante mesmo havia feito 2 anos antes, não havia necessidade da posse de formulários em branco de receitas médicas e da aquisição com “receitas frias”, como o apelante fazia.

Êste é o ponto. A partir do Decreto-lei n.º 385, de 1968, o preceito penal deixou de ser a norma em branco criada pelo Decreto-lei n.º 159, de 1967. Não há mais exigência de qualquer relacionamento prévio de drogas ou produtos farmacêuticos por ato do poder público. O que se exige é que o exame toxicológico identifique na droga apreendida os componentes capazes de gerar a dependência física ou psíquica. Com isso o tipo penal está completo. Esta orientação foi defendida no recurso extraordinário n.º 69.331 que a Suprema Corte acolheu em meio do corrente ano, quando, generosamente, a adjetivou de brilhante. Sua relevância na luta contra a toxicomania é de primeira evidência, bastando considerar que uma simples mudança do nome comercial do medicamento, operada pelo laboratório produtor, teria o condão de tornar livre um comércio já controlado, burlando as providências do poder público que ficaria desarmado até que o novo nome viesse a ser incluído em nova portaria ou ato relacionador. Custas na forma da lei.

São Paulo, 5 de outubro de 1970 — Acácio Rebouças, Presidente e relator — Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Desembargadores Humberto da Nova e Octávio Lacôrte.

TENTATIVA DE FURTO

Tentativa de furto. A avaliação da coisa — que pode ser, ou não, necessária — não se destina a provar a materialidade do delito, cuja configuração, por outro lado, a falta não prejudica, se há certeza da lesão patrimonial que a subtração determinaria. Confirma-se a condenação, ante a convincente prova acusatória, mas, reduz-se a pena corporal excessiva.

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 5.254

1.ª Câmara do Tribunal de Alçada

Relator: Juiz Pedro Lima

Vistos êstes autos, da apelação criminal n.º 5.254, em que é apelante Jair Fonseca Preto, sendo apelada a Justiça:

Acordam, por unanimidade, os Juízes da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara, dar provimento só em parte ao recurso, para reduzir a pena corporal a um ano, três meses e dois dias de reclusão e excluir a medida de segurança de tentativa aplicada na sentença, que confirmam em tudo o mais. Custas *ex lege*.

Assim decidem, incorporando a êste acórdão, nos termos regimentais, o relatório de fls. 79/80, porque maior acolhida desmerecia o recurso, em que pêsse às suas bem deduzidas razões, onde se destacaram e discutiram dois pontos relevantes, quais são os que entendem com a prova da materialidade e a configuração do delito.

Mas, em relação ao furto, a avaliação da coisa serve a fins diversos da prova da materialidade, lembrados, aliás, pela própria Defesa: os de fazer reconhecer

eventual natureza privilegiada do furto (de que não se cogita, sendo o apelante reincidente) ou informar, em qualquer caso, para melhor individualização da pena, sôbre as conseqüências do fato (na hipótese, todavia, neutralizadas totalmente com se ter obstado a consumação do crime). Não se trata, evidentemente, do exame de corpo de delito, que o art. 158 do C.P.P. proclama indispensável quando a infração deixar vestígios (e, no furto, só o será para demonstrar circunstâncias qualificativas de destruição ou rompimento de obstáculo à subtração e escalada). A avaliação, ao invés, não é indispensável: faz-se, quando necessário, de coisas destruídas, deterioradas ou que constituem produto do crime (C.P.P., art. 17).

No que entende com a configuração, à ilustre Defensoria pareceu que a prejudicasse a falta de comprovação de qualquer valor econômico da *res furtiva*, tese pela qual, na verdade, se pronunciam autoridades como PUGLIA e ANGELOTTI. MAGALHÃES NORONHA, porém, que os cita ao propósito, opõe-lhes a seguinte opinião contrária, de MANZINI:

“O conceito de valor patrimonial não corresponde necessariamente ao conceito de valor econômico, e o de dano patrimonial não se identifica necessariamente com o de dano econômico”.

E, partidário desta última, pondera o Mestre patricio que, “na definição do crime, na cabeça do artigo não se vê qualquer expressão que nos indique só ser objeto do delito a coisa que tem valor pecuniário”, o que, de acôrdo com a nossa tradição jurídica, lhe soa mais consentâneo com a finalidade do Direito Penal, reconhecida, cor o encontra-

mos, pelas leis a existência do direito de propriedade sobre a coisa sem valor pecuniário. "De acôrdo com a essência do delito, o que deve preocupar a lei" — arremata o emérito Professor — "é se houve subtração dolosa da coisa pelo agente, e se ela tinha para a vítima um valor que não se resume exclusivamente ao pecuniário, mas ao de uso, afeição, etc." ("Direito Penal" — 3.^a ed., 2.^o vol., págs. 257 a 259). No mesmo sentido o magistério do saudoso HUNGRIA, para quem o exíguo valor econômico, ou a *res furtiva* não ter outro que o de afeição, interessando exclusivamente ao *dominus*, não impede se reconheça a ocorrência de um dano patrimonial. "A coisa subtraída deve representar para o dono, senão um valor reduzível a dinheiro, pelo menos uma *utilidade* (valor de uso), seja qual fôr, de modo que possa ser considerada como integrante do seu patrimônio. O valor mínimo da coisa pode ser uma *minorante* do furto (art. 155, § 2.^o), mas não uma *discriminante*. Somente não se podem considerar objeto de furto as coisas de valor *juridicamente irrelevante* (ex. um alfinete, um palito, uma flor vulgar)".

("Comentários..." , vol. VII, pág. 21)

A seriedade e inteligência dos argumentos lançados nas razões do recurso obrigaram a Câmara a justificar-lhe mais delongadamente a rejeição. Na espécie, não obstante, mesmo sem avaliação, era irrecusável o valor econômico, embora exíguo, da carteira de couro para notas, ainda que usada, e dos próprios documentos pessoais, que, considerados em seu aspecto puramente material, custaram dinheiro para fabricar-se; quanto ao valor de uso, êste, então, não podia padecer qualquer dúvida: a carteira, como continente, pelo menos, dos documentos pessoais que identificavam o portador, um dêles ainda qualificando-o para exercer o direito político de votar.

A tentativa de furto está provada, em sua materialidade e autoria, com a apreensão das coisas, a confissão extrajudicial de fls. 5 e os depoimentos, que a corroboram, colhidos no auto de flagrante e na instrução criminal, notadamente o do autor da prisão, testemunha idônea que viu o apelante enfiar os dedos no bolso do lesado e subtrair-lhe a carteira, embora a deixasse cair (manobra habitual de gatunos) quando foi agarrado pela testemunha. Esta agiu como bom cidadão, impedindo a consumação do crime que à sua vista descaradamente se tentava e não se justifica o sarcasmo com que a Defesa procurou deturpar-lhe a atuação. A negativa do réu, cuja credibilidade é para aferir-se tendo presente a copiosa relação de ilícitos de fls: 47, é que de modo algum pode prevalecer sobre o conjunto probante acusatório, convincente da sua responsabilidade penal no caso.

Considerando, porém, o rigor da disciplina obrigatória da reincidência específica no Código Civil e o valor, indubitavelmente pequeno, economicamente (conquanto o de uso, assaz superior, importasse incômodos e diligências trabalhosas para o lesado, na obtenção de segundas vias dos documentos), entenderam razoável limitar a pena-base para o crime consumado ao mínimo do rigor legal, fixando-a em dois anos, seis meses e quatro dias de reclusão, e diminuí-la de metade por se tratar de tentativa, o que vem a situá-la na quantidade declarada, de um ano, três meses e dois dias de reclusão. E excluíram a medida de segurança, conforme o artigo 78, § 1.^o, do Código Penal, por datar de 1962 o último processo do réu por fato idêntico, sem resultado conhecido, datando de 1961 a última condenação por crime registrado a fls. 47.

Rio de Janeiro, 9 de agosto de 1971.
— Pedro Lima, Presidente e Relator. — Epaminondas Pontes, Revisor. — Valde B. Couto.

"HABEAS CORPUS"

Habeas Corpus denegado. Não há falar em crime putativo, sem induzimento ou provocação pela autoridade, ou com o seu concurso.

HABEAS CORPUS N.º 26.289

Impetrante: Dr. Roberto Pontes Dias.
Paciente: Fábio Arantes Leal.

Vistos, etc.

Acordam, unânimemente, os Juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara em denegar a ordem.

Como se vê pelos próprios termos do auto de prisão em flagrante (fls. 5/11)

e das informações de fls. 13, e bem salienta o parecer de fls. 15/16, da douta Procuradoria Geral, não há, no caso em tela, como falar em flagrante preparado, em crime putativo. Na lição de NELSON HUNGRIA e de HELENO FRAGOSO, sem induzimento ou provocação pela autoridade, ou com o seu concurso, o que não se confunde com simples predisposição da autoridade, não há falar em crime putativo (NELSON HUNGRIA, "Comentários ao Código Penal", Vol. I, página 280, e HELENO FRAGOSO, "Jurisprudência Criminal", ns. 5-8).

Rio de Janeiro, 26 de abril de 1971.
— *Bandeira Stampa*, Presidente e Relator. — *Ney Palmeiro* — *Hamilton Moraes Barros*.

FALSIDADE INÓCUA

— *Para que se configure o crime do falsum é indispensável que seja relevante a adulteração levada a efeito.*

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 56.261**1.ª Câmara**

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal n.º 56.261, apelante Alcindo Soares da Silva e recorrida a Justiça.

Acordam os Juízes da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, para absolver o apelante, adotando, como os motivos desta decisão os do parecer do ilustrado Procurador Jorge Guedes, os quais passam a integrar este decisório, na forma regimental.

Rio de Janeiro, 17 de maio de 1971.
— *Oliveira Ramos*, Presidente. — *Oliveira Tostes*, Relator. — *Valporê Caiado*, Revisor.

Egrégia 1.ª Câmara Criminal

A carteira profissional de fls. 49 é verdadeira. Idem o retrato, a assinatura e a impressão digital do trabalhador, bem como a qualificação dele anotada por funcionário do Ministério do Trabalho.

O que há de falso então? A anotação do contrato de trabalho com a firma "Horácio D'Araujo".

Mas esta é uma firma desaparecida há 10 anos.

Dir-se-á, como se disse a fls. 73-verso, que essa falsidade altera verdade sobre fato juridicamente relevante.

Mas que fato seria êsse?

Nenhum, essa é que é a verdade, no caso dos autos!

Se a anotação do contrato de trabalho, por exemplo, fôsse contra a "Shell" ou a "Sears" ou a "Exposição", *firmas atuais*, o falsário poderia ir à Justiça do Trabalho, e, com tal carteira, discutir indenização, férias, horas extraordinárias, 13.º salário.

Mas, com a anotação de uma firma *desaparecida há 10 anos, nunca*, tanto mais que a prescrição da reclamação trabalhista se opera em 2 anos.

O *falsum* do caso dos autos é, portanto, tão *inócuo*, como o do indivíduo que fizesse anotar, na sua carteira de laboratorista, o de ser vagalume do cinema Alhambra (onde está atualmente o Hotel Serrador), ou de ser caixa da livraria Garnier, que ficava na rua do Ouvidor, e onde se reuniam, para palestrar, Machado de Assis, Coelho Neto, Emílio de Menezes (quando sóbrio), e outros...

É uma anotação que nem serve para provar que o indivíduo não é vagabundo, pois, para isso já serviria a própria carteira sem aquela anotação.

Lembre-mo-nos de que o *falsum*, para ser punido, tem que apresentar uma potencialidade nociva atuante, pois não é todo *falsum* que vai merecer punição. É o escólio de CARNELUTTI:

“Ciò non vuol dire che ogni fenomeno di falso non rechi in sè un pericolo, ma che, como il pericolo

può essere più o meno grave, *così il diritto non interviene in ogni caso almeno con quel mezzo drastico che è la pena*; vi sono dei fenomeni di falso che la legge *reputa innocui* o meglio *non così seriamente pericolosi da richiamare la reazione penale*. Come è noto, secondo il nostro ordinamento giuridico, la volutazione della pericolosità e perciò della illiceità, almeno in ordine all'*an puniatur*, costituisce un monopolio del legislatore *così che nel vastissimo campo del falso volgare quegli traccia una zona, entro la quale il falso è punibile e così formula la nozione del reato di falso, o almeno, del falso penalmente rilevante*”. (in “Teoria del Falso”, pág. 73, Pádova, 1935).

Destarte, a Procuradoria é pelo provimento da justa e bem feita apelação da lavra do perspicaz 36.º Defensor Público.

Rio de Janeiro, 25 de março de 1971.
— Jorge Guedes, 15.º Procurador da Justiça.

EMENTÁRIO

Crime continuado. Inocorrência. Delitos que, além de praticados em lugares diferentes, ocorreram em épocas distantes. Habeas corpus negado.

HABEAS CORPUS N.º 48.264

(São Paulo)

(Primeira Turma)

Relator: O Sr. Ministro Luiz Gallotti
Paciente: Antônio Oliveira Guimarães

NOTA DA REDAÇÃO — Do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator constou: “além de praticados em lugares diferentes, os crimes ocorreram em épocas

distantes (um em novembro de 1966, outro em fevereiro de 1967 (f. 14). Não será pequeno, assim, o esforço do impenetrante para conseguir mostrar que se trata de crime continuado”. (RTJ, vol. 56, págs. 96/97. Ac. de 10-XI-70).

A *matéria de fato*, resumida no relatório, deixa ver que se trata de *furtos*, cometidos contra a *mesma pessoa* — *elo único* a justificar a *continuidade*. Sendo tormentosa a caracterização do *delito continuado*, convém destacar a doutrina sufragada pela V. decisão. Cfr. ANIBAL BRUNO, “Direito Penal”. 2.º, pág. 303, assim: “não é exigível a unidade de tempo, mas um longo espaço separando a reiteração dos fatos pode tolher o caráter necessário da continuidade”. E — já quanto aos *locais*: “é o

que se dá também com a condição de lugar. Não é necessário que seja sempre o mesmo, mas a diversidade de lugares pode ser tal, que se torne incompatível com a idéia de uma série continuada de ações para a realização de um só crime". (MRD).

HABEAS CORPUS N.º 48.328

(São Paulo)

(Primeira Turma)

.....
Erro material, em tórno do "quantum" da pena de multa, não enseja nulidade, desde que é sanável no juízo das execuções.
Habeas Corpus indeferido.

Relator: O Sr. Ministro Djaci Falcão

Paciente: Antônio Ezio Pierini.

Impetrante: Reynaldo Alves de Souza.

NOTA DA REDAÇÃO — Do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator consta o seguinte: "alega ainda o recorrente, que foi condenado à multa de Cr\$ 580,00, quantia que exorbita da previsão legal. Eis o que diz o acórdão: "a pena base é fixada, em um ano de reclusão, e multa de Cr\$ 0,50 a qual é aumentada de 1/6, nos termos do artigo 51, § 2.º, resultando na pena de 1 ano e 2 meses de reclusão e multa de Cr\$ 580,00" (f. 24)". Vê-se que se cuida de erro material, sanável pelo juízo das execuções. Não se cogita de causa legal de nulidade da sentença". (RTJ, vol. 56, págs. 20/22. Ac. de 17-XI-70).

Nada que reparar na V. decisão. Todavia, a hipótese poderia ser vista, ainda, com as luzes dos arts. 382 e 619 do Código de Processo Penal, que cuidam dos *embargos de declaração*. Lição de BENTO DE FARIA, "Código...", I, página 427: "...os erros de nomes, de números, de cálculo... podem ser retificados pelo próprio Juiz, mediante embargos..."

Mais própria "a... retificação pelo próprio Prolator" da sentença — aut. cit., loc. cit. (MRD).

RECURSO CRIMINAL N.º 6.869

2.ª Câmara Criminal

O não comparecimento do querelante, devidamente intimado, à audiência de inquirição de testemunhas do querelado não impede a atudida inquirição, não constituindo o fato aquela hipótese prevista no art. 60, inc. III do C. de Processo Penal.
Provimento do recurso.

Relator: Sr. Des. Faustino Nascimento

NOTA DA REDAÇÃO — Do voto do Exmo. Sr. Desembargador Relator consta: "é claro que as testemunhas do querelado poderiam ter sido inquiridas mesmo na ausência do querelante. É que aquela formalidade não constituía ato a que devesse obrigatoriamente estar presente o querelante, sob pena de decadência do seu direito à ação penal... Arcaria ele apenas com as consequências do seu ato, uma das mais importantes seria a de não poder reinquirir as ditas testemunhas". (RJTJEG, vol. 23, pág. 491. Ac. de 23-1-69).

Venia pedida para objetar. Pondere-se que a 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, em 3-VI-60, no relatório do Exmo. Sr. Juiz HUMBERTO DA NOVA, decidia que "a inquirição das testemunhas de defesa é de suma importância no processo. Exige, pois, a presença de quem as arrolou, do autor da ação, da parte queixosa, a qual, exercendo um direito personalíssimo, mostra, com o seu comparecimento, o desejo de não abandonar a causa, de não se desinteressar da punição do ofensor. Portanto, a ausência a esse ato traduz, de modo inequívoco, o abandono da ação". (RT, vol. 302, págs. 459/460).

Por oportuno, recorde-se que o R. acórdão paulista teve amparo em jurisprudência, que se citou, do Egrégio Tribunal de Justiça do então Distrito Federal, "R.F.", vol. 99, pág. 184, relatado do então Sr. Des. LAFAYETTE DE ANDRADA; e dizer do prejuízo do *querelante*, com a sua ausência, não é, *data venia*, tudo. Em vista o direito do *querelado* de não ver seguir o processo, já

perempto, inciso III do art. 60 do C.P.P., 1.^a parte.

Nem outro é o entendimento de FREDERICO MARQUES, "Elementos de Direito Processual Penal", 3, pág. 159, n.º 690. Quem vê *perempção* quando "... o querelante, por exemplo, não comparece, por intermédio de seu advogado, a uma inquirição de testemunhas..." (MRD).

JÚRI

Júri — Nulidade — Defeito do Questionário — Inocorrência — Quesitos lidos em plenário sem qualquer reclamação das partes — Inteligência dos arts. 565 e 571, n.º VIII do C.P.P. — Formulação de quesitos em discordância com o libelo — Nôvo julgamento ordenado — Inteligência dos arts. 564, k, e parágrafo único, e 572 do C.P.P. — Concordeando as partes com o questionário, na ocasião em que deveriam reclamar se nulidade houvesse, não podem mais, quando adverso a êles o resultado, alegar que a redação do mesmo é imperfeita. — Fonte dos quesitos é o libelo. Se o questionário dêle discrepa, omitindo circunstância particular nêle aludida, o resultado é a nulidade do julgamento, pelo evidente prejuízo daí resultante.

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 103.988

(São Paulo)

Vistos, etc., êstes autos de apelação criminal n.º 103.988, da Comarca de São Paulo, em que é apelante H. I., sendo apelada a Justiça Pública: Acordam, em Primeira Câmara Criminal do T.J., dar provimento, para anular o julgamento, determinando que a outro seja submetido o apelante, tudo por votação unânime. Custas como de direito.

1. As duas primeiras preliminares argüidas não podiam prosperar. Com efeito, tratar-se-ia de nulidades ocorridas no julgamento, no plenário do Tribunal do Júri. Deveriam, conseqüentemente, sofrer impugnação imediata, ou seja, "logo depois" de verificadas, como determina o art. 571, n.º VIII, C.P.P. E assim não ocorreu, pois, que nem ao menos protesto houve por parte da defesa, quando os quesitos foram lidos pelo Dr. Juiz de Direito, Presidente do Tribunal do Júri. De revés, com êles houve concordância expressa das partes, tal como se vê da ata do julgamento.

Ora, consoante reiterada jurisprudência, concordando as partes com o questionário — na ocasião em que deveriam reclamar se nulidade houvesse — não podem mais, quando adverso a elas o resultado, alegar o vício, especialmente quando, como no caso, o que se alega é redação imperfeita. Por isso, e *in casu*, a nulidade deve ser reconhecida como apenas relativa e superada pela não argüição oportuna. Logo, nos termos do art. 565 do C.P.P., já não podia ser suscitada a nulidade, para a qual a parte, de certa forma, concorreu, ao admitir, sem protesto, o teor da pergunta, que agora increpa como de redação defeituosa.

Nesse sentido foi a decisão do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* n.º 38.560 (S. P.), em acórdão relatado pelo eminente Min. ARY FRANCO (cf. R.T., vol. 312/684), e ainda no

H.C. n.º 39.480 (M.G.), relatado pelo ilustre Min. VICTOR NUNES LEAL (Cf. DJU, de 21-11-1963, pág. 1.187). Assim foi decidido, também, neste Tribunal de Justiça, tal como se vê da R.T., volumes 173/571, 180/528, 195/62, etc. E esta Primeira Câmara sufragou tal entendimento no julgamento da apelação criminal 93.300/68. Daí a rejeição das duas primeiras preliminares.

2. No que diz com a terceira, porém, outra era a situação. Posto não argüida na ocasião própria, havia de ser reconhecida e proclamada, por importar em inovação do libelo. Efetivamente, neste se articulou, como qualificadora do delito, a circunstância de ter o réu agido "mediante dissimulação, recurso que impossibilitou a defesa do ofendido".

No questionário, porém, indagou-se, simplesmente, se "o crime foi cometido com emprêgo de recurso que impossibilitou a defesa do ofendido", sem menção, portanto, àquela especial modalidade de recurso, que teria o réu empregado na prática do crime.

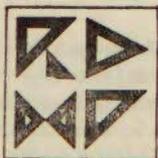
Fonte dos quesitos é, consoante a lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES (cf. "O Júri no Direito Brasileiro", 2.ª ed., página 146), o libelo. Ora, se o quesito dêle discrepa, ficando na fórmula genérica final do art. 121, § 2.º, n.º IV, da lei penal, omitindo a circunstância particular, única a que aludira o libelo crime acusatório, o resultado é a nulidade, pelo evidente prejuízo ocasionado ao réu, pois não fôra êle acusado de agir com o emprêgo de qualquer recurso inespecífico, mas com dissimulação. Por isso, competia aos jurados apreciar somente essa acusação. E isso, como se viu, não ocorreu, pois que, na generalidade da indagação, o campo da acusa-

ção se ampliou. Daí a nulidade, que deve ser proclamada, porque o defeito não é apenas de redação do quesito, mas de substância, de tal forma a se evidenciar a falta de quesito correspondente à qualificadora do libelo e sua substituição por outro, de muito maior extensão.

Assim, aliás, já ficou decidido no Pretório Excelso, no *H.C.* n.º 37.077, relatado pelo saudosos Min. NELSON HUNGRIA. Sustentou-se, nesse julgamento, que o quesito correspondente ao art. 121, § 2.º, n.º IV do C.P., deve especificar as circunstâncias caracterizadoras do emprêgo do meio traçoeiro e da impossibilidade ou dificuldade em que ficou a vítima para se defender (cf. DJU, de 3-9-1962, pág. 189). E, recentemente, êsse entendimento foi acolhido pelo mesmo Supremo Tribunal Federal, no *H.C.* n.º 45.163 (D.A.), julgado em 14-9-1968, e relatado pelo conspícuo Min. AMARAL SANTOS (cf. R.T.J., volume 45/384). Daí resultou a seguinte ementa: "É nulo o julgamento pelo Tribunal do Júri, quando o quesito relativo a uma qualificadora está formulado de modo diverso do constante da pronúncia, daí decorrendo agravação da pena do réu".

Nessa conformidade, considerando, *in casu*, absoluta e insanável nulidade argüida, nos termos do art. 564, *k*, e parágrafo único, combinado com o artigo 572, ambos do C.P.P., deu-se provimento ao apêlo do réu, para anular o julgamento a que foi êle submetido, para que outro se proceda perante o Tribunal do Júri local.

São Paulo, 11 de maio de 1970 —
Adriano Marrey, Presidente com voto;
Salles Abreu, Relator; e Carvalho Filho.



ESTUDOS E ATUALIDADES

LEVI CARNEIRO

(1882-1971)

Faleceu, em 5 de setembro de 1971, o ilustre jurista LEVI FERNANDES CARNEIRO, nascido em Niterói, em 8 de agosto de 1882. Brilhou no professorado e na advocacia. Consultor-Geral da República (1930-1932); Juiz da Côte Internacional de Justiça de Haia; Vice-Presidente da Federação Interamericana de Advogados; Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores (1947-1951); Professor interino de Direito Comercial da antiga Faculdade Nacional de Direito (1938-1940); membro da Academia Brasileira de Letras, da Academia de Ciências de Lisboa, da Academia Nacional de Letras do Uruguai, da Sociedade Argentina de Criminologia, da Academia de Ciências Políticas de Nova Iorque e da Comissão de Inquérito das Nações Unidas; deixou as seguintes obras: *Do Judiciário Federal* (1916), *A Nova Legislação da Infância* (1930), *Federalismo e Judiciário* (1930), *Problemas Municipais* (1931), *Pareceres do Consultor-Geral da República* (1954) e *Uma Experiência de Parlamentarismo* (1966).

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

LUIZ DE MACEDO SOARES MACHADO GUIMARAES

(1896-1971)

A ciência do processo está de luto, com a morte de MACHADO GUIMARAES, ocorrida a 6 de setembro último.

MACHADO era carioca, e nasceu a 5 de novembro de 1896.

Formou-se em Direito, em 1916, ingressando logo na advocacia, profissão que nobilitou pelo teor moral e alto nível de suas postulações.

Alcançou a livre-docência de Direito Judiciário Civil, na antiga Faculdade Nacional de Direito. Exerceu o cargo de procurador do Estado da Guanabara e pertenceu ao Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil, onde ocupou a vice-presidência.

MACHADO é justamente considerado um dos grandes renovadores do processo civil pátrio, digno de figurar ao lado de PONTES DE MIRANDA, BATISTA MARTINS e ALFREDO BUZAI.

Correspondia-se, assiduamente, com processualistas europeus e sul-americanos. Dentre seus amigos, podem ser citados LIEBMAN, LUIZ LORETO e Eduardo Juan COUTURE (este falecido em maio de 1956).

Um traço assinalou-lhe a personalidade: a mansidão socrática aliada a um espírito sutil e penetrante. Porém o que mais impressionou em MACHADO é a extrema simplicidade de dizer, o aticismo daquele estilo direto, enxuto, livre de imagens e artifícios literários.

Sua obra científica não é extensa. Mas o que falta em quantidade sobeja em qualidade. Deixou, publicados: a) *A Instância e a relação processual*. Tese de concurso à livre-docência de Direito Judiciário Civil (1939); b) *Limites Objetivos do Recurso de Apelação*. Dissertação para concurso à cátedra de Direito Civil (1940); c) *Comentários ao Código de Processo Civil* (uma parte do vo-

lume IV), Revista Forense (1942); d) Vários artigos no *Repertório* de CARVALHO SANTOS, destacando-se os verbetes sobre *Ato processual* e *Carência de ação*; e) Recentemente (1969) foram reunidos em volume — *Estudos de Direito Processual Civil*, edição da “Jurídica e Universitária” — diversos escritos do pranteado juriscônsulto (sobressaindo-se um a respeito do momentoso tema: *Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo*).

Apesar da lista acima mencionada, a obra dispersa de MACHADO (em revistas e outros periódicos) é ainda bastante grande; e isto sem contar com os inéditos.

Seus trabalhos fundamentais são, sem dúvida, *A Instância*, etc. e *Carência*, etc. Na resenha que ELIÉZER ROSA fez da literatura processual civil brasileira (in *Leituras de Processo Civil*, publicação do I.A.A., 1970), há referências especiais a essas duas produções de MACHADO: quanto à 1.^a: “É das obras mais importantes que se escreveram entre nós, sobre o assunto. É um esforço de depuração léxica em nosso Processo” (pág. 159); quanto à 2.^a: “É a cartilha do nosso processo, nada obstante o esguio raquitismo da publicação de poucas páginas” (pág. 169).

HORTÊNCIO CATUNDA DE MEDEIROS

PEDRO PAULO PENNA E COSTA

(1890-1971)

Natural de Belém do Pará, diplomou-se pela Faculdade de Direito do Recife sendo nomeado Promotor Público da sua cidade natal, cargo exercido durante dois anos.

Em 1919 mudou-se para o Rio de Janeiro, onde se casou com D.^a Hercília Pôrto Vieira, dedicando-se à advocacia criminal, especialmente a defesas no júri.

Em 1950 foi nomeado Juiz do Tribunal Superior Eleitoral, função que exerceu durante quatro anos.

Publicou vários trabalhos jurídicos relativos a questões criminais e mercantis.

Deixou 4 filhos, um dos quais é o Dr. Hélio Cezar Penna e Costa, integrante do quadro do M.P. da Guanabara.

ADROALDO JUNQUEIRA AYRES

(1895-1971)

Faleceu em 16 de setembro do corrente ano o Dr. Adroaldo Junqueira Ayres. Natural da Bahia, diplomou-se pela Escola Politécnica da Bahia e, depois, pela Faculdade de Direito do mesmo Estado. Iniciou-se no jornalismo, tendo, como engenheiro, pertencido ao Departamento das Estradas de Ferro, além de ter sido Diretor da Estrada de Ferro São Paulo-Rio Grande e Diretor dos Correios e Telégrafos, quando operou a unificação dos dois serviços federais. Foi o primeiro Diretor da Diretoria da Aeronáutica Civil, bem como Presidente da Comissão-Geral de Compras do Governo Federal, da Comissão de Negócios Estaduais (1938-43), Diretor-Geral do Ministério da Justiça (Governo Eurico Dutra), Diretor do DASP, do Centro de Aperfeiçoamento Pedagógico do Pessoal de Ensino Superior, e Presidente do Conselho de Águas e Energia da União.

Deixou cinco filhos, um dos quais é o Dr. Víctor André de Soveral Junqueira Ayres, integrante do quadro do M.P. do Estado da Guanabara.

HOMENAGEM AO PROF. CLÓVIS PAULO DA ROCHA, PROCURADOR-GERAL DA JUSTIÇA

No dia 9 de julho dêste ano, no Clube Caiçaras, os membros do Ministério Público, através da Associação da classe, homenagearam o Procurador-Geral da Justiça, Prof. Clóvis Paulo da Rocha, oferecendo-lhe um jantar, ao qual compareceram em número expressivo. Presentes estavam, entre várias autoridades, o Governador e Secretários de Estado, e o Corregedor Geral da Justiça.

Fizeram uso da palavra o Chefe do Executivo Estadual, que disse agir como Promotor em tôda sua vida pública e da felicidade com que escolhera o Professor Clóvis Paulo da Rocha para a chefia do Ministério Público estadual; o Procurador da Justiça João Batista Cordeiro Guerra, que saudou o Procurador-Geral em nome da classe; o advogado Dr. Ribeiro de Castro Filho, Presidente da Seção Estadual da O.A.B., em nome da entidade; e afinal o homenageado, que agradeceu a homenagem recebida, aproveitando a oportunidade para destacar o papel do Ministério Público na sociedade moderna, sempre vigilante na defesa da ordem pública e atento às transformações que aquela sofre. Disse da necessidade de sua permanente atualização, do incremento de suas funções e responsabilidade, bem como da imediata necessidade de aumento do quadro.

DESEMBARGADOR EDUARDO JARA

Tomou posse, no dia 23 de agosto, em sessão solene perante o Tribunal Pleno, o Desembargador Eduardo Jara, que foi saudado pelo Desembargador Elmano Cruz, que proferiu o seguinte discurso:

Senhor Desembargador Eduardo Jara:

Foi com imensa satisfação que recebi a honrosa incumbência de ser o portavoza do Egrégio Tribunal, para dar as boas-vindas a Vossa Excelência, no momento em que V. Exa. atinge o ápice de sua carreira de magistrado, na Justiça do Estado da Guanabara.

Vários são os motivos pelos quais me sinto sumamente honrado com a indicação, pois entre nós — Senhor Desembargador Eduardo Jara, existem pontos comuns de contato e de afinidade, que justificam ter eu aceitado o honrosíssimo convite.

Somos ambos naturais do grande Estado de Minas Gerais, da mesma zona e da mesma área, Vossa Excelência de Santana do Deserto e eu de Juiz de Fora, isto é, nascemos no mesmo lugar e de lá viemos para o então Distrito Federal, numa como que predestinação para marcharmos juntos na carreira judiciária.

Amigos comuns e entre eles faço questão de destacar o saudoso Desembargador Guilherme Estellita, que certamente estaria aqui em meu lugar recebendo a Vossa Excelência, como a mim recebeu quando consegui chegar pela porta larga da antiguidade a êste Tribunal — sempre constituíram entre nós um traço de união.

Vossa Excelência também ascende por antiguidade ao mais alto pôsto da carreira, mas uma antiguidade singular, pois o faz com a unanimidade dos sufrágios do corpo judiciário onde vai ingressar como par entre os seus pares. Grandes nomes dêste Tribunal, e me permito indicar alguns dêles, Arthur Marinho, Aguiar Dias, João José de Queiroz e mais recentemente, Bandeira Stampa, também atingiram a desembargatoria pela mesma trilha.

A promoção por antiguidade nas condições em que Vossa Excelência a alcançou é mais do que uma promoção por merecimento, pois sendo uma conse-

quência natural da sua posição no quadro de Juizes a unanimidade de que se revestiu, ostentou e consagrou sem dúvida o seu alto merecimento.

De formação cristã — tendo iniciado o seu curso de humanidades no Seminário de Mariana, de tantas e tão honrosas tradições de ensino, transferiu-se Vossa Excelência, ainda jovem, para Juiz de Fora, onde prosseguiu nos estudos, vindo a terminá-los na Capital Federal, pelo excelente e salutar sistema do Decreto 11.530, de 1915, a chamada "Lei Maximiliano", sem favor e sem contestação a melhor lei de ensino médio que até hoje tivemos em nosso país, e até agora não igualada.

Foi seu autor o eminente Ministro Carlos Maximiliano, então Ministro da Justiça, e pai do nosso saudoso e querido colega Fernando Maximiliano, a quem rendo neste instante o preito da minha saudade.

Formado em 1936 pela Universidade do Rio de Janeiro, já era Vossa Excelência portador do diploma de bacharel em Ciências Econômicas, desde 1934, sendo que nesta Academia, lecionou com largo discernimento e invulgar projeção a cadeira de Direito Administrativo, matéria que pela sua importância no quadro das disciplinas de currículo de Direito, devia ter melhor colocação.

Não lhe bastaram, porém, os quadros do professorado para acolher a sua natural vocação de jurista. Foi advogado, adjunto de Promotor na antiga Justiça do Distrito Federal, Promotor Militar e ainda Procurador do Tribunal de Segurança Nacional.

Em cada um dos postos ocupados por Vossa Excelência, de passagem em busca da meta final que era a magistratura sentada, revelou Vossa Excelência, a par de grande dedicação ao serviço, uma constante humildade no exercício das funções, por mais espinhosas que fôssem, humildade essa que é sem dúvida, ainda hoje, uma tônica acentuada em sua vida de magistrado.

Juiz por concurso em 1948, ingressando no cargo inicial de substituto, quatro anos depois era elevado por seu valor demonstrado na judicatura ao cargo de Juiz de Direito, vindo mais tarde, quando se criaram os cargos de substituto de desembargador, a ser um deles, exercendo sempre com brilho e dedicação as substituições que lhe couberam.

Dou o meu testemunho pessoal — que é aliás a *vox populi* — da eficiência, do rigor técnico, do humanismo, da generosidade e da firmeza sempre demonstrados por Vossa Excelência ao tempo em que juntos trabalhamos na Primeira Câmara Cível deste Tribunal.

Autor de diversos trabalhos — *Pontos de Direito Civil*, a *Naturalização no Estado Novo* — este de parceria com o nosso dinâmico colega Luiz Antonio de Andrade, e de trabalhos doutrinários de valor, tais como *A Tentativa no Crime de Economia Popular*, a *Fraude Penal na Constituição e Organização das Sociedades Anônimas*, e a *Representação Política por Distritos e sua inconveniência*, mostrou Vossa Excelência que os seus afazeres e as responsabilidades dos diversos cargos que exerceu com dedicação e coragem, não lhe tiraram a oportunidade de enriquecer as letras jurídicas do país com trabalhos doutrinários de destaque.

Verifica pois Vossa Excelência que são justificados o meu orgulho e a minha satisfação em razão da oportunidade que Vossa Excelência me conferiu, de falar perante este Alto Colégio Judiciário dando-lhe as boas-vindas, não direi ao novo desembargador, porque na realidade Vossa Excelência há muito que já era um dos nossos, mas ao desembargador Eduardo Jara, agora titular de uma das cadeiras do Egrégio Tribunal de Justiça da Guanabara, e com muita honra para nós todos um de nossos pares.

Duas circunstâncias quero ainda assinalar no momento em que em nome do Tribunal dirijo estas palavras a Vossa Excelência.

A primeira é que há vinte e oito anos não falo em solenidades do Tribunal de Justiça como orador oficial. A última vez que o fiz foi nos idos de 1942, saudando o então Corregedor da Justiça Desembargador e depois Ministro Edgard Costa, figura invulgar de juiz e de homem, e de quem com saudade e com

admiração me lembro a cada instante e a quem busco em vão igualar no exercício da minha judicatura. Dei assim um largo passo de Edgard Costa a Eduardo Jara, a ambos saudando com plena consciência do meu papel de orador. Sabe Vossa Excelência, e sabe-o o Tribunal que sou um homem que só diz o que pensa, e só pensa o que diz. Não tenho duas faces, quaisquer que sejam os percalços que dessa atitude possam advir. Deve pois Vossa Excelência tomar na justa medida as minhas palavras.

A outra circunstância que desejo pôr em relêvo e acentuar é a de que Vossa Excelência vai ocupar neste Tribunal a cadeira de um dos seus grandes Juizes, igualmente humano, firme e exato como Vossa Excelência — Vicente de Faria Coelho, que voluntariamente se retirou da magistratura, deixando uma tradição de operosidade, cultura, dignidade, devoção ao Direito, fraternidade com os seus colegas, em cada um e em todos os postos que exerceu. O destino parece que reservou para Vicente Faria Coelho invejável trilha:

Juiz por concurso, no mesmo concurso em que a seu lado entrei para a carreira, Juiz de Direito por merecimento, Desembargador por merecimento, Presidente do Tribunal de Justiça e do Tribunal Eleitoral, e eventualmente Governador do Estado da Guanabara, foi Vicente de Faria Coelho o juiz, o colega, o amigo, sempre pronto a ouvir os reclamos tendentes a uma boa distribuição de justiça.

Tem Vossa Excelência assim a responsabilidade imensa de substituir a um juiz dêsse porte, mas estou certo de que Vossa Excelência o fará, pois o seu passado assegura a minha profecia.

Senhor Desembargador Eduardo Jara:

Que a Providência Divina continue a ampará-lo e a assisti-lo na sua faina de fazer justiça, justiça que tanto sabe ser forte com os fortes como forte com os fracos, não assumindo nunca a falsa posição de independência de marginalizar o Direito, em função da desigualdade de posições dos eventuais litigantes.

A justiça é uma só, e esta, eu estou certo, Vossa Excelência a aplicará. Seja, pois, bem-vindo ao Tribunal de Justiça da Guanabara.

Pelo M.P. o Procurador-Geral da Justiça,
Prof. Clóvis Paulo da Rocha, assim saudou o
nôvo Desembargador:

Na tradicional solenidade de sagração de um nôvo membro dêste Augusto Colegiado, o Ministério Público do Estado da Guanabara não se podia omitir na manifestação da sua solidariedade.

Sucedê V. Exa., Senhor Desembargador Eduardo Jara, ao Desembargador Vicente Faria Coelho, que, após uma trajetória brilhante na magistratura dêste Estado, aposentou-se deixando profunda saudade no coração dos seus pares.

A ascensão de Vicente Faria Coelho merece ser exposta como exemplo à mocidade. Alcançou altas posições na vida pública pela sua dedicação ao estudo e ao trabalho.

Estudante pobre, desempenhou atividades em tabelionato, foi escrevente juramentado, bacharelou-se em Direito, exerceu a advocacia, ingressou por concurso na Magistratura. Nesta, destacou-se em todos os seus postos, pela inteligência e pela cultura. Na 4.^a Vara de Família, onde com êle colaborei no exercício da Curadoria, pude verificar e dou o meu testemunho da sua grande capacidade de trabalho. Nessa Vara, naquele tempo, em muita semana não havia audiência, porque não existiam processos preparados para julgamento. O Juízo encontrava-se absolutamente em dia. Os processos eram julgados com rapidez. Da sua passagem na Vara de Família aí estão dois magníficos livros sôbre *O Desquite na Jurisprudência dos Tribunais* e da *Nulidade e Anulação de Casamento*. São obras que nasceram clássicas e de consulta obrigatória.

Presidiu, com brilho e eficiência, o Tribunal Regional Eleitoral e o Egrégio Tribunal de Justiça. Na sua gestão, na presidência desta Alta Corte de Justiça, conseguiu criar e instalar o Tribunal de Alçada e realizar os trabalhos preliminares para o início da construção do Palácio da Justiça. Acentue-se que, nessa época, assumiu o Governo do Estado da Guanabara e, na qualidade de Chefe do Poder Executivo, assinou decreto abrindo o primeiro crédito para aquela edificação.

O Ministro Cândido Mota Filho, ao saudar Ministro do Supremo Tribunal Federal, por ocasião da sua aposentadoria, lembrou que "o Grande Presidente Roosevelt, contava em memorável discurso, o interrogatório a que submetera três operários na construção de um templo. Que fazes aqui? O primeiro respondeu, ou quebro as pedras. O segundo disse que a firma o mandara para trabalhar ali, e ele cumpria a sua obrigação, trabalhando bem. E o terceiro respondeu, iluminado: Que faço? pois não vê? Eu construo uma catedral".

Como o terceiro operário, podia Vicente Faria Coelho dizer que erguia e mantinha o Templo da Justiça Eterna.

Se Faria Coelho, no conceito de Homero Pinho, teve o trabalho como razão de viver, pode-se afirmar que V. Exa., Senhor Desembargador Eduardo Jara é, também, um homem que tem dedicado a sua existência ao trabalho em benefício da Justiça, quer na Judicatura, neste Estado, como nos altos postos que ocupou anteriormente.

Do curso superior trouxe V. Exa. para a vida pública dois diplomas: o de Bacharel em Direito e o de Bacharel em Ciências Econômicas.

Exerceu a advocacia neste Estado e lecionou Direito Administrativo na Faculdade de Ciências Econômicas. Na Constituinte de 1946 desempenhou as altas funções de Redator dos Anais da Câmara Federal. O seu destino, porém, estava traçado. Seria membro do Ministério Público ou Magistrado. No Ministério Público foi Adjunto de Promotor, na então Justiça do então Distrito Federal, Promotor de Justiça Militar e Procurador junto ao Tribunal de Segurança Nacional.

Essas últimas funções — árduas e difíceis — desempenhou-as, na época, com equilíbrio e sabedoria.

Com essa experiência, ingressou na Magistratura deste Estado, por concurso, ocupando, sucessivamente, os postos de Juiz Substituto, Juiz de Direito e Juiz Substituto de Desembargador.

Após essa trajetória é V. Exa. sagrado Desembargador, com uma reputação já firmada, com uma vocação já experimentada, podendo-se, portanto, dizer, que não se trata, hoje, de um batismo, mas da confirmação crismática.

A par de uma reputação alicerçada na reiteração de atitudes e de julgados corretos e imparciais, tem V. Exa. o trato fidalgo e ameno que lhe imprimiu na personalidade a linhagem do nascimento, em terras de Minas Gerais e da ancestralidade, em terras do Líbano.

Senhor Desembargador Eduardo Jara, muito teria a dizer se, nesse momento, tivesse de estudar a sua biografia, mas, cabe-me, agora, apenas expressar, em nome do Ministério Público, que represento, o nosso júbilo pela sua ascensão definitiva a este Egrégio Colegiado.

Agradeceu o Desembargador Eduardo Jara com as seguintes palavras:

"Meus agradecimentos, às palavras tão cheias de bondade, do eminente Desembargador Elmano Cruz, uma das figuras mais cultas deste Tribunal, Magistrado de inteligência e memória incomuns, companheiro de trabalho à época em que presidiu a Egrégia 1.^a Câmara Cível. Tive a honra de ser seu substituto. Ele Juiz de Direito da 1.^a Vara da Fazenda Pública.

Ao Dr. José Ribeiro de Castro Filho, legítima vocação de advogado, tão independente e leal, exemplo do quanto o patrono das partes litigantes pode ajudar a construir o trabalho do Magistrado.

Ao Dr. Clóvis Paulo da Rocha, eminente Procurador-Geral da Justiça, civilista, professor, respeitado por seus pareceres claros e eruditos. Homem de caráter íntegro, e fina educação.

Após 23 e 1/2 anos ininterruptos de exercício na Magistratura da Guanabara, dos quais 19 anos e 4 meses na classe de Juiz de Direito, atinjo a última fase da carreira, onde continuarei a aprender as lições de meus colegas. Sucedeo ao eminente Desembargador Vicente Faria Coelho, juiz, professor universitário, escritor, que por anos pontificou na Justiça da Guanabara. Entremeou a lhanza no trato, com a invulgar capacidade de trabalho e de interpretar os problemas jurídicos, ajudado pela cultura que lhe reconhecemos. Sua presidência nos Tribunais de Justiça e Eleitoral, foi constituída de realizações pioneiras. Deixou um claro, como Magistrado e amigo.

Meu reconhecimento a todos os eminentes Desembargadores do Tribunal de Justiça, pela comovedora deliberação unânime do dia 13. Foi o maior prêmio recebido em tôda a minha vida de Juiz. Trago para aqui, o mesmo sentimento de respeito à opinião dos Juizes, pois não esmoreceu em mim através de tantos anos, o culto à Justiça. Acredito em sua eficiência, a despeito do emaranhado de seu organismo para determinados casos, de todo obsoleto. A vida forense em momento algum viveu tão intensamente quanto agora, entre profundas e aceleradas mudanças sociais e econômicas, com novos ditados de julgamento. Voltamos surpresos para as estruturas que se alteraram, com rompimento de tradições, tais como, questões de direito de família, leis de inquilinato e incorporação de imóveis, correção monetária, critérios de lançamentos fiscais, mudanças da Legislação eleitoral e a perspectiva de novos Códigos. Não podemos ainda avaliar a extensão dêsse processamento. O contínuo impulso legislativo, exige do magistrado, atendimento para a aplicação de pronto do anseio que passou a constituir realidade. E aqui surge o trabalho anônimo individual, construído pelo Juiz, na clausura do íntimo pensamento. Afeiçoa a melhor solução para a recente regra de arte, feita para os homens, exigindo-lhe fôrça do sentimento à vida, coragem e firmeza de caráter. Terá de escrever o acórdão entre as linhas que as partes litigantes criaram para ser estudado, e não sôbre a fôlha que não foi começada pelo Juiz de Segunda Instância. Por isso, êste Egrégio Tribunal, não institui por si, simples órgão de apêlo, mas também, de cooperação verdadeira, com o fim de consolidar o direito vivificado como espírito de defesa da sociedade jurídica. Situado no ápice da hierarquia judiciária, o Tribunal de Justiça da Guanabara, tem consciência de seu lugar no cenário jurídico nacional, ao conferir através de seus julgados o melhor labor de sua inteligência criadora, para engrandecimento da magistratura. Não se deslembra que é um dos Três Podêres do Estado, e por seu fiel equilíbrio, exige de seus integrantes, imparcialidade e coragem na afirmação das decisões. Faz gôsto ver, vêzes sem conta, Juizes das Câmaras, atravessarem horas e horas, sem impaciência, buscando a decisão laboriosa, em respeito aos direitos das partes. Avivo o episódio, Sr. Presidente, com um sentimento de testemunha presencial, em respeito a êsses Juizes do meu Tribunal.

Êste fim de escalada, traduz-se para mim, no coroamento de uma carreira começada há mais de 37 anos, entremeada do magistério, advocacia e ministério Público, estimulado pelo exemplo de três criaturas marcantes em minha vida. Minha mãe, que não se dobrou às vicissitudes de nossa humilde orfandade no interior de Minas; minha mulher, tão paciente, companheira dedicada de tantos anos, e meu inesquecível mestre e meu melhor amigo, um dos grandes Juizes desta casa, Guilherme Estellita.

Hoje, tais lembranças me dão a certeza, que continuarei como Juiz, a honrá-los pela vida afora, na carreira que abracei para servir com os olhos na retidão e serenidade de outros Magistrados da Guanabara.

Aos eminentes amigos que aqui vieram, sacrificando horários para testemunharem sua estima ao nôvo Juiz, muito obrigado.

ANIVERSÁRIO DO PROCURADOR-GERAL DA JUSTIÇA

A Associação do Ministério Público do Estado da Guanabara ofereceu um jantar ao Professor Clóvis Paulo da Rocha, no dia 22 de setembro, às vinte horas, no Clube Ginástico Português, em comemoração ao transcurso de seu natalício.

À festa compareceu grande número dos associados.

Saudando o aniversariante, falaram o Desembargador Maurício Eduardo Rabelo, o Procurador de Justiça Emerson de Lima e o Promotor Público Carlos Alberto Tôrres de Mello.

Em agradecimento usou da palavra o homenageado, o qual, em seguida, foi cumprimentado por seus colegas e amigos.

HOMENAGEM AO DR. AMARO CAVALCANTI LINHARES

Expressiva homenagem recebeu nosso colega Dr. Amaro, pela passagem de seu natalício ocorrido em 1.º de setembro, ocasião em que, na sala da biblioteca da Procuradoria, a quase totalidade dos membros componentes do quadro esteve presente para abraçá-lo. Interpretando o pensamento dos amigos e colegas do aniversariante, falou o Procurador-Geral, Prof. Clóvis Paulo da Rocha, enaltecendo-lhe as qualidades. Em seguida o homenageado agradeceu a todos pelo comparecimento e pelo presente ofertado.

OFERTA DE BECAS

Receberam as becas que lhes foram oferecidas pelos colegas de Ministério Público, os Procuradores de Justiça Drs. Joaquim Correa Marques, José Vicente Ferreira e Nelson Pecegueiro do Amaral, promovidos por atos do Governo do Estado da Guanabara.

A solenidade de entrega das becas teve lugar no Gabinete do então Procurador-Geral da Justiça, Dr. Leopoldo Braga, que saudou os homenageados em formosa oração, transmitindo-lhes o elevado aprêço em que são tidos no seio da classe, traduzido na oferta das becas que iriam usar no exercício das novas funções, cujas responsabilidades enfatizou.

Agradeceu em nome de todos, o Procurador da Justiça Dr. Nelson Pecegueiro do Amaral destacando o simbolismo da beca, que equiparou ao burel do frade no representar de uma tradição tantas vezes renegada, e que no caso do M.P. é uma tradição de probidade, independência, e fidelidade à lei, que com a ajuda de Deus, os novos Procuradores saberiam manter. Em seguida agradeceu, também, a presença numerosa e expressiva de quantos prestigiaram o ato.

Encerrando a solenidade, seguiram-se os cumprimentos aos novos Procuradores da Justiça.

Fica aqui o registro dessa solenidade que, por lapso da nossa redação, não figurou no número anterior da Revista.

MEMBRO DO MP PARA A ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA

Pela primeira vez foi designado pelo Governador um Membro do Ministério Público para representar a Instituição como estagiário da Escola Superior de Guerra.

Através de lista tríplice, o Procurador-Geral da Justiça, Professor Clóvis Paulo da Rocha, sugeriu ao Governador do Estado os nomes dos Drs. José da

Silveira Lôbo, Carlos Octávio da Veiga Lima e Albino Ângelo Santa Rossa, tendo S. Exa., escolhido o Dr. Silveira Lôbo (efetivo) e o Dr. Veiga Lima (substituto).

PROMOTOR PÚBLICO RODOLFO ANTÔNIO AVENA

O Governador do Estado nomeou, em 24 de agosto de 1971, o Promotor Rodolfo Avena para exercer o cargo de Superintendente do Sistema Penal.

Em consequência foi o mesmo empossado, em 27 daquele mês, perante o Exmo. Sr. Secretário de Justiça, Desembargador Darcy Rodrigues Lopes Ribeiro, tendo recebido o cargo do Curador Dr. Nerval Cardoso, também integrante do Ministério Público estadual.

ESQUADRÃO DA MORTE

O Procurador-Geral da Justiça, Prof. Clóvis Paulo da Rocha, atendendo a pedido do Sr. Secretário de Segurança Pública, designou o Promotor Público Dr. José da Silveira Lôbo para orientar e acompanhar os inquéritos policiais instaurados para apurar os crimes atribuídos ao grupo chamado "Esquadrão da Morte".

Dos 34 inquéritos iniciados, 8 dêles foram concluídos e remetidos às varas criminais próprias, tendo sido oferecidas as respectivas denúncias pelos Promotores em exercício junto às mesmas. Em consequência, foram denunciados 19 indiciados, dos quais 11 policiais e 4 seus informantes, sendo o restante, em número de 4, elementos civis. Todos tiveram prisão preventiva decretada.

O trabalho se desenvolveu durante três meses, encontrando-se em andamento 26 inquéritos.

A autoridade policial que preside os inquéritos é o Delegado de Homicídios, Dr. João Jacinto da Silva Jr.

FALÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA

Falência. Prisão Preventiva. Pode ser decretada em qualquer fase do processo falimentar. A decisão deve ser fundamentada o *quantum satis*. Habeas Corpus concedido. Recurso Extraordinário do Ministério Público.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO HABEAS CORPUS N.º 26.351

RECORRENTE: Procurador-Geral da Justiça do Estado da Guanabara.
RECORRIDO: Eduardo Guinle Filho e outros.

RAZÕES DO RECORRENTE

OS FATOS

1. Em 30 de setembro de 1968, foi distribuído o pedido de concordata preventiva da CIVIA S/A — ADMINISTRAÇÃO DE BENS, CORRETAGENS E

INCORPORAÇÕES. Caracterizado o descumprimento da concordata, o Dr. Juiz da 22.^a Vara Cível decretou a falência da concordatária, em 26 de fevereiro de 1971, com retroação a 60 dias anteriores à data da distribuição do pedido de concordata preventiva.

Serviu de base à sentença o bem elaborado parecer do Dr. Curador de Massas Falidas, Dr. Hélio Penna e Costa, que descreveu a situação dos autos e as "atitudes e expedientes empregados pela concordatária no intuito de lesar os seus credores" (certidão de fls. 20).

O Dr. Curador de Massas Falidas, nos pareceres de fls. 49, n.º VI e fls. 45, n.º IV, pediu que fôsse decretada a prisão preventiva dos diretores da falida. Assim o fez, verificando que o Dr. Eduardo Guinle Filho chegou a antedatar uma carta de renúncia do cargo de Diretor, o que não lhe beneficiou, porque calculou mal; atendendo a que a concordatária fizera diversos acôrdos com credores, com prejuízo para a Massa; considerando, ainda, que nesses acôrdos alguns credores foram fraudulentamente enganados, recebendo ações da Universal S/A., que não tinham cotação na Bôlsa e cujo registro fôra *negado pelo Banco Central*.

Declara o Dr. Curador a fls. 49, itens VI e VII: —

VI — Também não se pode aceitar versão no sentido de que as transações tenham sido entre terceiros. Com efeito: a) Foram levadas a efeito na séde da Cívia, b) as *ações dadas pertenciam à Cívia*, que, aliás, ainda detém mais de 2 milhões delas em seu poder, c) a convocação dos credores foi feita pela Cívia (ver depoimentos), d) Eduardo Guinle Filho agiu como diretor (de direito ou de fato) da Cívia, e) o modo de liquidar foi apreciado em assembléia da Cívia e por ela homologado o contrato respectivo (ata de fls. 675v.), f) todos os pedidos de homologação de acôrdos são firmados com a Cívia.

VII — Os pedidos de homologação de acôrdos ora focalizados ao que tudo indica são meros "balões de ensaio" lançados pela falida. Se V. Exa., homologá-los, evidentemente muitos outros surgirão. Na prática, haverá dois processos de falência: Um no Juízo Falimentar e outro nos escritórios da falida ou de seus prepostos. Note-se que é possível até que o passivo da massa "diminua" consideravelmente. Mas, a que preço!...: o da espoliação de grande número de pessoas incautas, pois a falida, durante muitos anos, captou poupanças populares através das tais "contas de participação".

A fls. 45, n.º IV, declara ainda o Dr. Curador:

"Atendendo a que os diretores, durante a concordata, receberam elevados honorários, cuja legitimidade não provaram apesar de instados a fazê-lo pela curadoria (fls. 396), o mesmo ocorrendo com outras despesas que não explicaram (idem), e atendendo, ainda, a que os acôrdos acima referidos foram feitos em fraude contra a massa e contra os credores da falida, requer-se, com fundamento nos artigos 193 da Lei de Falências e 311 e seguintes do Código Processo Penal, a prisão preventiva dos diretores acima aludidos, uma vez que praticaram, entre outros, os delitos do artigo 186, I e II, 189, I e 187 da Lei de Falências, sendo de observar, aliás, que as ações da "Universal" dadas em "pagamento" aos credores só podem ter valor de muito inferior ao nominal, pois de outra forma não se entenderia não fôsem pagos os compromissos urgentes em dinheiro tendo a falida mais de 2 milhões de tais papéis em seus cofres" (fls. 552).

A SENTENÇA DE PRISÃO PREVENTIVA

2. Em face do pedido do Dr. Curador das Massas, o Dr. Juiz decretou a prisão preventiva dos diretores da falida na sentença, por certidão de fls. 29, em três laudas datilografadas, onde bem aprecia a hipótese e dá boa fundamentação para ser decretada a prisão preventiva, como o fez.

DO HABEAS CORPUS

3. Os ilustres advogados Antônio Evaristo de Moraes Filho, Edmundo Lins Neto e George Tavares impetraram êste *habeas corpus* em favor de Eduardo Guinle Filho que foi, na assentada do julgamento, estendido a outros diretores da sociedade falida.

Os doutos patronos dos recorridos sustentaram, em síntese, a nulidade da sentença porque a prisão preventiva não foi decretada no momento oportuno, isto é, por ocasião da sentença declaratória da falência ou no curso do inquérito judicial, pela ausência de fundamentação e por não haver justa causa para ser decretada a prisão preventiva.

4. O pedido de *habeas corpus* foi impugnado pelo 3.º Procurador da Justiça, Dr. Laudelino Freire Júnior, no bem elaborado parecer de fls. 58/60.

O VENERANDO ACÓRDÃO RECORRIDO

5. A Colenda Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por maioria e contra o voto do Relator, Desembargador Hamilton de Moraes e Barros, houve por bem conceder o "*habeas corpus*", determinando a soltura do paciente.

DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

6. Contra o V. Acórdão da Egrégia 2.ª Câmara Criminal manifestou esta Procuradoria-Geral da Justiça o presente Recurso Extraordinário que, impugnado, foi admitido pelo douta Presidência, que entendeu encontrar o apêlo extremo o amparo nas letras *a* e *d* do inciso III do artigo 119 da Constituição da República Federativa do Brasil.

DA OPORTUNIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

7. Um dos fundamentos do V. Acórdão concessivo do *habeas corpus* foi o de que a respeitável sentença que decretara a prisão preventiva não o teria feito no momento oportuno. Declarou o V. Acórdão recorrido *in fine, in verbis*:

"É de notar que a prisão preventiva não foi decretada na oportunidade da sentença de falência e iniciado não foi o inquérito judicial" (fls. 62 v.).

Como bem salientou o respeitável voto vencido, a lei falimentar não determina de forma exclusiva os momentos em que pode ser decretada a prisão do falido. Diz o voto vencido textualmente:

"Inicialmente entendo que, na falência, a prisão preventiva do falido não é de fazer-se apenas em momentos processuais predeter-

minados, isto é, quando da decretação da falência (Lei de Falências, art. 14, VI), ou no bôjo do inquérito judicial ou da ação penal. No nosso entendimento, pode ser decretada pelo Juiz do cível em qualquer momento do processo falimentar, desde que vislumbre o juiz o crime falimentar e coexistam os demais requisitos da medida. Tendo o juiz do cível um poder cautelar geral (C.P.C., artigo 675), uma vez a providência se lhe apresente aconselhável, pode decretá-la”.

Assim decidindo o V. Acórdão recorrido não só feriu o texto expresso do art. 193 da Lei de Falências, como também tornou-se divergente da jurisprudência dos Egrégios Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo e do Estado do Rio de Janeiro, ensejando o apêlo extraordinário fundado nas letras *a* e *b* do inciso III do art. 119 da Constituição do Brasil.

De fato, declara o art. 193 do diploma falimentar:

“Art. 193 — O juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do síndico ou de qualquer credor pode decretar a prisão preventiva do falido e de outras pessoas submetidas à penalidade estabelecida na presente lei”.

Como se verifica, o legislador não estabeleceu nenhuma restrição quanto ao momento em que o Juiz podia decretar a prisão preventiva, deixando a matéria ao prudente arbítrio.

8. A jurisprudência vem reiteradamente infirmando o ponto de vista esposado pelo V. Acórdão recorrido, ao declarar que o Juiz *podê*, seja na sentença, seja antes ou depois de iniciado o inquérito judicial, sujeitar o falido à custódia:

“Pode a prisão preventiva ser decretada contra o falido embora não oferecida denúncia contra êle ou não encerrado, ainda, o inquérito judicial, já que a medida pode ser adotada até mesmo na própria sentença declaratória da quebra (Ac. unânime da Câmara Criminal Conj. do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Rodrigues Alckimin, *in* Rev. For., Vol. 188, pág. 335).

Igualmente o Alto Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão unânime proferido no HC n.º 2.171 em que foi relator o Des. Souto Mayor, já decidiu:

“A falta de inquérito destinado a apurar os crimes atribuídos aos falidos não impede a decretação da prisão preventiva dos falidos. O art. 193 da Lei de Falências dá essa faculdade ao Juiz (Ac. da 2.ª Câmara *in* Rev. For., vol. 146, pág. 456).

Como bem acentua o ilustre prolator do voto vencido no julgamento do HC:

“A prisão preventiva do falido não é de fazer-se apenas em momentos processuais predeterminados” (fls. 63).

A doutrina, do mesmo modo, afina com o ponto de vista do eminente Des. Moraes e Barros. Veja-se, a propósito, o seguríssimo J. C. SAMPAIO LACERDA:

"A prisão preventiva do falido poderá, pois, ser decretada em qualquer fase do processo falimentar, desde que dos autos constem elementos que evidenciem a prática de crime definido na Lei de falências".

Assim, tanto a doutrina, como a lei e a jurisprudência desamparam a tese do V. Acórdão recorrido, no que tange ao tema da oportunidade da prisão preventiva.

DA ALEGADA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA

9. O V. Acórdão recorrido concedeu *habeas corpus* também sob a alegação de que a sentença que decretara a prisão preventiva não estava fundamentada, nem existia do delito prova "na medida do exigível".

Não procedem as alegações que contrariam a prova evidente dos autos e ainda conflitam com a tradicional jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de diversos Tribunais do País. Esses julgados que passaremos a citar, ensejam o recurso extraordinário com fundamento na letra d do inciso III do art. 119 da Constituição do Brasil.

A sentença que decretou a prisão do falido, que se encontra a fls. 29 dos autos, fundamenta as razões de decidir do ilustre magistrado em três fôlhas datilografadas e de forma convincente.

De fato, salienta expressamente o despacho que decretou a prisão, que o diretor Eduardo Guinle utilizou-se de uma carta antedatada para deixar o cargo de diretor e livrar-se das responsabilidades da direção, mas, não obstante, a antedata foi insuficiente para excluí-lo dessa responsabilidade porque a retroação dos efeitos da falência foram além da antedata (fls. 29). Referiu-se o mesmo despacho ao pagamento antecipado a alguns credores além do pagamento a credores com ações da A UNIVERSAL S/A, cujo registro foi negado pelo Banco Central e cujos títulos nem valor tinham. A concordatária, por intermédio dos seus diretores, a um só tempo pagava a uns credores com prejuízo dos demais e praticava em relação a outros a fraude de obter dêles quitação mediante a entrega de papéis sem nenhum valor. Além da fraude geral contra o povo, mais uma fraude contra cada um dos credores já prejudicados.

Diz textualmente a respeitável sentença:

"A denominada composição veiculada nos acórdos em exame no fundo se constituem em pagamento dos credores não em dinheiro, ou em títulos comerciais facilmente negociáveis, mas em papéis declaradamente sem qualquer valor, sem cotação na Bolsa, ou fora dela, quais sejam títulos da empresa "UNIVERSAL S/A", cujo registro, aliás, foi negado pelo Banco Central (fls. 719), ocorrendo, assim, aquele ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores", previsto como crime no artigo 187 do Estatuto Falimentar.

Afinal, o que pretende a falida é coagir seus credores em desespêro à nova aventura, atraindo-os para negócios sem base, com o que julga poder escapar ao cumprimento de suas obrigações, às expensas do sacrifício de direitos e interesses alheios.

Mas a Justiça não deve prestar-se a instrumento dessa manobra, aliás muito comum em matéria de falências onde, geralmente, falidos em verdade acabam sendo apenas os credores.

É preciso alertar que o presente caso envolve milhares de pessoas do povo, presumidamente leigas e de boa-fé, cujas economias, totalizadas em milhões de cruzeiros, foram atingidas, não havendo, pois, como, nem por que contemporizar, a menos que a repressão fôsse instituída apenas para afligir os humildes, o que não é jurídico admitir" (fls. 30 e 31).

Como se verifica, a sentença tem fundamentação e justifica a necessidade da prisão preventiva para diretores que, não obstante a concordata, estavam praticando atos fraudulentos.

Aliás, o respeitável voto vencido foi bem claro ao afirmar que a fundamentação estava demonstrada o "*quantum satis*".

10. A lei (art. 311 do Código Processo Penal) exige para a decretação da prisão preventiva que concorram dois elementos: a *prova da existência do crime e suficientes indícios da autoria*. O legislador tanto penal, como o falimentar, não impõe ao Juiz a minuciosa verificação da autoria; mas, apenas a constatação da existência de *indícios suficientes*.

Ora, o que exaustivamente se vê registrado nos autos é precisamente a *prova abundantíssima da prática dos crimes falimentares* — a sua confissão — e a *existência de indícios veementes da autoria* por parte dos diretores da falida.

Cumprе salientar que, com a mesma fisionomia, a prisão preventiva em matéria de falências impõe a existência dos mesmos pressupostos e requisitos contidos no art. 311 do Código de Processo Penal e o despacho de sua decretação exige o mesmo ritual.

O excesso de fundamentação, faria, do Decreto de prisão preventiva, uma antecipação do julgamento final. Como bem acentua o voto vencido:

"Não se lhe exige um luxo de fundamentação, mas o indispensável para explicar e justificar a medida" (pág. 63).

11. Outra não é a lição do Supremo Tribunal Federal; por seus mais eminentes Juizes.

Assim, COSTA MANSO, em 2 de abril de 1934, no Habeas Corpus n.º 25.250, lecionou:

"Como juiz de instância superior, não aprecio o despacho de prisão preventiva com o mesmo rigor com que examinaria as hipóteses, se juiz fôsse formador da culpa, diretor, em primeira instância, do processo. É preciso que se reconheça no Juiz formador da culpa um certo arbítrio, uma certa extensão de poderes na apreciação das circunstâncias que determinaram a necessidade da prisão preventiva. O Juiz vive no meio em que os fatos ocorrem e se desenvolvem, conhece a vítima, conhece o assunto, conhece as testemunhas, está a par dos costumes locais, e, por conseguinte, dispõe de elementos subjetivos, que lhe fornecem meios muito mais extensos do que o Juiz superior, na apreciação das circunstâncias do fato. De modo que, como Juiz de instância superior, entendo que só é de conceder Habeas Corpus e considerar injusto o despacho, quando a decisão do juiz seja manifestamente contrária à prova, quando o paciente demonstre cabalmente que está sofrendo injustiças, e não quando apenas invoque a fraqueza das provas porventura aceitas pelo magistrado de primeira instância" (Arquivo Judiciário — vol. 32, 1934, — páginas 289/290).

CARVALHO MOURÃO, acrescentou:

“A conveniência ou a necessidade da prisão preventiva só pode ser mesmo devidamente aquilatada pelo Juiz que está no ambiente do processo. Para nós, que estamos fora do ambiente do processo, semelhante conveniência ou necessidade nos escapará. Isso provém talvez do fato, que incluo na minha segunda ordem de considerações, de que para justificar a prisão preventiva não há mister se provar essa conveniência ou necessidade. RECEIO DO RÉU FUGIR, TENTAR CORROMPER TESTEMUNHAS, PROCURAR OCULTAR OS VESTÍGIOS DO CRIME. SÃO MEDIDAS PREVISTAS, QUE SE HÃO DE FUNDAMENTAR, PORTANTO, EM JUSTAS E RAZOÁVEIS PRESUNÇÕES”.

O ensino exemplar dos eminentes Ministros COSTA MANSO e CARVALHO MOURÃO foram aceitos pelo ilustre e pranteado Desembargador EDUARDO ESPÍNOLA FILHO (Cod. Processo Penal Brasileiro Anotado — vol. III. — 5.^a edição — páginas 428/429), que atende ao disposto na Súmula n.º 291 do EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Aliás, como bem observou o ilustrado Procurador LAUDELINO FREIRE JUNIOR, em seu parecer de fls. 59/60, a prisão preventiva na falência “colima o fim mais amplo e profundo de garantir a ordem pública, um exame consciencioso dos crimes praticados pelo falido, de modo a assegurar a aplicação da lei penal”, como salientara o Procurador CORDEIRO GUERRA, em parecer publicado na Revista do Ministério Público do Estado da Guanabara, volume 4, páginas 172/175.

Acresce a isso, que o EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL em tranqüila jurisprudência ensina que o que a lei exige é que o despacho de prisão preventiva seja fundamentado e não que seja BEM fundamentado (in R.H.C. n.º 32.041 — acórdão de 11/6/52; R.H.C. 41.008; R.H.C. n.º 43.252 e 44.137. R.T.J. — vol. 36/411; 37/540 e 42/372).

Diverge, assim, o V. Acórdão recorrido do V. Acórdão unânime da Egrégia 3.^a Turma do Supremo Tribunal Federal, no R.H.C. n.º 44.137. Rel. Ministro PRADO KELLY, in R.T.J. 42/375, acima mencionado, in verbis:

“Mesmo compulsória, não se pode eximir o juiz de fundamentá-la; basta-lhe, entretanto, que declare existam nos autos inequívocas provas da infração e indícios capazes de firmar a presunção de culpabilidade do réu...

Posto que sucinta, a fundamentação existe. O laconismo não lhe retira a valia. Como ensina COSTA MANSO, citado por TOSTES MALTA (“Da Prisão Preventiva”, pág. 178): “Despacho fundamentado não é a mesma coisa que despacho bem fundamentado. Portanto, desde que o despacho esteja fundamentado, ainda que mal, êle extrinsecamente é perfeito, legal e não pode ser anulado”.

Diverge, assim, do V. Acórdão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus n.º 32.542, de lavra do Ministro AFRÂNIO COSTA — publicada na Revista Forense, vol. 161, pág. 348:

“Não se pode dizer sem fundamentação a sentença que, ao decretar a prisão preventiva, alude a parecer em que se encontra fundamentação suficiente para o decreto (Ac. un. do S.T.F. in H.C. 32.542, Rel. Exmo. Sr. Ministro AFRÂNIO COSTA, in 161/348).

No *Habeas Corpus* n.º 41.008 do Supremo Tribunal Federal — Tribunal Pleno, Rel. Ministro LUIZ GALLOTTI, paciente Cristiano de Caux:

Ementa — Prisão preventiva. Despacho que a decretou e que, embora não sendo modelar, atende aos fins da lei, uma vez que se reportou a peças dos autos onde estariam indicadas provas da existência do crime e indícios suficientes da autoria (Revista de Jurisprudência, volume 36, página 41)".

Não decidiu de outro modo o ilustre Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, em julgamento de HC pela E. 2.ª Câmara Criminal, sendo Relator o Des. JOSÉ AMÉRICO MACEDO, proclamou:

"Para a decretação de prisão preventiva não se exige prova vigorosa e definitiva; ao Juiz de primeira instância, que participa do ambiente em que foi praticado o crime, é dado certo arbítrio na apreciação da prova" (in Revista Forense, volume 192, pág. 384).

12. De fato, basta para ensejar o decreto, a existência de fundamentação, com a indicação dos elementos que suportam a conclusão do magistrado, como, em lição luminosa, ensinou o eminente Ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, no R. HC n.º 33.198, acompanhado pela unanimidade do Pretório Excelso:

"A decretação da prisão preventiva, há de ser fundamentada. Não cabe ao Tribunal verificar a fôrça, o valor probante em que se baseia o Juiz, mas apenas verificar se tais elementos estão apontados" (in Rev. Forense, volume 162, página 294).

13. No mesmo sentido, esclarecendo o que se deva entender por fundamentação de despacho que decreta a prisão preventiva, o acórdão do Pretório Excelso, no R. HC n.º 33.506 em que foi Relator o Sr. Ministro SAMPAIO COSTA:

"Considera-se fundamentado o despacho de prisão preventiva de que conste o feito imputado, o dispositivo penal infringido e que se reporta ao requerimento para efetivá-la, no qual o crime esteja circunstancialmente descrito" (in Revista Forense, volume 176, página 395).

Nessas condições, *data venia*, qual seria a "medida exigível" pretendida pelo V. Acórdão recorrido, e que não tenha sido atendida pelo R. despacho do MM. Dr. Juiz de Direito da 22.ª Vara Cível, que, examinando os autos, no uso de seu direito e em tãda prudência, decretou a prisão preventiva dos falidos?

Com efeito, é opinião da doutrina e verdadeira norma jurisprudencial que cabe ao Juiz do processo em face de sua situação peculiar, o direito de avaliar a pertinência ou não da prisão preventiva. Contra essa faculdade, o "*Habeas Corpus*" é meio manifestamente inidôneo que só se impõe quando o magistrado decida de maneira *manifestamente* arbitrária.

14. À vista do exposto, parece-nos, *data venia*, demonstrado à sociedade que o MM. Dr. Juiz fundamentou a decisão "na medida do exigível" nas circunstâncias, que fundamentou bem e que, assim, descaberia a concessão do "*Habeas Corpus*", sendo dispensável e desaconselhável, até a exaustiva fundamentação, pois o art. 311 do Código de Processo Penal se refere à prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria:

“Para a decretação da prisão preventiva é indispensável apenas que o despacho convença de sua necessidade, sendo supérfluo longa fundamentação” (Ac. *in* STF no HC n.º 34.221 — Rel. Min. AFRÂNIO COSTA, *in* Revista Forense, volume 172, página 427).

15. O V. Acórdão recorrido, ainda, oferece como suporte para concessão do “*writ*” o argumento assim expresso:

“o fato argüido como ilícito penal, pelos próprios termos do respeitável despacho em tela, não está, pelo menos ainda, demonstrado seguramente como fato típico” (fls. 62).

Com essa afirmação a douta maioria, sem considerar indemonstrados os fatos (aliás *prova*dos e *confessados*), reconhece a existência de prova dos fatos argüidos.

Assim, negou o V. Acórdão aplicação ao art. 188, II da Lei de Falências que considera crime punido com pena de reclusão:

“o pagamento antecipado de uns credores em prejuízo de outros”.

Ora, se o R. despacho que decretou a prisão preventiva do Dr. Eduardo Guinle Filho refere o pagamento antecipado de credores e refere, ainda, o pagamento de vários credores com ações de uma empresa-fantasma, com registro negado pelo Banco Central, não apenas refere o fato típico sublinhado pelo legislador no art. 188, II da lei falimentar, como ainda revela

OUTRO FATO TÍPICO

de tipicidade marcante, ou seja, o do art. 187 que pune com a pena de reclusão o falido que, com o fito de criar ou assegurar injusta vantagem, para si ou para outrem, pratica, *antes* ou *depois* da falência ato do qual *resulte* ou possa resultar prejuízo aos credores.

De fato, outra coisa não se configura com o confessado pagamento de credores em ações da Universal S/A. ...

Finalmente:

O Recorrente espera haver demonstrado que o V. Acórdão recorrido negou aplicação aos artigos 186, I e II, 187, 188, II e 184, I da Lei de Falências, do artigo 311 do Código de Processo Penal, ensejando o apêlo extraordinário com fundamento na letra “a” do inciso III do artigo 119, da Constituição Federal, bem como, ao decidir, deu à lei penal interpretação diversa da que foi dada pelo próprio Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça do Estado da Guanabara, de São Paulo e de Minas Gerais.

Com os fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais invocados e postulando, ainda, os doutos suprimentos do Pretório Excelso, o Recorrente espera seja o presente recurso conhecido e que se lhe dê provimento para que se restaure o decreto de prisão preventiva contra os diretores da falida, como imperativo de

J U S T I Ç A !

Rio de Janeiro, GB, de setembro de 1971

CLOVIS PAULO DA ROCHA
Procurador-Geral da Justiça

HONORÁRIOS EM MANDADO DE SEGURANÇA

1. O mandado de segurança, tal como conceituou a lei 1533, de 1951, que alterou disposições do Código de Processo, é, em regra, ação mandamental, podendo, contudo, produzir efeitos condenatórios contra o órgão a que pertencer o coator, conforme deixou evidenciado a lei 5.021, de 9 de junho de 1966, que dispôs sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas em sentença concessiva de mandado.

Dessa forma, sendo o mandado de segurança quase sempre uma ação, há uma parte processual passiva e outra ativa, ou seja, o coator e o impetrante.

Portanto, não há, data vênua, razão para inaplicar ao sucumbido a pena do pagamento de honorários de advogado, regulada pela lei 4.632, de 1965, que alterou o art. 64 do Código de Processo.

2. Objeta-se contra esse entendimento que a lei 4.632 só se aplica aos feitos regulados pelo Código de Processo.

O argumento, data vênua, não deve prevalecer.

A lei básica adjetiva, regula, sem dúvida, supletivamente o mandado de segurança, disciplinando os casos omissos.

Se assim não fôsse, sem comando ficariam, por exemplo, a contagem dos prazos, a suspeição, a coisa julgada, as nulidades, os pressupostos processuais e as condições da ação.

3. Alega-se ainda que o mandado é uma ação sem réu e sem contestação, o que impediria a aplicação da penalidade derivada da sucumbência.

Mas, na verdade, há, data vênua, equívoco na afirmação.

O mandado é, realmente, uma causa que se distingue das demais pela especialidade de seu objeto e pela sumariedade de seu processamento, que dispensa, em primeira instância, o contraditório por advogado habilitado.

Essa peculiaridade, porém, também se nota nas liminares em possessórias e em determinados processos cautelares, sem que tal circunstância afaste o princípio da sucumbência.

Réu, no mandado de segurança, é o coator, que, nas informações, defende o ato administrativo impugnado pelo impetrante.

O coator é a parte passiva processual, que pleiteia, como substituto processual, o interesse material do órgão a que pertence.

A situação processual de coator se assemelha ao do nunciante e ao do nomeante à autoria, ou ao do curador à lide, que defendem também na causa direito substantivo alheio.

4. Objeta-se, finalmente, que, no mandado, não há condenação.

Esquece-se, porém, que, ao lado das ações condenatórias, se enfileiram as simplesmente declaratórias, as constitutivas e as mandamentais, aclarando tôdas elas o direito material controvertido, em benefício de uma das partes.

Se a sentença, no mandado, não decidisse a lide, seria inócua. Não haveria decisão, que, no mandado, faz coisa julgada material, se aprecia o mérito da pretensão.

5. Teme-se, por último, que o coator, concedida a ordem, venha a sofrer a rigorosa pena processual, o que não seria equitativo, porque defende, na causa, direito do órgão a que pertence.

A dificuldade seria contornada se fôsse reconhecido que apenas os efeitos mandamentais da sentença recaem sobre o coator, cabendo ao órgão suportar os efeitos condenatórios (HELLY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 2.^a edição, pág. 567).

6. Há casos, porém, em que não se justifica a condenação em honorários, que pressupõe a prestação de serviços de advogado ao vencedor na demanda.

Essa especialidade, porém, pode ocorrer em qualquer processo, seja ordinário ou especial. Nenhum juiz iria, por exemplo, condenar em honorários o A.

vencido em causa em que o R. não se defendesse, pois a alteração do art. 64 da lei adjetiva não visou enriquecer o litigante vitorioso, mas afastar de si o empobrecimento decorrente das despesas com advogado.

7. É de reconhecer, finalmente, que o mandado de segurança impetrado contra ato jurisdicional não é ação, mas sucedâneo de recurso, assemelhando-se às correções, reclamações ou apêlos regimentais.

Nessa hipótese, o impetrante pretende, em essência, o reexame de uma decisão da qual não cabe recurso ou reclamação e que não haja transitado em julgado.

Em casos tais, não há razão para a incidência da lei 4.632, de 1965, que impõe a condenação nas causas e não nos recursos ou seus sucedâneos.

GRACCHO AURÉLIO
(Desembargador Substituto do Tribunal
de Justiça do EG.)

MINISTRO A. JOAQUIM PIRES DE CARVALHO E ALBUQUERQUE

Sr. Presidente, meus prezados colegas:

Reentronizando nesta sala, centro e convergência de nossas atividades semanais em conjunto, e de ingentes locubrações e estudos, em comissões, longe daqui, nos nossos lares e escritórios, somos os maiores auxiliares da Justiça contribuindo com nossos estudos e atividades polimorfos para a sua distribuição, senão perfeita, pelo menos equânime e racional. Os magistrados julgam os feitos em que, pelo mandato, representamos terceiros, mas nós, adogados militantes, julgamos os Juízes que dirigem os pleitos judiciais.

Peço vênia para que me oçam com a maior atenção porque serei breve, quanto possível, em relação ao vulto do homenageado.

Quando apliquei inicialmente o verbo entronizar no seu participio presente, fi-lo tranqüila, consciente e percucientemente, porque êste quadro ora repostado nesta sala principal do nosso respeitável e respeitado Sodalício, por uma fatalidade, decorrente omissão não negligenciada, traz a efígie sagrada para a Justiça brasileira, do jurista, emérito julgador de alto coturno, magistrado que nunca se afastou do dever do "*vir probus discendi peritus*" que foi Antonio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque. Um cordel que suspendia seu perfil em excelente foto, foi cortado pelo grampo que o prendia ao quadro, caindo êste, desmontando-se.

Por uma desídia perdoável e humana, durante algum tempo, não foi recomposto, o que ora se providenciou, tendo eu a grande honra de mandar restaurá-lo condignamente ao inesquecível vulto, que jurista e juiz, tendo chegado às culminâncias do M. P. como Procurador-Geral da República e Ministro do Supremo Tribunal Federal, só fêz Justiça, ensinou em várias gerações a um pugilo de noveis Procuradores, ministrando-lhes no dia a dia forense, lições de teoria e prática, com a bondade e a sabedoria de um ente Superior! Ensivana-nos, como se estivesse aprendendo: suave, sábia e cortezmente.

Posso dizê-lo de ciência própria, como vários outros, alguns, que poderiam igualmente fazê-lo se não os obstasse o impedimento da ascendência e da colateralidade. Estão nestes casos, o M.^o Luiz Gallotti e o Desembargador Antonio Pires e Albuquerque respectivamente, seus genro e filho.

Mas êstes mesmos, magistrados que são, poderiam dizer da veracidade destas palavras se aqui presentes estivessem. E aqui presente está Sobral Pinto um dos beneficiados com as lições do Mestre.

* * *

Mas a vida dos magistrados que é uma tortura permanente, traz até o impedimento íntimo de suspeição nata! Pudessem êles manifestar-se, e muito mais diriam, e em melhor quilate. Confirmariam tudo quanto sinceramente aqui está sendo proferido.

No ano de 1920, nomeado o orador, pelo Presidente Epitácio Pessoa, Procurador dos Feitos da Saúde Pública, e posteriormente Procurador-Criminal da República, interinamente, em substituição a Sobral Pinto, na extinta J. Federal, regida pelo Decreto 3.084 e pela Lei 221, foi com o grande Pires e Albuquerque, que aprendeu a ensaiar os primeiros passos na Justiça, tendo o mesmo acontecido com o Ministro Luiz Gallotti em 1928 quando nomeado P. da Rep. pelo Presidente Washington Luiz. Com êle fizemos aprendizado e daí o grande surto do último na vida judiciária — M. P. e Magistratura — com muito maior elevação de que o orador.

Pois bem, e para não mais me alongar: Pires e Albuquerque que às mancheias distribuiu Justiça Plena no Estado do Rio de Janeiro e no Distrito Federal, como Juiz Federal, elevado por merecimento incontestado à cátedra do Supremo T. F., inversamente ao que praticara em toda a vida do Magistrado impoluto, foi o mais injustiçado dos homens, feudalmente, insólitamente, como revela a história judiciária do País, sendo aposentado pela revolução de 1930, que usou o direito da força, desprezando a força do Direito.

Aparentemente atingido, porque a consciência tranquilizava-o, seu ânimo continuou imperturbado, respondendo ao ato bárbaro ditatorial, com sua maravilhosa obra de que todos têm notícia, mas, infelizmente poucos a leram e conheceram como eu: "*Culpa e Castigo de um Magistrado*". Esse livro estupendo no fundo e na forma, verdadeiramente vasado em estilo vernaculíssimo, sereno e firme — *suaviter in modo fortiter in re*, deveria ser a cartilha de todos nós, juristas, magistrados e advogados.

Que o nosso homenageado, a figura excelsa de Pires e Albuquerque, aqui reposto ao seu lugar de honra, com seu grande espírito de Justiça, ilumine sempre este recinto, protegendo-nos a todos, guiando-nos, com os seus exemplos de cultura, honra, dignidade, retidão e coragem.

Para terminar, exclamemos com a lucidez do Evangelho de São Francisco de Assis: "quando se proclama que a morte é o fim da vida, labora-se num profundo erro, pois que é ela exatamente o início da verdadeira vida que é a vida Eterna!"

Invoquemos finalmente, também, Philippe Labre, quando assim se expressou para fazer a psicologia dos povos e dos governantes: "Enquanto houver governos haverá segredos, enquanto houver segredos haverá os espíões que tentarão obtê-los e descobri-los. Hebreus e Romanos já tinham seus espíões ao tempo de Cristo, e Judas, um dos Apóstolos, o traiu ao beijá-lo na face no Horto das Oliveiras: e nada mais fez do que espionar a serviço dos Romanos."

* * *

E terminemos com frase justa e lapidar: para Pires e Albuquerque o seu direito foi o dever; sua esperança o trabalho útil e fecundo, e sua glória o sacrifício pelo postulado perene: o Direito e a Lei e a Justiça.

Daí a magnitude de sua obra "*Culpa e Castigo de um Magistrado*". Fazendo o I.A.B. elevada justiça, reentronizando sua effigie entre Roosevelt e Santo Ivo, coloca-o com Justiça entre grandes figuras, honrando-as; e nós, advogados, elevamos-nos erguendo o nosso Sodalício, que demonstra também saber dar a cada um aquilo que lhe pertence. "*SUUM CUIQUE TRIBUERE*".

COMPETÊNCIA DO JÚRI

INCONSTITUCIONALIDADES DO ANTEPROJETO FREDERICO MARQUES, DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM RELAÇÃO À COMPETÊNCIA DO JÚRI

No III Congresso Fluminense do Ministério Público, que reuniu, em Teresópolis, no período de 8 a 11 de dezembro de 1970, membros dos *Parquets* de vários Estados, foram aprovadas importantes conclusões sobre diversos temas jurídicos.

Os representantes do Ministério Público do Estado da Guanabara apresentaram duas teses, relacionadas com a matéria criminal e com implicações constitucionais: *Latrocínio: crime doloso contra a vida e A soberania do júri como elemento essencial à própria instituição: da inconstitucionalidade e da inconveniência do anteprojeto que visa a permitir a reforma de suas decisões pela instância superior. Desvirtuamento de suas características*, de autoria, respectivamente, dos Promotores Públicos SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA e CARLOS ALBERTO TÓRRES DE MELLO.

Na primeira, sustentou seu autor, com êxito, que a disciplina do crime de *roubo com morte dolosa*, pelo novo Código Penal de 1969, que passou a incriminar, expressamente, o *latrocínio* em seu artigo 168, § 3.º, utilizando o citado *nomen iuris*, é radicalmente diferente da vigente no Código Penal de 1940.

Com efeito, a nova codificação distingue, com precisão, entre as hipóteses de *roubo em que é dolosamente causada lesão grave* (art. 168, § 2.º, IV); de *roubo com morte preterdolosa* (art. 168, § 2.º, V); e aquela na qual, "para praticar o roubo ou assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa, o agente ocasiona dolosamente a morte de alguém". No último caso, a pena será de reclusão de quinze a trinta anos, além da multa, sendo irrelevante se a lesão deixa de consumar-se. Se há mais de uma vítima dessa violência à pessoa, aplica-se o disposto no art. 65, isto é, as regras do concurso de crimes.

Destarte, as dúvidas e incertezas da doutrina e da jurisprudência, no regime vigente (cf. *Rev. Bras. de Crim. e D. Penal*, n.º 10, págs. 207/16; n.ºs 1, págs. 54/63, e 10, págs. 118/27) não mais se justificam.

Em verdade, ficou bem patente a natureza do *latrocínio* como crime complexo pluriofensivo, doloso contra a vida e contra o patrimônio. Deu, com efeito, a nova codificação penal realce especial ao aspecto de crime doloso contra a vida do *latrocínio*. Em primeiro lugar, expressamente se referiu à causação dolosa da morte; outrossim, estabeleceu a irrelevância da consumação da lesão patrimonial; mais ainda, na hipótese de haver mais de uma vítima da violência, aplicar-se-á o disposto no art. 65 do novel diploma penal, ou seja, existirá um *concurso delictorum*.

De tudo isto se infere que, tendo em vista o disposto no art. 153, § 18, da Const. Federal (norma auto-executável), a competência para processo e julgamento do crime de *latrocínio* é do Tribunal do Júri. É, conseqüentemente, inconstitucional o art. 678 do Anteprojeto de Código de Processo Penal, que, ao tratar da competência do Tribunal Popular, não alude ao art. 168, § 3.º, do Código Penal.

Com referência à segunda tese em pauta, o III Congresso Fluminense concluiu pela inconstitucionalidade do Anteprojeto, em seu art. 761, II, pois que, se o art. 153, § 18, da Carta Federal, diz que "é mantida a instituição do júri", a manutenção tem de ser com todos os seus elementos vigentes, um dos quais é a *soberania*, seu atributo fundamental; outrossim, se a Constituição confere ao júri "competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida", é atentar contra a Lei Magna atribuir esta competência a outro órgão julgante.

A relevância dos temas em debate e, das conclusões vitoriosas, aprovadas por congressistas do mais alto nível, faz com que os pontos acima focalizados devam ser criteriosamente ponderados pelo autor do anteprojeto e pelos que irão trabalhar no procedimento de sua transformação em lei.

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

IV CONGRESSO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A PREVENÇÃO DO CRIME E O TRATAMENTO DOS DELINQUENTES

Precedido de quatro reuniões regionais realizadas na África, na Ásia, na América Latina e no Médio-Oriente, duas reuniões de peritos (Genebra, 1968 e Roma, 1969) e mais atividades preparatórias, teve lugar em Kyoto, Japão, o IV Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes.

O tema geral do Congresso — “criminalidade e desenvolvimento” — desdobrou-se em quatro Sessões distintas:

I — A política da defesa social e a planificação do desenvolvimento;

II — A participação do público na prevenção do crime e na luta contra a delinqüência;

III — O conjunto das Regras “mínima” para o tratamento dos reclusos, tendo em conta as alterações sobrevindas em matéria correcional;

IV — A organização da investigação dirigida para a atualização de uma política de defesa social.

Concluindo, o Congresso, entre outras normas:

recomendou o estabelecimento de cursos especiais de formação, a organização de investigação apropriada, a troca de informações, a realização mais freqüente de reuniões para avaliação de resultados, no plano nacional, regional e internacional, e finalmente, uma amudada troca de informações entre países, recorrendo-se, para tanto, à criação de bancos de dados;

sustentou a participação do público na fiscalização e prevenção dos abusos dos funcionários, especialmente na proteção dos presos e de suas famílias, onde poderia ter papel tão importante como na administração da justiça;

entendeu dever propor que a Assembléia Geral da ONU adote uma resolução pela qual aprove as Regras “mínima”, recomende a sua aplicação aos Estados-membros e ponha à disposição da Seção de Defesa Social do Secretariado os meios necessários para promover e aplicar as Regras; deverá a Seção de Defesa Social tomar tôdas as medidas possíveis para favorecer a investigação científica e aumentar a assistência técnica, constituindo um grupo de trabalho encarregado de estudar os problemas suscitados pelas Regras “mínima”;

sugeriu a realização de seminários e conferências como modo de comunicação entre os responsáveis pela investigação e pela política criminal, lembrando que a ONU poderia desempenhar importante papel patrocinando organizações regionais empenhadas no desenvolvimento das condições necessárias a êstes contatos e, finalmente, afirmou não ser possível propor um plano único de defesa social, devendo, cada país, resolver seus problemas conforme suas tradições, embora em tôda parte o método de trabalho seja o mesmo, e haja lugar, neste campo, para a atividade das instituições estaduais, universitárias e particulares.

CARLOS ALBERTO MARINHO DE OLIVEIRA

MINISTÉRIO PÚBLICO DA GUANABARA COLABORA APRESENTANDO SUGESTÕES SÔBRE O PROJETO DE LEI DO GOVERNO FEDERAL MODIFICANDO A LEGISLAÇÃO SÔBRE ENTORPECENTES

Após o anúncio, na noite de 25 de junho de 1971, pelo Exmo. Sr. Presidente da República, do envio, ao Congresso Nacional, de Projeto de Lei modificando a legislação sôbre tóxicos, o Professor Clóvis Paulo da Rocha, DD. Procurador-Geral da Justiça do Estado, cometeu ao 26.º Promotor Público, Dr. Helcio Baptista de Paula, um estudo do mesmo.

O alentado trabalho, de crítica e exegese, foi encaminhado ao Congresso Nacional, mais especialmente ao Senado Federal, merecendo do nobre Senador Nelson Carneiro aproveitamento em emendas por S. Exa. apresentadas.

Realçando a importância da iniciativa do Governo Federal pelo tratamento do momentoso tema, e pelo escopo maior de tentar equacionar as causas e conseqüências que decorrem do consumo, produção, uso e venda de entorpecentes e equiparados, o trabalho do Dr. Helcio Baptista de Paula aborda, principalmente, as questões diretamente ligadas aos Direito Penal e Judiciário Penal.

Sintetizadas as objeções apresentadas ao Projeto, a primeira delas envolve a impraticabilidade do nôvo rito proposto para os casos em que ocorrer flagrância. De fato, sem que seja modificada a infra-estrutura da Justiça, na qual deve ser incluída a Polícia, os prazos estabelecidos não serão cumpridos, especialmente em se lembrando que o processo exige o funcionamento simultâneo de órgãos já com sua capacidade funcional esgotada. Para exemplificar, laudos, fôlhas penais e autos demandam, pelo menos, o dôbro do tempo previsto no Projeto, para a ação penal.

Ainda no que tange ao procedimento por flagrante, a experiência histórica demonstra, que não é aconselhável, senão para delitos de pequena gravidade, a simplificação dos rituais; para contravenções, por exemplo, que não envolvem maior indagação, a simplicidade é admissível, o que não ocorre com crimes como os envolvendo entorpecentes, apenados com reclusão, que demandam, até mesmo, cautela acima do normal.

Quando não ocorrer flagrância — ainda segundo o Projeto — seguir-se-á o rito *sumário comum*. Ora, o processo ou é *sumário* ou é *comum*, e não *sumário comum*. A distinção acadêmica, dentro do procedimento sumário, de *comum*, que se contrapõe a *sumaríssimo*, descabe no texto legal.

No capítulo do procedimento foram apontadas as seguintes falhas: 1) A inconstitucionalidade do dispositivo que determina ao juiz distribuidor proceder às intimações; 2) O total esquecimento do Ministério Público, de quem se exige esteja presente, permanentemente, até porque não é intimado; 3) A possibilidade de exigir a presença das testemunhas até por três vêzes, o que, além de negar um fato palpável, qual seja o da fuga dos indivíduos à qualidade de testemunha, acarreta demasiado ônus ao cidadão.

O capítulo que trata da recuperação dos viciados infratores, nega a experiência e a realidade. Não há, no Brasil, faz muito, estabelecimentos especializados para tratamento de toxicômanos, embora figurem na letra fria da lei. Situação semelhante à *casa de custódia e tratamento*, assente no art. 92, do Código Penal, desde 1940, e que até hoje não existe.

O sistema vicariante adotado para o semi-viciado se apresenta como uma contradição no contexto do Projeto que, tendo por filosofia o tratamento daquele que considera doente, permite seja operada a substituição do tratamento pela apenação mitigada.

Por fim, o artigo que trata da reabilitação, inovando no instituto, lança à margem do benefício o viciado inimputável, o viciado semi-imputável que não tenha direito ao *sursis* e aos menores de vinte e um e maiores de dezoito anos.

A advertência final de que, com o estatuto penal nôvo, a vigorar a 1.º de janeiro de 1972, não seria de boa cautela a existência paralela de um dispositivo tratando de matérias penais e processuais, constitui, sem sombra de dúvida, um bom motivo de pausa para maior meditação.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A RESPONSABILIDADE PENAL

(Íntegra do ofício do Curador de Menores em exercício, Dr. Newton de Barros e Vasconcelos ao Exmo. Sr. Procurador-Geral da Justiça da Guanabara, Dr. Leopoldo Braga)

Of. 30/70/CM

20 de abril de 1970

2.º Curador de Menores, em exercício

Exmo. Sr. Procurador-Geral da Justiça

Remessa e solicitação (faz)

Senhor Procurador.

Durante mais de 2 anos, em substituição ao Dr. Nelson Pecegueiro do Amaral, uma das maiores expressões do Ministério Público da Guanabara e 2.º Curador de Menores efetivo, venho servindo no Juízo de Menores, no trato diário e estafante de defender a sociedade quando menores de 18 anos praticam infrações previstas no Código Penal, na Lei das Contravenções Penais e em algumas leis extravagantes (art. 147, I, do Código de Organização Judiciária; art. 149, do Código de Menores, e art. 32, I e II, do Código do Ministério Público).

O Magistrado em exercício no 2.º Ofício daquele Juízo, atualmente o Dr. Pedro Fernando Ligiero, e, durante longos anos, o Dr. Alyrio Cavallieri, hoje Juiz de Menores, diante de fatos descritos em investigações por atividade anti-social (fase policial), apesar das inúmeras dificuldades materiais que enfrenta, depois de ouvir o menor e examinar sumário oferecido por assistentes sociais, impõe ao menor infrator uma das medidas previstas nas leis específicas e aconselhadas em todos os congressos de Juízes de Menores até hoje realizados:

- a) entrega do menor a seus responsáveis, colocando-o, conforme o caso, em detenção domiciliar, determinando que um Comissário de Vigilância verifique o cumprimento da medida, preste todos os auxílios necessários à reeducação do menor e ofereça relatório consubstanciado;
- b) internação em estabelecimentos da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (a FEBEM deve aparelhar-se), por tempo indeterminado, juntando-se aos autos da investigação sumário elaborado por assistente social a fim de se recolherem dados que visam a observar a personalidade do infrator e seu relacionamento social, tendo por finalidade o estudo completo do caso;
- c) internação dos doentes mentais, toxicômanos (maconheiros, tomadores de psicotrópicos, "bolinhas", etc.), em estabelecimentos especializados (são poucos), depois de ouvidos os Drs. Paulo Gemmal e Murillo de Souza Campos Filho (art. 149, CPP), dedicados e competentes médicos do Juízo, os quais, em alguns casos, aconselham a medida de tratamento "ambulatorio";
- d) o infrator, se altamente perigoso, é internado em seção especial da Penitenciária Dias Moreira, recomendação do art. 2.º, II, da Lei 5.258, de 10 de abril de 1967, com as alterações da Lei 5.439, de 22 de maio de 1968, *verbis*:

"II — se os elementos referidos no item anterior *evidenciam periculosidade*, o menor será internado em estabelecimento adequado, até que, mediante parecer do respectivo diretor ou do órgão administrativo competente e do Ministério Público, o Juiz declare a cessação da periculosidade." (O grifo é nosso).

Cumpra transcrever a Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei 3.914, de 9 de dezembro de 1941): art. 7.º, §§ 1.º, 2.º e 3.º:

"Art. 7.º No caso do art. 71 do Cód. de Menores (Dec. n.º 17.943-A, de 12-10-1927), o juiz determinará a internação do menor em seção especial de escola de reforma.

§ 1.º — A internação durará, no mínimo, três anos.

§ 2.º — *Se o menor completa 21 anos sem que tenha sido revogada a medida de internação*, será transferido para a colônia agrícola ou para instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional, ou seção especial de outro estabelecimento, à disposição do juiz criminal". (o grifo é nosso).

§ 3.º — Aplicar-se-á, quanto à revogação da medida, o disposto no Código Penal sobre a revogação de medidas de segurança."

O Magistrado em exercício no 2.º Ofício do Juízo de Menores, a 2.ª Curadoria e um assistente social, atualmente o Sr. Carlos Meirelles, cuja dedicação é um paradigma, têm contato pessoal e permanente com os internos no "estabelecimento adequado", no caso a Penitenciária Milton Dias Moreira, sendo que o primeiro e o segundo recebem, em seus Gabinetes, os menores e suas famílias para que vejam no Estado, através da Justiça, um instrumento de reeducação, e não a pessoa do carcereiro.

A resolução esposada pelo XII Congresso Interamericano da Criança, realizado na Argentina, no ano de 1963, segundo a qual "A internação de menores se adotará como medida extrema" (Boletim da OEA, 1965) é, assim, adotada com a maior cautela.

Note-se, por outro lado, que vem sendo construída, pelo Governo do Estado, uma penitenciária para recolher menores, evitando, assim, no futuro, a "medida heróica", que vem sendo aplicada.

O Juízo de Menores, como verifica V. Exa., sem nenhuma dose de pieguismo, como soube salientar seu titular na conferência que proferiu, no dia 7 do corrente, no Salão Nobre da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado da Guanabara, vem defendendo a sociedade e readaptação dos menores infratores aos seus condicionamentos.

Aguarda, contudo, o Ilustre Titular da Vara de Menores, e todos os que labutam na "Casa de Mello Mattos", a próxima reforma, imprescindível, para que forneça ao órgão que plasma o futuro da Pátria condições para perfeito funcionamento, o que só será possível com o aumento do Quadro de Comissários e de Assistentes Sociais; aguardam todos, ansiosamente, que a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor — a primeira grande obra da Revolução de 31 de março de 1964 (Lei n.º 4.513, de 1-12-64) — seja seguida por sua congênera estadual — Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor — para que a primeira possa cumprir, com maior desenvoltura, o objetivo de formular e implantar, em todo território pátrio,

"a política nacional do Bem-Estar do menor, mediante estudo do problema e planejamento das soluções, a orientação, coordenação e fiscalização das entidades que executam essa política". (art. 5.º, Lei citada)

Ainda há pouco, depois de percorrer as dependências da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, em Quintino Bocaiuva (Centro Pilôto), e as instalações da Ilha do Governador, durante dois dias, em companhia dos Desembargadores Silos Cintra, Raul Rocha Medeiros, de São Paulo, Mourão Russell, Néilson Ribeiro Alves e Juízes Cavalcanti de Gusmão e Alyrio Cavallieri, assim se expressou o Desembargador Cantidiano de Almeida, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"O melhor atestado da obra realizada e da eficácia do serviço é a expressão feliz estampada no rosto dos jovens assistidos, o que habilita a afirmar que o Brasil ocupa posição de destaque na assistência ao menor, de acôrdo com a política que a FNBEM vem desenvolvendo."

("Diário de Notícias", de 17 do corrente, pág. 12, 1.^a Seção.)

A penitenciária que o Estado vem construindo, estabelecimento onde poderão ser recolhidos os infratores perigosos, segundo entrevista concedida a um matutino carioca pelo Ilustre Secretário da Justiça, Professor Cotrim Neto, "será genuína penitenciária-escola, com inauguração prevista para o próximo mês de novembro". ("Diário de Notícias", *ibidem*)

Assim sendo, concordo com os conceitos e com o fim do ofício anexo, encaminhado pelo Exmo. Sr. Dr. Alyrio Cavallieri ao Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça, no qual S. Exa., com clareza e objetividade, demonstra a inconveniência da redação do art. 33 do Código Penal, que entrará em vigor a 1.^o de agosto do fluente ano.

A minha longa experiência no trato do problema penitenciário e a labuta diária com menores infratores autorizam a crer que o lançamento de adolescentes de 16 e 17 anos na maioria dos mal-instalados conjuntos penitenciários de nosso País viria agravar o problema do menor, hoje enfrentado, com decisão e espírito público, pelo Juízo de Menores e pela Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, sob as direções autênticas de dois grandes idealistas: Alyrio Cavallieri e Mário Altenfelder.

A prevalecer, sem maior exame, a tese de que o simples discernimento do menor de 18 anos autoriza a redação do art. 33 citado, desprezados os "freios inibitórios" de que falam os tratadistas, entendo que os adolescentes, segregados numa prisão, em promiscuidade com maiores, poderão ser, no futuro, desgraçados maconheiros ou homossexuais, ou as duas coisas.

Não posso furtar-me de transcrever as palavras de apreensão do Dr. Alyrio Cavallieri, para que sintamos juntos a gravidade do momento e nos conduzamos de acôrdo com o entendimento realístico, objeto do problema.

"— Se os juízes de menores, curadores, assistentes sociais, educadores, pais de família, afinal, tôda a comunidade brasileira, não conseguir revogar o art. 33 do nôvo Código Penal, a partir de 1.^o de agosto todos os jovens com 16 anos que praticarem ato previsto em lei penal serão, irremediavelmente, enviados às varas criminais. E lá, ao invés da recuperação, do conselho, da detenção familiar, da vigilância por comissário ou assistente social, enfrentarão, no banco dos réus, as penas de prisão. E isto numa época em que os juízes de menores atestam, com sua autoridade, que não tem havido aumento de delinqüência juvenil no país e quando está sendo implantada uma obra de grande eficiência — a Fundação do Bem-Estar do Menor." (Pesquisa de "Pais e Filhos", n.^o de março de 1970)

Cumpre salientar, finalmente, — e aqui vai a palavra do idealista — que o Brasil de hoje, rejuvenescido pelos banhos lustrais da Ordem restabelecida e

do Progresso manifesto, credenciado, portanto, para o "salto para o futuro", não pode adotar norma já caduca em 1921 e agora ressuscitada ao arrepio da ciência moderna e da realidade palpável.

Assim sendo, solicito a V. Exa. haja por bem encaminhar cópias dêste ofício aos Exmos. Srs. Ministro da Justiça, Governador do Estado e Presidente do Tribunal de Justiça.

Valho-me da oportunidade para apresentar a V. Exa. os protestos de estima e distinta consideração.

NEWTON DE BARROS E VASCONCELLOS
2.º Curador de Menores, em exercício

CONCURSO PARA DEFENSOR PÚBLICO (1970-1971)

O Concurso consistiu em provas escritas e orais sobre Direito Penal, Direito Judiciário Penal, Direito Civil, Direito Judiciário Civil, Direito Comercial, Direito Público, Administrativo e Constitucional.

As três Bancas Examinadoras, ficaram assim constituídas:

- 1.^a — HERMENEGILDO DE BARROS FILHO — Presidente
RAPHAEL CIRIGLIANO FILHO — Direito Penal
SÉRGIO DEMORO HAMILTON — Direito Judiciário Penal.
- 2.^a — JOÃO BAPTISTA CORDEIRO GUERRA — Presidente
NELSON PECEGUEIRO DO AMARAL — Direito Civil
JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA — Direito Judiciário Civil.
- 3.^a — ARNÓBIO TENÓRIO WANDERLEY — Presidente
JOAQUIM DE ARRUDA FALCÃO NETO — Direito Comercial
ARMANDO DE OLIVEIRA MARINHO — Direito Público, Administrativo e Constitucional.

PONTOS

DIREITO CIVIL

Ponto 1: a) Da vigência e aplicação da lei; b) Do Desquite; c) Dos contratos em geral. Noções e classificações. *Ponto 2:* a) Do conflito de leis no espaço; b) Do regime de bens entre os cônjuges; c) Da promessa de compra e venda de imóveis. *Ponto 3:* a) Do conflito de leis no tempo; b) Filiação legítima; c) Do Acidente do trabalho. *Ponto 4:* a) Das pessoas naturais; b) Da filiação legítima; c) Da responsabilidade civil. *Ponto 5:* a) Das pessoas jurídicas; b) Do pátrio poder; c) Da doação. *Ponto 6:* a) Do domicílio; b) Da tutela, curatela e ausência; c) Da compra e venda. *Ponto 7:* a) Dos registros públicos em geral; b) Da aquisição e perda de propriedade (móvel e imóvel); c) Do mandato. *Ponto 8:* a) Dos atos jurídicos e de seus defeitos; b) Da posse; c) Da herança jacente. Da indignidade e da Deserdação. Da petição de herança. *Ponto 9:* a) Das modalidades, forma e prova dos atos jurídicos; b) Direitos reais de garantia; c) Da transmissão, aceitação e renúncia da herança. *Ponto 10:* a) Dos atos nulos e anuláveis; b) Do condomínio comum e horizontal; c) Do inventário e da partilha. Da nulidade da partilha. *Ponto 11:* a) Do casamento civil e religioso. Dos impedimentos. Da habilitação. Da celebração; b) Da alie-

nação dos bens dos incapazes; c) Do usufruto, das substituições e das sub-rogações. *Ponto 12:* a) Da nulidade e anulação do casamento; b) Dos direitos reais em geral; c) Dos sonegados e das colações. *Ponto 13:* a) Dos direitos e deveres conjugais; b) Da obrigação alimentar em geral; c) Da sucessão legítima. Da vocação hereditária. *Ponto 14:* a) Da adoção e da legitimidade adotiva; b) Das limitações ao direito de propriedade; c) Dos testamentos e do codicilo. Do direito de crescer. *Ponto 15:* a) Da prescrição; b) Do usucapião; c) Do testamenteiro. Da revogação do testamento. Caducidade dos legados.

DIREITO JUDICIÁRIO CIVIL

Ponto 1: a) Função jurisdicional: caracterização. Distinção entre ela e as outras funções do Estado. A "jurisdição voluntária". Organização judiciária federal e estadual; b) Processo de conhecimento. Ajuizamento da causa. Demanda, pedido, petição inicial; c) Processo de execução. Pressupostos. Título. Ação executiva e ação executória. *Ponto 2:* a) Órgãos auxiliares da Justiça. Ministério Público federal e estadual. O Ministério Público no processo civil; b) Valor da causa. Distribuição; c) Execução de sentença: noções gerais. Sujeitos e objeto. Espécies de execução. Liquidação da sentença. *Ponto 3:* a) Ação: conceito, principais doutrinas. Condições do seu exercício. Carência de ação; b) Citação, notificação, intimação. Modalidades e efeitos da citação. Precatória e rogatória; c) Execução por quantia certa. Instauração. Penhora, avaliação, arrematação, adjudicação, remição. *Ponto 4:* a) Classificação e individualização das ações. Concurso e cumulação de ações. Conexão; b) Exceções; c) Execução por coisa certa ou em espécie. Execução das condenações a fazer, a não fazer, a emitir declaração de vontade. *Ponto 5:* a) Processo: noções gerais. Processo e procedimento. Espécies de processos e de procedimentos. Princípios fundamentais do processo e do procedimento no direito brasileiro; b) Contestação; c) Execução contra a Fazenda Pública e autarquias. Embargos à execução. *Ponto 6:* a) Objeto do processo. Mérito. Questão principal, questões preliminares e prejudiciais; b) Reconvencão; c) Mandado de segurança. Ação popular. Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público. *Ponto 7:* a) Natureza jurídica do processo. A "relação jurídica processual": caracteres, requisitos (pressupostos processuais), conteúdo; b) Saneamento do processo. Despacho saneador. Encerramento do processo por ocasião do saneamento; c) Testamentos: inventário e partilha; arrolamento. *Ponto 8:* a) Instância: conceito; comêço e fim. Suspensão, cessação e absolvição da instância; b) Prova: conceito, objeto, meios. Ônus da prova. Procedimento probatório. Valoração da prova; c) Habilitação para casamento; desquite. *Ponto 9:* a) Sujeitos do processo: o juiz. Regime jurídico da magistratura, competência: conceito, classificações, critérios de determinação; b) As provas em espécie; c) Tutela e curatela. Emancipação. Venda e oneração de bens de incapazes. *Ponto 10:* a) Prevenção e prorrogação de competência. Incidentes sobre competência. Conflitos de jurisdição; b) Sentença: conceito, classificações, estrutura, efeitos. Publicação, intimação, correção e integração da sentença; c) Organização e fiscalização das fundações. Averbações e retificações do Registro Civil. *Ponto 11:* a) Sujeitos do processo: as partes. Capacidade e legitimação. Representação, assistência e autorização. Substituição processual; b) Vícios da sentença e meios de impugnação. Recursos e ações autônomas. Ação rescisória; c) Ação de alimentos. *Ponto 12:* a) Pluralidade de partes: litisconsórcio; b) Recursos: noções gerais. Classificações, requisitos de admissibilidade, efeitos. Desistência do recurso; c) Ação de acidente do trabalho. *Ponto 13:* a) Intervenção de terceiros. Intervenção litisconsorcial, assistência, oposição, chamamento e nomeação à autoria, intervenção *iussu iudicis*; b) Os recursos em espécie: apelação, agravos, embargos; c) Atribuições do Procurador-Geral e dos Procuradores da Justiça. *Ponto 14:*

a) Fatos e atos processuais: classificações; forma, lugar e tempo. Vícios e seus efeitos. Inexistência, invalidade e ineficácia. Sanação; b) Os recursos em espécie; revista, recurso extraordinário, recurso ordinário constitucional. Reclamação; c) Atribuições dos Curadores. *Ponto 15:* a) Impulso processual. Prazos, preclusão. Inércia processual: contumácia e revelia; b) Coisa julgada: conceito, espécies, momento de formação, efeitos. Limites objetivos e subjetivos; c) Atribuições dos Promotores e dos Defensores Públicos em matéria civil.

DIREITO PENAL

Ponto 1: a) A lei penal no tempo e no espaço; b) Crimes contra a pessoa; c) Crimes falimentares. *Ponto 2:* a) Concurso aparente de normas penais; b) Homicídio; c) Crimes previstos em leis especiais. *Ponto 3:* a) Infração penal. Crime — conceito, categorias; b) Crimes contra a paz pública; c) Contravenções (L. C. P.). *Ponto 4:* a) Sujeito ativo e sujeito passivo do crime; objeto jurídico, objeto material; b) Crimes contra a saúde pública; c) Apropriação indébita. *Ponto 5:* a) Tipicidade; b) Crimes contra o patrimônio; c) Contravenções previstas em leis especiais. *Ponto 6:* a) Antijuricidade; b) Lesões corporais; c) Crimes de imprensa. *Ponto 7:* a) Imputabilidade; b) Crimes de perigo comum; c) Ameaça. *Ponto 8:* a) Culpabilidade; b) Crimes contra os costumes; c) Rixa. *Ponto 9:* a) Consumação e tentativa; b) Crimes contra inviolabilidade do domicílio, da correspondência e dos segredos; c) Falsidade documental. *Ponto 10:* a) Concurso de crimes; crime continuado; b) Estelionato e outras fraudes; c) Crimes contra a administração pública (cap. 1). *Ponto 11:* a) Concurso de agentes; b) Crimes contra a administração da Justiça; c) Receptação. *Ponto 12:* a) Pena; b) Crimes contra a honra; c) Crimes contra a família. *Ponto 13:* a) Suspensão condicional da pena; livramento condicional; b) Crimes contra a administração pública (cap. 2); c) Aborto. *Ponto 14:* a) Medidas de segurança; b) Furto; c) Crimes contra a liberdade pessoal. *Ponto 15:* a) Extinção da punibilidade; b) Roubo e extorsão; c) Crimes contra a fé pública.

DIREITO JUDICIÁRIO PENAL

Ponto 1: a) Interpretação, integração e esfera de aplicação da norma processual penal; b) Rito sumário em caso dos crimes previstos na Lei 4.611, de 2-4-65; c) Rito em caso de crime falimentar. *Ponto 2:* a) Prisão cautelar; b) Rito em caso de crime doloso contra a vida (Júri); c) Ação penal privada. *Ponto 3:* a) Jurisdição; b) Liberdade provisória. — Fiança; c) Rito sumário em caso de contravenção. *Ponto 4:* a) Competência; b) Inquérito policial. — Outros procedimentos preparatórios da ação penal; c) Rito em caso de crime apenado com reclusão da competência do juízo singular. *Ponto 5:* a) Rito em caso de competência originária do Tribunal; b) Relação processual penal — Ministério Público; c) Ação penal pública. *Ponto 6:* a) Assistente do Ministério Público; b) Rito em caso de crime apenado com detenção da competência do juízo singular; c) Rito em caso de crime contra a liberdade de manifestação do pensamento e de informação (Lei 5.250, de 9-2-67). *Ponto 7:* a) Ação penal e ação civil; b) Habeas corpus; c) Ação penal pública condicionada. *Ponto 8:* a) Exceções; b) Pressupostos processuais; c) Rito em caso de crime contra a honra da competência do Juízo singular. *Ponto 9:* a) Questões prejudiciais; b) Citação, notificação e intimação; c) Rito em caso de crime de responsabilidade dos funcionários públicos. *Ponto 10:* a) Prazos. — Coisa julgada. — Preclusão; b) Testemunhas; c) Ação privada subsidiária. *Ponto 11:* a) Regras processuais do Código do Ministério Público; b) Sentença; c) Execução. *Ponto 12:* a) Prova; b) Dúvida de atribuições e conflito de atribuições; c) Recursos;

Ponto 13: a) Exame de corpo de delito e perícias em geral; b) Apelação; c) Insanidade mental do acusado. *Ponto 14:* a) Suspensão condicional da pena e livramento condicional; b) Interrogatório do acusado; c) Recurso em sentido estrito. *Ponto 15:* a) Confissão; b) Nulidades; c) Impedimento e suspeição.

DIREITO COMERCIAL

Ponto 1: O comerciante — Capacidade — Registro — Estabelecimento Comercial — Fundo de Comércio. *Ponto 2:* Sociedades Comerciais — Tipos — Constituição — Fusão — Incorporação — Dissolução — Liquidação. *Ponto 3:* Sociedade em conta de participação — Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. *Ponto 4:* Sociedade anônima — Constituição — Funcionamento — Publicidade — Direitos e deveres dos acionistas — Partes beneficiárias. *Ponto 5:* Sociedade anônima — Capital social — Capital autorizado — Capital aberto. *Ponto 6:* Sociedade anônima — Órgãos — Contas — Responsabilidades. *Ponto 7:* Debêntures — Instituições financeiras — Alienação Fiduciária. *Ponto 8:* Títulos de crédito — Aval — Endosso — Conceitos. *Ponto 9:* Letra de Câmbio — Nota promissória. *Ponto 10:* Duplicata de fatura — Cheque. *Ponto 11:* Falência — Conceito econômico e jurídico — Pressupostos — Causas — Sujeito Passivo — Declaração Judicial. *Ponto 12:* Falência — Efeitos quanto à pessoa, aos bens, aos contratos, aos atos anteriores, aos credores do falido. *Ponto 13:* Falência — O processo falimentar — Órgãos. *Ponto 14:* Falência — Instrução — Arrecadação e administração dos bens — Créditos — Liquidação, encerramento e extinção das obrigações. *Ponto 15:* Concordata preventiva e suspensiva.

DIREITO PÚBLICO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO

Ponto 1: a) Federação. Sua problemática atual; b) Medidas de exceção; c) Bens públicos. *Ponto 2:* a) Elementos do Estado; b) Organização Nacional (União); c) Licitação. *Ponto 3:* a) Os Estados e sua posição na nova estrutura brasileira; b) Ministério Público; c) Responsabilidade Civil do Estado. *Ponto 4:* a) Soberania — limitações; b) Poder Executivo — federal — estadual; c) Enriquecimento ilícito — Confisco de bens. *Ponto 5:* a) Ordem Jurídica Internacional; b) Poder Legislativo — federal — estadual; c) Funcionário Público — Conceito e deveres (Dec.-Lei Estadual 100). *Ponto 6:* a) Sistemas eleitorais; b) Direitos e garantias individuais (habeas corpus, mandado de segurança); c) Concessões. *Ponto 7:* a) Partidos políticos; b) Poder Judiciário — federal — estadual; c) Licitação. *Ponto 8:* a) Processo eleitoral; b) Justiça eleitoral; c) Regime disciplinar do funcionário público da Guanabara. *Ponto 9:* a) Grupos de pressão; b) Abuso do poder econômico; c) Processo administrativo — inquérito — sindicância — reconsideração — recurso. *Ponto 10:* a) Oposição e contestação; b) Responsabilidade do Presidente da República e dos Governadores; c) Ministério Público do Estado da Guanabara — prerrogativas — direito e deveres. *Ponto 11:* a) Estrutura política do Estado; b) Processo Legislativo; c) Ministério Público da Guanabara — atribuições dos Defensores Públicos. *Ponto 12:* a) Formas de Estado; b) Atos institucionais — natureza jurídica e limite de sua pravelência; c) Ministério Público da Guanabara — Curadores de Família, de Órfãos e Sucessões. *Ponto 13:* a) Estado — nação, evolução conceitual; b) Tribunal de Justiça e Tribunal de Alçada; c) O Conselho do Ministério Público e suas atribuições; d) Os órgãos da administração descentralizada (Decreto-Lei 200). *Ponto 14:* a) Formas de Governo; b) Direito de propriedade; c) O controle do ato administrativo. *Ponto 15:* a) As características intervencionais do estado moderno; b) Ação popular; c) Ministério Público do Estado da Guanabara — Promotor Público e Curador de Ausentes — atribuições.

CONCURSO PARA O CARGO DE DEFENSOR PÚBLICO

1.ª Prova escrita: DIREITO PENAL e JUDICIÁRIO PENAL — em 13-12-1970

PONTO SORTEADO: N.º 9

1.ª *Questão*: É possível o arrependimento eficaz tanto nos crimes materiais, como nos formais? Resposta justificada. 2.ª *Questão*: CAIO levantou numa agência bancária a quantia de Cr\$ 400,00 correspondente a um cheque com a assinatura de MEVIO hábilmente falsificada. Apurou-se no inquérito que a falsificação não fôra feita por CAIO, embora estivesse êle ciente do fato.

Como capitular o fato? Resposta justificada. 3.ª *Questão*: Estabelecer a distinção entre questão prejudicial e questão preliminar, bem como entre prejudicialidade homogênea e prejudicialidade heterogênea. Resposta fundamentada e instruída com exemplos. 4.ª *Questão*: TÍCIO foi condenado a três meses de detenção por infração ao artigo trezentos e doze (312), parágrafo segundo do Código Penal. Inconformado, apela sustentando, em preliminar, a nulidade do processo a partir do despacho que recebeu a denúncia, sob a alegação de que não fôra, previamente, notificado na forma do artigo quinhentos e quatorze (514) do Código de Processo Penal, omissão que, efetivamente ocorreu embora não tenha o réu argüido a nulidade apontada em qualquer fase do processo.

Pergunta-se: a nulidade pretendida merece acolhida? Resposta fundamentada.

2.ª Prova escrita: DIREITO CIVIL e JUDICIÁRIO CIVIL — em 16-12-1970

PONTO SORTEADO N.º 5

1.ª *Questão*: Como se processa a extinção de uma sociedade civil que teve desvirtuadas as suas finalidades passando a exercer atividades subversivas? 2.ª *Questão*: CAIO fêz doação de um imóvel, com reserva de usufruto, dispondo que os donatários TÍCIO e TICIANA não poderiam dispor do mesmo por qualquer título e sob pretexto algum. Falecido CAIO, nada dispondo em seu testamento, os donatários sustentam que, com a extinção do usufruto, podem dispor livremente do imóvel.

Dar parecer fundamentado sôbre a matéria esclarecendo se há um só gravame ou gravames distintos, e se, extinto o usufruto, podem os donatários dispor livremente do bem. 3.ª *Questão*: Depois de apresentada a contestação, pode o autor, sem o consentimento do réu, desistir do direito deduzido em juízo? Justifique a resposta. 4.ª *Questão*: Em certa execução para entrega de coisa, o executado, após depositá-la, ofereceu embargos fundados em direito de retenção por benfeitorias. Admitindo os embargos, deve o juiz:

- a) deferir pura e simplesmente o pedido de levantamento da coisa, formulado pelo exequente?
- b) condicionar o deferimento do pedido à prestação de caução?
- c) sobrestar a apreciação do pedido de levantamento até o julgamento dos embargos?

Justifique a resposta.

3.ª Prova escrita: DIREITO PÚBLICO, ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL e DIREITO COMERCIAL — em 20-12-1970

PONTO SORTEADO N.º 4

1.ª *Questão*: A Cia. Nacional, fundada em 10-8-49, pelo prazo de 20 anos, entrou em liquidação em 10-8-69. Um grupo de acionistas pretendeu evitar a liquidação e repor a sociedade em sua vida normal. Convocada a Assembléa

Geral, 50% dos votos foram a favor da liquidação, 50% contra, tendo todos os acionistas participado da votação. O presidente da Assembléia desempatou pela sobrevivência da sociedade. Foi proposta por outro grupo de acionistas ação para declarar nula a deliberação da Assembléia, entrando a sociedade em liquidação, nomeado o liquidante na forma da lei.

Solicita-se parecer a respeito da validade da decisão da Assembléia. 2.^a Questão: CAIO, acionista minoritário e Diretor de Cia. Nacional, percebia como diretor um pró-labore fixo, além de uma percentagem sobre os lucros distribuídos, de acôrdo com os estatutos. Terminado o exercício social, HUGO, acionista majoritário, proprietário de 85% das ações com direito a voto, por desavenças pessoais com CAIO, convocou Assembléia Geral que destituiu CAIO da Diretoria e apesar do excelente resultado do balanço deliberou não distribuir lucros do exercício. CAIO sente-se prejudicado em seus direitos de acionista e diretor.

Pergunta-se: Quais os direitos e deveres dos acionistas em geral?

Tem CAIO algum direito no caso acima? 3.^a Questão: Com fundamento no artigo 24 da Constituição Estadual, e pela forma prevista no artigo 25, § 3.^o, da mesma, a Assembléia Legislativa, por Resolução, delegou ao Governador do Estado poderes para elaborar projeto de lei destinado a controlar a poluição dos mananciais de abastecimento d'água. *Ex vi* do parágrafo único do artigo 47 do mesmo diploma legal, o Governador delegou, por decreto, competência ao Secretário de Justiça para elaborar e submeter à Assembléia Legislativa referido projeto. Emita parecer sobre a constitucionalidade do ato do Governador.

4.^a Questão: Natureza jurídica do confisco de bens e sua diferenciação do seqüestro de bens.

ORDEM DO MÉRITO JUDICIÁRIO MILITAR. ADMISSÃO DO PROFESSOR CLÓVIS PAULO DA ROCHA

O Conselho da Ordem do Mérito Judiciário Militar, em sessão de 29 de setembro último, houve por bem admitir o Professor Clóvis Paulo da Rocha, Procurador-Geral da Justiça do Estado da Guanabara, no grau de "ALTA DISTINÇÃO", da referida Ordem, bem como admitir no grau de "BONS SERVIÇOS" os funcionários da Secretaria-Geral do Ministério Público da Justiça do Estado da Guanabara, Oswaldo do Carmo Figueiredo, Oficial Judiciário, Chefe do Serviço de Administração e Flávio Ribeiro Teixeira, Oficial de Administração, Chefe da Seção de Biblioteca.

A entrega das insígnias foi feita no dia 8 de dezembro, "Dia da Justiça", às 15 horas, no Colendo Superior Tribunal Militar.

HONORÁRIOS DE ADVOGADO EM MANDADO DE SEGURANÇA

1. Determina o art. 64 do *Código de Processo Civil*, com a redação dada pela lei n.º 4.632, de 16 de maio de 1965: "A sentença final da causa condenará a parte vencida ao pagamento dos honorários de advogado da parte vencedora, observado, no que fôr aplicável, o que é disposto no art. 55".

Quatro são os requisitos legais para que esse dispositivo de *Emenda ao Código de Processo Civil* seja aplicável ao processo especial do mandado de segurança:

1.º) que as normas do *Código de Processo Civil*, estabelecidas para os feitos por ele regulados antes do advento da Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, reguladora do mandado de segurança, seja aplicável ao processo especial ins-

tituído por esta última lei; e que o mesmo ocorra com as modificações feitas ao Código de Processo Civil *posteriormente* à referida Lei n.º 1.533;

2.º) que haja *compatibilidade* entre a norma do art. 64 *introduzida* no Código de Processo Civil e o sistema adotado pela lei especial sobre mandado de segurança;

3.º) que o processo de mandado de segurança seja estruturado de sorte a prever desde logo a existência de *partes*, bem definidas, como no processo comum, em lugar de ser, como é, construído pela Lei n.º 1.533 à semelhança do *habeas corpus*, sem réu a ser citado e requerido *diretamente contra a autoridade coatora*, como parte passiva, sem citação nem notificação do Estado ou outra pessoa de direito público;

4.º) que o processo seja de natureza a terminar pela *condenação* de uma das partes, caso em que a condenação recairia sobre a *autoridade coatora*, quando *parte vencida*.

Examinaremos, a seguir, cada um desses pontos, alás todos brilhantemente discutidos pelo E. Supremo Tribunal Federal, por ocasião da aprovação da sua Súmula 512, que determinou: "não cabe condenação em honorários de advogado em mandado de segurança".

2. Determina o art. 1.º do Código de Processo Civil: "O processo civil e comercial, em todo o território brasileiro, reger-se-á por este Código, salvo o dos feitos por ele não regulados, que constituem objeto de lei especial".

O mandado de segurança foi, a princípio, regulado pelo Código de Processo Civil (arts. 319 a 331), mas a Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951 adotou uma legislação especial, declarando expressamente: "*Revogam-se os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o assunto e mais disposições em contrário*".

A lei sobre mandado de segurança, portanto, constitui uma daquelas *Leis Especiais* expressamente *excluídas* do âmbito do Código de Processo Civil pelo dispositivo expresso do seu art. 1.º acima transcrito.

E se, por seu turno, a *Lei Especial* sobre mandado de segurança expressamente *revogou*, em vez de considerar supletivos, os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o assunto, com maior razão uma modificação *ulterior* do Código de Processo Civil, em suas disposições gerais, não poderia ter eficácia para reger também os casos especificamente regulados por uma lei especial e à qual *não faz referência*.

Argumenta-se com o fato de haver a súmula do E. Supremo Tribunal Federal mandado aplicar o art. 64 do Código de Processo Civil ao processo de executivo fiscal, mas, como observaram os Ministros ELOY DA ROCHA e OSWALDO TRIGUEIRO, "ai prevalece a regra inscrita no art. 76 do Decreto-lei n.º 960, de 17-11-38, que manda aplicar subsidiariamente aos processos por ele regulados, a legislação processual vigente. Ora, nas leis referentes ao mandado de segurança (1.533 e 4.348) não existe a mesma remissão de ordem geral, mas apenas a remissão parcial contida no art. 19 do primeiro desses diplomas" (Referências da Súmula do Supremo Tribunal Federal, 1971, pág. 198).

2. No caso em exame, entretanto, não há apenas *autonomia* entre uma lei especial e uma lei geral. Há verdadeira *incompatibilidade entre o citado artigo 64* do Código de Processo Civil e o *sistema* adotado pela lei sobre mandado de segurança.

Com efeito, nos termos do art. 322 do Código de Processo Civil, o juiz, ao despachar a petição inicial do mandado de segurança mandava não somente notificar o *coator*, mas também *citar o representante legal da pessoa de direito público interessada*.

Haveria, em tal caso, realmente um autor, que era o requerente da medida, e um *réu*, que era o representante da pessoa jurídica. Havia, portanto, *duas partes*, das quais uma terminaria vencedora ou vencida.

Esse sistema, entretanto, foi expressamente revogado e alterado pela Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, segundo a qual o juiz, ao despachar inicial, deve apenas notificar o coator, para que preste informações (art. 7.º, n.º 1).

Como é fácil observar, esse dispositivo eliminou a figura do réu.

"O mandado de segurança (observa CÂNDIDO DE OLIVEIRA NETO) é uma ação sem réu, já que não se pode considerar o informante como réu, apesar de ser um dado relevante no processo, tanto assim que serve de elemento caracterizador da competência. Não há assim, uma verdadeira legitimação passiva, no mandado de segurança, pois o termo se reporta à parte ré, nas ações".

"A lei não preestabeleceu conteúdo para as informações, mas, pelo processo que descreve, exclui, decididamente, que elas sejam, ao menos de longe, defesa ou contestação. O coator não é réu, e assim suas informações não são ato de defesa, não precisando ser subscritas por advogado. São meios de instrução do pedido, equiparáveis a quaisquer documentos. Não podem conter exceções processuais, isto é, as exceções do art. 182 do Código de Processo Civil, nem mesmo a exceção de suspeição. Podem ser não prestadas, porque a determinação de prestá-las não está sancionada senão como ônus, com o correlativo risco na má instrução do processo e na eventual sentença contrária ao ato da autoridade em causa".

"No processo de mandado de segurança, até à sentença definitiva, dada a inexistência de réu... só podem intervir litisconsortes e assistentes ativos, isto é, do lado do requerente, e ninguém mais... A Pessoa de Direito Público está decididamente proibida de intervir no processo até à sentença definitiva (no plano recursal a situação é inteiramente diferente)... A legislação complementar, como, por exemplo, a Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei n.º 1.341, de 30 de janeiro de 1951), ao determinar, no art. 37, n.º V, que compete aos Procuradores da União Federal — "oficiar mediante vista dos autos, em mandado de segurança requeridos contra a autoridade federal e autarquias criadas pela União e em todos os demais casos em que forem estas interessadas", demonstra, no emprêgo do verbo *oficiar*, que não há defesa da União. O Ministério Público Federal, no caso, é puro Ministério Público, e não representante da pessoa de Direito Público".

Somente na instância de recurso, é que a Lei n.º 1.533 cogita da existência das partes recorrentes, ou sejam o próprio autor sucumbente, ou os terceiros interessados, entre os quais a pessoa de Direito Público ou delegada.

Por isso, CÂNDIDO DE OLIVEIRA NETO conclui seu notável estudo sobre a matéria, escrevendo: "Apesar de estar em causa ato de autoridade, ilegalidade, abuso de poder praticados por autoridade, a lei admirável, que é a Lei Gilberto Valente, interpretando, maravilhosamente, a Constituição de 1946, que excluiu exigência contida na de 1934 e no Código de Processo Civil, construiu a ação de mandado de segurança como uma ação sem réu. Apesar disso, o coator, como órgão, como representante, portanto, do organismo, é obrigado, sob pena de desobediência, a dar execução do que lhe é mandado, o que significa, em última consequência, que o organismo, o Poder Público, também dá execução ao mandado" (Mandado de Segurança, in Dic. Enc. de Direito Brasileiro, vb. cit., ns. 6, 101, 275, 281, 310 e 362).

Essa singular situação em que foi estruturado o mandado de segurança em que, na sua primeira fase, até à sentença, a lei não cogita de réu nem de partes, impossibilita, evidentemente, a aplicação do art. 64 do Código de Processo Civil que ordena que a parte vencida seja condenada a pagar honorários à parte vencedora.

3. Nada de estranhável haverá nessa concepção do mandado de segurança como uma "ação sem réu", dado que o mesmo foi construído à semelhança e para substituir o habeas corpus, como é da história judiciária e está expresso no art. 153, § 21 da vigente Constituição Federal: "conceder-se-á mandado de

segurança para proteger direito líquido e certo *não amparado por habeas corpus*, seja qual for a autoridade *responsável* pela ilegalidade ou abuso de poder”.

Por isso, a dificuldade da questão não escapou à argúcia de CELSO AGRICOLA BARBI, quando escreveu, na sua conhecida monografia sobre mandado de segurança:

“A Lei 1.533 (disse êle) apenas manda notificar a autoridade coatora, para prestar informações, enviando-se-lhe, para êsse efeito, cópia da inicial e documentos. *Nenhuma referência faz à pessoa jurídica de direito público*. E, no art. 10, manda *ouvir* o representante do Ministério Público, dentro de cinco dias, depois de findo o prazo para informações.

“Essas *modificações* trazidas pela lei atual, *silenciando quanto à citação da pessoa jurídica de Direito Público*, criaram no intérprete o *difícil problema* de apurar se houve simples omissão, ou *modificação mais ou menos ampla na estrutura e na natureza íntima do processo*. A primeira *dúvida que nos assalta*, principalmente considerando a praxe que vem sendo adotada no fôro, é *se a lei terá transformado o mandado de segurança em processo inquisitório, sem partes*, no qual a autoridade pública, em vez de se defender, apenas informa” (CELSO AGRICOLA BARBI, “Do mandado de segurança”, pág. 107, n.º 152).

É verdade que o referido escritor rejeita a idéia duma “ação sem réu”. Mas começa a angustiada procura de determinar qual seja êsse “réu”, ou seja a *parte passiva* do mandado de segurança: será ela a autoridade coatora ou será a pessoa jurídica a cujos quadros pertença a autoridade coatora?

A questão adquire importância se se quiser *condenar* em honorários de advogado a tal “*parte*” vencida: será condenado o coator ou a pessoa jurídica de direito público?

A maioria dos juristas sustenta que é a *autoridade coatora* que responde pelo seu ato e não a pessoa jurídica, como parece resultar da simples leitura do art. 11 da Lei 1.533, segundo o qual, julgando procedente o pedido, o juiz comunica o inteiro teor da sentença exequenda “à *autoridade coatora*”, para a executar, e não à pessoa jurídica.

Esta é a lição do grande mestre PONTES DE MIRANDA: “Não há habeas corpus nem *mandado de segurança contra a União, o Estado-membro, o Distrito Federal ou o Município, ou contra entidade autárquica, ou associação ou sindicato com poder público delegado: há-os contra órgãos e executores*”. “O *mandado de segurança é impetrado contra o órgão e não contra a pessoa jurídica*” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 5, págs. 156-157).

Impossível ser mais claro.

THEMISTOCLES CAVALCANTI também não poderia ser mais expresso: “O mandado de segurança é requerido *contra ato de autoridade e é ela que responde pelo ato e sua legalidade*. O Estado não é defendido por seu representante e, portanto, não é a pessoa de direito público parte no processo. Há quem entenda que o representante do Ministério Público que funciona no feito opina de direito e não é obrigado a defender a autoridade. É o que diz, entre outros, o saudoso GUILHERME ESTELLITA. A *Fazenda não é sequer citada para a ação*. Não há, pois, como condená-la em honorários, como parte vencida no processo, o que aliás não foi pedido na inicial” (voto no acórdão unânime da 2.ª Turma do E. Supremo Tribunal Federal, de 11 de abril de 1969, in Referência da Súmula do Supremo Tribunal Federal, 1971, pág. 207).

SEBASTIÃO DE SOUZA (*Dos processos especiais*, pág. 48), LOPES DA COSTA (*Manual Elementar do Direito Processual Civil*, ed. 1956, pág. 319), ARY FLORENCIO GUIMARÃES (*O Ministério Público no mandado de segurança*, pág. 167) e HAMILTON DE MORAES E BARROS (*As liminares do mandado de segurança*, página 69), também sustentam que “*parte passiva no mandado de segurança é a autoridade coatora*”, sendo a pessoa jurídica de direito público mera litiscosorte (vide CELSO AGRICOLA BARBI, *Mandado de Segurança*, ed. 1966, pág. 108, n.º 153).

ALFREDO BUZAIID proclama: "Sujeito passivo do mandado de segurança é toda autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder. A palavra — *autoridade* — está empregada na Constituição (art. 141, § 24) e na Lei n.º 1.533 (art. 1.º) para significar não só os órgãos do poder executivo, como também os do poder legislativo e judiciário" (*Do mandado de segurança*, in *Revista de Dir. Administrativo*, vol. 44, pág. 35, n.º 6, e *Revista Forense*, vol. 164, pág. 13).

HAMILTON DE MORAES E BARROS proclama: "não sendo o mandado de segurança uma ação contra a pessoa jurídica de Direito Público, mas *contra o coator*, não se compreende que contra aquela possa ocorrer a execução" (obra citada, pág. 69).

4 — O mais espantoso, entretanto, em toda essa controvérsia, é que se tenha querido trazer a opinião de THEMISTOCLES CAVALCANTI e de LOPES DA COSTA como sendo favoráveis ao ponto de vista de que o mandado de segurança se instaure contra a pessoa jurídica, como ré.

Há um memorial que cita, para esse efeito, um trecho isolado de THEMISTOCLES CAVALCANTI, na obra *Do mandado de segurança*, pág. 260, sem esclarecer o fato de que, na mesma página em que se encontra a referida citação, se mostra que o autor teve em vista apenas referir-se à necessidade da intervenção do Ministério Público para simples *assistência jurídica* da pessoa ou autoridade coatora.

E, nessa mesma obra sobre "mandado de segurança", poucas páginas adiante do trecho acima mencionado, o mesmo THEMISTOCLES CAVALCANTI, "a propósito da Lei 1.533, afirma que o ente público não é *litisconsorte do funcionário coator*, e sim que exerce *modalidade assistencial* diversa da do Código, mas sem explicar qual seja" (segundo observa CELSO AGRICOLA BARBI, na obra citada, pág. 108, nota 230).

Qual seja a exata opinião de THEMISTOCLES CAVALCANTI vimos mais acima: o Estado, diz êle, não é defendido por seu representante e portanto "*não é a pessoa de direito público parte no processo*".

5 — Também a opinião de LOPES DA COSTA, externada na sua obra *Manual Elementar de Direito Processual Civil*, ed. 1956, pág. 230, é exatamente oposta à que lhe foi atribuída no citado memorial e em outros trabalhos jurídicos.

Eis o que escreveu o referido autor: "O Código de Processo Civil, em seu primitivo texto, *hoje substituído pela lei referida* (Lei 1.533), mandava *citar* a pessoa jurídica de direito público e pedir informações à autoridade coatora. *Ré era assim a pessoa jurídica*. Como seu agente o funcionário citado. Sobre ela haveriam de recair as conseqüências patrimoniais da decisão. *Pela nova lei ré é a autoridade coatora...* Não se manda *ouvir* a pessoa jurídica de direito público" (LOPES DA COSTA, obra citada, pág. 230; vide também a citação feita por CELSO AGRICOLA BARBI, obra citada, pág. 108).

Sòmente um equívoco há em tais palavras: o coator não é réu, pois não é citado; mas é simples *informante*.

A mesma opinião é manifestada por LOPES DA COSTA, em sua obra *Direito Processual Brasileiro*, vol. IV, ed. 1959, pág. 429: "O Código de Processo Civil... no art. 322 mandou notificar o coator, a fim de prestar informações" e "*citar* o representante da pessoa jurídica"... A Lei n.º 1.533 *afastou a pessoa jurídica*, mandando apenas "*notificar o coator*".

É verdade que, após escrever estas últimas palavras, LOPES DA COSTA acrescenta que, a seu ver, "certo estava o Código de Processo". Mas esse ponto de vista individual que êle emite criticando o novo sistema adotado pela Lei n.º 1.533 é por êle reconhecido como *contrário ao texto da Lei 1.533*.

Não parece razoável por isso que, no citado memorial, se faça uma citação *incompleta* da exposição de LOPES DA COSTA, reproduzindo apenas a sua parte final, em que êle expõe o seu ponto de vista individual sobre a questão e se

omita a parte precedente em que o referido autor reconhece *expressamente* que sua opinião individual *não foi acolhida* pelo sistema legal instituído pela Lei 1.533.

6 — O mesmo se diga de CASTRO NUNES cuja opinião tem sido também citada no mesmo sentido da de LOPES DA COSTA, sem que se esclareça que também o referido autor confessa estar ela em desacôrdo com o sistema consagrado pela Lei 1.533.

Depois de observar que a nova lei deixou de mandar citar o representante da pessoa jurídica, como o fazia anteriormente o Código de Processo Civil, acrescenta êle: "A alteração agora feita (pela Lei 1.533) *perdeu de vista* que a pessoa de direito público interessada na defesa do ato do seu agente (coator) é ela e não este, a parte passiva na ação... O funcionário apenas informa... Citada *teria de ser, portanto, a Fazenda Pública...*" (Do mandado de segurança, ed. 1954, pág. 322).

CASTRO NUNES, portanto, sustenta um ponto de vista que êle próprio reconhece ser *contrário* ao texto da Lei 1.533, que, a seu ver, deveria vir a ser modificada.

7 — Como observou OTHON SIDOU: "No regime jurídico do Código de Processo Civil, é exato, a pessoa jurídica de direito público *era* parte passiva do mandado de segurança, pois o seu chamamento a juízo se operava sob imperativo da lei, a que não podia fugir o juiz ao despachar a petição inicial (art. 322, n.º II), e como resquício da regra que predominava quando da adoção do *remedium juris* pela Carta de 1934, a qual dispunha ser sempre obrigatória a audiência da pessoa jurídica interessada na ação. *Hoje, todavia, adotou o legislador sistema diverso, que poderá ser acioimado de injusto ou inconveniente, mas que não recomenda nem ordena aquela citação ou chamamento*" (OTHON SIDOU, *Mandado de segurança*, ed. 1969, pág. 188).

Com efeito, se a Lei 1.533, de acôrdo com a Constituição Federal, sòmente autoriza mandado de segurança contra a *autoridade coatora*, que tenha praticado abuso de poder, e se sòmente o *coator* é notificado para informações (art. 7.º, I) e é informado da sentença (art. 11 da mesma lei), e se o cumprimento da sentença concessiva do mandado de segurança, como anota SIDOU, processa-se "exclusivamente entre o juiz e a parte requerida, quer dizer a autoridade coatora, sem qualquer comunicação ou representação — judiciais ou não — da entidade de direito público" (obra citada, pág. 188), como pretender que a *parte passiva* do mandado de segurança seja uma entidade de direito público e não a *autoridade coatora*?

Tal afirmativa *violaria diretamente o texto da lei*.

8 — Para fugirem da dificuldade tirada do próprio texto legal, CELSO AGRICOLA BARBI e SEABRA FAGUNDES adotaram um ponto de vista bastante singular. Sustentam êles que o *coator* é citado a juízo "como *representante* da pessoa jurídica de direito público" (CELSO AGRICOLA BARBI, *Do mandado de segurança*, pág. 110; SEABRA FAGUNDES, *O Contrôlo dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 4.ª ed., pág. 306).

Recordemos, antes de mais nada, de que no início do seu estudo sôbre mandado de segurança, CELSO AGRICOLA BARBI hesitara em aceitar a doutrina de que o mesmo, à semelhança do *habeas corpus*, era uma ação *sem partes*, a saber, uma ação mandamental que, como ensinou PRIETO CASTRO "se encaminha a obter um mandado dirigido a outro órgão do Estado por meio da sentença judicial" (*Derecho Procesal Civil*, pág. 115; PONTES DE MIRANDA, *Com. ao Cód. de Processo Civil*, III, I, pág. 180 e vol. V, pág. 670 e s.; CANDIDO DE OLIVEIRA NETO, n.º 295; CELSO AGRICOLA BARBI, pág. 107, n.º 152).

Depois de ter em mãos a *expressão cristalina da verdade jurídica*, eis que CELSO AGRICOLA BARBI vem-nos com esta extravagância: a de que o *coator* é "citado" como "*representante da pessoa jurídica de direito público*".

Sòmente se podem atribuir tais palavras a uma inadvertência ou um co-chilo homérico.

Certamente o funcionário, no exercício de suas funções, "representa" o Estado. Mas a representação do Estado *perante o Poder Judiciário* é reservada ùnicamente aos seus advogados ou procuradores, nos t ermos expressos do art. 87 do C odigo de Processo Civil:

"Art. 87. A União será representada em juízo por seus procuradores, os Estados, por seus advogados ou procuradores; os Municípios por seus Prefeitos ou procuradores; o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores."

Ademais, quem determinava a cita o da pessoa jurídica era precisamente o C odigo de Processo Civil, art. 322, II, que foi nessa parte *expressamente revogado* pela Lei n.  1.533, que *excluiu a cita o da pessoa jurídica*, deixando subsistir apenas o pedido de informa es   *autoridade coatora*. Se o legislador tivesse querido *citar a pessoa jurídica*, nada mais teria a fazer do que *conservar o dispositivo do art. 322 do C odigo de Processo*. E, se quisesse fazer a extravagância de conceder a "representa o judicial" da pessoa jurídica ao mero funcionário coator, tê-lo-ia feito expressamente, atendendo embora *contra os mais comeseinhos princípios jurídicos sôbre a representa o judicial da pessoa jurídica*.

9 — Alega-se, ainda, que, nos t ermos do art. 10 da Lei 1.533, o juiz, antes de proferir a sentença, deve *ouvir o Ministério Público*.

Não se queira confundir, entretanto, a nobre figura do Ministério Público, que fala imparcialmente *em nome da lei e do direito*, face a face ao Poder Executivo, com um simples representante de pessoa jurídica.

Tal afirmativa deve ser vivamente repelida, como mostram SEABRA FAGUNDES (*A nova lei do mandado de segurança*, *Rev. Forense*, vol. 144, pág. 38), JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Institui es de Direito Processual*, vol. II, pág. 225), ARY FLORENCIO GUIMARÃES (*O Ministério Público e o mandado de segurança*, págs. 182 e s.) e OTHON SIDOU (*Mandado de segurança*, ed. 1960, pág. 174), segundo os quais o Ministério Público apenas oficia, isto  , age como fiscal.

"A presença do Ministério Público imposta pelo art. 10 da vigente lei (escreve excelentemente OTHON SIDOU) não envolve representa o. Reveste-se de mera fiscaliza o, do mesmo modo como   obrigatória a sua interven ncia em certas a es, como a de desquite, de usucapião, do processo de registro Torrens, em tôdas vinculadas de qualquer sorte a interesses de incapazes, causas, como está visto, em que cumpre resguardar primordialmente o interesse público e o da sociedade... Quando oficia em mandado de segurança — orienta a jurisprudência, o Ministério Público não defende o interesse do coator nem do impetrante, e sim os altos ditames da Justiça. Ao coator   que compete fazer a defesa da legalidade do seu ato, se não entender reform -lo. Pode ocorrer, e amiúde ocorre, que, junto   sua condi o de fiscal, o Ministério Público exerce a de representante judicial da pessoa de direito público interessada na manuten o do ato impugnado. Mas isso não lhe tira a condi o de fiscal nem lhe d  a s  qualidade de representante" (OTHON SIDOU, *Do mandado de segurança*, 3.  ed., 1969, pág. 375).

10 — Invoca-se o fato de haver o art. 164 do nosso C odigo de Organiza o e Divisão Judiciárias haver ordenado se abrisse *vista* dos autos do mandado de segurança, antes da sentença,   Procuradoria-Geral do Estado.

Tal fato, entretanto, em primeiro lugar, não pode ter a virtude de mudar a *estrutura* do mandado de segurança, que   regulado por *lei federal* e s mente prevê, obrigat riamente, a interven o do *Ministério Público*.

Em segundo lugar, essa audiência da Procuradoria-Geral do Estado poderá ter resultado da opinião por muitos sustentada de que a mesma faz parte do

Ministério Público local, o que chegou a ser consignado na Constituição Estadual, art. 51.

Em terceiro lugar, a simples *audiência* do parecer da Procuradoria-Geral do Estado não significa que tenha havido *citação*, ou *notificação* da pessoa de direito público, que ela possa defender, mas simples *intervenção* de quem é parte *assistente* do processo e pode vir a intervir como *litisconsorte*, em grau de recurso.

11 — A Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964, também em nada modificou a técnica da Lei 1.533: a notificação da concessão da liminar continua a ser feita pelo juiz somente em relação à *autoridade coatora*, nos termos do art. 7.º, II, da Lei 1.533, comb. com art. 3.º da Lei 4.348. O *coator* é que, *particularmente*, enviará cópia do mandado notificatório ao representante judicial do Estado, para que o mesmo providencie o pedido da suspensão da liminar, como está escrito no citado art. 3.º, da Lei 4.348, e já constava implicitamente do art. 13, da Lei 1.533. A pessoa jurídica de direito público não é parte passiva na notificação liminar e, se quiser intervir no feito, será como simples assistente equiparado ao *litisconsorte* do coator.

12 — “O problema de identificar-se o sujeito passivo da lide, que já não é simples, quando se trata de mandados requeridos contra autoridades administrativas (escreve BUENO VIDIGAL), é mais complicado quando o coator é uma autoridade judiciária” (*Mandado de Segurança*, pág. 103).

A lei permite pedido de segurança contra Presidente, Vice-Presidente, Corregedor dos Tribunais, Conselho da Magistratura, Assembléia Legislativa e Tribunais de Contas, e contra decisões judiciais de toda a espécie, proferidas não somente em reclamações, mas sempre que não haja recurso previsto nas leis processuais (art. 5.º, II, da Lei 1.533) e até mesmo como meio rescisório de sentença passada em julgado.

Concedido o mandado em tais casos, qual será a parte *vencida* a ser condenada a pagar honorários? Certamente não será o Estado, que não tem interesse no litígio nem intervém na demanda.

Também não poderá ser a parte coatora, que não foi citada para a causa e se limitou a prestar informações, como no caso do *habeas corpus*.

Em muitos outros casos, ainda, o problema de encontrar o sujeito passivo da lide torna-se particularmente complexo.

Tal ocorre, diz ainda BUENO VIDIGAL, sempre que a análise do processo revela tratar-se de processo *sem lide*.

Percorrendo alguns julgados, BUENO VIDIGAL aponta alguns desses casos.

Assim, por exemplo:

- a) correção de desigualdade de tratamento entre administrados: o Estado não tem interesse em estabelecer desigualdade entre administrados; logo o Estado não é o sujeito passivo da lide;
- b) licenciamento de produtos: parece haver, como no caso de autorização de exercício de comércio e indústria, processo sem lide;
- c) ordem para realização de leilão: processo sem lide;
- d) proteção de uso de patente de invenção: processo sem lide;
- e) proteção de prática religiosa: processo sem lide.

13 — Por último, deve-se ter em vista que, como ensinou PONTES DE MIRANDA, “a ação de mandado de segurança é tipicamente ação *mandamental*, como o é no direito constitucional e no direito processual penal, a ação de *habeas corpus*” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.ª ed., 1959, pág. 159); e o mesmo ponto de vista é adotado por CÂNDIDO DE OLIVEIRA NETO (pág. 306), LOPES DA COSTA (*Dir. Proc. Civ.*, ed. 1959, vol. 4, pág. 431), e ARNOLD WALD (*Do mandado de segurança na prática judiciária*, pág. 107, nota 16).

Como no caso de *habeas corpus*, a autoridade coatora não é citada, mas apenas lhe são pedidas informações. Não pode ser considerada portanto parte vencida, para ser condenada a pagar honorários.

Quando, porém, no mandado de segurança houvesse parte vencida, só poderia ser a autoridade coatora, porquanto somente a ela são pedidas informações (art. 7.º, I, da Lei 1.533) e a ela é comunicada a sentença para ser executada (art. 11, da Lei 1.533).

Mesmo os autores que entendem que, em sua opinião, a parte passiva do mandado de segurança deveria ser a pessoa jurídica de direito público, todos reconhecem, como vimos, que não foi esta a orientação adotada pela Lei 1.533.

Considerar, portanto, o Estado, parte passiva vencida, para condená-lo a pagar honorários é uma decisão ilegal.

E qual a pessoa jurídica de direito público a ser considerada "parte vencida", já que varia em cada processo, para o qual nunca é citada?

Declarar, portanto, o Estado parte passiva do mandado de segurança, obrigará a considerá-lo parte em todos os processos, com alteração do texto expresso do art. 7.º, I, da Lei 1.533 e alteração do rito processual tradicional dos feitos neste Tribunal e em primeira instância, mesmo quando o feito fôr sem lide ou impetrado contra a autoridade judiciária.

Haverá violação frontal à lei e tumulto em todos os processos.

14 — O E. Supremo Tribunal Federal já consolidou seu entendimento na Súmula 512, que reza: "Não cabe condenação em honorários de advogado em ação de mandado de segurança".

Já ensinava SAVIGNY que, "quando os juizes de instância inferior se conformam com a jurisprudência duma magistratura mais elevada, não cedem apenas à autoridade, mas seguem o espírito do legislador, cuja sabedoria estabeleceu os diversos graus de jurisdição", permitindo aos magistrados superiores que, além de sua autoridade moral, possam fazer triunfar suas doutrinas, reformando as sentenças dos juizes hierarquicamente inferiores" (*Derecho Romano Actual*, trad. Mesia y Poley, vol. 1, pág. 117, § XX).

A súmula foi feita para tranqüilidade dos cidadãos, para a uniformização do direito e vincula, de certa forma, o próprio Supremo Tribunal Federal que é o órgão de cúpula estabelecido pela Constituição como sendo o supremo intérprete das leis e fixador da jurisprudência dos tribunais (art. 119, III, letra d, da Constituição Federal).

A atual Constituição Federal conferiu ao *Regimento Interno* do E. Supremo Tribunal Federal um verdadeiro poder legislativo, quando lhe atribuiu a faculdade de "estabelecer o processo e o julgamento dos feitos da competência" do E. Supremo Tribunal Federal (art. 120, parágrafo único da Constituição).

E o Regimento Interno do E. Supremo Tribunal Federal, com essa força quase legislativa, determinou não só a organização da "súmula", como também que a mesma vincule as decisões do Tribunal e somente possa ser alterada pela maioria absoluta de seus membros (art. 99 do novo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Parece-nos, portanto, um ato de suma gravidade, que os Tribunais de Justiça dos Estados desobedeçam frontalmente, não apenas à jurisprudência, mas à Súmula do E. Supremo Tribunal Federal, sem que, pelo menos se proceda a longos debates, com porfiado exame das questões e não pela surpresa duma deliberação apressada e repentina.

15 — Não se trata, porém, no caso, apenas de desobedecer a uma súmula, mas de contrariar a jurisprudência que, de há muito, já se havia consolidado no Tribunal Pleno e nas Câmaras Isoladas deste Tribunal.

Com efeito, se consultarmos os repositórios de julgados de nosso Tribunal sobre mandado de segurança, verificaremos facilmente:

1.º) A E. 6.ª Câmara Cível de há muito estabeleceu firme jurisprudência de que “não cabe condenação em honorários de advogado em mandado de segurança”, “dado o caráter especial do remédio”, como proclamou o acórdão unânime de 26 de agosto de 1969, publicado e comentado pela *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, vol. 22, pág. 183, acórdão subscrito pelo Des. ALOYSIO MARIA TEIXEIRA, presidente, D. MARTINS DE OLIVEIRA, relator, e JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ.

Ainda a mesma tese foi reiterada por acórdão unânime da mesma Câmara, de 20 de abril de 1970, publicado no último número do Boletim da Biblioteca do nosso Tribunal, tendo como relator o Des. MORAES E BARROS, presidente o Des. ALOYSIO MARIA TEIXEIRA e vogal o Des. AUGUSTO MOURA.

Em acórdão publicado na Rev. deste Tribunal, vol. 17, pág. 252, vê-se que a mesma Câmara, em outra composição, mantinha a mesma jurisprudência, em acórdão de 1 de abril de 1966, tendo como relator o Des. VALPORÊ DE CASTRO CAIADO, presidente o Des. D. MARTINS DE OLIVEIRA e vogal o Des. JÚLIO ALBERTO ALVARES.

2.º) A E. 4.ª Câmara Cível enfrentou também diretamente o mesmo problema e proclamou diretamente a tese de não caberem honorários de advogado em mandado de segurança, em acórdão unânime de 28 de dezembro de 1967, tendo como relator o Des. ALCINO PINTO FALCÃO, presidente o Des. OSCAR TENÓRIO e vogal o Des. SALVADOR PINTO FILHO (*Rev. do Trib. de Justiça*, vol. 20, pág. 166).

Mais tarde, a mesma 4.ª Câmara reiterou expressamente essa jurisprudência, em acórdão de 28 de novembro de 1968, subscrito por SALVADOR PINTO FILHO e HENRIQUE HORTA DE ANDRADE (*Rev. cit.*, vol. 22, pág. 229) e em acórdão de 4 de julho de 1966, com os votos dos Des. ALCINO PINTO FALCÃO e HENRIQUE HORTA DE ANDRADE (*Rev. citada*, vol. 16, pág. 133).

3.º) Em relação às outras Câmaras, não se encontra ementário especial sobre essa tese que, entretanto, em regra, como vamos ver a seguir, nem sequer tem sido objeto de cogitação por elas ao decidir o mandado de segurança.

4.º) Desde que surgiu a Lei 4.632, de 16 de maio de 1965, até à surpreendente decisão de maio último do E. Tribunal Pleno, proferida em *Embargos de Declaração*, jamais vi o E. Tribunal Pleno, por nenhum de seus desembargadores, cogitar de condenação em honorários em mandado de segurança, em nenhum de seus acórdãos, cada um dos quais relatado por um membro diferente deste Tribunal, inclusive o relatado pelo Des. GRACCHO AURÉLIO, que foi objeto dos citados embargos de declaração de maio último.

5.º) Percorrendo a nossa *Revista de Jurisprudência*, vejo que, como o Tribunal Pleno, também as demais Câmaras, em regra (com poucas exceções) não têm cogitado do assunto.

Veja-se, além das Câmaras acima mencionadas, a 1.ª Câmara Cível, no vol. 14, pág. 117, ac. de 13-4-66, Des. ELMANO CRUZ, SOARES DE PINHO e EDUARDO JARA. *Idem*, vol. 15, pág. 198, ac. de 22-12-65, Des. ELMANO CRUZ, JOÃO JOSÉ DE QUEIROZ e DARCY ROQUETTE VAZ.

2.ª Câmara Cível, vol. 19, pág. 129, ac. de 13-12-66, Des. RIBEIRO PONTES, IVAN LOPES RIBEIRO e DÉCIO PIO BORGES DE CASTRO. *Idem*, vol. 19, pág. 130, ac. de 27-6-67, Des. IVAN LOPES RIBEIRO, MANOEL ANTONIO DE CASTRO CERQUEIRA e DÉCIO PIO BORGES DE CASTRO.

3.ª Câmara Cível, no vol. 23, pág. 181, ac. de 7-4-69, Des. LOURIVAL GONÇALVES DE OLIVEIRA, SEBASTIÃO PEREZ LIMA e MAURICIO EDUARDO RABELLO. *Idem*, vol. 21, pág. 96, ac. de 24-6-68, Des. PEREZ LIMA, COSTA E SILVA e LOURIVAL GONÇALVES DE OLIVEIRA.

5.ª Câmara Cível, no vol. 17, pág. 257, ac. de 7-6-66, Des. COELHO BRANCO, PAULO ALONSO e MOACYR REBELLO HORTA. *Idem*, vol. 21, pág. 85, ac. de 8-4-69, Des. COELHO BRANCO, MOACYR REBELLO HORTA e PAULO ALONSO.

7.^a Câmara Cível, no vol. 15, pág. 196, ac. de 14-12-65, Des. OLIVEIRA E SILVA, CASTRO CAIADO e MARCELO SANTIAGO COSTA. Idem, vol. 13, pág. 162, ac. de 28-7-65, rel. Des. MARCELO SANTIAGO COSTA. Idem, vol. 13, pág. 164, ac. de 28-9-65, Des. ALOYSIO MARIA TEIXEIRA, OLAVO TOSTES FILHO e MARCELO SANTIAGO COSTA.

8.^a Câmara Cível, vol. 15, pág. 197, ac. de 14-12-65, Des. BULHÕES CARVALHO, MARINS PEIXOTO e IVAN ARAÚJO.

Na minha 8.^a Câmara, aliás, até maio último jamais tive ocasião de ter de apreciar a possibilidade de honorários em mandado de segurança e proferir decisão a êsse respeito.

Já ensinava a sabedoria romana que "de maneira nenhuma devem alterar-se as coisas que sempre tiveram interpretação certa"; "minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt" (Paulo, no Dig., 1, 3, de leg., fr. 23).

É difícil conceber-se que todos ou quase todos os desembargadores dêste Tribunal, *durante seis anos*, desde a promulgação da Lei 4.632, de 16 de maio de 1965, houvessem dado à mesma uma *interpretação errada* e que *errada* também esteja a Súmula 512 da nossa mais alta Côrte de Justiça.

A "trouville" bastante singular que ora se pretende fazer no sentido de aplicar o art. 64 do Código de Processo Civil ao mandado de segurança, pretende subverter uma jurisprudência praticamente tranqüila do Tribunal precisamente no momento em que o E. Supremo Tribunal Federal pacificara a controvérsia por uma torrencial jurisprudência consolidada na Súmula 512.

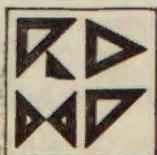
A Súmula do E. Supremo Tribunal Federal, como o prejulgado dos Tribunais Estaduais constituem um farol para a uniforme decisão das questões e afastamento de dúvidas entre os jurisdicionados sôbre a certeza do seu direito e constância da sua jurisprudência.

Hesitemos, agora, antes de firmar uma orientação nova que obrigue os interessados a imensas despesas, quando com elas possam arcar, para fazer triunfar o seu verdadeiro direito, mediante recursos extraordinários que, em massa, terão de ser deferidos, de acôrdo com a Súmula 512, pelo E. Supremo Tribunal Federal. (*)

Rio, 30 de julho de 1971.

FRANCISCO PEREIRA DE BULHÕES CARVALHO
Desembargador do Tribunal de Justiça
do Estado da Guanabara

(*) Não cabe condenação em honorários de advogado em mandado de segurança segundo atual jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara.



BIBLIOGRAFIA

WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JR.: *Substituição Processual*, São Paulo, Editôra Revista dos Tribunais Ltda., 1971, 172 páginas.

"Substituição processual", denominação recente, criada pela escola italiana, é o tema desse magnífico ensaio do Professor de Direito Processual Civil, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, que anteriormente publicou o primeiro volume. "Teoria Geral do Processo Civil" (1968), de um *Curso de Direito Processual Civil*. Depois de tecer considerações sobre noções jurídicas gerais, indispensáveis a enfrentar o tema do ensaio que estamos noticiando, o ilustre professor paulista faz uma penetrante análise da relação processual, sem deixar de se referir aos sujeitos dessa relação. Trata, ainda, dentro das questões preliminares, das condições da ação e dos pressupostos processuais, do litisconsórcio e da intervenção de terceiros, para então enfrentar a da substituição processual, que é focalizada não só à luz da doutrina estrangeira (CHIOVENDA, CARNELUTTI, DELLA ROCCA, ZANZUCHI, G. A. MICHELI, SCHÖNKE, KISCH, F. LENT, ROSENBERG, PRIETO-CASTRO, E. PALLARES, LIEBMAN e GARBAGNATI), como, também, da brasileira, da qual o Autor se afasta, situando-a no campo da legitimação extraordinária. Segundo o ilustre Professor paulista, a legitimação processual, que depende, como diz o Autor, de autorização legal, ocorre quando "alguém litiga em nome próprio defendendo, porém, direito alheio", isto em face do conceito formal de partes, que domina no direito processual moderno, que não coincide com os sujeitos da relação de direito material. A clareza do texto e a forma de colocação do problema tornam a obra que noticiamos leitura obrigatória pelos interessados nos problemas jurídicos.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

FERNANDO JUNGSMANN: *O direito da agro-indústria açucareira*, Editôra Revista dos Tribunais, São Paulo, 1971, 479 páginas.

Obra interessante sobre a política jurídica no setor da produção de cana e da produção do açúcar, que examina a legislação açucareira desde o período colonial até nossos dias. Além dessa parte histórica, em que examina a progressiva intervenção do Estado nesse setor econômico, o Autor analisa as várias situações jurídicas das partes da relação jurídica oriunda do plantio da cana e da produção do açúcar (usineiros, fornecedores e plantadores de cana), na qual está sempre presente o Estado, através do Instituto do Açúcar e do Alcool. Obra teórica e prática, porque se, na primeira parte, estuda os problemas jurídicos oriundos do Estatuto da Lavoura Canavieira, na segunda apresenta formulários e a legislação. Talvez ninguém, melhor do que o Autor, Procurador do Instituto do Açúcar e do Alcool, pudesse tratar desse palpitante assunto, tão importante para a economia nacional.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

GERALDO ATALIBA: *Lei Complementar na Constituição*, São Paulo, Editôra Revista dos Tribunais Ltda., 1971, 94 páginas.

A questão das "leis complementares", na hierarquia das leis, colocadas acima das ordinárias, que, sem serem propriamente constitucionais, integram a Consti-

tução, estabelecendo modelos para a legislação ordinária, apesar de não ser nova, entre nós, a partir de 1967, ganhou autonomia e importância. O Autor, filho do ilustre jurista ATALIBA NOGUEIRA, seguindo o exemplo do pai, nos dá, nessas noventa e quatro páginas, uma idéia precisa da natureza e do regime da lei complementar no sistema constitucional brasileiro, com referência especial não só aos problemas que dela podem decorrer, como também às leis complementares do sistema vigente.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

ORLANDO GOMES: *Alienação Fiduciária em Garantia*, Editôra Revista dos Tribunais Ltda., 1971, 178 páginas.

Nesta revista já noticiamos o aparecimento desse trabalho do ilustre civilista ORLANDO GOMES, que trata de uma figura jurídica recente, cuja aparição em nosso sistema jurídico data de 1965. Forma jurídica de garantia que facilitou o crédito para o desenvolvimento do país. O autor trata, nessa monografia que noticiamos, das "operações financeiras" (crédito direto ao consumidor, refinanciamento, financiamento direto, financiamento com interveniência, contrato de abertura de crédito, letras de câmbio); do "crédito de aceitação"; das "figuras afins" (negócio fiduciário e simulado, negócio indireto, venda com reserva de domínio, retrovenda) e dos elementos, conteúdo e natureza da alienação fiduciária, bem como do inadimplemento, mora, execução do crédito; da venda extrajudicial; dos meios judiciais de execução do crédito; da falência do fiduciário e do fiduciante e de seus efeitos; da aplicação, no que couber, de regras do penhor; da cessão do contrato; da invalidade da alienação fiduciária; da possibilidade de responsabilidade criminal do fiduciante e da possibilidade e da generalização da alienação fiduciária. Como vemos, a obra, apesar de suas 178 páginas, esgota o assunto.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

MOZART VICTOR RUSSOMANO: *Temas Atuais do Direito do Trabalho*, Editôra Revista dos Tribunais, 1971, 151 páginas.

O autor, Ministro do Tribunal Superior do Trabalho e professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, trata, nessa monografia, de temas palpitantes do Direito do Trabalho, tais como: o Direito do Trabalho em face da integração econômica regional; trabalhadores migrantes; democratização da empresa; estabilidade e fundo de garantia; representação sindical; trabalho rural; trabalho esportivo; influência do desenvolvimento industrial norte-americano no Direito do Trabalho brasileiro, natureza jurídica do sindicato, para só citar os mais importantes, focalizados com clareza e espírito de síntese. Obra importante para os estudiosos desse direito.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

R. LIMONGI FRANÇA: *Princípios Gerais do Direito*, Editôra Revista dos Tribunais Ltda., 1971, 260 páginas.

R. LIMONGI FRANÇA, professor da Universidade de São Paulo, autor de vários trabalhos importantes no campo do Direito Civil, trata aqui de um tema que, apesar de situado, por questões históricas, no preâmbulo do direito civil, pertence mais à Teoria Geral do Direito. Trata-se de uma das questões mais controvertidas dessa teoria, pois através dela pretende-se introduzir no direito positivo as mais diversas teorias jurídicas. O autor trata delas todas, bem como do fundamento, natureza, especificação e técnica de aplicação desses princípios. O objeto dessa obra que noticiamos, é rico em possibilidades normativas. Em nos-

nos livros *Filosofia do Direito* e *Manual de Direito Civil* procuramos mostrar que existem duas espécies de princípios gerais: os norteadores do direito interno, que podem ser lacunosos, e os do Direito, que só podem ser encontrados, através de uma atividade criadora do intérprete, servindo-se do direito comparado, da equidade e da natureza das coisas.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

FERNANDO PINTO: *Jurisprudência, fonte formal do direito brasileiro*, Rio de Janeiro, 1971, 127 páginas.

Com a tese que estamos anunciando, o ilustre Juiz da Guanabara, FERNANDO PINTO, trata de um dos temas centrais da moderna teoria do direito. Desde a posição assumida pelos realistas norte-americanos — tendo por ponto de partida HOLMES — de que o direito é uma profecia sobre como decidirão os tribunais, até a posição mais moderna, de ROSS (que, confundindo validade com eficácia, vê na efetiva aplicação do direito pelos tribunais a validade do direito), a moderna teoria do direito já não nega a importância da “jurisprudência” na evolução e criação do direito. Como dissemos em nossa *Introdução à Ciência do Direito*, no mundo moderno, os tribunais estão sempre à frente dos legisladores, bastando lembrar o exemplo dos tribunais franceses no caso do abuso do direito, da responsabilidade por riscos criados ou da teoria da imprevisão. Por isso, ninguém melhor do que um juiz, que vive o drama da aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto, para escrever sobre o valor da atividade do tribunal na dinâmica jurídica.

O autor, nessa questão controvertida, filia-se à posição adotada por GÉNY, pois admite a jurisprudência produtora de direito no caso de lacuna, apesar de acolher, de forma moderada, conclusões da “jurisprudência de interesses”, de P. HECK, e do “direito livre”, de EHRlich e KANTOROWICZ. Trabalho bem fundamentado, em que prima a clareza, conclusivo, sobre um dos temas mais atuais da Teoria Geral do Direito.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

JACOB DOLINGER: *Repercussão do Fundo Monetário Internacional no Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, 1971, 258 páginas.

O autor coloca-se em uma posição, poderíamos dizer, integrativa, ao estudar o direito monetário, preocupando-se em demonstrar que as questões monetárias não podem ser tratadas juridicamente sem uma tomada de posição econômica. Da ordem econômica dependeria a solução jurídica das questões monetárias. O econômico precede ao jurídico, ambos guiados nesse terreno exclusivamente pelo interesse nacional. Porém, na época moderna, tal interesse integra-se com o de outras nações, no propósito comum de promover a prosperidade de todos os povos, originando uma “idade de interdependência econômica e política”, que tornam internacionais muitas questões de direito monetário. Tal situação oriunda depois da II Guerra, criou o *Direito Monetário Internacional*, talvez situado, na pirâmide jurídica kelseniana, ou melhor, de VERDROSS, acima, em certas questões ligadas ao comércio internacional, do “direito monetário nacional”. A recente crise do dólar pode conduzir a reflexões sobre política monetária nacional com reflexos internacionais em um mundo em que as nações, apesar de suas diversidades, estão, cada vez mais, interdependentes. O livro de JACOB DOLINGER focaliza questões palpitantes de direito monetário, com especial atenção para o Fundo Monetário Internacional, com clareza e espírito de síntese.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

R. LIMONGI FRANÇA: *Manual de Direito Civil*, Editôra Revista dos Tribunais Ltda., 1971, Volume 3.º, 357 páginas.

Obra didática, em que o Autor, professor de Direito Civil da Universidade de São Paulo e do Curso de Preparação à Magistratura e ao Ministério Público, com clareza e espírito de síntese, trata, nesse terceiro volume, dos direitos reais. Traça a noção, a evolução histórica e a classificação desses direitos. Posse e propriedade recebem tratamento especial, bem como condomínio. O desmembramento da propriedade (enfiteuse, usufruto, uso, habitação, rendas constituídas sobre imóveis, servidões) e os direitos de garantia são enfeixados em capítulos autônomos. Conseguiu, assim, o ilustre Professor paulista, em 338 páginas, fornecer uma exposição completa dos direitos reais.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

WALDYR DOS SANTOS: *O Regime Disciplinar do Servidor Público no Judiciário*. Dasp, Cendoc, 1971, 73 páginas.

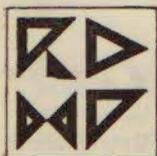
Nessas setenta e três páginas o Autor, profundo conhecedor do regime jurídico do servidor público, conseguiu, com rara felicidade, observando criteriosa seleção, fornecer ao estudioso da matéria a orientação jurisprudencial, no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Federal de Recursos, do regime disciplinar do servidor público. Soluções jurisprudenciais de questões palpitantes, tais como "jurisdição disciplinar e penal", "anistia", "crimes funcionais", "ato administrativo", "penalidades" e "acumulação de cargos" podem ser encontradas nesse magnífico e útil trabalho de pesquisa, do Coordenador de Legislação de Pessoal, WALDYR DOS SANTOS.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

WALDYR DOS SANTOS: *O Servidor Público no Direito Constitucional e no Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, DASP, Centro de Documentação e Informática, Imprensa Nacional, 1971, 141 páginas.

A presente obra, de grande utilidade para solução de problemas da situação do servidor público, é uma ampliação e atualização dos dois volumes anteriores, já noticiados nesta Revista. Trabalho de pesquisa fatigante, fornece-nos um completo repositório da legislação e jurisprudência administrativa no que concerne ao regime jurídico do servidor público.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO



REVISTAS EM REVISTA

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FLUMINENSE

A. 1, N.º 1, julho-dezembro, 1970

Exposição de motivos do anteprojeto de Código de Processo Penal
Ramos Lourenço (E): Os créditos preferenciais e sua classificação.
Batista (N): Em torno da concessão de *sursis* a réus menores condenados por sedução.

Jurisprudência. Noticiário.

ANAIS FORENSES DO ESTADO DO MATO GROSSO

A. II, N.º VIII, 1970 (nova fase)

Castro (J. A.): Da contra-fé. Coisa julgada. Réu revel. Processo civil.
Jurisprudência.

BOLETIM DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

N. 206 — Maio — 1971

Almeida Costa: O Código de Identificação (discurso do Ministro da Justiça).
Pareceres. Jurisprudência. Legislação. Direito Comparado. Reuniões Internacionais. Bibliografia.

BOLETIM DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

N.º 205, abril, 1971, Lisboa

Pimenta (A): A prestação das contas do exercício nas sociedades comerciais (continuação).
Pareceres. Jurisprudência. Legislação. Direito comparado (*La motivation des décisions administratives en Droit Comparé*). Bibliografia.

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

A. XX, N.º 1, gennaio-marzo, 1970 (Milano)

Mortati (C): Contenuto e forma nella qualificazione e nel trattamento degli atti normativi.
Cuocolo (F): Rapporti fra leggi statali e leggi regionali nella materia di competenza ripartida.
Amato (G): Nuove tendenze nella formazione degli atti governativi di indirizzo.
Musa Chia (G): Gerarchia e teoria delle norme sulla produzione giuridica nel sistema costituzionale delle fonti.
Pes (G): Postille alle incongruenza della normazione amministrativa.
Rossi (G): I criteri di economicità nella gestione delle imprese pubbliche.
Traversa (S): La riserva di legge d'assemblea.
Rivista bibliografica. Rassegne.

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

A. XX, N.º 2, aprile-giugno, 1970 (Milano)

- Prosperetti* (V): I principi generali del diritto del lavoro nella Costituzione.
De Vergottini (G): Sulla istituzione di un commissario parlamentare alle forze armate.
Carlassare (L): Responsabilità penale dell'esecutivo e forma di governo, l'"Impeachment" negli Stati Uniti.
Cugurra (G): L'annullamento governativo come atto di "alta amministrazione".
Coltelli (R): Corte dei Conti e controllo sugli enti sovvenzionati dallo Stato.
 Rivista bibliografica. Rassegne.

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE

A. XXIV, N.º 4, dicembre, 1970

- Montesano* (L): Obbligazione e agione da contratto preliminare.
Bonsignori (A): Effetto devolutivo, avocazione e traslazione.
Zatti (P): Valutazione di probabilità e di opportunità nella dichiarazione di morte presunta.
Gabrielli (G): La riserva di gradimento nei contratti.
Casadei (E): La prelazione del coltivatore nei casi di non perfetta coincidenza fra il bene trasferito e il fondo coltivato.
 Varietà. Bibliografia. Giurisprudenza. Fatti e commenti.

REVISTA DE DERECHO INTERNACIONAL Y CIENCIAS DIPLOMÁTICAS

A. XVIII, N.º 35/36, 1969, Rosario (Argentina)

- Boggiano* (A): La doble nacionalidad en derecho internacional privado.
Díaz Ulloque (F.J.): La nacionalidad como punto de conexión y su vigencia en el derecho argentino.
Mabel Laredo (I): Integración y supranacionalismo.
Puig (J.C): Renuncia individual a la protección diplomática. El problema de su legalidad internacional.
 Estudios de actualidad. Notas. Legislación. Jurisprudencia. Recensiones. Revistas de revistas.

BOLETIM DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

N.º 201, dezembro, 1970, Lisboa

- Pimenta* (A): A prestação das contas do exercício nas sociedades comerciais (continuação).
 Pareceres. Jurisprudência. Legislação. Direito Comparado. Bibliografia.
 Publica o anteprojeto de lei penitenciária do Uruguai e a Lei mexicana sobre execução de penas privativas de liberdade.

BOLETIM DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

N.º 202, janeiro, 1971, Lisboa

- Pimenta* (A): A prestação das contas do exercício nas sociedades comerciais (continuação).
 Pareceres. Jurisprudência. Legislação. Direito comparado. Bibliografia.

Publica leis (brasileira, dinamarquesa, espanhola, italiana, luxemburguesa) e projetos de lei (belga, sueco e francês) disciplinadoras de enxerto de órgãos e tecidos de cadáveres.

REVISTA DO INSTITUO MÉDICO-LEGAL DO ESTADO DA GUANABARA

A. II, vol. 1, N.º 5, outubro

Sampaio Torres Filho (E), *Gomes da Silva* (W) e *Oliveira Santos* (H): Pneumopatia em exames de validez. Apreciação radiológica de 2.000 casos.
Caparelli (N) e *Marcondes Fonseca* (N): Infecção meningocócica fulminante. Síndrome de Waterhouse-Friderichsen.

Comunicações. Atualização. Pergunta e resposta. Noticiário.

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO

abril-junho, 1970, vol. 12 (São Paulo)

Giuliani Fonrouge (C. M.): Natureza jurídica do orçamento.
Oliveira Franco Sobrinho (M): Regime jurídico das empresas públicas no Brasil.
Gomes de Souza (P): O imposto de consumo, o IPI e os "produtos intermediários".
Rosas (R): Limitações às comissões de inquérito do Legislativo.
Pareceres, atualidades, jurisprudência e cadernos de direito municipal.

RÉVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL

N.º 4, octobre-décembre 1970

Nerson (R): L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil.
Saujot (C): Le fondement des récompenses.
Bibliographie. Jurisprudence. Législation.

RÉVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL

N.º 3, juillet-septembre 1970

Tanagho (S): L'hypothèque de biens a venir.
Simler (P): Le conflit des présomptions en régime de communauté.
Bibliographie. Jurisprudence. Législation.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal. A. VIII, N.º 29. Janeiro-março

Nogueira (R): A propósito da obrigatoriedade do direito.
Ribeiro de Vilhena (P. E.): As expectativas de direito, a tutela jurídica e o regime estatutário.
Bergamini Miotto (A): A prisão aberta. Sua contemplação no Código Penal de 1969.
Inacarato (M. A.): O Ministério Público na ordem jurídico-constitucional.
Leite (G): A manifestação da vontade nos casos de transplantes.

Moraes e Barros (H): Notas sôbre o júri.

Rosas (R): A educação jurídica comparada e o desenvolvimento nacional. Pesquisa. Especial. Arquivo. Publicações.

SCIENTIA IURIDICA

T. XX. N.º 108-109, janeiro-abril, 1971, Braga (Portugal)

Quadros (F. de): A descentralização das funções do Estado nas Províncias Ultramarinas Portugêsas.

Pacheco de Souza Franco (A.L.): Unidade econômica portuguêsã.

Lopes (E): Assembléias gerais de sociedades comerciais. Sua convocação.

Moitinho de Almeida (J. C.): Seguros em nome e por conta de outrem.

Torres Viqueira (E): O automóvel como instrumento de fraude no direito penal espanhol.

Proença Delgado (R. N.): Contributo para a História Olivícola de Coimbra no século XVIII.

Vida jurídica. Bibliografia.

BOLETIM DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

N.º 203, fevereiro, 1971 (Lisboa)

Pimenta (A): A prestação das contas do exercício nas sociedades comerciais (continuação).

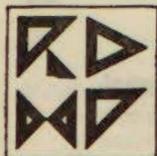
Pareceres. Jurisprudência. Legislação. Bibliografia.

BOLETIM DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

N.º 204, março, 1971 (Lisboa)

Pimenta (A): A prestação das contas do exercício nas sociedades comerciais (continuação).

Pareceres. Jurisprudência. Legislação. Direito Comparado. Reuniões internacionais. Bibliografia.



LEGISLAÇÃO

LEI N.º 5.726, DE 29 DE OUTUBRO DE 1971

Dispõe sôbre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

Da Prevenção

Art. 1.º É dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar no combate ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas que não prestarem, quando solicitadas, a colaboração nos planos e programas do Governo Federal de combate ao tráfico e uso de drogas perderão, a juízo do Poder Executivo, auxílios e subvenções que venham recebendo da União, dos Estados, do Distrito Federal, Territórios e Municípios, bem como de suas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações.

Art. 2.º A União poderá celebrar convênio com os Estados e os Municípios, visando à prevenção e repressão do tráfico e uso de substâncias entorpecentes que determinem dependência física ou psíquica.

Art. 3.º Consideram-se serviço desinteressado à coletividade, para efeito de declaração de utilidade pública, as colaborações das sociedades civis, associações e fundações no combate ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

Art. 4.º No combate ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica serão aplicadas, entre outras, as seguintes medidas preventivas:

I — A proibição de plantio, cultura, colheita e exploração por particulares, da dormideira, da coca, do cânhamo "cannabis sativa", de todas as variedades dessas plantas, e de outras de que possam ser extraídas substâncias entorpecentes, ou que determinem dependência física ou psíquica;

II — A destruição das plantas dessa natureza existentes em todo o território nacional, ressalvado o disposto no inciso seguinte;

III — A licença e a fiscalização, pelas autoridades competentes, para a cultura dessas plantas com fins terapêuticos e científicos;

IV — A licença, a fiscalização e a limitação, pelas autoridades competentes, da extração, produção, transformação, preparo, posse, importação, exportação, reexportação, expedição, transporte, exposição, oferta, venda, compra, troca, cessão ou detenção de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, para fins terapêuticos e científicos;

V — O estudo e a fixação de normas gerais de fiscalização e a verificação de sua observância pela Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia e órgãos congêneres dos Estados e Territórios;

VI — A coordenação, pela Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes e pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, de todos os dados estatísticos e informativos colhidos no País, relativos às operações mercantis e às infrações à legislação específica;

VII — A observância, pelos estabelecimentos farmacêuticos e hospitalares, pelos estabelecimentos de ensino e pesquisas, pelas autoridades sanitárias, policiais ou alfandegárias, dos dispositivos legais referentes a balanços, relações de venda, mapas e estatística sobre substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física e psíquica;

VIII — A observância por médicos e veterinários dos preceitos legais e regulamentares, relativos à prescrição de substâncias que determinem dependência física ou psíquica;

IX — A colaboração governamental com organismos internacionais reconhecidos e com os demais Estados na execução das disposições das Convenções que o Brasil se comprometeu a respeitar;

X — A execução de planos e programas nacionais e regionais de esclarecimento popular, especialmente junto à juventude, a respeito dos malefícios ocasionados pelo uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, bem como da eliminação de suas causas.

Art. 5.º Os Estados, o Distrito Federal e os Territórios organizarão, no início de cada ano letivo, cursos para educadores de estabelecimentos de ensino que nêles tenham sede, com o objetivo de prepará-los para o combate, no âmbito escolar, ao tráfico e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

§ 1.º Os Governos dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios relacionarão, com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias, os estabelecimentos

de ensino que deverão designar representantes, em número máximo de dois (2), para participarem dos cursos mencionados neste artigo.

§ 2.º O período durante o qual o educador participar de cursos de preparação será computado como de efetivo exercício no estabelecimento oficial ou particular que o tiver designado.

§ 3.º Somente poderão ministrar os cursos a que se refere este artigo pessoas devidamente qualificadas e credenciadas pelos Ministérios da Educação e Cultura e da Saúde.

§ 4.º Nos cursos de que trata este artigo poderão ainda inscrever-se, dentro do número de vagas que fôr fixado, outras pessoas de atividades relacionadas com o seu objetivo.

Art. 6.º Os estabelecimentos de ensino de 1.º e 2.º graus ou superior promoverão, durante o ano letivo, conferências de freqüência obrigatória para os alunos e facultativa para os pais, sobre os malefícios causados pelas substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

Art. 7.º Os diretores dos estabelecimentos de ensino adotarão tôdas as medidas que forem necessárias à prevenção do tráfico e uso, no âmbito escolar, de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

Parágrafo único. Sob pena de perda do cargo, ficam os diretores obrigados a comunicar às autoridades sanitárias os casos de uso e tráfico dessas substâncias no âmbito escolar, competindo a estas igual procedimento em relação àqueles.

Art. 8.º Sem prejuízo das demais sanções legais, o aluno de qualquer estabelecimento de ensino que fôr encontrado trazendo consigo, para uso próprio ou tráfico, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ou induzindo alguém ao seu uso, terá sua matrícula trancada no ano letivo.

CAPÍTULO II

Da Recuperação dos Infratores Viciados

Art. 9.º Os viciados em substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, que praticarem os crimes previstos no art. 281 e seus §§ do Código Penal, ficarão sujeitos às medidas de recuperação estabelecidas por esta lei.

Art. 10. Quando o Juiz absolver o agente, reconhecendo que, em razão do vício, não possui este a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, ordenará sua internação em estabelecimento hospitalar para tratamento psiquiátrico pelo tempo necessário à sua recuperação.

Art. 11. Se o vício não suprimir, mas diminuir consideravelmente a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou de autodeterminação do agente, a pena poderá ser atenuada, ou substituída por internação em estabelecimento hospitalar, pelo tempo necessário à sua recuperação.

§ 1.º Se, cumprindo pena, o condenado semi-imputável vier a recuperar-se do vício por tratamento médico, o Juiz poderá, a qualquer tempo, declarar extinta a punibilidade.

§ 2.º Se o agente fôr maior de 18 (dezoito) e menor de 21 (vinte um) anos, será obrigatória a substituição da pena por internação em estabelecimento hospitalar.

Art. 12. Os menores de 18 (dezoito) anos, infratores viciados, poderão ser internados em estabelecimento hospitalar, pelo tempo necessário à sua recuperação.

Art. 13. Observadas as demais condições estabelecidas no Código Penal e no Código de Processo Penal, a reabilitação criminal do viciado a que tiver sido aplicada pena ou medida de segurança pela prática de crime previsto

no artigo 281 do Código Penal, com a redação do artigo 1.º do Decreto-lei n.º 385, de 26 de dezembro de 1968, e as modificações constantes da presente lei, poderá ser requerida decorridos 2 (dois) anos do dia em que fôr extinta, de qualquer modo, a pena principal ou terminar a execução desta ou da medida de segurança aplicada em substituição e do dia em que terminar o prazo da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, desde que o condenado comprove estar recuperado do vício.

CAPÍTULO III

Do Procedimento Judicial

Art. 14. O processo e julgamento dos crimes previstos no artigo 281 e seus parágrafos do Código Penal reverterão pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Penal.

Art. 15. Ocorrendo prisão em flagrante e lavrado o respectivo auto, a autoridade policial comunicará o fato imediatamente ao Juiz competente, que designará audiência de apresentação para as 48 (quarenta e oito) horas seguintes.

§ 1.º Nas comarcas onde houver mais de uma vara competente para a distribuição e designação da audiência, a comunicação far-se-á ao Juiz distribuidor ou ao Juiz de plantão ou, ainda, na forma prevista na lei de organização judiciária local.

§ 2.º Da designação da audiência, a autoridade policial intimará o prêsso, as testemunhas do flagrante e o defensor que aquele tiver indicado ao receber a nota de culpa.

§ 3.º A audiência de apresentação realizar-se-á sem prejuízo das diligências necessárias ao esclarecimento do fato, inclusive a realização do exame toxicológico, cujo laudo será entregue

em juízo até a audiência de instrução e julgamento.

Art. 16. Presentes o indiciado e seu defensor, o Juiz iniciará a audiência, dando a palavra ao órgão do Ministério Público para, em 15 (quinze) minutos, formular, oralmente, a acusação, que será reduzida a termo. Recebida a acusação, o Juiz, na mesma audiência, interrogará o réu e inquirirá as testemunhas do flagrante.

Parágrafo único. Se não houver base para a acusação, o órgão do Ministério Público poderá requerer o arquivamento do auto de prisão em flagrante ou sua devolução à autoridade policial para novas diligências, caso em que a ação penal, que vier a ser ulteriormente promovida, adotará o procedimento sumário, previsto no art. 539 do Código de Processo Penal.

Art. 17. Encerrada a audiência de apresentação, correrá o prazo comum de 3 (três) dias para:

I — O Ministério Público arrolar testemunhas em número que, incluídas as já inquiridas naquela audiência, não exceda a 5 (cinco) e requerer a produção de quaisquer outras provas;

II — O defensor do réu formular defesa escrita, arrolar até 5 (cinco) testemunhas e requerer a produção de quaisquer outras provas.

Parágrafo único. O Juiz indeferirá, de plano, em despacho fundamentado, as provas que tenham intuito meramente protelatório.

Art. 18. Findo o prazo do artigo anterior, o Juiz proferirá em 48 (quarenta e oito) horas despacho saneador, no qual ordenará as diligências indispensáveis ao esclarecimento da verdade e designará, para um dos 8 (oito) dias seguintes, audiência de instrução e julgamento, intimando-se o réu, seu defensor, o Ministério Público e as testemunhas que nela devam prestar depoimento.

§ 1.º Na audiência, após a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao órgão do Mi-

nistério Público e ao defensor do réu, pelo tempo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do Juiz, que em seguida proferirá sentença.

§ 2.º Se o Juiz não se sentir habilitado a julgar de imediato a causa, ordenará que os autos lhe sejam conclusos e, no prazo de 5 (cinco) dias, dará sentença.

Art. 19. Não será relaxada a prisão em flagrante em consequência do retardamento, pela autoridade policial ou judiciária, da prática de qualquer ato, se, éste:

I — Sendo anterior à apresentação do réu a juízo, tiver sido recebida a acusação do Ministério Público;

II — Sendo posterior ao recebimento da acusação, estiverem os autos preparados para sentença.

Art. 20. Quando o crime definido no artigo 281 e seus parágrafos do Código Penal fôr daqueles de competência da Justiça Federal e o lugar em que tiver ocorrido fôr Município que não seja sede de Vara Federal, o processo e julgamento caberão à Justiça Estadual com interveniência do Ministério Público local.

Art. 21. No processo e julgamento dos crimes previstos no artigo 281 e seus parágrafos do Código Penal, em que não houver flagrante, observar-se-á o procedimento sumário previsto no artigo 539 do Código de Processo Penal.

Art. 22. O *caput* do artigo 81 do Decreto-lei n.º 941, de 13 de outubro de 1964, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 81. Tratando-se de infração contra a segurança nacional, a ordem política ou social e a economia popular, assim como nos casos de comércio, posse ou facilitação de uso de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica ou de desrespeito à proibição especialmente prevista em lei para estran-

geiro, a expulsão poderá ser feita mediante investigação sumária, que não poderá exceder o prazo de

5 (cinco) dias, dentro do qual fica assegurado ao expulsando o direito de defesa”.

Art. 23. O artigo 281 e seus parágrafos do Código Penal passam a vigorar com a seguinte redação:

Comércio, posse ou uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica.

Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 6 anos, e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vêzes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1.º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica.

I — importa ou exporta, vende ou expõe à venda ou oferece, fornece, ainda que a título gratuito, transporta, traz consigo ou tem em depósito, ou sob sua guarda, matérias-primas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica;

Cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica.

II — faz ou mantém o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica;

Porte de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

III — traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

Aquisição de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

IV — adquire substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Prescrição indevida de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

§ 2.º Prescrever o médico ou dentista substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, ou

em dose evidentemente maior que a necessária ou com infração do preceito legal ou regulamentar:

Pena — detenção, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de 10 (dez) a 30 (trinta) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 3.º Incorre nas penas de 1 (um) a 6 (seis) anos de reclusão e multa de 30 (trinta) a 60 (sessenta) vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País, quem:

I — instiga ou induz alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

II — utiliza o local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dêle se utilize, ainda que a título gratuito para uso ilegal de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica;

III — contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

§ 4.º As penas aumentam-se de 1/3 (um terço) se a substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica é vendida, ministrada, fornecida ou prescrita a menor de 21 (vinte e um) anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação. A mesma exasperação da pena se dará quando essas pessoas forem visadas pela instigação ou induzimento de que trata o inciso I do § 3.º.

§ 5.º Associarem-se duas ou mais pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer qualquer dos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos.

Induzimento ao uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

Local destinado ao uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

Incentivo ou difusão do uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica.

Forma qualificada.

Bando ou quadrilha.

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) vêzes o maior salário-mínimo vigente no País.

Forma qualificada.

§ 6.º Nos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos, salvo os referidos nos §§ 1.º, inciso III, e 2.º, a pena, se o agente é médico, dentista, farmacêutico, veterinário ou enfermeiro, será aumentada de 1/3 (um terço).

Forma qualificada.

§ 7.º Nos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos as penas aumentam-se de 1/3 (um terço) se qualquer de suas fases de execução ocorrer nas imediações ou no interior de estabelecimento de ensino, sanatório, unidade hospitalar, sede de sociedade ou associação esportiva, cultural, estudantil, beneficente ou de recinto onde se realizem espetáculos ou diversões públicas, sem prejuízo da interdição do estabelecimento ou local, na forma da lei penal".

Art. 24. Considera-se serviço relevante a colaboração prestada por pessoas físicas ou jurídicas no combate ao tráfico e uso de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Art. 25. O Poder Executivo regulamentará, dentro em 30 (trinta) dias, a execução desta Lei.

Art. 26. Fica mantida a legislação em vigor, no que expressamente não contrariar esta Lei.

Art. 27. Esta Lei entrará em vigor 30 (trinta) dias após a sua publicação, aplicando-se, em matéria processual penal, somente aos fatos ocorridos a partir dessa data, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 29 de outubro de 1971; 150.º da Independência e 83.º da República.

EMÍLIO G. MÉDICI

Alfredo Buzaid

Adalberto de Barros Nunes

Orlando Geisel

Jorge de Carvalho e Silva

Antônio Delfim Netto

Mário David Andreazza

L. F. Cirne Lima

Jarbas G. Passarinho

Júlio Barata

Márcio de Souza e Mello

F. Rocha Lagôa

Marcus Vinicius Pratini de Moraes

Antônio Dias Leite Júnior

João Paulo dos Reis Velloso

José Costa Cavalcanti

Hygino C. Corsetti

LEI N.º 5.053, DE 27 DE ABRIL DE 1971

Altera o art. 19 do Decreto-lei n.º 3.200, de 19 de abril de 1941, alterado pela Lei n.º 2.514, de 27 de junho de 1955, que dispõe sobre bem de família

O Presidente da República,

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º O art. 19 do Decreto-lei n.º 3.200, de 19 de abril de 1941, alterado pela Lei n.º 2.514, de 27 de junho de 1955, passa a ter a seguinte redação:

“Art. 19. Não será instituído em bem de família imóvel de valor superior

a 500 (quinhentas) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.”

Art. 2.º Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 27 de abril de 1971; 150.º da Independência e 83.º da República.

EMÍLIO G. MÉDICI

Alfredo Buzaid

LEI N.º 5.675, DE 12 DE JULHO DE 1971

Dá nova redação ao art. 77 do Decreto n.º 5.083, de 1 de dezembro de 1926, que institui o Código de Menores

O Presidente da República,

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1.º O art. 77 do Decreto número 5.083, de 1.º de dezembro de 1926, que institui o Código de Menores, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 77. A autoridade protetora dos menores pode emitir, para a proteção e assistência destes, qualquer provimento que, ao seu prudente arbítrio, parecer conveniente, ficando sujeita à responsabilidade pelos abusos do poder.

Parágrafo único. Na competência atribuída neste artigo não se inclui a de reduzir os limites etários fixados nos certificados de censura de diversões públicas emitidos pela Censura Federal.”

Art. 2.º Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 12 de julho de 1971; 150.º da Independência e 83.º da República.

EMÍLIO G. MÉDICI

Alfredo Buzaid

DECRETO “E” N.º 4.948, DE 25 DE JUNHO DE 1971

Estabelece a carteira funcional dos servidores da Secretaria-Geral do Ministério Público do Estado da Guanabara, com os característicos de identidade

O Governador do Estado da Guanabara, no uso de suas atribuições legais, e

Considerando que o controle funcional dos servidores da Secretaria-Geral do Ministério Público do Estado da Guanabara é feito, diretamente, pela Procuradoria-Geral da Justiça do Estado da Guanabara;

Considerando que é de toda conveniência que a carteira funcional que ora se estabelece contenha os característicos de identidade que permitam sua validade como carteira de identidade, na forma da Lei n.º 1.630, de 20 de junho de 1968, decreta:

Art. 1.º Fica instituída a carteira

de identidade funcional dos servidores da Secretaria-Geral do Ministério Público do Estado da Guanabara.

Art. 2.º A carteira funcional conterá os característicos de identidade e obedecerá ao modelo anexo.

Art. 3.º O Procurador-Geral da Justiça expedirá instrução para a concessão da carteira aos servidores da Secretaria-

Geral do Ministério Público, nos moldes deste decreto.

Art. 4.º Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 25 de junho de 1971; 83.º da República e 12.º do Estado da Guanabara.

A. DE P. CHAGAS FREITAS
Antonio José Chediak

DECRETO "E" N.º 4.949, DE 25 DE JUNHO DE 1971

Approva novos modelos de carteira funcional e de identidade do Ministério Público da Justiça do Estado da Guanabara

O Governador do Estado da Guanabara, no uso de suas atribuições legais, e tendo em vista o que dispõem o artigo 136 da Lei n.º 3.434, de 20-7-58, e os arts. 1.º e 2.º da Lei n.º 1.630, de 20-6-68, e

Considerando que a atual carteira dos Membros do Ministério Público do Estado da Guanabara foi estabelecida pelo Decreto n.º 243, de 22 de novembro de 1960;

Considerando que é conveniente dar novos característicos à aludida carteira, tendo em vista as responsabilidades funcionais de seus portadores, decreta:

Art. 1.º Ficam aprovados o modelo anexo da carteira de identidade e funcional dos Membros do Ministério Público da Justiça do Estado da Guanabara criada pelo Decreto n.º 243, de 22 de novembro de 1960, bem como o modelo anexo da mesma carteira, em tamanho reduzido.

Art. 2.º Além dos característicos de identidade, as carteiras conterão, obrigatoriamente, as seguintes determina-

ções autorizadas pelo Secretário de Estado de Segurança Pública e pelo Procurador-Geral da Justiça:

"Determinamos aos agentes da autoridade pública que prestem ao portador da presente carteira todo o auxílio que lhes fôr solicitado no exercício de suas funções.

Autorizamos o porte de arma."

Art. 3.º O Procurador-Geral da Justiça expedirá instrução para a concessão da carteira aos Membros do Ministério Público e fixará prazo de validade, nos moldes deste decreto.

Art. 4.º Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 25 de junho de 1971; 83.º da República e 12.º do Estado da Guanabara.

A. DE P. CHAGAS FREITAS
Antonio José Chediak
Antonio Faustino da Costa

PORTARIA "E" N.º 13, DE 26-8-1971 (*)

O Procurador-Geral da Justiça do Estado da Guanabara, no uso de suas atribuições legais, e em cumprimento do

que estabelece o art. 3.º do Decreto "E" n.º 4.949, de 25 de junho de 1971, que instituiu a carteira de identidade fun-

* BOE n.º 1.817, de 30-8-1971, págs. 26-27. DO, Parte III, 6-9-1971, pág. 13.339.

cional dos Membros do Ministério Público do Estado da Guanabara, resolve:

1.º — Caberá ao Serviço do Pessoal desta Procuradoria, através da Seção de Cadastro, providenciar a expedição da carteira de identidade funcional dos Membros do Ministério Público do Estado da Guanabara.

2.º — Para a obtenção da carteira, deverá o membro do Ministério Público apresentar 3 (três) retratos de formato 3x4, de frente e sem chapéu, e preencher, sem rasuras, ficha individual de identidade, sob a responsabilidade da Seção de Cadastro com os elementos de identificação que constarão da carteira.

Parágrafo único — Na oportunidade, aporá o membro do Ministério Público sua assinatura no lugar indicado, na face anterior da carteira.

3.º — A carteira será entregue pessoalmente ao membro do Ministério Público, mediante recibo.

4.º — A expedição da carteira funcional aos novos membros do Ministério Público processar-se-á simultaneamente ao ato da respectiva posse.

5.º — A expedição da carteira aos membros do Ministério Público aposentado deverá ser solicitada mediante requerimento do interessado, devidamente protocolizado.

Parágrafo único — O mesmo procedimento será observado para o conseqüimento de 2.ª via da carteira de identidade funcional, em geral.

6.º — A carteira de identidade funcional de que trata esta Portaria será válida por cinco (5) anos, a contar da data de sua expedição.

Publique-se, registre-se, cumpra-se.

Clóvis Paulo da Rocha

Procurador-Geral da Justiça

PORTARIA "E" N.º 14, DE 15 DE SETEMBRO DE 1971

O Procurador-Geral da Justiça do Estado da Guanabara, no uso de suas atribuições legais, em face das conclusões decorrentes da reunião com os Drs. Curadores de Massas Falidas e para possibilitar uma melhor fiscalização dos processos que lhes estão afetos, determina:

1. Que se oficie ao Banco Central do Brasil, solicitando a relação dos pedidos encaminhados ao Ministério Público para promover seqüestros de bens e ações de responsabilidade civil de Diretores de Bancos e Instituições Financeiras que entraram em liquidação extrajudicial, a partir de 1.º de janeiro de 1965.

2. Que se oficie ao Sr. Desembargador Corregedor da Justiça do Estado da Guanabara, para, mediante informação dos Srs. Distribuidores, determinar a remessa a esta Procuradoria-

Geral da relação das concordatas distribuídas nas diversas Varas Cíveis desde 1.º de janeiro de 1965.

3. Que o Sr. Diretor do Departamento de Assistência Judiciária e Estágio Forense indique oito (8) estagiários para serem lotados por esta Procuradoria-Geral nas Curadorias de Massas Falidas.

4. Que o Sr. Diretor-Geral providencie, na medida do possível, a aquisição de um (1) fichário, que deverá ser colocado na sala da Curadoria de Massas Falidas, a fim de que sejam organizadas as fichas dos processos em andamento.

Cumpra-se. Publique-se.

Clóvis Paulo da Rocha

Procurador-Geral da Justiça

PORTARIA "E" N.º 12, DE 24-8-1971 (*)

O Procurador-Geral da Justiça do Estado da Guanabara, no uso das suas atribuições legais, e em cumprimento do que estabelece o art. 3.º do Decreto "E" n.º 4.948, de 25 de junho de 1971, que instituiu a carteira de identidade funcional dos servidores da Secretaria Geral do Ministério Público do Estado da Guanabara, resolve:

1.º — Caberá ao Serviço do Pessoal desta Procuradoria, através da Seção de Cadastro, providenciar a expedição da carteira de identidade funcional dos servidores da Secretaria Geral do Ministério Público do Estado da Guanabara.

2.º — Para a obtenção da carteira, deverá o servidor apresentar 3 (três) retratos do formato 3 x 4, de frente e sem chapéu, e preencher, sem rasuras, ficha individual de identidade, sob a responsabilidade da Seção de Cadastro, com os elementos de identificação que constarão da carteira.

Parágrafo único — Na oportunidade,

apará o servidor sua assinatura no lugar indicado na face anterior da carteira.

3.º — A carteira será entregue pessoalmente ao servidor, mediante recibo.

4.º — A expedição da carteira funcional aos servidores novos processar-se-á simultaneamente ao ato da respectiva posse.

5.º — A expedição de carteira aos servidores aposentados deverá ser solicitada mediante requerimento do interessado, devidamente protocolizado.

Parágrafo único — O mesmo procedimento será observado para o conseqüimento de 2.ª via da carteira de identidade funcional, em geral.

6.º — A carteira de identidade funcional de que trata esta Portaria será válida por 5 (cinco) anos, a contar da data de sua publicação.

Publique-se, registre-se, cumpra-se.

Clóvis Paulo da Rocha
Procurador-Geral da Justiça

* BOE n.º 1.817, de 30-8-1971, pág. 26 — DO, parte III, 6-9-71, pág. 13.339.

ÍNDICE DE AUTORES

	PÁGS.
<i>Alcino Pinto Falcão</i> — Da nova Lei de Desenvolvimento Urbano e Regional carioca. Problemas Jurídicos	18
<i>Arion Sayão Romita</i> — Absolvição sumária no processo dos crimes a que se refere a Lei n.º 4.611, de 2 de abril de 1965	58
<i>Arnaldo Rodrigues Duarte</i> — Investigação de Paternidade	100
<i>Carlos Alberto Marinho de Oliveira</i> — IV Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes	193
<i>Clóvis Paulo da Rocha</i> — 1. Mandado de Segurança impetrado por ex-combatente contra o Conselho do Ministério Público que opinou, contrariamente, ao seu ingresso no Ministério Público, como Defensor Público, independentemente de concurso. 2. Não está devidamente instruído, o pedido que não vem acompanhado da prova de sua tempestividade. 3. Incabível o "writ" contra ato opinativo e de autoridade que não tem competência para nomear. 4. Ausência de prova de participação efetiva em operações bélicas. 5. O art. 197, letra b, da Constituição do Brasil, dispensa o ex-combatente do concurso para ingresso no serviço público em geral, previsto no art. 97, § 1.º, do mesmo Diploma Magno, não se estendendo a isenção para o ingresso no Ministério Público, cujo concurso é exigido nos arts. 95, § 1.º e 96, da Magna Carta Federal	89
<i>Dalmo Silva</i> — O Problema dos Tóxicos	47
<i>Ebert Chamoun</i> — Exposição de Motivos do Esboço do Anteprojeto do Código Civil. Direito das Coisas	32
<i>Francisco Pereira de Bulhões Carvalho</i> — Honorários de Advogado em Mandado de Segurança	203
<i>Graccho Aurélio</i> — Honorários em Mando de Segurança	189
<i>Hortêncio Catunda de Medeiros</i> — Aspectos do Recurso de Ofício (Em Matéria Penal)	54
— Luiz de Macedo Soares Machado Guimarães	172
<i>João Baptista Cordeiro Guerra</i> — Soberania do Júri	98
<i>Jorge Guedes</i> — Confissão em Juízo. Sua Fôrça Probatória	96
<i>Jorge S. Antoni</i> — A Situação da Família no Direito	3
<i>Laudelino Freire Júnior</i> — Crime Putativo. Flagrante Preparado	97
<i>Luiz Polli</i> — Usucapião. Ação não Contestada mas Julgada Improcedente	107

	PÁGS.
<i>Newton de Barros e Vasconcellos</i> — O Ministério Público e a Responsabilidade Penal	195
<i>Paulo Dourado de Gusmão</i>	
— Waldemar Mariz de Oliveira Jr.: <i>Substituição Processual</i> , São Paulo, ERT, 1971, 172 págs.	214
— Fernando Jugmann: <i>O direito da agro-indústria açucareira</i> , ERT, São Paulo, 1971, 479 págs.	214
— Geraldo Ataliba: <i>Lei Complementar na Constituição</i> , ERT, São Paulo, 1971, 94 págs.	214
— Orlando Gomes: <i>Alienação Fiduciária</i> , São Paulo, ERT, 1971, 178 págs.	215
— Mozart Victor Russomano: <i>Temas Atuais do Direito do Trabalho</i> , São Paulo, ERT, 1971, 151 págs.	215
— R. Limongi França: <i>Princípios Gerais de Direito</i> , São Paulo, 1971, 260 págs.	215
— Fernando Pinto: <i>Jurisprudência, Fonte formal do direito brasileiro</i> , Rio de Janeiro, 1971, 127 págs.	216
— Jacob Dolinger: <i>Repercussão do Fundo Monetário Internacional no Direito Internacional Privado</i> , Rio de Janeiro, 1971, 258 págs. ...	216
— R. Limongi França: <i>Manual de Direito Civil</i> , Editôra Revista dos Tribunais Ltda., 1971, Volume 3.º, 357 págs.	217
— Waldyr dos Santos: <i>O Regime Disciplinar do Servidor Público no Judiciário</i> , DASP, CENDOC, 1971, 73 págs.	217
— Waldyr dos Santos: <i>O Servidor Público no Direito Constitucional e no Direito Administrativo</i> , Rio de Janeiro, DASP, Centro de Documentação e Informática, Imprensa Nacional, 1971, 141 págs. ...	217
<i>Rubens Maximiano de Figueiredo</i> — Min. A. Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque	190
<i>Sergio de Andréa Ferreira</i> — O Direito Administrativo e suas relações ..	67
— Competência do Júri	192
<i>Sérgio de Sá Mendes</i> — A letra de câmbio e o mercado de capitais	80

ÍNDICE DE ASSUNTOS

	PÁGS.
ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA	
— Absolvição sumária no processo dos crimes a que se refere a Lei n.º 4.611, de 2 de abril de 1965	58
AÇÃO DE USUCAPIÃO	
— Ação não contestada mas julgada improcedente. Ação de usucapião. Decretação da sua improcedência, embora a lide não tenha sido contestada. Inexistindo a aquisição a <i>non domino</i> , o titular da propriedade regularmente transcrita no registro de imóveis não pode pretender mais a declaração por sentença de domínio pela posse qualificada (de Luiz Polli)	107
ACIDENTE DE TRÁFEGO	
— Ver Responsabilidade Civil	160
ACIDENTE DO TRABALHO	
— Ação de acidente do trabalho. Exaustão da instância administrativa, nos termos impostos pelo Decreto-lei n.º 893/1969, art. 1.º, II (Art. 15 e § 2.º da Lei n.º 5.316/67). II. Carece o Decreto-lei 893/1969 de prévia regulamentação para se tornar executível, no que se refere ao ingresso do infortunado em juízo. III. Mantendo o aresto recorrido a decisão de 1.º grau que impusera ao acidentado, como condição processual, a apresentação de prova da exaustão da instância administrativa, contrariou a Constituição, art. 153, §§ 4.º e 2.º, justificando o conhecimento e o provimento do extraordinário fundado no art. 119, III, <i>a</i> , daquela Carta. (Supremo Tribunal Federal)	111
ACUMULAÇÃO	
— Acumulação de cargos. — Correlação de matérias. — Cargos de advogado e de professor de português. — Inteligência do art. 99 da Constituição da República. — Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. — Orientação da Comissão de Acumulação de Cargos do Departamento de Administração Civil. — Segurança concedida. (Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara)	145
AGRAVO	
— Agravo de instrumento conhecido como de petição. Agravo de instrumento na forma do art. 850, do Cód. de Processo Civil.	

	Págs.
Conhecimento e decisão de mérito do agravo de petição por conter o instrumento todos os elementos necessários para essa decisão. Desprovemento. (Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara)	141
ALIMENTOS	
— Ver Investigação de Paternidade	100
AQUESTOS	
— Aquestos. Quando a questão da comunhão dos aquestos em regime de separação legal está ligada à apreciação de escrituras de cessão de direitos, não pode ela ser decidida no inventário (Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara)	135
ATO OPINATIVO	
— Mandado de Segurança. 1. Mandado de Segurança impetrado por ex-combatente contra o Conselho do Ministério Público que opinou, contrariamente, ao seu ingresso no Ministério Público, como Defensor Público independentemente de concurso. 2. Não está devidamente instruído, o pedido que não vem acompanhado da prova de sua tempestividade. 3. Incabível o "writ" contra ato <i>opinitivo</i> e de autoridade que não tem competência para nomear. 4. Ausência de prova de participação efetiva em operações bélicas. 5. O art. 197, letra <i>b</i> , da Constituição do Brasil, dispensa o ex-combatente do concurso para ingresso no serviço público em geral, previsto no art. 97, § 1.º, do mesmo Diploma Magno, não se estendendo a isenção para o ingresso no Ministério Público, cujo concurso é exigido nos arts. 95, § 1.º e 96 da Magna Carta Federal (de CLÓVIS PAULO DA ROCHA)	89
AVAL	
— Aval sem outorga uxória. O aval pode ser prestado sem outorga uxória. O creditado, para garantir contrato de abertura de crédito, pode caucionar promissória de sua emissão. O creditado e seus avalistas não podem invocar o benefício da ordem para que a promissória que emitiram e avalizaram só seja executada após a execução das outras garantias do contrato de abertura de crédito. Os avalistas não podem opor ao tomador direito pessoal do avalizado, nem discutir a causa originária do título. (Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara)	139
BENS DE FAMÍLIA	
— Ver Inventário	142
CARTEIRA FUNCIONAL	
— Membros do M.P.	230
CARTEIRA FUNCIONAL	
— Funcionários da Secretaria-Geral do M.P. — Instituição	229
CARTEIRA FUNCIONAL	
— Funcionários da Secretaria-Geral do M.P. — Normas de Expedição	232

	PÁGS.
CERIMÔNIA DE POSSE	
— Eduardo Jara	174
CHEQUE	
— Lei Uniforme sôbre o Cheque, adotada pela Convenção de Genebra. Aprovada essa Convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificara a legislação interna. Recurso Extraordinário conhecido e provido. (Supremo Tribunal Federal)	116
CÓDIGO DE MENORES	229
COMPETÊNCIA DO JÚRI	
— Ver Júri	170
CONCURSO	
— Para Defensor Público	193
CONDOMÍNIO	
— Ver Garagem	159
CONFISSÃO EM JUÍZO	
— Sua fôrça probatória	96
CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO	
— Ver Aval	139
CONTRIBUIÇÕES PARAFISCAIS	
— Contribuições Parafiscais. As contribuições parafiscais, desde que criadas por lei, integram o sistema tributário nacional (Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara)	138
CORRELAÇÃO DE MATÉRIAS	
— Ver Acumulação	145
CRIME CONTINUADO	
— Ementário. Crime continuado. Inocorrência. Delitos que, além de praticados em lugares diferentes, ocorreram em épocas distantes. Habeas corpus negado. (Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo)	168
CRIME PUTATIVO	
— "Habeas Corpus". Habeas corpus denegado. Não há falar em crime putativo, sem induzimento ou provocação pela autoridade, ou com o seu concurso. (Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Guanabara)	167
CRIMINOLOGIA	
— IV Congresso das Nações Unidas	168

	PÁGS.
DECRETO	
— Ver Carteira Funcional. — Instituição	229
DESQUITE AMIGÁVEL	
— Ver Bens de Família	142
DIREITO ADMINISTRATIVO E SUAS RELAÇÕES	67
DIREITO AUTORAL	
— Direito Autoral. Direito de Tradução. Ação ordinária. Propriedade literária. Perdas e danos. Direitos do tradutor da obra, a despeito da mesma haver caído sob o domínio comum. Exame de comparação por se tratar predominantemente, de reprodução servil, art. 159 do Cód. Civil. Desnecessidade de perícia, à vista das provas, art. 255, inc. II do C.P.C. (Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Guanabara).....	136
DIREITO COMERCIAL	
— Ver Cheque	116
DIREITO DAS COISAS	
— Exposição de Motivos do Esbôço do Anteprojeto do Código Civil. Direito das Coisas	32
DIREITO EDILÍCIO	
— Da nova Lei de Desenvolvimento Urbano e Regional carioca. Problemas Jurídicos	18
DIREITO DE FAMÍLIA	
— Ver Bens de Família	142
DIREITO FISCAL	
— Ver Contribuições Parafiscais	138
DIREITO PROCESSUAL CIVIL	
— Alimentos	100
ENTORPECENTE	
— Comércio Clandestino de Entorpecentes. Delito caracterizado. "Sulfa de dexedrina SKF". — Composto anfetamínico determinante de dependência física ou psíquica do agente. — Utilização do mesmo, pelo acusado, através da via endovenosa, para efeito mais positivo. — Defesa escudada no fato de não se encontrar a substância em aprêço relacionada como entorpecente em portaria do Serviço Nacional de Fiscalização de Medicina e Farmácia. — Improcedência. — Condenação mantida. — Inteligência do art. 281 do Código Penal e do Decreto-lei n.º 385, de 1968. (Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo)	161
ENTORPECENTE	
— Ver Tóxicos	47

	PÁGS.
ENTORPECENTE	
— Sugestão do M.P. sôbre Projeto de Lei Federal	194
ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA	179
ESQUADRÃO DA MORTE	180
EX-COMBATENTE	
— Ver Ato Opinativo	89
FALÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA	180
FALSIDADE	
— Falsidade Inócua — Para que se configure o crime do <i>falsum</i> é indispensável que seja relevante a adulteração levada a efeito (Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Guanabara)	167
FIANÇA	
— Fiança prestada pelo marido sem outorga uxória. — Arguição de nulidade da fiança por parte da mulher. — Entendimento harmônico dos arts. 235, III, e 263, X, do Código Civil. — A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a lição de Orosimbo Nonato. — Procedência da arguição. — Confirmação da sentença. (Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara)	143
FILHO ADULTERINO	
— Filiação adulterina. O registro civil do nascimento, feito pelo pai, e suas declarações em ação de alimentos, dispensam da propositura da ação de investigação de paternidade para habilitação em inventário. (Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara).	
— Ver Alimentos	134
FURTO	
— Tentativa de Furto. A avaliação da coisa — que pode ser, ou não, necessária — não se destina a provar a materialidade do delito, cuja configuração, por outro lado, a falta não prejudica, se há certeza da lesão patrimonial que a subtração determinaria. Confirma-se a condenação, ante a convincente prova acusatória, mas, reduz-se a pena corporal excessiva. (Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada da Guanabara)	165
GARAGEM	
— Direito à Garagem e Podêres do Condomínio. O direito à guarda de veículos nas garagens, "como objeto de propriedade exclusiva do condômino". Expressão da Lei, não pode ser transacionada pelo condomínio. (Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara)	159
HABEAS CORPUS	
— Ver Crime Putativo	167

	PÁGS.
HOMENAGEM	
— Amaro Cavalcanti Linhares	179
HOMENAGEM	
— Professor Clóvis Paulo da Rocha	174
HOMENAGEM DE POSSE	
— Eduardo Jara	174
HOMENAGEM PÓSTUMA	
— Min. A. Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque	190
HONORÁRIOS EM MANDADO DE SEGURANÇA	
— Des. Graccho Aurélio	189
HONORÁRIOS DE ADVOGADO EM MANDADO DE SEGURANÇA	
— Des. Francisco Pereira de Bulhões Carvalho	203
INVENTÁRIO	
— Partilha de bens em desquite amigável não exclui inventário. Desquite amigável, avaliação dos bens partilhados; o fato de já ter sido homologada, com o desquite amigável, a partilha ajustada não exclui a necessidade, para efeitos fiscais, de inventário e avaliação dos bens partilhados pelo casal. (Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara)	142
INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	
— Investigação de paternidade. Não provimento do agravo no auto do processo. Omissão da petição inicial decorrente do próprio fim da ação. Conexão de ações de investigação de paternidade e de alimentos. Aplicação do art. 138 do Cód. Proc. Civil. <i>Legitimatío ad causam</i> como preliminar do mérito. <i>Pas de nulité sans grief</i> . Ao contrário do disposto do Código Civil, com o advento da Lei n.º 833, dissolvida a sociedade conjugal, é facultada ao filho, ilegítimo ou espúrio, a ação para que se lhe declare a filiação. Por outro lado, o reconhecimento da paternidade, <i>in casu</i> , já constitui <i>coisa julgada</i> , por decisão irrecorrível, do mesmo Tribunal, em processo conexo, apenso, sobre o mesmo fato. Posição ativa do M.P. nas lides forenses para que se promova a Justiça. (de Arnaldo Rodrigues Duarte)	100
JÚRI	
— Júri. — Nulidade. — Defeito do Questionário. — Inocorrência. Quesitos lidos em plenário sem qualquer reclamação das partes. — Inteligência dos arts. 565 e 571, n.º VIII, do C.P.P. Formulação de quesitos em discordância com o libelo. — Nôvo julgamento ordenado. — Inteligência dos arts. 564, k e parágrafo único e 572 do C.P.P. Concordando as partes com o questionário, na ocasião em que deveriam reclamar se nulidade houvesse, não podem mais, quando adverso a êles o resultado, alegar que a redação do mesmo é imperfeita. — Fonte dos quesitos é o libelo. Se o questionário dê discrepa, omitindo cir-	

	PÁGS.
constância particular nêle aludida, o resultado é a nulidade do julgamento, pelo evidente prejuízo daí resultante. (Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo).....	170
LEI	
— Entorpecentes, Tráfico e Uso	222
LEI	
— Bens de Família	229
LEI	
— Código de Menores	229
LETRA DE CÂMBIO	
— A letra de câmbio e o mercado de capitais	80
MANDADO DE SEGURANÇA	
— Mandado de Segurança. Ato Opinitivo. Mandado de Segurança. Descabe a medida contra ato opinativo de órgão assessor de autoridade executiva. Ato de autoridade. Não conhecimento. (Tribunal de Justiça da Guanabara).....	136
MANDADO DE SEGURANÇA	
— Ver Honorários	203
MERCADO DE CAPITALIS	
— Ver Letra de Câmbio	80
MINISTÉRIO PÚBLICO	
— Ver Responsabilidade Penal	121
NECROLÓGIO	
— Levi Carneiro (Paulo Dourado de Gusmão)	172
NECROLÓGIO	
— Luiz de Macedo Soares Machado Guimarães (Hortêncio Catunda de Medeiros)	172
NECROLÓGIO	
— Pedro Paulo Penna e Costa	173
NECROLÓGIO	
— Adroaldo Junqueira Ayres	173
OFERTA DE BECAS	179
ORDEM DO MÉRITO JUDICIÁRIO MILITAR	203
PATERNIDADE	
— Ver Investigação de	100

	Págs.
PORTARIA	
— Ver Carteira Funcional	230
RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE	
— Reconhecimento de Paternidade. O reconhecimento da paternidade é irretratável, mas pode ser anulado com a prova de haver sido feito contra a verdade. A anulação deve ser pleiteada pelas vias ordinárias, com a citação de todos os interessados. (Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara)	158
RECURSO DE OFÍCIO	
— Aspectos do Recurso de Ofício (Em matéria penal).....	54
RESPONSABILIDADE CIVIL	
— Responsabilidade Civil. Responsabilidade civil ordinária de indenização por danos pessoais e materiais resultantes de colisão com um ônibus de linha regular de transporte coletivo; não é o autor carente da ação proposta, se a intentou contra quem ainda tem sob seu nome e responsabilidade a exploração do serviço e, em consequência, dá-se provimento ao recurso para que o juiz vinculado à demanda a julgue em seu mérito como de direito. (Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara)	160
RESPONSABILIDADE CIVIL	
— Seguro obrigatório de responsabilidade civil. Seguro obrigatório de responsabilidade civil independe de culpa do segurado, tendo finalidade social. (Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo)	121
SIMULAÇÃO	
— Simulação. Quando o ato jurídico dissimulado é proibido por lei, ocorre nulidade que prevalece sobre a mera anulabilidade, aplicando-se a norma do art. 146 do Código Civil e não a do art. 104 do mesmo Código. (Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara)	125
SUCESÃO	
— Sucessão. Concorrência de filiação legítima e ilegítima. Revogação do art. 1.605, § 1.º do Cód. Civil, pelo art. 126 da Constituição de 1937, abrangendo não só os filhos naturais "stricto sensu", como também os espúrios de reconhecimento permitido. Permanência desse princípio não contrariado por disposição das Constituições posteriores e nem por legislação repristinatória do dispositivo revogado. Esta é a norma geral vigente. A restrição	

	Págs.
trazida pela Lei 883, de 1949, pelo seu próprio caráter restritivo, só compreende o caso nela previsto, "o filho reconhecido na forma desta lei". Apelações desprovidas. Voto vencido. (Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara).....	147
SUSIPE	180
TÓXICOS	47
TRADUÇÃO	
— Ver Direito Autoral	136
USUCAPIÃO	
— Ver Ação de	107

