

REVISTA

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

10



1970

Órgão do Ministério Público do Estado de Guanabara



**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

FRANCISCO NEGRÃO DE LIMA

Procurador-Geral da Justiça

LEOPOLDO BRAGA

Diretor

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

Secretário

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

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

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de
seus autores

Pede-se permuta

On demande l'échange

We ask for exchange

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

MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DA GUANABARA

PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA

Procurador-Geral da Justiça
LEOPOLDO BRAGA

PROCURADORES DA JUSTIÇA

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

CURADORES

CURADORES DE ACIDENTES DO TRABALHO

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

CURADORES DE AUSENTES

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

CURADORES DE FAMILIA

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

CURADORES DE MASSAS FALIDAS

Amilcar Furtado de Vasconcelos
Hélio Cezar Penna e Costa

Jefferson Machado de Goes Soares
Mozart Mattos

CURADORES DE MENORES

Nelson Pecegheiro do Amaral

Raul Caneco de Araújo Jorge

CURADORES DE ÓRFÃOS

Álvaro Duncan Ferreira Pinto
Francisco Habib Otoch

Laudelino Freire Júnior
Oswaldo de Moraes Bastos

CURADORES DE REGISTROS PÚBLICOS

Carlos Dodsworth Machado

Everardo Moreira Lima

CURADORES DE RESIDUOS

Armando de Oliveira Marinho
Eládio de Carvalho Werneck

Carlos Octávio da Veiga Lima
Paulo de Salles Guerra

PROMOTORES PÚBLICOS

Alberto Canellas
Antônio Ricardo dos Santos Netto
Antônio Vicente da Costa Júnior
Arthur Maciel Corrêa Meyer
Carlos Alberto Tôrres de Mello
Carlos Eduardo Bernardi Montauray Pimenta
Carlos Maximiliano Netto
Carlos de Novaes Vianna
Cyro de Carvalho Santos
Eduardo Guimarães Salamonde
Fernando José Pessoa da Silva
Hélcio Baptista de Paula
Hortêncio Catunda de Medeiros
Humberto Piragibe Magalhães
José Murad Lasmar
José da Silveira Lôbo
Júlio Agostinho Horta Barbosa de Bergallo
Luiz Eduardo Guimarães Rabello

Luiz Facca
Luiz Fernando Cardoso de Gusmão
Mario de Carvalho Pereira
Mario Portugal Fernandes Pinheiro
Mariza Clotilde Vilela Perigault
Mauro Campello
Myrian Steinbruch Roismann
Newton de Barros e Vasconcellos
Newton Lourenço Jorge
Paulo Frederico Bandeira de Mello The-
dim Lôbo
Pedro Henrique de Miranda Rosa
Plínio Bento de Faria
Rafael Carneiro da Rocha
Rodolfo Antônio Avena
Victor André de Soveral Junqueira
Ayres
Wilson Cavalcanti de Farias
Wilson de Andrade Campello

PROMOTORES SUBSTITUTOS

Albino Angelo Santa Rossa
Antônio Francisco Feteira Gonçalves
Carlos de Mello Pôrto
Carlos Alberto Ponso
Edgardo Tenório
Guy Benigno Brasil
Heitor Pedrosa Filho
Humberto Paschoal Perri
Luiz Brandão Gatti
Luiz Carlos Couto Maciel
Mariana Herescu de Araújo
Marily Martin Mazzuchelli

Nader Couri Raad
Otto Frederico Campean
Oziel Esmeriz Miranda
Sálua Bunahum
Sergio de Andréa Ferreira (Diretor do
Departamento de Assistência Judiciária
e Estágio Forense e Secretário da
Revista de Direito)
Sergio Demoro Hamilton
Severino Alves Moreira
Simão Isaac Benjó

DEFENSORES PÚBLICOS

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

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

CONSELHO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Leopoldo Braga
Hermenegildo de Barros Filho
Arnóbio Tenório Wanderley

José Francisco de Oliveira Diniz
João Baptista Cordeiro Guerra

INDICE

DOCTRINA:

	Págs.
MIGUEL HERRERA FIGUEROA — Direito Penal, Criminologia, Sociologia Criminal e Direito	3
ROBERTO LYRA — Introdução ao Estudo do Direito Penal Adjetivo	6
LEOPOLDO BRAGA — Direito Extradicional.....	15
OSCAR TENÓRIO — Napoleão e o Código Civil.....	67
JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA — Notas sobre o Litisconsórcio Necessário no Direito Brasileiro e no Alemão.....	77
ALCINO PINTO FALCÃO — Alienação fiduciária em garantia, <i>ius novum</i> de direito comum ou de texto excepcional?.....	84
JOÃO JOSÉ DE QUEIROZ — A Ciência do Estado.....	94
ARION SAYÃO ROMITA — Responsabilidade Trabalhista dos Sócios e/ou Gestores de Responsabilidade Limitada (conclusão).....	102
SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA — O Crime de Latrocínio no Novo Código Penal	118

PARECERES

— Direito da concubina. Inexistência de amparo legal para o recente da meação pela companheira por ser casado o <i>de cuius</i> e não ter dissolvido a sociedade conjugal. Falta de prova da participação da autora na construção do patrimônio do <i>de cuius</i> ..	128
— de ARNOLDO WALD	
— Tendência do Pretório Excelso de não admitir recurso extraordinário em processo de reclamação. Inadmissível divergência jurisprudencial com decisões do mesmo Estado (Súm. 369). Ao abrigo do Reg. n.º 400 da Súmula a decisão da Egrégia Câmara que concluiu ser a hipótese regida pelo art. 91 do CPC e não, pelo art. 93 do mesmo diploma	136
— de ROBERVAL CLEMENTINO COSTA DO MONTE	
— Recurso extraordinário inadmissível. A decisão proferida por maioria em agravo de petição pode ser objeto de recurso extraordinário, porque não é embargável. A divergência de interpretações, prevista na letra <i>d</i> do permissivo constitucional é sobre lei federal, não sobre lei estadual	137
— de RAPHAEL CIRIGLIANO FILHO	

JURISPRUDÊNCIA:

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL:

- Anulação de letra de câmbio. O processo previsto na lei cambial, para as hipóteses de extravio ou destruição do título, é extensivo a casos em que a perda ocorre mediante desapossamento por meio criminoso. Cabimento da apreciação da boa ou má-fé do do possuidor das letras ao portador que as apresenta, ao contestar o pedido. Provimento parcial de recurso, para que se assegure às partes a produção de provas (Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Guanabara) 139
- Ação rescisória —. Procedência. Violação das disposições dos artigos 859 e 860 do Código Civil e do art. 88 do Código de Processo Civil — Ação anulatória de doação inoficiosa e efeitos em relação a terceiros (C. C., arts. 1.176 e 1.787). A rescisória pode propor-se por violação de preceito expresso de lei substantiva ou de lei processual. O titular da transcrição não pode ser atingido em seus direitos reais por decisão proferida em ação entre terceiros, sem que seja citado como litisconsorte necessário. Da publicidade e oponibilidade *erga omnes* do registro imobiliário decorre também que os efeitos da sentença em ação de redução por inoficiosidade não alcançam os adquirentes de boa-fé, titulares da transcrição (Quarto Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça da Guanabara) 141
- Ação de despejo com fundamento na lei n.º 4.494 de 1964. Apelação da sentença. Seu efeito é apenas devolutivo, desde que vigente na íntegra o disposto no art. 830, n.º II, do Código de Processo Civil, em face da superveniência do decreto-lei n.º 890, de 26 de setembro de 1969, que revogou expressamente o art. 11, § 7.º, da pré-citada lei n.º 4.494. Não há falar em repristinação, aliás vedada pelo art. 2.º, § 3.º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Na hipótese se vislumbra a ocorrência de simples derrogação e não revogação do mencionado art. 830, n.º II, do Código de Processo Civil. Reclamação procedente. (2.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara) 145
- Legado com encargos. Descumprimento dos encargos 147
- Marcado pelo legatário tempo certo para início do cumprimento dos encargos, estabelecido por ele próprio o "prazo assinado" a que se refere a segunda parte do artigo 960 do Código Civil, não há como exigir-se notificação judicial como se o caso fôsse de obrigação sem tempo certo para início de seu cumprimento.
- Não pode prevalecer como cumprimento dos encargos o simples cumprimento parcial dos mesmos fora do "prazo assinado" pelo próprio legatário e após a sua constituição em mora pela citação válida (art. 166, n.º IV, do Código de Processo Civil).
- Havendo a obrigação de distribuição de prêmio literário anual, cada ano decorrido após o recebimento do legado era o prazo certo para a distribuição do prêmio de cada ano, independentemente de qualquer interpelação.
- Não pode o legatário cancelar encargo por conta própria, principalmente sendo ele de interesse público, à revelia da Curadoria de Resíduos e do Juiz do inventário.

Sendo os encargos, na sua unidade complexiva, a contra-partida do legado, o cancelamento arbitrário de um deles já caracterizava descumprimento afetando a sua totalidade.

Quando a cláusula testamentária fôr suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da verdade do testador (artigo 1.666 do Código Civil).

Se os encargos forem de interesse geral, o Ministério Público poderá exigir sua execução (art. 1.180, parágrafo único, do Código Civil) (7.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara) 160

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL:

- Recurso em sentido estrito. Apostas proibidas sobre corridas de cavalos. Teoria da admissão de um recurso por outro, que os processualistas alemães denominam do "tanto faz" (*sowohl-als-auch-theorie*) e os italianos de "conversão dos recursos" (*conversione delle impugnazioni*).

Modernamente, é a *voluntas legis* e não a *mens legislatoris* que o intérprete deve inquirir.

O Decreto-Lei n.º 9.215, de 1946, revogou o art. 60 do Decreto-Lei n.º 6.259, de 1944, e repriminou o art. 50 § 3.º, letra "b", da Lei das Contravenções Penais, que está em vigor, não havendo sido abrogado pela lei n.º 1.508, de 1951, cujo procedimento especial, que prevê, não tem aplicação à contravenção de apostas proibidas sobre corrida de cavalos.

Conhecimento e provimento do recurso (Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Alçada da Guanabara).

ESTUDOS E ATUALIDADES:

- União Internacional dos Magistrados 166
- LÚCIO MARQUES DE SOUZA (Dr. Paulo Dourado de Gusmão)..... 166
- Eleição de JORGE ALBERTO ROMEIRO à Presidência do Egrégio Tribunal de Alçada (Dr. JORGE GUEDES)..... 167
- Da Revisão da Convenção de Varsóvia, em face do Acôrdo de Montreal, em maio de 1966 (J. C. SAMPAIO DE LACERDA)..... 168
- Problemas da Execução Penal da Atualidade (ALBERT KREBS) 170
- Juízo de Menores — Atribuições — Art. 131 do Código de Menores — Recurso Extraordinário em Mandado de Segurança (MAURICIO PARREIRAS HORTA) 181
- Lesões Corporais Culposas. Processo Sumário. *Habeas corpus* de officio (LUIZ EDUARDO RABELLO) (Acompanhado de decisão do Juiz Dr. HUGO BARCELLOS) 191
- A Convocação pela União Federal das Polícias Militares Estaduais, como Fôrças Auxiliares, Reserva do Exército, para Garantia da Segurança Interna (NELSON PECEGUERRO DO AMARAL) 194
- Humanização do Contrato (VALÉRIA GARCIA DA SILVA MARON) 198

BIBLIOGRAFIA:

- Bibliografia de Direito Administrativo Brasileiro (SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA). 201

- CARLOS DE ARAUJO LIMA: *Presença de Portugal no Direito Criminal Brasileiro*. Editora Image, 1969. 27 págs. (JORGE GUEDES) 203

REVISTAS EM REVISTA 205

LEGISLAÇÃO:

- Decreto-lei n.º 669, de 3 de julho de 1969 (Exclui do benefício da concordata as empresas que exploram serviços aéreos ou de infra-estrutura aeronáutica e dá outras providências). 207
- Decreto-lei n.º 745, de 7 de agosto de 1969 (Dispõe sobre os contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-lei n.º 58, de 10 de dezembro de 1937, e dá outras providências). 207
- Decreto-lei n.º 858, de 11 de setembro de 1969 (Dispõe sobre a cobrança e a correção monetária dos débitos fiscais nos casos de falência e dá outras providências). 208
- Decreto-lei n.º 1.090, de 10 de março de 1970 (Prorroga prazo do Decreto-lei n.º 858, de 11 de setembro de 1969, e dá outras providências) 208
- Decreto-lei n.º 890, de 26 de setembro de 1969 (Dá nova redação aos parágrafos 4.º e 5.º do artigo 11 da Lei n.º 4.494, de 25 de novembro de 1964, ao artigo 350 e seu parágrafo único do Decreto-lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939, e dá outras providências)..... 209
- Decreto-lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969 (Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências). 209
- Decreto-lei n.º 911, de 1.º de outubro de 1969 (Altera a redação do art. 68 da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas sobre alienação fiduciária e dá outras providências. 219
- Lei n.º 5.565, de 5 de novembro de 1969 (Altera os artigos 517, 520 e 523 do Código de Processo Civil). 221
- Decreto-lei n.º 1.075, de 22 de janeiro de 1970 (Regula a imissão de posse, *initio litis*, em imóveis residenciais urbanos). 221
- Emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal .. 222
- Decreto-lei n.º 100, de 8 de agosto de 1969 (Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Cíveis do Poder Executivo do Estado da Guanabara e dá outras providências) 222
- Decreto-lei n.º 209, de 4 de novembro de 1969 (Dá nova redação ao art. 2.º da Lei Estadual n.º 91, de 13 de dezembro de 1961, que dispõe sobre o Ministério Público) 223
- Decreto-lei n.º 100, de 8 de agosto de 1969 (Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Cíveis do Poder Executivo do Estado da Guanabara e dá outras providências) 223



COLABORAM NESTE NÚMERO

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

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

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

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA — Docente-livre de Direito Judiciário Civil nas Faculdades de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade do Estado da Guanabara. Procurador do Estado.

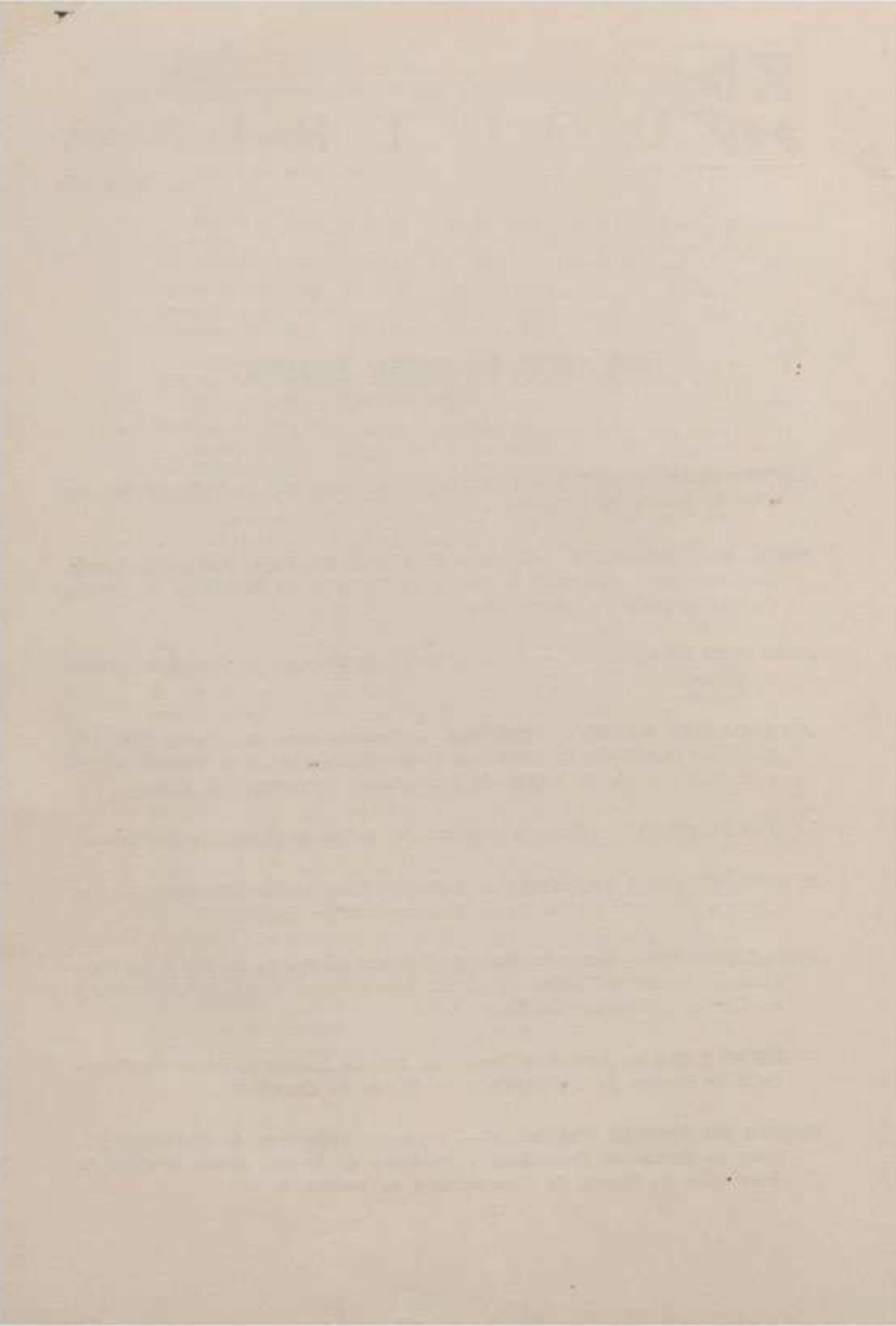
LEOPOLDO BRAGA — Procurador-Geral da Justiça do Estado da Guanabara.

MIGUEL HERRERA FIGUEROA — Reitor da Universidade Kennedy, Buenos Aires, e Professor de Direito da Universidade de Tucumã.

OSCAR TENÓRIO — Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara. Professor Titular de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito do mesmo Estado.

ROBERTO LYRA — Professor Titular de Direito Judiciário Penal da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara.

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



DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA, SOCIOLOGIA CRIMINAL E DIREITO

MIGUEL HERRERA FIGUEROA (*)

1. O Direito Penal aparece no panorama da cultura jurídica como o primeiro, ou melhor, o direito originário, do qual derivam os demais direitos, galhos brotados do tronco central sancionatório.

A norma de retribuição, primitiva forma de Direito Penal, é, segundo Kelsen, tão antiga que, na interpretação da natureza, precedeu ao princípio de causa-efeito.

Tal enunciado coloca o Direito Penal em um lugar singular dentro da estrutura geral do jurídico. Dessa forma primitiva sancionatória derivam os tópicos principais do Direito Penal e da Criminologia.

Começaremos tentando uma definição simples da Criminologia, considerando-a como a ciência que é provida de certas técnicas e estéticas, indagadora das origens e condições do delito, que complementa, com as suas conclusões às demais disciplinas jurídico-penais.

Por delito entendemos o comportamento que, impedindo o exercício da liberdade de outra pessoa, é formalmente declarado passível de pena, pela lei, aplicável pelo juiz.

Nessa definição do delito não nos foi possível superar certos problemas formais. Pertencendo, de certa forma, o delito ao mundo da jurisdição, tem componentes ontológicos, estimativos e normativos. Tivemos oportunidade de afirmar, em várias ocasiões, que a Criminologia tornou-se, com seu objeto de estudo — o delito —, parte do Direito Penal. Não é fruto da casualidade a má sorte que teve a teoria do *delito natural*, de GAROFALO, nem tampouco consequência de uma desídia dos criminalistas, que não puderam elaborar uma definição do delito de tipo ontológico puro. Tal circunstância decorre da indole jurídica do delito e das características inexoravelmente formais apresentadas pelo jurídico-social.

A especificidade penal exige a elaboração de uma disciplina do tipo psico-social, eminentemente sociológica, capaz de lançar luz nos campos ontológicos e estimativos do direito sancionatório. Tal processo de conhecimento é o que chamamos de Criminologia. A indagação de suas formas e *raízes* tem seu ponto de partida no Direito Penal. A Criminologia nasce da urgente e imprescindível necessidade de encontrar as causas e motivos do delito, evento jurídico de tão capital importância que, para seu esclarecimento, foi constituído esse complexo unitário e autônomo do saber que se convencionou chamar Criminologia.

(*) Extraído do livro *Sociologia del Derecho*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1968, págs. 219 a 223. Tradução de Maria Cecília Pereira Reis.

O estudo das origens do delito, em dimensões singulares de massa, realizado pela Criminologia, presta relevantes serviços ao Direito Penal e, em termos mais gerais, na defesa social.

Qual o panorama que se apresenta à Criminologia, que em não modesta vocação de servir à defesa social e de ser uma disciplina mais do que auxiliadora, mas complementadora do Direito na esfera penal?

Para solucionar essa questão, nada melhor do que pôr em evidência a importância que tem, em matéria penal, o estudo da psico-sociologia criminal, especialmente em sua estreita vinculação com o Direito Penal. Inicialmente, deve-se dizer ser inexplicável que, em algumas Faculdades de Direito tal disciplina, apesar de indispensável, não seja estudada, pois, sem ela, o bacharel tem conhecimento exclusivo do Direito Penal formalista e abstrato, afastado completamente da realidade social, provocadora dos conhecimentos criminológicos. Esse conhecimento incompleto do Direito Penal leva-o a encarar o delito exclusivamente sob o aspecto formal, escamoteado de suas dimensões humanas.

Tal crítica não nos leva a um positivismo naturalista penal, que quer introduzir no Direito Penal o que o tecnicismo jurídico e escolas modernas tiraram da circulação. Só nos move o propósito de chamar a atenção dos estudiosos para esse problema, partindo da Sociologia do Direito, com a esperança de que o enfraquecimento que se observa nos estudos do Direito Penal desapareça com o acolhimento das modernas conquistas da Psico-Sociologia Criminal. Tal ciência não é um auxiliar forense, mas um complemento introduzido no coração do Direito Penal, servindo de inspiração e luz interior a muitos de seus desdobramentos.

Pensamos que, só levando em conta a temática psico-social, o Direito poderá atuar com eficácia. Desprovido dos resultados da ciência psico-sociológica, a ciência jurídica navegará sem bússola em suas estimativas (*).

2. O conceito de anti-social não é fácil de precisar e nem de delimitar em sua essência e caracteres. Porém, na variedade de seus aspectos, podem-se encontrar traços capazes de nos orientar a um bom resultado. Inicialmente, temos a dizer que uma comunidade que não oferece a seus membros apoio e amor facilita o deslize para o anti-social.

A falta de controle religioso e moral nos coloca, freqüentemente, frente a casos de anti-socialidade, desde que os deslizes são contidos pelos controles jurídicos. Porém tais controles podem falhar, fazendo nascer o problema da criminalidade.

A anti-socialidade tem origem em situações de opressão, impotência, injustiça e desajuste comunitário. As pessoas a ela inclinadas são as irritáveis e decepcionadas, necessitadas de descarregar seus sentimentos de vingança e de baixos instintos em que frutificam suas penúrias. Os controles jurídico-políticos controlam a esses dominados pelo ódio e pela incompreensão comunitária, circunscrevendo, assim, a zona anti-social e a-social fora da jurídico-penal.

(*) O leitor poderá encontrar em nossos livros *Psicología y Criminología* maiores esclarecimentos sobre as questões aqui examinadas.

A anti-socialidade brota nos mesmos ambientes em que germina a socialidade: é fruto do abandono juvenil, da desorganização social, de enervantes desigualdades econômicas, bem como de determinadas disposições biopsicológicas, que não devem ser encaradas como predisposições irremediáveis, mas que podem levar ao vício e à vadiagem, fonte tanto da anti-socialidade, como da criminalidade.

Entre os anti-sociais temos os que perturbam a comunidade, inclusive os prejudiciais a ela. Quando suas características revelam periculosidade, estamos na presença da anti-socialidade ativa transformada em delinquência. A anti-socialidade pouco ativa ou meramente passiva fica no terreno do associial, grau médio de prejuízo comunitário.

Do ponto de vista criminológico, a anti-socialidade que não chegar a ser ilícito penal, pode ir desde a associialidade à anti-socialidade.

O ato ilícito supõe a anti-socialidade. Nesse terreno, diverge profundamente a noção inicialmente construída pelo Direito Privado e pelo Direito Constitucional da elaborada pelo Direito Penal. A caracterização, do ponto de vista criminológico, de um ilícito penal não supõe, necessariamente, determinada antijuridicidade, tipicidade ou culpabilidade. A antijuridicidade penal revela os traços fundamentais do axiológicamente negativo do delito; por isso, nesse terreno, o antijurídico não é unicamente uma problemática lógica, mas um problema jurídico integral em que convergem todos os planos do direito, em forma destacada ou axiológica.

O parentesco entre anti-socialidade e antijuridicidade é inegável. Em matéria penal, tem-se discutido, com particular tenacidade, se antijuridicidade consiste na violação do direito subjetivo ou no desrespeito do direito objetivo. Tal questão foi superada por aqueles que demonstraram ser o direito objetivo a dimensão lógica do direito subjetivo, ou seja, uma correlação entre comportamento e norma.

Do ponto de vista cultural, a função significativa da norma levou alguns tratadistas, como JUAN P. RAMOS, entre os argentinos, a caracterizar a antijuridicidade subjetiva como consciência da incriminação que tem o autor do fato. Assim, RAMOS ocupa-se de uma antijuridicidade inautêntica, porquanto o autor de um fato pode estar equivocado em sua apreciação singular de determinado evento jurídico. Daí pensar que a antijuridicidade é um princípio comum a todos os ramos do direito, em cujo centro está encravado o problema da valoração. A predominância atual do aspecto axiológico, tem algum conteúdo de antijuridicidade, apesar de nem sempre ser de antijuridicidade penal, que tem significação mais específica e circunscrita.

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO PENAL ADJETIVO

ROBERTO LYRA

SUMARIO: 1 — *Primado axiológico*. 2 — *Fundo e forma*. 3 — *Conquistas brasileiras*. 4 — *Principais características de nosso processo penal*. I) *Solidariedade internacional*. II) *Atenuação de desigualdades sociais*. III) *Melindres familiares e individuais*. IV) *Iniciativa popular*. V) *Publicidade*. VI) *Defesa*. VII) *Podêres do juiz*. VIII) *Falibilidade do juiz*. IX) *Dupla conformidade*. X) *Relatividade das provas*. XI) *Disciplina das nulidades*. 5 — *Sistemas processuais*. 6 — *Norma processual penal*. 7 — *Ação penal*.

1. *Primado axiológico*. A temática e a problemática importantes do processo penal não estão em teoréticas e tecnicidades e sim na sociedade e nos indivíduos em causas. Os principais cuidados versam sobre o respeito à dignidade humana, o amparo da liberdade contra qualquer restrição não autorizada, expressamente, pela lei (lei propriamente dita), a apuração da verdade e, portanto, a garantia da inocência. Os grandes valores provêm da Constituição, que os recebe do maximário histórico como título de civilização e diploma de cultura. Desde os mais antigos pactos entre governos e povos às epígrafias memoráveis, como *Habeas Corpus*, *Magna Charta Libertatum*, *Charta Baronum*, *Petition of Rights*, Declaração da Independência (1776), Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a tônica tutelar vem resguardando a investigação, a instrução, o julgamento, a execução, o reingresso. Dai dogmas jurídico-penais, como definição do crime (*nullum crimen sine lege*); definição da pena (*nulla poena sine lege*); proporcionalidade da pena (*poena commensurari debet delicto*); defesa (*nemo potest inauditus damnari*); decisão favorável da dúvida (*in dubio pro reo* ou *in dubiis reus est absolvendus*); interpretação favorável (*favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*); presunção de inocência (*innocentia praesumitur ante condemnationem*). Estas conquistas não estão sujeitas ao jôgo hábil entre o adjetivo político e o substantivo Justiça, de que falava RUY BARBOSA. O Código Penal seria o código dos culpados e o Código de Processo Penal o código dos inocentes. "O processo é irmão gêmeo da liberdade" (VON IHERING). Estudá-lo exige mais consciência do que ciência e mais ciência do que técnica.

Que relevância tem, por exemplo, a indagação: a sentença condenatória criminal constitui, declara, determina, dispõe, especifica? Se a pena visa, realmente, a regenerar, a corrigir, não há, a bem dizer, *condenação*. O juiz não opta, inseqüentemente, entre versões e angulações. Ele apaga ou acende a luz sobre destinos, como responsável moral pela vida ou pela morte.

Sentença e execução não são temas e, muito menos, problemas técnicos. A técnica funcionará, restrita e formalmente, na investigação, no inquérito, na instrução. O julgamento é função da vida social como pronunciamento da sociedade sobre membros dela em relações existenciais.

2. *Fundo e forma*: A distinção entre direito substantivo e direito adjetivo surgiu na velha Alemanha para coonestar a limitação dos poderes do parlamento prussiano em matéria orçamentária. Não foi uma criação jurídica, mas um expediente político. A elaboração teórica, além de tudo intoxicada de privatismo, não se libertou da tara trazida do nascedouro prussiano. A forma não pode preterir o fundo.

Diplomas atípicos da imaginação autoritária desdenham de fronteiras, já de si movediças, entre os poderes do Estado. A pretexto de dispor sobre processo, sujeita-se a Justiça à Polícia, ficando esta com os meios e aquela somente com os fins. O *substantivo* perde a substância normativa e até sanções. Substância normativa, porque a substância mesmo vem das bases sociais. Até o insuspeito VON BELING ascendeu das miudezas técnicas para aceitar uma Sociologia Processual Penal.

Com a chamada "visão panprocessualística" (a expressão é de BELLAVISTA), CARNELUTTI pretendeu, recentemente, situar a teoria da pena no direito adjetivo, reservando ao direito substantivo a teoria do crime. Os "técnicos" criticam CARNELUTTI, porque sua "visão" contradiz o direito positivo (BELLAVISTA, DE LUCA, LEONE, PETROCELLI etc.). Assim, reconhecem que as visões teóricas não de resultar do direito positivo que varia no tempo e no espaço sob a dependência do social. "O complexo das formas da justiça criminal tem refletido, desde as mais remotas origens, o estado social e político da nacionalidade, a vida e as transformações do Estado — colônia, vice-reino, império e República" (JOÃO MENDES).

O erro de CARNELUTTI provém do conceptualismo falsamente científico. A veleidade "técnica" apodera-se da obra alheia que tanto combateu, isto é, a distinção entre uma ciência do crime (Criminologia) e uma ciência da pena (Penologia). E, para degradá-las, porque a chamada Criminologia, no sentido restrito, e a superveniente Penologia, pelo menos, serviam a propósitos evolutivos, com base histórica e, portanto, científica. O próprio QUINTILIANO SALDAÑA, o principal idealizador da separação, apresentou a Criminologia no sentido restrito e a Penologia como "irmãs uterinas". Ressalvei o sentido restrito dessa Criminologia separatista, porque, no sentido amplo, a Criminologia seria ciência geral. O objeto atribuído a esta — é o que postulo — deverá ser reintegrado no Direito Penal, do qual foi descostelado. Ou a Criminologia será ciência social ou não será ciência. Ora, o Direito é ciência social e um de seus componentes — o Direito Penal — assessorado pela Medicina Legal, cuida de toda a matéria usurpada.

A "visão panprocessualística" constitui, além de tudo, anacronismo, pois o Direito Penal já precisa de outro nome pela crescente superação da idéia de pena, desde o advento das medidas de segurança. CARRARA, na célebre aula inaugural de 1873, exortou os alunos a preferir o estudo do direito processual. Tudo estava por fazer. Os doutrinadores desperdiçaram quase um

século, porque sua suposta sistematização foi escamoteada do direito privado, até na terminologia, com o bolor bi-milenário do direito romano. Depois que as necessidades didáticas fundiram teoria e prática, incorporando à congêrie o esquemário administrativo da organização judiciária, policial, carcerária, tivemos na doutrina a *mediocritas, nemmeno aurea*. Ela perdeu de vista a natureza, o objeto, o fim do processo penal e sua função pública por excelência. O processado e julgado é um homem, mas os tratados e compêndios como que o afogam em categorias processuais — acusado, réu, pronúnciado, condenado etc. As expressões — paciente e agravado — revelariam auto-crítica do agente oculto, do agravante impessoal. E o executado? Executa-se a sentença, mas, à imagem da execução do homem como homem, quem sofre a pena é sempre executado.

3. *Conquistas brasileiras*: O Código de Processo de 1832 (MANOEL ALVES BRANCO), como o Código Criminal de 1830, honrou nossas primeiras responsabilidades nacionais na construção monumental do Direito. Esta obra do gênio liberal, avançado e sensível, foi conquista da revolução brasileira, de 1831, logo traída. "Luminoso e tonificante raio de liberdade organizada" (CLÓVIS BEVILÁQUA). Substituiu o processo inquisitório do livro quinto das ordenações filipinas pelo processo acusatório. Extinguiu as devassas. Jurisdicionizou as faixas do arbítrio policial. O chefe de polícia passou a ser um juiz de direito. Criou o Ministério Público. As garantias do *habeas corpus* e do Júri receberam grandes linhas de efetividade e consequência. O Código de 1832 vigorou até 1841 em todo o país, como primeira realização de um Código processual nacional.

O esforço unitário para a homogeneidade das regras do processo penal foi retomado pelo Código de 1941. No século decorrido da vigência do Código Alves Branco — 1841-1941 — atuaram normas estaduais, até extra-legais. O Código de 1941 facilitou as adaptações às realidades estaduais e admitiu provimentos supletivos dos regimentos dos tribunais, aliás de duvidosa constitucionalidade. A aplicação e a execução das sanções dependem, em regra, dos Estados (órgãos jurisdicionais, aparelhamento judiciário, policial, prisional, assistencial, etc.). A unidade jurídica, para consumir a igualdade perante a lei, é prejudicada pela multiplicidade dos Brasis sociais em que ainda nos dividimos.

Os autores do projeto foram VIEIRA BRAGA (Minas Gerais), NELSON HUNGRIA (Minas Gerais), NARCÉLIO DE QUEIROZ (Ceará), ROBERTO LYRA (Pernambuco), FLORÊNCIO DE ABREU (Rio Grande do Sul), CÂNDIDO MENDES (do então Distrito Federal).

As Constituições são mais minuciosas com as garantias do que com os direitos individuais. Estes seriam apenas falsas legendas ou ênfases programáticas sem o exato e pronto cumprimento. A Constituição Federal de 1967, apesar do pecado original e da tendência autoritária, prestou à democracia estas continências: "Art. 150, § 11 — Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso

de enriquecimento ilícito no exercício de função pública. § 12 — Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará se não fôr legal. — § 13. Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. A lei regulará a individualização da pena. — § 14. Impõe-se a tôdas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário. — § 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá fóro privilegiado nem tribunais de exceção. — § 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu. — § 17. Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel, ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar na forma da lei. — § 18. São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida. — § 19. Não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião, nem, em caso algum, a de brasileiro. — § 20. Dar-se-á *habeas-corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá *habeas-corpus*. § 21. Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

A lei ordinária vem estendendo, a meu ver inconstitucionalmente, a noção do flagrante delito, a pretexto de “flagrante presumido” e “quase-flagrante”.

Os juizes e tribunais poderão expedir, de officio, ordem de *habeas corpus*, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal (art. 654, § 2.º do Código de Processo Penal); será condenada nas custas a autoridade que, por má-fé, ou evidente abuso de poder, tiver determinado a coação (art. 653); será remetida ao Ministério Público cópia das peças necessárias para ser promovida a responsabilidade da autoridade (art. 653, parágrafo único); o carcereiro, o diretor da prisão, o escrivão, o oficial de justiça, a autoridade judiciária e policial que embaraçar ou procrastinar a expedição de ordem de *habeas corpus*, as informações sobre a causa da prisão, a condução e apresentação do paciente, ou a sua soltura, serão multados, sem prejuízo das penas em que incorrerem (art. 655); o detentor será preso e processado, se desobedecer à ordem de apresentação do paciente (art. 656, parágrafo único); havendo empate e tendo o presidente tomado parte na votação, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente (art. 664, parágrafo único).

A legislação sobre direito processual e normas gerais de regime penitenciário compete à União (art. 8.º, n.º XVII, letras *b* e *c* da Constituição Federal). É delegável a legislação a respeito. Só a matéria substantiva foi excluída (art. 55, n.º II).

A expressão — *na forma* — não significa apenas a tramitação regular, mas o rigor sacramental de que depende a realidade mandamental. O de-

claratório subordina-se ao assecuratório e atributivo. Do contrário, não se chegaria ao executivo, sem o qual não há norma jurídica, mas preceito alegórico e inoperante.

4. *Principais características de nosso processo penal.* I) *Solidariedade internacional.* O Código de Processo Penal honrou a tradição brasileira de cooperação internacional, respeitada sempre a soberania nacional. O livro V versa sobre as relações jurisdicionais com autoridades estrangeiras. Vêde o art. 150, § 19, da Constituição Federal. O Estado estrangeiro não *requisita*, mas pede. Na linguagem comum, há sinonímia, embora imperfeita, entre requisitar e pedir. Na linguagem jurídica, sobretudo jurídico-penal, requisição implica exigência e, portanto, hierarquia incompatível com a soberania nacional. A sentença penal estrangeira poderá produzir efeitos no Brasil, depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal (art. 114, n.º I, letra g, da Constituição Federal e arts. 7.º e § único e 78 § 3.º do Código Penal e art. 757, *ex-vi* do art. 760 do Código de Processo Penal) e, independentemente de homologação, nos casos dos arts. 6.º, 34, 46, 57, n.º I, do Código Penal e arts. 7.º e 11 da Lei das Contravenções Penais. Não há execução da sentença, mas seu reconhecimento, direto ou indireto, para a produção de certos e determinados efeitos secundários.

II) *Atenuação de desigualdades sociais.* O Código de Processo Penal contém disposições que visam a atenuar desigualdades sociais: em relação à proteção judicial ao pobre (arts. 32, 68, 806, §§ 1.º e 2.º), à sua defesa (art. 263, § único), à fiança (art. 350). Sobre a fiança de rico, vêde o parágrafo único do art. 325.

III) *Melindres familiares e individuais.* Os melindres familiares e individuais são preservados (exs. arts. 206, 233, 248, 249). Sobre segredo — art. 207.

IV) *Iniciativa popular.* Qualquer pessoa tem a faculdade de: a) promover ação penal por crime de responsabilidade; b) de modo geral, inclusive no silêncio de lei especial, provocar a instauração de inquérito policial por crime de ação pública (art. 5.º, § 3.º) e a ação penal (art. 27) por crime de ação pública; c) de prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito (art. 301), sendo que, tratando-se de contravenção, o auto respectivo estabelece o início da ação penal (arts. 26 e 531); d) de impetrar *habeas corpus*, em seu favor ou de outrem (art. 654).

V) *Publicidade.* A regra é a publicidade do processo. Vêde as exceções dos arts. 20 e 792.

A publicidade, que interessa aos indivíduos, como acusados e vítimas de crimes, não é a extrajudicial e sim a que se traduz por citações, intimações, "cientes", audiências com dia, hora e lugar prefixados e a portas abertas, publicação das decisões e atos, tudo na forma da lei. Esta, a publicidade que o povo conquistou em lutas históricas contra as instâncias clandestinas e secretas. Esta, a publicidade que condiciona a validade do processo, assegurando a fiscalização dos interessados diretos e indiretos. O sensacionalismo publicitário, este é criminoso e até criminoso. Ainda que estivesse sempre

a serviço da verdade e do bem, poderia prejudicar o inquérito, a investigação, a instrução, o julgamento, o recurso, a execução, o reingresso.

É claro que os trâmites e resultados serão obrigatoriamente divulgados e livremente apreciados.

Os crimes devem ser provados e os criminosos julgados com a severidade ou a indulgência merecida em atmosfera serena, equilibrada, fechada às excitações e incitações publicitárias.

São excepcionais os casos sigilosos. A liberdade de crítica e informação sofreria apenas nos estritos limites da legítima necessidade pública.

VI) *Defesa*. Não é a absolvição do culpado, mas a condenação do inocente, que afeta os fundamentos jurídicos, desacredita a Justiça, alarma a sociedade, ameaça os indivíduos, sensibiliza a solidariedade humana. Não há revisão do erro que absolve e sim do erro que condena. Mais do que direito individual, a defesa é dever público inscrito, historicamente, entre as prerrogativas humanas. Não se trata apenas de integrar o contraditório, como pretende a "técnica" marginal e rastejante. Deve assegurar-se, efetivamente, a defesa com todos os meios e recursos e seus corolários: presunção da inocência, até sentença fundamentada de juiz garantido e responsável; proibição da *reformatio in peius* (art. 617); prevalência da decisão mais favorável (art. 615, § 1.º *in fine*); benefício da dúvida, mediante defesa (*habeas corpus*, mandado de segurança, embargos infringentes e de nulidade). Há outros recursos privativos da defesa: *habeas corpus*, mandado de segurança, protesto por novo júri.

Seja qual for o seu crime, nenhum acusado, mesmo o confesso, pode dispensar a defesa. O revel, o foragido, o honnisiado há de ser defendido em todas as fases de todos os processos. O juiz poderá suprir as inépcias e punir as negligências do defensor (art. 265). Fixando a autoria do culpado, o juiz impede que a pena passe da pessoa do criminoso.

VII) *Poderes do juiz*. O juiz é plenipotenciário no processo penal, concentrando sempre a iniciativa e a intervenção, ordenando provas e diligências, sem preclusão até a sentença (arts. 407, 497, n.º XI). Corrige a chicana, a cavilação, a alicantina, o verbalismo sofisticado e protelatório. Dispõe de sanções processuais, inclusive prisão. O chamado pensamento do legislador foi sub-rogado à plenitude jurisdicional assistida pela confiante margem de arbitrio proporcionada à consciência do magistrado.

O juiz aprecia, livremente, as provas e as definições jurídicas. Pode condenar *ultra e extra il petítum* e proporcionar outros enquadramentos. O juiz, como órgão da plenitude jurisdicional, pode condenar, apesar do pedido de absolvição, e aplicar pena mais grave do que a postulada (artigos 383 a 385).

VIII) *Falibilidade do juiz*. O Código de Processo Penal reconhece a falibilidade do juiz e mesmo de tribunal togado em acórdão unânime quanto a matéria jurídica. Assim, cabe recurso de revisão da sentença condenatória ou acórdão confirmatório até depois da morte do condenado pelo pressuposto da inobservância da evidência da lei. Portanto, não só pelo pressuposto de grosseiro erro de fato, também de grosseiro erro de direito (art. 621, n.º I).

A multiplicidade de recursos, inclusive *ex officio*, advertências, formalidades, fiscais, assessores, ciências, vistas, citações, intimações, notificações, além da publicidade, revelam os cuidados contra erros e abusos do juiz. É a cobertura prudente para os poderes do primeiro dos sujeitos do processo, além dos deveres e responsabilidades especiais.

Nos tempos da "Justiça" absoluta a sentença "convencia" o réu, e este era condenado à "penitência". O "suspeito" era coagido à confissão pela tortura. Mesmo inocente, não podia duvidar da infalibilidade dos juizes. O juiz passou a ser o convencido, o convicto e, para tanto, precisa de conhecer o homem cada vez mais condicionado pela sociedade.

IX) *Dupla conformidade*. Assegura-se a dupla conformidade na prestação jurisdicional: juízo singular e colegiado superior e, no caso do Júri, pronunciamento em duas instâncias coletivas. Ninguém será condenado por um só juízo em instância única, salvo se se conformar com a decisão.

X) *Relatividade das provas*. Não há hierarquia das provas. Todas as provas são relativas, inclusive a confissão. Vêde os arts. 157 e 197.

XI) *Disciplina das nulidades*. Nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo. Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influido concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade. O juiz deve prover imediatamente à eliminação da nulidade, renovando ou retificando o ato irregular, se possível. Ainda que não o faça, a nulidade considera-se sanada: a) pelo silêncio das partes; b) pela efetiva consecução do objetivo visado pelo ato, não obstante sua irregularidade; c) pela aceitação, ainda que tácita, dos efeitos do ato irregular.

Foi superada "a formalística ridícula de chicanas e rabulices, a anulação de processos até porque não consta dos autos ter o beleguim tocado o badalo ao abrir a audiência ou não ter o escrivão copiado os termos do formulário com todos os seus pontos e vírgulas" (VIVEIROS DE CASTRO). A supressão do *excesso* de formalismo não afeta o formalismo, o processo mesmo.

5. *Sistemas processuais*. No sistema inquisitório inerente aos velhos e novos absolutismos, o juiz acumula a função de acusador contra a regra — *ne procedat iudex ex officio*; a ação pode ter início até mediante delação anônima; a defesa é limitada e vinculada; a prova é tarifada; a prisão preventiva é a regra. O sistema acusatório caracteriza-se pela oralidade, pela publicidade, pela exigência de acusador diverso e distinto do juiz (*nemo iudex sine actore*) que se ache acima das partes; pela regra da liberdade até a condenação definitiva e, portanto, pela excepcionalidade da prisão preventiva. O sistema processual brasileiro é acusatório. Perdura, porém, exceção: a iniciativa da ação pelo juiz, embora circunscrita ao processo sumário para contravenção e logo restituída ao Ministério Público e com a garantia do contraditório *ab initio* e a luz da publicidade. Mesmo nesse caso, o juiz não é o *dominus* da ação. Portanto, o juiz não é, ele mesmo, o acusador, como no processo inquisitorial. Sua iniciativa participa, excepcionalmente, da atividade jurisdicional exercida por pessoa distinta e diversa. É um caminho brasileiro para controle judicial, inicial e direto, sem os males do juzado

da instrução e sem o administrativismo do processo monitorio, da oblação voluntária, do processo por decreto nas "pequenas infrações". O gênio brasileiro repudiou sempre o processo instrumental e mediador e procura, cada vez mais, o essencial e o finalístico.

6. *Norma processual penal.* A distinção entre a norma penal e as demais sanções jurídicas só se torna inconfundível quando a aplicação cabe a juiz, segundo regras peculiares de processo. Não basta a cominação de pena. Outras normas jurídicas irrogam pena, inclusive prisão. Há até norma penal sem pena e mesmo sem crime (arts. 14 e 27 do Código Penal).

A norma processual penal, pela natureza da função jurisdicional e das relações que disciplina, é de direito público.

É *comum*, quando abrange todos os sujeitos que se achem em sua esfera de aplicabilidade, e *especial*, quando tal esfera é limitada, *intuitu personae* ou *ratione materiae*; é *geral*, quando obedece aos princípios de um mesmo sistema processual, e *singular*, quando dêle se afasta, contra *temnore rationis*, *propter aliquam utilitatem*; é *permanente*, quando vige por tempo indeterminado, e *temporária*, quando vige por tempo determinado, e, *excepcional* quando vige em certas conjunturas, como guerra, revolução, calamidades, etc.

A regra é a aplicação da lei vigente no lugar do crime (*locus commissi delicti*). *Ubi facinus admissum ibi est poena plectendum*.

A lei processual penal aplica-se imediatamente (*tempus regit actus*), mas, a bem da economia processual, continuam válidos os atos realizados sob a vigência da lei anterior. A lei processual penal comporta interpretação extensiva, aplicação analógica e a potencialidade normativa suplementar dos princípios gerais de direito (art. 3.º). Em caso algum, a extensão e a analogia poderão restringir a liberdade, que é a regra democrática. As exceções não de ser sempre expressas e exclusivas, sobretudo quando afetam direitos e garantias individuais. Para participar do império da norma expressa, a extensão e a analogia não de manter com esta relação de homogeneidade. Se não há solução analógica (*similibus ad similia*), o juiz recorrerá aos chamados princípios gerais de direito. Assim, ele não pode repetir o *non liquet* do pretor romano.

7. *Ação penal.* No direito brasileiro, o chamado *jus puniendi* e o *jus actionis* constituem direitos subjetivos e substantivos. O direito à ação com sua titularidade é substantivo (arts. 102 e 107 do Código Penal). A forma, isto é, o processo para o exercício desse direito consta da lei adjetiva que ritualiza a ação. Em geral, no Código de Processo Penal. Tal ação obedece a qual *processo*. A palavra processo de *procedere* exprime mecanismo em movimento. Na linguagem forense diz-se mover ação, andar, correr, ação em curso, etc. O direito à ação pertence, em regra, ao poder executivo. Há exceções (ação privada). O direito de punir, como o de absolver, cabe ao poder judiciário. Mediante a ação pública, o poder executivo exerce, não o direito de punir, mas o de fazer punir, sujeitando a acusação ao órgão jurisdicional. É o que também faz o indivíduo mediante a ação privada. E a tanto reduz-se a *voluntas quaerelandi*.

O Ministério Público representa o poder executivo, como parte *sui generis*, obrigada à imparcialidade para que o culpado seja punido (*impunitum non relinquitur facinus*) e o inocente não seja condenado (*innocentem non condemnari*). Por isso, o Ministério Público que, antes e acima de parte, é promotor e fiscal da execução da lei (art. 257 do Código de Processo Penal), será mesmo "promotor de justiça", quando, justificadamente, deixar de promover a ação penal ou de recorrer, pedindo absolvição, etc. Ora, se é o órgão da lei e fiscal de sua execução, e a lei determina a absolvição em certos casos, quando ocorrer qualquer dêles, o promotor público, não somente pode, como deve, exatamente para a execução da lei, demonstrar a inocência e pedir a absolvição.

Ainda quando privada a ação, predomina o interesse público em seu exercício para o emprego das armas legais contra as retaliações.

O julgamento e não a ação, é divisível (arts. 48, 413, § único, 461).

Nem o Ministério Público, nem o querelante pode incluir ou excluir conorrentes ou processá-los em separado, todos abrangidos pela fórmula monística do art. 25 do Código Penal (arts. 49 e 51).

O Ministério Público tem o mesmo poder de *requisição* atribuído ao juiz (arts. 5.º n.º II, 47), funcionando com autoridade e independência, quer em relação ao juiz, quer em relação à autoridade policial.

DIREITO EXTRADICIONAL

LEOPOLDO BRAGA

SUMÁRIO: 1 — Extradicação. Significado jurídico. Origem etimológica do termo. De quando data o seu uso oficial. 2 — Diversidade de definições. Confronto e crítica. 3 — A extradicação em face da doutrina penal. Princípios da territorialidade e da extraterritorialidade ou ultraterritorialidade da lei penal. 4 — Conceito jurídico da extradicação. Seus pressupostos. 5 — Problema da legitimidade ou ilegitimidade da extradicação. Controvérsias doutrinárias. 6 — Fundamento filosófico-jurídico da extradicação e justificativa de sua legitimidade. 7 — Resenha histórica. 8 — Posição técnico-científica da extradicação no quadro das ciências jurídicas. 9 — Extradicação e expulsão. Diferenças entre os dois institutos. 10 — Questões doutrinárias suscitadas em tema de extradicação. Teses da *obrigação (dever jurídico)* e do *ato facultativo*. 11 — Da competência para pedir a extradicação. Seus pressupostos e sua extensão. Regras do Código de Direito Internacional Privado e da legislação penal brasileira. 12 — Da competência em relação ao Estado requerido, ou de refúgio. Extensão e limites. 13 — Pessoas passíveis de extradicação. Situações especiais, concernentes à condição particular do refugiado, bem como à nacionalidade do extraditando. O princípio da *não-extradicação dos nacionais* do Estado requerido e as controvérsias a respeito suscitadas, na doutrina e na prática internacional. Posição do problema no Brasil, em face do nosso direito constitucional e das leis locais sobre extradicação. Opiniões favoráveis e contrárias à extradicação dos nacionais do Estado requerido. 14 — Ato passíveis de extradicação. Requisito da *importância e gravidade* deles. Exceções geralmente reconhecidas. *Crimes políticos*. Regras de direito internacional e de direito interno a respeito. 15 — Conceito de *crime político*. Elaboração doutrinária. Concepção jurídica belga: "*a cláusula de atentado*". Regras para a caracterização do *crime político*. Pronunciamentos de juristas estrangeiros e nacionais. 16 — Opiniões e juízos favoráveis ao princípio da *não-extradicação dos delinquentes políticos*. 17 — Opiniões e juízos contrários. 18 — Os chamados "*delitos políticos relativos*" ou "*infrações mistas*"; *crimes conexos* e *crimes políticos complexos*. Conceituação das espécies e distinção técnico-jurídica entre elas. Tendência para excluir da extradicação esses ilícitos penais. Divergências opinativas. Tentativas e fórmulas de conciliação. Sistema da *predominância* ou do *fato principal*. Orientação do direito brasileiro. 19 — Competência para determinar o caráter da infração. Regras do Instituto do Direito Internacional e do Projeto de Código do Direito Internacional Público de EPITÁCIO PESSOA. 20 — *Crimes militares*. *Delitos de imprensa* e *de opinião*. *Delitos especiais*. *Infrações fiscais*. 21 — Novas espécies ou categorias de infrações em face do direito extradicional. *Delitos anti-sociais*. *Crimes de guerra, contra a paz e contra a humanidade*. *Genocídio e colaboracionismo*. *Guerra psicológica e guerra revolucionária*. 22 — As hipóteses da *tentativa* e da *cumplicidade*. 23 — A questão de saber se é lícito ao Estado requerente julgar ou punir o extraditando por delito diverso do que motivou a extradicação. Sistemas francês, belga e norte-americano. Predominância da tese chamada "*da interpretação restritiva*", "*da especialidade*" ou "*do ato limitativo da extradicação*". 24 — Súmula e exame dos principais requisitos, condições ou pressupostos

para a admissibilidade da extradição. 25 — O processo da extradição. Questões de competência e jurisdição. Via diplomática e ação governamental direta. Sistema administrativo, sistema judiciário e sistema misto. Orientação jurídica brasileira. 26 — Atual legislação ordinária brasileira sobre extradição (Título VI do Decreto-lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969 — arts. 87 a 103).

1 — *Extradição* (do latim *extraditio*: ação de levar de um lugar para outro), em seu significado jurídico, é o ato pelo qual o governo de um Estado entrega ao de outro, que o solicita, um indivíduo condenado ou apenas acusado pela prática de crime cometido no território deste último, a cuja jurisdição deve ser submetido para cumprimento de pena ou processamento criminal.

No que concerne à etimologia do vocábulo, opinara NICOLINI que o mesmo se teria derivado de *extra dictionem*, ou seja *jurisdictio extra territorium*. Julga, no entanto, PESSINA que melhormente se deverá havê-lo como derivado de "*ex traditione*" ou seja *traditio extra territorium*.

O uso da palavra "*extradição*" data de época não remota na história do direito. Segundo informa CALVO, é uma expressão moderna; e diz MANUEL J. SIERRA, que o termo teria sido empregado, pela primeira vez, em documento oficial, pelos franceses, num decreto de 1791 (1).

2 — Muitas são as definições que desse instituto jurídico têm sido formuladas pelos autores — penalistas e internacionalistas — estrangeiros e nacionais.

Na definição de GARRAUD a extradição "é o ato pelo qual um Estado, em cujo território se refugiou um condenado ou acusado, de outro país, o entrega ao Estado que tem competência para julgá-lo ou puni-lo" (2). Segundo CALVO, "é o ato pelo qual um governo entrega um indivíduo acusado de um crime ou delito cometido fora de seu território, a um outro governo, que o reclama para fazê-lo julgar e punir" (3). Em sua clássica definição, considera BEAUCHET a extradição "o ato pelo qual um Estado entrega a outro Estado, competente para julgá-la e puni-la, uma pessoa iniciada ou reconhecida culpada de uma infração cometida fora do território onde se refugiou" (4). Conceitua-a COELHO RODRIGUES como sendo "o ato de vontade soberana de um Estado que entrega à justiça repressiva de outro Estado um indivíduo, por este perseguido e reclamado, como acusado ou já condenado por determinado fato sujeito à aplicação da sua lei penal" (5). No entendimento de GALDINO SIQUEIRA a extradição se pode definir como o ato pelo qual "o Estado entrega um indivíduo, indiciado, pronunciado ou con-

(1) CARLOS CALVO, *Le Droit International Théorique et Pratique*, 5.^a ed. franc., Paris, 1896, vol. 2.º, pág. 453, nota 1; MANUEL J. SIERRA, *Tratado de Derecho Internacional Público*, México, 1947, pág. 193.

(2) R. GARRAUD, *Compêndio de Direito Criminal*, trad. port. de A. T. Menezes, Lisboa, 1913, vol. 1.º, pág. 154.

(3) CARLOS CALVO, op. cit., vol. 2.º, pág. 453.

(4) BEAUCHET, *Traité de l'Extradiction*, Paris, 1899, pág. 453.

(5) MANOEL COELHO RODRIGUES, *A Extradição no Direito Brasileiro e na Legislação Comparada*, Rio de Janeiro, 1930, vol. 1.º, pág. 3.

denado por infração da norma penal, a um outro Estado, espontaneamente, ou mediante reclamação d'este, porque é competente para julgá-lo e puni-lo" (6). Ensina JOSÉ MENDES que "extradição é o ato pelo qual o Estado, em cujo território está refugiado um condenado ou um inculgado, entrega-o ao Estado que tem competência para fazê-lo cumprir a pena ou processá-lo e julgá-lo" (7). LOUIS CAVARÉ opina que "l'extradiction constitue une procédure pénale internationale inspirée par la solidarité interétatique, en vertu de laquelle, l'État livre à un autre État un délinquant, ressortissant de ce dernier, qui se trouve sur son propre territoire" (8). No magistério de DIENA, a extradição pode definir-se como "o ato ou procedimento mediante o qual um Estado entrega um indivíduo, que se encontra em seu território e está acusado de determinado delito, ou foi por êle condenado, a outro Estado, que obtém ou aceita a entrega para julgá-lo ou fazer cumprir uma pena já pronunciada contra o mesmo" (9). Para FAUCHILLE, "l'extradition est l'acte par lequel un État livre à la justice répressive d'un autre État un individu que celui-ci poursuit ou réclame comme suspect ou déjà convaincu d'un fait tombant sous l'application de sa loi pénale" (10). Por sua vez, HILDEBRANDO ACCIOLY define a extradição como sendo "o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo, acusado de fato delituoso ou já condenado como criminoso, à justiça de outro Estado competente para o julgar e punir" (11).

Como se vê, no plano das definições, a primeira divergência conceptual acêrca do instituto juridico-político da extradição, que se evidencia entre os autores, em geral, é a que concerne ao problema de ser, ou não ser, *condição* a êle inerente o prévio *pedido* ou *reclamação*, por parte do Estado competente interessado, para a entrega do extraditando. Muitos estudiosos, ao definirem a extradição, silenciam quanto a êsse requisito. Outros, como GIULIO DIENA, deixam subentendida a admissão da tese do ato de *entrega espontânea* do delinqüente por um Estado a outro Estado, que a "*aceita*" (*sic*). E há, ainda os que, como GALDINO SIQUEIRA, admitem e mencionam expressamente a *espontaneidade* do ato de entrega, por participarem da opinião de LANZA, segundo a qual "può accadere che il governo del paese, in cui un colpevole se è refugiato, di sua iniziativa lo faccia arrestare e ne offra la consegna allo Stato interessato, che l'accetta" (12). Há, finalmente, os que, ao revés, consignam, formal e explicitamente, em suas definições, a aludida *condição* do *reclamo* prévio, como acabamos de ver.

(6) GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1932, vol. 1.^o (Parte Geral), pág. 111.

(7) JOSÉ MENDES, *Direito Internacional Público*, São Paulo, 1913, pág. 403.

(8) LOUIS CAVARÉ, *Le Droit International Public*, Paris, 1951, vol. 1.^o, pág. 246.

(9) GIULIO DIENA, *Derecho Internacional Público*, trad. espanhola da 3.^a ed. italiana, por J. M. Trias de Bes y J. Quero Molares, Barcelona, 1932, pág. 342.

(10) PAUL FAUCHILLE, *Traité de Droit International Public*, 8.^a ed., Paris, 1922, vol. 1.^o, 1.^a parte, n.^o 455, págs. 987 a 990.

(11) HILDEBRANDO ACCIOLY, *Tratado de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, 1933, vol. 1.^o, pág. 516.

(12) LANZA, *Estradizione*, n.^o 1, pág. 24; BENTO DE FARIA, *op. cit.*, páginas 14/15.

Acorde com TRAVERS no acentuar o êrro das definições que desatendem ao registo dêsse "elemento primordial" — o pedido prèvio, — por considerar que "*il n'y a pas extradition lorsqu'un État, agissant spontanément, expulse ou refoule un individu*", sustenta BENTO DE FARIA que não deve ser aceita a tese da *espontaneidade* da entrega, porquanto a mesma altera profundamente a essência do instituto da *extradição*, inconfundível com o da *expulsão*; e aduz que a doutrina exata foi, entre nós, consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no Acórdão n.º 74, de 27 de janeiro de 1930, *in verbis*:

"Considerando que nos sistemas jurídicos como o nosso a extradição exige um *pedido prèvio*, formalmente manifestado, de modo claro, circunstância essa que não autoriza ao Estado a *espontaneidade* de ação..." (13).

COELHO RODRIGUES, por seu turno, critica a definição de BEAUCIET na parte em que alude à infração "*cometida fora do território onde se refugiou*", por considerar tais palavras supérfluas (14). A censura, como se vê, é de aplicar-se, por igual, à definição de CALVO.

3 — Conquanto na maioria das legislações penais contemporâneas, dos diferentes Estados, prepondere o sistema da *territorialidade* da lei penal, como atributo natural do *princípio da soberania*, observa-se, contudo, nas legislações mais modernas, uma acentuada predominância do sistema *misto*, que consiste, como explica o douto GALDINO SIQUEIRA, em temperar o princípio da *territorialidade* da lei penal com o de *nacionalidade* (ou *pessoal*) e com o princípio *real*.

Assim, a chamada *extraterritorialidade* da lei penal aparece e atua, como *exceção* à regra geral, em casos e situações especiais, por imperativos acateltórios do interesse nacional contra crimes praticados no estrangeiro, ou, ainda, como medida de interesse internacional, com o sentido de cooperação dos Estados, entre si, para o bom êxito da obra comum de repressão internacional à criminalidade.

Ensina o festejado penalista brasileiro que a tendência das nações modernas é a de ampliar a *ultraterritorialidade* da lei penal e acentua que a extradição vem a ser um dos meios por que se torna ela efetiva (15).

4 — Em explanação sôbre o *conceito de extradição*, assim se expressou, entre nós, ANOR BUTLER MACIEL, no seu livro especializado sôbre o assunto:

"Prevalece em direito penal, seja interno, seja internacional, o princípio da *territorialidade*, isto é, de que a lei penal é aplicável aos crimes praticados no território do Estado que a ditou.

Os casos de *extraterritorialidade* da lei penal são excepcionais, visando ao acateltamento contra os crimes praticados no estrangeiro, que ofendem interesses vitais dos Estados. Assim, ex-

(13) BENTO DE FARIA, *op. cit.*, pág. 15.

(14) COELHO RODRIGUES, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 5.

(15) GALDINO SIQUEIRA, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 111.

traordinariamente, as legislações penais modernas combinam o princípio da territorialidade com o princípio real ou da defesa, cogitando da punição de certos crimes praticados no estrangeiro.

Mas, em geral, cada Estado se declara competente para julgar e punir os autores de crimes cometidos em seu próprio território, seja qual for a nacionalidade do delinqüente.

Acontece, porém, que alguns criminosos, fugindo do processo penal ou da pena que lhes foi imposta, atravessam as fronteiras e buscam refúgio sob outras bandeiras. Em tais casos, modernamente, para evitar a impunidade, cooperando na luta universal contra o crime, convieram os Estados na entrega dos delinqüentes, para serem julgados. Tal cooperação internacional assumiu, nos últimos séculos, forma de direito e é praticada pelas nações civilizadas" (16).

O conceito jurídico de extradição, no dizer de JOSÉ MENDES, pressupõe, no Estado requerente, competência para processar e julgar o extraditando ou para fazê-lo cumprir a pena já imposta. Pressupõe também concurso de vontades dos dois Estados — requerente e requerido. Pressupõe, ainda, o reconhecimento do interesse recíproco de ambos os Estados na defesa mundial contra o crime. E implica, a seu ver, a *negação do direito de asilo* (17).

5 — No âmbito das especulações filosófico-jurídicas, muito têm discutido os juriconsultos acêrca da *legitimidade* da extradição, uns para negá-la, outros para afirmá-la. Os primeiros, conforme explica FAUCHILLE, levando ao extremo a idéia da proteção da liberdade humana, contestam a *legitimidade* da extradição, por julgarem que todo homem tem o direito de buscar um asilo onde melhor lhe convenha e de pôr-se ali a resguardo da justiça por êle ofendida, sem que o soberano do lugar dêsse asilo possa retirá-lo do mesmo. Para êsses, em cujo número se incluem LORD COKE, MÈGE, G. F. DE MARTENS, PINHEIRO FERREIRA, SAPEY etc., representaria um ato de barbárie perseguir-se em todos os cantos do mundo o culpado fugitivo da justiça. O Estado de refúgio nada tem que ver com as infrações cometidas nos outros países e não se deve ocupar senão dos crimes que atentem contra a sua ordem social, cumprindo-lhe, pois, respeitar a liberdade do estrangeiro fugitivo, contanto que êle próprio respeite as leis do país onde esteja refugiado; e não tornar-se cúmplice da nação estrangeira, ajudando-a a apoderar-se daquele a quem deseja punir. Mas essa opinião — remata aquêle eminente tratadista francês — é geralmente repelida. A legitimidade da extradição é admitida hoje pela maior parte dos publicistas. Já no século XVI a justificara BODIN; e no mesmo sentido se manifestaram GROTIUS, HEINECCIUS, BURLAMAQUI, VATTEL, etc. Nos tempos modernos é essa a doutrina geralmente abraçada pelos mais ilustres escritores, tais como BEAUCHET, BERNARD, BILLOT, BLUNTSCHLI, BOMBOY e GILBRIN, CALVO, DESPAGNET-DE BOECK,

(16) ANOR BUTLER MACIEL, *Extradição Internacional*, Rio de Janeiro, 1957, pág. 3.

(17) J. MENDES, *op. cit.*, pág. 403.

SAINT-AUBIN, VAZELHES, WEISS etc., embora não haja entre eles identidade de motivos e de argumentos para a sustentação de seus pontos de vista favoráveis ao princípio da legitimidade da extradição (18).

FABO JUNIOR invoca, outrossim, a opinião de BECCARIA, de ser a extradição um preventivo contra o crime, não dando esperança ao criminoso de achar um lugar em que encontre a impunidade; e salienta que quase todos os escritores modernos e contemporâneos são favoráveis a esse instituto, embora não estejam de acôrdo quanto ao seu fundamento (19). DIENA o reputa "o ato mais importante que os Estados civilizados realizam para prestar-se mutuamente ajuda na administração da justiça penal" (20). ACCIOLY opina que a legitimidade da extradição pode justificar-se: 1.º, por uma consideração de justiça, segundo a qual um individuo não tem o direito de subtrair-se às conseqüências do crime que houver cometido; 2.º, pelo dever de solidariedade dos Estados contra o crime; 3.º, pelo interesse que têm os Estados em que, por toda parte, a ordem social seja mantida, as leis sejam obedecidas, a justiça seja respeitada (21). O Marquês de OLIVART afirma que, já hoje, nenhum autor sério se atreve a negar em absoluto a possibilidade e a justiça da extradição (vale dizer, a sua legitimidade); mas apenas se permitem alguns afirmar que a decisão de concedê-la é completamente livre às nações, sem embargo de ser a concessão um ato de cortezia internacional (22).

6 — No que concerne ao fundamento da extradição — substrato moral ou politico-filosófico de sua legitimidade — delinam-se entre os autores várias concepções ou correntes doutrinárias.

Assim, na concepção de PASQUALE FIORE, esse fundamento reside no *dever moral* de assistência que vincula dois Estados entre si, na coexistência internacional, a fim de protegerem seus interesses comuns e a conservação da própria sociedade internacional. Observa que "os Estados, impelidos por tendências naturais e por necessidades recíprocas a viver em sociedade, são obrigados a praticar, uns para com os outros, tudo aquilo que possa ser necessário à saúde da sociedade e ao interesse comum". Após explicar que esse dever assume, em suas manifestações, formas mui variadas, que podem ser classificadas em categorias gerais, e torna até, em certos casos, obrigatória a assistência mútua, diz, mais além, o preclaro internacionalista: "Deve-se considerar como fundada nesse mesmo *dever moral* de assistência mútua a obrigação, que incumbe aos Estados, de entregar o malfeitor a seu juiz natural". Preleciona FIORE que, contrariamente à falsa idéia, outrora dominante, de que os Estados podiam viver indiferentes uns aos outros e seguir, sem perigo, uma política de isolamento e de egoísmo, em razão da qual a entrega dos malfeitores fugitivos de outros Estados não era considerada obrigatória, salvo nos casos em que a isso fôssem compelidos pelos ditames de

(18) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.ª parte, pág. 990.

(19) LUIZ P. F. DE FABO JUNIOR, *Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1960, pág. 224.

(20) DIENA, *op. cit.*, pág. 342.

(21) ACCIOLY, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 516.

(22) MARQUÊS DE OLIVART, *Derecho Internacional Público*, 5.ª ed., Madri, pág. 105.

um tratado, prevalece hoje a doutrina, a seu ver, mais verdadeira, de que, embora não possa um Estado *exigir* de outro a entrega de um malfeitor que se tenha refugiado em seu território, na falta de um tratado especial de extradição, todavia, o Estado em cujo território se acha o acusado tem o *dever moral* de não criar obstáculos à punição do malfeitor, e se acha, pois, na obrigação de puni-lo ou entregá-lo. Nestas condições, — conclui o ilustre professor da Universidade de Nápoles — a regra que deverá prevalecer é a seguinte: — “Todo Estado tem o *dever* de unir, em justos limites, sua ação à da autoridade estrangeira competente, prestando-lhe ajuda e assistência para a punição do malfeitor que tenha violado as leis do país que o reclama e cuja impunidade compromete a ordem e segurança geral” (23).

Semelhantemente, ainda outros tratadistas encaram a extradição como um dever fundado no *direito natural* e, pois, além e acima da letra dos tratados. Essa doutrina remonta a HUGO DE GROTIUS, fundador do direito internacional e do próprio direito público moderno, o qual, como refere CALVO, deduzindo da *lei natural* o dever, para as sociedades, de punir os crimes dos indivíduos, qualquer que seja o lugar onde tenham sido cometidos, criou uma *obrigação alternativa* para a nação ou para o soberano em cujo território se tenha refugiado um delinqüente: puni-lo ou entregá-lo a seus juizes naturais (24). A essa corrente se filia OLIVART: — “Nosotros, que afirmamos que la demanda de extradição se basa en un verdadero *derecho natural*, cremos que aunque no exista tratado, puede pedirse y debe concederse la entrega del delinqüente” (25).

Outros publicistas fundamentam a extradição em bases de natureza *positiva e contratual*, considerando-a um *dever internacional decorrente de tratados e acordos* nascidos do espírito de cooperação internacional. Assim, para FRANZ VON LISZT, a extradição de delinqüentes fugitivos, como ato de cooperação judicial internacional, é um *dever internacional* do Estado onde o delinqüente se refugia, sempre que *se baseie em tratados especiais ou noutros acórdos* (26). Segundo PAUL FAUCHILLE, a extradição se funda num *dever de direito internacional*, que condiciona o princípio da soberania à observância aos interesses dos outros Estados e à necessidade de cooperação entre todos eles para a boa administração da justiça penal (27).

Há, outrossim, os que, como STIEGLITZ, buscam o *fundamento* da extradição no *princípio da reciprocidade*, — opinião intimamente relacionada com o conceito de “*segurança mútua dos Estados contra o crime*” (“*assurance mutuelle des États contre les crimes*”), concebido, no dizer de CALVO, pelo ministro francês ROUHER, e que o clássico tratadista argentino também adota, embora opine que, no direito, a extradição é fundada, em princípio, na equi-

(23) PASQUALE FIORE, *Nouveau Droit International Public*, 2.^a ed. franc. trad. do italiano por Charles Antoine, Paris, 1885, vol. 1.^o, págs. 535, 548 e 549.

(24) CALVO, *op. cit.*, vol. 2.^o, pág. 454.

(25) OLIVART, *op. cit.*, pág. 106.

(26) FRANZ VON LISZT, *Derecho Internacional Público*, rev. por Max Fleischmann, ed. espanhola vertida da 12.^a ed. alemã por Domingo Miral, Barcelona, 1929, págs. 318-319.

(27) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.^o, 1.^a parte, págs. 990, 991 e 993.

dade, mas, na prática, não é obrigatória, — distinção essa sobre a qual, a seu juízo, é que giram as controvérsias jurídicas (28).

À mesma corrente se filia GARRAUD: conquanto entenda que o princípio da extradição não necessita ser demonstrado, situa o seu fundamento no *interesse recíproco das nações*, que as conduz a entregar os criminosos aos seus juizes naturais, isto é, antes de tudo, aos juizes do país onde o crime foi cometido: — "*prudētis política suadet deditiōnem universam*". A extradição dos malfeteiros — diz êle — é, pois, informada pelo princípio da *reciprocidade*, e os tratados que a regem não são mais do que uma espécie de *segurança mútua* entre as nações (29).

A tese do *princípio da reciprocidade* como fundamento da extradição foi vantajosamente refutada por MAURICE TRAVERS, segundo regista COELHO RODRIGUES, com a observação de que a *reciprocidade*, de fato muitas vêzes estipulada, em nada influi na natureza mesma do ato, pois não constitui senão uma promessa para o futuro e aparece claramente destacada da própria extradição (30).

MIGUEL CRUCHAGA TOCORNAL pertence à grei dos que adotam uma concepção *mista* ou *eclética*, associando o interesse da ajuda recíproca ao dever de cooperação internacional para a repressão à delinquência, *in verbis*:

"El fundamento de la extradición debe verse, ya en los principios de asistencia mutua entre los Estados, que los obligan a tomar reciprocamente las medidas que correspondan a fin de que las jurisdicciones criminales respectivas no sean burladas; ya en la obligación que pesa sobre cada Estado de concurrir a la represión de los crimes, en homenaje y obediencia al dogma de justicia; ya en el interés que existe, en cada agrupación, de verse libre de los malos elementos que, si ayer cometieron un delito en un territorio, mañana cometerán otro, acaso, en el territorio del refugio (31)."

LUIGI OLIVI justifica a extradição como "*mezzo di adempimento dei fini delle leggi penali e in particolare per togliere gli ostacoli che altrimenti si frapponrebbero all'omaggio pratico del principio che il luogo della pena debba essere il luogo del delitto*" (32).

Entre os tratadistas brasileiros, JOSÉ MENDES adota como fundamento da extradição a *necessidade da defesa social*, através deste raciocínio silogístico:

"Não há sociedade sem direito. Não há direito sem sanção. Não há sanção sem pena. Não há pena sem instituições tendentes à administração da justiça criminal. O conceito de sociedade implica o direito de punir, fundado na *necessidade da defesa social*.

(28) CALVO, *op. cit.*, vol. 2.º, págs. 453 e 460.

(29) GARRAUD, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 156.

(30) COELHO RODRIGUES, *op. cit.*, vol. 1.º, págs. 15 e 16.

(31) MIGUEL CRUCHAGA TOCORNAL, *Nociones de Derecho Internacional*, 3.ª ed., Madri, 1923, vol. 1.º, pág. 300.

(32) LUIGI OLIVI, *Diritto Internazionale Pubblico e Privato*, Milão, 1938, págs. 88-89.

Tôdas as instituições penais têm êsse mesmo fundamento. A *extradição*, medida de cooperação jurídica na comunhão internacional; afirmação da existência de interesses comuns a proteger no seio da humanidade: expressão de solidariedade internacional dos honestos contra os inadaptáveis ao meio social; enfim, instituto de assistência mundial contra os crimes, — é uma dessas instituições inspiradas pela necessidade da *defesa social mundial*, que é o seu fundamento. Tem raízes profundas no consenso dos povos. E, conforme diz CÍCERO, "*consensus populorum lex naturae putandus est*". O fundamento da extradição é, pois, o mesmo do direito internacional de punir: é a necessidade da *defesa social internacional*" (33).

Doutrinando, outrossim, com fulcro em princípios e concepções do direito positivo, assim se externa, sôbre o tema, CLÓVIS BEVILAQUA:

"Os escritores têm discutido, longamente, se a extradição constitui uma obrigação perfeita ou um simples dever moral dos Estados. A discussão é, porém, ociosa, porque, não havendo tratado, não é possível compelir um Estado a entregar o criminoso asilado em seu território, sem violar a sua soberania, quer dizer, sem desferir um golpe cruel em sua existência de Estado; e ainda porque, posta a questão nestes termos, nenhum esclarecimento útil poderá trazer a sua solução."

.....

"Em cada país, o crime, em seu conceito legal, é uma infração da lei penal (*nullum crimen sine lege*); mas, sendo a lei uma expressão da soberania, não pode ir além dos limites desta; caracterizando-se a lei penal por sua territorialidade, o criminoso que se coloca na zona de influência de outra soberania sente-se abroquelado contra uma repressão geográfica e politicamente limitada. Por outro lado, se o crime é a infração da lei penal de um Estado, por mais danoso que lhe seja êsse ato, é indiferente aos outros, como um acontecimento que se passa em outro meio, e que lhes não concerne. O interesse, entretanto, mostrou aos Estados que a inviolabilidade do asilo concedido aos criminosos não devia ser mantida. Entregar um criminoso refugiado no território de um Estado constituía para êle — notou-se — o direito de obter igual serviço, em ocasião análoga, e essa vantagem não era para ser desprezada."

"E, assim, o instituto da extradição se organizou, como uma cooperação dos Estados para a defesa da ordem social contra o crime, para a defesa da vida jurídica, em sua luta contra a força desorganizadora da impiedade e da injustiça" (34).

(33) J. MENDES, *op. cit.*, págs. 404-405.

(34) CLÓVIS BEVILAQUA, *Direito Público Internacional*, Rio de Janeiro, 1911, vol. 2.º, págs. 123, 124, 125 e 126.

BENTO DE FARIA crê que a extradição encontra seu principal fundamento e a própria justificativa de sua legitimidade no *direito de punir*, constituindo, assim, um modo mais eficiente para certeza e estabilidade de seu exercício na ordem internacional; e assenta, por conseguinte, na *necessidade da defesa social* (35).

Do mesmo modo, GALDINO SIQUEIRA opina que a extradição corresponde à *necessidade internacional de segurança e de defesa social*; e, assim, se o Estado, em cujo território se refugia o criminoso de direito comum, não pode puni-lo, deve, como medida de prevenção e repressão, entregá-lo ao Estado que tem o direito de persegui-lo criminalmente, pois de outro modo os territórios dos diferentes Estados se tornariam lugares de refúgio para os delinquentes, e a recusa de extradição constituiria não só um ato de hostilidade para o Estado que reclama o delincente, mas também uma ofensa ao princípio de justiça (36).

7 — Referem alguns tratadistas que a extradição existe e foi praticada entre povos e nações desde a mais remota antigüidade. Em seu livro intitulado *El Derecho Internacional Público antes de la Era Christiana*, informa o Professor ISIDORO RUIZ MORENO que já no tratado de paz celebrado, há mais de 3.500 anos, no século XIV antes da era cristã, entre o faraó egípcio Ramsés II e Hattusil, rei de Khatti, havia cláusulas sobre a entrega recíproca de refugiados (37). Aponta-se, porém, como primeiro caso conhecido o da exigência, pela tribo de Israel à de Benjamim, de entrega dos assassinos de u'a mulher de Efraim. Entre os judeus — anota CALVO — vemos a tribo de Israel exigir à tribo de Benjamim a entrega dos homens de Gabba, que nela se tinham refugiado depois de haver cometido um crime; e os israelitas entregarem Sansão aos filisteus (38). Na Grécia, os lacedemônios declaram a guerra aos messênios por se terem estes recusado a entregar-lhes um assassino. Os atenienses prontificam-se a entregar os indivíduos que se refugiaram em seu território depois de haverem atentado contra a vida de Felipe da Macedônia. Na maior parte dos autores gregos, ainda segundo CALVO, é encontrada a questão da extradição dos escravos foragidos e dos transfugas (39).

Observa, porém, o eminente tratadista que na antigüidade a extradição não correspondia à aplicação de um princípio de direito internacional; antes, na maioria dos casos, não se realizava senão sob a influência de ameaças e violências, por isso que não se inspirava na solidariedade entre os povos. A compreensão da existência de interesses comuns entre eles se manifestou mui tardiamente entre as nações, que, durante muitos séculos isoladas e inimigas entre si, apenas mantinham contatos nos campos de batalha. Os pri-

(35) BENTO DE FARIA, *op. cit.*, págs. 18 e 19.

(36) GALDINO SIQUEIRA, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 111.

(37) ISIDORO RUIZ MORENO, *El Derecho Internacional Público antes de la Era Christiana*, Buenos Aires, 1946, págs. 357 e 521.

(38) CALVO, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 467.

(39) CALVO, *op. cit.*, vol. 2.º, pág. 467.

meiros traços de normas concernentes à extradição só aparecem na legislação romana (40).

Outro grande obstáculo à prática da extradição nos tempos antigos e na idade média foi a instituição do *asilo*. O sentimento religioso levava ao mais alto grau o respeito ao chamado *direito de asilo*, como o evidenciam e documentam assentos bíblicos e fartos subsídios históricos. Os judeus chegaram a instituir *idades de refúgio*, que acolhiam e resguardavam os homicidas involuntários, de qualquer origem e procedência, como se vê nos 4.^o e 5.^o Livros do *Pentateuco* (*Números e Deuteronômio*), atribuídos a Moysés, e no Livro de Josué. Entre os gregos o asilo religioso se praticava nos templos dos seus deuses e em Roma também nos templos e nos palácios dos *divinos* imperadores e até junto às estátuas dos mesmos. Naqueles recuados tempos da civilização os povos, em geral, conferiam caráter sagrado ao direito de asilo, apoiado na religião e na clemência dos soberanos. A princípio, os lugares de refúgio acolhiam os desgraçados, os fracos, os perseguidos, os fugitivos de derrotas, os reis destronados, os exilados, os autores de crimes praticados por imprudência; mas a impossibilidade de uma seleção fez com que os verdadeiros malfetores lograssem, também, freqüentemente, acobertar-se com a inviolabilidade dos lugares sagrados e, por fim, não mais sendo possível distinguir os criminosos dos simples oprimidos, a impunidade decorrente dos *asilos* se tornou, no dizer de CALVO, uma fonte de abusos (41).

No período medieval, a predominância do espírito religioso favoreceu, outrossim, a prática do direito de asilo, passando a ser os altares das igrejas e os conventos lugares de refúgio e asilo dos criminosos. Tais foram os abusos a que tal prática deu causa, que o Papado promulgou *bulas* restringindo o direito de asilo (42). Segundo o testemunho de historiadores e juristas estudiosos do assunto, os juriconsultos romanos não cogitaram da extradição, tanto mais quanto o seu direito penal não admitia êsse instituto, pois os acusados podiam, ao invés de cumprir a pena, exilar-se voluntariamente; e, assim, se a lei permitia o exílio voluntário, coerentemente não podia cogitar da devolução do criminoso refugiado em território estrangeiro (43). Todavia, como já foi dito acima, é na legislação romana, segundo informa CALVO, que se encontram os primeiros traços de normas concernentes à extradição: quando um cidadão romano havia delinqüido contra um estrangeiro e êsse ato punha em risco a paz com um povo amigo, era o delinqüente conduzido perante um tribunal especial, denominado "*dos recuperadores*", o qual decidia se o mesmo devia, ou não, ser entregue ao Estado de que era súdito o ofendido. Essa entrega se operava sem qualquer dificuldade quando a ofensa fora cometida não apenas contra um súdito, mas contra um Estado estrangeiro. De fora parte, porém, as mencionadas hipóteses e, principalmente, os casos de crimes públicos, não se pode dizer, auto-

(40) CALVO, *op. cit.*, vol. 2.^o, pág. 467.

(41) CALVO, *op. cit.*, vol. 2.^o, pág. 467.

(42) HUGO CABRAL DE MONCADA, *O Asilo Interno em Direito Internacional Público*, Coimbra, 1946, págs. 10-11.

(43) BUTLER MACIEL, *op. cit.*, pág. 7.

rizadamente, que os Romanos houvessem praticado a extradição de modo constante e regular (44).

Segundo SIERRA, os primeiros tratados de extradição aparecem a partir do século XII, iniciando-se com o celebrado entre a Inglaterra e a Escócia. Aplicavam-se, a princípio, aos criminosos políticos, aos hereges e aos imigrados; mais tarde aos desertores e, finalmente, a partir da segunda metade do século XIX, apenas aos criminosos comuns, com exclusão dos outros (45). Opina J. MENDES que o uso da extradição começou no século XVI, na Europa, mas só a partir do século XVIII é que a instituição se generalizou e assumiu o caráter estável (46).

8 — No que concerne à posição do instituto da extradição no quadro das ciências jurídicas, registam-se certas divergências opinativas entre os autores. Pensam alguns que, por tratar-se de matéria que diz respeito mais direta e fundamentalmente *aos indivíduos*, deve a extradição pertencer à área do direito internacional privado. Liga-se, de certo modo, essa opinião à doutrina, atribuída a PILLET, segundo a qual o próprio direito penal internacional é um ramo do direito internacional privado; — doutrina essa que granjeou inúmeros seguidores e veio até a prevalecer e ser adotada no Primeiro Congresso Jurídico Brasileiro, reunido, em agosto de 1908, no Rio de Janeiro. Alegam os partidários da aludida corrente, como anota BUTLER MACIEL, que o seu ponto de vista se justifica: a) pelo *sujeito*, que, na extradição, é o indivíduo, quando o sujeito, no direito internacional público, é sempre o Estado; b) pelo *objeto*, visto não estar em jogo o interesse das nações, mas a aplicação da lei a determinado indivíduo (47). Em reatuação a tal entendimento, dizem MORENO QUINTANA e BOLLINI SHAW que os seus defensores esquecem que o *indivíduo* é apenas o *objeto* da extradição, e que são os Estados — sujeitos do direito internacional público — que a realizam (48). Por outro lado, cabe, igualmente, replicar-se que, na melhor doutrina, hoje vitoriosa e dominante no direito internacional público, não só os Estados são os *sujeitos* desse direito, mas também podem sê-lo outras pessoas, dentre elas o *indivíduo*, o *homem*, como destinatário, que é, de muitas de suas normas (49). O preclaro internacionalista ANTONIO SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, classificando a extradição como um instituto do *direito processual internacional*, enquadrou-a, por isto mesmo, no campo do direito internacional privado, consoante o exposto na introdução ao seu *Projeto de Código de Direito Internacional Privado*, *in verbis*: — “Na nossa opinião, para que as leis penais correspondam ao direito internacional público, é necessário defini-lo de maneira que em seu conceito fundamental

(44) CALVO, *op. cit.*, vol. 2.º, págs. 467 e 468.

(45) SIERRA, *op. cit.*, pág. 194.

(46) J. MENDES, *op. cit.*, pág. 406.

(47) BUTLER MACIEL, *op. cit.*, pág. 7.

(48) LUCIO M. MORENO QUINTANA e CARLOS M. BOLLINI SHAW, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, 1950, pág. 157.

(49) LEOPOLDO BRAGA, *O Homem nas Relações Internacionais*, Bahia, 1939, págs. 136 a 154; *idem*, *Da Evolução do Conceito de Pessoa Internacional*, Rio de Janeiro, 1944, págs. 33 a 35.

caibam ao mesmo tempo instituições de índole tão diversa como as regras aplicadas à guerra entre dois ou mais Estados e o castigo aplicável aos indivíduos que falsificam em território estrangeiro moeda nacional. Quando se trata de castigar um delito cometido num país estrangeiro, a pergunta que se formula é a seguinte: alcançará a competência legislativa do Estado em que o delito se cometeu, o delinqüente, ou estará submetido o delito à competência preferente de outra soberania? Isto é, sob o ponto de vista das relações internacionais, o problema fica resolvido fixando-se os limites da lei no espaço. Sobre a *extradição* o mesmo problema se suscita, fazendo vacilar até os mais convencidos. Na extradição tem-se o hábito de ver o que principalmente fere a mente, as suas formas; e prescinde-se do que na realidade interessa, para classificá-la cientificamente na sua essência e no seu objeto. Os documentos com os quais um país solicita a outro a entrega de um réu presumido ou de um condenado, transmitem-se ordinariamente pela via diplomática e, às vészes, passam e resolvem-se sem a intervenção dos tribunais de justiça da nação requerida e solicitada. E êsse acôrdo diplomático e essa intervenção dos Estados mediante seus organismos políticos parecem afastar a idéia de que se trata de simples questões relativas à aplicação internacional das leis. Sem embargo, não haveria ninguém que considerasse uma instituição de direito internacional público o mandato entre particulares, porque o instrumento, que o contém, necessita, para ser considerado autêntico, de um país para outro, de legalização dos ministérios ou secretarias de Estado, ou dos funcionários diplomáticos ou consulares. O simples fato de que o Estado se serve unicamente dos seus organismos internacionais para transmitir um pedido de extradição e fazê-lo executar, ou para dar autenticidade a uma assinatura, não modifica o *caráter* daquilo que se pede ou do que contém o documento particular. A extradição não é mais do que um meio de fazer conduzir o réu ao seu juiz competente para que seja possível impor-lhe o castigo indicado na lei que também se tenha por competente. Os Estados auxiliam-se dessa maneira para tornar efetiva, em matéria penal, a jurisdição de seus tribunais; e o fato de porem seus meios de caráter político ao serviço do direito, não interfere na classificação metódica dêste. A extradição, com formas públicas ou sem elas, corresponde, por sua essência e pelo seu objeto, ao *direito processual internacional*, que é uma seção do *direito internacional privado*" (50). Na conformidade dêsse entendimento, o chamado *Código Bustamante*, ou seja a *Convenção de Direito Internacional Privado* firmada em Havana, a 20 de fevereiro de 1928, por ocasião da Sexta Conferência Internacional Americana, ratificada pelo Brasil a 25 de junho de 1929 e promulgada pelo Decreto n.º 18.871, de 13 de agosto do mesmo ano, considerou a extradição um instituto do *direito processual internacional privado*.

Em discordância com essa orientação, assim se manifestou COELHO RODRIGUES:

(50) ANTONIO SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, *Introdução ao Projeto do Código de Direito Internacional Privado*, in *Pandectas Brasileiras*, de EDUARDE ESPÍNOLA, vol. 2.º, Primeira e Segunda Partes, primeiro semestre de 1927, Rio de Janeiro, 1927, págs. 358-359.

"De acôrdo com a lição dos doutos patricios como CLÓVIS BEVILAQUA e LAFAYETTE apoiado em internacionalistas do estôfo de LISZT, HEFFTER, BLUNTSCHLI, BONFILS, DESPAGNET, MÉRIGNHAC, FIORE, CALVO, e abraçada *post magnum bellum* por FAUCHILLE e TRAVERS, no seio daquele Congresso de 1908" (refere-se ao Primeiro Congresso Jurídico Brasileiro, reunido no Rio de Janeiro) "sustentamos que o *direito penal internacional* era parte integrante do direito público internacional"... "Somos ainda infenso... à doutrina de que há um *direito processual internacional*, nêle incluso o *extraditional*, puramente jurisdicional e absolutamente apartado de qualquer dos ramos do direito internacional, público, privado ou penal, como se possível fôsse admitir sanção sem direito, prática sem teoria, acessório sem principal, adjetivo sem substantivo ou zero sem unidade. Eis porque logo de início proclamamos que o *direito extraditional* é um dos ramos do *penal internacional*, regulador do dever da assistência internacional contra o crime, inerente a todo Estado culto, independente e soberano" (51).

CLÓVIS BEVILAQUA, por sua vez, após judiciosa explanação a respeito do assunto, assim conclui:

"Estas considerações, ao passo que mostram a verdadeira função internacional da extradição, indicam bem claramente que o seu pôsto é no direito internacional público, e não no privado, como entendem alguns juriconsultos dos mais egrégios"... Afigura-se-me um êrro de classificação colocar a extradição, como, em geral, o chamado direito penal internacional, entre as matérias constitutivas do direito internacional privado" (52).

No mesmo rumo se encarreira HILDEBRANDÓ ACCIOLY, ao observar que, se, sob certos aspectos, pode a matéria da extradição ser considerada como pertencente ao direito internacional privado, "é incontestável que abrange relações de ordem pública, de Estado a Estado, pelo que deve figurar no direito internacional público, tanto mais quanto o homem, tomado individualmente, segundo modernas concepções jurídicas, goza de personalidade internacional" (53). Esta nos parece a melhor, a mais correta doutrina.

9 — Sem embargo das analogias ou pontos de contato que, entre si, apresentam, a *extradição* e a *expulsão* configuram institutos completamente distintos e inconfundíveis. Acentuando essa distinção, observa BUTLER MACIEL que na expulsão o Estado age no seu exclusivo interêsse, desembaraçando-se do estrangeiro nocivo à ordem pública, por ato espontâneo; ao

(51) COELHO RODRIGUES, *op. cit.*, vol. 1.º, págs. 208-209.

(52) BEVILAQUA, *op. cit.*, vol. 2.º, págs. 128 e 129.

(53) ACCIOLY, *Revista de Crítica Judiciária*, vol. 9.º, Rio de Janeiro, 1929, pág. 115.

passo que na extradição o Estado se move em razão do pedido de outra potência; além do que, enquanto o expulso readquire a liberdade ao transpor as fronteiras do país que o repele, o extraditado é entregue, prêso, às autoridades estrangeiras, que o mantêm sob custódia para os fins ulteriores de processamento, julgamento e cumprimento de pena, em caso de condenação. Regista, ainda, o citado autor: "A expulsão se dá em virtude da nocividade do alienígena, tenha ou não infringido a lei penal, e o arbítrio de sua conveniência pertence ao Poder Executivo. A extradição tem lugar em virtude da imputação de um certo fato delituoso, e mediante pronunciamento do Poder Judiciário. A expulsão é ato de pura administração; a extradição é ato *misto*: administrativo e judiciário" (54).

10 — A par de diversas questões outras, de maior ou menor importância prática, agitadas no campo do chamado *direito extradicional*, assim, por exemplo, as de saber se a extradição é um *ato* ou um *contrato*, se é legítima apenas sob condição de reciprocidade etc., outras se têm debatido, de maior interesse, merecedoras de destaque e exame.

Certos publicistas julgam que a extradição não constitui senão um *ato de assistência judiciária internacional*, ou seja o *ato de soberania* pelo qual um Estado presta a outro assistência para lhe permitir exercer sua jurisdição. Assim opinam, por exemplo, F. DE MARTENS, RIVIER, ALBÉRIC ROLIN etc..

De outro lado, há os que a reputam verdadeiro *ato de jurisdição* da parte do próprio Estado requerido, implicando, pois, a concorrência dos direitos de jurisdição penal de dois Estados em relação a um indivíduo, em razão do mesmo fato, tal como pensam LAMMASCH e SAINT-AUBIN, citados por FAUCHILLE (55).

Muito se tem discutido, outrossim, a questão de saber se, no plano do direito internacional público, a extradição representa a execução de uma *obrigação* propriamente dita, ou o exercício de mera *faculdade*. Na concepção de vários estudiosos, antigos e modernos, como GROTIUS, VATTEL, FIORE, FAUSTIN-HÉLIE, RIVIER, LEWIS etc., ocorreria ao Estado requerido uma *obrigação* alternativa: entregar o culpado, ou puni-lo. Outros, no entanto, firmados no princípio da *soberania* dos Estados, afirmam que na extradição há apenas para o Estado requerido um dever puramente *moral*, e, assim, o atendimento ou recusa da extradição depende, tão só, de considerações de conveniência e de interesse recíproco. A esta corrente se filiaram, *exempli gratia*, BLUNTSCHLI, HEFFTER, KLÜBER, MITTERMAYER, ORTOLAN, WHEATON, PHILLIMORE etc..

PAUL FAUCHILLE é de parecer que as duas idéias se devem combinar e completar. O Estado — diz êle — não pode arbitrariamente aceitar ou recusar a entrega do acusado, pois, se é *soberano*, essa *soberania*, entretanto, já não se pode considerar *absoluta* segundo a concepção do moderno direito das gentes, mas, ao revés disso, no exercício dos atos de sua soberania, cada Estado deve levar em conta os direitos dos outros Estados. Todavia,

(54) BUTLER MACIEL, *op. cit.*, págs. 7 e 8.

(55) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.ª parte, págs. 991-992.

inversamente, seria excessivo dizer-se que, em razão da *solidariedade social*, o Estado esteja sempre *obrigado* a atender ao pedido de extradição. Sua *soberania*, conquanto *relativa*, tem aí o seu lugar, a sua afirmação: poderá o Estado requerido opor, legitimamente, uma recusa (naturalmente fundamentada) ao pedido de extradição, se, ao exame do mesmo, verifica ser ele injusto ou irregular. Em outros termos — remata FAUCHILLE, — “a extradição é bem uma *obrigação* cuja inobservância constitui uma violação do direito internacional; só não o será, verdadeiramente, se não fôr justa e regular, cabendo a cada país, em virtude de sua soberania, apreciar, sob êsse aspecto, e de modo independente, todo pedido que lhe seja enviado”.

Firmada essa tese, argumenta o notável tratadista que, se se baseia num *dever de direito internacional*, o direito de extradição existe ainda na ausência de qualquer tratado. E aduz:

“É a opinião geralmente admitida em doutrina. Raros são os juriscônultos que, como PRINS e OLIVECRONA, subordinam a extradição à existência de uma convenção. Tal é a regra que se acha formulada na III.^a Resolução de Oxford, votada em 1880 pelo Instituto de Direito Internacional: — “*Não são apenas os tratados que fazem da extradição um ato conforme ao direito: ela pode operar-se ainda na ausência de qualquer liame contretual*”.

A prática é igualmente neste sentido, tanto na América como na Europa: a França, a República Argentina, o Brasil, nomeadamente, admitem que a extradição pode praticar-se na ausência de qualquer tratado” (56).

A propósito, recorda HILDEBRANDO ACCIOLY que uma Circular brasileira, datada de 4 de fevereiro de 1847 e assinada pelo Barão de CAYRÚ, então Ministro dos Negócios Estrangeiros, admitiu o princípio da concessão sem tratado, subordinando-o, porém, a certas condições, entre as quais a da *reciprocidade*, e excluindo, outrossim, da extradição os cidadãos brasileiros; ao passo que a Lei brasileira n.º 2.416, de 28 de junho de 1911, foi mais longe, admitindo até a extradição de nacionais, contanto, nesse caso, que houvesse também *reciprocidade* de tratamento por parte do país requerente (57).

SALVATORE ADINOLFI, ao definir o caráter da extradição, assim explana doutrinariamente o seu pensamento, vale dizer, a sua tese a respeito:

Os Estados *devem* não somente respeitar as suas respectivas jurisdições, mas, ainda, garantir, entre si, o exercício das mesmas. Destarte, o Estado a que cabe exercitar a função punitiva, se, por um lado, cumpre um dever internacional perante a coletividade humana, tem, por outro lado, o direito de exigir o concurso das outras comunidades para que essa função se possa livremente desenvolver. Como o respeito ao direito de autonomia e independência das nações impede que, com atos de império, se possa perseguir o réu no território do Estado estrangeiro de refúgio; como êste, por sua vez, não pode julgá-lo sem violar o direito internacional atinente à ordem da jurisdição; e como, finalmente, não se pode deixar impune o delinqüente fugitivo

(56) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.^a parte, págs. 993-994.

(57) ACCIOLY, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 518.

sem irrogar ofensa à comunhão humana, *deve*, pois, o Estado requerido, por imperiosa necessidade jurídica, entregá-lo ao juiz a que cabe conhecer do delito cometido. É aí que a extradição se impõe como *garantia jurídica internacional da jurisdição*.

O Estado requerente cumpre um ato de *dever interno* imposto pela necessidade jurídica de perseguir e punir efetivamente o réu. O Estado requerido se acha em face de um pedido tendente a alcançar um fim jurídico fundado não só em motivos particulares do postulante, mas também em motivo do interesse comum de toda a humanidade. A impunidade ofende a comunhão universal e é, por isso, necessário que a lei violada readquirira o seu império, com a observância do princípio jurídico que vincula harmônicamente todas as nações.

É em obséquio a este princípio que o Estado ordena a entrega do réu. O acolhimento da instância não significa obediência a outra soberania, mas significa satisfação a um *dever jurídico internacional* (58).

Ao insigne GARRAUD parece, entretanto, mais prudente ficar ao lado dos que vêm na extradição um ato *facultativo*, do que ao lado daqueles que a reputam um *dever internacional* imposto (*utilitas causa*) ao país de refúgio. A extradição — diz ele — não é obrigatória, senão quando o governo do país de refúgio se acha comprometido pela assinatura de um ato (59).

No mesmo sentido se externa JEAN SPIROPOULOS, ao sustentar que um Estado não tem a *obrigação* de conceder a extradição de estrangeiros refugiados em seu território e procurados pela justiça de outro Estado, conquanto em teoria, do ponto de vista do direito internacional, nada se oponha a que um Estado proceda à extradição de estrangeiros mesmo em caso de não existência de um tratado que a estipule (60).

E ainda no testemunho de outro dos mais autorizados internacionalistas modernos — LOUIS CAVARÉ, — o direito positivo tende a considerar que não há uma *obrigação* de extradição para um Estado sem a existência de um tratado internacional que o vincule: tratado de extradição ou outra espécie de acôrdo (61).

11 — No que tange à *competência*, é hoje cânone jurídico universal o de que a extradição só pode ser legitimamente pedida com fim repressivo e por parte do Estado que seja o *competente* para processar e julgar o extraditando, ou para executar contra o mesmo a sentença condenatória. Assim, pois, o direito de extraditar pressupõe necessariamente o direito de punir, consoante uma regra de direito e de bom senso, preconizada com estas expressões por TRAVERS:

“Le principe que l'État requérent doit être compétent pour juger les faits servant de base à la requête d'extradition constitue une règle de bon sens.

(58) SALVATORE ADINOLFI, *Diritto Internazionale Penale*, Milão, 1913, páginas 144, 145 e 146.

(59) GARRAUD, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 156.

(60) JEAN SPIROPOULOS, *Traité Théorique et Pratique du Droit International Public*, Paris, 1933, pág. 194.

(61) CAVARÉ, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 246.

L'extradition a pour but et pour raison d'être la répression des actes relevés dans la demande. On ne comprendrait pas qu'un individu fût, en raison d'une inculpation déterminée, livré à un État sans droit pour agir" (62).

BENTO DE FARIA, em apoio à aludida regra, entre argumentos vários, acentua: a) que a jurisdição repressiva dos crimes praticados dentro das fronteiras de um Estado é decorrente da sua própria soberania, cujo reconhecimento e respeito se impõe a todos os outros; b) que no local do delito é que, em razão do exemplo, se há de manifestar mais eficientemente o castigo, com maiores garantias, quer para a acusação, quer para a defesa; c) que a lei ofendida é a do Estado onde o delito foi praticado (63).

Observa, ademais, que a competência do Estado requerente não se limita, entretanto, às infrações ocorridas em seu território, dês que, consoante às suas leis, possa ser extensiva a certos crimes praticados fora d'êle, tal como preceitua o Código de Direito Internacional Privado, no art. 351:

"Para conceder a extradição é necessário que o delito tenha sido cometido no território do Estado que a peça, ou que lhe sejam aplicáveis suas leis penais".

Dispõe, aliás, o mesmo Código, em seu art. 305, que estão sujeitos *no estrangeiro* às leis penais de cada Estado contratante os que cometerem um delito contra a segurança interna ou externa do mesmo Estado ou contra o seu crédito público, seja qual fôr a nacionalidade ou o domicílio do delinqüente; e, no seu art. 306, que todo nacional de um Estado contratante ou todo estrangeiro nêle domiciliado, que cometa *em país estrangeiro* um delito contra a independência dêsse Estado, fica sujeito às suas leis penais.

A legislação penal brasileira, por sua vez, prevê hipóteses especiais de sua aplicação a delitos praticados fora do território nacional, combinando, assim, o principio da *territorialidade da lei penal* com o da *proteção dos interesses nacionais* e com o da *personalidade, quer a ativa, quer a passiva*.

Assim é que o nosso Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940), em seu art. 4.º, prescreve: "Aplica-se a lei brasileira, sem prejuizo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou que nêle, embora parcialmente, produziu ou devia produzir seu resultado". Logo a seguir, em seu art. 5.º, dispõe: — "Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: I — os crimes: a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; b) contra o crédito ou a fé pública da União, de Estado ou de Município; c) contra o patrimônio federal, estadual ou municipal; d) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; II — os crimes: a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; b) praticados por brasileiro. — § 1.º. Nos casos no n.º I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro. — § 2.º. Nos casos do n.º II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: a) entrar o agente no território na-

(62) MAURICE TRAVERS, *Droit Pénal International*, vol. 4.º, n.º 2.164, apud BENTO DE FARIA, *op. cit.*, pág. 75.

(63) BENTO DE FARIA, *op. cit.*, pág. 76.

cional; b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável. — § 3.º. A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior: a) não foi pedida ou foi negada a extradição; b) houve requisição do Ministro da Justiça”.

12 — Ao Estado requerido cabe a competência para examinar e verificar se o pedido de extradição foi feito em forma regular, se é competente o Estado requerente, se é justa ou injusta, em tese, a motivação em que se funda, bem assim para determinar o caráter da infração imputada ao extraditando (64).

Adverte, no particular, BENTO DE FARIA que a competência única a apreciar é a respeitante à soberania do país solicitante, como unidade governamental, mas não a das jurisdições exercidas sobre o seu território; vale dizer, segundo o ensino de BEAUCHET, citado pelo douto penalista conterrâneo, que “o Estado requerido não poderia, de fato, sem se imiscuir na organização interna do país requerente, indagar se as regras de competência estabelecidas pela legislação desse país foram fielmente observadas, por exemplo, se o mandado de prisão deveria ter sido expedido por certo juiz de instrução e não por outro; ou se o decreto condenatório competia a esta e não àquela Câmara Criminal”; e, “se tais irregularidades forem praticadas, o extraditado poderá se prevalecer delas, oportunamente, para arguir a incompetência da jurisdição que o processa, ou promover a nulidade do seu julgamento” (65). Trata-se de matéria de legislação interna, que, embora útil à defesa do acusado, escapa, todavia, à faculdade de apreciação do Estado requerido.

13 — De referência às *pessoas* que podem ser extraditadas, variam as legislações dos Estados e, doutrinariamente, as tendências e opiniões dos autores, em geral; e essas divergências, como diz ACCIOLY, derivam da diferença de costumes, de civilizações ou de sistemas jurídicos, existentes entre diversos povos, e dizem respeito quer à nacionalidade do refugiado, quer à sua condição particular.

No que tange à *condição particular* do refugiado, há situações e casos especialíssimos que, sob o ângulo do direito extradicional, ensejam soluções e interpretações que refogem aos critérios comuns.

ACCIOLY arrola os seguintes casos:

1.º) o refugiado foi *condenado à pena de morte* no país onde cometeu o delito. Natural é, pois, que os países cujas legislações não admitem a pena capital não consentam também na extradição em tal hipótese, ou a ela apenas aquiesçam sob a condição de ser a pena de morte comutada ou substituída por outra. A lei de extradição até há pouco em vigor no Brasil (Decreto-lei

(64) ACCIOLY, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 533.

(65) BENTO DE FARIA, *op. cit.*, págs. 78-79

n.º 394, de 28-4-938) estabelecia em seu art. 12, alínea "d", que a extradição não seria efetuada sem que o Estado requerente assumisse o compromisso de "*comutar-se na de prisão a pena de morte ou corporal, com que seja punida a infração*".

O vigente Decreto-lei n.º 941, de 13-10-1969, que "define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil", regulando a *extradição*, no seu Título VI, dispôs semelhantemente, ao preceituar, no art. 98, inciso III, que "não será efetuada a entrega do extraditando sem que o Estado requerente assumia o compromisso" "de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação".

2.º) o refugiado *é escravo* no país que solicita a sua extradição (hipótese hoje rara e dificilmente verificável). Sob a égide das idéias e regimes liberais e abolicionistas, a extradição não seria concedida, ou, se o fôsse, sê-lo-ia sob a condição de assumir o Estado requerente o compromisso de tratar o extraditando como homem livre e de libertá-lo, se absolvido, ou após o cumprimento da pena imposta.

3.º) O refugiado *é* ou, antes, *era Chefe de Estado*. "Dificilmente" — comenta ACCIOLY — "se poderá conceber possa ser solicitada a extradição de um Chefe de Estado em funções. Nem seria ela, em tal caso, concedida. Mas, se se trata de um Chefe de Estado que haja abdicado ou tenha sido deposto, a sua função anterior não impede que êle seja extraditado. Quando, entretanto, o pedido de extradição se refere a falta anterior à abdição ou deposição, a solução pode ser outra".

4.º) O refugiado *se acha contra a sua vontade no Estado requerido*, ou de refúgio, vale dizer, ali está em virtude de um fato imprevisto ou de força maior, como nas hipóteses de naufrágio, expulsão etc.. Explica ainda o ilustre internacionalista conterrâneo que, em semelhantes casos, alguns autores, por motivos de humanidade, se opõem ao atendimento da extradição, mas a maioria opina em sentido favorável a esta (66).

De modo geral, nenhuma objeção se tem oferecido, na prática internacional, à concessibilidade da extradição de súditos do próprio Estado requerente ou de pessoas naturais de um terceiro Estado. A maioria dos países, porém, não admite a extradição de *seus próprios nacionais* acusados pelo cometimento de crimes em território estrangeiro.

Pôsto que a *regra*, unanimemente aceita, é a de que todo indivíduo é passível de extradição, concordam os autores em que as *exceções* à mesma serão apenas aquelas que estiverem expressamente consignadas na lei interna de cada país, ou nos tratados e convenções internacionais.

Opina MANUEL SIERRA que, em se tratando de nacional do país requerido, a regra geral é que nenhum Estado se acha obrigado a entregar seus próprios nacionais.

Parece-lhe, segundo informa, ter sido a França a iniciadora dêsse costume, em um tratado firmado com a Espanha, em 1765, proibindo a entrega de nacionais "para evitar muitos perigos que encerra o desconhecimento do

(66) ACCIOLY, *op. cit.*, vol. 1.º, págs. 255-256.

idioma e os preconceitos raciais e religiosos" (67). Assim também FAUCHILLE qualifica essa prática como "uma regra geralmente adotada" (68). Ela se encontra, efetivamente, consignada na grande maioria das legislações e dos tratados concluídos pelos Estados europeus, nomeadamente, entre outros muitos, a França, a Alemanha, a Grécia a Suíça a Áustria, a Bulgária, a Itália, a Holanda, a Rússia e a Bélgica, o mesmo ocorrendo em relação a muitos países sul-americanos.

Nos países escandinavos, por igual, prevalece a regra tradicional européia da não-extradição dos próprios nacionais, e disso é exemplo o § 20 da Lei de 13 de junho de 1908, da Noruega, onde apenas se prevê a extradição para criminosos estrangeiros.

Ao revés disso, a Inglaterra e os Estados Unidos adotam o princípio da extradição dos seus nacionais, inspirados, como diz SPIROPOULOS, pela idéia de que todo Estado deve ser competente para punir os crimes cometidos em seu território, e em conformidade à rigorosa e tradicional jurisprudência dos seus tribunais, que considera a lei penal como essencialmente territorial.

O Instituto de Direito Internacional, em 1880, na 6.^a Resolução de Oxford, relatada por LOUIS RENAULT, esposou doutrina francamente favorável à extradição dos nacionais, nestes termos: — "Entre países cujas instituições repousam sobre bases análogas e que têm mútua confiança nas suas instituições judiciárias, a extradição dos nacionais seria um meio de assegurar a boa administração da justiça penal, porque se deve considerar como desejável que a jurisdição do *forum delicti commissi* seja o mais possível chamada a julgar".

Alguns anos mais tarde, o Congresso de Montevidéu, de 1889, não menos expressivamente, aprovou e inseriu no tratado de direito penal internacional o seguinte princípio: — "La extradición ejerce todos sus efectos sin que en ningún caso pueda impedir la nacionalidad del reo".

Já o Código de Direito Internacional Privado (*Código Bustamante*), pactuado e aprovado na Convenção de Havana, de 1928, dispôs, de referência à extradição, em seu art. 345: — "Os Estados contratantes não são obrigados a entregar seus nacionais".

No Uruguaí a Constituição e as leis não vedam a extradição dos seus nacionais.

Na República Argentina, os critérios, a tal respeito, não têm sido uniformes. Assim é que, em seus tratados concluídos com a Espanha (1881), com a Itália (1886), com a Bélgica (1886), com os Países-Baixos (1893) e com a Suíça (1906), nega a extradição dos seus nacionais. Concede-a, entretanto, em tratados com a Inglaterra (1889) e com os Estados Unidos (1896) e, ainda, nos tratados de direito penal internacional de Montevidéu (1889 e 1940).

No tratado chileno-argentino de 12 de setembro de 1910 prevaleceu o princípio expressado na seguinte cláusula: — "En ningún caso, la nacionalidad de la persona podrá impedir su entrega en las condiciones estipuladas por este tratado; pero los gobiernos no estarán obligados a conceder la extra-

(67) SIERRA, *op. cit.*, pág. 195.

(68) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.^o, 1.^a parte, pág. 999.

dición de sus propios ciudadanos sino que podrán entregarlos cuando, a su juicio, sea conveniente hacerlo”.

No Brasil, sob a vigência da Constituição Federal de 1891, que, não vedando a extradição de nacionais, deixava à competência do Congresso Nacional legislar sobre a matéria, a Lei federal n.º 2.416, de 28 de junho de 1911, em seu art. 1.º, § 1.º, expressamente permitia a extradição de cidadãos brasileiros, condicionando-a, entretanto, ao regime de *reciprocidade*, desde que assegurado em lei ou por tratado; e essa foi a orientação que se afirmou nos tratados concluídos pelo Governo brasileiro com a Bolívia, em 3 de junho de 1918, com o Paraguai, em 24 de fevereiro de 1922, e com a Itália, em 28 de novembro de 1931.

A Constituição de julho de 1934, porém, em seu art. 113, n.º 31, assim dispôs:

“Não será concedida a Estado estrangeiro extradição por crime político ou de opinião, *nem, em caso algum, de brasileiro*”.

A Carta política de 10 de novembro de 1937, por sua vez, no art. 122, n.º 12, estabeleceu:

“Nenhum brasileiro poderá ser extraditado por governo estrangeiro”.

Obediente a esse ditame constitucional, a anterior lei brasileira sobre extradição, ou seja o Decreto-lei n.º 394, de 28 de abril de 1938, adotou critério oposto ao da lei precedente, de 1911, com o preceituar que em nenhum caso seria concedida a extradição de brasileiros requisitados por Estado estrangeiro nem a de brasileiros naturalizados antes da perpetração do crime.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, consagrou o mesmo princípio restritivo, ao estabelecer, no § 33 ao art. 141:

“Não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião e, *em caso nenhum, a de brasileiro*”.

Idêntica orientação manteve a Carta de 1967, ao dispor, no § 19 do art. 150: “Não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião, *nem, em caso algum, a de brasileiro*”.

A Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, reproduziu literalmente esse dispositivo, no § 19 do seu art. 153.

O novo Decreto-lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969 — geralmente denominado “*Estatuto do Estrangeiro*” —, estabeleceu, no particular, a regra seguinte:

“Art. 88. Não se concederá a extradição:

I — De brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato determinante do pedido”.

FARO JUNIOR observa ser princípio geralmente admitido o de que a naturalização do acusado *posterior* ao crime não pode constituir obstáculo à extradição e com ele se conforma a lei brasileira, pois tal naturalização posterior seria fraudulenta, e o que se deve ter em vista, unicamente, é a nacionalidade do culpado *na ocasião* da prática da infração a lei penal (69).

(69) FARO JUNIOR, *op. cit.*, págs. 229-230.

No plano doutrinário, há, entre os juriconsultos e tratadistas, os que defendem e os que condenam o princípio da não-extradição dos nacionais. No entender de GIULIO DIENA, essa norma não é racional nem juridicamente justificável. Há que pensar — escreve o preclaro professor da Universidade de Pavia — que, pela regra geral, o magistrado mais competente para julgar o autor ou presumido autor de um fato delituoso e para impor-lhe, em seu caso, uma pena, é o do lugar da prática do delito, porque aí é que este alterou de maneira especial a ordem pública e é o lugar onde se podem mais facilmente colher as provas do mesmo fato; e, pois, recusar a extradição de um cidadão que haja cometido um delito no estrangeiro equivale a subtrai-lo a seus juizes naturais, quando os Estados, ao invés de dificultar a administração da justiça nos países estrangeiros, devem com ela cooperar na medida do possível (70). Análogo é o pensamento de MIGUEL CRUCHAGA TOCORNAL: — “Não nos parece que o dever de proteção que um Estado tem para com seus nacionais possa chegar até o ponto de subtrai-los da sanção que mereçam os delitos por eles cometidos no estrangeiro, a juízo da judicatura competente segundo a legislação ofendida. Assim como os países têm reconhecido o princípio de dar valor aos julgados estrangeiros em matéria civil, deve-se reconhecer a competência criminal estrangeira para julgar os delitos cometidos pelo nacional, reservando-se o Estado o direito de amparar seus nacionais apenas em casos qualificados, ou nos duvidosos” (71).

Contrariamente à regra da não-extradição dos nacionais se tem manifestado, em várias épocas, a maioria dos autores, internacionalistas e criminalistas, dentre eles, BLUNTSCHLI, FIORE, CALVO, HOLTZENDORFF, F. DE MARTENS, BERNARD, WESLAKE, BILLOT, BONFILS, GARRAUD, SAINT-AUBIN, RENAULT, OLIVART, CLÓVIS BEVILAQUA, JOSÉ MENDES, GALDINO SIQUEIRA, RODRIGO OTÁVIO, MENDES PIMENTEL, JOÃO VIEIRA etc.

Já MANUEL SIERRA julga que, conquanto não seja defensável, do ponto de vista puramente jurídico, a recusa à extradição dos próprios súditos ou nacionais, é ela, no entanto, completamente justificável do ponto de vista social e humanitário (72).

Por sua vez, RIVIER, em exposição relativa ao projeto da lei suíça de 22 de janeiro de 1892, embora reconhecendo que, sob o ponto de vista do direito penal e, mesmo, sob o do direito das gentes ideal, é incontestável que a extradição dos nacionais seria “justa e lógica” e, ainda, que os mais respeitáveis autores se pronunciam neste sentido, definiu-se, sem embargo disso, em favor da tese oposta. “Nos países que nos são limitrofes” — dizia ele — “e com os quais praticamos a extradição quase cotidianamente, o princípio da não-extradição dos nacionais é absolutamente recebido. Demais, o sentimento público, o instinto popular tomada esta expressão no seu sentido mais elevado, não compreende — ainda não — a extradição dos nacionais. Nela se enxerga, sem razão as mais das vezes, uma dureza, quase uma co-

(70) GIULIO DIENA, *op. cit.*, págs. 344-345.

(71) CRUCHAGA TOCORNAL, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 307.

(72) SIERRA, *op. cit.*, pág. 195

vardia. E o direito das gentes atual, real, está conforme com este sentimento. O Estado, em virtude do seu direito de conservação, tem o direito de conservar os seus nacionais e o dever de protegê-los (73).

ACCIOLO resume nas seguintes as razões em que se baseiam os autores contrários ao princípio da extradição dos nacionais: "1.^a) os Estados devem proteção aos seus nacionais, e, por conseguinte, têm necessidade de lhes garantir uma justiça imparcial; ora, essa imparcialidade pode faltar entre juizes estrangeiros; 2.^a) os Estados não devem abdicar nenhuma parcela da sua soberania, e a entrega de um nacional a uma justiça estrangeira constitui uma espécie de renúncia a direitos inerentes à soberania; 3.^a) todo indivíduo tem o direito de viver no território e sob a proteção do Estado de: que é nacional, e, portanto, seria injusto afastá-lo da pátria, contra a vontade" (74).

Todos esses argumentos são vantajosamente refutados pelo eminente tratadista conterrâneo.

CLÓVIS BEVILAQUA, em contestação aos argumentos dos partidários da não-extradição dos nacionais, sustentou as seguintes razões:

"1.^a — O juiz natural do delinqüente é o do lugar onde a lei foi infringida, porque no teatro do crime é que se podem colher as provas d'ele e aí é que a repressão se deve fazer sentir, como a natural reação do organismo social que, atacado, se defende; 2.^a — É direito do Estado punir os individuos que dentro de seu território atentam contra a ordem juridica. Se outro Estado concede asilo aos criminosos que a justiça do primeiro persegue, cerceia-lhe esse direito, impede-o de desenvolver a defesa de sua organização social; 3.^a — Supõe-se que a dignidade nacional seria ofendida se fôsse entregue à justiça estrangeira um individuo que se veio abrigar no regaço da pátria. Este argumento procede de um equivoco. A dignidade nacional não está em jôgo, neste caso. Não se compreende que ela se ofenda porque o criminoso conseguiu fugir à justiça do Estado que o reclama, e se não ofenda quando esse mesmo criminoso sofre a punição porque não tentou ou não pôde escapar." "A extradição não é imposta ao Estado. Solicitam-lhe a entrega do delinqüente, e é de acôrdo com as suas leis, respeitada a sua soberania, que êle atenderá ao pedido..." "Onde o melindre nacional ofendido?"; 4.^a — O asilo, insistem, não será a impunidade, porque o delinqüente poderá ser punido na sua pátria. Mas de acôrdo com que lei? De acôrdo com a lei da pátria do delinqüente, como se a lei penal pudesse ser pessoal? Um tal processo nem oferece garantias à justiça ofendida, nem ao próprio delinqüente. A lei penal violada é que deve reagir contra o criminoso; os elementos de convicção é no lugar do delito que se devem colher. Mas aí mesmo é que o acusado poderá encontrar

(73) RIVIER, *apud* COELHO RODRIGUES, *op. cit.*, vol. 1.^o, págs. 235-236.

(74) ACCIOLO, *op. cit.*, vol. 1.^o, págs 523-524.

a sua melhor defesa, em testemunhas, em fatos e em circunstâncias que, à distância, poderão perder o seu valor (75)."

OSCAR TENÓRIO, depois de referir que o princípio da *não-extradição do nacional*, fixado de maneira peremptória e sem possibilidade de qualquer transigência, emanou, na Constituinte de 1933-1934, de emenda apoiada pela bancada baiana (e que sobrelevou os argumentos, em contrário, dos deputados LEVI CARNEIRO e FERREIRA DE SOUSA), com fulcro na alegação de que "não devemos desamparar o nacional, entregando-o à justiça estrangeira, quase sempre hostil ao alienígena", opina que "realmente, não há razão ponderada que justifique a extradição apenas de estrangeiros", pois "o crime é, em princípio, violação de preceitos territoriais"; e "no lugar onde foi praticado o delito se encontram as testemunhas e os elementos necessários à segura apreciação das provas" (76). Esse é, por igual, o nosso entendimento.

GILDA RUSSOMANO, embora reconheça ser o princípio da não-extradição dos próprios nacionais o princípio dominante, um "preceito quase universal", constituindo regra consagrada desde o século XIII, de modo quase unânime, nas leis e nos tratados extradicionais, entende, porém, ter havido um sensível retrocesso por parte dos nossos legisladores ao estabelecerem, na Constituição de 1934, a proibição da extradição dos brasileiros, revogando, assim, o princípio oposto, adotado pela lei de 1911, sob cuja vigência a extradição de nacionais era expressamente admitida mediante reciprocidade garantida em lei ou tratado. E, após assinalar que há, na prática internacional, uma crescente reação contra o princípio da não-extradição dos nacionais, reforçada pelo apoio, cada vez mais amplo, dos internacionalistas, manifesta o entendimento de que o sentimento de dignidade nacional não deveria impedir a obra da justiça, tanto mais quanto a entrega do acusado só se efetiva após haverem as autoridades locais examinado devidamente a solicitação e a ela acedido (77).

FARO JUNIOR, diversamente, porém, registra que "na prática internacional a extradição do nacional vem perdendo terreno nos últimos tempos, devido, talvez, à existência de ideologias diferentes e de nacionalismos exacerbados pelos recentes conflitos internacionais" (78).

No direito positivo brasileiro, de tal modo se cristalizou o princípio da não-extradição dos nacionais, que o próprio tema da *extradição* passou a ser tratado como objeto de um título (o título VI) do chamado *Estatuto do Estrangeiro*, ou seja o Decreto-lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969, que "*define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e dá outras providências*" (Vêde texto no final dêste trabalho).

(75) BEVILAQUA, *op. cit.*, vol. 2.º, § 222, págs. 137 a 139.

(76) OSCAR TENÓRIO, *Direito Internacional Privado*, 8.ª ed., Rio de Janeiro, 1966, vol. 2.º, pág. 395; *idem*, com doutrinação no mesmo sentido, em seu *Tratado de Direito Penal*, vol. 1.º — *Da Aplicação da Lei Penal* —, Rio de Janeiro, 1942, págs. 298-299.

(77) GILDA MACIEL CORRÊA MEYER RUSSOMANO, *Aspectos da Extradição no Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, 1960, págs. 116 e 117.

(78) FARO JUNIOR, *op. cit.*, pág. 229.

Na hipótese de tratar-se de indivíduo que não seja nacional quer do Estado requerente, quer do requerido, mas de um terceiro Estado, nada obsta, segundo a prática internacional e o consenso unânime dos doutos, à concessão do pedido de extradição. Apenas, recomendam alguns estudiosos, *ex. gr.*, OLIVI, CRAEMER etc., que se dê ciência do recebimento do pedido de entrega do acusado ao governo do seu país de origem, para as providências que entender cabíveis, sem, no entanto, fazer depender a extradição do consentimento deste último.

14 — Dentre os vários problemas jurídicos a que tem dado causa o instituto da extradição, avulta e sobreleva, por sua importância prática e pelas muitas controvérsias que há suscitado, a questão concernente à natureza dos crimes que podem ou devem constituir justo motivo para a entrega do extraditando.

Por via de regra, só é exercitada a medida quando se trata de crimes de certa importância; e a especificação de tais delitos é, geralmente, feita e incluída nos próprios tratados ou convenções internacionais sobre extradição, por mútuo consenso dos Estados pactuantes, em conformidade, aliás, à recomendação que, em tal sentido, já fizera o Instituto de Direito Internacional, em Resolução de Oxford, de 1880, *in verbis*:

"A extradição, sendo sempre uma medida grave, não se deve aplicar senão às infrações de alguma importância. Os tratados devem enumerá-las com precisão; suas disposições a este respeito variam, naturalmente, conforme a situação respectiva dos países contratantes."

Há, porém, no particular, certos princípios e regras, a bem dizer, já hoje universalmente aceitos e consagrados pela prática internacional, avultando, entre eles, o da não-extradição dos acusados por crimes políticos.

Dá-se, aí, exatamente, o oposto do que sucedia outrora, nos primórdios da prática extraditacional, como acentuam vários tratadistas. Refere SPIROPOULOS que os primeiros tratados de extradição existentes não têm outro fim senão o da extradição de delinquentes políticos (79). Por seu turno, relembram MORENO QUINTANA e BOLLINI SHAW que, na Antiguidade, e ainda na Idade Média, eram motivos religiosos, delitos de lesa-majestade e a emigração, que justificavam a extradição dos indivíduos; e que tratados específicos generalizaram, desde o século XVIII, a extradição de delinquentes políticos e desertores, vindo a imperar em meados do século seguinte a regra inversa, desde então consagrada, da não-extradição por delitos políticos, toda vez que estes não perturbem a ordem jurídica internacional; — regra essa estabelecida no tratado sobre direito penal internacional de Montevideo, firmado a 23 de janeiro de 1889 e pelo qual se obrigaram a Argentina, a Bolívia, o Paraguai, o Peru e o Uruguai, bem assim o tratado, também de Montevideo, de 19 de março de 1940 (80).

A regra da não-extradição dos acusados por crimes políticos se acha também expressamente declarada no Código de Direito Internacional Privado (*Convenção de Havana*), no seguinte dispositivo:

(79) SPIROPOULOS, *op. cit.*, pág. 196.

(80) MORENO QUINTANA e BOLLINI SHAW, *op. cit.*, pág. 158.

"Art. 355 — Estão excluídos da extradição os delitos políticos e os com êle relacionados, segundo a definição do Estado requerido."

No Brasil, constitui ela um princípio de direito constitucional, na conformidade do disposto no § 19 do art. 153 da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969:

"Não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião, nem, em caso algum, a de brasileiro."

O princípio se acha, por igual, reafirmado na vigente legislação ordinária sobre extradição. Na conformidade do disposto no art. 88, inciso VII, do Decreto-lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969, *não se concederá a extradição... "quando se tratar de crime político"*.

Semelhantemente dispunham a Constituição de 1934, no n.º 31 do seu art. 113 (*"Não será concedida a Estado estrangeiro extradição por crime político ou de opinião, nem, em caso algum, de brasileiro"*) e a Carta de 1967, no § 19 do art. 150 (*"Não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião, nem, em caso algum, a de brasileiro"*).

Informa FRANZ VON LISZT que a exclusão dos delitos políticos data de uma lei belga de 1833, em a qual se estabeleceu como norma para os tratados de extradição o seguinte princípio: — "Estipular-se-á expressamente que o estrangeiro não pode ser perseguido por nenhum delito político anterior à extradição, nem por nenhum fato conexo com um delito desta natureza" (81).

15 — O conceito de *"crime político"* tem dado causa, porém, a muitas dúvidas e controvérsias entre os autores.

Segundo SPIROPOULOS, entende-se, geralmente, por *infração política* todo ato lesivo "à segurança interior ou exterior de um Estado" (82). Na concepção de GARRAUD, citado por TOCORNAL, "a infração puramente política é a que tem não só por caráter predominante, senão por objeto exclusivo e único, destruir, modificar ou turbar a ordem política em um ou vários de seus elementos" (83), entendida essa ordem política como relativa à segurança, quer interna, quer externa, do Estado.

PODESTÁ COSTA, observando que não é fácil determinar com precisão o que se entende por delito político, explica-nos que, a princípio, se levou em conta, para a sua definição, o motivo do fato, pois se considerava revestir êsse caráter o crime executado como um passo necessário para alcançar um propósito político; mas, posteriormente, considerando-se demasiadamente ampla essa norma subjetiva, entendeu-se que um delito era de caráter político quando o fato tinha por mira ulterior as instituições do Estado; daí resultando que não constituíam delito político a traição nem a espionagem a serviço de outro Estado, a inteligência com o inimigo etc. (84).

Segundo a concepção jurídica belga, que se generalizou, — escreve LISZT — não é, como freqüentemente se afirmou na literatura antiga, o *motivo po-*

(81) LISZT, *op. cit.*, pág. 320.

(82) SPIROPOULOS, *op. cit.*, pág. 196-197.

(83) CRUCHAGA TOCORNAL, *op. cit.*, vol. 1.º pág. 304.

(84) L. A. PODESTÁ COSTA, *Manual de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, 1947, pág. 138.

litico do fato o que decide, mas a *finalidade* do delito: delitos políticos são, pois, os delitos premeditados e dirigidos contra a existência e segurança do Estado (próprio ou estrangeiro), ou contra o Chefe do Estado, ou contra os direitos políticos dos cidadãos. Mas, acrescenta, precisamente esta ampliação aos delitos *relativamente* políticos provocou, nos últimos decênios, uma reação e, especialmente, no sentido de excluir o regicídio do direito de asilo concedido aos acusados de crimes políticos (85).

Da própria Bélgica partiu um dos primeiros e mais expressivos atos caracterizadores dessa reação, pois, como consequência do atentado contra a vida de Napoleão III, da França, levado a efeito, embora sem êxito, por Celestin Jacquin, — cuja extradição, pedida pelo governo francês, dividiu as opiniões dos tribunais belgas e ensejou apaixonadas controvérsias jurídico-doutrinárias, — houve por bem o legislativo local, através de uma lei de 22 de março de 1856, acrescentar ao art. 6.º da lei de extradição, de 1.º de outubro de 1833, um parágrafo nos termos seguintes: — “Ne sera pas réputé politique ni fait connexe à un semblable délit l’attentat contre la personne du chef d’un gouvernement étranger ou contre celle des membres de sa famille, lorsque cet attentat constitue le fait de meurtre, soit d’assassinat, soit d’empoisonnement” (86).

Desde então, a chamada “*cláusula de atentado*” belga passou a ser adotada na maioria dos tratados de extradição, *verbi gratia*, os tratados alemães, desde 1874, os tratados concluídos pela França com Parma (1856), com os Estados Pontifícios (1859), com o Chile (1860), com os Países Baixos (1860), com a Bélgica (1869 e 1874), com a Suécia-Noruega (1869), com a Baviera (1869), com o Luxemburgo (1875), com o Mônaco (1876), com a Dinamarca (1877) etc.; os tratados concluídos pela Espanha com o México (1881), com Salvador (1884), com a Alemanha, a Argentina e a Colômbia (1892), com a Venezuela (1894), com o Uruguai (1896), com o Peru (1898 e 1901), com os Estados Unidos (1904) e com a Guatemala (1905), e inúmeros outros atos internacionais do mesmo gênero entre Estados diversos, europeus e americanos (87).

Entende ORTOLAN que, para se saber se um crime é, ou não, político, ter-se-á de examinar: 1.º se ofende a justiça quanto aos deveres de ação ou inação que ao agente impõe a organização social; e, 2.º se o interesse da sociedade na repressão desse ato é um interesse atinente a essa mesma organização social e política (88).

No conceito de FAUCHILLE, a expressão *infrações políticas* não compreende somente, como pretendem certos autores (LAPRADELLE, LARNAUDE), aquelas infrações atentatórias à segurança *interior* do Estado, isto é, tendo

(85) LISZT, *op. cit.*, pág. 320.

(86) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.ª parte, pág. 1.021; DIENA, *op. cit.*, pág. 348; LISZT, *op. cit.*, pág. 321.

(87) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.ª parte, pág. 1.022; DIENA, *op. cit.*, pág. 348, nota 362.

(88) ORTOLAN, *Éléments de Droit Pénal*, 1875, vol. 1.º, págs. 298 e segs., *apud* A. BUTLER MACIEL, *op. cit.*, pág. 89.

por fim destruir ou modificar a forma de governo ou a organização e o funcionamento dos poderes políticos, e lesar os direitos, consoante opina a maioria dos juristas (BEAUCHET, GARRAUD, GRIVAZ, HAUS, TRAVERS, VIDAL etc.), os atos que põem em perigo a segurança exterior do Estado, por exemplo, a independência da nação, a integridade do território, as relações com outros Estados. Mas, — esclarece — para que haja aí crime ou delito político, é preciso que o Estado seja visado na qualidade de pessoa pública, atingido em seus interesses políticos, e não em sua fortuna, em seu patrimônio, como o seria um simples particular; não poderia, pois, haver crime político quando, no domínio interno, como no externo, o direito lesado fôsse um direito que, embora exercido pelo Estado, não lhe é especial, não depende de seu caráter próprio: assim, não se poderá ver infração desse gênero em uma fraude às leis aduaneiras ou às leis de tributos, constitutiva apenas de lesão à propriedade do Estado, da mesma natureza que a lesão à propriedade privada (89).

Na opinião de CÂNDIDO MOTTA, os crimes políticos "são aqueles que ofendem somente a ordem política do Estado, quer seja esta externa, como a independência da nação, a integridade territorial, as relações entre duas ou mais nações; quer seja interna, como a forma de governo, a organização e o funcionamento dos poderes políticos dos cidadãos" (90).

A propósito do assunto, assim se manifesta NÉLSON HUNGRIA:

"Os crimes políticos, que, por injunção mesma de nossa lei constitucional (art. 141, § 33), importam a inextraditabilidade de seus autores, são os dirigidos, subjetiva e objetivamente, de modo imediato, contra o Estado como unidade orgânica das instituições políticas e sociais. Não há distinguir entre *crime político* e *crime social*, pois sua objetividade jurídica vem a ser a mesma, ou seja, a ordem política, que compreende, incontestavelmente, não só a específica organização do Estado, como a estrutural organização social, de que o Estado é fiador e sustentáculo. Costuma-se dizer que *crime político* é o que atenta diretamente contra a personalidade do Estado (lesando ou ameaçando de lesão a independência nacional, a integridade do território, as relações dos Estados com os demais Estados, o regime político ou forma de governo, a formação e atividade dos poderes públicos), enquanto *crime social* é o que visa a atacar, desde suas bases, a hodierna organização social (que se convencionou chamar de *burguesa*). Nenhum alcance, porém, apresenta semelhante distinção para o efeito de diverso tratamento dos crimes em questão, pois que entre as finalidades específicas do Estado se compreende a segurança da organização social, que diz, evidentemente, com a sua própria segurança. A organização política e a organização social interpenetram-se, formando uma unidade incidível. Notadamente na época atual, seria abstrair a palpante realidade o desconhecer que o problema político se dilatou, para abranger ou assimilar, sinteticamente, o problema social. As questões estri-

(89) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.ª parte, págs. 1.011-1.012.

(90) *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. 26, pág. 20; BUTLER MACIEL, *op. cit.*, pág. 89.

tamente políticas perderam o seu antigo relêvo e evoluíram para as questões mais propriamente chamadas "político-sociais" (91).

Os crimes políticos, conforme observa COELHO RODRIGUES, são de duas categorias: ou põem em perigo a segurança do Estado no exterior, e só podem ser perpetrados por indivíduos em relações diretas com uma potência estrangeira, como a espionagem, a traição, a inteligência com o inimigo: ou são de ordem puramente interna, em que os seus autores agem por motivos independentes de qualquer inspiração estrangeira, somente nacionais ou regionais, contra as instituições constitucionais do Estado ou a sua segurança interior (92).

Mister se faz, porém, tal como adverte LUIGI OLIVI, não confundir os delitos políticos com os delitos anárquicos, pois estes são delitos comuns que tendem a subverter os elementos vitais das associações humanas em si mesmas consideradas, — tanto mais quando há acordos internacionais destinados a reprimir a anarquia (93).

16 — Em justificativa à não-extradição dos criminosos políticos, muitos motivos têm sido apresentados na doutrina.

Assim, por exemplo, expunha BEVILAQUA:

"Os crimes políticos são, pela quase unanimidade dos internacionalistas, afastados da extradição, porque as paixões partidárias, muitas vezes, obscurecem a apreciação, dando como crimes odiosos fatos de somenos importância, e, outras tantas, impelem à prática de atos reprováveis pessoas não propensas ao crime, mas grandemente suggestionáveis. No primeiro caso, o suposto delinqüente é, antes, uma vítima do ódio partidário; no segundo, será um criminoso de responsabilidade atenuada. Além disso, o crime político é de caráter restrito, refere-se à organização política de um Estado, e o crime comum tem um caráter geral, como ofensa aos sentimentos de piedade e justiça da humanidade culta, em determinada época; ferindo a ordem jurídica de um Estado, pelo sentimento de solidariedade e pela similitude social determinada pelos elementos gerais da civilização, que são comuns a grande número de nações, repercutem na consciência comum dos indivíduos honestos de qualquer desses países, e, aí, provocam movimentos de repulsão" (94).

A consideração dominante para que os delitos de caráter político não sejam suscetíveis de extradição — diz PODESTÁ COSTA — é a de que esses delitos obedecem a móveis que não são imorais nem puníveis senão de modo relativo, vale dizer, por um Estado determinado e, às vezes, em certa época, não constituindo os seus autores um perigo em outro meio social (95). Análoga é a opinião de GIULIO DIENA (96).

Referindo-se aos delitos políticos e de lesa-majestade, anota BELLO que eles, muitas vezes, não são delitos senão aos olhos dos usurpadores e tiranos:

(91) NÉLSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, 1949, vol. 1.º, pág. 167.

(92) COELHO RODRIGUES, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 465.

(93) OLIVI, *op. cit.*, pág. 90.

(94) BEVILAQUA, *op. cit.* vol. 2.º, págs. 142-143.

(95) PODESTÁ COSTA, *op. cit.*, pág. 138.

(96) DIENA, *op. cit.*, pág. 347.

outras vèzes, nascem de sentimentos puros e nobres em si mesmos, porém mal dirigidos; de noções exageradas ou errôneas ou das circunstâncias perigosas de um tempo de revolução e transtórno, em que o difficil não é cumprir nossas obrigações, mas conhecê-las (97).

Através de tais considerações e justificativas, no plano doutrinário predomina, hoje, a corrente dos juristas favoráveis à não-extradição dos culpados por crimes exclusivamente políticos, contando-se, entre elles, outros nomes de larga projecção, como os de BEAUCHET, RENAULT, OPPENHEIM, DESPAGNET-DE BOECK, SAINT-AUBIN, WEISS, GRIVAZ etc..

17 — Conquanto em minoria, vários eminentes tratadistas se manifestam contrários a essa tese.

Reputa-a, por exemplo, OLIVART uma "absurda distincção", pela qual "se desautoriza o sagrado principio da lei" assegurando a impunidade aos que violam e ofendem à lei que é a base e fundamento de tôdas as demais leis". FREDERICO DE MARTENS, FRANZ VON LISZT, BERNARD, HEFFTER, MAILFER e outros vários publicistas condenam, por igual, a aludida exceção. Ponderam e argumentam, como resume FAUCHILLE, que as infrações politicas não são, em si mesmas, menos graves do que os crimes ordinários. Dirigidas não contra um simples particular, mas contra o Estado, podem elas, por suas próprias consequências, produzir malefícios maiores, acarretando a subversão e a ruina de um país, desencadeando uma insurreição que será a causa da morte de milhares de pessoas, etc.. Por outro lado, põem em perigo o direito de conservação do Estado de refúgio, em grau muito maior do que as infrações de direito comum, pois a presença de um malfeitor político no território desse Estado pode servir de centro de reunião de todos os descontentes contra esse próprio Estado (98).

18 — Ocorre, porém, não raro, a hipótese de não se tratar de crime puramente político, porque a ação do inculpado, embora ditada por motivo político ou inspirado em fim político, envolva a prática de outros atentados ou delitos de direito comum, ou atos de crueldade e desnecessária violência, etc. São os casos geralmente chamados de *crimes conexos* e de *crimes complexos*. Tais casos ou situações são considerados de modo especial pelo direito extradicional contemporâneo, não havendo, no entanto, ainda aí, uniformidade de entendimentos entre os autores e nas legislações dos diversos países.

Publicistas há, como LAMMASCH, BEAUCHET e outros, que não acham nenhuma razão para distinguir entre *delitos conexos* e *delitos complexos* e, pois, designam ambas as espécies sob a denominação comum de *delitos políticos relativos*. Já ALBÉRIC ROLIN julga perfeitamente racional e necessária essa distincção, em harmonia com a maior parte dos doutrinadores francezes (99). Certos autores empregam preferencialmente a expressão *infrações*

(97) CRUCHAGA TOCORNAL, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 300, nota 1.

(98) OLIVART, *op. cit.*, pág. 106; FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.ª parte, págs. 1.015-1.016, nota 1.

(99) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.ª parte, págs. 1.012-1.013, nota I.

mistas para exprimir, de modo amplo, genérico e indiscriminado, aquelas que revestem, ao mesmo tempo, caráter político e de direito comum. É que, como observa COELHO RODRIGUES, os próprios autores que distinguem entre *crimes políticos complexos* e *crimes conexos* (crimes de direito comum conexos a fatos políticos), divergem no modo de interpretar suas definições. A seu ver, tem razão BEAUCHET no criticar tal distinção, pois, é, segundo diz, "impossível e mesmo inútil na prática" (100).

Ensina FAUCHILLE que os delitos *conexos* são aquêles que envolvem a existência de duas infrações distintas, uma política e outra de direito comum, reunidas por um laço de conexidade (101). De igual modo, SPIROPOULOS como tais conceitua as infrações de caráter político que apresentam, ao mesmo tempo, o caráter de crimes de direito comum, assim, por exemplo, o assassinato de um soberano e de outras pessoas, com um fim político, qual o de derribar o sistema governamental existente, atos de banditismo como, por exemplo, a pillagem de casas durante uma rebelião etc. (102). Dessa concepção não destoá PODESTÁ COSTA, ao definir "los llamados *delitos conexos*" como sendo "aquellos en que el delito político envuelve a la vez un delito común: por ejemplo, el asesinato o las lesiones producidos como medio para lograr un propósito político" (103).

De referência aos chamados delitos *complexos*, explica FAUCHILLE que, diferentemente dos delitos *conexos*, têm êles como caráter não constituírem senão um ato único, inseparável em seus diversos elementos (104). Configuram-se, na expressão de SAINT-AUBIN, "quando o fato criminoso, único do ponto de vista material, fere, a um só tempo, a ordem política e um interesse privado" (105). É *complexa* a infração — diz MAURICE TRAVERS — "quando punível ao mesmo tempo como crime ou delito político e como fato de direito comum" (106).

COELHO RODRIGUES observa que nenhuma lei ou tratado extradicional se embrenha na distinção entre delitos políticos complexos e crimes de direito comum conexos a fatos políticos, e insiste na desnecessidade de tal discriminação, argumentando que, sem dúvida, essa *conexão* é uma *complexidade* de delitos (107). Na doutrina, porém, prevalece tal distinção.

Em que pese ao parecer de muitos tratadistas, no sentido de que, para os efeitos da extradição, não devem as chamadas *infrações mistas*, isto é, os *delitos relativamente políticos* (*crimes complexos* e *crimes conexos*) ser equiparados aos *crimes puramente políticos* (BLUNTSCHLI, CHAUVEAU e HÉLIE, LOUIS RENAULT, ANDRÉ WEISS etc.), mas, ao revés disso, devem ser tratados sempre como infrações de direito comum e, pois, submetidos à extra-

(100) COELHO RODRIGUES, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 487.

(101) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.ª parte, pág. 1.016.

(102) SPIROPOULOS, *op. cit.*, pág. 197.

(103) PODESTÁ COSTA, *op. cit.*, pág. 138.

(104) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.ª parte, págs. 1.019-1.020.

(105) SAINT-AUBIN, *L'Extradiction et le Droit Extradictionnel*, Paris, 1914, vol. 1.º, pág. 411.

(106) TRAVERS, *op. cit.*, vol. 4.º, n.º 2.047, pág. 535.

(107) COELHO RODRIGUES, *op. cit.*, vol. 1.º, págs. 487, 488 e 489.

dição, — sem o que se asseguraria aos seus autores uma impunidade incompatível com a justiça, acarretando conseqüências escandalosas, — o que se verifica, entretanto, na prática internacional, ou, melhor, no direito convencional, é uma acentuada predominância da tese oposta, fato que GIULIO DIENA explica pela dificuldade de distinguir de um modo preciso os delitos que têm, de maneira exclusiva, o caráter de *delito político*, daqueles que são simplesmente *conexos* dos mesmos (108). O direito convencional dos Estados, no dizer de ACCIOLY, considera, em geral, que o delito comum fica revestido, por efeito da conexidade, do *caráter político* e, assim, também excluído da extradição (109). Escreve OSCAR TENÓRIO que a tendência é assimilar o *crime conexo* (e, do mesmo modo, o *complexo*) ao crime puramente *político*, e ela se funda no receio de que a apreciação do fato principal sacrifique o delinqüente ao ódio dos seus inimigos (110).

Entre as várias soluções e fórmulas de conciliação concebidas e esposadas pelos estudiosos, uma tem merecido especial relevo e aceitação, qual seja a do chamado *sistema da predominância, ou do fato principal*, e que consiste em admitir a extradição quando o delito de direito comum revestir um caráter de *maior importância e gravidade* do que o de natureza política, tal como a expõe FAUCHILLE: — “Deve-se examinar qual é das duas infrações — a política e a de direito comum — aquela que predomina, que constitui o fato principal: se a culpabilidade política é a mais grave, o delito deve ser considerado como político e a extradição é impossível; se é a culpabilidade de direito comum que sobreleva, não há mais do que uma infração de direito comum, passível de extradição” (111).

Neste sentido se pronunciou o Instituto de Direito Internacional, em sua reunião de 1898, ao elaborar as seguintes regras sobre a matéria da extradição.

“1.^a) A extradição não pode ser concedida por crimes ou delitos meramente políticos. 2.^a) Tampouco o será por infrações que participem das qualidades de crimes políticos e comuns, chamados *delitos políticos relativos*, a menos que se trate dos crimes mais graves sob o ponto de vista da moral e do direito comum, tais como o assassinato, o homicídio, o envenenamento, o roubo a mão armada. 3.^a) No que concerne aos atos cometidos no curso de uma insurreição ou de uma guerra civil, só poderão dar lugar a extradição os que constituam atos de barbárie odiosa ou de vandalismo inútil, segundo as leis da guerra, e somente quando a guerra civil haja terminado. 4.^a) Não se reputam delitos políticos os fatos dolosos dirigidos não somente contra um Estado determinado ou contra uma precisa forma de governo, mas contra as bases de toda organização social.”

No Brasil tem prevalecido o *sistema da predominância*. Já a antiga lei de extradição, ou seja a Lei federal n.º 2.416, de 28 de junho de 1911, assim dispunha na parte final de seu art. 2.º:

(108) DIENA, *op. cit.*, pág. 348.

(109) ACCIOLY, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 531.

(110) OSCAR TENÓRIO, *Direito Internacional Privado*, 8.ª ed., vol. 2.º, página 399.

(111) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.ª parte, págs. 1.017-1.018.

"A alegação de fim ou motivo político não impedirá a extradição quando o fato constituir *principalmente* uma infração da lei penal."

A anterior lei brasileira reguladora da extradição (Decreto-ei n.º 394, de 28 de abril de 1938), no § 1.º do art. 2.º, assim rezava:

"A alegação do fim ou motivo político não impedirá a extradição, quando o fato constituir, *principalmente*, uma infração comum da lei penal ou quando o crime comum, conexo dos referidos no inciso VII, constituir o *fato principal*."

A atual legislação reguladora da matéria (Decreto-lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969) preceitua, no § 1.º do art. 58:

"A exceção do inciso VII não impedirá a extradição quando o fato constituir *principalmente* infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o *fato principal*."

Análoga orientação adotara a Suíça, em sua lei de extradição, de 22 de janeiro de 1892, admitindo, em seu art. 10, a entrega, a um governo estrangeiro, do autor de um fato delituoso que tivesse *principalmente* o caráter de delito comum, ainda que praticado com fim político. Dessa orientação se têm aproximado a Itália e outros países, em alguns dos seus tratados de extradição.

"O jurista" — escreve DIENA — "não pode deixar de aprovar essa tendência, cada vez mais expandida, que visa a impedir possam ficar impunes os autores de delitos que, sob a forma ou aparência de infrações políticas, têm de um modo essencial o caráter de crimes comuns" (112).

19 — Tem-se admitido, a bem dizer, pacificamente, que a competência para determinar o caráter da infração, apreciando a natureza, política, ou de direito comum, do ato delituoso motivador do pedido de extradição, pertence exclusivamente ao Estado requerido, ou de refúgio, em conformidade, aliás, com a regra estabelecida pelo Instituto de Direito Internacional, em sua reunião de Oxford, consoante a qual — "o Estado requerido aprecia soberanamente, segundo as circunstâncias, se o fato, em razão do qual a extradição é reclamada, tem, ou não, um caráter político". A mesma regra foi adotada no *Projeto de Código de Direito Internacional Público* apresentado por EPITÁCIO PESSOA, em 1912, à Comissão Internacional de Jurisconsultos do Rio de Janeiro, e que assim dispôs, no § 1.º ao seu art. 287: — "Compete ao Estado requerido decidir da natureza política da infração, tendo em vista a lei mais favorável ao refugiado".

A atual legislação brasileira sobre a extradição, ou seja o Decreto-lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969, estabeleceu, no § 2.º ao art. 88:

"Caberá exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a apreciação do caráter da infração."

20 — Princípio comumente aceito em doutrina e na prática internacional é, outrossim, o da *não-extradição* quando se trate de *infrações de natureza militar*, ou, melhor, de *delitos puramente militares*, bem assim de *infrações fiscais*, de *delitos de imprensa* ou de *opinião*, ou *contra a religião*. Al-

(112) DIENA, *op. cit.*, pág. 349.

gumas legislações consignam, a respeito, normas expressas, e vários tratados internacionais registam a exclusão mencionada.

A exceção feita para os *crimes militares* não abrange, obviamente, as infrações de direito comum praticadas por soldados, marinheiros etc.. No que concerne ao crime de *deserção*, é de assinalar-se uma curiosa duplicidade de critérios: a regra é a *não-extradição* nos casos de deserção de soldados dos exércitos de terra, ao passo que, ao revés, é ela admitida para os marinheiros e tripulantes desertores de navios de guerra e mercantes, o que decorre, como explica DIENA, da necessidade de suprimir obstáculos que tornariam talvez impossível ou muito difícil a navegação (113). Existe, aliás, em relação aos desertores da marinha mercante, uma prática internacional resultante de convenções entre muitos países, que autoriza a facilitar a sua extradição, mediante condições e formas especiais, e cujo fim é o de impedir que os mesmos tripulantes abandonem os navios em meio às viagens, quando escalam em portos estrangeiros (114).

A lição de BEVILAQUA é, no particular, muito elucidativa:

“Também é geralmente aceita a exclusão dos crimes puramente militares, porque a lei militar, sendo especial e nimamente rigorosa, erige em crimes, acarretando forte penalidade, atos que, do ponto de vista social comum, não são apreciados do mesmo modo. A impunidade, nesse caso, não parece temerosa aos interesses gerais da humanidade; a repercussão desses atos puníveis é circunscrita a um pequeno círculo de organização social, a uma classe. Por isso os tratados, ordinariamente, excluem a deserção de entre os crimes que autorizam a extradição. Se, porém, o crime militar constituir um crime comum, um assassinato, por exemplo, já não há iguais motivos para recusar-se a entrega do criminoso.

A deserção dos marinheiros é olhada por outro aspecto. O interesse geral da navegação leva o poder local a atender aos pedidos que lhe forem dirigidos para a captura dos marinheiros que desertarem nos portos de sua jurisdição” (115).

De referência aos *delitos de imprensa*, comenta e opina o mesmo insigne juriconsulto brasileiro:

“Não há razão suficiente para isentarem-se os crimes de imprensa da extradição. Se estiverem intimamente relacionados com delitos políticos, terão, naturalmente, pelo vínculo da *conexidade*, a mesma sorte destes; mas, se constituírem delitos comuns, não se vê porque motivo privilegiá-los” (116).

No que concerne aos chamados *delitos especiais* (de caça, de pesca, *contravenções fiscais* etc.), são, também eles, em geral, excluídos da extradição, como diz ACCIOLY, pela razão de que “apresentam um caráter de criminalidade relativo”; — o que, porém, não obsta a que certos Estados limítrofes se assegurem, reciprocamente, a repressão deles por meio de convenções particulares e locais.

A vigente lei brasileira, que nenhuma ressalva formulou relativamente a

(113) DIENA, *op. cit.*, pág. 347.

(114) *Petit Dictionnaire de Droit*, Dalloz, Paris, 1951, pág. 593.

(115) BEVILAQUA, *op. cit.*, vol. 2.º, pág. 143-144.

(116) BEVILAQUA, *op. cit.*, vol. 2.º, pág. 144.

tais infrações, nem quanto a crimes militares ou de imprensa, também não contemplou as *infrações fiscais* (v. g. o contrabando) como excluídas da extradição.

21 — Novas espécies ou categorias de infrações têm sido, nos últimos tempos, acrescentadas ao rol daquelas que se consideram passíveis de extradição, embora não revistam um caráter puramente de direito comum, como observam certos autores (PODESTÁ COSTA, JEAN SPIROPOULOS etc.). São as que se qualificam de *delitos "anti-sociais"* — configurados estes por atos de violência cometidos não contra determinadas pessoas, governos, regimes ou Estados, nem motivados por circunstâncias políticas locais, mas dirigidos contra toda organização social — atentados anarquistas, terroristas, nihilistas, comunistas etc., — e cujos autores se reputam igualmente perigosos em toda parte, onde quer que se encontrem (117).

Refere outrossim, LOUIS CAVARÉ que, após a segunda guerra mundial, o problema da extradição se suscitou em relação a várias categorias de pessoas: 1.º) para os criminosos de guerra, culpados por infrações ao direito da guerra; 2.º) para as pessoas acusadas de crimes contra a humanidade, cometidos, tanto no curso da guerra como fora do período das hostilidades propriamente ditas; 3.º) para as pessoas acusadas de crimes contra a paz, isto é, de haverem, por suas atitudes, desencadeado a agressão ou se tornado cúmplices dela, com as suas responsabilidades governamentais. Alude, finalmente, a uma quarta (4.ª) categoria de pessoas, em relação às quais o problema da extradição provocou questões delicadas: a dos *traidores e colaboradores* com o inimigo, os chamados "*Quistings*" (118).

Um dos mais discutidos desses crimes é o de *genocídio*.

Genocídio é um neologismo técnico que ainda não figura nos dicionários comuns da língua portuguesa, nem sequer na maioria dos repertórios e repositórios gerais do direito nacional. Há os que o dizem originário do vocábulo grego *genos* (raça, geração, nação, tribo) e do verbo latino *caedere* (matar); — etimologia que motivou a crítica de LEMKIN, de tratar-se de um vocábulo híbrido, pôsto que derivado de duas línguas (119). Outros autores, porém, como NÉLSON HUNGRIA, dão-no como etimologicamente oriundo do latim em ambos os seus componentes, a saber: *genus* (raça, povo, nação) e *excidium* (destruição, ruína) (120). JOSÉ AGUSTÍN MARTÍNEZ e M. A. BOISSARIE julgam preferível a expressão *genocídio* (121). FRANCISCO LA-

(117) PODESTÁ COSTA, *op. cit.*, pág. 138; DIENA, *op. cit.*, págs. 349-350; SPIROPOULOS, *op. cit.*, pág. 197.

(118) CAVARÉ, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 247.

(119) RAPHAEL LEMKIN, *Genocide as a crime under International Law*, em "*The American Journal of International Law*" n.º de janeiro de 1947, vol. 41, n.º 1, pág. 147.

(120) NÉLSON HUNGRIA, *O crime de genocídio*, na *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1950, vol. CXXXII, fasc. 569, pág. 5.

(121) JOSÉ AGUSTÍN MARTÍNEZ, *El nuevo delito de genocidio*, na *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1942, n.º 3, págs. 251-252; — M. A. BOISSARIE, *Rapport sur la définition du crime contre la humanité*, na *Revue Internationale du Droit Pénal*, Paris, números 3-4, pág. 203.

PLAZA, a par da palavra *genocídio*, adota e emprega, por igual, a palavra *genticídio*, considerando, até, esta última mais adequada, segundo a conclusão de MOLINARIO, pois deriva de *gens* (raça, estirpe, país, povo, família) e de seu genitivo plural *gentis*; e, assim, a seu ver, a formação do neologismo não suscitaria reparos sérios e ele expressaria cabalmente o sentido técnico atribuído à palavra (122). Exprime-se sob a denominação de *genocídio* um crime contra a espécie humana (contra a humanidade), consistente no emprêgo de práticas ou técnicas mortíferas, ou de crueldade ou perseguição, em tempo de guerra ou de paz, infligidas a populações, coletividades ou massas humanas de qualquer grau de civilização, raça, nacionalidade ou condição social. MORENO QUINTANA e BOLLINI SHAW o definem como sendo "o extermínio ou intento de exterminar em massa determinados grupos humanos, em tempo de paz ou de guerra" (123). A Primeira Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (O.N.U.), em 1946, declarou o *genocídio delicto internacional* e a Terceira Assembléia, em 1948, aprovou uma Convenção para a prevenção e repressão do crime de *genocídio*, em cujo art. 2.º foi o mesmo definido como a prática de atos cometidos com a intenção de destruir, total ou parcialmente, grupos nacionais, étnicos, raciais ou religiosos, quais sejam: matar membros do grupo; causar-lhes graves danos à integridade física ou mental; submetê-los intencionalmente a tais condições de vida que possam causar sua destruição física total ou parcial; impor medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; transferir, pela força, crianças de um grupo para outro. Dêsse crime é exemplo marcante o massacre de comunidades judias praticado na Alemanha hitlerista antes e durante a segunda guerra mundial. JIMÉNEZ DE ASÚA, ao classificar em quatro grupos os chamados *delitos internacionais*, compôs um desses grupos com os "*delitos contra la humanidad*, entre los cuales el más característico sería el *genocidio*" (124); ao passo que VESPASIANO PELLA, ao apresentar à Secretaria das Nações Unidas o seu projeto de codificação dos delitos contra a paz e segurança da humanidade, sustentou, ao revés, não dever incluir-se entre eles o *genocídio* (125).

Tem-se discutido, outrossim, sobre o caráter de *delito político*, ou *não político*, ou *complexo*, do *genocídio*, — o que teria implicações em tema de *extradição*, consoante se debateu no ensejo dos famosos julgamentos de Nuremberg. Assinalando a gravidade do problema relacionado com a possibilidade de atribuir-se ao *genocídio* (ou *genticídio*) o caráter de *crime político*, escreve LAPLAZA:

(122) FRANCISCO P. LAPLAZA, *El delito de genocidio o genticidio*, Buenos Aires, 1953, pág. 65.

(123) MORENO QUINTANA e BOLLINI SHAW, *op. cit.*, pág. 416.

(124) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Los delitos internacionales. Medidas para combatir-los* (proposição apresentada à Conferência Internacional de Justiça de Lima, em 1951), na *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1951, n.º 4, páginas 332 e seguintes; — *idem*, *Tratado de Derecho Penal*, 1950, tomo 2.º, páginas 97 e seguintes.

(125) O. N. N. (A/CN. 4/39, 24 novembro de 1950): — *Memorandum concerning a Draft Code of offences against the peace and security of mankind*, páginas 188 e seguintes.

"La naturaleza de los hechos que lo configuran acaso llevara a pensar que sería, sin más, un delito político o que estuviera estrechamente vinculado con él por razones de complejidad o de conexidad. Esto tiene una importancia práctica considerable, como se sabe, a los fines de la extradición, toda vez que no correspondería acordarla en el supuesto de que el genocidio fuera un delito político.

Sin embargo, los hechos constitutivos, por su misma atrocidad, precaven contra una conclusión apresurada. La llamada *cláusula belga* o *de atentado* contribuyó, hace ya tiempo, a que la negativa a conceder la extradición se limitara de modo razonable pese a tratarse de delitos políticos puros y simples o, cuando menos, complejos. La *Convención para la prevención y la represión del terrorismo*, del 16 de noviembre de 1937, despojó también a los atentados que dan en denominarse *terroristas*, de todo resabio romántico susceptible de confundirlos con la delincuencia política, e hizo expresamente lugar a la extradición (art. 8) para tales casos.

Aun prescindiendo de la magnitud del daño y del estrago, desde el punto de vista del criterio subjetivo de la distinción entre el delito común y el político, el móvil sería siempre abyecto, al par que, con criterio objetivo, mientras el delito político ataca la organización y funcionamiento de un Estado determinado, el genocidio lesiona los intereses de la comunidad de las naciones.

Compréndese, pues, que la convención sobre el genocidio no lo considere delito político a los efectos de la extradición" (126).

A nosso juízo, o caráter *político* ou *não político* do crime de *genocídio* não pode ser determinado por critérios apriorísticos ou de mero dogmatismo jurídico; antes, a sua apuração demanda o exame aprofundado de suas causas e objetivos determinantes, em cada caso. Ninguém contestaria, por exemplo, a tipicidade *política* da perseguição aos judeus na Alemanha nazista; mas dificilmente se poderia lobrigar caráter político no massacre de tribos indígenas da selva amazônica, para a conquista violenta de suas terras por parte de seringueiros e latifundiários ambiciosos. O fato de tratar-se de crime *contra a humanidade* ou *crime internacional* não implica, a nosso ver, necessariamente, a classificação de *delito político*. Aliás, a diferenciação já decorria claramente do art. 6.º, letra *c*, do estatuto do Tribunal Internacional de Nuremberg que, como "*crimes contra a humanidade*", enumerava: "assassinato, extermínio, redução à escravidão, deportação e todo ato desumano cometido contra as populações civis antes ou durante a guerra; bem assim as perseguições *por motivos políticos, raciais ou religiosos*, cometidas como consequência de todo crime incluído na competência do Tribunal, ou que essas perseguições hajam constituído uma violação do direito interno do país

(126) LAPLAZA, *op. cit.*, págs. 85-86.

onde tenham sido cometidas" (127). Como justamente observam MORENO QUINTANA e BOLLINI SHAW, "a apreciação do delito político depende, já de sua *causa*, que pode ter origens distintas..., já de seu *objeto*, geralmente dirigido contra as instituições públicas ou seus representantes" (128).

Seja como for, porém, o problema, sob o ângulo e para os fins específicos da *extradição*, parece superado ou, pelo menos, encontra razoável solução na regra adotada pela referida *Convenção para prevenir e reprimir o crime de genocídio*, aprovada na 3.^a Seção da Assembléia Geral da ONU, em 1948, e segundo a qual, "*para os efeitos da extradição o genocídio não é considerado delito político*". Muitos Estudos perflilharam o princípio, transformando-o em lei nacional, dentre eles, *v. g.*, neste continente, a Argentina e o Brasil. Entre nós essa adoção legislativa se operou através da Lei n.º 2.889, de 1.º de outubro de 1956, que "*define e pune o crime de genocídio*" (*sic*). Essa lei, além de, no art. 1.º, *definir* o genocídio, endossando e reproduzindo fielmente a conceituação elaborada pela sobredita *Convenção* da ONU, e estabelecer penas para as suas diferentes modalidades, preceituou, em seu art. 6.º: — "*Os crimes de que trata esta lei não serão considerados crimes políticos para efeito de extradição*".

Arguições de *inconstitucionalidade* foram levantadas contra a ressalva constante desse art. 6.º, desde sua tramitação legislativa através do Projeto n.º 249, de autoria do deputado ADROALDO COSTA, sob a invocação de colidência com disposição expressa da Lei Magna, proibitiva da extradição por crime político. Ainda hoje — encarada a hipótese de um crime de genocídio com caráter nitidamente *político*, — haverá, talvez, quem pretenda lobrigar antinomia irreduzível entre a regra aludida, do art. 6.º da Lei n.º 2.889, de 1953, e o mandamento do § 19 ao art. 153 da vigente Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, segundo a qual "*não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político...*"

Essas arguições, porém, jamais lograram acolhida, nem poderiam prevalecer, pela óbvia razão de ter sido o Brasil um dos Estados partícipes e signatários da sobredita *Convenção* da ONU, em que fora tal norma consagrada como regra ou princípio de direito internacional. O caso era típico de aplicação da teoria dita "*da constitucionalidade intrínseca dos tratados*", corolário da doutrina da supremacia do direito público internacional sobre o direito interno (ainda que de natureza *constitucional*), e em cujos moldes "*pacta sunt servanda*" é o mandamento máximo, o comando supremo, a lei incontrastável, uma espécie de dogma jurídico-político transcendente da vontade isolada ou coletiva dos Estados. E, assim, como sustenta J. SETTE CÂMARA, "a ordem jurídica internacional *prima* sobre as ordens jurídicas nacionais", e nisso está "a razão da validade do tratado, ainda que contrarie a lei nacional" (129). Posta a norma internacional no mais alto plano na hie-

(127) MORENO QUINTANA e BOLLINI SHAW, *op. cit.*, pág. 417, nota 8.

(128) MORENO QUINTANA e BOLLINI SHAW, *op. cit.*, pág. 158.

(129) JOSÉ SETTE CÂMARA, *A importância da ratificação do processo de conclusão dos tratados internacionais*, no *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, números 15-16, pág. 99.

rarquia das leis, daí resulta assegurada a validade e prevalência dos tratados sôbre tôdas e quaisquer leis, sôbre as próprias Constituições dos Estados pactuantes, com força derogatória dos respectivos textos que lhes sejam contrários (130).

O assunto oferece outros aspectos dignos de consideração.

Assim, por exemplo, é de estranhar-se que o recente Decreto-lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969, sendo o primeiro diploma legal regulador da extradição advindo posteriormente à Lei n.º 2.889, de 1.º de outubro de 1956, ao prescrever, em seu art. 88, inciso VII, que "não se concederá a extradição"... "quando se tratar de *crime político*", não houvesse incorporado e reproduzido — em complemento ao mesmo inciso, ou em subseqüente parágrafo — a ressalva (constante do art. 6.º daquela lei ainda em plena vigência) de que os atos configuradores do *genocídio* não são considerados *crimes políticos* para efeito de *extradição*.

Conquanto prevaleça, no caso, o princípio "*lex posterior generalis non derogat priori speciali*", seria de toda conveniência que se tivesse consignado a exceção atinente ao *genocídio*. Até mesmo para afastar qualquer possível suposição de uma hipótese especialíssima de *revogação tácita* fundada em certa doutrina segundo a qual — como escreve VICENTE RÁO — "quando a lei nova regular por inteiro a mesma matéria contemplada por lei ou leis anteriores, gerais ou particulares, visando substituir um sistema por outro, uma disciplina total por outra, então tôdas as leis anteriores sôbre a mesma matéria devem considerar-se revogadas" (131); ou como já sustentara PAULO DE LACERDA, *in verbis*: — "... em vez de se reputar revogada uma disposição antiga sômente quando a ela a nova se refere, ou ao seu assunto, para alterá-la explícita ou implicitamente, tem-se como revogadas tôdas aquelas disposições que não foram mantidas claramente pela lei nova" (132), sendo de notar-se que essa espécie de revogação tácita independe de qualquer antinomia ou incompatibilidade entre os textos legais em confronto, consoante se colhe em FERRARA, SCUTO, STOLFI etc. (133).

O certo, porém, é que, em última análise, nenhuma revogação, ainda que expressa, prevaleceria no caso especial em tela, ante a vigência e supremacia, sôbre a *lei local*, da *norma internacional* (esquecida ou desdenhada pelo legislador de 1969), a cuja observância se obrigou e continua obrigado o Brasil, por isso que não se desvinculou da citada *Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio*, de 11 de dezembro de 1948, votada na 3.ª Assembléia Geral da ONU e transformada em *lei nacional* pelo referido diploma de 1956.

(130) LEOPOLDO BRAGA, *Das imunidades diplomáticas em matéria tributária*, Rio de Janeiro, 1960, pág. 32; — *idem* *Pareceres e Estudos Jurídicos*, tomo 2.º, Rio de Janeiro, 1967, pág. 70.

(131) VICENTE RÁO, *O Direito e a Vida dos Direitos*, vol. 1.º, pág. 392.

(132) PAULO DE LACERDA, *Manual do Código Civil Brasileiro — Introdução*, vol. 1.º pág. 321.

(133) F. FERRARA, *Trattato di Diritto Civile*, vol. 1.º, pág. 254; — SCUTO, *Istituzioni di Diritto Civile*, 1933, vol. 1.º pág. 153; — STOLFI, *Diritto Civile*, Turim, 1919, vol. 1.º pág. 163.

O chamado "*colaboracionismo*", não expressamente previsto em nosso Código Penal é figura surgida no curso da segunda Grande Guerra; e por ter caráter eminentemente *político*, refoge aos efeitos da extradição.

Outras espécies criminais modernamente conceituadas em doutrina e também, já hoje, previstas, definidas e punidas em lei como ilícitos penais contrários à paz social, à estabilidade das instituições e à própria segurança da Pátria, são a "*guerra psicológica*" e a "*guerra revolucionária*".

Entre nós, a Lei de Segurança Nacional, no § 2.º ao seu art. 3.º, definiu a "*guerra psicológica adversa*" como "o emprêgo da propaganda, da contra-propaganda e de ações nos campos político, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais".

A mesma Lei, no § 3.º ao dito art. 3.º, definiu, outrossim, a "*guerra revolucionária*" como sendo "o conflito interno, geralmente inspirado em uma ideologia, ou auxiliado do exterior, que visa à conquista subversiva do poder pelo controle progressivo da Nação".

Como se vê pelo próprio enunciado dessas conceituações legais, trata-se de novos delitos de feição nitidamente *política*, como tais identificáveis à luz das próprias finalidades que se lhes assinalam, ou sejam, no primeiro, uma atividade "*contra a consecução dos objetivos nacionais*"; e, no segundo, uma atividade "*que visa à conquista subversiva do poder pelo controle progressivo da Nação*".

Nesses casos, em se tratando de *delitos políticos* não expressamente ressaltados em convenções internacionais a que esteja vinculado o Brasil, nem em textos de lei nacional, recaem também eles na área da imunidade extradicional.

22 — Assim em doutrina como na prática internacional, admite-se a extradição nos casos de mera *tentativa*, bem ainda nos de *co-autoria* e *cumplicidade*. A anterior lei brasileira sobre extradição (Decreto-lei n.º 394, de 28-4-1938) aludia às ditas hipóteses, tanto no n.º III ao art. 2.º, como no seu art. 4.º, *in verbis*:

"Art. 2.º — Não será, também, concedida a extradição nos seguintes casos:

.....
 "III — quando a lei brasileira impuser, pela infração, pena de prisão inferior a um ano, *compreendida a tentativa, co-autoria e cumplicidade.*"

Art. 4.º — A extradição alcança os processados ou condenados *como autores, cúmplices ou encobridores da infração.*"

A atual lei sobre a extradição, isto é, o Decreto-lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969, além de não haver reproduzido a norma desse citado art. 4.º da anterior — ao dispor, no inciso IV ao art. 88, que "não se concederá a extradição"...

"quando a lei brasileira impuser ao ilícito pena igual ou inferior a um ano",

omitiu, ou, melhor, suprimiu aquela parte final do correspondente dispositivo da lei anterior (inciso III ao art. 2.^o), onde se dizia: "*compreendida a tentativa, co-autoria e cumplicidade*".

A tentativa que ensejava a extradição — segundo o comentário de ANOR BUTLER MACIEL — era a punível pelo Código Penal, excluída, portanto, a hipótese constante de seu art. 14, segundo o qual — "*não se pune a tentativa, quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime*". Daí a justeza da advertência de ARTUR BRIGGS, pelo mesmo invocada, no sentido de que deve haver o maior cuidado no exame dos pedidos de extradição de indivíduos que apenas *tentaram* praticar um crime, principalmente quanto à gravidade deste e ao valor jurídico dos elementos da tentativa, e de que "melhor seria que a lei, para efeitos de extradição, só admitisse a tentativa de homicídio, compreendendo o assassinato, o parricídio, o envenenamento e o infanticídio" (134).

No que respeita aos *autores, cúmplices* ou *encobridores* da infração, vale registrar que o texto do citado art. 4.^o do anterior diploma legal brasileiro reproduzia quase textualmente a norma do art. 352 do Código de Direito Internacional Privado ou *Código Bustamante (Convenção de Havana)*, assim concebida: — "*A extradição alcança os processados ou condenados como autores, cúmplices ou encobridores do delito*".

Ora, como bem explica MACIEL, com o advento do Código Penal de 1940, a anterior lei de extradição brasileira, elaborada em 1938, quando se referia a *cúmplices*, ficou desatualizada, pois o dito Código aboliu a distinção entre autores e cúmplices, para considerar *autores* todos os que participam no crime. Outrossim, a *cumplicidade post factum*, segundo o mesmo Código Penal de 1940, constitui crime autônomo, sob os títulos de *receptação* e *favorecimento* (135).

23 — Um dos mais discutidos temas do direito extradicional é o que respeita à questão de saber se o Estado requerente da extradição de um indivíduo, na ausência de cláusula expressa, pode submetê-lo a julgamento ou impor-lhe pena por fato delituoso diverso daquele que houver motivado a entrega do inculpaado.

Informa FERNANDO RICCI que a questão não é uniformemente solucionada pela doutrina e que, no direito convencional, deu lugar a três sistemas, a saber: — *Primeiro sistema* — rigorosamente seguido na França e que tende a prevalecer igualmente nos outros países — é o da "*interpretação restritiva*", consoante a qual o extraditado não pode ser julgado senão em razão dos fatos que expressamente motivaram sua extradição; todos os outros fatos, praticados anteriormente ou posteriormente ao pedido, previstos, ou não, pelo tratado, devem ser excluídos de todo processo e julgamento. *Segundo sistema* — adotado, há muito, pela Bélgica (art. 6.^o de sua lei de 13 de novembro de 1833): o Estado requerente pode fazer julgar o extraditado por todos os fatos que tenham sido reconhecidos passíveis de extradição pela convenção geral, a menos que se trate de um fato expressamente reservado

(134) BUTLER MACIEL, *op. cit.*, pág. 78.

(135) BUTLER MACIEL, *op. cit.*, pág. 103.

pela convenção especial de extradição. *Terceiro sistema* — O país requerente pode fazer julgar o extraditado por todos os atos irrogados à sua culpa, sob a condição de processá-lo ou puni-lo pelo fato que motivou o pedido, contanto que não se trate nem de um delito político nem de um delito expressamente reservado. O Estado ao qual um delinqüente foi entregue não assume senão uma obrigação: a de julgá-lo pelo fato em virtude do qual a extradição se consumou. Desde que satisfizesse a tal desígnio e, assim, provou que seu pedido era procedente, adquire êle sua pena liberdade de ação e pode, pois, julgar o extraditado por todos e quaisquer fatos que lhe sejam imputados, sem distinguir se os mesmos se acham, ou não, compreendidos no tratado de extradição. Essa teoria, explica RICCI, foi sustentada pelos Estados Unidos num debate de grande repercussão, em 1875, com a Inglaterra, a propósito da extradição de Charles Lewis Lawrence (136).

O princípio hoje predominante em quase todo o mundo culto é o da *interpretação restritiva*, também chamado da *especialidade* ou do *efeito limitativo da extradição*. — a que se filiou o Brasil, — segundo o qual ao Estado requerente não é lícito fazer julgar o extraditado por fato diverso daquele constante do pedido e que determinou a extradição (137).

A lei de extradição de 1938, em seu art. 12, letra "a", estabelecia que a entrega do inculcado não seria efetuada sem que o Estado requerente assumisse o compromisso de... "não ser detido o extraditado em prisão, nem julgado, por infração diferente da que haja motivado a extradição e cometida antes desta, salvo se livre e expressamente consentir em ser julgado ou se permanecer em liberdade, no território desse Estado, um mês depois de julgado e absolvido por aquela infração, ou de cumprida a pena de privação de liberdade que lhe tenha sido imposta" (*sic*).

A nossa lei atual (Decreto-lei n.º 941, de 1969), em seu art. 98, inciso I, manteve o princípio, com o estabelecer, pura e simplesmente, que "não será efetuada a entrega do extraditando sem que o Estado requerente assumo o compromisso de não ser o extraditando preso, nem processado por outros fatos anteriores ao pedido de extradição".

24 — Sintetizando os diversos requisitos ou pressupostos geralmente estabelecidos para a admissibilidade da extradição, costumam alguns autores classificá-los e resumi-los num esquema de "*condições*" mais ou menos numerosas. Segundo JOSÉ MENDES, as *condições* se classificam em duas categorias, a saber: a) — condições *objetivas*, isto é, relativas aos fatos delituosos; e, b) condições *subjetivas*, isto é, relativas à pessoa dos delinqüentes (138).

De um modo geral, entre tais condições se incluem e enumeram as seguintes:

1.^a) *Que se trate de acusação relativa a delito de certa gravidade, e não de alguma infração de somenos importância.* Costuma-se aferir da gravidade do delito pela natureza e grau da pena cominada nas legislações penais.

(136) FERNAND RICCI, *Des Effets de l'Extradiction*, Paris, 1886, páginas 10 à 15.

(137) ACCIOLY, *op. cit.*, vol. 1.º, págs. 546-547.

(138) JOSÉ MENDES, *op. cit.*, pág. 418.

A lei brasileira estabeleceu, para a concessibilidade da extradição, que a pena prevista no Brasil para a infração argüida não seja inferior a um ano de prisão (Decreto-lei n.º 941, art. 88, n.º IV).

2.^a) *Que o fato motivador do pedido de extradição configure infração punível quer pela legislação do Estado requerente, quer pela do Estado requerido.* (A lei brasileira consagra o princípio no seu art. 88, n.º II).

Sobre este assunto não é pacífica a doutrina. Embora concordem todos ou quase todos os estudiosos quanto à necessidade de que o fato motivador do pedido de extradição seja punível, como delituoso, pela legislação do Estado requerente, a discordância opinativa se planta na questão de saber se o mesmo é de exigir-se em relação à lei penal do Estado requerido, ou de refúgio. Refere PAUL FAUCHILLE que a prática da extradição parece dominada pela necessidade de uma incriminação do fato, mesmo na legislação do Estado requerido, tanto assim que, na sua maior parte, os tratados internacionais sobre a matéria consignam expressa ou implicitamente que o fato fundamental do pedido de entrega deve constituir uma infração punível segundo a lei do Estado de refúgio e segundo a lei do Estado requerente. Entre os tratadistas, certos autores, tais como BERNARD, BONFILS, MERIGNHAC, TRAVERS, WEISS etc., não reputam necessária a criminalidade do fato relativamente ao Estado requerido. Ao contrário, BEAUCHET, BIRON e CHALMRES, DESPAGNET-DE BOECK, RENAULT, VIDAL e outros muitos, opinam que o fato deve ser considerado delituoso e punível pelas legislações de ambos os Estados — requerente e requerido. Esta, foi, aliás, a diretriz preferida pelo Instituto de Direito Internacional, em sua 11.^a Resolução de Oxford, nestes termos: — “*Em regra, deve-se exigir que os fatos aos quais se aplica a extradição sejam punidos pela legislação dos dois países, excetuado o caso em que, por virtude de instituições particulares ou da situação geográfica do país de refúgio, as circunstâncias de fato que constituem o delito não se possam produzir*” (139).

3.^a) *Que não se tenha operado prescrição do crime ou da pena respectiva.* Entendem certos autores que tal prescrição é a da lei do Estado requerente da extradição, porquanto é esta a lei que foi violada pelo ato do acusado (140). Outros, porém, vinculam os efeitos da condição às legislações de ambos ou qualquer dos Estados — requerente e requerido, — em consonância, aliás, com a fórmula adotada pelo Código de Direito Internacional Privado, de Havana (*Código Bustamante*), em seu art. 359, *in verbis*: — “*Tampouco debe accederse a ella si han prescrito el delito o la pena, conforme a las leyes del Estado requirente o del requerido*”. O mesmo princípio prevaleceu no *Projeto de Código de Direito Internacional Público*, de EPICTACIO PESSOA (art. 285, alínea d). A antiga lei brasileira de extradição (Lei n.º 2.416, de 28-6-911) estipulava que a extradição não seria concedida “*quando a infração ou a pena estiver prescrita segundo a lei do país requerente*”. A lei precedente à atual (Decreto-lei n.º 394 de 28-4-938) exigia que não se tivesse verificado a prescrição “*segundo a lei do Estado requerente*,

(139) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.^a parte, págs. 1.032-1.033.

(140) JOSÉ MENDES, *op. cit.*, pág. 418.

ou a brasileira" (art. 2.º, n.º V). A lei atual (Decreto-lei n.º 941, de 13-10-969) manteve a regra, nestes termos: — "quando se tiver verificado a prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente".

4.ª) Não ter sido ou não estar sendo o extraditando processado pelo mesmo crime no Estado requerido. É uma condição perfeitamente justificável, no dizer de J. MENDES (141), para que não haja duas punições pelo mesmo fato, e, pois, imposta pelo preceito do "non bis in idem". ACCIOLY, por seu turno, diz tratar-se de um princípio geralmente aceito e aduz que alguns países o levam ainda mais longe, pretendendo que um Estado não deva conceder a extradição por fatos sobre os quais se possa exercer a sua jurisdição criminal (142). A vigente lei brasileira, reproduzindo quase literalmente disposição da anterior, desautoriza a extradição "quando o extraditando estiver sendo processado ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido" (art. 88, n.º V).

Se, todavia, verificar-se a hipótese, mas com relação a crime diverso do que motivou o pedido de extradição, a solução mais consentânea com os princípios fundamentais do direito repressivo internacional é a que têm adotado as leis brasileiras.

O vigente Decreto-lei n.º 941, de 13-10-969, dispôs:

"Art. 96. Quando o extraditando estiver sendo processado ou tiver sido condenado no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade, a extradição só se efetivará após a conclusão do processo ou o cumprimento da pena, ressalvado, entretanto, o disposto no art. 76".

O citado art. 76 prevê a hipótese de, por conveniência do interesse nacional, poder efetivar-se a expulsão do estrangeiro ainda que haja processo ou já se tenha efetivado sua condenação.

A lei anterior, de 28-4-938, estabelecia, no seu art. 11, *in verbis*: — "Quando o inculcado, contra o qual foi feito o pedido, estiver sendo processado ou estiver sujeito a cumprimento de pena de prisão ou de pena que nesta se resolva, por fato diverso, praticado no Brasil, a extradição será decidida, na forma desta lei, mas a entrega só se fará efetiva depois de findo o processo ou de extinta a pena". De igual modo dispunha a lei n.º 2.416, de 28 de agosto de 1911, em seu art. 3.º. A mesma regra se acha consignada no art. 346 do Código de Direito Internacional Privado, de Havana, (*Código Bustomante*), com a diferença de que aí só se admite o adiamento da entrega do inculcado extraditando quando se tratar de processo ou condenação anterior ao recebimento do pedido de extradição.

5.ª) Não ter o extraditando de responder, no Estado requerido, perante algum tribunal ou juízo de exceção. Trata-se de uma ressalva encontrada em várias legislações e em muitos tratados de extradição, aceita, igualmente, em doutrina, pela consideração de que, ordinariamente, os tribunais ou juízos de exceção não oferecem aos acusados as mesmas garantias que os tribunais e juízos comuns (143). "Em princípio", — explica ARTUR BRIGGS — "um

(141) JOSÉ MENDES, *op. cit.*, pág. 416.

(142) ACCIOLY, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 539.

(143) JOSÉ MENDES, *op. cit.*, pág. 418.

juízo ou tribunal de exceção tem origem revolucionária e se caracteriza mais pela excitação política ou militar, do que pela distribuição calma e reta da Justiça; basta esse fundamento para inferir-se que o indivíduo entregue correria todos os riscos dessa anormalidade" (144). Entre nós, a matéria se acha prevista e regulada no n.º VIII do art. 88 do Decreto-lei n.º 941, de 13-10-1969, segundo o qual não será também concedida a *extradição* "quando o extraditando tiver de responder, no país requerente, perante Tribunal ou juízo de exceção".

6.ª) *Não ter o fato motivador do pedido de extradição o caráter de crime político, de infração puramente militar, contra a religião, de imprensa (ou de opinião) ou de natureza fiscal.* A matéria já foi devidamente examinada no n.º 20 deste trabalho. O Decreto-lei n.º 394, de 1938, no n.º VII do art. 2.º, declarava não concessível também a extradição "quando a infração fôr: a) — puramente militar; b) — contra a religião; c) — crime político ou de opinião". Silenciava quanto às infrações fiscais. O vigente Decreto-lei n.º 941, de 13-10-1969 não reproduziu esse dispositivo.

7.ª) *Não prevalecer a competência do Estado requerido para o julgamento da infração.* Algumas legislações ressalvam essa condição. Assim, por exemplo, a brasileira, como expresso no art. 88, n.º III, do Decreto-lei n.º 941 de 13-10-1969, segundo o qual não se concederá a extradição "quando o Brasil fôr competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando".

8.ª) *Comutação da pena, se fôr de morte ou corporal.* É um princípio estabelecido, em muitas legislações, com base no sentimento de humanidade, e que predominou na *Convenção de Havana*, passando a constituir a norma do art. 378 do Código de Direito Internacional Privado (*Código Bustamante*), assim concebida: — "Em nenhum caso se imporá ou se executará a pena de morte por delito que tiver sido objeto da extradição". A lei brasileira preceitua que a entrega do extraditando não será efetuada sem que o Estado requerente assumo o compromisso de... "comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação". (art. 98, n.º III do Decreto-lei n.º 941, de 31-10-1969).

25 — O *processo da extradição* é matéria eminentemente de direito interno e se acha, via de regra, estabelecido nas legislações particulares dos diversos Estados da Magna Civitas.

Como justamente assinala HILDEBRANDO ACCIOLY, a autoridade competente para solicitar e conceder a extradição outra não pode ser senão o Poder Executivo, como órgão, que é, das relações entre os Estados; tanto mais quanto se trata de um verdadeiro ato de soberania e, "assim, só a pode solicitar ou conceder a autoridade que tem o exercício da soberania em face dos países estrangeiros" (145).

(144) ARTUR BRIGGS, *Extradição de Nacionais e Estrangeiros*, Rio de Janeiro, 1919, págs. 38-39.

(145) ACCIOLY, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 540.

Na expressão de JOSÉ MENDES, a extradição representa uma transação de duas soberanias: resolve um conflito de jurisdição entre duas nações soberanas — uma com direito à punição de quem delinqüiu no seu território e outra com direito a proteger quem está pacificamente em seu território — e, sendo, assim, uma relação entre dois Estados, é, evidentemente, *da alçada diplomática* e, pois, “o pedido de extradição deve ser feito *por via diplomática*” (146).

Não obstante a prevalência dessa *regra*, pode, entretanto, o pedido ser feito diretamente, de governo a governo; e, neste sentido, vale mencionar como exemplos típicos os dispositivos do art. 5.º do tratado entre o Brasil e a Bolívia e do art. 9.º do tratado entre o Brasil e o Peru.

A matéria está, aliás, prevista na legislação brasileira, tal qual se vê pelo que, inicialmente, reza o art. 91 do Decreto-lei n.º 941, de 13-10-969, *in verbis*:

“A extradição será solicitada por via diplomática ou, na falta de agente diplomático do Estado requerente, diretamente de governo a governo...” etc..

Admite-se, geralmente, em especiais circunstâncias de urgência ou necessidade de detenção preventiva do inculcado, pelo perigo de fuga, que o pedido seja feito em forma direta pela autoridade judicial ou administrativa do Estado requerente, sem maiores formalidades, procedendo-se, posteriormente, às que forem de direito. A legislação brasileira prevê e regula a hipótese (art. 93 do citado Decreto-lei n.º 941). A lei anterior (Dec-lei n.º 394, de 28-4-938) dispunha semelhantemente, no seu art. 9.º, condicionando, porém, a hipótese, expressamente, à *“reciprocidade de tratamento.”*

O pedido de extradição deve, sempre, ser instruído e justificado com documentação autêntica e idônea a esclarecer e provar a identidade do extraditando; a natureza do fato que constitua objeto da acusação ou da sentença condenatória; qual a lei aplicável ao caso; a competência do Estado requerente para o exercício da medida; a existência de atos ou decisões judiciais relativos ao fato, etc..

O processo da extradição é variável, dependendo do sistema porventura adotado pela legislação interna de cada país. Os sistemas geralmente seguidos podem classificar-se em três categorias, a saber: — a) *sistema puramente administrativo*; b) *sistema exclusivamente judiciário*; c) *sistema misto*.

Consoante o primeiro — adotado ainda em alguns países, inclusive a Espanha, e que vigia, outrossim, na França antes da lei de 10 de março de 1927 e na Alemanha antes da lei de 23 de dezembro de 1929, — a extradição é concedida ou denegada por obra e deliberação exclusiva da autoridade governamental, sem interferência decisória do Poder Judiciário.

Pelo segundo sistema — adotado principalmente na Inglaterra, — a extradição é matéria de apreciação e deliberação exclusiva da autoridade judiciária, a qual examina até o *mérito* do caso, mediante um verdadeiro e próprio processo judicial, com tôdas as garantias, formalidades e recursos dos

(146) JOSÉ MENDES, *op. cit.*, pág. 423.

processos criminais comuns. O Executivo apenas *cumprê, executa*, o que decide o Judiciário.

Segundo a técnica do terceiro sistema, adotado, com sensíveis diferenças e variações, por vários Estados, entre os quais a Bélgica, a Holanda, a França, a Itália, — há uma divisão de competências entre o Poder Executivo e o Judiciário. Este último é chamado a se pronunciar sobre o pedido da extradição, ensejando ao inculpado extraditando formular defesa em que conteste a regularidade do mesmo pedido, mas o seu parecer não tem caráter de *obrigatoriedade* para o Executivo.

Vigora no Brasil, tradicionalmente, o sistema da *competência judiciária*, tal como decorre de imperativo constitucional e de disposições de lei ordinária. Com efeito, a Constituição de 1946, no seu art. 101, inciso I, alínea "g", estabelecia que ao *Supremo Tribunal Federal* competia... "*processar e julgar originariamente*"... "*a extradição dos criminosos, requisitada por Estados estrangeiros*..." O Decreto-lei n.º 394, de 1938, já prescrevera, em seu art. 10: — "*Nenhum pedido de extradição será atendido sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a legalidade e procedência do mesmo, bem como sobre o caráter da infração, na forma do art. 2.º, § 3.º*".

A antiga Lei n.º 2.416, de 1911, em seu art. 10, também consignava, embora em termos menos amplos, análogo mandamento: — "*Nenhum pedido de extradição será atendido sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a legalidade e procedência do mesmo*".

A Carta de 1967, em seu art. 114, alínea g, declarou *competir ao Supremo Tribunal Federal* "*processar e julgar originariamente*"... "*a extradição requisitada por Estado estrangeiro*..."

A Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, reproduziu fielmente o dispositivo na alínea g do inciso I ao art. 119.

O Decreto-lei n.º 941, de 13-10-969, por sua vez, determinou, no § 2.º ao art. 88, que "*caberá exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a apreciação do caráter da infração*".

Aliás, logo a seguir, estabeleceu, no § 3.º ao mesmo artigo 88:

"*O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra chefes de Estado ou qualquer outra pessoa que exerça autoridade, assim como os atos de anarquismo, terrorismo ou sabotagem, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem pública e social*".

Assinale-se, porém, que, embora adotando o princípio da *competência judiciária*, o sistema brasileiro difere sensivelmente do sistema judiciário inglês, pois, ressalvados apenas os casos de exame e pronunciamento acerca do caráter da infração e de sua natureza *política* ou *não política*, nos termos dos § 2.º e 3.º do art. 88 supracitado, a autoridade judiciária brasileira não entra na apreciação do *mérito* do caso que constitua objeto do pedido de extradição, devendo limitar-se ao exame do mesmo pedido, dos pontos de vista de sua legalidade, procedência e regularidade.

Comenta, a propósito, HILDEBRANDO ACCIOLY:

"Os sistemas brasileiro e suíço, afastam-se francamente do sistema inglês, nesse ponto. Nos dois primeiros (e também no atual sistema francês), o tribunal não examina o pedido de extradição, não entra no mérito do caso: determina apenas a questão da competência ou, quando muito, examina se há erro evidente, quanto à pessoa do extraditando" (147).

Outro ponto delicado a considerar, no plano dos confrontos entre o nosso sistema e os demais já mencionados, é o que respeita à *obligatoriedade*, para o Poder Executivo, da entrega do extraditando, quando o Supremo Tribunal Federal se haja pronunciado favoravelmente ao pedido de extradição. Muito expressivo acerca desse ponto é, também, o comentário de ACCIOLY, escrito embora ainda na vigência da lei 2.416, de 1938.

"Quanto ao Brasil, poderá dizer-se que o Poder Executivo tem igualmente a faculdade de não entregar o extraditando, se o Supremo Tribunal Federal se pronunciou em favor da extradição? A lei não é bastante clara a esse respeito. Por outro lado, a prática não consigna caso algum em que o dito Poder tenha usado de tal faculdade. E, de fato, em matéria de extradição, no Brasil, o Poder Executivo dá a impressão de só intervir como simples intermediário ou como executor das decisões do Poder Judiciário.

Poderá, entretanto, alegar-se, noutro sentido, que a concessão da extradição, embora o sistema processual adotado seja puramente judiciário, é ato de soberania, de governo a governo. E como o órgão que, no Brasil, exerce a soberania externa é o Poder Executivo, a entrega do extraditando, corridos os trâmites estatuidos pela legislação interna e preenchidas as condições legais, dependerá exclusivamente desse Poder. Isto é, uma vez que a extradição for julgada legal e procedente pelo Supremo Tribunal Federal, o Poder Executivo poderá fazer, ou não, a entrega do delinqüente, devendo, todavia, fazê-la, sempre que não tenha motivos ponderosos para recusá-la" (148).

Por sua vez, em tópico sob o título "*Natureza da Decisão Judiciária*", aduz BUTLER MACIEL, escrevendo ainda na vigência da lei anterior:

"Quem concede a extradição não é o Poder Judiciário, mas sim o Poder Executivo, nos termos do art. 7.º, uma vez que o termo *Governo* se refere, obviamente, ao Poder Executivo e é o Chefe desse Poder quem mantém relações com os Estados estrangeiros, nos termos da Constituição Federal, art. 81, n.º VI. Por isso, muito procedente é a crítica feita por ARTUR BRIGGS à técnica usada pelo Supremo Tribunal Federal, que, em seus acórdãos, nos pedidos de extradição, diz que "*concede*" a extradição. O Supremo Tribunal Federal apenas diz da legalidade do pedido (*A Extradição*, página 114, edição 1919)" (149).

* * *

26 — A extradição, como já foi dito, é hoje regulada, no Brasil, pelas disposições (arts. 87 a 103) que compõem o Título VI do Decreto-lei n.º 941, de 13-10-1969, adiante transcritas:

(147) ACCIOLY, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 542.

(148) ACCIOLY, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 543.

(149) A. BUTLER MACIEL, *op. cit.*, ed. de 1957, pág. 144.

TÍTULO VI

Da Extradicação

Art. 87. A extradicação de estrangeiro poderá ser concedida quando o governo de outro país a solicitar, invocando convenção ou tratado firmado com o Brasil e, em sua falta, a existência de reciprocidade de tratamento.

Art. 88. Não se concederá a extradicação:

I — De brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato determinante do pedido;

II — Quando o fato que a motivar não fôr considerado crime pela lei brasileira ou do Estado requerente;

III — Quando o Brasil fôr competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;

IV — Quando a lei brasileira impuser ao ilícito pena de prisão igual ou inferior a um ano;

V — Quando o extraditando estiver sendo processado ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;

VI — Quando se tiver verificado a prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;

VII — Quando se tratar de crime político;

VIII — Quando o extraditando tiver de responder, no país requerente, perante Tribunal ou juízo de exceção.

§ 1.º A exceção do inciso VII não impedirá a extradicação, quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal.

§ 2.º Caberá exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a apreciação do caráter da infração.

§ 3.º O Supremo-Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou qualquer outra pessoa que exerça autoridade, assim como os atos de anarquismo, terrorismo, ou sabotagem, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política e social.

Art. 89. São condições para concessão da extradicação:

I — Ter sido o crime cometido no território do Estado requerente, ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado;

II — Existir sentença final de privação de liberdade, ou estar a prisão do extraditando autorizada por juiz, tribunal ou autoridade competente do Estado requerente, ressalvado o disposto no art. 93.

Art. 90. Quando mais de um Estado requerer a extradicação da mesma pessoa pelo mesmo fato, terá preferência o pedido daquele em cujo território a infração foi cometida.

§ 1.º Tratando-se de atos diversos, terão preferência, sucessivamente:

I — O Estado requerente em cujo território haja sido cometido o crime mais grave, segundo a lei brasileira;

II — O que em primeiro lugar houver solicitado a entrega, sendo igual a gravidade do crime;

III — O Estado de origem, ou, na sua falta, o domiciliar do extraditando, se os pedidos forem simultâneos;

IV — Nos demais casos, a preferência fica à discrição do Governo brasileiro.

§ 2.º Havendo tratado ou convenção com algum dos Estados requerentes, prevalecerão suas estipulações, no que disserem respeito à preferência de que cuida este artigo.

Art. 91. A extradição será solicitada por via diplomática ou, na falta de agente diplomático do Estado requerente, diretamente de governo a governo, devendo o pedido ser acompanhado de cópia ou traslado, autêntico, da sentença condenatória, ou das decisões de pronúncia ou prisão preventiva, proferidas por juiz ou autoridade competente. Dêsse documento ou de outros que se juntarem deverão constar indicações precisas sobre o local, data, natureza e circunstâncias do fato criminoso, identidade do extraditando e ainda cópia dos textos legais sobre o crime e a pena e sua prescrição.

Parágrafo único. O encaminhamento do pedido por via diplomática confere autenticidade aos documentos apresentados.

Art. 92. O Ministério das Relações Exteriores remeterá o pedido ao Ministro da Justiça, que providenciará a prisão do extraditando e sua apresentação ao Supremo Tribunal Federal.

Art. 93. Em caso de urgência, poderá ser concedida a prisão preventiva do extraditando, mediante requisição hábil, feita por qualquer meio de comunicação, por autoridade competente, agente diplomático ou consular do Estado requerente.

§ 1.º A requisição a que se refere este artigo indicará qual o crime cometido e fundar-se-á em sentença condenatória, auto de prisão em flagrante, mandado de prisão, ou, ainda, fuga do indiciado.

§ 2.º Dentro de 90 (noventa) dias da data em que houver sido solicitada a prisão, o Estado requerente deverá apresentar o pedido formal de extradição, acompanhado dos documentos indicados no art. 91.

§ 3.º A prisão com base neste artigo, não será mantida além do prazo referido no parágrafo anterior, nem se admitirá novo pedido pelo mesmo fato, sem que a extradição haja sido formalmente apresentada.

Art. 94. Nenhum pedido de extradição será atendido sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão que fôr proferida.

Art. 95. Efetuada a prisão do extraditando (art. 92), o pedido de extradição será encaminhado ao Supremo Tribunal Federal.

§ 1.º A prisão perdurará até o julgamento final do Supremo Tribunal Federal, não sendo admitida a concessão de liberdade vigiada.

§ 2.º Ao despachar o pedido, o Ministro relator designará dia para o interrogatório do extraditando, nomeando-lhe curador, se fôr o caso, ou advogado se o não tiver, e conceder-lhe-á o prazo de 10 (dez) dias para a defesa.

§ 3.º A defesa do extraditando só poderá consistir em não ser ele a pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados e ilegalidade da extradição.

§ 4.º Não estando o processo devidamente instruído, o Tribunal, a re-

querimento do Procurador Geral da República, poderá converter o julgamento em diligência, para o fim de ser o pedido corrigido ou completado no prazo improrrogável de 45 (quarenta e cinco) dias, decorridos os quais o processo será julgado definitivamente, esteja, ou não, realizada a diligência.

§ 5.º Negada a extradição, não poderá o pedido ser renovado com base no mesmo fato.

Art. 96. Quando o extraditando estiver sendo processado ou tiver sido condenado no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade, a extradição só se efetivará após a conclusão do processo ou o cumprimento da pena, ressalvado, entretanto, o disposto no artigo 76.

Parágrafo único. A entrega ficará igualmente adiada, se a sua efetivação puser em risco a vida do extraditando, em virtude de enfermidade grave, comprovada por laudo médico oficial.

Art. 97. O Governo poderá fazer a entrega do extraditando, ainda que submetido a processo ou condenado por contravenção.

Art. 98. Não será efetuada a entrega do extraditando sem que o Estado requerente assuma o compromisso:

I — De não ser o extraditando prêso, nem processado, por outros fatos anteriores, ao pedido de extradição;

II — De computar o tempo de prisão no Brasil como de prisão preventiva, quando êste deva ser contado;

III — De comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação;

IV — De não ser o extraditando entregue a outro Estado, que o reclame, sem consentimento do Brasil;

V — De não considerar fim ou motivo político para agravar a pena.

Art. 99. A entrega do extraditando, de acôrdo com as leis brasileiras e respeitados os direitos de terceiros, será feita com todos os objetos encontrados em seu poder, quer sejam produto da infração quer se trate de peças que possam servir para prová-la.

Art. 100. A entrega dos objetos a que se refere o artigo anterior poderá fazer-se, se fôr pedida pelo Estado requerente, ainda que o extraditando venha a morrer ou desaparecer.

Art. 101. Comunicada a concessão da extradição ao agente diplomático do Estado requerente, deverá êste, no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, retirar o extraditando do território brasileiro, e, não o fazendo, será êle pôsto em liberdade, sem prejuízo de responder a processo de expulsão, se o motivo da extradição a recomendar.

Art. 102. O estrangeiro que, depois de entregue ao Estado requerente e durante o processo e o julgamento, conseguir escapar à ação da Justiça e refugiar-se no Brasil, ou por êle transitar, será detido mediante requisição direta ou por via diplomática, e novamente entregue, sem outras formalidades.

Art. 103. Salvo motivo de ordem pública, poderá ser permitido o trânsito, pelo território brasileiro, de pessoas cuja extradição se processou entre Estados estrangeiros, bem como o da respectiva guarda, mediante a apresentação de documentos hábeis, comprobatórios da concessão da medida.

NAPOLEÃO E O CÓDIGO CIVIL (*)

OSCAR TENÓRIO

O segundo centenário do nascimento de Napoleão, pelo tempo decorrido da poderosa ação militar e política do Corso, já deveria ter permitido aos historiadores rigorosas conclusões a respeito de quem abriu as portas dos tempos modernos, na passagem do feudalismo para o liberalismo da Burguesia.

Mas assim não tem sido. Os juízos oscilam entre a execração (ainda agora HENRI GUILLEMIN coloca-o na categoria dos canalhas) e a apologia. ALBERT SOREL, egrégio historiador, severo, transborda, entretanto, de entusiasmo. É que a figura contraditória de Napoleão, por sua grandeza e pela influência que exerceu na história da Europa, é da mesma cêpa de Cesar. Este teria traído a liberdade? Aquêle, apontado como filho da Revolução, não teria traído os ideais revolucionários? São perguntas que justificariam respostas divergentes ou opostas. As regras da heurística, da autenticidade e interpretação dos documentos, encontram dificuldade ante o perfil do homem extraordinário. E mesmo filósofos da história, que reduzem o valor do indivíduo e destacam a preponderância das forças coletivas, claudicam ante a figura solar, para reconhecer sua influência na corrente da história européia, e, mesmo mundial.

Nem a ação do administrador, admirável em muitos pontos (lembramos, por exemplo, que êle criou a Côte de Contas), tem escapado aos juízes extremados. Do legislador civil, a codificação lhe levou o nome, como a completar a galeria de soberanos que os turifurários têm incensado: Hamurabi quase dois milênios antes de Cristo, e Justiniano, no século VI da nossa era. Mas nessa galeria êle não aparece com os traços impessoais de mero sacionador de uma obra trabalhada por ponderados juriconsultos. Destaca-se seu nome como um obreiro ao lado de outros obreiros, de pá na mão a erigir, num trabalho coletivo, uma obra que honra os padrões da civilização civil. Obreiro a dirigir, com a sua genial intuição, outros muito mais competentes, adestrados na técnica e na aplicação do direito. Levava o Código Civil o seu nome; derrotado Napoleão, o Código retoma o título democrático de Código Civil dos Franceses. Mas, no mundo, especialmente no Nôvo Mundo, os juristas têm permanecido fiéis ao título nominal, personalista.

No estudo, à luz da sociologia e da história, do papel de Napoleão na elaboração do Código Civil, chegamos à conclusão de que mesmo sem o Primeiro Cônsul, as leis civis francêsas seriam inevitavelmente codificadas, como re-

(*) Conferência proferida no Centro de Estudos Políticos do Tribunal Regional Eleitoral, em 14 de novembro de 1969.

sultado de um longo processo histórico a independer da força de qualquer figura carismática. Mas a Napoleão coube refreiar o extremismo inerente a quase tôdas as revoluções, e orientar as leis civis para os caminhos tranqüilos da Burguesia em ascensão. Foi, sem dúvida, a nervosa atividade política de Napoleão que apressou a elaboração do Código e, em parte, lhe modelou a fisionomia. Das 102 sessões da Comissão de Legislação do Conselho de Estado, Napoleão presidiu 57. Participava das discussões de certas matérias, dando aos debates força de expressão e caráter realista. Uma vontade poderosa, estandaliana, no prosseguimento inerradável de seus objetivos, afastou obstáculos para a realização de uma obra longamente desejada.

A Assembléa Constituinte e a Assembléa Legislativa preocuparam-se com a unidade das leis civis, isto é, com um Código de leis civis comuns a todo o Reino. A Convenção, por sua vez, adotou a mesma idéia. A idéia da codificação (cinco foram os Códigos Napoleônicos) correspondia à concepção política da França revolucionária, mas encontrava suas raízes em passado distante.

O regime anterior era o do Antigo Direito. A França estava dividida entre o país do direito costumeiro (o Norte) e o país do direito escrito (o Sul). Naquele, cada provincia se regia por costume próprio (Paris, Bretanha, etc.), neste dominava o direito romano. A tentativa do Rei para unificar o direito, por intermédio de ordenanças e editos, era de âmbito limitado a determinadas matérias. Os Paramentos, por sua vez, negavam registro a muitos atos do Rei. Uma tríplice diversidade caracterizava o Antigo Direito: 1) entre o direito dos países de direito escrito e os do costume; 2) entre os diferentes costumes; 3) entre as jurisdições dos diferentes Paramentos.

Variedade e instabilidade. A instabilidade do direito costumeiro foi remediada com a sua redação oficial, iniciada com a Ordenança de Montilz-Les-Tours, de 1453, de Carlos VII, e prosseguida, com muita amplitude, por Carlos VII. A estabilidade transformou o direito costumeiro numa verdadeira lei, obrigatória para a justiça e para os indivíduos. Subsistia, todavia, a diversidade, a multiplicidade, a divisão territorial. E a legislação do Direito anterior à Revolução francesa tinha uma outra diversidade, a da categoria social dos indivíduos, assentada no regime feudal, essencialmente anti-democrática. A Revolução buscou a unidade, não apenas territorial; buscou, principalmente, a unidade na igualdade. E é sob este ponto de vista que devemos fazer justiça à geração que abalou o regime feudal. BARTHÉLEMY TERRAT sustenta que a unidade da legislação francesa é obra de oito séculos de trabalho e de esforço, devendo-se fazer justiça às gerações passadas. Observa êle que os 360 costumes diferentes, no Século X, tiravam seus elementos de quatro pontos comuns: 1.º os antigos costumes germânicos; 2.º o direito romano; 3.º o cristianismo; 4.º o direito feudal. Mas o problema essencial não era o das fontes comuns dos costumes, dando-lhes relativa unidade. O problema essencial era o da *igualdade civil*, impossível de ser estabelecido no Antigo Regime. A unidade política, para cujo êxito feliz trabalhou a Revolução, impunha a unidade legislativa, unidade no espírito político, e não apenas técnica e formalmente.

Lúcidamente, SALEILLES expôs as três principais correntes que dominavam na França e na Europa, ao concluir-se a elaboração do Código Civil, exprimia a primeira uma doutrina filosófica, a segunda uma doutrina política e a última uma doutrina jurídica. A filosofia, com raízes no Século XVI e fórmula quase definitiva no Século XVIII, proclamava o princípio segundo o qual o homem tem, desde o nascimento, direitos inerentes à sua própria individualidade, direitos que derivam da natureza. A política é a da democracia: igualdade de direitos civis e igualdade de direitos políticos. A doutrina jurídica é relativa à lei, seus caracteres e seus métodos de interpretação.

Não há dúvida de que a história da humanidade, na sucessão dos acontecimentos, tem raízes comuns. Mas é necessário que não percamos de vista as inovações que o espírito humano leva à própria vida. Encontramos no Código Civil textos que quase reproduzem POTHIER. Encontramos, também, dispositivos que se prendem ao Direito Romano. Mas é o que não encontramos num e noutro que caracteriza o Código Civil, dando-lhe expressão pioneira; a pequena área de sua originalidade é a sua grandeza.

Muitos dos que criticam a obra codificadora da França se aliam ao falso juízo de TAINE de que tudo, na Revolução Francêsa, não passou de uma transferência de propriedade das mãos da nobreza para as da burguesia. É uma ilusão comum aos historiadores que não se apercebem das variações estruturais da sociedade ao impulso revolucionário, vendo nas Revoluções uma simples posse de Poder. É certo que as águas do rio da história, com seus afluentes e confluente, não correm com tranquilidade; é um correr contínuo no descontínuo. Napoleão é um dos mais fecundos exemplos à respeito. No rio da Revolução Francêsa ele cortou a corrente, nos seus impulsos, refez a. Contra-revolução dentro da Revolução. Mesmo quando chegou ao apogeu do Cesarismo, talvez para fortalecer o poderio militar da França, ele se sente filho da Revolução. Suas atitudes são as da moderação burguesa. Não foi ele quem, por ordem de Barras, em 1796, fechou o Clube do Panteon, o Clube dos Iguais? Os discípulos de Babeuf e de Buonarroti aspiravam à implantação de um regime comunista; Napoleão, a mando do Diretório, destruiu suas veleidades. A corrente extremista quase suprimiu o testamento em 1793. Emerge do caldeirão revolucionário o fogo da destruição da própria burguesia nascente. Pretendem alguns, queimar etapas da evolução histórica. Coube a Napoleão, ou, pelo menos, ao espírito que ele encarnava, levar ao túmulo a aristocracia feudal e consolidar os princípios sociais de 1789, principalmente aqueles consignados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto. O estatuto aprovado pela Assembléia Nacional, é fundamentalmente de direito público; proclama no art. 1.º que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos, e que as distinções sociais somente podem ser fundadas na utilidade comum, e declara, no art. 17, que a propriedade é um direito inviolável e sagrado. A Constituição de 24 de julho de 1793 fortalece e amplia a Declaração de 1789, e estabelece no art. 85 que o código das leis civis e criminais é uniforme para toda a República. E a Constituição de 5 Fructidor ano III (22 de agosto de 1795) é ainda uma Declaração dos direitos e deveres do homem e dos cidadãos, declaração sobre a liberdade, a igualdade, as garantias e a pro-

priedade como direitos do homem (art. 39). E que valeriam tantas Declarações e Constituições sem as leis de direito privado para ordenar os princípios fundamentais? O Código Civil foi o instrumento da ideologia democrática nas relações da vida civil. A Revolução (e por isso, uma autêntica revolução), foi a Grande Revolução no dizer de KROPOTKINE, porque permitiu que os Códigos da Europa admitissem a igualdade perante a lei e o governo representativo, cumprindo assim sua missão.

A sociedade moderna, isto é, a sociedade saída da Revolução Francesa e, de alguma forma, das duas Revoluções Inglesas do Século XVII, repousa na liberdade individual, na igualdade de todos perante a lei, no Estado laico, na liberdade de consciência e na liberdade de trabalho. Brotam, com ela, o liberalismo político e o liberalismo econômico, os esteios da nova classe, criadora e fecunda, a cumprir na história o seu papel. Napoleão, com o Código Civil, deu à burguesia triunfante os meios de cortar as amarras com a aristocracia e o feudalismo.

As grandes codificações civis do Século XIX, a da França, a da Itália e a da Alemanha, foram atos políticos que visavam a unidade. Se elas divergem, e até profundamente, na maneira de expor as regras e, até na essência dos institutos, têm uma inspiração política comum. Mas elas, e também várias do Século XX, têm suas nascentes ideológicas na Revolução Francesa, no Código Civil de 1804. SAVIGNY, no seu famoso trabalho publicado em 1814, sobre a codificação civil, trabalho que se expressa, conforme se disse, quase com rancor, com ódio, e ademais contrário à França, aos seus juristas, às suas instituições, à sua Revolução e ao seu Código Civil de 1804, não deixou de reconhecer, no meio da severidade de sua crítica, a influência do elemento político, a predominância sobre o elemento técnico, o que lhe permitiu introduzir no direito existente maiores inovações do que aquelas que constam nos Códigos alemães. Mas a censura é na realidade um dos melhores louvores ao Código Civil. E o Código tem suas claudicações, como as pertinentes às nulidades. Não haveremos por isto de condená-lo, a ponto de lhe diminuirmos o valor histórico.

Paradoxalmente, o Código Civil, promessa realizada da Revolução, acalmou excessos do direito intermediário, o direito que se colocou entre o do feudalismo e o do Código, e veio a disciplinar uma sociedade que se tornou conservadora, a favorecer os proprietários da terra.

Sobre a filosofia do Código Napoleão, duas correntes se formaram. Para uma, encarnada sobretudo em DUGUIT, o caráter do Código é puramente individualista, e o seu sistema jurídico repousa na concepção metafísica do direito subjetivo. Para outra, representada por BONNECASE, a filosofia do Código Civil é experimental, fruto do meio social.

Não seria possível desejar que uma codificação civil se antecipasse a um movimento, hoje traduzido na expressão equívoca "direito social", a justificar uma transformação entre uma suposta ordem metafísica e uma ordem realista. Uma concepção socialista do direito privado, a diminuir o valor da autonomia da vontade, a estabelecer a função social da propriedade e a conceder nova estrutura à família, seria, nos fins do Século XIX, um salto no vazio, uma irrealdade legal a ferir a realidade social.

É criador, e é coordenador. Certamente não rompeu integralmente com o direito anterior. Quando se lhe atribui falta de originalidade, faz-se-lhe legítimo elogio. É o Código da burguesia, não apenas da grande burguesia. Ao estabelecer as regras sobre a propriedade da terra, assegurou à nova classe social sua estabilidade, no tempo em que a terra constituía a expressão da riqueza, pois o comércio e a indústria eram secundários e exercidos por artesãos e pequenos burgueses. Desde que a Revolução extinguiu os privilégios feudais e estabeleceu os direitos fundamentais do homem e do cidadão, uma população numerosa começou a gozar de direitos até então concedidos a uma minoria detentora de terra. Foi a essa população beneficiada com a extinção da estrutura do feudalismo que os novos princípios iriam exercer maior influência. A situação da França era a de um país com os pilares fincados na terra. E como se tem observado, em 1804 não havia grandes usinas, nem grandes estabelecimentos comerciais, e o patronato tinha força econômica limitada. O assalariado contratava numa relativa igualdade. São observações de SAVATIER. Ele veio a favorecer as classes médias. O espírito democrático que o anima é o das classes médias. Poder-se-á oferecer censura a uma democracia limitada aos interesses de certas classes. Mas outra democracia não podia emergir das condições sociais da França. O proletariado ainda não era força capaz de impor normas jurídicas. O contrato de trabalho era então um contrato de direito privado. As manifestações quase demagógicas do direito intermédio foram acalmadas pela influência do espírito conservador. E neste ponto se faz sentir a influência do bom-senso ditado por Napoleão. E é esse espírito conservador, burguês, que preside os trabalhos do Conselho de Estado incumbido da elaboração do Código Civil.

Tinha Napoleão trinta anos quando se deu ao trabalho codificador. Seus predecessores, aqueles que sopraram as labaredas do incêndio da Revolução, eram da mesma geração. SAINT-JUST tinha vinte e sete anos quando subiu ao cadafalso. E havia participado de importante missão junto aos exércitos do Reno. ROBESPIERRE foi guilhotinado aos trinta e seis anos de idade. DANTON desapareceu aos trinta e cinco anos.

Cada um deles já havia exercido decisiva atividade política. E os grandes colaboradores e companheiros de Napoleão faziam na idade, a média de trinta e cinco anos. Mas entre a atividade política e a atividade jurídica há uma grande distância: a primeira é uma arte marcada pela intuição e pelo instinto; a segunda, uma ciência. Curioso, é que Napoleão, personalidade contraditória, influiu politicamente no Código Civil. Mas influiu, no caso, com extrema coerência, dentro de uma concepção geral. A administração e a vida econômica foram reguladas de tal modo que a França pôde manter guerras externas custosas. A produção aumentou. A obra das reformas seria inacabada se não abrangesse a própria estrutura da sociedade. Naturalmente, ela a concebia, segundo a observação de GODECHOT, à imagem do exército: no cume, o chefe do Estado; na base, a família submetida à autoridade despótica do "pai de família", cujo poder é o reflexo do poder imperial.

E o Primeiro Cônsul sabia que o seu poder se consolidaria com o Código Civil, elaborado à feição de seu espírito hierárquicamente. O antigo pensamento dos reis da França iria êle levar a têrmo, ao mesmo tempo que atendia ao pensamento das Assembléias revolucionárias.

O Código Civil não foi ténicamente obra sua. Não poderia ser porque o gênio militar e politico de Napoleão tinha as naturais limitações do espírito humano aos esforços criadores da ciência e da arte. Parcialmente foi obra sua, esclarece SAVATIER, porque impregnada de certas idéias suas. Até onde podia ir a sua inteligência intuitiva, em problemas a respeito dos quais é possível a qualquer ter suas opiniões, ter sua filosofia prática, êle o foi com exemplar objetividade. Sôbre a família e a propriedade, o homem do principio do Século XIX tinha uma nítida orientação; e êle, principalmente, que buscou construir uma sociedade civil estável, através da moralidade familiar e da preservação da propriedade. O direito de família constante do Código Civil teve, na elaboração, a influência direta do Primeiro Cônsul, a ponto de, só por isso, merecer o seu nome. A sociedade civil só é estável com a autoridade paterna e marital reforçada. O direito de suceder dos filhos naturais não reconhecidos não foi admitido; e quanto aos reconhecidos, foi reduzido. Estabeleceu a precedência do casamento civil sôbre o casamento religioso, sob pena de multa à autoridade celebrante infratora.

A ordem civil do Código de 1804 não é exatamente a mesma desejada pela geração revolucionária nas suas primeiras e intensas atividades. E é na organização da família que encontramos, bem clara, a divergência. O casamento civil e o divórcio foram mantidos. A Revolução pretendia estabelecer a liberdade e a igualdade em todos os setores. Conseqüentemente, a mulher seria igual ao homem na esfera dos direitos civis. A família não se regulamentou no Código Civil à imagem da Revolução; estruturou-se à imagem do Império. E ГОДЕЧОТ enuncia as modificações substanciais que colocam a família sob o signo da autoridade. Há uma dissociação que se tem mantido até hoje. A igualdade política da mulher não tem acompanhado a sua igualdade civil, apesar de se proclamar uma liberdade que não corresponde aos textos legislados. As transformações da sociedade contemporânea têm permitido à mulher trabalho fora do lar, livre escolha de profissão e até de domicílio; mas ficam alguns residuos que tornam mitigada a igualdade e precária a liberdade, em beneficio do poder do marido e do pai.

O Código Civil de 1804 desligou-se da Revolução nessa parte. Vedou-lhe participar do Conselho de Família. Vedou-lhe o exercício da tutela. Em matéria de adultério, na via da punição, a desigualdade foi estabelecida. Sustenta ГОДЕЧОТ que tôda essa legislação constitui violação flagrante do principio de igualdade proclamado pela Declaração dos Direitos de 1789. Há exagero na assertiva. A primeira parte do art. 1.º da Declaração de 1789 diz simplesmente que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direito; mas é a liberdade no campo dos direitos públicos; é a igualdade no dominio das garantias na sociedade politica. Ao transplantar-se para as constituições democráticas dos séculos XIX e XX, a Declaração de 1789 aliás precedida da Declaração dos Estados Unidos de 1776, não influiu, e nem poderia influir, na órbita da sociedade civil, mórmente na parte do di-

reito de família e do direito sucessório. São esferas distintas de tratamento distinto, mesmo em países de instituições democráticas aperfeiçoadas.

Entretanto, em relação ao Antigo Direito, o progresso no campo do direito de família não foi pequeno, a ponto da transição marcar efetivamente uma nova época na história do direito privado. Lembra-nos, neste particular, SAVATIER, tão arguto no exame das chamadas metamorfoses do direito que, no Antigo Direito, no país de direito escrito, os membros da família, mesmo após sua maioridade, continuavam representados, na sua vida jurídica, pelo chefe de família. Os filhos nascidos fora do casamento eram tratados como estranhos à família. O casamento era indissolúvel.

Coube a Napoleão colocar no Código a adoção e o divórcio por consentimento mútuo. Se em relação a esta instituição parece que o que o levou a admiti-la foi um motivo de ordem política, em relação à primeira, o motivo foi de natureza social da nova ordem, a transformação da família em regime diferente do regime feudal.

A organização da família, no Código, aceitou alguns princípios da época revolucionária, e, ao mesmo tempo, procurou edificar uma nova sociedade. Empenhada no restabelecimento da ordem social, abalada pela Revolução aos limites da desordem e da anarquia, Napoleão, mais uma vez, procurou conciliar as forças em choque, antagônicas, tentando unir exigências quase irreconciliáveis, dando-nos a mostra de sua personalidade. A dualidade, na percepção de um crítico, é todo o espírito de Napoleão: fervor romântico, visionário, e lucidez, precisão matemática. Essa dualidade do espírito de Napoleão esteve presente em quase todos os atos de sua vida. O cesarismo tem freqüentemente no uso dos dinheiros públicos uma fonte de corrupção; mas ele criou a Corte de Contas, severa fiscalizadora dos gastos da Administração. Ele se dizia filho da Revolução, e bem o foi; mas, a liberdade que pregava era outra. Gênio militar, objetivo, suas batalhas eram impulsionadas pelo arrebatamento de epopéias românticas. Gênio civil, lançou as bases da vida administrativa da França Moderna. O Código Civil de 1804 reflete no espelho da Revolução a face de Napoleão.

Para uma sociedade civil equilibrada, não é necessário apenas que a família se constitua sob padrões de autoridade; necessário também, que a propriedade tenha segurança. Não se poderia conceber uma burguesia liberal apta ao exercício de seu papel dominador, sem a destruição dos privilégios, especialmente os antigos privilégios da riqueza.

O regime dos bens no casamento e o direito sucessório, foram regulados de acordo com o espírito da burguesia liberal. Daí se dizer que "ela regula as condições de existência da família, considerada sob o ângulo da propriedade". Propriedade individual com livre gozo e de uso absoluto, desde que não faça uso proibido pela lei. Ao proclamar a Declaração dos Direitos do Homem a propriedade como direito inviolável e sagrado, a Revolução Francesa não punha roupagem vistosa na concepção do direito romano; não a prolongava. O movimento de 1789 foi anti-feudal. Conseqüentemente, o novo direito de propriedade era o da burguesia. O direito de propriedade era sagrado — observa SAVATIER — ao sair da Revolução, porque ele era

feito de uma libertação: a libertação da terra francesa em relação às antigas emprêsas feudais e as congregações.

E a sociedade civil baniu os privilégios de pessoas. A nobreza, o clero e o Terceiro Estado, como expressões de classe, desapareceram; perderam seu sentido de poder diferenciado. A propriedade perdeu também sua estrutura privilegiada, para ser a propriedade individual, acessível a todos e tratada igualmente pela lei. Ainda aqui, a propriedade aparece unida aos interesses da instituição da família, a ponto de um historiador assinalar que o Código considera a propriedade como o efeito e a consagração do trabalho, como o lugar, a condição de existência e de estabilidade da família.

Nenhum país guarda, como a França, no meio das grandes transformações da técnica moderna, a fidelidade à pequena propriedade enriquecida pelos vinhedos e pelas pastagens, fontes de sua riqueza, fontes da pequena propriedade que lhe dá personalidade quase singular na civilização. Está na evidência que a propriedade privada disposta no Código Civil é a das *Institutas* de JUSTINIANO. Mas a volta de JUSTINIANO se faz noutro cenário histórico, com outra sociedade civil, mas com outro sentido.

A concepção nacional do novo Estado francês levou Napoleão a influir, nas sessões do Conselho de Estado, no sentido de restringir o gozo dos direitos civis pelo estrangeiro. O art. 726 declarava-o incapaz de suceder, e o art. 912 o de receber por doação ou legado; ambos os artigos foram abrogados por uma lei de 14 de julho de 1810.

Na discussão sobre a nacionalidade propõe Napoleão Bonaparte o seguinte: "Todo o individuo nascido na França é francês".

Na apreciação do titulo primeiro, relativo à publicação, efeito e aplicação das leis em geral, o Primeiro Cônsul participa, desde logo, da discussão, quando PORTALIS apresenta a matéria. O prazo de vacância de quinze dias após a promulgação das leis merece sua objeção, mórmente em relação às leis repressivas, cuja execução não pode ser protelada. Entende que a lei deve ser obrigatória logo que conhecida, conforme o direito romano e a opinião unânime dos juriconsultos. E insiste o Primeiro Cônsul no assunto, ao dizer que seria ofender a majestade da vontade nacional tornar obrigatória a lei vinte e cinco dias (dez dias dados pela Constituição e os outros mais pelo dispositivo em discussão) depois de conhecida. E ainda se exprime nestes termos: "... o principio da igualdade dos direitos é respeitado quando todos os franceses ficam sujeitos à lei quando ela chega no lugar onde eles moram". Insiste na matéria perante os juristas que formam a Comissão no Conselho de Estado: PORTALIS, TROUCHET, BIGOT-PRÉA-MENEU e MALLEVILLE. Homens moderados que eram inquiridos e ouvidos pelo Primeiro Cônsul. Eles deram atenção maior às três questões que, em 9 de setembro de 1794, CAMBACÈRES apresentava como essenciais a um Código Civil, e que se reduziam aos direitos de liberdade, de propriedade e de contratar.

O Discurso Preliminar sobre o Projeto do Código Civil, embora assinado pelos quatro membros da Comissão, foi trabalho exclusivo de PORTALIS. Nêle se diz que "o legislador não deve perder de vista que as leis são elaboradas para os homens, e não os homens para as leis; que estas

devem ser adaptadas ao caráter, aos hábitos, à situação do povo para o qual elas se destinam". E no discurso de apresentação do Código, em 3 Trimaire Ano X, dizia PORTALIS, ao dirigir-se aos cidadãos legisladores, da necessidade de uma legislação única para a França, na linha do equilíbrio, pois assim devemos entender as suas palavras relativas às leis passageiras que tinham sido publicadas durante a Revolução e que se assemelhavam a pilastros flutuando no meio de um mar tempestuoso".

Uma ordem civil tendo por base uma ordem política, tese que PORTALIS enuncia na "Exposição de Motivos do projeto de lei relativa à reunião das leis civis num só corpo de leis", pois várias já tinham sido elaboradas, sob o título de Código Civil Francês, ele proclamava, dentro do próprio espírito de Napoleão, o seguinte: "Não somos mais provençais, bretões, alsacianos, mas franceses. A uniformidade não é só estabelecida nas relações que devem existir entre as diferentes partes do Estado; a uniformidade deve ser também estabelecida nas relações entre os indivíduos. As distinções humilhantes que o direito político havia estabelecido entre as pessoas, inclusive no direito civil, são obra do passado.

Se as idéias de PORTALIS, a quem se chamou "o pai do Código Civil", eram as de um técnico, de um homem profissionalmente dedicado ao estudo do direito; elas eram, na essência, as idéias de Napoleão, no contexto de suas concepções políticas. Exato, portanto, o julgamento de que Napoleão foi mais o autor do Código do que de seu conteúdo. Autor mais pela ação do que pelo pensamento. As Exposições de Motivos das leis e dos Códigos, freqüentemente são peças oficiais de técnicos, de profissionais, que correspondem às idéias de seus elaboradores. Mas no caso do Código Civil o pensamento de Napoleão está nela, em várias passagens, como se ele tivesse sido o seu autor, como se traduzisse na escrita até os seus mais caros pensamentos políticos e suas ambiciosas aspirações. Eis um trecho de PORTALIS: "Assegurando por boas leis nossa prosperidade no interior, teremos aumentado nossa glória e nosso poder no exterior". E a glória da França não se erigiu apenas no campo de batalha; erigiu-se, bem mais alta, na Expansão do Código Civil. E na Itália, e na Bélgica e na Polônia, em tantos países dominados, os princípios da liberdade civil luziam nas pontas das baionetas dos infantes, no aço dos artilheiros. A morte de PORTALIS em 29 de agosto de 1807, comoveu Paris. Os povos sabem, por intuição, qual a medida da perda de suas figuras egrégias. O cortejo (são palavras dos Ministros do Interior e da Guerra, em comunicado à Nação ferida) partiu a pé, dirigindo-se à Igreja de São Tomás de Aquino, cercado por duas filas de tropas, ao resplendor de tochas e no meio de um cortejo de espectadores sensivelmente comovidos".

Napoleão queria que o Código Civil servisse de base a um código europeu. Aos que se opunham à sua implantação no exterior, reagia. A seu irmão Jerônimo, rei da Westfália, esclarecia que contava mais, para a consolidação do poder, com o Código Civil do que com o resultado das grandes vitórias. Determinava-lhe que aos que fizessem objeção opusesse uma firme vontade.

Em Santa Helena reafirmava o mesmo pensamento. E a resistência que certas forças sociais, como o alto clero da Polônia, opunham ao Código Civil, significava a importância de um direito aparentemente conservador, mas que iria exercer influência no Velho e no Novo Mundo, quer direta, quer indiretamente.

Ainda agora, cento e sessenta e cinco anos de sua promulgação, o Código Civil continua o centro de apreciações críticas que, nos seus extremos, são da mesma intensidade daquelas feitas ao próprio Napoleão. Detratores e apologistas deformam o julgamento sobre um e o outro; é que ambos estão identificados no mesmo destino histórico. Outros Códigos, o da Itália, o da Alemanha, o de outros países, contam com virtudes técnicas que ele não possui; vários lhe são superiores na disciplina de institutos jurídicos importantes. Mas nenhum exerceu maior influência do que ele na civilização ocidental. Não lhe exageramos, mesmo assim, seu grande papel. Num mau gosto literário foi dito que ele é como as Tábuas da Lei no Monte Sinai. É um Código claro, de fácil compreensão, didático, se assim podemos dizer, sem maiores preocupações científicas. Condena-se-lhe a ausência de originalidade, mas não se lhe nega o valor da primeira grande codificação dos tempos modernos. Represou a logística revolucionária dos seus primeiros anos e buscou manter padrões do passado, mormente através de POTHIER.

A concepção da unidade européia, de uma Europa constituída à feição da França, teve no Código Civil uma de suas forças realizadoras. As derrotas militares compeliram a França a voltar às suas antigas fronteiras; mas não detiveram a expansão do Código Civil.

Ao assumir as funções de Primeiro Cônsul, Napoleão, consciente de seu despreparo em vários problemas de administração e da política, teve a virtude de calar e ouvir, para compreender. E ainda com essa conduta, foi grande.

Numa "Introduction aux images de la France", o grande poeta PAUL VALÉRY desperta-nos para uma observação. A história da França é um quadro de situações extremas, uma cadeia de cimos e abismos desconhecidos em qualquer outra história. É um país devotado por sua natureza e por sua estrutura a realizar uma espécie de figura de equilíbrio, apesar das vicissitudes da vida, das explosões interiores, dos abalos políticos exteriores, das tempestades vindas de fora.

O Código Civil de 1804 é o melhor exemplo dessa figura de equilíbrio, quase singular, na história da civilização contemporânea.

NOTAS SÓBRE O LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO E NO ALEMÃO

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

1. "Liticonsórcio necessário" é expressão que não se depara no texto do Código de Processo Civil brasileiro. A doutrina, todavia, sempre a empregou, univocamente, para designar o liticonsórcio que as partes não podem dispensar, ou seja, cuja constituição é de rigor para que o contraditório se tenha como regularmente instaurado. O uso do qualificativo com tal acepção vê-se abonado, aliás, pela própria lei: o art. 294, I, quando alude a "liticonsortes necessários", quer referir-se justamente às pessoas cuja presença no processo, como co-autoras ou co-rés, se considera obrigatória.

Quanto ao fundamento dessa figura liticonsorcial — a prescindir-se dos casos em que regra jurídica especial a imponha expressamente —, indica-o o Código (art. 88) na "comunhão de interesses", fórmula que autorizadíssima doutrina, com melhor técnica, traduz por "comunhão de direito no objeto da demanda" (1). De acôrdo com semelhante exegese, o liticonsórcio será *necessário* — isto é, *não poderá deixar de ocorrer* — quando a relação deduzida em juízo, tal como a configura o pedido, se caracterizar pela pluralidade de titulares, no pólo ativo, no passivo ou em ambos, ressalvadas as hipóteses — como a da solidariedade — em que a lei mesma autorize a propositura da ação por um único (ou contra um único) dentre os co-titulares.

2. A expressão que em língua alemã corresponde literalmente à de "liticonsórcio necessário" — *notwendige Streitgenossenschaft* — aparece, no texto vigente da *Zivilprozessordnung*, como rubrica do § 62, cujo teor é o seguinte: "Kann das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige, so werden, wenn ein Termin oder ein Frist nur von einzelner Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen"; ou, em vernáculo: "Quando a relação jurídica litigiosa só puder ser declarada uniformemente quanto a todos os liticonsortes, ou por outra razão for necessário o liticonsórcio, os liticonsortes que tiverem deixado de comparecer a alguma audiência ou perdido algum prazo considerar-se-ão representados pelos comparecentes".

Como pontualmente assinala a unanimidade dos intérpretes, contempla o dispositivo transcrito dois grupos de casos entre si distintos e inconfundíveis.

(1) MACHADO GUIMARÃES, *As três figuras do liticonsórcio in Estudos jurídicos em honra de Soriano Neto*, vol. II, págs. 401-2.

No primeiro grupo, a nota comum reside apenas na circunstância de que a decisão de mérito tem de ser uniforme para todos os co-autores ou para todos os co-réus, sendo inconcebível que se acolha o pedido em relação a um deles e se rejeite em relação aos outros. Não quer isso dizer, entretanto, que o processo só se instaure regularmente com a presença de mais de uma pessoa no pólo ativo, no passivo ou em ambos. A ocorrência do litisconsórcio, aí, longe de ser obrigatória, pois, é ao contrário acidental, muito embora, *uma vez constituído*, ele se submeta ao especial regime cujo traço característico o § 62 faz consistir na "representação" dos litisconsortes omissos pelos atuantes (2).

A esse regime obedece também o litisconsórcio no segundo grupo de casos, a saber, quando necessário "por outra razão". Silencia a lei no tocante à natureza das razões ou fundamentos capazes de tornar, aqui, indispensável a pluralidade de autores, de réus ou de uns e outros; em sede doutrinária, geralmente se remete ao direito material o desate da questão (3). O importante, contudo, é assinalar que, neste passo, o adjetivo *notwendige*, aplicado no litisconsórcio, exprime realmente a *obrigatoriedade* de sua constituição, ou, em outras palavras, a *indamissibilidade da demanda singular* (4).

O fato de não se estender semelhante característica ao primeiro grupo de casos — igualmente compreendido, como todo o § 62, sob a rubrica "*notwendige Streitgenossenschaft*" — suscita curioso problema terminológico. Não se pode, com efeito, deixar de concluir que o adjetivo "necessário" (*notwendige*) aparece, no mesmo dispositivo, *com duas acepções diferentes*. Quando se refere ao litisconsórcio necessário "por outra razão", a lei está aludindo ao litisconsórcio *indispensável*; o sentido da expressão coincide, aqui, com o que se lhe atribui no direito brasileiro. Na rubrica, porém, "*notwendige Streitgenossenschaft*" significa outra coisa: é conceito que abrange *todo e qualquer litisconsórcio sujeito ao regime especial do § 62*, quer esteja, quer não, subordinada a regularidade do contraditório à presença de mais de uma pessoa em cada um dos pólos do processo, ou em ambos. Trata-se, assim, de uma figura definida *por seu peculiar efeito processual*, e não por sua razão de ser, ou por alguma característica estrutural.

(2) V., sobre a admissibilidade da "demanda singular" nos casos desse primeiro grupo, HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, 1968 (re-impressão), vol. I, pág. 336; GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, trad. esp., 1936, págs. 440-1; ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. esp. 1955, tomo II, pág. 103; LENT, *Diritto Processuale Civile Tedesco*, trad. Ital., páginas 311-2; LENT-JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, 13.^a ed., 1966, pág. 236; NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, 2.^a ed., 1952, pág. 439; SCHWAB, *Die Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft*, in *Festschrift für Friedrich Lent*, passim, esp. pág. 276.

(3) LENT, ob. cit., pág. 313, *verbis* "secondo le norme di diritto privato"; LENT-JAUERNIG, ob. e lug. cit., onde se chega a chamar ao litisconsórcio deste tipo *notwendige Streitgenossenschaft aus materiellrechtlichen Gründen*, em oposição ao *notwendige Streitgenossenschaft aus prozessrechtlichen Gründen* (o do primeiro grupo de casos); NIKISCH, ob. cit., pág. 437.

(4) HELLWIG, ob. e lug. cit.; ROSENBERG, ob. e t. cit., págs. 103, 105; LENT, ob. cit., pág. 312; LENT — JAUERNIG, ob. e lug. cit.; NIKISCH, ob. cit., pág. 437; BRUNS, *Zivilprozessrecht*, 1968, págs. 86-7; SCHWAB, ob. cit., pág. 273.

3. Atentos ao problema, e em particular à conveniência de distinguir terminologicamente o gênero (litisconsórcio sujeito ao regime especial do § 62) e cada uma das duas espécies (litisconsórcio caracterizado pela necessária uniformidade da decisão de mérito — 1.º grupo de casos — e litisconsórcio de obrigatoria constituição — 2.º grupo de casos), não lograram, no entanto, os processualistas alemães harmonizar-se na adoção de uma nomenclatura uniforme. Alguns, obedientes à dicção da lei, usam a expressão "litisconsórcio necessário" (*notwendige Streitgenossenschaft*) para designar a figura genérica (5), indicando às vezes a distinção entre os dois tipos específicos pelo emprego das denominações "litisconsórcio casualmente necessário" para o primeiro (litisconsórcio em que a decisão de mérito tem de ser uniforme), e "litisconsórcio propriamente necessário" para o segundo (litisconsórcio indispensável) (6). Outros preferem reservar para este último o *nomen iuris* de "litisconsórcio necessário", pura e simplesmente ou com o acréscimo das expressões "em sentido próprio" ou "em sentido estrito" (7).

Aparecem ainda na literatura as denominações "litisconsórcio especial" (*besondere Streitgenossenschaft*) e "litisconsórcio qualificado" (*qualifizierte Streitgenossenschaft*), usadas para designar ora o gênero — isto é, todo litisconsórcio submetido ao regime do § 62 (8) —, ora apenas a espécie de litisconsórcio caracterizada pela obrigatoriedade da declaração uniforme, ainda que desnecessária a demanda conjunta (9).

4. Três outros pontos merecem realce neste confronto entre o direito brasileiro e o alemão. O primeiro é que a circunstância vista por aquêles como bastante para tornar indispensável o litisconsórcio não produz necessariamente efeito idêntico no sistema tedesco. Realmente, a comunhão de direito quanto ao objeto da demanda refere-se a *Z.P.O.* no § 59, como fato que simplesmente *autoriza*, mas não *impõe*, a presença simultânea dos co-titulares no processo; a demanda singular é aí, portanto, em princípio admissível. Veja-se o teor da norma: "Mehrere Personen können als Streit-

(5) KISCH, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, trad. esp., 1932, pág. 318; ROSENBERG, ob. e t. cit., págs. 103 e segs.; SCHÖNKE, *Derecho Procesal Civil*, trad. esp., 1950, págs. 96-8; BERNHARDT, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 2.ª ed., 1951, págs. 176-7; LENT — JAUERNIG, ob. cit., págs. 236-8; SCHWAR, ob. cit., *passim*.

(6) Assim o segundo e o último dos autores citados em a nota anterior. BRUNS, ob. cit., págs. 86-7, emprega também genericamente a denominação de *notwendige Streitgenossenschaft*, acrescentando a expressão "em sentido próprio" quando se refere ao litisconsórcio indispensável.

(7) HELLWIG, ob. e vol. cit., págs. 331 e segs.; GOLDSCHMIDT, ob. cit., página 441; LENT, ob. cit., pág. 313; NIKISCH, ob. cit., pág. 437 (com a ressalva, na pág. 439, de que também no tocante às hipóteses do primeiro grupo se costuma falar, em consonância com o teor da lei, de "litisconsórcio necessário").

(8) HELLWIG, ob. e vol. cit., pág. 336; GOLDSCHMIDT, ob. cit., págs. 439 e segs.; KISCH, ob. e lug. cit.; ROSENBERG, ob. e t. cit., pág., 103; SCHÖNKE, ob. cit., pág. 96; BERNHARDT, ob. e lug. cit. Os quatro últimos autores usam indiferentemente, para todo litisconsórcio regido pelo § 62, os adjetivos "necessário", "especial" e "qualificado".

(9) Assim, quanto à designação de "qualificado", LENT, ob. cit., pág. 312; quanto à de "especial", BRUNS, ob. cit., pág. 86.

genossen klagen oder verklagt werden, wenn sie hinsichtlich des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen oder wenn sie aus demselben tatsächlichen und rechtlichen Grunde berechtigt oder verpflichtet sind"; isto é: "Várias pessoas podem demandar ou ser demandadas como litisconsortes quando se acham em comunhão de direito quanto ao objeto do processo, ou quando são credoras ou devedoras pelo mesmo fundamento de fato e de direito".

"Podem", diz a lei; *mas não estão a isso obrigadas*. A circunstância a que o direito brasileiro precisamente vincula, em regra, a indispensabilidade do litisconsórcio, no ordenamento alemão só o caracterizará — para usarmos nomenclatura entre nós consagrada — como litisconsórcio *facultativo*. Não há, portanto, identidade de fundamento, num e noutra sistema, para o litisconsórcio necessário (no sentido de indispensável): enquanto, aqui — sempre com ressalva das hipóteses expressamente previstas em regras especiais — êle repousa na existência de comunhão de direito quanto ao objeto da demanda, lá decorrerá de outras causas, não discriminadas na lei processual, insuficiente, para tal fim, a ocorrência da aludida comunhão, *que apenas permite, sem exigí-la, a propositura da demanda conjunta*.

5. Passemos ao segundo ponto. Conhece o direito brasileiro, como o alemão, o litisconsórcio caracterizado pela necessária uniformidade da decisão definitiva. Dêle trata o art. 90 do Código de Processo Civil, *verbis*: "Quando a relação jurídica litigiosa houver de ser resolvida de modo uniforme para todos os litisconsortes, os revéis, ou os que tiverem perdido algum prazo, serão representados pelos demais".

A redação, muito próxima da que se depara no § 62 da *Z. P. O.*, omite contudo a cláusula pertinente ao litisconsórcio necessário "por outra razão" — fonte, como já se mostrou, de indesejáveis complicações terminológicas. Graças à omissão, a figura do nosso art. 90 pode ser definida não apenas por um *efeito processual peculiar* — a "representação" dos litisconsortes omissos pelos comparecentes, *único* traço, consoante se viu, que o § 62 da lei tedesca aponta como *comum* a tôdas as hipóteses ali reguladas —, mas por mais íntima característica, enunciada no princípio do dispositivo, a qual constitui justamente a razão política de ter-se criado, para tais casos, o regime especial assinalado por aquêle efeito. Na verdade, é porque a decisão de mérito *não pode deixar de ser uniforme* — ou, em outras palavras, *para evitar-se o risco de ver quebrada essa necessária uniformidade* — que se pre-exclui, através do expediente da "representação", a ocorrência de efeitos normalmente ligados à revelia ou à omissão de alguma das pessoas consorciadas (10).

(10) Como assinala BERNHARDT, *ob. cit.*, pág. 177, a propósito da "representação" prevista no § 62 da *Z. P. O.*, "só assim se consegue assegurar uma decisão uniforme". A maneira tecnicamente mais precisa de construir o instituto é a que põe a tônica na pré-exclusão excepcional de certos efeitos, previstos em normas cuja incidência, nos casos de que se trata, geraria o perigo de soluções diversas para o litígio, em relação a cada um dos litisconsortes. Exatamente, ao propósito, LENT — JAUERNIG, *ob. cit.*, pág. 238, após o registo de que a sentença, "sejam quais forem as circunstâncias", há de ter conteúdo

Tanto mais feliz foi a supressão da cláusula, em nosso art. 90, quanto é certo que aquela *razão política* não prevalece, em absoluto, para tôdas as hipóteses de indispensabilidade do litisconsórcio. Há casos em que, não obstante seja êle indispensável, necessidade alguma ocorre de solução uniforme do litígio: na ação de usucapião, por exemplo, nada obsta a que o juiz acolha a contestação de um dos confinantes, ou as de alguns, e rejeite a de outro, ou as de outros, apesar de figurarem todos, obrigatoriamente, como litisconsortes passivos (art. 455). Ora, sendo irrelevante a possibilidade de decisão não-uniforme, de modo nenhum se justificaria o recurso ao expediente técnico da "representação", cuja finalidade precípua é afastá-la.

No direito alemão, por força da cláusula "oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige", a figura do § 62 abrange, sem exaurir-se nêles, todos os casos de litisconsórcio necessário (no sentido de *indispensável*). No direito brasileiro, inexistente cláusula análoga, a fórmula do art. 90 traduz conceito que não coincide, nem na compreensão nem na extensão, com o de litisconsórcio necessário. Como esperamos ter demonstrado cumpridamente alhures (11), há litisconsórcios necessários que não caem sob a incidência do regime especial disciplinado no art. 90, e há litisconsórcios que a tal regime se submetem a despeito de não serem necessários. Ou — o que é dizer o mesmo —, enquanto no ordenamento tedesco a indispensabilidade do litisconsórcio é condição *suficiente* (embora não *necessária*), no ordenamento pátrio ela não é condição necessária *nem suficiente* para a incidência do regime especial. Ainda *de lege ferenda*, e por paradoxal que isso se afigure, é manifestamente superior a sistemática do nosso direito.

Para designar a figura do art. 90, vem-se generalizando na doutrina brasileira o *nomen iuris* de "litisconsórcio unitário" (12), equivalente vernáculo de *einheitliche Streitgenossenschaft*. Esta última expressão não aparece nos escritos dos processualistas alemães que temos consultado, mas na literatura austríaca (13), com referência à espécie de que trata o § 14 do estatuto processual civil do seu país — norma afim, conquanto não idêntica, à do § 62 da lei alemã. À luz do exposto, fica extreme de dúvida que o nosso litisconsórcio unitário — caracterizado pela obrigatória uniformidade da

igual para todos: "Zu diesem Zweck müssen daher alle Vorschriften des Prozessrechts ausser Kraft gesetzt werden, die die Gefahr einer abweichenden Entscheidung gegenüber einem Streitgenossen heraufbeschwören. (Com êsse fim, portanto, devem considerar-se inaplicáveis tôdas as prescrições do direito processual de que decorra o perigo de decisão divergente em face de um dos litisconsortes)".

(11) V. nosso art. *O litisconsórcio e seu duplo regime*, in *Rev. Tribunais*, vol. 393 (julho 1968), pág. 13 e segs., esp. 16-7, e *Rev. Forense*, vol. 225 (janeiro-março 1969), págs. 26 e segs., esp. 28-9.

(12) Introduzido entre nós, salvo engano, por PONTES DE MIRANDA: v. já a 1.^a ed. dos *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, págs. 338, 347, 350, 351 e *passim*.

(13) POLLAK, *System des Österreichischen Zivilprozessrechts*, 2.^a ed., 1932, pág. 200; WOLF, *Grundriss des Österreichischen Zivilprozessrechts*, 2.^a ed., 1947, pág. 125; PETSCHKE, *Der Österreichische Zivilprozess*, atualizado por STAGEL, 1963, pág. 302.

decisão de mérito, e por isso mesmo sujeito ao regime especial cuja nota típica a letra da lei identifica na "representação" dos litisconsortes revéis ou omissos pelos comparecentes ou atuantes — *não é espécie do gênero litisconsórcio necessário* (14), *nem gênero de que este seja espécie*.

6. Ainda um contraste digno de nota é o que diz respeito à posição do órgão judicial em face da não-integração do contraditório por alguma (ou algumas) das pessoas que hajam de figurar no processo, como co-autoras ou co-rés. Segundo o código pátrio, assiste ao juiz o poder-dever de determinar a citação dos litisconsortes necessários (art. 294, I), que a partir desse momento assumem a qualidade de parte, mesmo que se conservem omissos. Esposou o nosso legislador, nesse ponto, a orientação do direito italiano, onde o art. 102 do *Codice di Procedura Civile* dispõe: "Se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti, queste debbono agire o essere convenute nello stesso processo. Se questo è promosso da alcune o contro alcune soltanto di esse, il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio in un termine perentorio da lui stabilito".

Oposta é a diretriz da lei alemã, que recusa ao juiz semelhante iniciativa. A consequência de não se formar o litisconsórcio necessário (no sentido de indispensável) é, no sistema tedesco, a decretação da inadmissibilidade da demanda, proposta só por uma ou algumas (ou contra uma ou algumas) das pessoas que obrigatoriamente haviam de demandar (cu ser demandadas em conjunto) (15).

7. As considerações até aqui feitas autorizam algumas conclusões, que põem em relêvo a diversidade dos dois ordenamentos na matéria versada:

a) — No direito brasileiro, "litisconsórcio necessário" significa, sempre e apenas, litisconsórcio de formação indispensável; no direito alemão, a expressão é usada em dois sentidos distintos: um que coincide com o nosso, outro que compreende todo e qualquer litisconsórcio subordinado ao regime especial do § 62 — o que quer dizer que *a mesma designação se aplica ora ao gênero, ora a uma de suas espécies*.

b) — No direito brasileiro, com a habitual ressalva dos casos previstos em normas especiais, a necessariedade do litisconsórcio funda-se na existência de comunhão de direito quanto ao objeto da demanda; no direito alemão, tal circunstância, por si só, não torna necessário o litisconsórcio, nem na aceção de indispensável, nem na de sujeito ao regime especial.

(14) No sentido do texto, PONTES DE MIRANDA, *ob. e t. cit.*, pág. 351; CALMON DE PASSOS, *Do litisconsórcio no Código de Processo Civil*, 1952, pág. 54; *id.*, *Da Revelia do Demandado*, 1960, págs. 64 e segs. *Aliter*, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, 2.^a ed., 1962, vol. II, págs. 241-2; MOACIR AMARAL SANTOS, *Direito Processual Civil*, 1.^a ed., 1962, vol. I, pág. 18; GUILHERME ESTELITA, *Do litisconsórcio no direito brasileiro*, 1955, págs. 345-347; LUIS RODOLFO DE ARAUJO JUNIOR, *Do litisconsórcio necessário passivo em mandado de segurança*, 1964, pág. 97; e, ainda, recentissimamente, VALDEMAR MARIS DE OLIVEIRA JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I (*Teoria Geral do Processo*), 1968, págs. 267, 268.

(15) LENT, *ob. cit.*, pág. 312; LENT-JAUERNIG, *ob. cit.*, pág. 236; NIKISCH, *ob. cit.*, pág. 437.

c) — Não é lícito transpor para o nosso sistema, pura e simplesmente, afirmações feitas pela doutrina alemã no tocante ao "litisconsórcio necessário", sem verificar, pelo contexto, se a expressão está sendo usada ou não em sentido coincidente com o que a ela se dá entre nós e, ainda no caso afirmativo, se é idêntica em ambos os ordenamentos a disciplina da matéria; em particular, descabe atribuir ao litisconsórcio necessário, como efeito peculiar, a incidência do regime especial caracterizado pela "representação" de que fala o art. 90: êsse regime aplica-se ao litisconsórcio *unitário*, conceito estranho à dicotomia "litisconsórcio necessário — litisconsórcio facultativo".

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA, IUS NOVUM DE DIREITO COMUM OU DE TEXTO EXCEPCIONAL?

(Segundas linhas a um artigo do prof. Egon Felix Gottschalk) (1)

ALCINO PINTO FALCAO

1. Não é fácil e muito pouco se poderá alinhavar, como "segundas linhas", a um artigo de um provector especialista, que, há decênios atrás, enriquecia a literatura tedesca sobre o fascinante instituto do negócio fiduciário e que, já agora, acaba de lançar as luzes do seu saber sobre o instituto da alienação fiduciária em garantia, de recente admitido pelo legislador brasileiro. Dificuldade tanto maior que, além da sua autoridade conhecida no sujeito, houve por bem de invocar lições de outros mestres, como PALANDT, PONTES DE MIRANDA, TÚLIO ASCARELLI, SIEBERT e outros de igual nomeada.

Mas, não obstante a rica literatura que existe a respeito do negócio fiduciário, como no início de seu precioso artigo fez questão de sublinhar o Prof. GOTTSCHALK, este se justificou: "O que nos move a retomar este assunto não é apenas a relevância que lhe atribuímos no sistema da nossa ordem jurídica, mas, antes de tudo, a oportunidade e a premência de lhe proporcionar soluções para sua complexa problemática".

De nossa parte, não será bem essa a razão de nos atrevermos a ligeiras considerações, em tema já tão limado e disputado por autores da melhor suposição; mas sim o fato de que os especialistas em geral se deixam enlevar pelos atrativos dos estudos monográficos da sua autoria e, por isso, quase não deixam espaço para os que não concordam com as excelências do instituto, de recente admitido pelo legislador brasileiro. Como nos filiamos a estes últimos e, por isso mesmo, não podemos deixar de simpatizar com a interpretação restritiva que ao novo texto legal deu a sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo (2) e como essa aplicação restritiva é que tenha, no fundamental, sido o motivo do artigo do professor, pensamos que isso seja o bastante para justificar a nossa modesta intervenção no assunto.

(1) Artigo "Negócio Fiduciário", publicado em "Problemas Brasileiros", n.º 74 (São Paulo, 1969). Já em 1933, na Alemanha, o prof. Gottschalk publicava um estudo sobre a jurisprudência do Tribunal Superior alemão, no tocante à alienação fiduciária em garantia, naquele país criação da doutrina e da jurisprudência.

(2) Agravo de instrumento n.º 176.242, julgado em 13-II-1969. Ter-se-á indeferido uma busca e apreensão de bens a requerimento do credor, pois que alienação fiduciária, prevista no art. 66, da Lei n.º 4.728-1965, só se aplica a sociedades financeiras devidamente registradas no Banco Central.

A rigor, a dever preocupar-nos só no presente a aludida interpretação; como, porém, nos propusemos a escrever umas singelas "segundas linhas", é de tradição que essas devam acompanhar, passo a passo, o artigo padrão. Por isso, antes de entrarmos no ponto questionado, algumas linhas sobre pontos gerais focalizados no artigo do Prof. GOTTSCHALK, embora sobre estes, em geral, nada de nôvo haja a citar e por raridade é que ocorrerá divergência.

2. Com exatidão, o artigo que vimos seguindo (ns. 1 e 5) realça que o instituto da alienação fiduciária em garantia não foi contemplado no Projeto de Código de Obrigações (divulgado, em separata, em 1965, pelo Serviço de Reforma de Códigos, do Ministério da Justiça), entrando em nosso direito positivo pela via da Lei n.º 4.728/1965, que veio a regular o mercado de capitais, através do seu art. 66 e parágrafos e cuja redação foi alterada pelos Ministros Militares, com o draconiano e rigorosíssimo Decreto-lei número 911, de 1.º de outubro de 1969, que piorou ou agravou de muito a situação do devedor, isto é, do alienante no instituto em questão.

Com precisão, a que temos que aderir, o professor GOTTSCHALK observa que o que o Projeto suso referido adotou — por proposta do ilustre Dr. NEHEMIAS GUEIROS, advogado altamente conhecedor da prática do instituto do *trust*, nos países de direito anglo-americano ou que, por razões várias, como o Japão e o encantador e montanhoso Principado de Liechtenstein o adotaram em sua legislação — foi algo de semelhante ao *trust* do direito anglo-americano. Não censura o Projeto por adotar essa recepção, mas sim pela timidez, devendo ter ido mais longe, consagrando a fidúcia (do tipo alemão ou da tradição romana) em termos mais amplos. E, nisso, não o podemos acompanhar.

Não pode haver dúvida sobre a filiação do Projeto ao *trust* anglo-americano; quem o diz, com clareza, é o Relatório, que antecede o Projeto (págs. XXII-XXIII): "Pela *fidúcia*, que teve ingresso no Projeto por proposta do Professor NEHEMIAS GUEIROS e redação deste e dos Professores CAIO MÁRIO e ORLANDO GOMES, ingressa em nosso direito o "trust" que tantos e bons resultados deu no direito *anglo-americano*. Para a articulação do respectivo capítulo valeu-se a Comissão dos estudos e publicações mais recentes".

De notar que o Relatório, no tocante a outros institutos, já bem conhecidos entre nós e da tradição romana, foi pródigo em invocar doutores, nacionais e estrangeiros, em arrimo das soluções adotadas pela douta Comissão Revisora do Projeto. Todavia, no pertinente ao exótico instituto, foi totalmente avarento, nada dizendo sobre... "os estudos e publicações mais recentes", que o Relatório afirma terem sido ponderados. Tão pouco a douta Comissão, no Relatório, se preocupou em justificar porque, entre nós, contra a tradição romana, há a necessidade de receber um instituto estranho e porque entre nós há de vir a dar êle bons resultados, só pelo fato de que "tantos e bons resultados deu no direito *anglo-americano*". Não será uma experiência inútil, que terá a boa sorte *negativa* de certas importações de instituições *políticas*, que muitos países conhecem de perto, por haverem adotado, contra a própria tradição, modelos anglo-americanos?

Mas vejamos em que consistirá o nôvo instituto, que o mais moderno Código Civil (o português, de 1967), com o bom-senso e prudência dos juristas lusitanos, deixou de lado — apesar de, em Portugal, em virtude de interesses interdependentes e de tratado secular, a libra inglesa ter curso legal no país, ao lado do escudo nacional.

Informa-nos o Relatório: "Por êste contrato, uma pessoa recebendo de outra bens móveis ou imóveis presentes ou futuros, assume o encargo de administrá-los em proveito do instituidor ou de terceiro, mas com a livre disposição sem prejuizo do direito do beneficiário (art. 672). Requer forma escrita (art. 673), sendo obrigatório o instrumento público se recair em imóvel (art. 674). Falecido o fiduciário ou afastado da fidúcia, o imóvel inscrito em seu nome passa ao substituto. Para o bom desempenho do contrato, constituem patrimônio separado os bens dados em fidúcia, e serão administrados segundo as instruções do instituidor e, na falta destas, com a diligência do homem de negócios leal e honesto (art. 675). Responde o fiduciário pelos prejuizos que causar por negligência ou administração temerária, e, sendo mais de um, solidariamente (art. 677). O juiz desituirá o que faltar à fidelidade ou se incompatibilizar para a fidúcia pela defesa de interesses opostos aos da administração ou do beneficiário (art. 678). Também ao juiz cabe designar o substituto do fiduciário, se o instituidor ou o sucessor dêste não o fizer (art. 679). A administração fiduciária presume-se remunerada (art. 680), sendo lícito às instituições financeiras manter êsse serviço, mediante aprovação dos órgãos competentes (art. 681). Extinta a fidúcia pela revogação, vencimento do prazo, renúncia ou morte do fiduciário os bens reverterem de pleno direito ao instituidor ou seus sucessores, salvo se o contrato houver disposto, para a hipótese, a consolidação da propriedade no patrimônio do beneficiário (art. 683)".

Talvez o instituto, se vier a ser aprovado pelo legislador, sirva à captação de capitais, por uma ou outra "instituição financeira", a que se refere o art. 681 ou a algum esqueçado *trustee* de interesses anglo-americanos, que de há muito os há entre nós; mas que venha a ser entendido pelo nosso povo ou que corresponda a uma necessidade entre nós, temos como coisa mais do que problemática. Países como o Liechtenstein, que o adotaram, não o fizeram para uso ou por necessidade da sua minúscula população, mas sim para obterem lucros através de evasão fiscal, prestando-se a serem sede de organizações anglo-americanas, que procuram uma lei mais favorável do que a doméstica, para realização de certos empreendimentos financeiros. Uma espécie da bandeira panamenha, na marinha mercante! O caso do Japão (3), que em 1922 adotou lei sôbre os "trusts" civis e em 1923 sôbre os comerciais, é particular, por não ter tradição nacional vinculada ao direito romano. Apesar disso, só o "trust" do segundo tipo é que veio a florescer, além do instituto do *yuzurivatashitampo*, isto é, transferência em garantia, admitido pela doutrina e jurisprudência, nos mesmos termos e com as mesmas

(3) Cf., o relatório do prof. KENZO TAKAYANAGI, *La fiducie en droit japonais contemporain*, em "Travaux de la semaine internationale de droit", Paris, 1937.

vicissitudes da *Sicherungsübereignung* dos alemães, o que não é de admirar, pois se sabe que o Código Civil japonês repousa no segundo projeto alemão.

Num país de tradição jurídica romana, como o nosso e que continuará fiel à mesma, só penosamente encontrará espaço um instituto peculiar ao direito inglês, como o focalizado; se já é difícil (prof. GUISSAN) fazer vinho do Reno com uvas dos Castelli Romani, que dizer de uma nova infusão, que seria o resultado de uma mistura daquele vinho romano com o uisque inglês? Uma experiência a exigir um nôvo Dr. Fausto.

Os juristas ingleses não parecem acreditar no bom êxito de tal experiência; consideram o instituto do "trust" como uma criação do direito insular, que não pode ser sentida fora dos países de direito inglês, como não pode obter bons resultados qualquer imitação da Comunidade Britânica, que não pode ser entendida e vivida em termos de Confederação, compreensível para os povos de direito continental e na qual acabaria por degenerar. O conceito de domínio, para nós povos de direito herdado pelos romanos, é inconfundível e irredutível ao do instituto inglês, como bem realça o professor O. KAHN-FREUND, da Universidade de Londres, em erudita e perspicaz introdução à versão inglesa do famoso livro de KARL RENNER, presidente da Áustria, após da 1.^a Grande Guerra (4). Dá ênfase, entre outros pontos, a de que a concepção do "trust" o coloca fora da estrita separação entre *iura in re* e *iura in personam*, a pedra fundamental do direito privado continental; alguns dos "equitable interests", que se incluem na figura do "trust", não se reduzem a uma ou outra daquelas categorias romanas, mas sim ficam na fronteira ("stand on the border-line between *iura in re* and *iura in personam*"), sendo até hoje polêmico classificá-los entre os primeiros (como queria o famoso magistrado Lord MANSFIELD) ou entre os segundos (MAITLAND).

Mas, de importante para o ponto que interessa a estas "segundas linhas", é que os juristas ingleses não vêem qualquer correlação entre o seu "trust" e a alienação fiduciária em garantia, da doutrina e jurisprudência tedescas modernas, que consideram derivar da *fiducia* romana ("Thus the German Reichsgericht has sometimes separated "economic" and "legal" ownership in cases in which property had been transferred merely for the purpose of securing a debt, a revival of the Roman *fiducia*").

3. Direitos antigos, como o grego (5), conheceram o instituto da alienação em garantia, mas através de outro expediente técnico, isto é, a venda em garantia (sujeita a condição).

Com clareza, GORLA esclarece: "Já se fêz a observação que nos direitos primitivos o penhor, não acompanhado da consignação da coisa ao credor, não tem eficácia em relação a terceiros (RABEL): isto em razão das concepções materialistas dos direitos primitivos. A lacuna se supria então mediante a alienação fiduciária. Estádio, êste, que no direito grego pode ser representado, seja através de outro expediente técnico, qual o da chamada venda em garantia". E esta seria uma venda, que o devedor fazia ao credor,

(4) *The institutions of private law and their social functions*, Londres, 1949, págs. 20-24.

(5) Sobre isso, GINO GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, págs. 28-34.

de uma coisa por um preço correspondente ao total da dívida; esta venda produzia os seus efeitos no vencimento, desde que o obrigado não houvesse obtido, pela solução da dívida, a sua liberação. Nosso objetivo, porém, é a alienação fiduciária e, assim, nossa atenção deve recair no direito romano (6), pois que nele é que está a origem e o modelo da alienação fiduciária em garantia. É instituto bem conhecido dos estudiosos do direito romano, não havendo dúvida sobre como operava e suas conseqüências, mas, no entanto, sob certos aspectos havendo entre os doutores certas repartições de opinião.

No século passado — há mais de cem anos atrás — o egrégio romanista italiano da época, prof. F. SERAFINI, expunha como lição corrente e tranqüila: "Fidúcia. — Os meios que, originariamente, pareceram mais aptos, para assegurar com garantia real uma relação puramente obrigatória, foram a *mancipatio* e a *in iure cessio* da coisa destinada a servir de garantia ao credor, bem que contraindo este a obrigação da *remancipatio*, para quando, a seu devido tempo, lhe houvesse sido satisfeita a obrigação. Esta convenção (que, por outro lado, se usava também para outros fins, como, por exemplo, para garantir melhor um depósito), se chamava neste caso *fiducia*, *fiduciam contrahere*: daqui o nome de *fiducia*, dado ao contrato e ao próprio objeto do penhor. Ao credor correspondia, pois, o direito de vender o objeto se não se cumpria a obrigação e sequer tinha qualquer valor o pacto contrário *ut fiduciam sibi vendere non liceat*. O devedor tinha, de sua parte, a *actio fiduciae*, mediante a qual podia exigir, enquanto a coisa não estivesse vendida, sua remanipação oferecendo o pagamento e, depois da venda, o remanescente do preço, que o credor houvesse alcançado. A *actio fiducia*, além disso, se extinguiu antes da venda no caso de uma *lex commissoria*, isto é, quando não satisfeito dentro de certo tempo ficasse com a coisa mancipada, em satisfação do seu crédito. A *fiducia* dava uma sólida garantia ao credor, transferindo-lhe a propriedade quirritária da coisa destinada a garantir seu crédito e segurando-o contra qualquer concurso de outros credores; mas era excessivamente gravosa para o devedor, que perdia o uso e gozo da coisa (tratou de corrigir-se este inconveniente, deixando-se ao devedor a coisa mancipada, como *precarium* ou em arrendamento, mediante uma *locatio nummo uno*) e, tão pouco, ficava hartamente seguro com a *actio fiduciae* (ação pessoal) contra a alienação possível, por parte do credor (quando a *actio fiduciae* se destinava a obter o resíduo do valor da venda feita pelo credor, não passava aos herdeiros do devedor, se este não a havia proposto em vida; bem verdade que o credor condenado, incorreria em infâmia) e, finalmente, só era aplicável às coisas capazes de ser cedidas *in iure* ou mancipadas".

GEORGES CORNIL, o exímio romanista belga, porém, dá uma lição com matizes algo distintos. Coloca o surgimento da fidúcia, no direito romano arcaico, ao lado do papel primitivo das arras, *adminiculum* da promessa de

(6) Ver, em especial: MAX KASER, *Römisches Privatrecht*, 5.^a ed. (1966), págs. 117-118; FILIPE SERAFINI, *Inst. derecho romano*, 1.^a ed. italiana, 1858, tradução espanhola de Juan de D. Trias (Barcelona, 1898), sob a 2.^a italiana de 1872, vol. I, § 91, págs. 466-467; GEORGES CORNIL, *Ancien droit romain*, 1930, págs. 96-99; SILVIO PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 2.^a ed. (1928), vol. II, § 160, págs. 246-251; GIANNINO FERRARI, *Diritto Romano* ("I diritti reali"), Cedam, 1932, pag. 363 e seguintes.

composição do dano pelo delinqüente, em época em que para se livrar tinha que otorecer um refém, funcionando as arras como sub-rogado, quando não o pudesse apresentar. Posteriormente, quando o dever de pagar a composição legal de um delito, quer de cumprir a prestação prometida *verbis*, passou sempre a ser acompanhada de um *vinculum iuris* ou ligação ideal de sua pessoa, uma dação de arras emanada de semelhante devedor não pode evidentemente ter já então por função representar o papel de *vinculum iuris*, que já existe sem elas. Então, as arras passaram a ser mero reforço da obrigação existente.

Acrescenta que — num desenvolvimento ulterior — quando se deparava um dever acompanhado do *vinculum iuris* do devedor, que se desejava reforçar por uma garantia material de execução, já então não se procedia por oferecimento de arras: colocava-se uma coisa em poder do credor (*res obligata*), para melhor assegurar a êste que seria satisfeita sua pretensão (garantia real). Em poder a título de proprietário, passando-se, então, a admitir a alienação fiduciária em garantia, nos termos já acima expostos, para atender à deficiência dos esquemas legais de contratos obrigatórios. Assim, naquela época arcaica, quando os contratos de depósito, de comodato, etc., não tinham ainda o caráter de obrigatórios... "l'aliénation fiduciaire fournissait un moyen de combler cette lacune".

Esse ponto, porém, não é tranqüilo. Pôsto nos pareça de acolher a lição de CORNIL, não podemos ocultar (e isso é matéria para melhor ser apreciada pelos nossos romanistas) que há quem (KASER, pág. 117) considere não haver no instituto, *na origem*, qualquer responsabilidade pessoal do devedor, a ser reforçada através da alienação fiduciária em garantia, mas pura responsabilidade de coisa, isto é, que o penhor e a alienação fiduciária em garantia não tinham a finalidade de conceder ao credor uma responsabilidade adicional ("eine zusätzliche Haftung empfängt, sondern erschöpft sich in der Einräumung eines ablösbaren Eigentums").

O que parece fora de dúvida é que (FERRARI, pág. 363) o instituto quiritário da fidúcia no direito romano é mais antigo do que o penhor propriamente dito. Com ênfase (PEROZZI, pág. 247, nota 6): "Questa forma de garanzia precedette il pegno e l'ipoteca". E também a doutrina dominante (*contra*, KARLOWA) é no sentido de que a convenção de fidúcia não podia preceder à mancipação ou à *in iure cessio*, mas sim devia ser pactuada *incontinenti*, a uma ou outra; esclarece, outrossim, a doutrina (aqui pacífica) que a alienação fiduciária — uma vez admitidos no catálogo legal novos tipos de negócios e consolidadas as garantias reais do penhor e da hipoteca — perdeu sua razão de ser, tornando-se insueta e excluída do corpo das leis (por interpolação) por JUSTINIANO.

4. O direito alemão atual — por obra da doutrina e da jurisprudência — é que veio ressuscitar a alienação fiduciária em garantia, influido no japonês, como suso referido.

O velho direito germânico conhecera a figura do *Treuhänder*, que não era um representante, pois agia no próprio nome e por conta própria, pôsto que no interesse alheio, em regra (fidúcia administrativa, no interesse de

terceiro); se, ao mesmo tempo, no próprio, então ter-se-ia a fidúcia em garantia. Os historiadores do direito germânico (7) acentuam que, na espécie, há um paralelismo com o direito romano: "Também ao direito romano fôra a fidúcia administrativa, bem como a em garantia, conhecida; ela se vestia com o tecido do negócio fiduciário (*fiducia cum amico, cum creditore contracta*). Mas, por força da natureza abstrata da propriedade naquele direito, podia o fiduciário em relação a terceiros usar plenamente do seu senhorio e, na relação interna com o fiduciante, todavia respondendo pela infanante *actio fiduciae*".

O B. G. B. não previu, como categoria autônoma, o instituto; a doutrina e a jurisprudência é que o vieram a consagrar, não obstante sempre ter havido opositores, como — convém realçar para os brasileiros enamorados do instituto — *continua a haver*. Assim, no próprio PALANDT (8) se anota que os esforços de reforma almejam substituir a transferência em segurança por um penhor contratual, pelo qual o devedor também continuará na posse da coisa apenhada. Como já *entre nós existe*, por leis posteriores ao nosso Código Civil, para o penhor agrícola, pecuário, industrial (Lei 492-37, Decreto-lei 1.271-39, Decreto-lei 1.625-39, Decreto-lei 1.697-39, Decreto-lei 2.064-1940, Decreto-lei 3.169-41, Decreto-lei 4.191-42, Decreto-lei 4.312-42, Lei 2.666-55, Lei n.º 2.931-56, Lei 3.253-57), etc.! E as objeções contra o instituto são sérias ainda hoje na Alemanha, não sendo sequer obscurecidas pelos que aplaudem a construção jurisprudencial aludida; é o caso do professor de Erlangen, Dr. FRIEDRICH LENT (9) que, enumerando várias considerações adversas, reconhece ser seríssima a de que, por êsse expediente, se elude o respeitável princípio de que o penhor exige a transferência da posse.

Outro ponto que deve merecer especial atenção do jurista pátrio é que há uma fundamental diferença, no direito das coisas, entre o direito brasileiro, inspirado pelo romano e o alemão atual, que tem importante particularismo. Para nós, o termo "alienação" não constitui um tipo de contrato, mas sim uma categoria negocial (dação em pagamento, doação, permuta, compra e venda); a transferência da propriedade há de ser *causal*, isto é, há de ser consequência de um desses negócios típicos. Já para a técnica do BGB não é bem assim: a *Übereignung* (transferência) é negócio jurídico *abstrato*, o que, para os imóveis entre nós acentuou o professor CLÓVIS PAULO DA ROCHA (10), mas que também se entende para as coisas móveis. Assim,

(7) Cf., H. MITTEIS e H. LIEBERICH, *Deutsches Privatrecht*, 3.ª ed. (1959), págs. 26-27.

(8) PALANDT, BGB, 16.ª ed. (1957), ao § 930,4, a cargo do Dr. HOCH, B-se: "Die Reformbestrebungen wollen die Sichübereignung durch ein Vertrpfand ersetzen, bei dem der Schuldner zwar auch im Besitz der Pfandsachen bleibt". Ao propósito cita os trabalhos de LEHMANN e SCHWISTER. Com a cláusula "constituti" e sujeição à publicidade pelo registro competente.

(9) Cf., *Sachenrecht*, 5.ª ed. (1955), § 29, pág. 102.

(10) Cf., sua tese *Da transcrição* e, de recente, em o n.º 2 de *Cadernos da PUC*. Diz tratar-se de *acôrdo*; mas há boa doutrina alemã que fala em *contrato de transferência*, como LENT (*op. cit.*, págs. 33 e 37, com arrimo em PLANCK, STAUDINGER, WESTERMAN). O próprio PALANDT (pág. 780).

no comentário ao § 929 — que trata da transmissão de coisa móvel — lê-se no citado PALANDT (pág. 843): "... ist nach dem BGB ein *abstraktes*, vom Schuldgrund losgelöstes Rechtsgeschäft (grifo do texto). Das Eigentum geht also regelm. trotz unwirksamen Grundgeschäftes über". Assim, a propriedade da coisa regularmente se transfere, posto que ineficaz o negócio básico; isto não corresponde, porém, ao que o jurista brasileiro está habituado a ter como correto, não considerando a tradição como negócio jurídico abstrato, mas sim vinculada a um negócio ou ato jurídico típico, a cuja sorte está ligada. O que há que pôr em relevo é que, como bem afirma CLÓVIS PAULO DA ROCHA (loc. cit., pág. 9), "a abstração da causa é singularidade do direito alemão". Isto quanto ao direito das coisas (aspecto da transmissão); mas, também, segundo o próprio T. ASCARELLI (11), valendo a observação para o puro campo dos negócios, regulados no BGB ("ordinamenti che riconoscono la validità dei negozi astratti, vuoi il diritto germanico attuale, vuoi quello greco antico").

Esses alguns dos motivos pelos quais nos inclinamos pela interpretação restritiva; como o nosso direito civil não conhece como contrato típico abstrato o de "alienação", mas sim uma série de atos e contratos típicos não abstratos, que se incluem na categoria da alienação (gênero e espécie), o famoso art. 66 e seus parágrafos da Lei 4.728/1965 constitui *ius novum*, mas a desenvolver-se no âmbito daquela lei, que declaradamente tem cunho financeiro-comercial e não civil. Para o direito civil êsse diploma não é produtor de efeitos: ou a "fiducia cum creditore" já era lícita nas nossas relações de direito civil ou não o era e continuará a sê-lo, não obstante o nôvo direito particular (texto excepcional).

Para nosso direito civil, o conceito de alienação não corresponde a um ato ou contrato abstrato, como o da *Einigung* tedesca. Com a clareza e profundidade de sempre, ROBERTO DE RUGGIERO (12) observa que para os direitos derivados do romano, tanto será alienação a venda, a doação, a constituição de servidão sobre coisa própria (eis que implica na privação de um direito real da parte do proprietário), a cessão de um crédito, como a remissão de um débito (pois que importa na renúncia ao crédito). Mas... "non è invece alienazione il comodato, il deposito o la costituzione di pegno o d'ipoteca (grifos nossos), perchè con questi atti nessuna parte della proprietà viene trasmessa ad altri". E aqui uma singularidade do nosso artigo: fala em alienação, num expediente destinado, justamente, a eludir o texto civil que prevê o penhor! Que êsse seja o objetivo das partes e o fim econômico, não padece dúvida; TULLIO ASCARELLI (*op. cit.*, pág. 155) o realça: "Così, in un caso tipico di negozio fiduciario — il trasferimento di proprietà a scopo di garanzia — la trasmissione di proprietà è effettivamente voluta

(11) *Saggi Giuridici*, Milão, 1949, pág. 166; ver, também, ENRICO COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, 2.^a ed., pág. 216.

(12) Verbete "alienazione", no *Dizionario del diritto privato*, vol. I, página 140. Ver, SALVATORE PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e sostanziale*, 1935, pág. 98, no sentido de entre nós não poder ser negócio autônomo, abstrato, a transmissão: "a) Innanzi tutto il trasferimento volontario pressupone un negozio giuridico traslativo".

dalle parti, ma non già per uno scopo di scambio, ma per uno scopo di garanzia”.

Claro que temos como boa a aquisição doutrinária, hoje por assim dizer pacífica, que distingue o ato simulado do negócio fiduciário, este último sendo válido, se não objetivar fim ilícito ou proibido pela lei. Mas essa distinção implica, como nota MICHEL DAGOT (13), que as partes não ocultem a própria intenção, não se esmerem em criar uma aparência enganosa; no negócio fiduciário... “la réalité apparait à la simple lecture de l'acte, ou à son analyse si besoin est. L'intention de tromper ne s'est pas manifestée par la création d'une apparence”. Por isso é que, no caso que vimos estudando, o propósito de fugir às exigências do penhor, de logo se apura, recorrendo-se, se preciso fôr, à análise do ato.

No direito brasileiro, não apenas se procura fugir ao *numerus clausus* dos direitos reais, inclusive e especialmente aos de garantia e ao tradicional e legal princípio de que o penhor implica que se dê a posse direta da coisa ao credor. Estar-se-á abrindo a brecha para ir de encontro ao privilégio do Monte Socorro (14), que o decreto n.º 24.427/1934 reservou às Caixas Econômicas, preceito mantido no recente decreto-lei n.º 759/1969, cujo artigo 2.º, letra c, diz que a CEF terá por finalidade “exercer o monopólio das operações sobre penhores civis, com caráter permanente e de continuidade”. A não ficar restrita a operação da alienação fiduciária prevista no art. 66 e seus parágrafos da lei n.º 4.728/1965 às entidades financeiras nela admitidas, sujeitas à fiscalização do Banco Central da República, seriam livres de reabrir as portas às outrora numerosas Casas de Penhor, bastando que passassem a operar através do expediente da alienação fiduciária em garantia; mudariam de rótulo, mas exercitariam a mesma atividade econômica, que a lei quis passasse a ser monopólio das Caixas Econômicas Federais.

Nos casos de empréstimo ocasional, em que o credor não exerce a atividade com o caráter permanente e de continuidade, procurar a garantia real pela via da *fiducia cum creditore*, iria de encontro àqueles outros princípios já acenados e só uma lei — não financeira-mercantil, mas civil — é que poderia dar foros de licitude à operação, nas relações civis, entre particulares apenas.

Temos como correta para o nosso direito civil a lição que, para o francês e italiano, nos dá GIOVANNI PUGLIESE (15), isto é, a impossibilidade nos nossos direitos civis (salvo lei expressa) de uma transferência fiduciária de propriedade, desvinculada de um negócio típico causal, dada a inexistência nesses direitos de um negócio translativo abstrato separado do negócio causal. Assim, mesmo que fosse possível superar o obstáculo do *numerus clausus* das causas produtivas de efeito real, cair-se-ia na dificuldade de incluir, no nosso direito civil, naquelas a simples *causa fiduciae*. O próprio direito romano não conheceu uma mera *traditio fiduciae causa*; a ela não se referem as fontes,

(13) *La simulation en droit privé*, Paris, 1967, n.º 34, pág. 34.

(14) Sobre isso, DE PLÁCIDO E SILVA, *Caixas Econômicas Federais e Operações Bancárias*, 1939, n.º 51, pág. 219 e segs.

(15) Cf., *La simulazione nei negozi giuridici*, 1938, pág. 32, nota 1 e pág. 36 e segs.

as quais falam de *mancipatio* (ou, mais raramente, de *in iure cessio*) *fiduciae causa*. Ora, dêste fenômeno a única explicação digna de fé é a de SEGRÈ (*Le garanzie reali*, pág. 37 e segs.), segundo o qual a *traditio* não podia ser empregada fiduciariamente, porque a *causa fiduciae* não era *iusta causa traditionis*. É sabido que a *traditio* importava no transferimento da propriedade de *res nec mancipi* no direito clássico, de tôdas as coisas no direito justineano, se a entrega material da coisa aderia uma *iusta causa* que, segundo a mais respeitável doutrina, não podia consistir na singela intenção de alienar e adquirir, mas em tal intenção fundada sob um fim prático, que o direito reputasse idôneo a justificar a translação do domínio. A nossa lei n.º 4.728/1965 violentou êsses princípios, admitindo uma transferência de propriedade *fiduciae causa*, como negócio abstrato; o legislador tudo pode, principalmente nos dias que correm. Mas o intérprete é que não pode ir além da lei, de caráter financeiro-mercantil, para transportar o negócio abstrato para o direito puramente civil, cujo sistema o repele; a lei existe, mas como direito particular e excepcional.

Seria outra a conseqüência, se fôsse certo que — frente à lei 4.728/65 — apenas se tivesse que notar... “a falta de terminologia jurídica por parte dos autores ressalta a cada passo”, como diz insigne jurisconsulto transcrito pelo professor GOTTSCHALK ou que — diz o mesmo festejado autor transcrito — adotar entre nós, no direito civil constituído, o instituto da transferência da propriedade em garantia não seria *contra legem*, mas tão só *praeter legem*. Temos que, pelo que acima se disse, não é assim. A terminologia da lei não é imprópria; abeberou-se na tradução da *Sicherungsübereignung*, que se supôs (falsamente, o que não é maravilha ter acontecido, pois atualmente os inspiradores das leis econômicas são técnicos, que em seu curso frequentaram “noções” de direito!) pudesse ser transportada para um direito que não conhece a categoria dogmática dos contratos abstratos de transferência e, assim, não haveria engenho capaz de corrigir isso através de uma nomenclatura melhorada. E o se tratar de mera aplicação “*praeter legem*” na espécie significa impossibilidade jurídica, por chofrar todos aquêles empachos a que nos reportamos.

Os economistas sabem muito bem — talvez melhor do que os juristas — o que foi a Idade Média. Mas o jurista sabe melhor do que êles (ou tem obrigação de sabê-lo) que, enquanto o princípio da liberdade contratual (nenhum *numerus clausus* de tipos contratuais) é conquista moderna, a marcar o fim da Idade Média no direito das obrigações, já o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais é uma conquista, também, do direito moderno, ponto de honra da Revolução Francesa, como reação contra o sistema feudal. Não é possível enfraquecer o princípio, tanto mais que parecem irrespondíveis as palavras de FRANÇOIS GUISAN, o emérito catedrático de Lausanne (“*Travaux*” cit., pág. 115): “Se départir de la règle du *numerus clausus*, ce serait replonger le système des droits réels dans l'inextricable maquis qu'on a appelé le *complexum feudale* (Viollet). La suppression de la liberté des conventions, en matière de création de droits réels, a énormément fait pour la clarté et la sécurité de l'ordre juridique, et a été saluée à juste titre comme un grand progrès”.

A CIÊNCIA DO ESTADO

JOÃO JOSÉ DE QUEIROZ

1. Tem sido preocupação subestimada pela maioria dos tratadistas o fixar a posição dos estudos relativos ao Estado, no quadro geral dos conhecimentos humanos. Supõe-se desde logo — e esta tem sido a atitude simplista comumente assumida — supõe-se enquadrar-se o conhecimento do Estado no campo exclusivo das ciências jurídicas, como um dos ramos do Direito Público. Já teve o autor dêste artigo, em modesta tese de concurso, a oportunidade de salientar que “muitos autores, aliás, tratam indiferentemente, ou sob a designação de Teoria Geral do Estado ou sob o título de Direito Público, de assunto que se deve comportar numa ou noutra dessas disciplinas. Isso leva aos espíritos desavisados a falsa impressão de que, na verdade, nenhuma base científica presidiu ao fracionamento de tal estudo. Afinal, se é uma questão de nomes, se termos diversos se correspondem a ponto de serem usados indistintamente, é que são expressões de uma mesma idéia” (1). Mas, na realidade, não é o Estado um fenómeno puramente jurídico. Complexa formação histórico-cultural, seu estudo resulta falho, incompleto, superficial, se limitado ao exame de seu próprio ordenamento normativo. Mais danoso ainda, como fuga ou contrafação da realidade, é limitar-se, no paroxismo da concepção kelseniana, o conceito do Estado, reduzindo-o a simples relação jurídica, vazia de qualquer outra substância.

Convém, pois, como medida salutar e necessária ao metódico conhecimento do Estado, o prévio cuidado de enquadrar, com a possível precisão, o conjunto de indagações científicas pertinentes ao agrupamento político supremo, a fim de lhes dar posição epistemológica adequada.

Entre a Metafísica, preocupada com o mundo transcendental, a porfia das primeiras causas e dos últimos fins, e as apuradíssimas ciências técnicas modernas, inteiramente voltadas para o mundo da atividade utilitária, em três grandes ramos se agrupam as ciências propriamente ditas, conforme cogitam do mundo da quantidade, do mundo físico ou do mundo moral. Embora não inteiramente alheio às matemáticas, pois que as relações do número e da extensão também o condicionam, e de ter o seu conhecimento alguns pontos de contato com as ciências naturais, é no campo das ciências morais que vamos encontrar enquadrado o específico conhecimento do Estado.

(1) J. J. DE QUEIROZ, *Posição e Conteúdo da Teoria Geral do Estado*, Rio de Janeiro, Ed. Revista Forense, 1951, pág. 12.

As *ciências morais* têm por objeto o próprio ser psíquico, ou os fatos humanos, ou a vida social em si mesma. Sem dúvida que, para a concepção naturalista e, notadamente, para o *fisicismo* — sua expressão mais moderna — não existem ciências morais independentes das ciências naturais, senão como “um sintoma, apenas, da etapa pouco evoluída em que, todavia, se encontram as chamadas ciências do espírito”, etapa em que a ausência de conhecimentos exatos é substituída por construções especulativas (2). Pondo de parte a discussão em torno desse importante problema de epistemologia, podemos admitir que aquelas três ordens de objetos — ser psíquico, fatos humanos e vida social propriamente dita — determinam os correspondentes subgrupos que enfeixam as *ciências psicológicas*, as *ciências históricas* e as *ciências sociais*. No primeiro subgrupo estão a Psicologia, a Lógica, a Estética e a Ética estudando os fenômenos mentais, os processos do raciocínio e da criação artística, bem como as leis ideais da verdade moral. Todas essas investigações, principalmente as da Ética, têm nítidas relações com o estudo do Estado. Mais estreitas, ainda, são as ligações das ciências históricas com o conjunto especial de conhecimentos de que cogitamos. Não só a vida e a evolução da humanidade, como o fenômeno da linguagem e da literatura, de certo modo, o meio físico em que vive o homem e a relação comparativa dos fatos humanos — que constituem o objeto da História, da Filologia, da Geografia e da Estatística — fornecem preciosos elementos para a conceituação do Estado, embora dêle não cuidem senão indiretamente.

O terceiro subgrupo, porém, o das *ciências sociais*, todo êle se preocupa marcadamente com o Estado, cujo conhecimento, no âmbito da Sociologia e da Economia é de fundamental importância. Realmente, considerando a Sociologia o fato social em si mesmo e em face de circunstâncias concretas, também o examina em função de fatores especiais, dos quais o mais atuante é o Estado. A Economia, por sua vez, estuda as relações econômicas espontâneas tanto quanto os fenômenos voluntários relativos à produção, circulação e distribuição das riquezas e sua regulação pelo Estado. Examinam-se, porém, no campo da Sociologia e da Economia, as manifestações da vida social que, embora em íntimo contato com o Estado e sob sua permanente influência, não estão por êle necessariamente condicionadas.

No que tange, entretanto, a todas as demais manifestações conscientes e ordenadas dos agrupamentos humanos organizados, todas elas incidem no âmbito de ação do Estado ou são dêle diretamente dependentes. É por isso que podemos colocar, ao lado da *Sociologia* e da *Economia* e como terceiro ramo das ciências sociais, a *Política*, em sentido aristotélico aproximado, ou *Ciências do Estado, lato sensu*. Um outro grave problema surge aqui, cujo abandono tem sido fator principal de erros e confusões: integram os conhecimentos do Estado, considerados em seu todo complexo, ciências reais ou ciências normativas? Ou, como indaga KAUFMANN ao se referir às ciências do espírito (3), existe no conjunto das Ciências do Estado um campo próprio para o conhecimento do ser e outro, limitado à ciência das normas?

(2) KAUFMANN (F), *Metodologia de las ciencias sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1946, trad., pág. 168.

(3) KAUFMANN, ob. cit., pág. 169.

A resposta acertada será dividir as Ciências do Estado ou Política (sentido aristotélico aproximado) em dois subramos distintos: *Ciências Jurídicas* e *Ciência do Estado, stricto sensu*, aquelas de caráter dogmático e esta de caráter ontológico. As Ciências Jurídicas devem ser incluídas entre as Ciências do Estado, *lato sensu*, por ser a norma jurídica um produto específico do Estado e dada a íntima conexão entre este e os ramos do Direito Público, notadamente o Constitucional, o Administrativo e o Internacional. Além disso, o complexo normativo necessário à atividade social é, por definição, garantido coercitivamente pelo poder do Estado, cujo ordenamento jurídico, por sua vez, é estabelecido pelo Direito Público. Dêsse modo — e sem falarmos na Ideologia e na História Políticas que ministram os estudos auxiliares relativos às doutrinas criadoras de tipos ideais de Estado aos acontecimentos humanos pertinentes ao Estado — divididas que foram já as Ciências do Estado em Ciências Jurídicas e *Ciência do Estado, stricto sensu*, pode-se, ainda, subdividir esta última conforme as duas orientações distintas em que se costuma tratar a disciplina: *Ciência Política* e *Teoria do Estado*. Vimos que não se pode confundir o conhecimento lógico-formal do ordenamento jurídico do Estado (objeto do Direito Público) com a síntese superior, teórico explicativa da realidade estatal. Este objetivo da Teoria do Estado, por sua vez, é perfeitamente distinto, também, da análise, teleologicamente valorizada, do poder político. Eis aí a razão pela qual se devem distinguir a Teoria do Estado da Ciência Política: esta tem por objeto a atuação e relações do poder político em suas manifestações concretas, entre as quais, como mais importantes, são considerados os Estados, ao passo que a Teoria do Estado tem por objeto o próprio Estado, considerado em si mesmo e não como simples manifestação do poder político.

Pode-se, ainda, como o faz JELLINEK (4), dividir a Teoria do Estado em dois outros subramos: a *Teoria Geral do Estado* e a *Teoria Particular do Estado*, aquela tendo como objeto o Estado em abstrato e, esta, o Estado em concreto. A Teoria Particular do Estado, por sua vez, se subdividirá em *Teoria Especial do Estado*, quando compara os Estados em geral, em grupos por similitude ou em épocas determinadas; e em *Teoria Individual do Estado*, quando o seu objeto é um Estado determinado, em sua evolução histórica ou em dado momento dessa mesma evolução.

Pondo de parte o sociologismo jurídico de JELLINEK, que o faz dividir a Teoria Geral do Estado em Doutrina Social do Estado e Doutrina Jurídica do Estado, é dos mais aceitáveis e completos o quadro geral que expõe procurando fixar a posição da ciência teórica do Estado no conjunto dos conhecimentos humanos. De qualquer modo, convém repelir-se a preocupação de dar tratamento preponderante ao aspecto jurídico da Teoria do Estado, a fim de evitar a sua integração ou absorção crescente no Direito Público, reduzindo-a de ciência real e ontológica em mera ciência normativa, de caráter dogmático.

(4) JELLINEK (G), *L'État Moderne et son Droit*, Paris, Giard-Briere, 1911, pág. 11.

2. Embora das mais antigas cogitações da inteligência humana — cujos mais altos representantes a ele dedicaram acurada indagação — o conhecimento do Estado não se cristalizou, ainda, numa disciplina científica de contornos e objetivos suficientemente nítidos. A despeito do vulto e, em alguns casos, do excelente teor de numerosas obras que remontam, as mais vetustas, à própria antiguidade clássica, não chegaram, todavia, os tratadistas de todos os tempos a fixar, de modo uniforme, a finalidade e o conteúdo da Ciência do Estado, como um conjunto inconfundível e autônomo de conhecimentos especializados.

Múltiplos fatores, influências as mais variadas e a peculiaridade de determinados aspectos do problema — tomados ocasionalmente como escopo principal — sempre condicionaram o empolgante estudo sistemático do supremo agrupamento político que é o Estado, diversificando ao extremo os resultados obtidos. Disso decorre a surpreendente disparidade do tratamento dispensado à Ciência do Estado e, até certo ponto, aí está a explicação das suas muitas denominações obscuras e, por vêzes, equívocas, a agravarem a confusão babilônica reinante. Além de algumas de pura fantasia, muitas são as designações com que se apresentam os estudos referentes ao Estado, nem sempre distinguindo convenientemente o seu real conteúdo ou mal caracterizando, com frequência, o aspecto principal da obra realizada.

3. No mundo helênico já se esboça a crise gnoseológica da Ciência do Estado, de que fala ARTURO ENRIQUE SAMPAY na sua memorável *"Introducción a la Teoría del Estado"* (1951). PLATÃO (*"A República"*) e ARISTÓTELES (*"A Política"*) estabelecem os dois polos em torno dos quais, daí por diante, gravitará todo o desenvolvimento da ciência que nasce: a realidade do Estado e sua concepção idealista. Ao conhecimento metafísico, aristotélico, se opõe, por antecipação, a atitude anti-metafísica do platonismo. PLATÃO supõe um Estado ideal, no qual se realiza a Justiça; ARISTÓTELES analisa os Estados existentes, para dêsse exame extrair o conhecimento teórico, a teoria do Estado modelo. Ambos se limitam ao conceito grego de Estado-cidade. É com POLÍCIO (*"História de Roma"*, livro VI) e CÍCERO (*"De República"*, *"De Legibus"*, *"De Officiis"*) que, nos Séculos II e I a. C., a primitiva concepção restrita se transmuda em o nôvo conceito de Estado universal.

Como já tivemos ocasião de assinalar, em modesta tese de concurso (*"Posição e Conteúdo da Teoria Geral do Estado"*, 1951), nos primeiros dezoito séculos da nossa era, de Santo Agostinho (*"Civitas Dei"*, 413/426) a ROUSSEAU (*"Contrat Social"*, 1762), nenhum tratado supera, como construção científica, a obra de ARISTÓTELES. A linguagem de PLATÃO prossegue, nos tempos modernos, travês de MORUS (*"Utopia"*, 1518), BACON (*"The New Atlantis"*, 1629), CAMPANELLA (*"Civitas Solis"*, 1623) e HARRINGTON (*"The Commonwealth of Oceana"*, 1656), todos criando um tipo ideal de Estado. O realismo metafísico de ARISTÓTELES, transfigurado pelos escolásticos, através de Santo Tomás de Aquino (*"Comentários à Política de Aristóteles"*, *"De Regimine Principum"*), se transmuda no realismo objetivo de MACHIAVELLI (*"Il Principe"*, 1513) ou no rígido moralismo de BODIN (*"Six livres de la République"*, 1576). Sob a forma de conselhos e ensinamentos a de-

terminados Príncipes — como o fizera antes S. Tomás com o "*De Regimine Principum ad Gagem Cyprí*" (o malogrado HUGO II, morto aos 16 anos, em 1267) e o "*De Regimine Judaeorum*" (oferecido à Duquesa de Brabante), bem como MACHIAVELLI com "*Il Principe*", dedicando-o ao magnífico Lorenzo de Medicis — encontramos a Ciência do Estado no "*De Rege et Regis Institutione*", ensinado pelo jesuíta Juan Mariana, em fins do século XVI, ao príncipe que depois reinou sob o nome de Felipe III de Espanha; no "*Basilicon Doron*", em que James I de Inglaterra (1566-1625) instrui o príncipe seu filho; no "*Testament Politique*" só publicado em 1709 e deixado por Richelieu a Luis XIII de França; no "*Summa Política*" (1649) do Bispo Sebastião Cesar ao Infante Teodósio de Portugal, filho de D. João IV, e na "*Politique de l'Écriture Sainte*" (impressa em 1709), contendo os ensinamentos de Bossuet ao Delfim, filho de Luis XIV.

Precursosores do estudo do meio estatal em concreto, aparecem, em 1651, "*Leviathan*", em que HOBBS revela o seu espírito de análise no exame do poder, e, em 1690, o segundo "*Treatise of civil government*", de LOCKE, mostrando o empirismo como base da Ciência do Estado. Já em BENTHAM (*Introduction to Morals and Legislation*", 1789) se mostra uma concepção utilitarista dessa mesma ciência. Sob o signo do iluminismo e sofrendo suas conseqüências, MONTESQUIEU ("*De l'esprit des lois*", 1748) e ROUSSEAU ("*Contrat Social*", 1762) marcam, entretanto, os dois pontos culminantes da Ciência do Estado na fase revolucionária que precede a Idade Contemporânea.

3. É no Século XIX, que se inicia sob o poderoso influxo do criticismo kantiano e se desenvolve à luz do positivismo de COMTE, que a Ciência do Estado toma corpo como um conjunto autônomo de conhecimentos. Mas, longe de se orientar numa só direção, ela se bifurca em três grandes grupos principais. No primeiro dêles, aos poucos, a Ciência do Estado se emancipa relativamente ao Direito Público e à Política. São seus precursors SCHLÖZER ("*Allgemeine Staatsrecht*", 1793), que distingue o Direito Público da Teoria da Constituição, da Política (*stricto sensu*) e da Metapolítica, que se considera a antepassada da Teoria Social do Estado; ZACHARIAE ("*Viersig Bücher vom Staate*", 1820/1832), dividindo o seu estudo em Teoria Geral natural da Política e Teoria do Direito Constitucional, e ROTTEK ("*Tratado de Direito Racional e das Ciências do Estado*", 1830), que, como SCHLÖZER, distingue a Política (doutrina prática do Estado) da Metapolítica (doutrina teórica do Estado) e esta, por sua vez, em Direito Público Geral, Física do Estado e Metafísica do Estado.

Marco decisivo na história da separação entre Teoria do Estado, Direito Público e Política estabelece VON MOHL em 1859 ("*Encyclopaedie der Staatswissenschaften*"), dividindo as Ciências dogmáticas do Estado em Direito Público, Doutrina do Estado, Doutrina da Moral Pública e Política (arte do Estado). Coroando essa lenta evolução, BLUNTSCHLI, ao lançar em 1875-6 a 5.ª edição de seu "*Direito Público geral baseado na História*" aparecido em 1852, divide a obra em três livros distintos: *Teoria Geral do Estado* ("*Allgemeine Staatslehre*"), *Direito Público Geral* ("*Allgemeine Staatsrecht*") e *Política* ("*Politik*"). Apesar disso, entretanto, na própria Alemanha,

LING (1890), BORNHAK (1891) e SEYDEL, mais recentemente, continuam a usar a expressão *Staatslehre* para designar o Direito Público.

Mas a preocupação de isolar o aspecto social como sendo o característico da Teoria Geral do Estado, conduzem-na a sua quase integração na Sociologia. É o que se vê, a partir de GUMLOWICZ (*"Die soziologische Staatsidee"*), em RATZHOFFER (*"Wesen und Zweck der Politik"*, 1893), em OPPENHEIMER (*"Der Staat"*, 1909, e *"Soziologische Staatslehre"*, 1926), em WALDECKER (*"Allgemeine Staatslehre"*, 1927), em FRITZ SANDER (*"Allgemeine Staatslehre"*, 1936), o mais extremado de todos, e, finalmente, em nosso OLIVEIRA VIANA (*"Instituições Políticas Brasileiras"*, 1949).

4. O Segundo grande grupo de tratadistas do Estado estabelece, no estudo de sua Teoria, a preponderância do conteúdo jurídico. Sua linhagem tem origem em GROTIUS (*"De Jure belli ac pacis, Proleg."*, § 59, 1625), que foi, segundo SAMPAY, o precursor da eliminação dos elementos alheios ao Direito (valorização política) no estudo do Estado, em pleno período jusnaturalista-político. Na fase dogmático-conceitualista do Direito, os grandes tratadistas que fazem, dentro desse critério, Teoria do Estado, são, sem dúvida, GERBER (*"Sumário de um sistema de Direito Público Alemão"*, 1865), o criador do formalismo jurídico, e LABAND (*"Le Droit Public de l'Empire Allemand"*, 1876/82), que faz, como muita gente ainda hoje, direito público lógico-formal, segundo um método civilista.

No período jurídico-sociológico, que se sucede ao dogmático conceitualista, avulta a imensa figura de JELLINEK (*"Allgemeine Staatslehre"*, 1900) que, adotando o dualismo metodológico, divide a Teoria Geral do Estado em Doutrina Geral sob ponto de vista social (*Allgemeine Sociallehre des Staates*) e Doutrina jurídica do Estado (*Allgemeine Staatsrechtlehre*).

Os juristas, todavia, não se satisfazem com o tratamento da Ciência do Estado sob o duplo aspecto, social e jurídico. Prosseguem na sua crescente integração ou absorção no Direito Público. É numerosíssimo o grupo que, desde DUGUIT (*"L'État, Études de droit public"*, 1901-1903), vem fazendo Teoria Geral do Estado apenas com relativa autonomia em relação à ciência do Direito. Sob aspecto estritamente jurídico, coroamento do Direito Público, CARRÉ (*Contribution à la théorie générale de l'État"*, 1920), estriba-a, especialmente, nos dados fornecidos pelo direito constitucional objetivo. Já ORLANDO, em 1888 (*"Principii di Diritto Costituzionale"*) considerava o Estado como uma realidade exclusivamente jurídica. O climax, porém, da corrente integradora da Teoria do Estado no Direito público se atinge com KELSEN (*"Allgemeine Staatslehre"*, 1925), para quem o Estado se identifica com a própria ordem jurídica e a sua Teoria Geral se confunde com a Teoria Geral do Direito.

5. O terceiro grande grupo, que adota, na Ciência do Estado, um critério político predominante, com adoção de elementos teleológicos valorizantes, se radica em HOBBS, LOCKE e BENTHAN, já referidos neste artigo. Do estudo do meio estatal em concreto, a Ciência Política, como a entendem, principalmente os anglo-saxões, é, na essência, a análise da ação política do Poder. Os ingleses, em geral, lhe dão um caráter filosófico-político, como

HOBHOUSE (*"The Metaphysical Theory of the State"*, 1918), ou marcadamente político, como LASKI (*"A Grammar of Politics"*, 1930), FINER (*"Theorie & Practice of Modern Government"*, 1932), que adotou o método comparativo, como CROSSMAN (*"Government and the Governed"*, 1939) o método histórico. LINDSAY, (*The Modern Democratic State*, 1943), socialista como FINER, retoma o critério exclusivamente político. Já os norte-americanos, seguindo a linha que vem do pragmatismo de CH. PEIRCE, tendem mais para o aspecto utilitário da Ciência do Estado. Histórico-decritivos como WILSON (*"The State"*, 1889) e BURGESS (*"Political Science and Comparative Constitutional Law"*, 1890), são também os modernos GARNER (*"Political Science and Government"*, 1928), GETTELL (*"Political Science"*, 1933) e MERRIAM (*"Systematic Politics"*, 1945). Podem ser considerados como variantes da mesma corrente o Professor inglês da Universidade de Columbia, MAC IVER (*"The Modern State"*, 1926), cuja obra tem aspectos sociológicos, antropológicos e psicológicos, e FRIEDRICH, Professor alemão da Universidade de Harvard, cujo livro *"Constitutional Government and Democracy"* (1941) volta, entretanto, à forma histórico-descritiva.

Ainda no mesmo grupo, utilizando-se de elementos teleológicos valorizantes na Ciência Política, podemos classificar os que nela procuram dar realce aos aspectos social e jurídico. HELLER (*"Staatslehre"*, 1934), adota o método fenomenológico para a explicação teórico-prática da realidade estatal, ao passo que BURDEAU (*"Traité de Science Politique"*, 1949-1956), superando o formalismo jurídico, procura aquela revalorização do social e do jurídico como meio de estudo mais frutuoso para o direito constitucional.

6. A fim de evitar o desvirtuamento do objeto da Ciência do Estado, resultante de seu tratamento exclusivamente político ou jurídico, a moderna Teoria Geral do Estado intenta restaurá-la com base em um novo realismo ontológico. Em contraposição ao Estado-tipo do empirismo histórico de JELLINEK, ao Estado-fato do realismo positivista de DUGUIT, ao Estado-forma do jurismo teleológico, político ou dogmático, e ao Estado-norma do idealismo neo-kantiano, da fase jurídica, procurou-se, na fase sociológica, a recuperação fenomenológica do objeto real da Teoria do Estado, considerando-o como um processo de contínua integração, a realidade espiritual dinâmica da teoria integralista de SMEND, ou como essência extratemporal (unificação dialética), ou, finalmente, como realidade estrutural funcional específica, segundo HELLER. Não bastaram, entretanto, essas tentativas. A fase política da Ciência do Estado continua o seu desvirtuamento, tomando, como objetos da Ciência Política exclusivamente o Poder e o Governo. Pior ainda, a fase técnica (como evolução da fase política e superação da fase jurídica, segundo sugestão de CARL SCHMITT) que procura reduzir a nobre ciência de ARISTÓTELES a mera técnica de governo.

A concomitante reação restauradora da Teoria Geral do Estado, com base no realismo ontológico de seu objeto, se desdobra, por sua vez, em duas fases distintas: a eclética e a filosófica. Na primeira, BIGNE (*"Traité Générale de l'État"*, 1929), revela-se enciclopédico, conceituando a Teoria Geral

do Estado como uma ciência mista, aliança da Política e do Direito Público; GROPPALI, integrativo, pois na sua "*Dottrina dello Stato*" (1932), considera-a, como ciência teórico-explicativa, uma síntese superior das ciências que tratam do Estado. Ainda eclético é NAWIASKI ("*Allgemeine Staatslehre*", 1945), com sua "proposta tridimensional", como a chama o Prof. ORLANDO CARVALHO ("*Caracterização da Teoria Geral do Estado*", pág. 107), pois considera a Teoria Geral do Estado como reunião da Teoria Geral Jurídica, Teoria Social e Teoria Geral da Idéia do Estado.

Na fase filosófica, REDANÓ ("*Lo Stato Etico*", 1927, e "*Lesioni di Dottrina Generale dello Stato*", 1929), sob critério ético-ontológico, considera a Teoria Geral do Estado como objetivando o processo vital estatal (vir-a-ser histórico) e procura a sua realidade nos caracteres essenciais, universais e meta-jurídicos; LAUN ("*Allgemeine Staatslehre*", 1935), seguindo o critério dedutivo, conceitua a Teoria Geral do Estado como disciplina fundamental para as Ciências do Estado, as Ciências Jurídicas e a História do Estado, pois que a primeira considera unitariamente as teorias parciais do Estado; DABIN, finalmente, com a sua "*Doctrine Générale de l'État*" (1939), fazendo Filosofia Política, como esclarece o próprio subtítulo da obra, considera a Teoria Geral do Estado sob um ponto de vista único, o político, pois, quanto ao seu objeto, só há distinção no plano fenomenal.

A conclusão a tirar é, portanto, o reconhecimento da quase impossibilidade de harmonização, no que tange à conceituação nítida e uniforme de seu conteúdo, dos numerosos tratados e compêndios que versam a difícil Ciência do Estado. Cada autor lhe dará o tratamento que suas tendências, seu temperamento, as simpatias de seu espírito permitirem...

RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DOS SÓCIOS E/OU GESTORES DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

(Continuação do número anterior)

ARION SAYÃO ROMITA

4. A concepção da pessoa jurídica como entidade cuja existência independe da de seus membros; a idéia da separação rigorosa entre o patrimônio da sociedade e o dos sócios; e o princípio da limitação da responsabilidade dos sócios sofrem atenuações de ordem vária, para proteção de direitos de terceiros, tutela de credores, defesa da sociedade e cumprimento de obrigações tributárias.

Existem, pois, atenuações de direito comercial e de direito civil; de direito penal; e de direito tributário.

4.1 — Direito comercial e direito civil. Nos termos do art. 121 do Decreto-lei n.º 2.627, de 26-9-1940, os diretores não são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão. Esse preceito, dirigido às sociedades anônimas, pode ser no entanto estendido a qualquer sociedade mercantil, visto que o Código Comercial de 1850 não consagrou a personalidade jurídica, não distinguindo entre a pessoa dos sócios e a da sociedade. Discorre TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE: "Pessoalmente, não respondem os diretores pelas obrigações que contraírem em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão. É a pessoa jurídica, que se obriga ao entrar em relação com terceiros" (64).

Fácil é compreender: os diretores são órgãos da sociedade; por meio deles, quem age é ela. O Decreto-lei n.º 2.627, ao invés de considerar os diretores como *mandatários* (Decreto n.º 434, de 4-7-1891, art. 97, § 1.º), prefere havê-los como "órgãos da sociedade" (art. 116, § 5.º). Ensina WALDEMAR FERREIRA: "órgãos societários, por via deles age a sociedade anônima. Quando eles entram, no cenário jurídico, a movimentar-se nessa qualidade, o papel, que representam, deixa na penumbra o de cada um, individualmente como pessoa natural ou física, transfigurados que se acham no de órgãos da sociedade. A vontade, que eles então manifestam, não é a deles,

(64) TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedades por Ações*, vol. II, Rio de Janeiro, 1941, pág. 44.

mas a dela, que ela não poderia, como pessoa jurídica, diferentemente, exprimir" (65).

A não-responsabilidade dos diretores se circunscreve, portanto, aos atos regulares de gestão. De acôrdo com o § 1.º, do art. 121, da lei de sociedades por ações, os diretores respondem, porém, civilmente, pelos prejuízos que causarem, quando procederem: I — dentro de suas atribuições ou poderes com dolo ou culpa; II — com violação da lei ou dos estatutos. A disciplina legal comporta o seguinte esquema: a) se os diretores agem dentro de suas atribuições, sem culpa nem dolo, a responsabilidade é da sociedade; b) se praticam ato regular de gestão, dentro de suas atribuições legais e estatutárias, porém, com dolo ou culpa, a responsabilidade é deles e não da sociedade; c) se o ato praticado se situa fora de suas atribuições, com ofensa à lei ou aos estatutos, os diretores são também responsáveis, não a sociedade (66). Os prejuízos a que se refere a lei — esclarece RUY CARNEIRO GUIMARÃES — "tanto podem ser causados à sociedade, quanto aos acionistas ou a terceiros" (67).

Sem embargo, portanto, de ser o patrimônio dos diretores separado do patrimônio social, em certos casos, que a própria lei de anônimas prevê, é o patrimônio dos diretores que responde pelo ressarcimento de danos causados a terceiros.

Pessoas jurídicas de direito privado operam por vêzes com a economia coletiva; para maior proteção da poupança popular, com reflexos sobre a própria economia do País, certas leis dispuseram sobre a solidariedade pessoal dos diretores pelas obrigações da sociedade, assumidas durante sua gestão. O Decreto-lei n.º 9.328, de 10-6-946, dispôs, no art. 1.º, que *responderiam solidariamente pelas obrigações* que a sociedade houver assumido durante a sua gestão, os bens dos diretores dos Bancos e Casas Bancárias sujeitos à liquidação extra-judicial regulada no Decreto-lei n.º 9.228, de 3-5-1946, ainda que o seu capital fôsse constituído por ações. O Regulamento para a liquidação extra-judicial de bancos e casas bancárias (aprovado pelo Decreto-lei n.º 9.346, de 10-6-1946), art. 25, prevê o *sequestro dos bens particulares* dos diretores, administradores, gerentes e fiscais das entidades referidas, em caso de liquidação e prática de crimes falimentares e de economia popular. A Lei n.º 1.808, de 7-1-1953, que dispõe sobre a responsabilidade de diretores de bancos e casas bancárias, no art. 2.º, estabelecia a *responsabilidade solidária* dos diretores e gerentes pelas obrigações assumidas pelos bancos e casas bancárias, quando procedessem com culpa ou dolo, ainda que se tratasse de sociedades por ações, ou de sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Esse dispositivo foi modificado pela lei da reforma bancária (Lei n.º 4.595, de 31-12-1964), art. 42: os diretores e gerentes das *insti-*

(65) WALDEMAR FERREIRA, *Tratado de Sociedades Mercantis*, vol. 5.º, Rio de Janeiro, 1958, pág. 1.609.

(66) GUSTESTU PIREZ, *Manual das Sociedades Anônimas*, Rio de Janeiro, 1942, pág. 266; RUY CARNEIRO GUIMARÃES, *Sociedades por Ações*, vol. III, Rio de Janeiro, 1960, pág. 90.

(67) RUY CARNEIRO GUIMARÃES, *ob. cit.*, n.º 981, pág. 90.

tuições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações assumidas pelas mesmas durante a sua gestão. Dispondo sobre a intervenção e a liquidação extra-judicial de *instituições financeiras*, o Decreto-lei n.º 48, de 18-11-1966, declara, no art. 1.º, § 1.º, que, quando se verificar a liquidação, os administradores e membros do conselho fiscal da entidade *responderão em qualquer tempo, pelos atos que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido*. As Instruções baixadas pelo Conselho de Administração do Banco Nacional de Habitação (Resolução n.º 94, de 12-9-1966), de conformidade com o Decreto n.º 58.377, de 9-5-1966, estabelecem a *responsabilidade solidária dos administradores das cooperativas habitacionais* que se vincularem a compromissos ou operações em desacôrdo com a lei, as normas do B. N. H. e as disposições estatutárias.

A Lei n.º 4.591, de 16-12-1964, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, prevê, no art. 43, III, *in fine*, a *responsabilidade subsidiária dos bens pessoais do incorporador*. A respeito, preleciona CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: "se a conduta violar direitos ou causar danos ao adquirente, está o responsável sujeito a indenizar o prejuízo, segundo os princípios do direito comum, que compreendem o dano emergente e o lucro cessante (*omissis*). Se o fato fôr suscetível de punição, como crime ou contravenção, e ao mesmo tempo causar prejuízo ao interessado, cabe a êste, sem embargo da ação penal que venha a ser intentada, o direito ao ressarcimento, pela ação civil, obrigando o responsável a satisfazer o *damnum emergens* e o *lucrum cessans*, que derivam da transgressão do preceito legal ou da cláusula do contrato" (68).

Raros não são, por conseguinte, os casos em que o direito comercial e o direito civil, êles próprios, afastam o princípio — *societas distat a singulis*, para reconhecerem a responsabilidade solidária de administradores de pessoas jurídicas em caso de dano causado a terceiros; outros valores de mais alta hierarquia social reclamam essas medidas: proteção de economia coletiva, defesa da própria economia geral do país. Não estará a proteção dos créditos dos empregados entre tais espécies de valores, que clamam pela extensão, aos bens particulares dos gestores, da responsabilidade por atos contrários ao direito?

Em 1925, GUIDO PETITPIERRE, levando em conta que os administradores não podem ser submetidos a um contrôle eficaz por parte dos acionistas, reclama o estabelecimento de "sanções especialmente rigorosas que representem uma garantia eficaz para os acionistas" (69). Não será oportuno, hoje, e com o mesmo fundamento (impossibilidade de contrôle eficaz por parte dos trabalhadores), reclamar medidas equivalentes "que representem uma garantia eficaz" para os empregados?

Dissertando sobre a responsabilidade dos diretores da anônima para com terceiros, TULLIO ASCARELLI parte da distinção que se faz necessária, entre

(68) CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Condomínio e Incorporações*, Rio de Janeiro, 1965, pág. 269.

(69) GUIDO PETITPIERRE, *De la Responsabilité Civile des Administrateurs dans les Sociétés Anonymes*, Paris, 1925, pág. 125.

a violação das normas estabelecidas para a tutela dos interesses dos terceiros e a das normas estabelecidas no interesse dos acionistas. Na primeira hipótese, devem os diretores ser responsáveis para com os terceiros; devem os terceiros poder agir contra os diretores, com uma ação direta, que não pode ser prejudicada pelas deliberações da assembléia. A seu aviso, as normas ditadas no interesse dos terceiros são aquelas que visam a integridade do capital social, as quais são corroboradas com sanções penais (Código Penal, art. 177), somente explicáveis por se tratar precisamente de normas ditadas no interesse de terceiros. A responsabilidade dos diretores pode ser invocada tanto que haja prejuízo para terceiros, legalmente relevante e mesmo independentemente da insolvência da sociedade. A tutela, que a lei prevê, da integridade do capital social "constitui a contrapartida da responsabilidade limitada" (70). Ora, é evidente que, em caso de direitos trabalhistas não cobertos pelo patrimônio social, deve caber aos empregados ação direta contra os gestores, pois, nesse caso, estará em jôgo algo mais relevante do que a própria integridade do capital social; a "contrapartida da responsabilidade limitada" encontra sua mais forte expressão na própria "responsabilidade social" que a doutrina moderna atribui ao empresário (71).

4.2 — Direito Penal.

Disponha o Código Penal brasileiro de 1890: a responsabilidade penal é exclusivamente pessoal (art. 25); nos crimes em que tomarem parte membros de corporação, associação ou sociedade, a responsabilidade pessoal recairá sobre cada um dos que participarem do fato criminoso (art. 25, parágrafo único). Essas disposições não constam do vigente Código, por desnecessárias. É evidente que a pessoa jurídica não pode praticar crimes; só o homem pode ser agente de delitos e por eles responder. A responsabilidade criminal pressupõe vontade e consciência, que só o homem possui, não o ente coletivo.

Em regra, o direito romano não admitiu a responsabilidade criminal das pessoas coletivas. Já o direito canônico reconheceu a responsabilidade de conventos, congregações, cidades, municípios, sem embargo da oposição de SINIBALDO DEI FIESCHI, que foi Papa (Inocência IV). Os postglosadores, Bártolo, os estatutos italianos e a jurisprudência francesa aceitaram plena-

(70) TULLIO ASCARELLI, *Problemas das Sociedades*, cit., págs. 525-528. Dentro dessa ordem de raciocínio, o art. 2.394 do Código Civil italiano dispõe que os administradores respondem para com os credores sociais pela inobservância das obrigações inerentes à conservação da integridade do patrimônio social. Escreve ROBERTO BOVE: "A sociedade anônima, porém, não pode constituir-se em anteparo, atrás do qual os diretores podem praticar todos os atos danosos aos interesses de terceiros, para os deixar, em seguida, sem recurso diante de uma sociedade sem recursos. O princípio da irresponsabilidade erigido em norma legal (art. 121), protege, apenas, uma gestão normal e honesta. Os administradores não podem, pois, invocar o disposto no art. 121, da lei, para protegê-los de uma gestão anormal ou desonesta, quando chamados a juízo, por terceiros, para responderem por perdas e danos" (ROBERTO BOVE, *Responsabilidade dos gestores das sociedades anônimas*, São Paulo, 1958, págs. 186-187).

(71) EGON FELIX GOTTSCHALK, *Norma Pública e Privada no Direito do Trabalho*, São Paulo, 1944, pág. 222.

mente que os entes coletivos pudessem delinquir. A reação contra essa idéia começou em fins do século XVIII, mercê principalmente da obra de SAVIGNY e de FEUERRBACH; êste último fêz inserir no código bávaro de 1813 preceito que exclui expressamente a punibilidade das pessoas jurídicas.

Defenderam a responsabilidade criminal da pessoa jurídica GIERKE, VON LISZT, DAHN, LEVENKUEHN, MAYER, na Alemanha; A. MESTRE, na França; PRINS, na Bélgica; SIMONS, na Holanda; LONGHI, na Itália; APONSO ARINOS DE MELLO FRANCO, no Brasil. Mas o princípio em vigor no direito positivo de todos os países (com as exceções da Inglaterra e dos Estados Unidos) é o da irresponsabilidade penal das pessoas coletivas. Os argumentos de um e outro grupo podem ser resumidos, segundo a lição de COSTA E SILVA. "Os partidários da doutrina comum se baseiam em que a pessoa coletiva não tem vontade própria e, portanto, não pode agir. Que só o homem é capaz de querer e de executar a sua vontade. Que, por isso, quando os indivíduos que compõem uma *universitas*, no interesse desta, resolvem e põem em prática uma ação criminosa, só eles podem ser chamados a responder perante a justiça punitiva. Que as medidas empregadas às vêzes contra pessoas jurídicas não são verdadeiramente penas, no sentido do direito criminal, mas simples providências de ordem administrativa ou política. Que a pena imposta aos entes coletivos (corporações) vai refletir-se em seus sócios, culpados ou inocentes, indiferentemente. Que esta justiça sumária repugna até ao senso comum. Que poucas espécies de penas poderiam ser aplicadas a tais entidades. Os escritores que sustentam a capacidade criminal das pessoas coletivas e a respectiva punibilidade alegam que essa capacidade não é diferente da que se reconhece às mesmas pessoas que em outros domínios do direito público e privado. Que elas possuem bens jurídicos próprios nos quais pode perfeitamente incidir a pena. Que os atos praticados por uma coletividade têm um alcance especial. Que eles podem ser tentados ou executados em uma escala e com uma força que não guardam proporção com o número dos respectivos membros. Que é incompatível com o sentimento da Justiça e com os princípios de uma sã política criminal deixar impune o verdadeiro culpado — a *universitas* — e lançar exclusivamente a responsabilidade sobre quem é o órgão da vontade alheia. Que a história demonstra de sobra a possibilidade do delito corporativo e da respectiva punição" (72).

No direito brasileiro, não padece qualquer dúvida a concepção de que a pessoa jurídica não é dotada de responsabilidade criminal; ela não comete crimes; quem os comete é a pessoa física que dela se utiliza como instrumento para a prática do ilícito penal. A lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES pode ser aceita sem reserva de qualquer natureza: "se em crimes, como os dos artigos 197 *usque* 207 do Código Penal, a prática do ato típico provém de determinação de uma pessoa jurídica, como o sindicato, cometerá o delito aquêle que executou a deliberação do órgão coletivo e figurarão como participantes os que de qualquer modo concorrerem para o crime, na forma do previsto no art. 25 sobre a co-autoria" (73). À base dêsse raciocínio, colo-

(72) COSTA E SILVA, *Código Penal Comentado*, s/data, vol. 1, págs. 156-157.

(73) JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado de Direito Penal*, vol. III, São Paulo, 1966, pág. 13.

ca-se a explanação de ONDEI: "não se pode afirmar que o ente coletivo delinque (no sentido civil ou penal) por meio de seus membros, mas que seus membros (órgãos) delinquem por meio do ente que eles constituem. Ele é instrumento destes" (74).

A jurisprudência de nossos tribunais tem seguido essa orientação, invariavelmente. Já se decidiu: "Em face de nosso direito penal, as pessoas jurídicas não podem ser consideradas como sujeitos ativos de crime. Consequentemente, a culpa pelos atos criminosos praticados em nome delas recai individualmente sobre seus representantes" (75). "Pessoa jurídica. Prática de crime na sua administração. Responsabilidade criminal exclusiva do sócio que a cometeu ou dele participou. Os crimes cometidos na administração das pessoas jurídicas, ainda que o motivo e o fim deles possam ser úteis à sociedade, só devem ser imputados a quem os cometeu ou deles participou" (76).

Admite-se a aplicação à pessoa jurídica, tão-somente, de medida de segurança. A interdição de estabelecimento ou de sede de sociedade é medida de segurança patrimonial (art. 88) prevista no art. 99 do Código Penal: "a interdição de estabelecimento comercial ou industrial, ou de sede de sociedade ou associação, pode ser decretada por tempo não inferior a quinze dias, nem superior a seis meses, se o estabelecimento, sociedade ou associação serve de meio ou pretexto para a prática da infração penal" (77). A responsabilidade solidária dos diretores, prevista no art. 122 do Decreto-lei n.º 2.627, "é restrita à responsabilidade civil, não se estendendo à esfera penal, repelindo-se a construção de comercialistas italianos em torno do *reato collegiale* ou *reato societario*", como elucidou CLÁUDIO VIANA DE LIMA; esclareceu ainda o citado autor que, na concepção de BONELLI, haveria "participação dos diretores de empresa, como co-autores, nos chamados crimes

(74) ONDEI, *apud* E. MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, 1.º vol., São Paulo, 1967, pág. 129. Dispõe o art. 11 do nosso Código Penal: o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. É comum afirmar-se que *societas delinquere non potest* e que *universitas non delinquet*.

(75) Ac. do Tribunal de Justiça de São Paulo, *Habeas Corpus* n.º 4.786, Rel. Des. MANUEL CARLOS, in *Revista dos Tribunais*, janeiro de 1947, n.º 165, págs. 36 e 61.

(76) Ac. da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, *Apelação Criminal* n.º 14.975, Rel. Des. BERNARDES JÚNIOR, in *Revista dos Tribunais*, setembro de 1946, n.º 163, pág. 126.

(77) Sobre esse dispositivo, discorre NÉLSON HUNGRIA: "Não adotou o nosso Código, como fazem o cubano, o rumeno, o mexicano e o costa-riquense, bem como o Projeto de Código Penal francês, a medida especial de *dissolução* ou *suspensão de pessoa jurídica*, cujos diretores ou administradores, em nome dela ou com meios por ela fornecidos, se entreguem à prática de alguma infração. Referindo-se a tal medida, judiciosamente escreve ATALIBA NOGUEIRA (*ob. cit.*, página 210): "Não entrando na análise desta medida assecurativa, nem na sua discussão, que envolve a controvertida tese da responsabilidade penal das pessoas morais, pensamos que, sem esforço, se pode resolver a questão, com a medida de segurança estudada neste parágrafo (isto é, "fechamento de estabelecimento"), pelo fechamento da sede, "filiais e escritórios da pessoa jurídica". Foi a solução aceita pelo nosso legislador de 40" — grifos do original (*Comentários ao Código Penal*, vol. III, Rio de Janeiro, 1951, págs. 259-260).

societários, ou seja, naqueles atos ilícitos da sociedade contra os quais não protestaram ou se insurgiram. A co-autoria se daria por omissão" (78). Semelhante concepção não vingou entre nós, até porque importaria violação do preceito constitucional que consagra a garantia individual de que a pena não passe da pessoa do delinqüente.

A *sindicatos*, cominavam sanções que poderiam ser classificadas como medidas de segurança o art. 32 da Lei n.º 1.802, de 5-1-1953 (cassação da carta de reconhecimento ou cancelamento de registro, por incorrerem os dirigentes em dispositivo daquela lei ou exercerem ou deixarem exercer, dentro do âmbito sindical, atividade subversiva); e o art. 14, § 1.º, do Decreto-lei n.º 9.070, de 15-3-1946 (intervenção do poder público, por deixar o presidente do sindicato, em se tratando de atividade fundamental, de promover solução de dissídio coletivo). O art. 553, *d* e *e*, da C.L.T., prevê o fechamento de sindicato, federação ou confederação e a cassação da carta de reconhecimento, por infração ao disposto no capítulo consolidado que dispõe sobre a "instituição sindical"; essas disposições são completadas pelo art. 555 da C.L.T., que se refere à "pena de cassação da carta de reconhecimento".

O art. 6.º do Decreto-lei n.º 9.085, de 25-3-1946 (com § 2.º introduzido pelo Decreto-lei n.º 8, de 16-6-1966), determina a *suspensão* das sociedades ou associações pelo exercício de atividade contrária à ordem pública ou à segurança nacional.

Fiel à orientação segundo a qual responde criminalmente não a pessoa jurídica, porém aquêle que, por meio dela, efetivamente cometeu o delito, o art. 11, § 4.º, da Lei n.º 4.357, de 16-7-1964, declara que, quando a infração fôr cometida por sociedade, responderão por ela os seus diretores, administradores, gerentes ou empregados, cuja responsabilidade no crime fôr apurada em processo regular; no mesmo sentido, o art. 6.º da Lei n.º 4.729, de 14-7-1965 (define o crime de sonegação fiscal), dispõe que, quando se tratar de pessoa jurídica, a responsabilidade penal pelas infrações previstas naquela lei será de todos os que, direta ou indiretamente ligados à mesma, de modo permanente ou eventual, tenham praticado ou concorrido para a prática da sonegação fiscal; esclarece o art. 7.º, *b*, do Decreto n.º 57.609, de 7-1-1966, que a co-autoria na prática do crime de sonegação fiscal será apurada mediante inquérito policial, no caso de pessoas ligadas, direta ou indiretamente, de modo permanente ou eventual, ao contribuinte. O art. 65, § 1.º, II, da Lei n.º 4.591, de 16-12-1964, comina pena aos diretores ou gerentes de empresa coletiva, incorporadora, corretora ou construtora que usar, em proveito próprio ou de terceiro, bens ou haveres destinados a incorporação contratada por administração. Já o art. 86 da Lei n.º 3.807, de 26-8-1960 (Lei Orgânica da Previdência Social) ameaça punir com as penas do crime de apropriação indébita a falta de recolhimento, na época própria, das contribuições e de outras quaisquer importâncias devidas às instituições de previdência social, esclarecendo o parágrafo único do mesmo dispositivo

(78) CLÁUDIO VIANA DE LIMA, *Responsabilidade dos Administradores de Instituições Financeiras*, in material do Curso de Advogados de Empresas do CEPED, 1967, pág. 10.

que são considerados pessoalmente responsáveis o titular da firma individual, os sócios solidários, gerentes, diretores ou administradores das empresas vinculadas à previdência social. Na falência da sociedade, segundo o disposto no art. 191, do Decreto-lei n.º 7.661, de 21-6-1945, seus diretores administrativos, gerentes ou liquidantes são equiparados ao devedor falido, para todos os efeitos penais previstos em lei.

Em tema de crime de sonegação fiscal, ÂNGELO RAFAEL ROSSI sustenta que a pessoa jurídica é "responsável civil e criminalmente"; antes, afirmara que, "hoje, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é aceita e reconhecida" (79). Não lhe assiste razão, porém. ARAÇARI LEITE CAVALCANTI, dissertando sobre o mesmo assunto, demonstrou que o sujeito ativo do delito de sonegação fiscal é "alguém que se beneficie com essa conduta delituosa. Esse alguém, em regra, é o contribuinte obrigado por lei ao ônus tributário, ao pagamento do tributo". Quando se tratar de pessoa jurídica, "serão responsabilizados pessoalmente, pelo crime de sonegação fiscal, os diretores, administradores, gerentes, contabilistas, funcionários e todos quantos de certa forma tenham praticado os atos delituosos definidos no art. 1.º da Lei, ou contribuído para que os mesmos se consumassem" (80).

O art. 11 da Lei n.º 4.357, de 16-7-1964, manda incluir, entre os fatos constitutivos do crime de apropriação indébita, definido no art. 168 do Código Penal, o não-recolhimento, dentro de 90 dias do término dos prazos legais, das importâncias de certos impostos federais; o Decreto-lei n.º 66, de 21-11-1966, dando nova redação ao art. 155 da L.O.P.S., define, em tema de contribuições previdenciárias, novas figuras típicas, sob a rubrica de crimes de sonegação fiscal (inciso I), apropriação indébita (inciso II), falsidade ideológica (inciso III) e estelionato (inciso IV), entendendo-se aplicável a regra do art. 86, parágrafo único, quando tais delitos forem praticados por meio da pessoa jurídica. O art. 18 da Lei n.º 5.107, de 13-9-1966, que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, aludia às cominações penais da legislação do Imposto de Renda, porém a nova redação que lhe deu o art. 3.º do Decreto-lei n.º 20, de 14-9-1966 (já como art. 19) excluiu a referência a "cominações penais". O art. 10 do Decreto-lei n.º 15, de 29-7-1966, equipara ao crime de sonegação fiscal, definido pela Lei n.º 4.729, de 14-7-1965, a violação de compromisso ou obrigação assumida nos termos do referido decreto-lei. Ao financiamento do abono de emergência instituído pelo art. 3.º da Lei n.º 5.451, de 12-6-1968, aplicam-se, por força do disposto no art. 5.º, § 3.º, do mesmo diploma legal, as cominações penais referentes às contribuições devidas ao I. N. P. S. É claro que, em todas essas hipóteses, os delitos são praticados por meio da sociedade, e por eles responderão os que os cometeram, segundo a regra do art. 6.º da Lei n.º 4.729, de 14-7-1965.

Nos casos referidos, o direito penal "abstrai" a existência da pessoa jurídica, para cominar punição a quem se encontra por trás dela, a quem age

(79) ÂNGELO RAFAEL ROSSI, *Crime de Sonegação Fiscal*, Rio de Janeiro, 1967, págs. 98 e 96.

(80) ARAÇARI LEITE CAVALCANTI, *Dos Crimes de Sonegação Fiscal*, São Paulo, 1966, págs. 66-67.

ilicitamente através dela. O princípio da rígida separação entre a existência da entidade e a das pessoas que a compõem fica, por conseguinte, aqui, por completo eliminado. Rigorosamente, o ato ilícito é praticado pela pessoa jurídica; o respeito cego ao princípio da personalidade, segundo a lógica fria, deveria conduzir à punição não dos gestores ou dos membros da entidade, mas da própria pessoa jurídica: ora, tal solução é inviável, à luz dos princípios basilares que informam a responsabilidade criminal. Verifica-se, então, verdadeira aplicação, embora não explicitada, da doutrina *disregard of legal entity*, pois a personalidade jurídica da entidade que "aparece" como agente é radicalmente excluída, para que sejam alcançados os homens que são na verdade os únicos agentes do delito, aqueles que se serviram da *existência legal* da sociedade para perpetrar o ilícito penal.

O direito penal reverencia a realidade das coisas, em última análise.

Afinal, a pessoa jurídica não tem consciência nem vontade própria: o ato voluntário é dos homens que a integram. Por que, então, deter-se a pretensão punitiva do Estado ante a "armadura" legal da personalidade jurídica? O direito penal, realisticamente, afirma a existência da única entidade dotada de capacidade para delinquir: a criatura humana; afasta a personalidade jurídica, para que não fiquem frustrados os propósitos que estão subjacentes à atividade repressiva do Estado.

Ora, o direito do trabalho traz em seu bôjo, êle também, essa vocação da realidade. Frequentes são as hipóteses em que os rótulos são ignorados, para que se considerem os conteúdos. O contrato de trabalho já foi caracterizado como "contrato-realidade" (81). Portanto, numa situação de fato em que a veste legal da personalidade jurídica fôr invocada para defraudar haveres dos empregados, o direito do trabalho deve ater-se à realidade e considerar apenas os homens encobertos pelo véu societário, a fim de estender sua proteção a casos em que ela não foi ainda legalmente prevista.

4.3 — O direito tributário. Uma frase de JOSÉ P. BRUTAU diz tudo: "o direito fiscal, que é o grande observador da realidade econômica que se apresenta no fundo das realidades jurídicas, demonstra claramente a relatividade do conceito de pessoa jurídica nas diferentes classes de sociedade" (82).

O art. 135 da Lei n.º 5.172, de 25-10-1966 (Código Tributário Nacional), dispõe que são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado (inciso III). Ai está; por força de expressa determinação legal, o fisco, atento à realidade da vida, pode precaver-se quando a pessoa jurídica deixar de cumprir suas obrigações tributárias, pelas quais responderão os bens particulares dos diretores, nas hipóteses previstas pelo dispositivo transcrito.

(81) MARIO DE LA CUEVA, *Derecho Mexicano del Trabajo*, I, México, 1949, págs. 473 e 495.

(82) JOSÉ PUIG BRUTAU, *Comentário à obra de Rolf Serick*, cit., páginas 314-315.

Mesmo anteriormente à vigência dessa disposição legal, a jurisprudência dos tribunais, ante a impossibilidade de cobrança da dívida fiscal, pelo perecimento do patrimônio social, sufragava a tese da responsabilidade solidária dos diretores, gerentes ou administradores. A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara teve oportunidade de decidir: "O executivo fiscal foi ajuizado contra a sociedade comercial P. em virtude do não recolhimento do imposto de vendas e consignações devido de novembro de 1956 a abril de 1957, além da multa. Tornando-se inviável a citação da pessoa jurídica, foi procedida a diligência na pessoa de um de seus diretores. A responsabilidade solidária pelo não-cumprimento da obrigação fiscal encontra apoio no art. 122 da Lei das Sociedades Anônimas. O agravante é o diretor administrativo da organização. Assim a responsabilidade individual decorre da lei. Bem andou a sentença, em tornar subsistente a penhora, face à procedência do executivo" (83). Comentando esse julgado, HUGO MAURÍCIO SIGELMANN o aplaude; aludindo aos artifícios com que os membros de pessoas jurídicas tentam fraudar os legítimos interesses do fisco e outros terceiros, assevera: "não nos parece razoável tolerar que sob a invocação de normas legais, se dê proteção a atos que só têm o propósito de burlar essas normas legais. O Direito, como ciência viva, não pode deixar o Estado e terceiros que de boa-fé contratam com a pessoa jurídica de direito privado à mercê de estratégias bem ou mal inspirados que, em homenagem a princípios de questionável validade, tornassem inevitável suportar prejuízos a agravos de toda sorte, sem qualquer defesa" (84).

Perfeito. O mesmo se poderia afirmar com respeito às dívidas trabalhistas da sociedade, pelas quais devem responder os sócios, nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada; e os gestores, nas sociedades anônimas.

5. Não só a jurisprudência trabalhista apresenta julgados precursores.

Também a Justiça Comum, por vêzes, atendendo a situações peculiares, tem endossado o entendimento de que os bens particulares dos sócios ou dos diretores respondem por dívidas sociais. HUGO MAURÍCIO SIGELMANN, no comentário acima referido, cita vários acórdãos que assim decidiram.

"À falta de bens da sociedade, podem ser penhorados por dívida sua os bens particulares dos sócios" (85).

"Os embargos de terceiro só são admissíveis por aqueles que não são participantes do feito. Os sócios são solidários, pela dívida da sociedade, em dissolução, com o perecimento do patrimônio social" (86).

(83) Agravo de Petição n.º 20.613, Rel. Des. EDUARDO JARA, in *Rev. de Direito da Proc. do Estado da Guanabara*, 16/285.

(84) HUGO MAURÍCIO SIGELMANN, *Comentário*, in *Rev. de Direito da Procuradoria do Estado da Guanabara*, 16/285.

(85) Acórdão do Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário número 6.489, Rel. Min. HAHNEMANN GUIMARÃES, in *Revista Forense*, vol. 130, pág. 411.

(86) Acórdão do Supremo Tribunal Federal, 1.ª Turma, Agravo de Instrumento n.º 29.941, Rel. Min. CÂNDIDO MOTA FILHO, in *Diário da Justiça* de 10-10-1963, pág. 983 — apenso.

"Divida de sociedade. Responsabilidade do sócio. O sócio responde, nos termos da lei, pela divida social. Não há necessidade de citação de todos os sócios no processo de cobrança" (87).

"Divida da sociedade. Responsabilidade do sócio. O sócio de sociedade de responsabilidade limitada responde, não obstante integralizada a sua quota, pela divida social, se exercia a gerência e, pessoalmente, é o responsável pelas malversações cometidas" (88).

"Não localizada a sede da sociedade civil devedora, cumpre lançar mão da citação edital, somente, depois, se desaparecida ou sem bens, sendo licito chamar à responsabilidade, pessoalmente, os seus administradores". (89)

A jurisprudência trabalhista do Supremo Tribunal Federal registra alguns pronunciamentos favoráveis à tese da responsabilidade pessoal dos sócios por dividas da sociedade.

No recurso extraordinário n.º 52.939, de 28-5-1963, a Segunda Turma, acompanhando o voto do Min. VICTOR NUNES LEAL, admitiu que, na execução contra sociedade por quotas de responsabilidade limitada, depois de excutidos os bens, os particulares dos sócios respondem pelas dividas sociais; e acrescentou o acórdão (levando em conta a ocorrência de fraude) que "respondem os bens do sócio, desde logo, pelos créditos dos empregados admitidos anteriormente à constituição da sociedade e para ela transferidos fraudulentamente". (90) A ementa do acórdão proferido no recurso extraordinário n.º 33.976, de 10-10-1957, reza: "Decisão trabalhista. Sociedade por quotas. Penhora em bens particulares do quotista. Recurso extraordinário; seu descabimento". (91)

Quando na presidência do Tribunal Regional do Trabalho, o Juiz CELSO LANNA proferiu inúmeras decisões, ao julgar agravos de petição, sufragando a tese de que os bens particulares dos sócios respondem pelas dividas trabalhistas da sociedade.

No processo TRT-AP-79/63, assim ementou seu decisório o Juiz CELSO LANNA: "Esgotados todos os bens sociais, autoriza o art. 350 do Código Comercial que se dirija a execução contra os bens particulares dos sócios, que passam a responder pelas dividas da sociedade". Salientou o julgado que "o perecimento dos bens da sociedade, de que fazia parte o ora agravante, nos moldes em que se verificou, quando pendia contra ela uma ação, considera-se em fraude à execução". Amparou-se no magistério de CARVALHO DE MEN-

(87) Acórdão do Tribunal Federal de Recursos, Agravo de Petição número 20.916, Rel. Min. AMARÍLIO BENJAMIN, in *Diário da Justiça*, de 3-7-1964, pág. 538 — apenso.

(88) Acórdão do Tribunal Federal de Recursos, Agravo de Petição número 24.098, Rel. Min. AMARÍLIO BENJAMIN, in *Diário da Justiça* de 4-6-1965, pág. 257 — apenso.

(89) Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, 4.ª Câmara, Apelação Cível n.º 14.105, de 30-1-1961, Rel. Des. EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, in *Diário Oficial* (parte III), de 17-2-1966, pág. 71 — apenso.

(90) Acórdão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.º 52.939, Rel. Min. VICTOR NUNES LEAL, in *Diário da Justiça* de 1-8-1963, pág. 435 — apenso.

(91) Relator Min. AFRÂNIO COSTA, in *Diário da Justiça* de 5-5-1958, página 1.583 — apenso.

DONÇA (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. III, pág. 226), para quem "não desaparece nem se modifica a responsabilidade de cada sócio para com terceiros, se os bens sociais não bastam para o pagamento dos credores". E finalizou, decidindo que "daí decorre a responsabilidade do ora agravante em sujeitar-se ao cumprimento da decisão exequênda". (92)

Outras decisões de teor idêntico podem ser citadas: "Sócios. Bens particulares. Quando podem ser executados por dívidas da sociedade. Verificada a insolvência dos bens sociais para fazer face à condenação trabalhista, em virtude da liquidação fraudulenta da firma, responderão os bens particulares dos sócios". (93) "Válida é a penhora de bens de um dos sócios da executada quando se verifica ter havido a intenção de fraudar a execução do julgado trabalhista. Integralizado o capital, respondem os sócios quotistas solidariamente na proporção de sua quota, quando a sociedade não satisfaça o compromisso assumido com terceiros". (94)

Tais decisões, embora invocando o art. 350 do Código Comercial, que é anterior à lei de sociedades por quotas de responsabilidade limitada, na verdade representam um avanço no desbravamento da *vexata quaestio*. Não enfrentam diretamente o óbice refletido na personalidade jurídica da sociedade ou na separação entre o patrimônio dela e o dos sócios, mas é inequívoco que, na conclusão, afinam com os mais autênticos reclamos do direito do trabalho, em tema de execução dos bens particulares do sócio, quando do perecimento do patrimônio social.

6. É tempo de afirmar, sem reboços, que, nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, todos os sócios devem responder com seus bens particulares, embora subsidiariamente, pelas dívidas trabalhistas da sociedade; a responsabilidade deles deve ser solidária, isto é, caberá ao empregado exequente o direito de exigir de cada um dos sócios o pagamento integral da dívida societária. Vale dizer, para fins de satisfação dos direitos trabalhistas, será aberta uma exceção à regra segundo a qual a responsabilidade dos sócios se exaure no limite do valor do capital social; a *responsabilidade trabalhista* dos sócios há de ser ilimitada, embora subsidiária; verificada a insuficiência do patrimônio societário, os bens dos sócios, individualmente considerados, porém solidariamente, ficarão sujeitos à execução, ilimitadamente, até o pagamento integral dos créditos dos empregados. Não se compadece com a índole do direito obreiro a perspectiva de ficarem os créditos trabalhistas a descoberto, enquanto os sócios, afinal os beneficiários diretos do resultado do labor dos empregados da sociedade, livram seus bens pessoais da execução, a pretexto de que os patrimônios são separados. Que permaneçam separados para efeitos comerciais, compreende-se; já para efeitos fiscais, assim não entende a lei; não o deve permitir, outrossim, o direito do trabalho, para completa e adequada proteção dos empregados.

(92) *Diário Oficial* (parte III), de 24-4-1963, págs. 5.584-5.

(93) TRT-372-AP-62, julgado em 6-12-62, in *Diário Oficial* (parte III), de 15-3-1963, pág. 266 — apenso.

(94) TRT-61-AP-60, in *Diário da Justiça* de 23-3-1960, pág. 3.648 (jurisprudência resumida).

Quanto às *sociedades anônimas*, a questão é mais delicada e exige reflexão. Impraticável será invocar-se a responsabilidade *dos acionistas* — é evidente. A responsabilidade há de ser dos gestores (diretores, administradores, pouco importa a denominação). Urge, também, proclamar que, se insuficiente o patrimônio da sociedade anônima, os diretores responderão solidariamente, com seus bens particulares, pela satisfação dos direitos trabalhistas dos empregados da sociedade. Semelhante conclusão não aberrra da moderna concepção vigente a respeito da responsabilidade dos gestores de sociedades por ações.

A moderna sociedade anônima, como tem sido assinalado por economistas e juristas, separou a propriedade da direção. Os acionistas seriam os proprietários do empreendimento, mas não podem dirigi-lo pessoalmente. Demonstrou RIPERT que os acionistas nem são empresários nem proprietários: "a sociedade, pessoa moral, não é um conglomerado de acionistas que ostentam sobre os bens sociais uma espécie de propriedade indivisa. Os acionistas deram seu sangue para criar um novo ser, mas este não lhes pertence, tal como o filho não é propriedade do pai. A entrega de capital é definitiva e é substituída por um direito contra a sociedade". (95) Não podem, portanto, ser responsabilizados pelos atos dos gestores. Estes, sim, são a *própria sociedade em ação*. A eles, cabe a responsabilidade.

O fenômeno — separação entre propriedade e direção — é também evidenciado por TULLIO ASCARELLI, que se ampara em KEYNES e BERLE & MEANS. Afirma ASCARELLI: "há uma distinção jurídica constante entre acionistas, diretores e conselho fiscal, ou seja, entre a orientação geral da sociedade, sua administração e a fiscalização desta. Na prática a distinção entre acionistas e diretores se foi acentuando no recente desenvolvimento das sociedades anônimas, dominado pela moderna tendência à concentração das empresas. O desenvolvimento recente da sociedade anônima, quando o mercado de capitais é muito desenvolvido, centraliza a direção, não raro, nas mãos de uma minoria, enquanto a massa dos acionistas não pode e, muitas vezes, não quer, acompanhar verdadeiramente as vicissitudes da empresa: emprega o próprio dinheiro em ações, ou com intenções especulativas ou para simples aplicação de capital". Fala em "dissociação entre a propriedade e o controle da riqueza". (96) Após o segundo conflito mundial, acentuou-se a intensidade do fenômeno da separação entre a propriedade e a direção. Uma frase de ANDREW SHONFIELD bem caracteriza a posição atual dos acionistas: "A posição dos acionistas, que é algumas vezes apresentada pelos ideologistas dos negócios à imagem e semelhança de um parlamento que diz aos ministros como devem proceder, aproxima-se de fato muito mais de um exército altamente disciplinado, ao qual é permitido por lei rebelar-se contra os generais se, e unicamente se, as razões não forem suficientes ou forem negadas". (97)

(95) GEORGES RIPERT, *Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno*, cit., páginas 106 e 289.

(96) TULLIO ASCARELLI, *Problemas*, cit., págs. 161 e 368.

(97) ANDREW SHONFIELD, *Capitalismo Moderno*, Rio de Janeiro, 1968, página 547. Diz o citado autor: "Um simples portador de uma parte dos títulos em qualquer dessas organizações de negócios seria incapaz de aproximar-se a uma curta distância desses círculos estritamente interligados de gerentes não-pro-

Incensurável é o alvitre de JOÃO EUNÁPIO BORGES, a quem parece que a diretoria, teoricamente subordinada à assembléia geral, é, de fato, o órgão mais importante da sociedade anônima. Adverte: "Dela, de sua idoneidade e eficiência depende o êxito da empresa". (98) Realmente, a idoneidade da administração é o ponto nodal da atividade da anônima: tudo, afinal, vai desaguar no estuário comum — a idoneidade dos administradores. Essas considerações não destoam da assertiva de BALLANTINE: "O *board of directors* — e não os acionistas — é a autoridade originária e suprema para contratar em nome da sociedade". (99) Inegavelmente, a doutrina tem atribuído à assembléia geral o epíteto de *soberana*, de *órgão máximo da sociedade anônima*. Mas a razão está com ALFREDO LAMY FILHO, quando escreve: "Quem gere a s.a. não é mais o dono, e sim o administrador que, muitas vezes, nenhuma ação possui. É que as empresas cresceram tanto, tornaram-se tão complexas, que os fundadores, os seus herdeiros, perderam a capacidade de geri-las, e foram buscar, como condição de sobrevivência, os homens capazes de desempenhar tais funções. Emerge, assim, uma nova classe social, a dos administradores, que só faz crescer em importância social". (100) E noutro passo: "A organização da administração das sociedades anônimas parece, assim, fora de dúvida, o ponto crucial do bom funcionamento da instituição". (101)

Muitas vezes se levantam, clamando pela responsabilidade dos administradores das anônimas. RUBEM ALMEIDA TÔRRES pode ser citado: "... nas sociedades anônimas, a fonte dos abusos está nos administradores da sociedade. (*omissis*)... a eles deve o Estado responsabilizar socialmente". E adiante: "É mister que a lei se volte para o administrador da sociedade anônima. É ele que dirige a máquina de captar poupanças e transformar em lucros. É ele o condutor dos gigantes de que depende a vida econômica de uma nação". (102)

A necessidade crescente de precisar essa responsabilidade dos administradores pode ser entrevista facilmente no direito francês. ESCARRA fala de uma característica que a evolução da legislação tornará cada vez mais sensível: a multiplicação das sanções repressivas; cita a jurisprudência que estendeu a falência da sociedade a certos administradores quando estes na realidade houvessem exercido o comércio sob a máscara da sociedade cujos recursos haviam utilizado em seu próprio interesse; e, na evolução legislativa,

prietários, onde todo o poder efetivo reside". Transcreve adiante aguda observação de PAUL HABERRECHT: "A relação entre um homem e as coisas — riqueza material — deixou de determinar o seu lugar na sociedade (como acontecia num forte sistema proprietário), mas o seu lugar na sociedade determina agora sua relação com as coisas" (*ob. cit.*, págs. 547 e 548).

(98) JOÃO EUNÁPIO BORGES, *ob. cit.*, pág. 469.

(99) BALLANTINE, *On Corporations*, Chicago, 1946, pág. 119.

(100) ALFREDO LAMY FILHO, *Sociedades Anônimas*. Idéias Gerais, in material de classe do Curso de Advogados de Empresas do CEPED, Rio de Janeiro, 1967, pág. 6.

(101) ALFREDO LAMY FILHO, *Sociedades Anônimas* — Alguns conceitos fundamentais. A administração da s. a., in material de classe, cit., pág. 2.

(102) RUBEM ALMEIDA TÔRRES, *A Administração das Sociedades Anônimas*, trabalho não publicado, 1967, págs. 12 e 17.

distingue três estágios dos quais o terceiro é representado pela lei de 16 de novembro de 1940: na hipótese de falência ou liquidação judicial da sociedade, essa lei reconheceu ao tribunal do comércio, sob certas condições, o poder de decidir que as dívidas sociais seriam satisfeitas pelo presidente, membros da diretoria, outros administradores ou algum dentre eles, com ou sem solidariedade. (103)

Cabe, a propósito, lembrar a advertência de ASCARELLI: "A severidade de penalidades, que constitui um dos característicos da orientação legislativa recente de todos os países em matéria de sociedades por ações, deve, de um lado, acarretar um peculiar cuidado na aplicação delas, de outro lado, porém, levar a cuidar das sanções civis, para não correr o risco de que, em numerosos casos, haja ou uma penalidade severa demais (e que por isso, pode, na prática, acabar por não ser aplicada pelo juiz) ou a falta de sanção". (104)

As sanções civis devem, então, primar sobre as de caráter penal. Em tema de frustração de direito assegurado por lei trabalhista, o art. 203 de nosso Código Penal define crime a que comina pena de detenção, de um mês a um ano, e multa, de dois cruzeiros novos a dez cruzeiros novos. Mas esse dispositivo tem tido escassa, ou nula aplicação... Além disso, de nada valeria infligir sanção criminal a um diretor de sociedade sem tolher a frustração dos direitos trabalhistas dos empregados...

As sanções civis são, portanto, as mais adequadas; na Justiça Comum, elas não são desdenhadas. As Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do ex-Distrito Federal (hoje Estado da Guanabara), julgando os embargos oferecidos na apelação cível n.º 17.530, decidiram: "Diretor de sociedade anônima que contrata em nome da sociedade com excesso de poderes, se não deu aviso ao terceiro dos limites de seus poderes e da necessidade da ratificação do ato, responde por perdas e danos, que consistem, querendo o terceiro, na execução da obrigação pelo representante, pessoalmente". (105)

No campo da execução trabalhista, a responsabilidade dos gestores se traduziria na obrigação de satisfazer subsidiariamente os débitos da sociedade. A perspectiva de ter de responder com seus bens pessoais pelas dívidas sociais (embora somente depois de excutido o patrimônio social) certamente estimulará os gestores no sentido de conduzirem sua administração a bom êxito, evitando arrastar a sociedade à posição de devedor insolvente ante seus empregados.

Inadmissível é associar os empregados às perdas da sociedade. Em última análise, estas as conclusões a que chegam as decisões e a *communis opinio* mencionadas no item 1, supra: os empregados são associados nos prejuízos, não nos ganhos; os gestores são partícipes dos lucros, não das perdas...

É evidente que tais conclusões não se compadecem com os fundamentos do direito do trabalho. O art. 2.º da Consolidação das Leis do Trabalho, de-

(103) JEAN ESCARRA, EDOUARD ESCARRA e JEAN RAULT, *Traité Théorique et Pratique de Droit Commercial*, 4.º vol., Paris, 1959, págs. 302 e 303.

(104) TULLIO ASCARELLI, *Problemas*, cit., pág. 528.

(105) Acórdão de 4-12-1952, Rel. Des. ROMÃO CÔRTEZ DE LACERDA, in *Revista Forense*, vol. 159, maio e junho de 1955, pág. 226.

finindo empregador, declara que *êle é quem assume os riscos da atividade econômica!*

"Por que pertencem ao patrão os poderes hierárquico, diretivo e disciplinar?" — indaga EVARISTO DE MORAES FILHO.

E responde: "Por uma razão bem singela e sem mistério algum: porque são os proprietários do negócio, do estabelecimento, ou que adquiriram a senhoria sobre o mesmo, de seu proprietário, através de algum meio lícito em direito". (106) ALFRED LÉGAL e J. BRËTHE DE LA GRESSAYE escrevem que, "na empresa econômica, que é propriedade individual do patrão, não pode haver igualdade entre o chefe e os assalariados, porque estes não têm nenhuma parte na propriedade da empresa e não correm os riscos de perder" — (107) o grifo não é do original. Não cabe ao empregado arcar com os riscos do negócio. Esclarece EVARISTO DE MORAES FILHO, referindo-se precisamente a esse risco: "Este passa a quem o dirige, fiscaliza e controla, isto é, ao titular do negócio. E nem poderia ser de outro modo: quem é dirigido, quem não pode trabalhar livremente, conduzir a realização da sua tarefa segundo critérios próprios, não pode, por outro lado, ser responsável pelo mau sucesso da atividade econômica. O risco cabe ao empregador, como autêntica e direta consequência do exercício da autoridade, que lhe é inerente. Quem possui o emolumento, possui também o risco: *ubi emolumentum, ibi onus*". (108) Incisiva é a manifestação de AMARO BARRETO: "O empregador assume sempre, insuladamente, os riscos da atividade econômica, porque só seus são, em contrapartida, os lucros da mesma". (109)

Por conseguinte, se é o empregado imune aos riscos da atividade econômica, não se lhe podem impor os prejuízos decorrentes de uma execução insuficiente. Para completa satisfação dos créditos trabalhistas dos empregados, em caso de não bastar o acervo social para cobrir a importância global das dívidas da sociedade, os gestores devem responder com seus bens particulares, solidariamente, até a concorrência do montante dos débitos.

(106) EVARISTO DE MORAES FILHO, *Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*, vol. II, Rio de Janeiro, 1960, pág. 169.

(107) ALFRED LÉGAL e J. BRËTHE DE LA GRESSAYE, *Le Pouvoir Disciplinaire dans les Institutions Privées*, Paris, 1938, pág. 62.

(108) EVARISTO DE MORAES FILHO, *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, vol. I, Rio de Janeiro, 1965, pág. 374.

(109) AMARO BARRETO, *Tutela Geral do Trabalho*, 1.º vol., Rio de Janeiro, 1964, pág. 14.

O CRIME DE LATROCÍNIO NO NÓVO CÓDIGO PENAL

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

1. O nóvo Código Penal brasileiro (Decreto-lei n.º 1.004, de 21-10-69), a vigorar a partir de 1.º-8-70 (Lei n.º 5.573, de 1.º-12-69), incrimina, em seu art. 168, § 3.º, sob o *nomen iuris* de *latrocínio*, o seguinte fato: "Se, para praticar o roubo ou assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa, o agente ocasiona dolosamente a morte de alguém, a pena será reclusão de quinze a trinta anos, além da multa, sendo irrelevante se a lesão deixa de consumir-se. Se há mais de uma vítima dessa violência à pessoa, aplica-se o disposto no art. 65".

Outrossim, como forma de *roubo qualificado* (art. 168, § 2.º, V) a determinar o aumento da pena de um terço até metade, prevê a hipótese de "se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis êsse resultado nem assumiu o risco de produzi-lo" (1).

Diferem, destarte, profundamente, na essência e na forma, a disciplina do crime de *roubo com resultado morte* no Código Penal de 1940 e aquela no de 1969, dispondo o primeiro sobre a matéria no § 3.º do art. 157, norma esta que sempre suscitou árduos debates, e que assim estabelece: "Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave, a pena é de reclusão, de cinco a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de quinze a trinta anos, sem prejuízo da multa".

2. O Código vigente, que não emprega a rubrica lateral *latrocínio*, usa, no citado dispositivo, a mesma redação de que se vale em tôdas as hipóteses de *crimes qualificados pelo resultado* ("*se resulta...*").

É iterativo o entendimento de que, em tais crimes, em regra, o resultado qualificador está além da intenção do agente ou do risco por êste assumido, sendo-lhe imputado a título de culpa. Há, em verdade, um misto de dolo no antecedente, ou seja, com relação ao crime básico (*primum* ou *principale delictum*) e de culpa quanto ao evento qualificador, e, em tais circunstâncias,

(1) O Anteprojeto NÉLSON HUNGRIA (art. 167, § 3.º) previa a qualificação do roubo por lesão corporal grave ou homicídio voluntário.

Como esclarece HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, em comentário publicado na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, vol. 12, págs. 194-196, a comissão revisora do aludido anteprojeto procurou dar solução definitiva ao problema, distinguindo, com nitidez, as várias hipóteses.

Assim, o § 2.º do citado art. 167 previa, em seu inciso IV, o resultado lesão corporal grave, dolosamente causada; já em seu inciso V, contemplava o resultado morte preterdoloso; finalmente, o § 3.º do mesmo artigo passou a ter a rubrica *Latrocínio*, cuidando do evento morte dolosa. Foi o que prevaleceu.

existe o chamado delito preterdoloso ou preterintencional (melhor a primeira denominação, pois o dolo é, também, assunção de risco); ou então, há culpa, quer quanto ao delito básico, quer quanto ao resultado agravante. Êste não pode ter sido objeto de dolo do autor, pois, em tais circunstâncias, ou se desnatura o delito — e passa a ter-se um outro, doloso, o crime maior absorvendo o menor; ou, o que é mais comum, um concurso de crimes — nem pode ter derivado do caso fortuito, do *casus*, pois êste exclui a própria tipicidade, devendo ser rejeitada a responsabilidade objetiva (cf. FREDERICO MARQUES, Curso, 2, págs. 374 e segs.; N. HUNGRIA, Coms., vol. V, págs. 342 e segs., especialmente, 359; HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, 2.^a ed., 1.^o vol., pág. 94; MAGALHÃES NORONHA, *Dir. Penal*, 2.^o vol., pág. 93; ver opiniões contrárias de ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ, *Os delitos qualificados pelo regime do Código Penal de 1940*, 1948; e COSTA E SILVA, *Código Penal*, vol. I, 1943, pág. 122). (2)

No que se refere ao § 3.^o do art. 157 do Código Penal, embora êste use, no particular, a mesma expressão *se resulta*, à semelhança do que faz com os demais delitos qualificados pelo resultado, o entendimento, varia profundamente.

Formaram-se, como sabemos, a respeito, três correntes. A primeira, constituída pela maioria dos penalistas brasileiros e pela iterativa jurisprudência de nossos tribunais, considera como abrangidos pelo citado parágrafo os resultados voluntários ou involuntários; dolosos, culposos e preterdolosos (NÉLSON HUNGRIA, *ib.*, vol. VII, págs. 60/61; HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *ib.*, págs. 264 e segs.; MAGALHÃES NORONHA, *ib.*, págs. 316 e segs.; e *Crimes contra o Patrimônio*, 1.^a parte, pág. 196; cf. ac. da 2.^a Turma do Supremo Tribunal Federal, in *Rev. For.*, 220/293 e *Rev. Trim. Jur.*, 46/821).

(2) Cabe a observação de que, somente quando os resultados qualificados de um delito não constituem crimes por si mesmos (cf. art. 129, § 1.^o, I, III, § 2.^o, I, II, III, IV, do C. Penal atual), se entende que o emprêgo do verbo *resultar* não indica, necessariamente, nexo subjetivo preterdoloso, abrangendo, igualmente, a forma dolosa (a observação não abrange, pois, as hipóteses do inciso II do § 1.^o, do § 2.^o, inciso V e do § 3.^o do mesmo art. 129).

O novo Código Penal, ao tratar da *lesão corporal* (art. 132 e parágrafos), distingue as hipóteses de eventos qualificadores causados dolosamente (§§ 1.^o e 2.^o) dos provocados culposamente (§ 3.^o), reservando às primeiras o *nomen iuris* de *lesões graves* e dando às segundas a rubrica de *lesões qualificadas pelo resultado*.

Aliás, o que qualifica, pelo Decreto-lei n.^o 1.004-69 o roubo, em matéria de lesão corporal, é a de natureza grave, se causada dolosamente (inciso IV do § 2.^o do art. 168).

Finalmente, cumpre assinalar que o art. 19 do novel Código, ao estabelecer que

“pelos resultados que agravem especialmente as penas só responde o agente quando as houver causado, *pelo menos, culposamente*” (o grifo é nosso),

deve ser entendido no sentido de que os eventos qualificadores poderão ser dolosos sempre que a lei assim o diga, como no caso das lesões corporais, ou se não se tratar de evento qualificador que constitua, por si mesmo crime, pois, do contrário, haverá absorção do crime menos grave pelo de maior gravidade ou concurso de crimes. O *casus* exclui a responsabilidade.

A segunda corrente afirma referir-se a hipótese somente à morte culposa ou preterdolosa, mantendo, assim, coerência com os demais exemplos de crimes qualificados pelo resultado, raciocinando dentro da sistemática do Código e baseando-se na expressão *se resulta*, empregada pela lei. Alguns julgados consagram esta opinião. Podemos indicar decisões do *Tribunal de Justiça de São Paulo* (*Revista dos Tribunais* 166/522; 178/637; 179/643).

A terceira opinião é a representada por JOSÉ FREDERICO MARQUES (ib. pág. 375), ao afirmar, peremptoriamente, que, "no art. 157, § 3.º, e no art. 159, § 3.º, apesar de o código empregar a expressão *se resulta morte*, é evidente que o resultado tem de ser doloso, porque, embora o homicídio seja delito mais grave que o roubo e a extorsão mediante seqüestro, a pena cominada é também maior que as previstas no art. 121".

3. A primeira corrente anteriormente focalizada, representativa da maioria, e que considera como incluídas na área de abrangência do § 3.º do art. 157 do Código Penal, as hipóteses de homicídio doloso, culposo ou preterdoloso, julgando, destarte, ter o Código Penal, no particular, subvertido a sua sistemática, enfrenta graves problemas, ao considerar as diferentes possibilidades de tentativa de roubo seguido de morte, e que são, em geral, resumidas em quatro hipóteses: a) *tentativa de homicídio doloso e subtração tentada*; b) *homicídio doloso consumado e subtração tentada*; c) *homicídio doloso tentado e subtração consumada*; e d) *subtração tentada e homicídio culposo ou preterdoloso* (3).

Em comentário publicado na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 10, págs. 207 e 216, e em artigo divulgado pela *RDMP*, n.º 1, págs. 54 a 65, manifestamos nossa opinião de que o § 3.º do art. 157 do Código Penal cuida, à semelhança do que ocorre com os demais casos de crimes qualificados pelo resultado morte, tão somente das hipóteses culposas ou preterdolosas. Em verdade, usando das mesmas expressões, sem qualquer disposição explícita — ou mesmo implícita — em contrário, nenhum motivo

(3) As soluções, muitas vezes, variam de autor para autor. Fixemos as principais.

Para a hipótese a, NÉLSON HUNGRIA (ib., pág. 62), HELENO FRAGOSO (ib., pág. 267), e MAGALHÃES NORONHA (este reformando ponto de vista anterior; ib., pág. 326) propõem a aplicação do art. 157, § 3.º, combinado com o art. 12, II. Para o caso b, HUNGRIA (ib., pág. 63) e FRAGOSO (ib.) são favoráveis à aplicação do art. 121, § 2.º, V, "abstraindo-se", como diz este, "no caso, a tentativa de roubo, porque, se o agente devesse responder por roubo tentado, também, em concurso material, a pena seria superior à do roubo seguido de morte, consumado, o que é absurdo"; tal opinião tem sido sufragada pela jurisprudência (cf. *T. J. M. Gerais, R. For.* 174/ 379, 176/392); já NORONHA (ib. 325) sugere a punição nos termos dos arts. 121, § 2.º, V, e 157, § 3.º; 12, II e 51, § 1.º Para a hipótese c, HUNGRIA (ib.) propõe a aplicação do art. 121, § 2.º, V, combinado com o 12, II, a que FRAGOSO (ib.) acrescenta o roubo simples consumado, em concurso material; NORONHA (ib., pág. 324) sugere a incidência do art. 157, § 3.º, em combinação com o art. 12, II. Finalmente, no caso d, cabe a aplicação do art. 157, § 3.º, combinado com o art. 12, II.

Os próprios autores defensores destas e de outras soluções são os primeiros a reconhecerem e proclamarem, expressamente, que as mesmas não correspondem às soluções rigorosamente técnicas, sacrificadas, no particular, à equidade (FRAGOSO, ib.).

existe para quebrar-se a sistemática coerente do Código. Assim, não prevê o citado dispositivo o *latrocínio*, isto é, o roubo em que o agente mata dolosamente.

O argumento da gravidade da pena não procede (a Exposição de Motivos não é, em absoluto, interpretação autêntica), porquanto, se, ao cometer a subtração, o ladrão mata, conscientemente, haverá concurso material (cf. contra, S. T. F., *Rev. For.*, 149/348) de homicídio qualificado (12 a 30 anos) com roubo simples (4 a 10, fora a multa) e não com furto, como quer NORONHA (ib., pág. 318) — chegando-se, assim, a uma pena mais grave do que a do § 3.º do art. 157 (em abono de nossa opinião, cf. *Rev. Tribs.*, vol. 166, págs. 522 e segs.). Aliás, os autores alemães são, praticamente, unânimes no reconhecimento do concurso entre *homicídio* e *roubo*, se o resultado *morte* é doloso (vide, SCHÖNKE — SCHROEDER, *Kommentar*, pág. 271, da 7.ª ed.). Na Itália, a doutrina identifica, também, o concurso entre *roubo* e *homicídio qualificado*, na hipótese de morte dolosa. (4)

A opinião contrária à nossa, leva, outrossim, a conclusões absurdas, mas inevitáveis, como a de que, sendo o delito patrimonial o crime-fim, há uma única infração penal, mesmo que tenha existido pluralidade de *mortes dolosas* (cf. ac. da 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Guanabara, na ap. criminal n.º 42.565, in *Rev. Bras. de Crim. e D. Penal*, 12/189; voto vencido na ap. criminal n.º 36.601, Tribunal de Justiça da Guanabara, in *Revista de Jurisprudência*, 2/383). (4-A)

Não desnaturada, na forma do exposto, a sistemática do Código Penal, sem sentido ficam os demais problemas que a maioria dos autores suscita em torno do roubo com morte.

Em verdade, com relação, em primeiro lugar, à tentativa, os problemas se resolvem do mesmo modo como para os demais crimes qualificados pelo evento morte e de acôrdo com os princípios gerais relativos aos crimes complexos.

Se o homicídio é doloso e apenas tentado, cabe a aplicação do art. 121, § 2.º, V, combinado com o 12, II, em concurso com o 157, consumado ou tentado, conforme a hipótese da efetivação, ou não, da subtração.

Se o resultado morte é culposo ou preterdoloso, não cabe falar em tentativa quanto a tal evento, pois só há tentativa em crime doloso (cf. art. 12, II, que alude à *vontade*; FRAGOSO, ib., pág. 95).

(4) A doutrina e a jurisprudência estrangeiras são, a propósito, inteiramente favoráveis à nossa posição. Em verdade, os Códigos Penais alienígenas, ou não consideram o evento *morte* como condição de maior punibilidade do *roubo*, e o concurso entre este e o homicídio é pacífico, no caso de *morte dolosa*; ou se prevêem tal *conditio*, contendo dispositivos semelhantes ao nosso art. 157, § 3.º (cf. C. Suíço, art. 139, n.º 2; C. grego, art. 380, n.º 2; C. espanhol, art. 501; C. argentino, art. 165), autores e tribunais não dissentem, quando consideram o evento *morte*, em tais hipóteses, como preterdoloso.

Outrossim, o fato de o Código não ter usado o termo *latrocínio* é também indicativo de que não quis abranger o homicídio doloso, no campo de aplicação do § 3.º do art. 157 do C. Penal.

(4-A) O novo Código determina que, na hipótese, sejam adotados os princípios do concurso de crimes (arts. 168, § 3.º e 65).

O que pode ocorrer é a tentativa do crime-fim de subtração. Neste caso, se da violência empregada resulta morte culposa ou preterdolosa, deverão ser aplicados os arts. 157, § 3.º e 12, II, do C. Penal (cf. FREDERICO MARQUES, *ib.*, vol. 2, pág. 371).

4. O novo Código Penal, ao modificar, radicalmente, o tratamento do roubo com resultado morte (5) mostra, *data venia*, o absoluto acerto de nossa posição no que tange ao diploma ainda vigente, pois que, para contemplar o *latrocinio* como unidade criminal autônoma em relação ao *homicídio qualificado* praticado *para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime* (art. 121, § 2.º, 5.º, em ambas as codificações), teve de dispor sobre a matéria de modo totalmente diverso do que o faz o Código atual, como passaremos a analisar.

4.1 — Em primeiro lugar, criou o crime de *latrocinio*, empregando o termo consagrado para indicar o roubo em que a *violência é o homicídio doloso*.

É verdade que, na doutrina, o emprêgo da expressão não é pacífica. Para uns diria respeito aos casos em que, no roubo, o homicídio é voluntário, cometido com o fim de lucro (H. C. FRAGOSO, *ib.*, pág. 265; CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, Parte Especial, vol. I, trad. Editorial Temis, Bogotá, 1957, pág. 233, § 1.186; HOEHMER, *Elementa juris criminalis*, cap. 197); para outros, como NÉLSON HUNGRIA, "o evento morte, no *latrocinio*, tanto pode ser *corpus delicti* de homicídio doloso, quanto de homicídio culposo ou preterdoloso (ob. cit., *ib.*, págs. 60 e 61); para MAGALHÃES NORONHA, finalmente, o *latrocinio* abrangeria as qualificações por lesões graves ou morte, embora reconheça, poucas linhas abaixo, que "certo é que a característica essencial do *latrocinio* é o roubo com morte" (*ib.*, pág. 317). Em verdade, parece-nos ser mais exato o emprêgo do termo, quando o homicídio for doloso (embora, etimologicamente, signifique, apenas, "roubo com mão armada"; do latim *latrocinium*, *i.*; de *latrocinari*, "roubar com mão armada"; de *latro*, *onis*, "ladrão").

4.2 — Outrossim, ao invés de empregar a expressão *se da violência resulta morte*, diz: "se, para praticar o roubo (6) ou assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa, o agente ocasiona dolosamente a morte de alguém...".

Está claro ser o *latrocinio*, como espécie que é do roubo, um crime complexo, porque, embora constituindo unidade jurídica autônoma, são seus ele-

(5) Diz a Exposição de Motivos, em seu item 55:

"O roubo qualificado tem novas modalidades: se o agente causa, dolosamente, lesão grave ou se há morte preterdolosa.

Em consequência, o *latrocinio* existe apenas quando a morte é dolosamente ocasionada. Eliminando dúvidas surgidas na aplicação da lei atual, o projeto inculmina o *latrocinio*, mesmo se a lesão patrimonial deixa de consumar-se. É que, embora previsto como delito contra o patrimônio, foi atingido um bem fundamental que é a vida humana."

(6) Mais correto seria dizer-se "para praticar a subtração...".

mentos integrantes fatos que, por si mesmos, são crimes, mas que se fundem na unidade complexa, perdendo, em consequência, sua autonomia.

O *latrocínio*, como todo roubo, é o furto qualificado pelo meio, e não, o roubo (isto é, o furto já qualificado pelo meio ameaça ou violência, contra pessoa, isto é, *constrangimento ilegal*, que absorve as eventuais vias de fato, ou a *lesão corporal*) qualificado pelo resultado morte preterdoloso.

São *essentia* de sua estrutura o furto (já que envolve a subtração de coisa móvel alheia para si ou para outrem) e o homicídio doloso (causação intencional ou com assunção de risco da morte de alguém, neste absorvida qualquer outra violência).

O furto é o crime-fim, sendo o homicídio o crime meio ou famulativo, sendo a pena única, absorvida, pois, a sanção do crime-membro.

4.3 — Mais ainda: como já indicamos, em outro dispositivo, o novo Código prevê a hipótese do roubo qualificado pelo resultado morte (art. 168, § 2.º, V), esta, agora, expressamente preterdolosa (se as circunstâncias evidenciam que o agente não quis esse resultado nem assumiu o risco de produzi-lo), mas empregada a expressão *se resulta*.

5. O roubo diz-se *próprio*, quando o crime famulativo é antecedente em relação ao furto: a subtração é um momento posterior com referência ao emprego do meio utilizado exatamente com tal escopo. É a hipótese prevista no *caput* do art. 157 do atual Código, e no do art. 168 do Decreto-lei n.º 1.004-69.

Em princípio, no tocante a essa modalidade de roubo, problema algum existe quanto ao reconhecimento da consumação do *iter criminis* ou da ocorrência de simples tentativa. Com efeito, utilizado qualquer daqueles meios e efetivada a subtração — considerado o momento de dita efetivação, segundo a opinião dominante, o do estabelecimento de “um estado tranqüilo, embora transitório, de detenção da coisa por parte do agente”, “quando este consegue afastar-se da esfera de atividade patrimonial, de custódia ou de vigilância do *dominus*” (N. HUNGRIA, *ib.*, pág. 25) —, consumado está o roubo próprio. Outrossim, se esta efetivação da subtração não se der, ter-se-á a simples tentativa.

Devem aplicar-se ao crime de roubo os princípios gerais que regem o crime complexo. Segundo OTTORINO VANNINI, para o reconhecimento da tentativa dos crimes complexos, “é suficiente o princípio de execução do crime que inicia a formação” dos mesmos (*Il Problema Giuridico del Tentativo*, 1950, pág. 147). Se o delito-meio se tiver consumado, existirá, como assinala SILVIO RANIERI, “a maggior ragione, il tentativo dell'intero reato complesso” (*Il Reato Complesso*, 1940, pág. 191 e segs.). A opinião de NÉLSON HUNGRIA é contrária a este último entendimento (*ib.*, pág. 62), falecendo-lhe razão, porém, *data venia*, no particular, segundo nosso modesto parecer.

O roubo é *impróprio*, quando a subtração é anterior à ameaça ou violência: é *ex ante*.

É para assegurar a detenção da coisa para si ou para outrem ou a impunidade do crime que o agente emprega a violência ou ameaça.

É o que prevêem os §§ 1.^o dos arts. 157 do Código vigente e do art. 168 do novo diploma criminal, sendo certo que dois elementos são fundamentais: que o emprêgo da violência ou ameaça seja *logo depois* (Código atual) ou *em seguida* (Decreto-lei n.º 1.004-69) com relação à *subtração*; por outro lado, esta tem de ser *efetiva*, não podendo ser apenas *tentada*, por força da própria redação dos aludidos parágrafos.

Na hipótese de roubo impróprio, a solução dos problemas concernentes à consumação ou à tentativa torna-se ainda mais simples. Como vimos, é pressuposto do *roubo impróprio* a efetiva subtração da coisa. Destarte, se a esta se segue o emprêgo da violência física ou moral, consumou-se aquêle; se esta não é empregada, existiu, tão-sòmente, o crime de furto.

Caso não ocorra a efetiva subtração, desnaturado, pois, o *roubo impróprio*, e sendo empregada violência ou ameaça, haverá concurso da tentativa de furto com o outro crime.

5.1 — Ao cuidar do *latrocínio*, o novo Código Penal contempla o *roubo próprio* ("se, para praticar o roubo (7) ") e o *impróprio* ("... ou assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa...") mas para ambas as hipóteses é irrelevante se a lesão patrimonial deixa de consumar-se, (8) o que veio simplificar o problema.

Destarte, só haverá mera tentativa, se o homicídio e a subtração não se consumarem.

Neste caso, regerá a hipótese o § 3.^o do art. 168, combinado com o inciso II e parágrafo único do art. 14 do Decreto-lei n.º 1.004-69.

Se houver tentativa de homicídio e subtração consumada, caberá a aplicação do art. 121, § 2.^o, V, combinado com o inciso II e parágrafo único do art. 14 em concurso com o art. 168 (9).

6. Algumas considerações devem ser feitas quanto ao problema da *competência para o processo e julgamento do crime de roubo*.

No regime do Código de 1940, se se trata das hipóteses do *caput* dos §§ 1.^o e 2.^o do art. 157, tal competência é, inegavelmente, do Juiz Singular.

No caso de tentativa de furto seguida de homicídio tentado ou consumado, não se chegando, pois, a ter roubo impróprio, a competência é, evidentemente, do Tribunal do Júri, consoante disposição do art. 78, I, do Código Penal, com a redação dada pelo art. 3.^o da Lei 263, de 23-2-1948.

Mas o caso se complica com o problema que surge, por se considerar incluído no campo de aplicação do § 3.^o do art. 157 do C. Penal, o caso de roubo com homicídio doloso: o da competência para o julgamento de tal crime, isto é, se do Juiz Singular ou do Júri.

A maioria da doutrina e da jurisprudência é favorável à competência do Juiz Singular, inclusive com base na Lei 263, de 23-2-1948, a qual, ao

(7) Em nota anterior, já assinalamos que a melhor redação seria "*para praticar a subtração*", pois esta é o fim visado pelo agente, em função do qual ele emprega o meio: o roubo é o conjunto de *meio e fim*.

(8) Não alude o dispositivo ao elemento temporal *logo depois* ou *em seguida*.

(9) Vide nota 3.

alterar o art. 74, § 1.º do C. Penal, regulamentando, no particular, a Constituição Federal, e enunciando, taxativamente, os delitos de competência do Tribunal Popular, não incluiu nesta tal crime. São desta opinião NÉLSON HUNGRIA (ib., págs. 60, 61 e 64), MAGALHÃES NORONHA (ib., págs. 316 e segs.), FREDERICO MARQUES (*O Júri no Direito Brasileiro*, 1955, págs. 96 e 97), dentre muitos.

Na jurisprudência do *Supremo Tribunal Federal* e de nossas Côrtes de Justiça estaduais, predomina, igualmente, esta tendência.

Os argumentos, em geral, acentuam ser o *latrocínio* (previsto, segundo a maioria, pelo art. 157, § 3.º do C. Penal) um crime patrimonial, segundo a própria classificação do Código. Em verdade, para a classificação do crime complexo, dada a sua unidade jurídica, deve prevalecer o bem ou interesse lesado pelo crime-fim. O delito contra a vida, no latrocínio, é crime-meio, e, portanto, secundário. Daí, não ter aplicação o § 18 do art. 153 da Const. Federal, porquanto os crimes dolosos contra a vida ali considerados são os assim classificados pelo C. Penal, pois a Lei Magna não poderia ignorar a técnica usada pelo mesmo.

Acrescenta HUNGRIA que, como o § 3.º do art. 157 abrange as hipóteses de homicídio doloso, culposo ou preterdoloso, seria esdrúxulo que, conforme o caso, o julgamento coubesse ora ao Júri, ora ao Juiz Singular, o que obrigaria a entrar no mérito das ações para decidir sobre a competência. Outrossim, MAGALHÃES NORONHA (ib., págs. 320 e 321) apresenta interessante histórico dos trabalhos legislativos do art. 141, § 28, da Const. Federal de 46, e da Lei 263, concluindo pela competência do Juiz Singular. Deve salientar-se que, por iniciativa do Senador OLAVO DE OLIVEIRA, professor de Direito Penal, o projeto aprovado pelo Senado incluía o art. 157, § 3.º, na competência do Júri. A Câmara rejeitou tal inclusão, rejeição esta que veio a ser aceita pela Câmara Alta, contra os votos do aludido Senador e de LÚCIO CORREIA (*R. For.* 144/402).

Já HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (ib., págs. 268 e 269) é favorável à competência do Júri, refutando as opiniões acima expostas. Diz ele ser o *latrocínio* um crime complexo pluriofensivo, no qual há ofensa a dois bens jurídicos, vida e patrimônio, em ambos os casos, dolosa. É, pois, crime doloso contra a vida e contra o patrimônio. Diante, portanto, do disposto na Const. Federal, prevalece a competência do Tribunal do Júri, inclusive consoante o estatuído no art. 78, I, do C.P. Penal (alterado pela citada Lei 263).

A jurisprudência no sentido do acima exposto é minoria, podendo ser citados votos vencidos no *Supremo Tribunal Federal*, como os dos Ministros OROSIMBO NONATO, CÂNDIDO MOTA e AFRÂNIO COSTA (*D. Just.* — 21-9-59, págs. 3.218; *R. For.* 137/530); acórdão da 2.ª Turma (*R. Trim. Jurispr.* 7/696). O *Tribunal de Justiça de São Paulo* é um dos que mais se têm pronunciado favoravelmente à competência do Júri (*R. Tribs.* 166/522, 176/539, 179/643, 178/637, 182/641, 183/111, 186/568, 190/629, 191/88 e 664; 185/90; 161/554, 216/137; 223/79; 234/90; 235/137; 237/127; 239/104, 243/82, 268/52; *R. For.* 121/263, 134/554, 139/413, 140/445, 149/405, 161/377, 162/327, 165/333). Outros Tribunais, eventualmente, assim também têm entendido, como o do R. G. do Sul (*R. For.* 191/307).

A posição que sempre mantivemos, no particular (cf. trabalhos citados acima), é que nenhuma dúvida pode haver de que a competência seja do Júri, sempre que o evento morte, sendo dolosamente perseguido, se consume ou fique, mesmo, apenas tentado, e quer se considere o *latrocínio* incluído ou não, no parágrafo 3.º do art. 157 do C. Penal vigente.

Aliás, é interessante como aquêles que, reconhecendo o *latrocínio* no art. 157, § 3.º, fazem verdadeira miscelânea do mesmo e, ao combaterem a competência do Tribunal Popular, lembram-se da unidade jurídica do crime complexo.

Flagrante fica, outrossim, a incongruência, quando, apesar de pugnarem pela aplicação do art. 121, § 2.º, V, delito doloso previsto no capítulo dos crimes contra a vida (classificação a que se apegam tanto, para a interpretação da Const. Federal), negam a competência do Júri para julgar tal fato, expressamente de sua competência (art. 74, § 1.º, com a redação da Lei 263, tão do gosto dos mesmos autores).

O argumento de NÉLSON HUNGRIA, já exposto, de que os crimes do art. 157, § 3.º, conforme fôssem dolosos e culposos ou preterdolosos, seriam ora do Júri, ora do Juiz Singular, o que constituiria um fato esdrúxulo, poderá ser usado contra seu próprio raciocínio. Com efeito, seguindo-se sua tese, ter-se-ia a mesma variação (e no caso, contra a lei e contra a Constituição), para o art. 121, § 2.º, V, que seria, ora da competência do Júri, ora do Juiz Singular, conforme se referisse ou não ao roubo.

Assim, é patente que, quer se considere o *latrocínio* como previsto ou não no art. 157, § 3.º, do C. Penal atual, sempre que, no roubo, o evento morte tiver nexos subjetivo doloso, a competência é do Júri, por força da disposição expressa da Const. Federal (R. Tribs. 179/643).

A omissão da Lei 263 é irrelevante, pois, pretendendo regulamentar a Constituição, é ela, no tocante à referida omissão, inconstitucional.

6.1 — O debate permanecerá absolutamente atual, na vigência do novo Código Penal.

Embora o Decreto-lei n.º 1.004-69 tenha contemplado o *latrocínio* de forma especial, aludindo, expressamente, à *morte ocasionada dolosamente*, e apesar de ser da competência do Júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 153, § 18, da Const. Federal, com a redação da Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-69), haverá quem continue a sustentar que se trata de crime complexo patrimonial, como já vimos, em que deve prevalecer o crime-fim, e predominar a classificação do Código Penal, não estando o *latrocínio* capitulado entre os crimes dolosos contra a vida (arts. 121 a 130 da nova codificação).

6.2 — Nossa posição em favor da competência do Júri parece-nos, todavia, permanecer inteiramente válida, pelos argumentos já expendidos e por alguns outros que decorrem do próprio tratamento dado à matéria pelo Decreto-lei n.º 1.004-69.

Cremos ser absolutamente exato o entendimento de que, como ensina o douto HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, um dos colaboradores na feitura do novo Código Penal (Exposição de Motivos n.º 2), o *latrocínio* é um crime com-

plexo pluriofensivo, sendo um crime doloso contra a vida e contra o patrimônio (cf. item 55 da Exposição de Motivos).

Como mostra SOLER (*Derecho Penal Argentino*, 1951, vol. III, fls. 53), o latrocínio está dentro da área do art. 80, inciso 3.º, do C. P. Argentino, correspondente ao nosso art. 121, § 2.º, V, os quais, historicamente, são a ampliação da hipótese do latrocínio a tôda e qualquer espécie de crime, isto é, aplicados devem ser, sempre que o homicídio doloso seja meio para a execução ou para assegurar a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.

E ninguém poderá negar que o Decreto-lei n.º 1.004-69 deu uma ênfase tôda especial ao aspecto de crime contra a vida.

Primeiramente, já vimos que é irrelevante a consumação, ou não, da lesão patrimonial, o que demonstra a inequívoca prevalência da lesão pessoal.

Mais ainda: na hipótese de haver mais de uma vítima da violência, aplica-se o disposto no art. 65 do novel diploma penal, ou seja, existirá um *concurso de crimes*, o que, igualmente, realça a maior importância do crime doloso contra a vida em relação ao crime patrimonial. Se êste prevalecesse, ter-se-ia, como já acentuamos, a consequência inevitável de que haveria uma única infração penal, mesmo na hipótese de pluralidade de mortes dolosas, desde que tivesse sido um só o patrimônio lesado (cf. os já citados ac. da 2.ª C. Crim. do T. Just. GB, in *Rev. Bras. de Crim. e D. Penal*, 12/189; voto vencido do Des. HORTA DE ANDRADE, 3.ª C. Crim. in *Rev. Jurisp. do T. J. GB.*, 2/383).



P A R E C E R E S

DIREITO DA CONCUBINA. INEXISTÊNCIA DE AMPARO LEGAL PARA O RECEBIMENTO DA MEAÇÃO PELA COMPANHEIRA POR SER CASADO O DE CUJUS E NÃO SE TER DISSOLVIDO A SOCIEDADE CONJUGAL. FALTA DE PROVA DA PARTICIPAÇÃO DA AUTORA NA CONSTRUÇÃO DO PATRIMÔNIO DO DE CUJUS

1. *Na vigência da sociedade conjugal, não se admite que a convivência sexual de um dos cônjuges com terceiro possa criar direitos.*
2. *Sendo a mulher meeira na sucessão do marido, não concebe o direito vigente a concorrência da espôsa e da amante na sucessão do de cujus.*
3. *O concubinato não faz presumir a existência de sociedade de fato.*
4. *Não comprovada a efetiva colaboração da companheira na formação de um patrimônio comum, não tem ela qualquer direito à metade dos bens pertencentes ao falecido.*

PARECER

I. *Posição da concubina no direito brasileiro*

1. Enquanto o Código Civil desconheceu o concubinato e só a ele se referiu com a finalidade de restringir os direitos da concubina ou de admitir que a união livre pudesse constituir um dos meios de prova para a ação de investigação de paternidade, o atual direito da previdência social e a jurisprudência mais recente atribuíram à convivência sexual prolongada e honesta determinados efeitos jurídicos.

2. Não perdura, pois, a orientação que outrora prevalecia entre os nossos civilistas, inclusive no Supremo Tribunal Federal, de acordo com a qual "a ordem jurídica ignora a existência do concubinato" (Acórdão do Excelso Pretório, de 24 de janeiro de 1947, do qual foi relator o eminente Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, in *Revista Forense*, vol. 112, pág. 417).

3. Ao contrário, a legislação especial sobre acidentes de transporte e de trabalho e a jurisprudência construtiva dos tribunais superiores delimitaram, com incontestável clareza, as situações jurídicas oriundas do concubinato suscetíveis de criar direitos.

4. No tocante às situações de direito civil, o Supremo Tribunal Federal firmou a sua posição nas Súmulas ns. 35 e 380, que fixaram, respectivamente, os seguintes princípios:

"35. Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio."

"380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum."

5. A interpretação dos textos deve ser sistemática e harmoniosa, não podendo as Súmulas serem analisadas como decisões isoladas. Ao contrário, a hermenêutica recorre sempre à interpretação do texto legislativo e da decisão judicial, comparando a norma e o acórdão com outras decisões sobre a mesma matéria que integram o comando jurídico num todo orgânico e coerente.

6. Assim, a posição assumida pelo direito brasileiro não é de proteção especial ao concubinato, que não pode, nem deve, ser equiparado a um casamento de segunda classe, mas de tolerância com determinados efeitos jurídicos decorrentes do concubinato, quando inexistente impedimento para o casamento das partes ou quando a sociedade conjugal anterior de um deles ou de ambos já se dissolveu. Em tais hipóteses, entenderam o legislador e a jurisprudência que o concubinato, embora não deva criar direitos, não pode excluir direitos que existiriam independentemente das relações sexuais entre as partes e que a lei protegeria se concubinato não houvesse.

Admitiu, pois, a legislação especial sobre o transporte e acidentes do trabalho (Lei n.º 2.681, de 1912 e Decreto-lei n.º 7.036, de 10 de novembro de 1944) que a concubina, sendo dependente econômica do seu companheiro, tivesse os direitos dos demais dependentes econômicos, não devendo o concubinato funcionar como causa excludente da proteção legal. Foi este princípio que a Súmula n.º 35 consagrou em termos gerais, desde que não houvesse entre os concubinos impedimento para o matrimônio.

7. Efetivamente, os acórdãos que ensejaram a formulação da Súmula n.º 35 se referem à hipótese de pessoas casadas perante a autoridade eclesiástica cujo matrimônio não foi reconhecido como válido na forma da lei civil, embora entre elas inexistisse qualquer impedimento legal para a convolação das justas núpcias, de acordo com o Código Civil e legislação subsequente.

Assim, a mencionada Súmula se fundamenta na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n.º 47.724, julgado em 28 de março de 1963 e publicado no *Diário da Justiça* de 6 de junho de 1963, que tem a seguinte ementa:

"Não havendo impedimento legal para o matrimônio, a concubina, casada eclesiasticamente, tem direito à reparação pela morte, em consequência de acidente ferroviário."

No seu voto, o relator, Ministro VICTOR NUNES LEAL, esclarece que tinha ficado provado nos autos que "o falecido não era casado civilmente com outra mulher".

Conclui o eminente magistrado, afirmando que:

“Não há, por outro lado, qualquer alegação no sentido de que a autora fôsse casada civilmente. Por estas razões, e atendendo a que as opiniões citadas neste voto traduzem, a meu ver, uma orientação realista em face das condições sociais do Brasil, principalmente no interior, conheço do recurso, por dissídio de jurisprudência e lhe dou provimento, para julgar procedente a ação...”. (Ap. Jardel Noronha e Odaléa Martins. *Referência da Súmula do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, 1968, vol. 2, pág. 315 *in fine*).

8. Admite-se, pois, que o concubinato possa produzir efeitos jurídicos desde que não haja impedimento para o casamento dos concubinos ou, no mínimo, desde que não se apresente como relação adulterina, ou seja, quando nenhuma das partes esteja vinculada a uma sociedade conjugal ainda não dissolvida *de jure* ou de fato.

9. Todo o direito civil brasileiro só tem admitido que o adultério e as suas conseqüências possam ter efeitos jurídicos após a dissolução da sociedade conjugal. A Lei n.º 883 fixou tal critério para permitir a investigação de paternidade no caso do filho adulterino. A jurisprudência e a doutrina também interpretaram no mesmo sentido o art. 1.719, III, do Código Civil que veda a atribuição de qualquer benefício na sucessão “à concubina do testador casado”. A respeito, pondera PONTES DE MIRANDA que, pelo desquite, termina a sociedade conjugal e a partir da decretação do mesmo, “o próprio desquitado pode instituir herdeira ou legatária a concubina” (*Tratado de Direito Privado*, vol. 58, pág. 37). Ao contrário, vigente a sociedade conjugal, nenhum direito pode ser atribuído ou reconhecido à concubina.

10. O que nem o direito nem a moral admitem, por mais elásticos que possam ser, é a superposição simultânea das duas sociedades, ou seja, a manutenção, na mesma época, da sociedade conjugal e do concubinato, sob pena de desmoronar completamente a instituição do matrimônio, que é um dos alicerces da sociedade ocidental que se afirma eminentemente monogâmica.

11. Pelo exposto, não se pode configurar a atribuição de direitos paralelos e simultâneos à esposa legítima e à concubina, especialmente quando vigente a sociedade conjugal. A jurisprudência tem seguido, no particular, o princípio do art. 1.719, III, só consagrando eventuais direitos da concubina, quando previamente dissolvida a sociedade conjugal do *de cujus*. Neste sentido, se têm manifestado reiteradamente os tribunais, destacando-se acórdão do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, da lavra de AGUIAR DIAS, que reconhece os direitos da concubina, enquanto não concorre com a esposa legítima, pois “os direitos desta excluem necessariamente os daquela” (*Revista dos Tribunais*, vol. 295, pág. 688).

12. Mesmo os defensores de efeitos jurídicos amplos para o concubinato, como o monografista EDGARD DE MOURA BITTENCOURT, reconhecem que:

“O caso da mulher solteira em concubinato com homem casado é, porém, submetido a maior rigor. Aquela que toma por concubino um homem casado, e sobretudo com filhos, não pode, em regra, pela natureza delitual de sua conduta, pretender reparação em prejuízo da esposa

legítima e da prole" (EDGARD DE MOURA BITTENCOURT, *O Concubinato no Direito*, 2.^a edição, Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1969, vol. I, pág. 253).

13. Acresce, enfim, que na hipótese *sub judice* a espôsa é meeira, não sendo concebível a manutenção, ao mesmo tempo, de duas sociedades pelo mesmo homem, devendo a subsistência da sociedade conjugal, decorrente do matrimônio, excluir a possibilidade de sociedade de fato, especialmente quando ambas coincidiram no tempo. Do mesmo modo que a *exceptio plurium concubentium* impede a procedência da investigação de paternidade e pelas mesmas razões pelas quais não se admite o reconhecimento do filho adulterino na vigência da sociedade conjugal, não há como fazer prosperar a pretensão da autora que almeja o reconhecimento da sociedade de fato enquanto vigente a sociedade conjugal do *de cuius*.

14. Enfim, o art. 1.719, III, do Código Civil, impede, em termos imperativos, a atribuição de direito hereditário à concubina do homem casado. A norma legal expressa condiciona, no caso, a aplicação da Súmula n.º 380, que assim deve ser entendida como somente tendo incidência quando desapareceu a sociedade conjugal do testador, sob pena de implicar na revogação do texto do diploma civil básico que a jurisprudência pretendeu respeitar. Ora, se, mesmo havendo testamento, ou seja, declaração de vontade expressa do testador casado, a concubina não pode ser herdeira nem legatária, evidentemente e *a fortiori* não pode ela adquirir tal condição de sócia, nem tampouco a de meeira, na falta de testamento do *de cuius*.

II. Da inexistência de sociedade de fato

15. A jurisprudência dominante dos tribunais brasileiros consagra o direito da concubina à meação, com base na sociedade de fato existente entre os companheiros, ou seja, nas hipóteses em que o patrimônio do *de cuius* foi constituído pelo esforço comum de ambos. Na realidade, o direito, na hipótese, não decorre de concubinato, mas, sim, da sociedade de fato. Atribui-se à concubina um direito como sócia de fato que foi do companheiro e não em virtude da existência entre ambos de concubinato ou de relações sexuais reiteradas. Podemos até afirmar que a evolução jurisprudencial foi no sentido de admitir o direito da companheira como sócia, não obstante a existência do concubinato e não em virtude da ocorrência do mesmo. Neste sentido são taxativas as expressões usadas na matéria tanto pela jurisprudência, como pela doutrina.

16. Efetivamente, a Súmula n.º 380, do Supremo Tribunal Federal pressupõe, para atribuir a meação à concubina, que se tenha comprovado a existência de sociedade de fato, que poderá ser dissolvida com a partilha do patrimônio adquirido "pelo esforço comum".

17. Prima e prevalece, no caso, sobre o concubinato e os elementos que o caracterizam, a necessidade de se comprovar a constituição de uma verdadeira sociedade de fato, que não se presume em virtude do concubinato e que não decorre necessária nem naturalmente do mesmo.

18. Fica muito clara a posição da jurisprudência brasileira pela análise dos acórdãos que ensejaram a aprovação pelo Excelso Pretório da Súmula n.º 380.

Numa das primeiras decisões que o Supremo Tribunal Federal formulou na matéria, ou seja, no Agravo n.º 12.991, julgado ainda em 15 de outubro de 1946, sendo relator o Ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, a ementa foi a seguinte:

"A simples qualidade de concubina, a convivência "more uxorio", não basta para conferir à companheira a qualidade de sócia ou meeira. Não impede, porém, que se estabeleça sociedade de fato entre os concubinos" (*Revista Forense*, vol. CIX, pág. 413).

A ementa decorreu de afirmações feitas no seu voto pelo Ministro OROSIMBO NONATO, que esclareceu, com muita felicidade que:

"É evidente que a qualidade só de amásia, a convivência *more uxorio*, não basta a atribuir à mulher a qualidade de sócia ou meeira. Ela pode ser apenas amásia, como pode ser, ainda, serviçal ou sócia."

E continua o eminente civilista pátrio:

"... Ora, nos casos de cobrança de serviços prestados por mulher, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que *o fato apenas do amásio não basta a caracterizar a formação da sociedade*, mas não impede que se estabeleça entre concubinários sociedades comerciais de fato" (*Revista Forense*, vol. CIX, pág. 415).

Mais recentemente, em 24 de julho de 1960, a Egrégia 2.^a Turma do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 44.108, no sentido de admitir a dissolução e liquidação da sociedade de fato, existente entre homem e mulher concubinados, que adquiriram o patrimônio pelo esforço comum.

No voto do relator, Ministro VILLAS BOAS, ficou salientado que:

"Demonstrou-se que não era feita pura outorga de vantagens a uma barregã.

Reconheceu-se, ao contrário, *que tudo quanto amealharam os dois portugueses, Manoel Pedro Martins e Maria dos Anjos, nas laboriosas ocupações de muitos anos de vida em comum lhes veio por esforço conjunto*" (O grifo é nosso).

.....
A existência da sociedade de fato ficou evidenciada pela prova" (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 14, pág. 231).

19. É necessário lembrar que a jurisprudência sobre a sociedade de fato surgiu no direito brasileiro, pela primeira vez, para favorecer os casais de emigrantes estrangeiros que tinham convolado núpcias, especialmente na Itália, sob o regime da separação de bens e que fizeram um patrimônio comum

no Brasil, sentindo os tribunais a injustiça de não se atribuir à mulher parte do patrimônio comum, embora estivesse o mesmo em nome do marido. Haveria, no caso, um enriquecimento sem causa, que não se coadunava com os princípios gerais do direito pátrio. Assim permitiu-se que a esposa, em tais casos, recebesse a meação, embora casada, pelo regime da separação de bens. Para facilitar tal evolução, a própria Lei de Introdução ao Código Civil permitiu, no seu art. 7.º, § 5.º, que o estrangeiro, ao seu naturalizar brasileiro, pudesse optar pelo regime da comunhão universal de bens, respeitados os direitos de terceiros.

20. A invocação histórica cabe para esclarecer a *mens legis*, que visou impedir o enriquecimento sem causa e não compensar a vida sexual em comum.

21. A doutrina, tanto brasileira como estrangeira, exige que haja, realmente, uma sociedade de fato para que se possa garantir à concubina o direito à meação. Assim NAUROIS, citado por MOURA BITTENCOURT, afirma:

“Para que possa existir sociedade particular é mister que os concubinos se dediquem juntos à *exploração de empresa comum*” (Ap. MOURA BITTENCOURT, obra citada, 2.ª edição, vol. 1.º, pág. 326).

E o próprio Desembargador MOURA BITTENCOURT acrescenta que:

“É mister observar que na apreciação da efetiva colaboração na empresa comum, não se há de atender somente à cooperação comercial ou industrial, senão também à formação de qualquer patrimônio, através da atividade comum” (obra citada, vol. 1.º, pág. 328).

22. Não duvida, outrossim, a doutrina que “a sociedade de fato não se presume pelo concubinato”, pois tanto a jurisprudência, como os autores que trataram da matéria em monografias “não admitem que o concubinato possa constituir uma presunção da existência da sociedade de fato entre os concubinos” (MOURA BITTENCOURT, obra citada, vol. 2, pág. 24).

Na França, tanto ROGERS como SAVATIER ensinam que a existência do concubinato não implica em presunção nem mesmo *juris tantum* da ocorrência de sociedade de fato. Embora possam ambos — concubinato e sociedade de fato — coincidir, nada impede que haja concubinato sem sociedade de fato ou sociedade de fato sem concubinato entre os sócios. A associação de ambas as situações é, pois, eventual e necessita de prova cabal, a ser feita pelo autor da ação, pois *auctori incumbit probatio*.

23. Na Guanabara, inúmeros julgados rejeitaram as pretensões das concubinas, que não provaram a existência de uma sociedade de fato, ou seja, da construção de um patrimônio comum pelo esforço do homem e da mulher que viviam maritalmente.

A 7.ª Câmara, em 1.º de outubro de 1963, julgando a Apelação n.º 31.258, firmou tese decidindo que:

“O concubinato, por si só, não gera direito de indenização, nem de comunhão nos bens do amásio, quando não se prova que a concubina

tenha exercido atividade capaz de estabelecer uma sociedade de fato com êle e formar patrimônio comum."

Ainda a mesma Câmara, ao apreciar, em 23 de outubro de 1964, a Apelação n.º 40.363, sendo relator o eminente Desembargador MARCELO SANTIAGO COSTA, decidiu que:

"A simples existência de concubinato não dá à amásia direito de obter meação nos bens deixados pelo concubino, a título de indenização por serviços a êle prestados."

Por sua vez, a Egrégia 5.ª Câmara Cível do Tribunal local decidiu em 10 de setembro de 1963, na Apelação Cível n.º 30.947, que:

"O concubinato não faz presumir a existência de sociedade de fato. Insuficiência da prova da colaboração da concubina" (*Revista de Jurisprudência* do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, vol. 7, página 302).

Também a Egrégia 4.ª Câmara, ainda em 1962, julgando a Apelação Cível n.º 24.714, firmava o mesmo critério, afirmando que:

"Não cria o concubinato por si só nenhuma comunhão de bens ou de interesse.

Não caracterizada a sociedade de fato pretendida pela autora, julga-se improcedente a ação em que pleiteia 50% do patrimônio do casal legítimo de seu companheiro, ou uma indenização razoável, a título de compensação pelo esforço e efetiva contribuição para formação do patrimônio do casal, cujos bens são objeto de inventário por desquite."

Enfim, o Egrégio Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, em recente acórdão proferido nos Embargos na Apelação Cível n.º 58.807, em 11 de dezembro de 1968, sendo relator o eminente Desembargador SALVADOR PINTO FILHO, ponderava que:

"O direito da concubina à meação dos bens deixados pelo companheiro falecido só pode ser reconhecido mediante prova concludente da existência da sociedade de fato e de concurso eficaz na formação do patrimônio que, embora em nome do finado, seja, em realidade comum.

Sem essa prova não há como reconhecer o direito invocado. Embargos recebidos apenas para redução da condenação em honorários."

24. A posição assumida pela jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça da Guanabara se coaduna, aliás, perfeitamente com o mais recente pronunciamento do Excelso Pretório, que teve a oportunidade de decidir matéria análoga ao apreciar, em 5 de dezembro de 1968, o Recurso Extraordinário n.º 56.842, decidindo descaber a aplicação da Súmula n.º 380 quando não provada a sociedade de fato.

No seu relatório, o eminente Ministro OSWALDO TRIGUEIRO ponderou que a autora

“Razão não tinha para reclamar a meação dos bens deixados (pelo *de cuius*), tanto mais que não ignorava que êle era casado e tinha uma filha de seu legítimo consórcio, vindo êle sòmente a desquitar-se três anos antes de seu falecimento.

Casos há, de fato, em que o esforço comum, dos amásios, contribui para um mesmo patrimônio. No caso dos autos, porém, tal não se verificou, uma vez que o finado continuou na exploração de indústria, em sociedade com terceiro, e que havia sido iniciada por seu pai” (*Revista Trimestral de Jurisprudência* do Supremo Tribunal Federal, volume 49, pág. 664).

A hipótese, que se parece com a da presente consulta, tinha ensejado, anteriormente, a seguinte decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

“A concubina não tem direito à metade dos haveres deixados pelo amásio falecido, se não provar que contribuiu, decisivamente, para a constituição de um patrimônio comum, máxime se ficar demonstrado que êle, antes do concubinato, já era homem bem colocado, recebendo auxílio econômico de seu genitor” (*Revista Trimestral de Jurisprudência* do Supremo Tribunal Federal, vol. 49, pág. 665).

No seu voto, o atual Presidente do Supremo Tribunal Federal confirmou a decisão do Tribunal paulista, afastando a aplicação da Súmula n.º 380, nos seguintes termos:

“Penso que o princípio não tem aplicação ao caso dos autos, porque a decisão recorrida não o repudiou. O acórdão teve em consideração, sobretudo, a matéria de fato, dando como não provada a existência da sociedade entre os concubinos, e concluindo que os bens do espólio não foram adquiridos pelo esforço comum” (*Revista Trimestral de Jurisprudência* do Supremo Tribunal Federal, vol. 49, pág. 665).

25. Na hipótese *sub judice*, nenhuma prova existe da alegada sociedade de fato. O que se comprovou foi a vida em comum, enquanto o *de cuius* mantinha, simultaneamente, a sua sociedade conjugal com a sua legítima esposa da qual não se desquitou, nem mesmo se separou de fato. Nenhuma contribuição efetiva para a formação do patrimônio do *de cuius* decorreu direta e indiretamente de colaboração ou atuação, sob qualquer forma, da autora.

26. A existência de filho comum, as fotografias, as viagens feitas confirmam a convivência sexual entre o *de cuius* e a autora, mas nenhuma luz trazem quanto à ocorrência entre ambos de uma sociedade de fato, que não se presume em virtude do concubinato.

27. Assim sendo, não há como admitir ou reconhecer qualquer direito da autora à dissolução de uma sociedade de fato, que jamais existiu e a respeito da qual não há prova nos autos.

III. *Conclusões*

28. Pelo exposto, concluímos no sentido de inexistir legitimidade *ad causam* da autora, pois a concubina somente pode alegar a sociedade de fato quando o seu companheiro não mantém, simultaneamente, a sua sociedade conjugal, não se admitindo a concorrência na sucessão, a qualquer título, da esposa legítima e da concubina, com a atribuição a cada uma delas de uma meação, o que fere os princípios gerais do nosso direito, a própria escala de valores da nossa sociedade e a letra e o espírito da lei.

29. Se a autora não fôr julgada carecedora de ação, por faltar-lhe legitimidade *ad causam*, entendemos, salvo melhor juízo, que a ação deve ser julgada improcedente, pois não há qualquer prova nos autos da existência de uma sociedade de fato e o simples concubinato não faz presumir a existência da sociedade, de acôrdo com o entendimento manso e pacífico da jurisprudência e da doutrina.

Rio de Janeiro, 13 de outubro de 1969.

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro. Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara

RECURSO EXTRAORDINÁRIO NA RECLAMAÇÃO N.º 6.786/69

Recorrentes: LENIR DE CARVALHO SEREJO e outros.

Recorridos: Dr. Juiz da 3.ª Vara da Fazenda Pública.

Tendência do Pretório Excelso de não admitir Recurso Extraordinário em processo de reclamação. — Inadmissível divergência jurisprudencial com decisões do mesmo Estado (Súm. 369). — Ao abrigo do Reg. n.º 400 da Súmula a decisão da E. Câmara que concluiu ser a hipótese regida pelo art. 91 do C. P. C. e não pelo art. 93 do mesmo diploma.

PARECER

1. Recurso extraordinário tempestivo, que interpõem os reclamantes inconformados com a decisão unânime da E. 2.ª Câmara Cível que denegou a reclamação oferecida.

2. Sustentam os Recorrentes que inexistindo litisconsórcio necessário e mantendo-se a exigência de citação dos litisconsortes, ficou negada a vigência do art. 93 do C. P. C. E que, por outro lado, ocorre divergência com decisões, em casos absolutamente semelhantes, proferidas nas 2.ª e 4.ª Varas da Fazenda Pública dêste Estado, com as quais se conformou o Estado ora recorrido.

3. Deve acentuar-se, de início, que a tendência do Pretório Excelso é a de não admitir recurso extraordinário em processo de reclamação, sobretudo quando se cuida de matéria referente à ordem processual.

4. Mesmo porém, que se examine a fundamentação do apêlo, a conclusão será desfavorável aos Recorrentes.

Não se pode admitir qualquer divergência jurisprudencial, se as decisões apresentadas como destoantes são da Justiça da Guanabara (SÚM. 369).

5. Igualmente inaceitável, a nosso ver, o fundamento da letra a.

Entendeu a E. Câmara que a lei deixa a critério do Juiz apreciar a necessidade da citação de terceiros para integrarem a contestação. Vale dizer: aplicou o art. 91 do Código de Processo Civil. Querem os Recorrentes que deveria ser observado, em vez do art. 91, o art. 93.

Vê-se, pois, que a matéria é de interpretação, não de negativa de vigência. A E. Câmara não desprezou ou ignorou o art. 93, mas concluiu que a hipótese é regida pelo artigo 91. Acha-se a decisão, a nosso ver, sob o amparo do registro 400 da Súmula.

6. Em conclusão:

opinamos pela *não admissão* do presente recurso.

Rio de Janeiro-GB, 6-10-69.

ROBERVAL CLEMENTINO COSTA DO MONTE
Assistente do Procurador-Geral

RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 17.560

Recorrentes: LÍVIO ARAÚJO PÓRTO e outros

Recorrido: Estado da Guanabara.

PARECER R 471/69

Recurso extraordinário inadmissível. A decisão proferida por maioria em agravo de petição pode ser objeto de recurso extraordinário, porque não é embargável. A divergência de interpretações, prevista na letra d do permissivo constitucional, é sobre lei federal, não sobre lei estadual.

1. Recurso extraordinário tempestivo, fundado na letra d do permissivo constitucional, interposto para reforma da decisão de fls. 589/590 da E. 1.^a Câmara Cível que, por maioria, deu provimento ao agravo para denegar a segurança impetrada. Concluiu a E. Câmara pela impossibilidade da coexistência de dois regimes de gratificação (adicional fixo e triênios) para os servidores estaduais.

2. Invocam os Recorrentes, como suporte do seu apêlo, divergência de julgados, apresentando, como destoante, o acórdão proferido pelo Pretório Excelso no RE 46.801, que se acha reproduzido por cópia a fls. 603/606.

3. Não pode ser acolhida, a nosso ver, a preliminar do Estado de que a decisão não comporta recurso extraordinário, porque seria embargável, tomada que foi por maioria de votos.

Prevalece, hoje, o entendimento de que as decisões proferidas em mandado de segurança não podem ser objeto de embargos infringentes, derogado, nesse ponto, o art. 833 C.P.C. pela Lei 1.533/51 (Cf. AMARAL SANTOS, *Dir. Proc. Civil*, v. 3.º, n.º 752; CELSO A. BARBI, *Mandado de Segurança*, 2.ª ed., n.º 752; Ac. Trib. Guanabara in *Rev. For.* 213/162).

4. Afastado tal óbice, é de examinar-se a fundamentação do apêlo extremo, resumida, unicamente, à divergência jurisprudencial.

Tanto a decisão recorrida como o acórdão trazido a confronto dizem respeito a direito local, isto é, referem-se a gratificação devida a servidores do Estado da Guanabara.

Reduz-se, pois, a questão em saber se enseja o recurso extraordinário a divergência de interpretações sobre a mesma lei estadual.

A Constituição Federal de 1946 previa recurso extraordinário em caso de dissídio de interpretações sobre "a lei federal invocada" (art. 101, III, d). A Constituição Federal de 1967 silenciou a respeito, mencionando simplesmente lei ("der à lei interpretação divergente da que lhe haja dado outro tribunal", art. 114, III, d).

Interpretando tal dispositivo, concluiu o egrégio PONTES DE MIRANDA que, com a exclusão do adjetivo *federal*, qualquer divergência autorizava o recurso extremo, "quer no tocante à legislação estadual quer no tocante à legislação estadual ou municipal" (*Coment. à Const.*, 1967, pág. 175).

Tal interpretação, porém, foi rejeitada pelo Pretório Excelso. Ao julgar o Ag. 45.687 decidiu ele que somente a divergência sobre lei federal poderia ser invocada no recurso extraordinário. O eminente relator, Min. L. GALLOTTI afirmou que a interpretação dada por PONTES era exclusivamente literal, "que no dizer de FERRARA, é, entre todas, a menos categorizada" (RTJ 49/587).

Com o advento do Ato Institucional n.º 6, foi dada nova redação ao art. 114, III da Constituição, sendo acrescentado, na letra d a palavra *federal* depois de lei (*lei federal*), redação que permanece na Emenda de 1969, embora com outra numeração (art. 119, III, d).

5. Não padece dúvida hoje, seja por interpretação lógica, seja por interpretação literal, que somente a divergência de interpretações sobre lei federal pode autorizar o apêlo excepcional.

Assim, opinamos pela não admissão do presente recurso.

Rio de Janeiro, 31 de janeiro de 1969.

RAPHAEL CIRIGLIANO FILHO
Por delegação do Procurador-Geral



Jurisprudência Cível

ANULAÇÃO DE LETRA DE CÂMBIO — PROCESSO

Anulação de Letra de Câmbio. O processo previsto na lei cambial, para as hipóteses de extravio ou destruição do título, é extensivo a casos em que a perda ocorre mediante desapossamento por meio criminoso. — Cabimento da apreciação da boa ou má fé do possuidor das letras ao portador que as apresenta, ao contestar o pedido. — Provimento parcial de recurso, para que se assegure às partes a produção de provas.

AGRAVO DE PETIÇÃO N.º 22.654

Tribunal de Justiça da Guanabara
(Sétima Câmara Cível)

Sociedade Técnica de Administração e Estudos Financeiros *versus* Milton Accioli Firmo.

Relator: Desembargador Marcelo Santiago Costa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Petição n.º 22.654, sendo agravante *Sociedade Técnica de Administração e Estudos Financeiros*, e agravado *Milton Accioli Firmo*:

Acordam os Juízes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por unanimidade, em prover parcialmente o recurso, a fim de anular a decisão recorrida e determinar que, antes do julgamento final, se assegure às partes a produção de provas em Juízo.

O agravado, corretor de valores, promoveu o presente processo de anulação

de 48 (quarenta e oito) letras de câmbio no portador, com base no art. 36 e seus parágrafos do Decreto n.º 2.044, de 1908, alegando que, tendo-as obtido da CRESVAL S/A — Distribuidora de Valores, para colocação entre seus clientes, viu-se desapossada das mesmas pela forma fraudulenta relatada em certidões extraídas de inquérito policial e anexadas à petição inicial — (emissão de cheque falso e sem fundos).

Responsável, que era, pelas letras de câmbio, perante a referida empresa, pagou-as a esta, tornando-se seu proprietário, razão pela qual requereu a intimação da emitente, CRESA S/A — Crédito, Financiamento e Investimento, para não pagá-las, e a citação, por edital, de terceiros que as detenham, para apresentá-las em juízo, sob pena de ser decretada a sua nulidade.

No prazo do edital, acudiu à citação a ora agravante, que apresentou a contestação de fls. 30, argumentando, preliminarmente, que o processo previsto no artigo 36 da Lei Cambial é restrito aos casos de extravio e destruição; e, no mérito, que é portadora legitimada das letras objeto do pedido, em face do art. 39 da mesma lei, por serem elas ao portador e terem sido adquiridas de boa fé, na ignorância do que ocorrera com o agravado.

No curso do processo, a agravante apresentou os títulos de que era portadora, à exceção de 4 (quatro), que ela já havia negociado a terceiro e que foram apreendidas no inquérito policial.

A sentença de fls. 177 e seguintes, após longa fundamentação, julgou procedente o pedido inicial, a fim de anu-

lar as letras de câmbio apreendidas pela Polícia, habilitando o autor no exercício da ação executiva contra a aceitante e coobrigados; e, quanto às trazidas aos autos, determinou fossem restituídas a êle, como seu legítimo dono, em virtude do disposto no art. 39 § 2.º da Lei Cambial.

Foi interposto, então, o presente agravo, com fundamento no preceito especial do art. 39 § 6.º da citada lei. A agravante alega, preliminarmente, nulidade do processo, porque a petição inicial não menciona o valor da causa. No mérito, insiste nos argumentos expostos em sua contestação, acrescentando que, por terem sido apresentadas as letras, o MM. Juiz deveria ter julgado prejudicado o pedido, em face do art. 36 § 5.º daquela lei.

Contra razões a fls. 198 e seguintes, apoiando a sentença.

É o relatório.

I

A preliminar não merece acolhida. A falta de declaração do valor da causa não é motivo de nulidade. Suprесе a omissão pela correspondência que deve existir, por força de lei, entre esse valor e o do pedido, equivalendo este ao das letras cuja anulação se pede (art. 43 do Código de Processo Civil).

II

Improcede, igualmente, a arguição de impropriedade da via eleita. O art. 36 do Decreto 2.044, de 1908 (Lei Cambial), ao instituir o processo especial de anulação da letra de câmbio, refere-se ao seu extravio ou à sua destruição. Mas, salvo a opinião isolada de PAULO LACERDA, que considera restrita e taxativa a enumeração dessas duas hipóteses ("A Cambial" — 4.ª ed. n.º 335), os tratadistas da matéria, em maioria, atribuem à expressão "extravio" um sentido amplo. J. X. CARVALHO DE MENDONÇA diz que — "como tal se reputam o descaminho ou perda e a subtração fraudulenta" — (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro* — vol. V 2.ª Ed. n.º 893). WHITAKER alude à perda e ao furto ("Letra de Câmbio" — 2.ª ed., n.º 171). MAGARINOS TORRES

opina que por extravio entende-se não só o descaminho como a apreensão por outrem, tenha ou não havido neste ato violência ou dolo ("*Nota Promissória*" — 4.ª ed. n.º 165). PONTES DE MIRANDA esclarece: — "Tem ação para anular a letra de câmbio por extravio aquêle a quem ocorreu perda da posse sem participação da sua vontade" — ("*Direito Cambiário*" — vol. I — Letra de Câmbio — pág. 389).

Como se vê, é admissível enquadrar-se no processo específico do art. 36 o caso *sub judice*, em que o autor alega ter sido desapossado dos títulos quando, em seu escritório, atendia a um cliente ao telefone, ocasião em que a pessoa com quem os negociava dêles se apoderou e, posteriormente, os pagou mediante cheque falso e emitido com nome errado de quem não tinha fundos bancários.

III

Ao contestar o pedido, a agravada alega boa fé na aquisição dos títulos e se considera sua legítima proprietária. Assim, entretanto, não entendeu a sentença como se viu do relatório.

Em consequência, a recorrente pretende que, — por haver apresentado as letras de câmbio e estarem quatro delas apreendidas no inquérito policial, a solução a ser dada ao caso é a de se julgar prejudicado o pedido, remetendo-se as partes às vias ordinárias.

A primeira vista, a pretensão encontra apoio no § 5.º do citado art. 36 da lei cambiária. E não faltam opiniões doutrinárias no sentido de considerar inadmissível, no processo de anulação de letras, o exame da boa ou má fé da sua aquisição pelo portador legitimado, o qual, em se tratando de título ao portador, é o seu possuidor, conforme se infere do art. 39. Assim opinam SARAIVA — ("*A cambial*" § 192) — com aplauso de PAULO LACERDA (ob. cit., — nota 511 a ao n.º 345) e J. X. CARVALHO DE MENDONÇA (ob. cit. n.º 902).

Todavia, como observa lucidamente MAGARINOS TORRES (ob. cit., n.º 175) — "o portador, ainda que legitimado cambialmente, e tendo apresentado o título no prazo legal, pode ser obrigado

a abrir mão dêle, se se lhe provar má fé na aquisição ou grave imprudência".

Depois de refutar SARAIVA, acentuando que a propriedade não se presume só do art. 39, *caput* e que dêste artigo faz parte e é complemento o § 2.º, acrescenta MAGARINOS: — "É irrecusável que este parágrafo modifica o sentido do art. 39, *caput*, principio que nunca pode ser invocado isoladamente e no seu aparente absolutismo, com desprezo do seu complemento expresso. O portador pode ser obrigado pelo juiz a abrir mão do título, isto é, não ser considerado proprietário, apesar da posse, sempre que esta seja civada de má fé originária".

Assim, pois, da aplicação conjugada dos artigos 36 § 5.º e 39 § 2.º chega-se à conclusão de que, no processo anulatório, pode e deve haver decisão sobre a propriedade do título ou títulos questionados, seja em relação ao autor, que precisa justificá-la, isto é, prová-la, como condição para agir (art. 36 *caput*), seja com referência ao contestante que as apresente e invoque a qualidade de portador legitimado, mas contra quem se articule má fé ao adquiri-los.

Correta está a sentença, portanto, ao considerar cabível tal decisão neste processo.

Menos acertadamente se houve o seu douto prolator, entretanto, ao proferi-la com base unicamente em depoimentos tomados no inquérito policial, sem proporcionar às partes, notadamente à contestante, a oportunidade de produzir provas em juízo. Aquêles depoimentos, ainda que possam conter subsídios para

o julgador, não obedeceram à forma contraditória inerente ao processo judicial. Não tiveram os litigantes, ali, a possibilidade de inquirir, reinquirir e contraditar os depoentes. Seus advogados não estiveram presentes, nem puderam atuar.

Note-se que o próprio Juízo, por despachos de outros magistrados, a fls. 97 e 159, já havia determinado a inquirição de testemunhas, orientação abandonada na decisão final, com evidente cerceamento de defesa da agravante.

Impõe-se, portanto, a anulação da sentença, para o fim de início declarado neste acórdão.

Ainda com referência à pretendida remessa das partes às vias ordinárias, cumpre notar-se que, se se aceitasse o entendimento nesse sentido, só o que faltaria a este feito para dar-lhe a amplitude de debate e prova, característica do processo comum, seria a fase probatória que foi tolhida, mas é agora restabelecida. No mais, o contraditório está formado; e seria uma superfetação atentatória ao principio da economia processual fazê-lo reproduzir-se, com as mesmas razões e idênticos fins, em novo processo, ou, simplesmente, em novos autos, com mais despesas para os litigantes, mais ocupação do aparelho judiciário, mais perda de tempo para todos.

Rio de Janeiro, 7 de outubro de 1969.
— Darcy Roquette Vaz — Presidente e Vogal. — Marcelo Santiago Costa, Relator. — Epaminondas José Pontes, Vogal.

DOAÇÃO INOFICIOSA — ANULAÇÃO — EFEITOS EM RELAÇÃO A TERCEIROS

Ação Rescisória — Procedência — Violação das disposições dos arts. 859 e 860 do Código Civil e do art. 88 do Código de Processo Civil. — Ação anulatória de doação inoficiosa e efeitos em relação a terceiros (Código Civil, arts. 1.176 e 1.787).

A rescisória pode propor-se por violação de preceito expresso de lei substantiva ou de lei processual.

O titular da transcrição não pode ser atingido em seus direitos reais por decisão proferida em ação entre terceiros, sem que seja citado como litisconsorte necessário.

Da publicidade e oponibilidade erga omnes do registro imobiliário decorre também que os efeitos da sentença em ação de redução de doação por inoficiosidade não al-

cançam os adquirentes de boa fé, titulares da transcrição.

ACÇÃO RESCISÓRIA N.º 1.136

Tribunal de Justiça da Guanabara
(Quarto Grupo de Câmaras Cíveis)

José Augusto Leitão *versus* Emma Ercília Carreira e outra.

Relator: Des. João José de Queiroz.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da Acção Rescisória n.º 1.136, em que é autor José Augusto Leitão e são rées Emma Ercília Carreira Coimbra e Dalva Cavalcante de Medeiros:

1. Alega o autor da presente acção rescisória, José Augusto Leitão, que, por escritura pública de 29-8-1958, se tornou promitente comprador, em caráter irrevogável do apartamento n. 103 da rua Barão de Ipanema n. 53, sendo promitente vendedora Dalva Cavalcante de Medeiros e tendo sido o compromisso inscrito no registro imobiliário (fô-lhas 12-15).

Alega ainda que, posteriormente, em 9-2-1960, a mesma Dalva Cavalcante de Medeiros lhe outorgou a escritura definitiva de compra-e-venda do aludido apartamento, mediante financiamento hipotecário do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado (IPASE), tendo o título de aquisição sido devidamente transcrito no registro de imóveis (fls. 16).

Acontece que, em virtude de visita dos avaliadores da Terceira Vara de Órfãos e Sucessões, teve ciência do acórdão prolatado pela E. Segunda Câmara Cível, em 28 de novembro de 1961, na apelação cível n.º 19.346, e que, confirmando sentença do Juiz da 13.ª Vara Cível, ordenou a restituição do espólio de José Coimbra da metade dos bens de Dalva Cavalcante de Medeiros, com fundamento de que teriam sido adquiridos com infração das normas dos arts. 1.176 e 1.721 do Código Civil e sacrifício da legítima da única herdeira e inventariante do referido espólio, Emma Ercília Carreira Coimbra, cujo inventário tinha curso naquele Juízo sucessório (fls. 27 e 38-39).

Propondo a presente acção rescisória do v. acórdão da E. Segunda Câmara Cível, com fundamento no art. 798, n.º I, letra c do Código do Processo Civil, sustenta José Augusto Leitão ser êle ineficaz e nulo na parte em que atinge o apartamento por êle legitimamente adquirido (fls. 2 a 9).

Argumenta o autor que a acção ordinária, de que resultou o acórdão rescindendo, foi proposta em 1-3-1961, quando transcrito já estava o seu título aquisitivo, transcrição que gerava presunção pública e iniludível, perante terceiros, de sua qualidade de proprietário e legítimo possuidor, ex vi do que dispõem os arts. 490, parágrafo único, e 859 do Código Civil.

Assim, o acórdão rescindendo transgrediu êsses preceitos do Código Civil, como ofendeu também o artigo 88 do Código do Processo Civil, já que, em razão das citadas normas de direito substantivo, era, pelo menos, litisconsorte necessário na acção, da qual, todavia, não teve ciência.

A co-ré Dalva Cavalcante de Medeiros, citada por mandado (fls. 113), deixou a acção correr à revelia; e a co-ré Emma Ercília Carreira Coimbra, sendo ignorado o lugar em que se encontra, segundo certificou o Oficial de Justiça, e não obstante resultarem infrutíferas as diligências sugeridas pelo relator do processo e pela douta Procuradoria de Justiça, foi citada por editais, a que não atendeu (fls. 79-80, 86-88-90, 91, 92, 94-100, 102, 105, 107, 109, 113 verso e 115).

O ilustrado Dr. 20.º Procurador da Justiça, nos Pareceres de fls. 102-104 e fls. 115, depois de observar, preliminarmente, que o inventário de José Coimbra já estava encerrado com a adjudicação dos bens à herdeira única Emma Ercília Carreira Coimbra, contra quem devia prosseguir a acção, e de esclarecer, quanto ao mérito, que "êste E. Quarto Grupo, em acção rescisória idêntica (n.º 1.006) por acórdão cuja certidão se encontra a fls. 71/76, movida por outro comprador de outro apartamento atingido pela mesma sentença rescindenda, já decidiu pela procedência da acção", concluiu opinando "pela procedência da acção na forma do pedido".

2. Como já se disse no relatório supra, o acórdão rescindendo da E. Segunda Câmara Cível, confirmando sentença do Juízo da 13.^a Vara Cível, julgou procedente a ação que Emma Erclia Carreira Coimbra, por si e como inventariante do espólio de seu pai José Coimbra, propôs contra Dalva Cavalcante de Medeiros, com fundamento nos artigos 1.176 e 1.721 do Código Civil, para o fim de serem declaradas, em parte, nulas as aquisições de bens imóveis e móveis pertencentes à ré e obrigada a devolver a metade dos mesmos à sucessão, de que a autora era única herdeira. Entendeu, pois, o acórdão rescindendo que teria havido doação inoficiosa com infração das citadas normas legais, já que o *de cuius* teria feito liberalidade excedente da legítima de sua filha.

Mas, consoante também se advertiu, o v. acórdão da E. Segunda Câmara Cível já foi, em parte, invalidado por este Quarto Grupo de Câmaras Cíveis ao decidir a Ação Rescisória n.º 1.006, a qual, em pronunciamento unânime, de 26-7-1967, foi julgada procedente, para o fim de anular a decisão rescindenda na parte em que a mesma determinou a restituição ao espólio de José Coimbra da metade do apartamento 503 da rua Siqueira Campos n.º 18, restabelecendo-se conseqüentemente, em sua integridade, a transcrição do referido imóvel em nome de Ivan Villela da Silva, autor da rescisória.

Os fundamentos do aresto deste Grupo, da lavra do eminente Desembargador Salvador Pinto Filho, assim se expõem, em síntese perfeita, na respectiva ementa:

"Ação rescisória. Pode propô-la quem não figurou como parte na ação em que foi proferida a decisão rescindenda. Autoriza sua propositura a violação, por esta última, de disposição literal de lei processual.

O titular de uma transcrição não pode ser atingido em seus direitos reais por decisão proferida em ação entre terceiros, sem que seja citado como litisconsórcio necessário. Publicidade e oponibilidade *erga omnes* do registro imobiliário.

Procedência da ação rescisória para

que seja excluído o imóvel transcrito em nome do autor dos efeitos da decisão rescindenda, nula em relação a êle."

Esses princípios de inegável juridicidade têm integral aplicação à espécie, já que também aqui, do mesmo modo que naquele caso julgado por este Grupo, o autor José Augusto Leição adquiriu de Dalva Cavalcante de Medeiros o apartamento n.º 103 da rua Barão de Ipanema n.º 53 por escritura de 9-2-1960, transcrita em 9-1-1961, em complementação e efetivação da promessa de compra e venda irrevogável objeto da escritura de 29-8-1958, inscrita em 17-12-1958 (fls. 12 a 16), o que vale dizer que inscrição e transcrição se realizaram antes de propor a referida, Emma Coimbra, em 8-3-1961 (fls. 11 verso) a ação de redução da alegada doação, de que emanou o acórdão rescindendo.

Ora, pelo sistema de nosso Código Civil, expresso nos arts. 530, 859 e 860, adquirida a propriedade pelo registro, gera êste em favor de seu titular presunção *iuris tantum* da legitimidade do domínio, presunção que só pode ser infirmada por ação a que não pode ser êle estranho. "Da força probante emprestada ao registro — diz ALMEIDA PRADO — provém o princípio da legitimação ativa e passiva das ações", o que significa que, "feita a inscrição, pode quem está inscrito exercitar tôdas as ações competentes ao proprietário ou ao titular de um direito real qualquer, sem ter necessidade de fazer outra prova (legitimação ativa); como é obrigado a responder a tôdas as ações que lhe são propostas na qualidade de proprietário ou de titular do direito real" (*Transmissão da Propriedade Imóvel*, 1934, págs. 227 e 250).

Mais recentemente, reafirmando a observação de CLÓVIS ao art. 860 do Código, acentua PONTES DE MIRANDA que, na pretensão à modificação do registro que nasce desse dispositivo, "a legitimação passiva cabe a quem prejudicará, se acolhida a ação, a sentença que decreta a retificação." (*Tratado de Direito Privado*, 1955, T. XI, § 1.252-5, página 364).

E, se, na memória do espírito, devem sempre continuar vicejantes exemplos

e lições de nossos insignes e pranteados antecessores, relembremos a advertência de SERPA LOPES de que a sentença de cancelamento de registro só pode atingir terceiros titulares de direito transcritos ou inscritos, se tiverem figurado na ação ou se a transcrição ou inscrição houver sido efetuada depois da inscrição da ação ou medida preventiva." (*Tratado dos Registros Públicos*, T. IV, n.º 757, pág. 484). No mesmo rumo, a conclusão de acórdão da antiga Quinta Câmara deste Tribunal, no qual assertava SABÓIA LIMA que "a retificação da transcrição no Registro de Imóveis só pode ser autorizada mediante processo contencioso com citação do titular da transcrição anterior." (*Rev. Forense*, vol. 99, pág. 100, J. G. RODRIGUES DE ALKIMIM, *Repertório de Jurisprudência do Código Civil*, 1951, (Direito das Coisas), vol. II, número 2.129, pág. 895).

Era, portanto, inarredável da lide, de que resultou o acórdão rescindendo, a pessoa do autor da presente rescisória, porque "a eficácia em relação a terceiros é a consequência mais comum da publicidade registral. Os fatos registrados presumem-se conhecidos e são oponíveis a terceiros (CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA — *Publicidade e Teoria dos Registros*, 1966, Coimbra, n.º 65, págs. 252-254).

O litisconsórcio necessário, assim impunha-se não só pela "comunhão de interesses", na expressão do artigo 88 do Código do Processo, mas ainda por imposição da lei (art. 91) e pela natureza da relação jurídica ajuizada (art. 94), conceitos estes dois últimos preconizados pelo pranteado GUILHERME ESTELITA na sua clássica tese sobre o *Litisconsórcio do Direito Brasileiro*, 1955, págs. 311 a 334.

Na querela por doação inoficiosa, de que surgiu a decisão rescindenda, impunha-se a obrigatoriedade do litisconsórcio, se ainda atentar-se no princípio legal de que a ação anulatória não atinge os terceiros de boa fé adquirentes dos bens, princípio que ACOSTINHO ALVIM, no comentário ao art. 1.176 do Código Civil deduz do artigo 1.787 (*Da Doação*, 1963, n.º 19, págs. 182-183). Não é diversa a afirmação de PONTES DE MIRANDA, quando, tratando da legitimação passiva na ação de nul-

dade de doação por excesso, adverte que, "na aplicação do art. 1.176 do Código Civil, nos casos de doação de bens imóveis, têm-se de atender ao sistema do direito civil brasileiro, no tocante à propriedade imobiliária", e acentua que, "quando a ação é proposta, o que se espera é que o donatário possa restituir o bem, ou a parte do bem, que o princípio de indisponibilidade atingiu. Se já não tem a propriedade e a posse própria do bem, ou a posse própria, cabe-lhe o ônus de alegá-lo e prová-lo, de jeito que seja condenado a restituir o equivalente". (*Tratado de Direito Privado*, 1964, Tomo XLVI, § 5.026, 4, págs. 284-285, V. ainda Tomo LV, § 5.635, 5, página 325, e § 5.643, 1, pág. 383).

É o princípio tradicional do direito positivo português, expresso nos arts. 1.484 e 1.502 do Código Civil de 1.867 e nos arts. 978 e 2.175 do Código de 1966, e, se, em comentário àquele, dizia DIAS FERREIRA que "a revogação das doações, quer por superveniência de filhos, quer por ingratidão do donatário, quer por inoficiosidade, não anula as alienações dos bens doados nem os encargos impostos pelo donatário no intervalo da doação à demanda, salvo cláusula resolutória" (*Código Civil Português Anotado*, 1898, 2.ª Ed., Vol. III, pág. 108), em anotação ao último, assertam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA que, "decretada a revogação (ou redução) pelo tribunal, os bens doados devem ser restituídos ao doador, no estado em que se encontrarem. Este direito não tem, porém, natureza real; é simplesmente um direito de crédito, pois que se os bens tiverem sido alienados ou não puderem ser restituídos em espécie por causa imputável ao donatário, serão restituídos apenas em valor — o valor que tinha ao tempo em que foram alienados ou se verificou a impossibilidade da restituição". (*Código Civil Anotado*, 1968, vol. II, pág. 224). (V. também CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, 1934, vol. VIII, n.º 1.143, pág. 228; ANTONIO D'ABRANCHES FERRÃO, *Das Doações segundo o Código Civil Português*, 1911, vol. I, ns. 159, 168 e 182, págs. 392, 414 e 435).

Tôdas essas considerações conduzem, sem dúvida, à conclusão a que chegara

este Grupo ao julgar a Ação Rescisória n.º 1.006: a opposição do acórdão rescindendo com os dispositivos dos arts. 859 e 860 do Código Civil e art. 88 do Código do Processo Civil.

3. Em face do exposto, acordam os Desembargadores do Quarto Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça, em decisão unânime, julgar procedente a ação, para o fim de anular a decisão rescindenda na parte em que determinou a restituição ao espólio de José

Coimbra e a Emma Ercília Carreira Coimbra da metade do apartamento n.º 103 da rua Barão de Ipanema n.º 53, restabelecendo-se, conseqüentemente, em sua integridade, a transcrição do referido imóvel em nome do autor, condenados os réus em custas e em honorários de 10% sobre o valor da causa.

Rio de Janeiro, 8 de outubro de 1969.
— Oscar Tenório, Presidente com vista.
— J. Coelho Branco, Relator.

DESPEJO — APELAÇÃO — EFEITOS

Ação de despejo com fundamento na lei n.º 4.494 de 1964. Apelação da sentença. Seu efeito é apenas devolutivo, desde que vigente na íntegra o disposto no art. 830, n.º II, do Código de Processo Civil, em face da superveniência do decreto-lei n.º 890, de 26 de setembro de 1969, que revogou expressamente o art. 11, § 7.º, da précitada lei n.º 4.494. Não há falar em repriminação, aliás vedada pelo art. 2.º, § 3.º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Na hipótese se vislumbra a ocorrência de simples derrogação e não revogação do mencionado art. 830, n.º II, do Código de Processo Civil. Reclamação procedente.

RECLAMAÇÃO N.º 6.902

Tribunal de Justiça da Guanabara
(2.ª Câmara Cível)

Espólio de Ramiro Ferreira Lima
versus Juízo da 8.ª Vara Cível.

Relator: Des. Vicente de Faria Coelho.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de reclamação n.º 6.903, em que figuram como reclamante o Espólio de Ramiro Ferreira Lima e como reclamado o Juízo da 8.ª Vara Cível:

Acordam os Juizes da 2.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por decisão unânime, em julgar procedente a reclamação.

Trata-se de ação de despejo proposta com fundamento no art. 11, n.º III, da

Lei n.º 4.494, de 1964. Foi julgada procedente, sendo a apelação interposta pelo réu recebida pelo Dr. Juiz reclamado em ambos os efeitos, inclusive, portanto, o suspensivo.

Dêse despacho é que reclamou o autor da ação, arguindo que, com a revogação expressa do art. 11, § 7.º, da lei n.º 4.494 de 1964, pelo art. 3.º do decreto-lei n.º 890, de 1969, o recurso de apelação só poderia ser recebido no efeito devolutivo, pois vigente na íntegra o art. 830, n.º II, do Código de Processo Civil.

O Dr. Juiz reclamado, todavia, entendera que, havendo a lei n.º 4.494 atribuído, em seu art. 11, § 7.º, efeito suspensivo à apelação nas ações de despejo, revogada ficara a norma constante do mencionado art. 830, n.º II, do Código de Processo Civil, e que, em conseqüência, a revogação daquele § 7.º pelo recente decreto-lei n.º 890 calu no vazio, pois, aplicando-se a regra do art. 2.º, § 3.º da Lei de Introdução ao Código Civil, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Sem que se possa falar em repriminação, o raciocínio desenvolvido pelo despacho reclamado assenta, todavia, em premissa, que não é, de modo algum, aceitável: tal a de que o art. 11, § 7.º, da lei n.º 4.494 haja revogado o princípio consagrado pelo art. 830, n.º II, do Código de Processo Civil.

Pelo referido inciso, que traduz, em verdade, o que é tradicional em nosso direito, a apelação na ação de despejo não tem efeito suspensivo. E é uma regra de lei geral, que não poderia ser

atingida em cheio por qualquer lei especial, como a lei n.º 4.494 de 1964. Esta lei disciplinou a locação de prédios urbanos, sendo, pois, de aplicação restrita. Atribuiu critério diverso da lei geral, no tocante ao efeito da apelação, nas ações de despejo por ela disciplinadas.

É, assim, evidente que não houve revogação daquele princípio geral; mas simples derrogação. E, por isso, o art. 830, n.º II, do Código de Processo Civil continuou a incidir, no que diz respeito às locações de prédios rústicos e, igualmente, no que tange aos imóveis urbanos não construídos e, finalmente, quanto às retomadas de que cuidam os incisos VI e IX da aludida lei n.º 4.494.

É de afirmar-se, então, que não se configura a hipótese de revogação da norma processual geral — *Lex specialis non derogat generali* — mas unicamente sua derrogação e, por isso, voltou aquela norma — a geral — a incidir plenamente, desde que afastada a aludida derrogação.

Esta é a lição dos juristas; por exemplo o sempre lembrado CARLOS MAXIMILIANO:

"... se a uma lei geral se segue uma lei especial, que derroga a primeira, a revogação dessa lei especial acarreta a incidência plena da primitiva lei geral; não há aqui "repristinção, mas apenas revogação da norma excepcional. Desaparecida a exceção, volta a incidir plenamente a norma geral". (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 6.ª ed., n.º 455, p. 449).

E continua afirmando que o fato de haver sido suprimida pelo legislador apenas a exceção importa em reconhecer-se que teve em mira deixar vigente, sem restrições, a regra geral.

A doutrina sempre seguiu esse diapasão, como se pode verificar em WILSON BATALHA, ao analisar o art. 2.º § 3.º, da Lei de Introdução, como está salientado no parecer da douta Procuradoria da Justiça (fls. 19/24), que alinhou, ainda, as opiniões de PAULO LACERDA e HAROLDO VALADÃO, citando, também, o despacho, no mesmo senti-

do, do Juiz Substituto, Dr. Deocleciano d'Oliveira. Todos eles explicam a prevalência da norma geral, em seu todo, quando revogada a regra parcial.

Vejamos, pois, WILSON BATALHA:

"... se a lei eliminada de modo expresso, ou tácito, não abrogava, apenas derogava, outra, como o introduzir uma exceção ao seu preceito amplo, há de ser consequência da última norma revogatória fazer prevalecer, na íntegra, a primitivamente abolida em parte. Assim acontece por se dever sempre, na dúvida, optar pela regra geral. "Ressurge esta logo que se extingue a exceção." (*Lei de Introdução ao Código Civil*, V. I, n.º 37, nota 23, p. 125).

Também PAULO LACERDA:

"... o fato do legislador alterar somente o modo de regular o assunto quanto ao objetivo amplo e geral, significa bem que ele persiste no ânimo de manter esses dois pontos de vista diversos relativos ao assunto reformando somente as regras que toca a um deles e, pois, deixando intactas as que ao outro respeitam." (*Manual*, V. I, 1.ª parte, n. 209, p. 319).

Por fim, HAROLDO VALADÃO, afirmando apresentar-se rarissimamente o surgimento de lei repristinatória, deixou claro que, quando uma lei revoga outra apenas e derogatória de uma anterior, sendo "manifesta a restauração na íntegra da lei primitiva". (*Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas*, anteprojeto de reforma da Lei de Introdução ao Código Civil, Justificação, p. 45).

Por tais considerações está evidente que, *in casu*, a apelação unicamente deveria ser recebida no efeito devolutivo consoante o disposto no art. 830, n.º II, do Código de Processo Civil. Daí a procedência da reclamação.

Custa na forma da lei.

Rio de Janeiro, 16 de dezembro, 1969.

Presidente e Relator: Des. Vicente de Faria Coelho — Des. Ivan Lopes Ribeiro — Des. Ebert Vianna Chammoun.

APELAÇÃO CIVEL N.º 61.365

Acórdão da 7.ª Câmara Civil
T. Just. Guanabara

Legado com encargos. Descumprimento dos encargos.

Marcado pelo legatário tempo certo para início do cumprimento dos encargos, estabelecido por ele próprio o "prazo assinado" a que se refere a segunda parte do artigo 980 do Código Civil, não há como exigir-se notificação judicial como se o caso fôsse de obrigação sem tempo certo para início de seu cumprimento.

Não pode prevalecer como cumprimento dos encargos o simples cumprimento parcial dos mesmos fora do "prazo assinado" pelo próprio legatário e após a sua constituição em mora pela citação válida (art. 166 n.º IV do C. P. Civil).

Havendo a obrigação de distribuição de prêmio literário anual, cada ano decorrido após o recebimento do legado era o prazo certo para a distribuição do prêmio de cada ano, independentemente de qualquer interpelação.

Não pode o legatário cancelar encargo por conta própria, principalmente sendo ele de interesse público, à revelia da Curadoria de Resíduos e do Juiz do inventário.

Sendo os encargos, na sua unidade complexiva, a contra-partida do legado, o cancelamento arbitrário de um deles já caracterizava descumprimento afetando a sua totalidade.

Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador (art. 1.666, do Código Civil).

Se os encargos forem de interesse geral, o Ministério Público poderá exigir sua execução (artigo 1.180, parágrafo único, do Código Civil).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n.º 61.365, em que são apelantes Academia Brasileira de Letras e Liceu Literário Português, e apelados Guiomar Amaral Raposo dos Santos e Manoel Raposo dos Santos:

Acordam os Juizes da 7.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, em, preliminarmente, por votação unânime, considerar prejudicado o agravo no auto do processo e, por maioria de votos, não conhecer da segunda apelação, vencido o Desembargador MARCELO SANTIAGO COSTA nesta parte, devendo o vogal fazer declaração de voto. No mérito, desprezadas as preliminares de carência de direito à ação e de prescrição em votação unânime, deu-se provimento em parte, por maioria de votos, ao primeiro recurso, a fim de manter-se a sentença recorrida apenas na parte em que decidiu não mais caber à ré o direito ao legado, devendo o imóvel reverter ao inventário para cumprimento da verba testamentária, ficando o direito dos autores na dependência de ser o legado aceito e cumprido pelo Liceu Literário Português do Rio de Janeiro, vencido o Desembargador GARCEZ NETO, que provia *in totum* a primeira apelação, para julgar improcedente a ação.

Custas em proporção.

Quanto ao agravo no auto do processo, ficou prejudicado porque as preliminares de carência de ação e de prescrição (aliás, matérias de mérito) foram decididas na sentença.

Quanto à apelação do Liceu Literário Português procurou ele demonstrar caber-lhe o legado no caso de ser mantida a destituição da Academia e o fez mediante apelação de terceiro interessado que não foi conhecida, por maioria, vencido o eminente Desembargador MARCELO SANTIAGO COSTA, por significar oposição que não pode ser oferecida após a sentença. Sua posição não é a de terceiro interessado que recorre porque o terceiro interessado que pode recorrer é aquele que é solidário em relação ao vencido. Ora, a pretensão do Liceu é, francamente, a de excluir as duas partes. É oponente. E a oposição é ação em que o oponente é autor e as duas partes primitivas a parte ré, num litisconsórcio *sui generis*, forçado, como esclarece a doutrina. E essa ação de oposição só é admitida antes da sentença, sem prejuízo do direito que possa fazer valer depois do julgamento final. Não interessa, no caso, que o Liceu não sustente que a Academia deve ser destituída. Se no recurso se apresenta como seu substituto não é

com ela solidário, ontologicamente. No fundo, sua posição é de contra-posição, em relação à Academia. Fundamentalmente, ainda que aberta a oportunidade pela ação de terceiros, o interesse do Liceu se opõe ao da Academia. E a oposição relativamente aos autores é clara e frontal. Opõe-se às duas partes. É, pois, o oponente a que se referem a lei e a doutrina e, segundo a interpretação da lei e o que consigna a doutrina, a oposição só cabe antes da sentença. Depois, só em processo autônomo, oportunamente, pois, de outro modo, faltaria o prequestionamento na instância de primeiro grau.

Quanto à carência do direito de acionar, é de ser desprezada a alegação porque os autores da ação, irmã e cunhado do testador, têm interesse puramente moral para acionar, como parentes, além do interesse econômico por ser a irmã herdeira, inexistente que se torne o legado, na forma do art. 1.575, do Código Civil: "também subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar ou for julgado nulo". A herança seria decorrente da lei, independentemente da vontade do inventariado. Afirmou a Academia apelante que, ocorrendo sua destituição, caberia no Liceu Literário Português ser o seu substituto. Mas no futuro, vindo a ser êle destituído, estaria intacta a situação da autora, na qualidade de herdeira. Além do interesse moral, como já foi dito, de ver, ao menos, cumprida a vontade do testador, seu irmão.

Quanto à prescrição, não se trata de "ação do doador para revogar a doação", cuja prescrição está prevista no art. 178, § 6.º, n.º I, do Código Civil nem de "ação de nulidade de partilha", cuja prescrição está prevista no artigo 178, § 6.º, n.º V, do mesmo Código e é válida a invocação dos autores referente ao art. 44, n.º III, do Código Civil, onde é considerado imóvel "para os efeitos legais"... "o direito à sucessão aberta", valendo, também, no mesmo sentido, as citações de CARLOS MAXIMILIANO (*Direito das Sucessões*) e CORRÊA TELLES (*Doutrina das ações* — § 4.º — nota 4): são reais as ações de "petição de herança e tôdas que derivam do direito de sucessão (para herança)".

Não sendo conhecida a sua apelação,

no mérito da causa foi dado provimento em parte ao recurso da Academia de modo que o legado em questão reverta ao inventário, onde prosseguirá o cumprimento da verba testamentária segundo a qual, inocorrendo o cumprimento pela Academia, deve o legado passar para o Liceu Literário Português. Estará satisfeito, assim, o interesse moral dos autores, como parentes do testador e, ainda que remotamente, o seu interesse econômico pela exclusão, já obtida, de um dos dois legatários indicados na verba testamentária, mas, cumprida estará, também, a vontade do testador. Na contestação, a Academia confessou não poder cumprir os encargos do legado. A Academia recebeu o imóvel doado em outubro de 1958, como consta do alvará por cópia às fls. 234 dos autos do inventário e, na contestação, que é de agosto de 1966, mais de sete anos depois, alegou que do imóvel "auferiu, até agora, Cr\$ 41.860 (quarenta e um mil oitocentos e sessenta cruzeiros velhos) que não deram nem para pagar as primeiras cotas dos tributos incidentes sobre o imóvel"... e "enquanto isso, a impressão e reimpressão das obras do doador importava em nunca menos de Cr\$ 30.000.000 (trinta milhões de cruzeiros velhos) que a contestante jamais poderia dispender". Referiu, ainda, as dificuldades financeiras decorrentes da nenhuma rentabilidade do imóvel e que vinha dando conta da tarefa com o produto do imóvel e só promoveu a premiação anual para obra literária segundo a vontade do testador em 1961 porque não apareceram concorrentes em virtude de exigüidade do prêmio. Disse que "se até o momento não foram editadas as obras do doador é porque surgiram dificuldades invencíveis, anormais, que o bom direito admite". Disse que já tomara providências para a impressão da primeira obra e que "o resto da obra do doador será imprimida pela Imprensa Nacional que, por lei, edita as obras da contestante, mas cujas publicações acham-se em grande atraso" e em seguida disse que "para a impressão de suas obras, a contestante firmou contrato de comodato com a Universidade Federal do Rio de Janeiro". Assim, recebeu o legado para publicar as obras e ora diz que a Imprensa Nacional as publicaria, por

lei, ora que o faria a Universidade Federal do Rio de Janeiro, por contrato, mas tudo com atraso infinito e sem qualquer objetividade, além de notória contradição. No seu depoimento de folhas 361, o ilustre Presidente da Academia disse que a demora das publicações se prendia aos aluguéis do imóvel não alcançarem a alta do custo de vida, esquecida, já, a alegação de que a Imprensa Nacional publicaria as obras coagida por lei. Nas razões de apelação, quanto ao prêmio anual, disse a Academia ter demonstrado "o completo fracasso literário e econômico desse concurso" porque em 1961 o promoveu e só apareceram três candidatos com obras fracas sendo premiado um deles mesmo não sendo o seu trabalho de grande valor porque o prêmio também não o era. Alegou que a supressão do prêmio resultou de força maior. De tudo isto decorre que o prêmio anual só foi distribuído uma vez, em 1961, transcorridos, hoje, mais de oito anos da expedição do formal de partilha em 1960 e que a Academia o extinguiu por conta própria alegando força maior. Ora, o prêmio, evidentemente, haveria de ser reajustado, por força da desvalorização da moeda, desde que devia ser pago com a renda do imóvel legado, cujo valor subiu muitíssimo, podendo haver a sub-rogação do valor do imóvel em apólices ou em imóveis mais rentáveis, com a concordância da Curadoria de Resíduos e deferimento do juiz do inventário, uma vez que, ao ser redigida a verba testamentária, o testador avaliou o prêmio em 1% do valor do imóvel. E a acumulação do prêmio seria possível, obviamente. A Academia se limitou a incorporar o imóvel ao seu patrimônio e dar, por conta própria, os encargos como impositivos. Sequer tentou conferir seus pontos de vista em juízo e nenhuma conta procurou prestar à Curadoria de Resíduos que, segundo o art. 28, n.º IX do Código do Ministério Público, tem a atribuição de "promover a prestação de contas de quem tenha recebido legado com encargo e promover as medidas decorrentes do inadimplemento da obrigação". Os autores provaram, com os anúncios em jornais de fls. 54 e 55, confirmados pela declaração de fls. 67 (junta pela Academia) e com o ofício de fls. 201, da Biblioteca Nacional, que

a Academia sequer dispunha das obras já publicadas do testador que deveriam ser republicadas, tanto que se valeu de anúncios de jornal e requisição à Biblioteca Nacional de exemplares de tais obras, para providenciar a republicação, só após a citação para a ação. Consta às fls. 66 do processo de inventário que a Academia recebeu exemplares, não só das obras publicadas, do testador, como das inéditas e, no entanto, chamada a exhibir tais obras em processo próprio que se encontra apensado, não as exibiu, pretendendo fazê-lo em fase inadequada para produção de prova, na sessão de julgamento perante esta Câmara, quando exibiu pastas dizendo conter obras do testador. Isto revela o descaso para com os encargos assumidos. Dando como invencíveis as dificuldades para cumpri-los, confessou não os poder cumprir. Que atue, pois, o legatário substituto, na forma do art. 1.729, do Código Civil: "O testador pode substituir outra pessoa ao herdeiro ou legatário nomeado, para o caso de um ou outro não querer ou não poder aceitar a herança ou o legado". Foi o que fez o testador, quanto ao Liceu Literário Português do Rio de Janeiro. A conduta da Academia, desde o início, revela que não teve ela o ânimo de cumprir fielmente os encargos, tanto que, tendo recebido o imóvel em 1958, embora interpelada pelo ilustre e operoso Dr. JOÃO BATISTA CORDEIRO GUERRA, então Curador de Resíduos, alegou que nada faria sem receber, antes, o formal de partilha mas já em 1961, após recebido o formal, promoveu o prêmio anual uma única vez, resolvendo cancelá-lo por conta própria. Em 1966, citada para a ação, confessou não poder cumprir a totalidade dos encargos. Não querendo com ânimo verdadeiro ou não podendo cumprir o que lhe cabia, o que resta é que reverta o imóvel ao inventário a fim de ter prosseguimento o cumprimento da verba testamentária, por força do art. 1.666, do Código Civil: "Quando a cláusula testamentária fôr suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador". A verba testamentária consigna, quanto à Academia, que "caso ela não aceite essa doação, ficará esta, sob as mesmas condições,

para o Liceu Literário Português do Rio de Janeiro". Ora, foi visto que o art. 1.729, do Código Civil, equipara, quanto ao legatário, o não poder ao não querer. Logo, ou porque, verdadeiramente, jamais quis; ou porque, realmente, não pode, a atitude da Academia só há de ser interpretada como de não aceitação, inclusive, por confissão impossibilidade que há de retroagir à data em que declarou aceitar quando era impossível para ela cumprir e ela ainda não sabia por não haver experimentado. Não é, a impossibilidade, superviente. Não se pode partir da alegada impossibilidade para uma interpretação que omite a segunda alternativa querida pelo testador. Os autores pretendem, simplesmente, o imóvel para eles somente. Segundo o testamento, deverá ser tentado o cumprimento dos encargos por intermédio do Liceu. O argumento de que a aceitação pela Academia excluiu, fulminantemente, o direito do Liceu, não pode prevalecer, porque o que ficou provado em juízo foi que a Academia nada cumpriu como devia, desde o início, o que configurou uma aceitação simplesmente aparente. O Código Civil quer que a interpretação respeite, quanto possível, a vontade do testador que, no caso, era a promoção de estudos filosóficos e a divulgação de sua obra literária. Isto não fariam os autores e se há, ainda, a possibilidade de que o Liceu cumpra tais encargos, a experiência deve ser feita, sob a fiscalização da Curadoria de Resíduos e dos autores, pretendentes à herança, em caso de não cumprimento. Fazendo-o em cumprimento ao testamento, poderá o Liceu editar as obras do testador não republicadas pela Academia sem a esta pagar direitos, posto que seja a Academia beneficiária dos direitos autorais do testador mas os lucros relativos a direitos autorais terão que reverter para a Academia, que, obviamente, prestará contas ao entregador o imóvel. Quanto à falta de interpelação prévia, alegada pela Academia, a brilhante sentença recorrida, que é uma bela demonstração do talento e da cultura de seu autor, o ilustre Juiz HUMBERTO DE MENDONÇA MANES, mostrou que, não só havia o prêmio anual a ser distribuído com prazo certo e a Academia até o aboliu por conta pró-

pria, como, também, quanto aos demais encargos, a Academia se comprometeu a cumprir sua obrigação em atraso já em 1959, após interpelação da Curadoria de Resíduos e fixou prazo certo a iniciar-se com o recebimento do formal de partilha, o que ocorreu em 1960. Às fls. 265 dos autos do inventário, a Curadoria de Resíduos, por seu então titular, o ilustre Dr. JOÃO BATISTA CORDEIRO GUERRA, requereu a intimação da Academia para que dissesse "o modo pelo qual pretende cumprir o encargo e qual o tempo necessário a isto", pois "a legatária aceitou o encargo, porém, até esta data não manifestou a este Juízo o modo por que se dispõe a cumpri-lo". Isto em outubro de 1959. Em novembro do mesmo ano de 1959, a Academia respondeu a essa interpelação deferida pelo Juiz às fls. 266 dos autos de inventário dizendo que, logo que recebesse o formal de partilha e o transcrevesse no Registro de Imóveis "espera cumprir prontamente essa e as demais obrigações determinadas pelo testador" (fó-lhas 269 dos autos de inventário). Assim, a Academia, ela própria, assinou prazo para início do cumprimento dos encargos, cumprimento que a Curadoria de Resíduos já achava retardado em 1959, pois a Academia já se encontrava na posse do imóvel (fls. 293 e verso dos autos de inventário). A partilha foi homologada em fevereiro de 1960 (fls. 267 verso, dos autos de inventário). Como se vê, havia o "prazo assinado" a que se refere a segunda parte do art. 960 do Código Civil: "não havendo prazo assinado, começa ela (a obrigação) desde a interpelação, notificação ou protesto". Foi a própria Academia que assinou o prazo. Assinar vem de *signum*, marca, *signare*, marcar, gravar, escrever, designar e mais proximalmente de *assignare*, assinar, marcar, selar, apaziar, como está nos dicionários de MORAES e CALDAS AULETE que também significa apaziar, limitar, determinar tempo ou lugar, marcar prazo (como termo forense). Vale lembrar, nas Ordenações Filipinas, "as demandas que são fundadas em *scripturas* públicas", nas quais "o Juiz que de tal cousa conhecer, assine logo termo de dez dias peremptórios ao réo, a que pague ao au-

tor todo o na dita *scriptura*"... (L. 3.T.25). Era a famosa assinatura de dez dias. Ora, se a assinatura feita ao devedor a pedido do credor prevalece, como no caso da interpelação, é óbvio irrecusável, inarredável, que prevaleça a assinatura que o devedor provocado a si mesmo se tenha feito. E é o caso dos autos. A Academia se aprazou para cumprir os encargos. Seria, *data venia*, luxuosa superfectação jurídica, suntuosa construção formalística, exigir que ainda se apraze a quem a si mesmo já se aprazou. Seria consagrar o predomínio do inócuo, respeitado e ressalvado o pensamento em contrário. Seria exigir seja interpelado o que já atendeu à finalidade de interpelação, *data venia*.

Quanto à pretensão dos autores da ação, de não mais se cogitar do cumprimento da vontade do testador, não procede, pois, além de ter sido a aceitação da Academia apenas aparente, os encargos são de interesse geral, interessando à cultura do povo, estimulada por um prêmio para estudos filológicos, tão escassos entre nós. São daqueles que o art. 1.180, do Código Civil chama "do interesse geral", a respeito dos quais, segundo o parágrafo único do mesmo artigo, "o Ministério Público poderá exigir sua execução"... dizendo o art. 1.707 que a regra do citado art. 1.180, sobre doação, se aplica ao legado. O que cabe é manter a sentença mas em favor da verba testamentária, que é de interesse geral; e não em favor dos autores, que não se propõem a cumprir os encargos nem foram escolhidos para isto. A procedência em relação aos autores permanece porque têm eles o evidente interesse moral em que a Justiça se pronuncie contra o descumprimento dos encargos pela Academia. O principal pedido dos autores foi o de devolução do imóvel ao inventário, esperando herdá-lo. Mas, nesse seu pedido de parentes, está implícito o de que, ao menos, seja cumprida fielmente a última vontade de seu irmão e cunhado. Na entrevista não impugnada do ilustre Presidente da Academia que se lê às fls. 416, consta ter ele declarado que o Juiz, ao sentenciar, "entregou a particulares um bem da comunidade" e que "vinha cumprindo as exigências do testamento e, mesmo que

tivesse deixado de cumpri-las, o imóvel deveria ser entregue ao Liceu Literário Português, conforme os desejos do escritor Gastão da Franca Amaral". É o reconhecimento do interesse público dos encargos e do interesse subsidiário da Academia apelante em favor da verba testamentária naquilo que ela tinha de remanescente e que a ela, Academia, como parte do público, também tocaria, por ser de interesse geral. Quanto à obrigação da Academia de cumprir os encargos como prometera, é oportuna a transcrição do que consignou o inesquecível HAHNEMANN GUIMARÃES em voto transcrito na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, volume 48, pág. 279: "É princípio fundamental do Direito das Obrigações, que quem assume a obrigação, voluntariamente, deve cumpri-la e não pode a ela fugir"... Se a Academia a si mesma marcou tempo para cumprir os encargos, voluntariamente, a isto não pode fugir nem exigir lhe fôsse marcado o que ela própria já marcara. Dado o interesse público dos encargos reconhecido publicamente por seu ilustre Presidente, como já foi visto, é irrecusável que tinha o Ministério Público qualidade para interpelar a Academia, como fez o bravo e íncito Curador de Resíduos de então, Dr. JOÃO BATISTA CORDEIRO GUERRA, cuja profícua atuação no Ministério Público deste Estado já o elevou até à Procuradoria-Geral. E a qualidade do Ministério Público, sua legitimação, no caso, decorre do citado art. 1.180, do Código Civil bem como do, também, já citado art. 28 n.º IX do Código do Ministério Público, que dá ao Curador de Resíduos a atribuição de "promover a prestação de contas de quem tenha recebido legado com encargo e *promover as medidas decorrentes do inadimplemento da obrigação*". Assim, a interpelação da Curadoria de Resíduos foi perfeitamente válida e dela resultou, além do mais, que a Academia viesse a se aprazar, *expressamente e voluntariamente*. A atuação dos autores, em causa de interesse público, não pode ser tida como inteiramente desligada da atuação, contra o mesmo legatário, já exercitada pelo Ministério Público. E é certo que, no caso, agindo no seu interesse particular, agiam os autores, também,

no interesse público, uma vez que ocorria convergência de interesses. Dêsse modo, aos autores servia a interpelação do Ministério Público, além de terem eles, contra a Academia, a própria assinação por ela feita nos autos do inventário, obrigação voluntária, assinação voluntária a que não podia fugir segundo princípio fundamental do Direito das Obrigações como escreveu HAHNEMANN GUIMARÃES. Dizendo que cumpriria os encargos *prontamente* logo que recebesse o formal de partilha, a Academia estabeleceu, espontaneamente, para que cumprisse, uma condição: o recebimento do formal. Sobre a dívida condicional escreveu PONTES DE MIRANDA no Tomo 24, § 2.912, n.º 3, do *Tratado de Direito Privado*: "As dívidas a termo são exigíveis ao advento do termo. As dívidas condicionais quando se imple a condição, ciente do fato o devedor (Código Civil, art. 953: "As obrigações condicionais cumprem-se na data do implemento da condição, incumbida ao credor a prova de que d'este houve ciência o devedor"). Ainda PONTES DE MIRANDA, comentando o art. 724, nos seus *Comentários ao Código de Processo Civil*: "A interpelação também é inútil se o devedor declarou, sem dúvida de interpretação, que não executa a obrigação exigível; portanto, supérflua". A *contrario sensu*, não tem sentido, é também inútil, supérflua, se o devedor, já ele próprio, estabeleceu tempo e condição para cumprir. E se foi ele próprio que providenciou, quanto ao fato condicionante; no caso, se foi a própria Academia que providenciou o formal de partilha e o recebeu e se a esse recebimento havia condicionado o cumprimento dos encargos. Quanto à mora relativa ao prêmio anual, vai ela mais além da obrigatoriedade decorrente de ter ocorrido a condição estabelecida pela Academia para ela própria, pois se tratava de mora insuscetível de emenda por ocorrer inadimplemento absoluto. Como disse PONTES DE MIRANDA: "Se, com o retardamento, a prestação não mais interessa ao credor... a mora, que até dias antes era purgável, não mais se pode purgar. O inadimplemento é inafastável; inemendável a mora. Se o interesse desapareceu na data em que devia ser prestado o prometido, há falta irremediá-

vel (= inadimplemento absoluto). Não caberia qualquer *emendatio morae*, porque, *se mora houve*, foi punctual" (*Tratado* — Tomo 26 — § 3.102 — n.º 4). Isto significa ser irremediável absolutamente o descumprimento quanto à distribuição do prêmio anual para obras litero-filosóficas instituído pelo testador tendo como atrativo a promoção pela Academia, além da oferta pecuniária. Ao aceitar o legado, a Academia prometia como contraprestação essa utilização de seu prestígio como patrocínio do concurso anual. Ora, os seis anos de descumprimento são irremediáveis, impassíveis de emenda. E, quanto à qualidade do Ministério Público para exigir o cumprimento dos encargos, nascendo a ação dêsse descumprimento, atividade processual que tanto podia ser dos autores como do Ministério Público indistintamente, pela convergência de interesses, é ainda o preclaro Mestre de Ipanema que esclarece no mesmo *Tratado*, Tomo 57, § 5.793, n.º 2 (2.ª edição): "Podem exigir o cumprimento do *modus* testamentário: a) o testamenteiro; b) o curador dos testamentos, *ainda que não se trate de interesse geral*, porque, aqui, o Ministério Público não está na função de velar pelo interesse geral, *mas pela vontade do defunto: neque enim debet circumveniri testamentum voluntas* (L. 92, D, 35, 1) ... e) o Ministério Público quando a benefício do interesse geral (arts. 1.707 e 1.180)". Esclarecimento, *data venia*, desnecessário, ante a clareza dos artigos já citados, do Código Civil e do Código do Ministério Público. De notar, em tema de interpelação, que, segundo os artigos 724 e 720, do Código de Processo Civil e consoante a interpretação de CARVALHO SANTOS (Código de Processo Civil Interpretado), a interpelação, tal como o protesto, "apresentando-se despedido de todo e qualquer aspecto de litígio, o seu processo consiste exclusivamente no pedido e na diligência para dêle dar-se conhecimento a quem de direito".

Isto significa não estar adstrita a nenhuma fórmula sacramental: é a chamada, por intermédio do Juiz, para ciência da exigência do cumprimento da obrigação, qualquer que seja a forma por que se processe. E, voltando à afirmação da desnecessidade de apra-

zar com interpelação a quem já antes se aprazara espontaneamente, estabelecendo condição que a si mesmo cabia satisfazer e que satisfizes (art. 953 do Código Civil) — seria o caso de parafrasear o brocardo latino: *in claris, cessat interpellatio*.

Rio de Janeiro, 8 de julho de 1969. — *Martinho Gorcez Neto*, Presidente, vencido quanto ao mérito. — *Epaminondas Pontes*, Relator. — *Marcelo Santiago Costa*, Revisor, vencido quanto à preliminar de conhecimento da apelação do Liceu Literário Português.

Assim votei, conhecendo, preliminarmente, do recurso, por considerar esse apelante não um opositor, que, em tal qualidade, jamais poderia articular oposição através de apelação de terceiro prejudicado, e sim um litisconsorte necessário sucessivo.

A questão de intervenção do segundo apelante no feito depende de outra, que é a de verificar-se a natureza de sua pretensão. Ele não pretende que o legado deixe de ser atribuído à ré, Academia Brasileira de Letras, primeira apelante. Pretende que, se não fôr conferido a ela, fique para ele, tendo em vista os termos da disposição testamentária.

Assim, a sua intervenção se impugna como legítima e necessária, para ele poder participar de lide, no tocante ao debate sobre se a condição do legado fôra, ou não fôra, cumprida pela primeira apelante, pois dessa questão nuclear decorreria o reconhecimento, ou não, do seu direito.

Em outras palavras: se, ao apreciar-se o mérito, a ação fôr julgada improcedente e fôr proclamado que o encargo foi cumprido a ponto de afastar qualquer pretensão d'ele, segundo apelante, ao legado. E se a decisão fôr em sentido oposto, surge para ele o direito de disputá-lo com os herdeiros não contemplados no testamento, que são os autores, ora apelados.

Se necessária não fôsse a intervenção seria por igual legítima, facultativamente, com fulcro no art. 93, do Código de Processo Civil, pois, ante o que acaba de ser exposto, é evidente que a decisão da causa poderá influir na relação jurídica entre qualquer das partes e o segundo apelante, tornando admissível o recurso d'este.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 61.365

VOTO VENCIDO

A presente ação ordinária, proposta por D. Guiomar Amaral Raposo dos Santos e seu marido, irmã e cunhado, respectivamente, do extinto Gastão da Franca Amaral, visava, com fundamento em diversos artigos do Código Civil, todos enumerados no vestibulo da petição inicial, que fôsse decretada a *caducidade* da verba testamentária instituída a favor da Academia Brasileira de Letras e do Liceu Literário Português do Rio de Janeiro, este como *substituto* da legatária, a fim de que o objeto do legado, um prédio cujo valor era estimado pelo próprio testador em 1 milhão de cruzeiros antigos, passasse aos autores por direito de sucessão legítima.

O jovem e douto magistrado, que inicia auspiciosamente a nobre carreira que abraçou através de memorável concurso e provas das mais brilhantes, acolheu o pedido dos autores, ora apelados, para, julgando procedente a ação, "declarar revogada" e não "caduca" a cláusula testamentária referida acima, "em razão" — *ipsis verbis* — "do não cumprimento dos encargos", e, ainda, em consequência, deferir a sucessão legítima aos apelados, "ex vi do disposto no art. 1.575, do Código Civil."

As *promissas* em que se firmou o ilustre Dr. Juiz a quo, para chegar a essa conclusão, foram as seguintes, segundo suas próprias palavras:

"a) — a ré aceitou o legado, responsabilizando-se pelo cumprimento dos encargos (Cód. Civil, arts. 1.707 e 1.180);

b) — nenhum encargo foi cumprido; naqueles em que não havia, originariamente, prazo assinado (*mora ex persona*), a própria *Academia* o fixou, além de haver sido *intimada*, a requerimento da *Curadoria de Resíduos*; no tocante ao encargo *anual* de instituição do prêmio referido, houve inadimplemento absoluto;

c) — a culpa da ré é inequívoca" (fls. 385).

Os encargos impostos ao legado e que, segundo o ilustre Dr. Juiz a quo, não teriam sido cumpridos, eram os seguintes, que a própria sentença apelada enumera:

1.º) — reedição dos livros do testador;

2.º) — publicação dos seus ensaios inéditos;

3.º) — publicação dos capítulos do seu "Diário", através de rigorosa escolha, publicando-se, apenas, o que possa interessar aos leitores;

4.º) — publicação de seus outros trabalhos filosóficos e literários inéditos;

5.º) — instituição de um prêmio anual, no valor de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros antigos), destinado ao melhor estudo filosófico sobre "A Morte" (fls. 381).

Mas porque em relação aos quatro primeiros encargos não houvesse prazo estipulado para o cumprimento da obrigação, e, neste caso, a mora da ré somente poderia constituir-se mediante prévia interpelação (Cód. Civil, artigo 960, segunda parte), o ilustre Dr. Juiz a quo para chegar, logicamente, à conclusão que adotou em sua sentença, decretando a revogação da verba testamentária em causa, firmou-se ainda em duas outras premissas:

1.ª) — a interpelação do devedor é, em certos casos, dispensável, mesmo que se trate de obrigação sem prazo certo (ou pura).

2.ª) — a Academia teria sido interpelada pelo Curador de Resíduos.

Examinemos estas premissas, cada uma de per si, porque em torno delas gravita realmente a solução do caso.

Em relação à primeira, assevera o ilustre Dr. Juiz a quo que, "mesmo nos casos de mora *ex-persona*", há duas hipóteses em que a prévia interpelação é dispensada, a saber: a) o reconhecimento do atraso injusto, feito em ato regular pela pessoa obrigada; b) sua promessa de cumprir a obrigação em atraso". Prosseguindo, diz ainda o douto magistrado: "Ambas as hipóteses produzem os mesmos efeitos da

constituição em mora e dispensam a interpelação — é doutrina pacífica". E cita, então, em abono desses princípios, as opiniões de CROME, GIORGI e CHIRONI, que vêm referidas por VICENTE RÁO, em sua apreciada monografia sobre o "Ato Jurídico", pág. 388.

Em primeiro lugar, é preciso identificar, com exatidão, o verdadeiro pensamento dos escritores referidos na síntese do prof. VICENTE RÁO, pois a maneira axiomática com que está enunciado esse pensamento poderia nos levar a um grave erro, qual o da infidelidade ao que os citados autores escreveram realmente.

Ora, realizando esse trabalho de pesquisa, e esclarecido este ponto, colhe-se que o pensamento de CROME não pode ser apresentado da maneira simplista com que o faz VICENTE RÁO.

Assim é que, para o sábio professor da Universidade de Bonn, na sua clássica *Teoria Fondamentali delle Oblighazioni nel Diritto Francese*, trad. de ASCOLLI & CAMMEO, Milão, 1908, o ato de reconhecimento do atraso que pode ter a força de substituir a interpelação, ou seja, de constituir aquêle ato equivalente dela, referido pelo artigo 1.139, do Código Napoleão, é o ato de reconhecimento em que o devedor declara (confessa) a mora ou promete cumprir como devedor moroso (*Obr. cit.*, pág. 151, § 15).

O pensamento de CHIRONI, reproduzido com exatidão, é este: "Entre os atos equivalentes, o reconhecimento do devedor de achar-se em mora, é suficiente para produzir todos os efeitos da interpelação: confessando seu retardamento em cumprir a obrigação, mostra conhecer a vontade do credor, dirigida a obter o cumprimento" (*La Culpa en el Derecho Civil Moderno — Culpa Contractual*, trad. de A. POSADA, Madrid, 1898, pág. 801, n.º 334).

Ao assinalar que esse reconhecimento ou confissão deverá ser feito por escrito, o notável professor da Universidade de Turim, ainda anota, em relação a êle, que se requer não paire dúvida quanto ao seu conteúdo (*Obr. cit.*, loc. cit.).

GIORGI, referindo-se ao valor de uma carta como equivalente da interpelação, faz esta importante ressalva: "quando nós consideramos idônea uma carta para constituir um equivalente

da interpelação judicial, não queremos, com isto, excluir a questão de fato, que consiste em apreciar o conteúdo da carta e as circunstâncias em que se a expediu para decidir sobre a sua eficácia. Somente excluímos a possibilidade de se negar de modo absoluto a eficácia da carta como ato de constituição em mora" (autor citado "Teoria de las Obligaciones en el derecho moderno, trad. esp., Madrid, 1928, volume II, págs. 102-3, n.º 56).

Como se vê, portanto, o pensamento dos autores em que se baseou o Dr. Juiz *a quo*, quanto à premissa em exame, tem um sentido muito diverso daquele que aparentemente resulta da referência feita pelo prof. VICENTE RÁO, que resumindo o referido pensamento, numa síntese perigosa, acabou por desfigurá-lo completamente, imprimindo-lhe um elástico e amplitude que, de modo algum, se encerram nos textos invocados.

Com efeito, o ato equivalente da interpelação judicial e consubstanciado em escrito particular a que aludem os autores citados pelo Dr. Juiz *a quo* é *aquêle que contém, de maneira indubitosa, confissão de mora*.

Ora, não se pode, com isenção e imparcialidade, afirmar, e o Dr. Juiz *a quo* não o teria feito, que haja uma *confissão de mora* na petição de fôlhas 269 dos autos de inventário.

A declaração contida nessa petição, redigida e subscrita pelo eminente LEVY CARNEIRO, o que afasta, desde logo uma confissão de inépcia, contém, ao contrário, declaração que, não só afasta qualquer idéia de admissão de mora, como revela o nítido propósito de cumprir a *Academia* os encargos do legado.

De resto, não poderia haver confissão de mora na referida petição, em primeiro lugar porque foi ela feita antes de ser julgada a partilha, isto é, *antes de ter a legatária a disponibilidade do legado, e, portanto, quando ainda não era exigível qualquer obrigação da Academia, com ou sem prazo determinado*.

De fato, a petição da *Academia*, subscrita pelo eminente LEVY CARNEIRO, é de 12 de novembro de 1959 (fôlhas 269) e o abbção de partilha (fôlhas 271-273) só foi homologado em 9 de fevereiro de 1960 (fls. 276 v.).

Ademais, se, como pretendem e afirmam os autores, a *Academia*, por seu procurador *ad judicia*, o eminente LEVY CARNEIRO, houvesse confessado a mora, com a petição de fls. 269, então essa suposta confissão seria absolutamente inócua, porque feita por *procurador que não tinha poderes especiais e expressos para tanto*, como se colhe da simples leitura da procuração de fls. 46 dos autos de inventário.

Se a confissão é, como ensina JOÃO MONTEIRO, o "reconhecimento judicial que um dos litigantes, capaz e com ânimo de se obrigar, faz da verdade, integral ou parcial, dos fatos alegados pela parte contrária, como fundamentais da ação ou da defesa" (*apud* PLÁCIDO E SILVA — *Tratado do Mandato*, vol. I, pág. 252, n.º 159), é claro que o procurador judicial da *Academia* não poderia, válidamente, *reconhecer mora imputada a esta sem a outorga de poderes especiais e expressos no instrumento do mandato*, porque o *reconhecimento judicial* do referido fato importava em *confissão que obrigava a mandante*, pelas conseqüências da mora, e, portanto, da inexecução da obrigação.

Embora a confissão possa ser feita por meio de procurador, como acontecia já ao tempo do Regulamento 737 (art. 155), entretanto, para que se torne eficaz, deverá ser feita por "mandatário com poderes especiais" (Cód. de Proc. Civil, art. 230) e *expressos*, isto é, armado de mandato onde se mencione a expressão "para confessar" (DE PLÁCIDO E SILVA — *Obr. cit.*, I, pág. 253 e *Comentários do CPC*, vol. 2, n.º 359; JOSÉ AMERICANO — *Proc. Civil e Comercial*, 1925, página 38; PONTES DE MIRANDA — *Comentários*, vol. III, pág. 365), mesmo porque há em toda confissão de mora (retardamento culposo) uma *renúncia de direito*.

Afastada, portanto, a hipótese de haver a *Academia* praticado ato equivalente à interpelação judicial para a constituição em mora da devedora, resta averiguar se, no presente caso, em relação, pelo menos, aos quatro primeiros encargos da legatária, acima especificados, poderia a interpelação ser dis-

pensada, sem prejuízo da revogação do legado.

A este respeito não se contesta que as obrigações concernentes aos quatro primeiros encargos impostos à legatária sejam obrigações sem prazo determinado, isto é, obrigações puras. E é o próprio juiz a quo que, referindo-se àqueles encargos, sem prazo determinado, reconhece, como "consequência óbvia", que "a ré só se configuraria em mora mediante prévia interpelação (Código Civil, art. 960, segunda parte, "mora ex-persona")" (fls. 381).

O art. 960, segunda parte, não permite realmente qualquer controvérsia, ao dispor: "não havendo prazo assinado, começa ela (a mora) desde a interpelação, notificação, ou protesto".

Foi, precisamente, diante desta evidência que os apelados levantaram duas objeções, merecedoras, sem dúvida, de consideração:

1.^a — a devedora, no caso, a *Academia*, foi constituída em mora, por intimação, nos autos de inventário, a requerimento do *Curador de Resíduos*;

2.^a — não tendo sido ajustada época para o pagamento, o credor pode exigí-lo imediatamente (Cód. Civ., art. 952, que faz remissão aos arts. 127, 954, 960, 1.264 e 1.530).

Examinemos a primeira assertiva.

Terá mesmo a intimação feita à *Academia*, a pedido do M. P. e para os fins declarados no ofício de fls. 265-265 v., o significado de uma interpelação judicial com força de constituir em mora a legatária?

Antes de mais nada o que o representante do M. P. pediu foi a intimação da *Academia*, na pessoa do ilustre Presidente para

"dizer o modo pelo qual pretende cumprir o encargo, e qual o tempo necessário a isso" (fls. 265 v.).

Nada mais. Evidente, portanto, à luz dos melhores princípios jurídicos, que o referido pedido não tem, nem intrínseca, nem extrínsecamente, a configuração de uma interpelação, qual a que o art. 960, segunda parte, do Cód. Civil, exige e impõe ao credor.

Quando assim não se entendesse (o

que nos parece impossível), teria ela sido formulada por parte ilegítima.

E é o que passamos a demonstrar.

Com efeito, além de ser intempestiva, porque, na data do referido pedido do M. P., o legado ainda não fôra atribuído efetivamente à legatária, o que só ocorreu meses depois, isto é, após a homologação do esboço de partilha, a suposta interpelação não obedece aos requisitos mínimos desse ato, de um ato dessa natureza, que aliás, frisa-se mais uma vez, só poderia ser deduzido após o vencimento da dívida.

Sem dúvida, a interpelação para constituição em mora não obedece a uma forma rigorosa, como está nos mais autorizados tratadistas (E. ESPINOLA — *Sistema de dir. civ. bras.*, 2.^a ed., vol. II, t. I, pág. 382), mas deve, necessariamente, trazer, em seu conteúdo, a manifestação de vontade do credor que possa ser qualificada de exigência de pagamento, isto é, de cumprimento da obrigação (J. C. TOBENAS — *Derecho Civil*, 1958, t. III, pág. 151), pois não seria intimação um simples aviso particular, uma simples advertência "pour memoire".

O prof. LUIGI MOSCO mostra que são três os requisitos de qualquer interpelação com o objetivo de constituir o devedor em mora, a saber: 1.^o) intimação ao cumprimento; 2.^o) fixação de um prazo para isso; 3.^o) cominação de resolução no caso de que o devedor não satisfizesse a obrigação no prazo concedido (*La Resolución de los Contratos por Incumplimiento*, trad. cast., s/d., pág. 157).

Detendo-se no exame do primeiro requisito, o notável mestre da Universidade de Nápoles esclarece que "não basta como às vezes ocorre na prática, pedir ao devedor que declare se está disposto a cumprir dentro de certo prazo".

E é por isto que a jurisprudência dos tribunais germânicos, com perfeita adequação ao nosso direito, tem considerado ineficaz declarações deste gênero, isto é, que se limita a consultar o devedor sobre o seu propósito de cumprir a obrigação, como se recolhe em OERTANN, STAUDINGER-WERNER e LEAKE, todos citados por MOSCO (*Op. cit.*, pág. 158).

A lição de ENNECERUS é elucidativa: "Em regra" — pontifica o mestre

de Marburg — “a mora não se produz automaticamente, senão exige um requerimento feito ao se vencer a obrigação ou depois do vencimento, isto é, a reclamação que o credor dirige ao devedor para que satisfazça” (*Tratado de Derecho Civil*, trad. esp., 1944, *Derecho de Obligaciones*, t. II, vol. I, página 258).

É pacífico na doutrina civilística que, para constituir em mora o devedor, a interpelação deverá conter a exigência categórica e indubitável de cumprimento da obrigação, como pontifica o prof. JORGE JOAQUIM LLAMBIAS, em seu recente *Tratado de der. civ. Obligaciones*, 1967, pág. 124, n.º 109.

E é por isto que, na dúvida, deve entender-se que não houve interpelação, como no caso, em que o credor envia a conta e esta é aprovada pelo devedor (Conf. ENNECERUS & LEHMANN — *Derecho de Obligaciones*, t. I, páginas 257-9; BUSO — *Tratado*, III, página 260, n.º 37).

Como manifestação de vontade do credor, a interpelação deixa o devedor devidamente esclarecido de que o pagamento deve ser feito ou que a obrigação deve ser cumprida, porque qualquer reticência ou imprecisão terá que ser interpretada em benefício do devedor.

Como quer que seja, a interpelação é do credor para o devedor. Ora, por maior boa vontade que se possa ter, não há como identificar o *Curador de Resíduos* com a pessoa do credor, desde que só nas doações de interesse geral é que o representante do M. P. pode exigir o cumprimento do encargo.

É verdade que o acórdão, incorrendo em manifesto equívoco, sustenta tratar-se de doação de interesse geral.

Portanto, ainda que se tratasse de interpelação judicial, no rigor da expressão, com as características clássicas de uma verdadeira interpelação para constituir o devedor em mora, é fora de dúvida que absolutamente ineficaz seria, no caso, desde que promovida pelo *Curador de Resíduos*, que não é o credor nem com êle se confunde.

Não há duas opiniões a êste respeito. A interpelação, ensina ESPÍNOLA (*Ob. cit.*, pág. 383), “deve partir do credor e dirigir-se ao devedor”.

O sujeito ativo da interpelação —

como ensinam os D. D. (LLAMBIAS — 122, n.º 107) — é o credor ou seu representante, seja legal ou voluntário.

E é por isto que o próprio gestor de negócios não está habilitado a constituir em mora o devedor, como tão pouco a pessoa designada para receber o pagamento (VON THUR — cit. por BUSO, t. III, pág. 260, n.º 36).

A interpelação para constituir em mora o devedor é ato personalíssimo do credor, que somente por êle, ou seu representante, pode ser válida e eficazmente praticado.

Ora, no presente caso, a intimação solicitada pelo Curador de Resíduos, a fls. 265-266 v. do inventário, que se resume num pedido de esclarecimento do representante do M. P., jamais poderia valer de interpelação nos termos em que a exige o art. 960, segunda parte, do Código Civil.

Mas, quando assim não se entendesse, o que costumamos a admitir, diante das razões expostas, então será absolutamente inócua, porque requerida por parte ilegítima, por pessoa que não é o sujeito ativo da relação jurídica.

* * *

Agora, o argumento menos relevante, firmado num entendimento inaceitável do art. 952, e segundo o qual os apelados poderiam exigir desde logo, imediatamente, o cumprimento da obrigação.

É claro, é óbvio, é indiscutível que o art. 952 não poderia ser aplicado e entendido senão em harmonia com o art. 960, segunda parte, porque, então, contrariando regra clássica da hermenêutica, pelo art. 952 o credor ficaria dispensado da interpelação que o artigo 960, segunda parte, exige, para constituição do devedor em mora nas obrigações puras, isto é, sem prazo.

Portanto, admitindo-se, apenas para argumentar, que a intimação feita à Academia a pedido do *Curador de Resíduos*, valesse como interpelação para constituição em mora da devedora, o que resulta do art. 952 não favorece aos apelados, porque êsse dispositivo tem que ser aplicado em harmonia com o art. 127 do C. C., ao qual, aliás, êle faz remissão.

Isto quer dizer que a obrigação sem prazo imposta à Academia, em razão

do legado que lhe foi atribuído, como dependesse de tempo, pela própria natureza dos encargos, não era exequível desde logo, nem o seu cumprimento poderia ser exigido imediatamente, como, desenganadamente, os apelados pretendem.

O ensinamento de LACERDA DE ALMEIDA a este respeito nunca deverá ser esquecido, ao mostrar o verdadeiro sentido da regra legal, que não pode divorciar-se da equidade judicial, reprovadora do "summum jus, summa injuria" (*Dos Efeitos das Obrigações*, págs. 132-133). O insigne jurista consulto pátrio, por isso mesmo, foi impiedoso na crítica de antigo julgador da Corte de Apelação do D. F., de 11-1-22, que no dizer do mestre constituiu verdadeiro atentado contra o bom senso, pois colocava o devedor em estado de mora permanente (*loc. cit.*).

Na verdade, segundo a doutrina dominante entre nós, tempera-se o rigor do art. 952 com o estatuído no art. 127, e, assim, como ensina o prof. FRANZEN DE LIMA, "nesses casos, quando as partes não chegam a um acôrdo sobre o tempo em que deve ser feito o pagamento, cumpre ao juiz fixá-lo, atendendo às circunstâncias do caso e por invocação dos interessados" (*Curso*, vol. II, t. I, pág. 159).

Apreciando o art. 952, o eminente prof. CAIO MÁRIO adverte que a instantaneidade ali referida é, com efeito, arredada pela própria natureza da prestação. Diz o mestre, a seguir, que "embora sem prazo, ninguém dirá que um trabalho complexo possa de pronto ser exigido, se a sua execução mesma demanda tempo". E conclui que, nesses casos, o credor fica sujeito a um termo suspensivo que, o civilista mineiro, chama de *termo moral*, que o credor deve respeitar.

Como preleciona RUGGIERO, ministrando ensinamento aplicável ao nosso direito, dada a redação do art. 1.173, do Código Civil Italiano, o credor não pode exigir a prestação senão decorrido aquêl tempo razoável que segundo as circunstâncias, seja necessário para a sua execução, o que pode depender ou do próprio fim ou da obrigação (*Instituições*, vol. 3, pág. 117).

No mesmo sentido: TOBENAS — *Op. cit.*, III, pág. 133; MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE — *Teoria geral das*

obrigações, págs. 298-9; REZZÓNICO — *Estudio de las obligaciones*, pág. 420; BARASSI — *La teor. gen. delle obbligazioni*, III, pág. 825.

E é aqui, na fixação de um "modicum tempus", que entra o arbítrio do juiz, tão decantado por DE PAGE (*Traité*, t. 8.º, págs. 736-7), ao cuidar do problema em relação às doações.

E o prof. AGOSTINHO ALVIM, tantas vezes citado nestes autos, é o primeiro a lembrar que, em casos como o presente, o devedor deve ter um prazo para cumprir a obrigação e que não deve ser angustiados.

Aliás, como assinala o metre paulista, o art. 952 adotou doutrina que é a do C. federal suíço (art. 75) e a do alemão (§ 271, primeira parte), e o primeiro dêles manda atender à natureza da obrigação, e o segundo, às circunstâncias (*De Inex. das Obrig.*, página 121, n.º 102).

Ora, se tudo isso teria que ser levado em consideração, na hipótese do devedor ter sido constituído em mora, mediante interpelação, que dizer-se no caso, que é o destes autos, em que não houve a indispensável interpelação?

Depois, anote-se que não se trata de uma pretensão de somenos importância, mas qual a que os apelados ajuizaram, da revogação de um legado por inadimplemento do encargo, que na lição do preclaro Min. OROSIMBO NONATO, "tem que ser pedida pelo interessado" (*Apud A. ALVIM — Da Doação*, pág. 228).

Ora, a revogação da doação onerosa tem lugar quando se verificar a mora do donatário, em cumprir o encargo, que, neste caso, não se verificou, porque não havendo prazo para o cumprimento da obrigação, o legatário não foi constituído em mora, mediante interpelação, porque com o valor ou efeito dêsse ato não pode ser considerado o pedido de esclarecimento do *Curador de Resíduos*, nos autos do inventário e antes de ser homologada a partilha.

E o prazo para o cumprimento do encargo, se não fica a arbítrio do doador, muito menos ficará a critério livre e absoluto dos seus sucessores colaterais (A. ALVIM, *Doação*, pág. 249), mas "deverá ser razoável, tendo em vista o tempo necessário".

Alicerçado em OROSIMBO NONATO, mostra o prof. AGOSTINHO ALVIM que

o fato de ser exigível o cumprimento da obrigação, nos termos do art. 127 do Cód. Civil, e de ter havido tempo suficiente não significa que a mora comece antes que o credor tenha exigido (*Op. cit.*, pág. 249).

Com efeito, "enquanto a doação não estiver judicialmente revogada" — é a lição de ANTÔNIO D'ABRANCHES FERREIRA, no seu clássico tratado "Das Doações" (Coimbra, 1911, vol. I, pág. 373, n.º 148) — "pode o donatário evitar que ela o seja, satisfazendo os encargos que deixou de cumprir; pelo fato da rescisão ter sido requerida não deixa a liberalidade de continuar a subsistir, enquanto sobre o assunto se não tiver pronunciado uma decisão judiciária, e desde que a doação existe, está o donatário a tempo de conjurar a revogação, fazendo cessar a causa do pedido do doador, isto é, executando as cláusulas que ficaram a seu cargo".

"A execução, ainda que tardia, pelo donatário dos encargos impostos pela doação" — elucida o insigne prof. VITTORIO VITALI, como se estivesse escrevendo para o caso destes autos (*Delle Donazioni*, 2.ª ed., 1925, pág. 362, número 503) — "se ele ainda não foi constituído em mora pelo doador, pode constituir motivo plausível para repelir-se a demanda de revogação, porque até esse momento não existe direito adquirido à revogação."

"Estabelecido que a resolução de um contrato de doação representa uma exceção à regra da irrevogabilidade" — conclui o consagrado civilista italiano — "deve-se assegurar tôdas as oportunidades de favorecer o princípio geral que garante a manutenção da doação e assim facilitar ao donatário o cumprimento do ônus."

Se o que é preciso é que se cumpra a vontade do testador (PONTES DE MIRANDA — *Tratado de Direito Privado*, vol. 57, pág. 309) e, portanto, evitar desatender suas intenções (DANZ — *A Interpretação dos Negócios Jurídicos*, trad. port., pág. 323), é claro que um entendimento discrepante dos ensinamentos acima expostos só teria a virtude de conduzir o intérprete e aplicador da lei a solução que se divorcia nitidamente dessa diretriz ou rumo, que doutrina eminente consagra e exalta.

Com efeito, sendo indubitável que o

direito do substituto caducou com a aceitação do legado (Cód. Civ., artigo 1.729) e que não mais revive (CLÓVIS — *C. C. Comentado*, vol. 6.º, pág. 154; ITABAIANA DE OLIVEIRA — *Tr. de dir. das suc.*, 3.ª ed., vol. 2.º, pág. 189; W. DE BARROS MONTEIRO — *Curso Dir. das Suc.*, pág. 197; PONTES — *Trat. dir. priv.*, vol. 58, pág. 96), uma conclusão, no presente caso, que discrepasse dos princípios acima expostos, conduziria, precisamente, a adotar-se solução absolutamente antagônica com a vontade do testador, que excluiu deliberadamente da sucessão a autora desta ação, dispondo de todo o seu patrimônio, no testamento, sem contemplá-la.

Se "deserdção é o ato pelo qual o herdeiro necessário é privado de sua legítima, e de qualquer parte na herança" — na definição de CLÓVIS (Com., VI, pág. 166) — é claro que "para afastar da sucessão os outros herdeiros legítimos", conclui o involudável autor do projeto do nosso Código Civil, "basta não contemplá-los no testamento", como, de resto, é pacífico entre os D. D. (PONTES — *Tratado*, vol. 55, pág. 293; W. DE BARROS MONTEIRO — *Curso Dir. das Suc.*, página 188; ITABAIANA — *Sucessões*, II, pág. 41, § 364; CARLOS MAXIMILIANO — *Dir. das Suc.*, vol. 3.º, pág. 157, número 1.313).

De resto, o art. 1.725 é expresso: "Para excluir da sucessão o cônjuge ou os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar". Comentando esse artigo, anota CLÓVIS que o testador não tem necessidade de deserdar, expressamente, os outros sucessores legítimos: "Basta" — assevera o mestre (*Op. cit.*, VI, pág. 148) que os não contemple para que fiquem excluídos da herança.

Essa exclusão só não lhes tira, aos sucessores legítimos não necessários, a qualidade para propor ação de nulidade do testamento ou de revogação do legado. Mas, serve, entretanto, para, à luz da verdadeira vontade do testador, justificar a interpretação mais favorável à manutenção ou preservação do legado, que é a que condiz com a intenção do autor da herança ou legado.

Revogado o legado e reconhecida a caducidade da substituição, os apelados receberão, livre de qualquer encargo, o valioso prédio doado à *Academia*, e, com isso, se terá frustrado o principal e verdadeiro móvel da liberalidade, que foi conseguir um editor de alta reputação para a obra literária e a própria sobrevivência desta, mercê, quicá, do prestígio cultural da instituição à qual ela ficaria vinculada de qualquer modo.

Ainda recordando ensinamento de DANZ, tem-se como certo que "o juiz deve resolver as dificuldades penetrando fielmente no pensamento fundamental do testador, tomando em consideração tôdas as circunstâncias que possam ter pesado sobre o seu espírito no momento de testar e tendo presente tudo o que o testador, em face de tudo isto, possa ter querido ou não querido".

Ora, observado esse critério, o que resulta demonstrado, sem possibilidade de contestação, é que a única solução que logo se apresentaria ao espírito do testador como inaceitável seria a que conduzi-se a atribuir à apelada o valioso imóvel doado à *Academia*, evidenciada a vontade, por êle manifestada claramente, de excluí-la, como de fato a excluiu, da sua sucessão, com a distribuição a terceiros de todo o seu patrimônio.

Referindo-se ao modo não cumprido e suas conseqüências, CARLOS MAXIMI-

LIANO, apoiado em BORLAND que, por sua vez, invoca nove decisões judiciais, assim conclui: "Sobreleva a tudo a vontade do testador: se este previu a falta e dispensou o castigo da nulidade, ou fixou outra pena, a deixa prevalece; pratica-se o determinado pelo *de cuius*" (*Dir. das suc.*, II, página 274, n.º 842).

Ora, se assim é, no presente caso, o que se constata é que o "de cuius", embora podendo, não estabeleceu a cláusula resolutória expressa, nem qualquer outra sanção, inclusive para a demora no cumprimento do encargo, não só a evidenciar o alto aprêço em que tinha a legatária, como também o verdadeiro móvel do legado, que era o de honrar a memória do testador, com a colaboração, com o trabalho, com o prestígio da *Academia*, à qual não impôs qualquer prazo, dada a própria natureza do encargo.

Portanto, que se cumpra a vontade do morto, que se respeite o que o "de cuius" determinou, que o legado feito à *Academia* não passe à propriedade e posse de parente do testador que este deliberadamente excluiu de sua sucessão; que o legado continue com a legatária que, com tardança ou sem ela, está satisfazendo os encargos que oneram a liberalidade.

Ciente. — Rio de Janeiro, 10 de março de 1970. — *Arnobio Tenorio Wanderley*, 9.º Procurador da Justiça.

Jurisprudência Criminal

ADMISSÃO DE UM RECURSO POR OUTRO — "VOLUNTAS LEGIS" — APOSTAS PROIBIDAS SOBRE CORRIDAS DE CAVALOS

Recurso em sentido estrito. Apostas proibidas sobre corridas de cavalos.

Teoria da admissão de um recurso por outro, que os processualistas alemães denominam do "tanto faz" (Sowohl-als-auch-theorie) e os italianos de conversão dos recursos (conversione delle impugnazioni).

Modernamente, é a voluntas leg-

gis e não a mens legislatoris que o intérprete deve inquirir.

O Decreto-Lei n.º 9.215, de 1946, revogou o art. 60 do Decreto-Lei n.º 6.259, de 1944, e ripristinou o art. 50, § 3.º, letra "b", da Lei das Contravenções Penais, que está em vigor, não havendo sido abrogado pela Lei n.º 1.508, de 1951, cujo procedimento especial, que prevê, não tem aplicação à con-

travenção de apostas proibidas sobre corridas de cavalos.
Conhecimento e provimento do recurso.

Tribunal de Alçada da Guanabara

(Segunda Câmara Criminal)

RECURSO CRIMINAL N.º 34

Wilson Francisco Costa e Hercílio Latino *versus* Juízo da 18.ª Vara Criminal.

Relator: Dr. Jorge Alberto Romeiro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso em sentido estrito n.º 34, em que

Wilson Francisco Costa e Hercílio Latino e, como recorrido, o Juízo da 18.ª Vara Criminal:

Por ocasião do julgamento dos recorrentes, o doutor juiz *a quo* anulou o processo a partir de seu recebimento do Distribuidor (fls. 18v.), a fim de ser seguido, em juízo, o rito da Lei n.º 1.508, de 19-12-1951, por entender que a contravenção de venda proibida de apostas sobre corrida de cavalos devia ser capitulada no art. 60 do Decreto-Lei n.º 6.259, de 10-2-1944, e não, como fôra, no art. 50, § 3.º, letra "b", da Lei das Contravenções Penais.

Dessa decisão interpuseram os recorrentes recurso em sentido estrito (fls. 42), admitido pelo doutor juiz *a quo* com o seguinte despacho:

"Recurso em sentido estrito, com apoio, embora a petição de fls. 42 seja omissa, no art. 581, inciso XIII.

A rigor, *ex vi legis*, deveria formar-se o instrumento.

Todavia, tendo em vista o que dispõe o art. 583, III, e para obviar as possíveis marchas e contramarchas, recebo o recurso no auto" (fls. 45).

Alegando que o recebimento do recurso nos autos prejudicava o anda-

mento do processo, pediu o Ministério Público reconsideração do despacho, que foi mantido.

Reclamou, então, desse indeferimento, encontrando-se em apenso os autos da reclamação que tomou o n.º 2, e, como preliminar, no presente recurso, requereu, ainda, o Ministério Público a cassação do despacho que lhe determinou a subida nos autos e não por instrumento, a fim de evitar prejuízo na tramitação do processo em primeira instância.

Envolvendo o exame da preliminar o mérito do recurso, concomitantemente com a apreciação deste é dada solução àquela, ficando prejudicada a reclamação em apenso.

Não há falar, na hipótese, em vigência do art. 60 do Decreto-Lei n.º 5.259, de 10-2-1944, como fez a decisão recorrida.

Anteriormente a esse Decreto-lei a contravenção atribuída aos recorrentes era prevista pelo art. 50, § 3.º, letra "b", de Lei das Contravenções Penais, *in verbis*:

Art. 50 — Estabelecer ou explorar jôgo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem êle:

Pena — prisão simples, de três meses a um ano, e multa, de dois a quinze contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos móveis e objetos de decoração do local.

.....
 § 3.º — Considera-se jôgos de azar:

.....
 b) as apostas sobre corrida de cavalos fora do hipódromo ou de local onde sejam autorizadas.

Este artigo foi revogado com a publicação do Decreto-Lei n.º 6.259 de 1944, que invoca a decisão recorrida e rezava nos arts. 60 e 74, o seguinte:

Art. 60 — Constituem contravenções, puníveis com as penas do art. 45 (um a quatro anos de prisão simples e multa de cinco mil a dez mil cruzeiros), o jôgo sobre corridas de cavalos, feito fora do

hipódromo, ou da sede e dependências das entidades autorizadas, e as apostas sobre quaisquer outras competições esportivas.

Art. 74 — Revogam-se as disposições em contrário.

Todavia, posteriormente, foi publicado o Decreto-Lei n.º 9.215 de 30-4-1946, estatuinto:

Art. 1.º — Fica restaurada em todo o território nacional a vigência do art. 50 e seus parágrafos da Lei das Contravenções Penais (Dec.-Lei n.º 3.688, de 2-10-1941).

Art. 2.º — Esta lei revoga os Dec.-leis n.º 241, de 4-2-1938, n.º 5.189, de 15-12-1942, e número 5.192, de 14-1-1943, e disposições em contrário".

Em face do art. 1.º desse Decreto-Lei n.º 9.215, de 1946, parece inexistir quaisquer dúvidas quanto à revogação do art. 60 do Decreto-Lei n.º 6.259, de 1944, na parte referente a jôgo sobre corrida de cavalos, feito fora do hipódromo ou da sede e dependências das entidades autorizadas, pela ripristinação, *apertis verbis*, do art. 50, § 3.º letra "b", da Lei das Contravenções Penais, que passou, novamente, a vigorar.

Entende, contudo, a decisão recorrida que tal não ocorreu, porque "a letra "b" do § 3.º do art. 50 da L. C. P. não constitui figura penal autônoma; é norma meramente explicativa, no passo que o art. 60, do Decreto-Lei n.º 6.259, de 1944, é norma penal autônoma, direito especial e, assim, não foi revogado pela repressão genérica "revogam-se as disposições em contrário", contida *in fine*, no art. 2.º do Decreto-Lei 9.215, de 1946, como pretendem os defensores da vigência da letra "b" do § 3.º do art. 50 da L. C. P. O art. 60, do Decreto-Lei 6.259, de 1944, como direito especial, só poderia ser revogado expressamente como, em relação aos Decretos-leis 241, de 1938, 5.089, de 1942, e 5.192, de 1943, fez o aludido art. 2.º, do Decreto-Lei 9.215, de 1946".

Argumenta, ainda, a decisão recorrida que, após a vigência do Decreto-Lei n.º 9.215, de 1946, "a Lei 1.508,

de 1951, fez expressa referência à contravenção definida no art. 60 do Decreto-Lei 6.259, de 1944, *in verbis*: "Regula o processo das contravenções definidas nos arts. 58 e 60 do Decreto-Lei 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, art. 1.º. O procedimento sumário das contravenções definidas nos arts. 58 e seu § 1.º e 60 do Decreto-Lei 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, podem ser iniciadas por auto de flagrante, denúncia do M. P. ou portaria da autoridade policial ou do juiz" (fls. 52).

São invocados, ainda, para lastro da conclusão a que chegou a sentença recorrida, por seu prolator e pelo representante do Ministério Público, signatário das razões de fls. 48 e 49, dois acórdãos: — um do Tribunal de Alçada de São Paulo (*in Wilson Busada, Contravenções Penais*, São Paulo, 1956, n.º 245, págs. 137/8) e outro do Supremo Tribunal Federal (*in Revista Forense*, vol. 175, Rio, 1958, pág. 302).

Data venia, nenhuma precedência tem os argumentos da decisão recorrida.

Como já acentuado acima, o Decreto-lei n.º 9.215, de 1944, declarando, *apertis verbis*, que ficava "restaurada em todo o território nacional a vigência do art. 50 e seus parágrafos da Lei das Contravenções Penais" (art. 1), não se limitou somente a revogar o art. 60 do anterior Decreto-Lei n.º 6.259, de 1944, por força do § 1.º do art. 2.º da Lei de Introdução ao Código, *in litteris*:

"A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declarar, quando seja com ela incompatível ou quando regule interiormente a matéria de que tratava a lei anterior";

mas ripristinam, também, o art. 50, § 3.º, letra "b", da Lei das Contravenções Penais, como se impunha para a vigência deste, de acordo com o § 3.º do citado art. 2.º da mesma lei, sobre direito intertemporal, *in verbis*:

"Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a sua vigência".

Demais, desconhece a nossa Lei de Introdução ao Código Civil qualquer distinção entre "figura autônoma" e "norma meramente explicativa", para os efeitos de revogação da lei no tempo e admite a revogação tácita (veja-se o § 1.º do art. 2.º, acima transcrito), não havendo, assim, falar da necessidade de o Decreto-Lei n.º 9.215, de 1946, inserir, no seu art. 2.º, expressa alusão ao art. 60 do Decreto-Lei n.º 6.259, de 1944, abrangido, aliás, pela cláusula final do mesmo artigo: — "e disposições em contrário".

De nenhuma relevância, ainda, a circunstância de a posterior Lei n.º 1.508, de 1951, haver se referido, — *en passant* e evidentemente por equívoco, — ao revogado art. 60 do Decreto-Lei n.º 6.259, de 1944, ao invés do ripristinado art. 50, § 3.º, letra b, da Lei das Contravenções Penais.

Trata-se de lei processual, adjetiva, sem força para, em tão gritante conflito de leis, alterar a de direito material, cuja aplicação apenas lhe incumbe, com relações jurídicas de natureza diferente.

Por esse motivo, aliás, o *usus fori* sempre enjeitou a aplicação do procedimento especial, previsto pela Lei n.º 1.508, de 1951, à contravenção de apostas proibidas sobre corrida de cavalos, considerado letra morta, relegado à necropsopia legal.

Como, em frase célebre, disse, muito bem, Von Hering (*A luta pelo Direito* — Trad. de João Vieira de Araújo, Recife, 1885, pág. 41): — "uma norma legal que nunca esteve em vigor ou que perdeu a sua força não merece mais esse nome, é uma roda gasta, que não serve no mecanismo do direito, e que se pode destacar sem lhe desarranjar em nada o movimento geral do conjunto das funções".

Daí, também, a impossibilidade de exumar-se a referência ao art. 60 do Decreto-Lei n.º 6.259, de 1944, feita pela Lei n.º 1.508, de 1951, contra as forças vivas do Direito, palpitanes na vigência do art. 50, § 3.º, letra "b", da Lei das Contravenções Penais.

O acórdão citado pelo Ministério Público, do Tribunal de Alcada Paulista, proferido, com votos divergentes, pela 2.ª Câmara Criminal, na apelação n.º 1.125, acrescenta aos argumen-

tos já refutados da decisão recorrida, o da *voluntas legislatoris*, expressa num dos *consideranda* do Decreto-Lei n.º 9.215, de 1946, no sentido de mirar-se com êle, limitadamente, "às licenças e concessões para a prática e exploração de jogos de azar na Capital Federal e nas estâncias hidroterápicas, balneárias ou climáticas... dadas a título precário, podendo ser cassadas a qualquer momento".

Ora, além de a rubrica do diploma legal focado proibir "a prática ou exploração de jogos de azar em todo o Território Nacional", e haver nos demais *consideranda* referência ampla e genérica a jogos que tais, não colhe mais, hodiernamente, a invocação, da *mens legislatoris* para a exegese das leis, "*ma se deve indagare quale sia la volontà immanente nella legge, le quale una volta creata, esiste in se e per se... Questa concezione... è oggi universalmente ammessa*" (Mario Rondoni, "*Interpretezione della legge*" in "*Novissimo Digesto Italiano*", volume VIII, Torino, 1962, pág. 896).

É, assim, a determinação do sentido objetivo da lei da *vis ac potestas legis*, "destacada do complexo dos pensamentos e das tendências que animaram as pessoas que contribuíram para a sua emanção" (Francesco Ferrara, "*Interpretação e aplicação das leis*" — Trad. de Manuel A. D. de Andrade, São Paulo, 1940, pág. 28), que deve nortear o moderno hermeneuta, pois, com o correr do tempo, conforme bem acentua Francis J. MacCaffrey (*Statutory Construction*, New York, 1963, § 35, págs. 74-75), o testemunho do legislador pode não mais fixar-lhe o sentido (*in the construction of a statute the testimony of members of the legislature wish enacted it will not be considered in fixing its meaning*).

O outro acórdão invocado, do Supremo Tribunal Federal, proferido no *habeas corpus* n.º 30.204, na data remota de 1.º de agosto de 1956, além de não aduzir qualquer argumento em prol de sua conclusão, ficou ali isolado, não ensejando a formação de jurisprudência. "*solus peregrinus*", como bem ressaltou o acórdão desta Câmara proferido na apelação criminal n.º 1.768, da qual foi relator o brilhante e ilustre juiz Oswaldo Goulart Pires, mesmo

porque, na época, por motivos diversos, se encontravam afastados de seus cargos vários ministros, figurando entre eles especialistas na matéria do porte dos ministros Nelson Hungria e Ary Franco (rev. cit., pág. 303).

Inegável, em face do exposto, a vigência do art. 50, § 3.º, letra "b", da Lei das Contravenções Penais, resta o exame do acerto ou não do recurso em sentido estrito admitido nos autos.

Embora com o entendimento de capitular a contravenção atribuída aos recorrentes no art. 60 do Decreto-lei n.º 6.259, de 1944, não necessitava o prolator da decisão recorrida anular o processo, como fez, a partir de fls. 18v., uma vez que foi iniciado por auto de prisão em flagrante tal como o previsto pela Lei n.º 1.508, de 1951. O procedimento sumário, previsto pelo Código de Processo Penal (arts. 536 a 538 e 540) observado nos autos, assegura melhor a defesa dos réus que o sumaríssimo da Lei n.º 1.508, de 1951, devendo, assim, ter sido aproveitado como válido, mesmo na hipótese da capitulação impugnada.

Ao prolator da decisão recorrida se impunha, portanto, *ex vi* do art. 383 do Código de Processo Penal, ao invés de anular o processo, proferir sentença definitiva.

Não o tendo feito, entretanto, a admissão do recurso por instrumento iria, como esclarecido no despacho de fls. 45, tumultuar mais ainda a marcha do processo, pois quase concomitantemente com a subida do recurso ou talvez antes, com a observância do rito sumaríssimo da Lei n.º 1.508, de 1951, teria o doutor juiz *a quo* de proferir sentença definitiva, da qual, haveria certamente outro recurso de apelação, que acolhido importaria na anulação de todo o novo procedimento sumaríssimo mandado observar pela decisão recorrida.

Em frente a esses argumentos não há como recusar a aceitação do recurso nos autos, em exame, atendendo à teoria que os processualistas alemães denominam do "tanto faz" (*Sowohl-als-auch-theorie*) e os italianos da conversão dos recursos (*conversione delle impugnazioni*), a qual conforme o art. 579 do nosso estatuto processual penal: — "Salvo a hipótese de má-fé, a parte

não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro".

Indiscutível, no caso, a ausência de má-fé, a admissão do recurso nos autos logrou a finalidade colimada pelo recurso por instrumento, qual a de não atrasar a solução do processo, condição *sine qua* para a admissibilidade de um recurso por outro, segundo o ensinamento de Otto Schwarz (*Strafprozessordnung*, Münche und Berlin, 1960, pág. 417).

"Der erstrebte Erfolg muss mit dem Rechtsmittel möglichst erreicht werden" (O pretendido sucesso deve ser alcançado com o possível recurso).

Ex positis, acordam os Juizes da 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada, unânime, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, julgando prejudicada a reclamação criminal n.º 2, em apenso, e determinando que o doutor juiz *a quo*, capitulado o ilícito penal atribuído aos recorrentes no artigo 50, § 3.º, letra "b", da Lei das Contravenções Penais, profira sentença no mérito.

Rio de Janeiro, 10 de julho de 1968.
— Osvaldo Goulart Pires, Presidente.
— Jorge Alberto Romeiro, Relator. —
Epaminondas José Pontes.

Declaração de Voto: Quanto a poder ser uma norma de direito material reformada por outra de direito processual, o simples enunciado já situa a proposição como inaceitável, tendendo para o absurdo.

Tratando das regras processuais, disse PONTES DE MIRANDA que, ao contrário do tratamento estático, reservado às regras de direito material, "nelas, em vez de incidência auto-suficiente, há incidência para a realização de outras regras que incidiram ou têm de incidir" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, art. 1.º, nota 4, no fim). A norma processual supõe, sempre, a incidência anterior de norma de direito material. Não pode, por si só e indiretamente, ripristinar lei substantiva revogada e, portanto, revogar lei substantiva vigente. A regra, estaria violada se essa definição não fôsse clara, insofismável. Lei que defina

crime de modo duvidoso não é exequível. Emenda Constitucional, por exemplo, que pretendesse regular o leilão de bens, incluindo expressamente entre os bens escravos, não poderia ser entendida como revogatória da lei áurea, substanciada hoje na garantia constitucional de serem todos iguais perante a lei e no art. 149 do Código Penal, que pune quem reduz outrem à condição de escravo. Seria necessária norma de direito constitucional material, para instituir a escravidão no Brasil e não uma simples norma de direito processual constitucionalizado, que fizesse ressurgir a escravidão *indiretamente*, por necessária interpretação decorrente de ser a norma duvidosa e só por se referir ela a escravos... Quanto a não ser o art. 50, § 3.º, "b", da Lei das Contravenções Penais norma autônoma,

ela é norma completa, porque o branco do *caput* (é proibido o jogo de azar) é preenchido pela referida letra "b": considera-se jogo de azar a aposta sobre corridas de cavalos fora do hipódromo. É como se estivesse escrito: é proibido o jogo de azar consistente em apostas sobre corridas de cavalos fora do hipódromo. Trata-se de norma penal disjunta, que Paoli (*Diritto Penale*, I, nota 13) denominava "norma fragmentária", como está referido por Benjamin Moraes (*Norma Penal* — 1945 — pág. 112). A letra "b" referida não é explicativa, mas complementar, integrativa, funcionando em conjunto com o *caput* do art. 50 da Lei das Contravenções Penais como uma norma só.

Rio de Janeiro, 10 de julho de 1968.
— Epaminondas José Pontes.



UNIÃO INTERNACIONAL DOS MAGISTRADOS

O ilustre internacionalista, tratadista, professor e Vice-Reitor da Universidade da Guanabara, Desembargador OSCAR TENÓRIO, do Tribunal de Justiça dêste Estado, foi eleito presidente da *União Internacional dos Magistrados*, fundada em 1953, em Salzburg, na Áustria. Destina-se a referida instituição, composta de representantes de 28 países, à defesa das garantias da magistratura e ao estudo de problemas jurídicos atuais.

O fato que estamos noticiando é motivo de júbilo para todos os juristas brasileiros pois demonstra a projeção internacional da cultura jurídica brasileira, representada na referida instituição por um de seus expoentes da mais alta expressão. O Des. OSCAR TENÓRIO é o primeiro presidente não-europeu da União Internacional dos Magistrados.

LÚCIO MARQUES DE SOUZA

(1910-1969)

Noticiamos no n.º 9 homenagem prestada ao saudoso Procurador Dr. LÚCIO MARQUES DE SOUZA, na Biblioteca do Tribunal de Justiça dêste Estado. Não podíamos prever que neste número estaríamos noticiando a morte de tão ilustre colega.

LÚCIO MARQUES DE SOUZA, nasceu em 15 de abril de 1910, nesta cidade. Bacharel pela Faculdade de Direito da ex-Universidade do Brasil, colou grau em 12 de março de 1932, tendo efetuado o curso com distinção, o que lhe valeu a outorga de prêmio. Advogado militante, exerceu a promotoria no Estado do Rio de Janeiro de 1940 a março de 1941. Juiz de Casamento do antigo Distrito Federal de 1942 a 1943, ingressou no Ministério Público em 1948. Fêz parte de várias comissões do Instituto da Ordem dos Advogados. Participou da delegação brasileira aos Congressos da International Bar Association e Hispano-Luso-Americano de Direito Penal e Penitenciário, realizados em Madri (1952). Doutor em Direito e Professor da Faculdade de Direito Cândido Mendes, da Faculdade Católica de Direito de Petrópolis e da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara.

De larga visão jurídica, era acima de tudo dominado pela modéstia. Nêle, difícil era distinguir o homem do jurista, o ser humano do profissional. Em ambos, era o mesmo, sempre revelando o traço marcante de sua personalidade: a simplicidade. Homem desprendido, tinha um ar de filósofo, apesar de não ser um ortodoxo. As qualidades do homem eram grandes e não menores as do jurista.

A morte de LÚCIO MARQUES DE SOUZA, ocorrida em 31 de dezembro de 1969, que nos colheu de surpresa, quando parecia estar recuperando-se de grave enfermidade, que o fêz sofrer muito, deixa-nos privados de um colega que na vida só fêz amigos e na profissão, admiradores.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

ELEIÇÃO DE JORGE ALBERTO ROMEIRO A PRESIDÊNCIA DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE ALÇADA

RAUL DA CUNHA RIBEIRO, que fôra um dos maiores advogados militantes desta cidade, ao ingressar no Egrégio Tribunal de Alçada mostrou ser um juiz de escol. Na Presidência, então, dêsse Colendo Tribunal, despontou luminosamente, porque, a par de excelente jurista que sempre foi, demonstrou excelsas qualidades de ótimo administrador (embora "muito económico" — no dizer de alguns — pois reduziu o antigo e farto *lunch* dos Juizes e Procuradores, a um simples chá com biscoitinhos...).

Para suceder ao grande RAUL, felizmente foi eleito outro que se lhe equipara: JORGE ALBERTO ROMEIRO. Este nos diz muito de perto, já que pertenceu ao nosso querido Ministério Público, onde era bastante estimado, e mais conhecido pelo carinhoso diminutivo de *Romeirinho* (de troça, também o chamávamos de *Ron Merino* — não importa... ambos são encantadores e embriagadores).

JORGE ALBERTO vem de uma estirpe de juristas, despontando o seu pai, o Desembargador OVIDIO ROMEIRO; o seu irmão, o notável advogado ROMEIRO NETO; e isto sem falar no filho de JORGE ALBERTO, que já é brilhante Promotor do Estado do Rio.

ROMEIRO, que antes fôra combativo advogado e atuante Procurador da Fazenda, ingressou no Ministério Público, onde chegou até ao penúltimo posto (Curador), só o largando, quando foi escolhido, por merecimento, para o Egrégio Tribunal de Alçada. Trata-se de jurista de inegável cultura, orador fluente, magistrado de bom-senso e trabalhador. Como escritor, porém, a sua refulgência ainda é maior. Destacamos, entre a excelência do muito que já escreveu, quatro magníficas obras, de uma juridicidade sem par: "*Da ação penal*"; "*Revisão Criminal — Aspectos*"; "*O perdão judicial*"; e "*A noite no Direito e no Processo Penal*".

Vamos selecionar quatro pequeninos trechos, respectivamente, dessas obras primas, como exaltação ao nosso ex-colega: 1.º — "Se o elemento constitutivo ou a circunstância agravante de um crime é uma *contravenção*, como, por ex., no caso do art. 140, § 2.º (injúria consistente em vias de fato), não se configura o crime complexo. A contravenção é absorvida pelo crime, em virtude dos princípios *ubi major minor cessat e major absorbet minorem*" (obra cit., pág. 205). 2.º — "Em face do exposto, a natureza jurídica da revisão deflui do direito positivo vigente em cada país, não sendo possível negar-lhe o suprimento das disposições gerais sôbre os recursos, quando, como tal figure na lei, como pretende, *in exemplis*, na Itália, Piomallo, que inadmitte se aplique a ela, por não considerá-la recurso, dispositivo legal semelhante ao art. 580 do nosso Cód. de Proc. Penal" (obra cit., pág. 76). 3.º — "É (o perdão judicial) o instituto jurídico pelo qual o juiz, reconhecendo a existência de todos os elementos para condenar o acusado, não o faz, declarando-o não passível de pena, atendendo a que, agindo por essa forma, evita um mal injusto, por excessivo e o acusado não tornará a delinquir. Todavia, se, diante da exposição feita sôbre os verdadeiros fundamentos do perdão judicial se rendem as demais objeções que, no âmbito da tese dos nossos opositores (como, por ex., a de que o Cód. Penal se refere a *criminoso* passível de perdão, logo deve haver necessariamente imposição de pena, etc.), o mesmo não ocorre no campo do direito processual" (*Revista Forense*, vol. 137, pág. 360). E 4.º — "A magistratura brasileira, considerada a vastidão do nosso *HINTERLAND*, necessita, ainda, do comando da lei para exasperar a pena de certos crimes praticados à noite; e se é exato, como já se tem escrito, poderem ser mais perigosos os ladrões diurnos que os noturnos, pela certeza de, à luz do dia, serem surpreendidos, reconhecidos e estarem, assim, preparados para, em sua defesa, agredirem, não é menos verdade que, no sistema do nosso Código, como bem esclareceu NÉLSON HUNGRIA, a majorante do repouso *noturno*, no crime de furto, nada tem a ver com a maior ou menor periculosidade do agente (critério informativo da medida de segurança), mirando, única e exclusivamente, a "assegurar a propriedade móvel contra a maior pre-

cariedade de vigilância e defesa durante o recolhimento das pessoas para o repouso durante a noite. Critério estritamente objetivo" ("Estudos de Direito e Processo Civil em homenagem a NELSON HUNGRIA", pág. 206).

Muitas felicidades, portanto, ao novel Presidente, é o que formulamos em nome do Ministério Público.

JORGE GUEDES

15.º Procurador da Justiça

DA REVISÃO DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA, EM FACE DO ACÓRDO DE MONTREAL, DE MAIO DE 1966

I — INTRODUÇÃO

Diante do acôrdo de 4 de maio de 1966, de Montreal, certamente que há necessidade urgente de ser revista a Convenção de Varsóvia, mesmo com as modificações pelo Protocolo de Haia, de 1955, a fim de que não fique a mesma inaplicável, sem qualquer sentido objetivo. De fato, se o acôrdo de Montreal foi fixado parcialmente para os contratos de transporte realizados tendo em vista um local situado nos Estados Unidos da América, que como ponto de partida ou de destino, quer como de escala — acôrdo êsse, como se sabe, impôsto pela organização administrativa daquele país (CAB) — outros acordos de sentido idêntico ou semelhante ou que visem modificar o sistema da Convenção de Varsóvia e do Protocolo de Haia, ou alterar qualquer de suas disposições, poderão também ser estabelecidos entre algumas empresas de navegação aérea. Esses procedimentos tornarão sem qualquer valor os próprios convênios internacionais, firmados pelos Estados contratantes. A ratificação desses convênios tornar-se-ia simples farsa, um ato de direito internacional sem qualquer alcance prático ou real, como salienta R. H. MANKIEWICZ (*Le statut de l'arrangement de Montreal...* in Rev. Fr. D. Aerien, 1967, 4, págs. 384, segs.). Haveria, portanto, a modificação, por acordos particulares, de dispositivos legais firmados naqueles convênios internacionais. Seria como a alteração de uma norma legal baixado pelo poder competente de um Estado mediante a simples vontade das partes sem que o texto legal ressaltasse essa hipótese. Sempre que o texto legal permite que a vontade das partes possa prevalecer, êle próprio expressamente fixa a ressalva nesse sentido. Certo que o texto da Convenção de Varsóvia e do Protocolo de Haia, no art. 22, *in fine* expressamente admita acôrdo especial entre as partes contratantes, isto é, entre o passageiro e o transportador para a fixação de um limite superior. Na hipótese, do acôrdo de Montreal não pode ser justificado com essa ressalva, já que não derivou da vontade das partes contratantes interessadas no contrato de transporte: passageiro e transportador. O que ali se fêz constitui verdadeira aberração jurídica. Equiparar-se-ia, pois, a um acôrdo firmado entre empresas visando a desobediência de uma determinação legal. Para evitar a provável ineficácia dos Convênios de Varsóvia e Haia é que forçosamente se torna recomendável a sua modificação, a fim de que possa atender as condições que as empresas e os governos julgarem oportunas.

As convenções internacionais — como quaisquer leis — não devem ficar estáveis. Devem também acompanhar a evolução da vida social, para que atendam às exigências atuais.

II — RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Assim, se na prática, verdadeiramente tem sido quase impossível a aplicação da defesa do transportador com base no previsto no art. 201 da Convenção, o que torna, evidentemente, a responsabilidade do transportador de forma absoluta, não há razões que se oponham à eliminação daqueles dispositivos, conforme já se pronuncia a SBDAE, através o relatório do Prof. ARNOLDO WALD. De fato, o dispositivo do art. 20, 1 da Convenção de Varsóvia não pode ser interpretado ao pé da letra, como fêz ver CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES, pois se o transportador tivesse realmente tomado tôdas as medidas necessárias o acidente não se pro-

duziria; o texto teve em mira obrigar o transportador a tomar medidas cabíveis razoáveis (*in Rev. D. Aer.* 1967, n.º 12, pág. 37, VIII). Por outro lado a responsabilidade será coberta pelo seguro e os seguradores cientes desse princípio, já calculam o prêmio de seguro levando em consideração a gravidade do risco assumido.

III — LIMITES DE RESPONSABILIDADES

Em conseqüência os limites de responsabilidade poderão ser aumentados, desde que seja fixado não só a importância máxima a que o transportador está obrigado a indenizar, como também a quantia mínima que deverá pagar pelo menos no caso de morte de cada passageiro.

Isso evitará que os interessados na vítima, muitas vezes, em condições humildes, tenham que aguardar tempo e dispendir dinheiro para obter o pagamento da indenização. Por outro lado permitirá que, com um mínimo fixado, possa o transportador liquidar sua responsabilidade, sem o processamento e o ônus de uma ação judicial, além de impedir que o transportador possa obter esse resultado através uma liquidação amigável, talvez injusta e assaz reduzida para os interessados na vítima.

Com relação aos ferimentos sofridos aí sim, não haverá que ser fixado qualquer mínimo, pois dependerá sempre da natureza dos danos sofridos pela vítima, que deverão ser comprovados, permanecendo o máximo estabelecido como o limite a que responderá o transportador.

Convém ainda que no texto fique consignado de forma expressa o direito que tem o transportador de, mediante ação regressiva contra terceiros, causadores do acidente, reaver o que pagou à vítima. Evitar-se-á, com isso, que a ação contra o transportador não seja protelada com chamamento de terceiro a juízo, a fim de não haver prejuízo para a vítima ou os que nela tenham interesse, como no caso em que o causador de acidente esteja situado em território tal que a sua convocação à ação exija medidas que importem em pesados ônus.

IV — AVISO AOS PASSAGEIROS

Com relação ao aviso dado aos passageiros que deverá constar do respectivo bilhete de passagem conforme determina a Convenção de Varsóvia, com a modificação do Protocolo de Haia (art. 3, 1, e) poderá o mesmo ser mantido, embora seja, então, preferível, que a declaração seja feita nos moldes indicados pelo acôrdo de Montreal, isto é, com caracteres bem distintos e com tinta de outra natureza ou outra côr. Esse aviso, aliás, pouca importância teria, pois uma vez ratificada e promulgada a Convenção, valerá sempre como norma legal, e a ninguém é lícito alegar o seu desconhecimento.

V — PROPOSTA PARA A MODIFICAÇÃO DO TEXTO

"A responsabilidade do transportador para cada passageiro, em caso de morte, ferimentos ou qualquer outra lesão corporal será limitada à quantia máxima de..... inclusive honorários e custas judiciais ou de..... acrescidos de honorários advocatícios e custas judiciais, valendo esta segunda alternativa para os países cuja legislação contemplar separadamente tais parcelas, não podendo ser inferior, em caso de morte, a 35% do limite máximo acima estipulado. Se o acidente se der por culpa de terceiro, não deverá este ser convocado à ação entre a vítima e o transportador, que terá, então, o direito de reaver do causador do dano o montante da indenização paga."

J. C. SAMPAIO DE LACERDA
Juiz do Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

PROBLEMAS DA EXECUÇÃO PENAL DA ATUALIDADE

Senhor Presidente! Minhas Senhoras! Meus Senhores! Permita, Senhor Presidente, que eu lhe agradeça, antes de tudo, o convite para falar hoje, aqui, sobre o tema "Problemas da Execução Penal na Atualidade".

Aceitei de boa vontade o convite pelos mesmos motivos que fizeram que eu me dedicasse durante quarenta anos à execução penal, atividade esta que mantive até hoje, com exceção dos anos de 1933 a 1945.

GOETHE disse uma vez, quando suas obrigações oficiais o puseram em contato com detentos: "Eu fujo da impureza". Mas, apesar disso, êle cumpriu seus deveres oficiais.

Que queria GOETHE dizer com aquilo?

Não pertence o convívio com os detentos também àquela esfera, da qual é lícito dizer: a gente gostaria de fugir do impuro, mas, apesar disso, tem a obrigação, devido a um genuíno compromisso, de continuar na tarefa?

Queiram os Senhores, pois, escutar minhas exposições, com base neste compromisso.

Permitam-me, também, que lhes fale e dê exemplos tirados da experiência do meu trabalho, como diretor de penitenciária, como chefe da administração penitenciária no Hesse, e como chefe da seção de execução penal do Ministério de Justiça de Hesse.

O tema "Pena de Privação da Liberdade" é muitas vezes discutido na atualidade; em ligação com a reforma do direito penal, é apresentada, com paixão, a exigência da reforma da execução penal.

Os jornais, revistas e outros veículos informativos tentam descrever a situação e a vida do indivíduo sem liberdade. Eu queria lembrar que é muito difícil para uma pessoa de fora sentir aquele mundo diferente das idéias; compreender, no entanto, a situação, já constitui o pressuposto para a reforma.

Aquêle que relata os sofrimentos da própria detenção, descreve logicamente tudo o que viu no ambiente da penitenciária, de um ponto de vista subjetivo. Disso resulta que a execução da pena ora é apresentada como atrasada ou superada, ora como liberal demais.

O acesso porém, à compreensão desses problemas não se consegue somente através da emoção.

É preciso que se estude calmamente, e com isenção, o problema geral da execução penal dentro do cultivo do direito. No final de contas, só aquêle que já exerceu cargo de responsabilidade neste terreno, estará autorizado a emitir opinião a respeito dêle.

Mas é sempre importante aproveitar as oportunidades, para falar, em público, acerca destas questões.

Uma opinião crítica a respeito da execução de penas privativas da liberdade é mais provavelmente encontrada nos homens práticos, os quais, mais freqüentemente, criticam os métodos vigentes de executar a pena.

Vamos partir do conceito de que a privação da liberdade é um meio punitivo legal, para o qual ainda não foi achado substituto adequado, nem na teoria, nem na prática. Devemos fixar na mente: nenhum resultado negativo ou positivo da execução da privação de liberdade pode e deve ser atribuído exclusivamente a êste meio punitivo.

A ciência da criminologia reconhece que há múltiplas causas para o primeiro crime e também para a reincidência, e que, até agora, sabe-se pouquíssimo sobre os pressupostos para a sua prevenção.

Disse, certa feita, um professor holandês: o penalista Röling: "A influência do contato humano é incalculável. Em qualquer circunstância, não se pode excluir o milagre que surge das relações humanas. Mas não se pode cimentar nenhum sistema de pena sobre a possibilidade do milagre."

Esta formulação está certa, mas ela tende a simplificar demais; o problema consiste em indicar o caminho para harmonizar a situação tensa, dificilmente solúvel, entre pena legal e tratamento penitenciário, por um lado, e do outro, a meta da supressão da futura reincidência.

2. A execução penal na Alemanha acha-se, atualmente, numa fase de transição. Justamente esse fato nos obriga a elaborar uma concepção clara da tarefa da execução penal, e a concretizá-la por todos os meios legais.

Relembrando a situação nas penitenciárias alemãs, nos últimos decênios, eu gostaria de focalizar a diferença, na apreciação do estado de coisas reinante nos períodos de 1923 a 1933, e de 1945 a 1966, no que tange ao complexo dos problemas em foco.

É verdade que os responsáveis pelo primeiro período professavam as mesmas convicções que estão cristalizadas no artigo 1.º da Constituição do mesmo modo que os responsáveis pelo segundo período, mas estas convicções ainda não surtiram o suficiente efeito no vasto público.

Portanto, em primeiro lugar, como já referi, deve ser evidenciada uma clara concepção da tarefa a empreender; em segundo lugar, deve essa concepção ser divulgada e aprovada pelo público, sobretudo pelas entidades parlamentares e, finalmente, posta em prática por especialistas.

Antes de iniciar esses trabalhos de reforma, torna-se necessário estudar a fundo o atual estado de coisas na execução penal da República Federal da Alemanha. Conhecemos, é verdade, numerosos pormenores da prática da execução em outros estados, mas não visualizamos a situação, desta elevada plataforma federal, e, por conseguinte, não temos oportunidade de comparar, entre si, tais realidades.

Quero evidenciar que esta lacuna se tornou visível, quando, no dia 2-3-1966, durante a 24ª sessão do Parlamento Federal, se estudou a questão das celas de "acalmamento" nas prisões. Se houvesse tal investigação sobre as penitenciárias alemãs, em geral, teria sido mais fácil responder a esta questão. Deveríamos estar na obrigação de mandar fazer uma investigação desse tipo.

Antes de mais nada é preciso esclarecer a quem compete decretar que os estados se prontifiquem a ordenar investigações dessa natureza, nas penitenciárias sob sua jurisdição, quem as deve realizar e quem deve estudar e apresentar os resultados. Não se trata de sugestão minha, pois existe um precedente na história do penitenciarismo.

No ano de 1938 foram feitas investigações desse tipo no Canadá pela "Royal Commission to investigate the penal system"; somente depois de conhecidos os resultados, foi realizada a reforma da execução da pena.

Lógicamente deveria, se possível simultaneamente, proceder-se a cuidadosos estudos sobre a organização do sistema penitenciário, em cada um dos estados alemães, visto nêles existirem diferenças que merecem ser examinadas. Somente depois desses estudos é que se decidiria sobre a mais adequada estruturação das entidades penitenciárias.

É necessário ter nisso coragem para derrubar eventuais tabus. Ouvi dizer que uma comissão do Estado da Renânia do Norte-Westfalia visitou a Suécia. Lá existem organizações penitenciárias que poderiam corresponder às nossas exigências.

Nesta altura chego à pergunta: Qual a posição que a execução penal ocupa dentro do quadro do cultivo do direito penal? Também aí não posso entrar em minúcias, mas devo apenas destacar o seguinte: do ponto-de-vista da execução penal, deveriam distinguir-se três instâncias: a que procura punir; a que decreta a punição e aquela que a executa.

Em cada instância realizam-se tarefas muito específicas; portanto, cada uma deve dispor de formas especiais de organização.

As peculiaridades da instância executora da pena deveriam ser reconhecidas por meio de uma entidade oficial executora. Não se trata apenas de um desejo dos que labutam na execução penal, mas de uma necessidade real.

3. Entretanto, o grande número dos problemas resultantes do tema, sobre os quais tenho que falar agora, obriga-me a fazer uma delimitação.

Por isso vou falar, exclusivamente, sobre a execução penal referente a presos masculinos, não me podendo dedicar à questão da execução penal em relação a delinquentes juvenis e, muito menos, em relação a mulheres.

Para tornar mais compreensível a extensão do problema, deixem-me referir algumas cifras: no dia 31 de março de 1964, achavam-se recolhidos aos estabelecimentos penais alemães legalmente condenados, 48.012 internos, sendo 45.458 do sexo masculino e 2.554 do sexo feminino.

O número dos detidos sob medidas de segurança, na mesma data, era de 905, dos quais 879 masculinos e 35 femininos; de jovens (entre 14 e 18 anos), havia 877, dos quais 861 masculinos e 16 femininos; e de adolescentes (entre 18 e 21 anos), existiam 4.259, dos quais 4.153 masculinos e 106 femininos.

A respeito de outro tema — o da prisão preventiva —, eu também gostaria de fornecer dados. Nas penitenciárias da República Federal achavam-se, no dia 31-12-64, 13.271 pessoas recolhidas preventivamente. A situação desse grupo de pessoas merece atenção mais forte, e explicação mais detalhada.

Acêrca da execução penal juvenil, quero observar apenas o seguinte: possumos, no artigo 91 da Lei Penal Juvenil de 1953, uma regulamentação das metas da execução penal no caso de menores. Permitam-me, pois, que eu lhes leia este artigo 91, porque entre outras coisas, ressalta dêle nitidamente o que ainda falta para a execução penal referente aos adultos.

Dêsse artigo resulta:

I. Durante a execução da pena cominada ao jovem, deve êle ser educado no sentido de levar, futuramente, em sua vida, uma conduta honesta e cheia de responsabilidade.

II. São bases desta educação, a disciplina, o trabalho, o ensino, a ginástica e a ocupação inteligente e adequada das horas de folga. A capacidade profissional do sentenciado deve ser estimulada e devem ser instaladas oficinas para o ensino profissional. O atendimento religioso é garantido ao detento.

III. Para alcançar a meta educacional almejada, pode ser abrandada a forma da execução e, em casos propícios, de modo mais amplamente liberal.

IV. Por outro lado, os funcionários penitenciários devem possuir aptidão para a tarefa, e ter recebido formação especializada.

Com base nos elementos dêste enunciado, foi possível iniciar o funcionamento da primeira penitenciária de jovens da Alemanha, que se instalou em Wiesbaden, faz alguns anos. Se não existisse a Lei Penal Juvenil, provavelmente teríamos tido muito menos êxito na instalação das oficinas de ensino profissional; e não teriam sido feitas tôdas as instalações exigidas pelo citado artigo 91, para estimular as capacidades.

Nessa altura, posso, mais uma vez, agradecer a honra que os Srs. e as Sras. do Parlamento do Estado da Renânia do Norte-Westfalia nos fizeram, ao visitar a penitenciária de Wiesbaden.

Ainda queria chamar a atenção para mais uma dificuldade: até agora não se pôs em relêvo, nem se assinalou, suficientemente, a diferença entre a execução de pena cominada a delinqüentes menores, e a de pena de privação de liberdade imposta a adultos.

Uma linha divisória dessas execuções deve ser feita em face da diferença de metas existentes entre as duas. Outro problema consiste em diferenciar as metas das penas dos jovens, das metas da educação correcional. Também este problema merece apreciação.

Até aqui, tratamos da execução penal no caso de jovens. Quais são, agora, as metas da execução penal referente aos adultos? Entre peritos corre a resposta: ressocialização para quem infringiu a lei. Eu prefiro dizer, mais modestamente: evitar que o ex-apanado reincida no crime. Permitam-me que eu lhes explique o seguinte: a Alemanha, ao longo de sua história trágica, que se reflete naturalmente na história de sua execução penal, figura entre as primeiras nações civilizadas que se têm esforçado para tornar clara a questão.

Já no ano 1846, discutiram filantropos e especialistas em Frankfurt (Meno) sôbre qual seria o melhor método para atingir a meta da execução penal, com privação de liberdade. Mais tarde, o penitenciarista Krohne, e os grandes reformadores do direito penal, Franz von Liszt e Gustav Radbruch procuraram um método apropriado. Radbruch, na qualidade de Ministro da Justiça do Reich, teve decisiva influência sôbre os conhecidos "Princípios para a Execução das Penas com Privação da Liberdade". Isso no ano de 1923.

Radbruch solidarizou-se, nesses "Princípios", com o sistema da execução progressiva; mas esse desapareceu, nos anos turbulentos de 1933 até 1945. Depois de 1945, foi preciso tentar construir tudo de novo.

4. A prática da execução penal da atualidade procura criar, no estabelecimento penal, dentro da monotonia de todos os dias, uma situação semelhante à liberdade, sem descuidar o princípio da segurança.

Temos que envidar esforços para dar ao detento, durante a execução da sua pena, a oportunidade de se locomover como se estivesse em liberdade. Vou explicar este conceito, em seguida, mencionando um exemplo. Mas, antes de alcançar esta meta, é necessário que se cumpra ainda numerosas exigências, exigências de caráter psicológico, cuja origem está na própria instituição e que envolvem, principalmente, os colaboradores, quer dizer, os funcionários da execução penal.

Eu já disse noutra oportunidade que, em 1846, representantes das nações civilizadas fizeram a tentativa de apontar e definir as metas da execução. Porém, somente em 1955, os representantes dos governos de numerosos estados, no primeiro Congresso Internacional promovido pelas Nações Unidas, estabeleceram uma seqüência de "regras mínimas" para o tratamento a ser dispensado aos presos e para a prevenção contra o crime.

Essas "regras mínimas" esforçam-se por formular, acima das contravérsias das Escolas do Direito Penal, e além de fronteiras nacionais, o conceito da meta da privação da liberdade, quer dizer, o tratamento adequado a ser dado ao infrator da lei.

Nosso código penal ainda vigente, regula as metas da punição pelo Estado desde 1871. Apesar de todos os esforços não se conseguiu, até agora, criar quantitativamente as bases jurídicas para a execução da pena. Os poucos e escassos artigos constantes da legislação vigente não bastam. Assim, tentou-se suprir a lacuna, provisoriamente, entre outras medidas, por meio de uma regulamentação da execução penal e dos serviços pertinentes, para todo o território federal, que entrou em vigor a 1.º de dezembro de 1961. Essa obra resultou dos trabalhos de uma subcomissão da conferência dos Ministros (Secretários, pela nomenclatura do Brasil) da Justiça dos Estados alemães.

Esta solução federal é, naturalmente, uma etapa intermediária, mas penso que devemos estar satisfeitos com a sua existência.

Permito-me ler para os Srs. esta norma, que me parece fundamental, e extraio do texto do citado regulamento: "A execução deve despertar e fortalecer, no preso, a vontade e a capacidade de levar futuramente uma vida ordeira e respeitadora das leis".

Se queremos tirar conclusões dessas realidades, então convém recomendar ao legislador que fundamente as metas da execução da pena de adultos por meio de leis.

5. Para definir a relação entre direito penal e execução penal, quero ler umas palavras de Franz von Liszt, escritas em 1889: "Acreditamos poder gozar de unidade jurídica, no terreno do direito penal, em todo o território do Reich Alemão, porque, em Berlim e Munique, em Hamburgo e Stuttgart, o Juiz Criminal profere sua sentença segundo os artigos do mesmo código penal. Mas não levamos em conta que a sentença condenatória somente através da sua execução adquire conteúdo e significado, e que três anos de prisão podem ter importância muito diferente, segundo a penitenciária onde a pena é executada, e podem, assim, resultar em castigo totalmente diferentes, apesar do mesmo denominador e numerador. Não é o juiz, mas, sim, o diretor da penitenciária, que dá significado e conteúdo à sentença judicial, e este diretor empresta vida e força às ócas ameaças punitivas do código".

Contudo, é claro, assim acentua Franz von Liszt, que os pensamentos básicos da execução penal devem adaptar-se às metas que o legislador objetiva através da pena.

Convém pesquisar isso e, ao mesmo tempo, inversamente perguntar: Que, de útil, pode produzir a execução penal? De que possibilidade dispõe ela? E onde estão os seus limites? A situação atual é insatisfatória. Deve-se despen-

pende o máximo esforço para investigar esta questão, a fim de tentar uma mudança.

Não desconhecemos as dificuldades duma regulamentação legal da matéria. Temos visto como a Grande Comissão para o Direito Penal, no curso dos preparativos para o projeto dum novo código do Direito Penal, nos anos 1954 até 1959, trabalhou de maneira incrivelmente cuidadosa. Não obstante, alguns sugeriram que se constituísse, simultaneamente com essa comissão, outra para o estudo da execução penal e a conseqüente elaboração de uma lei sobre a execução; não se fez isso, infelizmente.

É verdade que — louvado seja Deus! — o Ministério da Justiça mandou elaborar algumas teses sobre a execução, e fez publicá-las como "Material para a reforma do Direito Penal"; porém, minhas Senhoras e meus Senhores, esses textos científicos contribuem certamente para o ensino, mas não fornecem os decisivos pressupostos para esclarecer as questões da execução, nas vésperas duma codificação definitiva.

Nesta correlação, gostaria eu de perguntar: tem a nossa era de transição, em todo sentido, a maturidade para legislar no terreno do Direito Penal e da execução penal?

Não se pode negar o fato de que a nossa ordem social vive uma fase transitória e que, no Direito Penal e pelo que toca à execução, abundam muitas questões cujos detalhes infelizmente não posso desenvolver em mera conferência, mas que é possível resumir em seis pontos:

I. Aplicação unitária, ou seja, aplicação de penas privativas da liberdade, conjuntamente com medidas de segurança. Deve o Direito Penal, baseado na responsabilidade ou na culpa, continuar existindo, paralelamente à defesa social, na presente regulamentação?

II. Pena unitária, como significando sua execução, indiferentemente, em prisão comum ou em penitenciária, como até agora? A execução exige a pena única.

III. Pena curta de privação da liberdade. Na maioria dos estabelecimentos penais alemães, a metade dos detentos entram com penas que não excedem nove meses. A pena curta de perda da liberdade, deveria ser decretada raramente, ou melhor, nunca.

IV. Pena relativamente indeterminada, no tempo, para adultos. A condenação relativamente indeterminada, como se acha codificada na Lei Penal para Jovens, e se aplica aos menores, tem dado bons resultados. Deve ser ela introduzida, também, no Direito Penal para adultos?

V. Custódia para infratores juvenis. A custódia de segurança máxima para adultos é questão controvertida na teoria e na prática. Apesar disso, deve ela ser mantida, legalmente, para menores?

VI. Casa de custódia psiquiátrica. Essa tarefa médica precisa ser minuciosamente estudada.

Esses seis mencionados problemas, e outros que concernem à execução, após debates na Grande Comissão para o Direito Penal, e sem consulta de suficiente número de penitenciariastas, foram decididos de antemão, com aproveitamento das deliberações, para o projeto de código penal, de 1962.

Do ponto-de-vista da execução não foram, de maneira nenhuma, esclarecidos esses problemas, visto que teoria e prática devem harmonizar-se entre si.

A fixação legal das metas da execução tem que ser feita com urgência. Eu acho que a discussão sobre uma nova lei da execução penal poderia ser adiada um pouco, fazendo-se esforços para regular primeiramente as metas da execução para adultos, através do exame de um ou de alguns poucos artigos do existente código penal.

É verdade que isto acrescentaria mais um projeto aos 70 que temos para modificação do Código Penal de 1871, mas criaria um ponto de partida para futura regulamentação legal das metas da execução. Contudo daria outra vantagem: o público veria esta questão mais próxima de uma solução; o cultivo do Direito Penal possuiria uma diretriz, e o funcionalismo receberia instruções claras, a serem cumpridas com toda energia e dedicação.

Não se esqueçam, por favor, daqueles que estão sujeitos à execução! Eles não devem ter a sensação de que tudo quanto Franz von Liszt falou dos dirigentes de penitenciárias continua no mesmo.

Ainda que esse dirigente, em razão de sua personalidade, determine o caráter de sua penitenciária, de modo nenhum é ele quem decide o significado e a realização da pena de privação da liberdade.

Além disso, normas lançadas por via de decreto não são levadas a sério. Somente quando a lei claramente o estabelece, há esperança de se realizar algo.

Por ocasião de uma reforma da execução, sistematicamente feita, deveriam ser criadas, portanto, as suas bases jurídicas, e nunca negligenciada uma porção de outros pressupostos.

Nisso ponho, em primeiro lugar, o que é pertinente ao pessoal, julgando muito útil que sejam considerados depois os problemas institucionais e os de organização, como os do tipo psicológico e metódico.

Disse Bernard Shaw, há 50 anos, que a pena com privação da liberdade era uma corrida entre os males da prisão e os da favela. Ele quis dizer, com isso, que as condições de vida nas penitenciárias eram de nível comparável àquelas da favela. Desde então, a situação mudou. A sociedade livre, e com ela o grupo sociológico dos presos com o qual lidamos, tem-se transformado desde a base. Em geral foram introduzidos melhoramentos higiênicos nas penitenciárias, mas mesmo assim, ainda falta muita coisa. — Que se deve fazer, por exemplo, para transformar essas velhas cidadelas medievais, onde ainda hoje são cumpridas as penas de prisão, para que elas satisfaçam as exigências da atualidade?

Vou responder, a esta pergunta, em outro lugar.

Direi, agora, uma palavra, do ponto-de-vista prático, sobre o tamanho da penitenciária. Precisamos dum tratamento individualizado dos presos; por isso, sugerem as "regras mínimas" da ONU, de 1955, com muita razão, que se criem penitenciárias menores e de tamanho médio, quer dizer, penitenciárias que possam ser controladas facilmente com a vista, para tirar a oportunidade aos presos de se ocultarem no anonimato e de aproveitarem a "calmaria". Além disso, nas penitenciárias mamute, é exigido trabalho demais do segundo grupo sociológico, dos funcionários. Eu acho acertado limitar o número dos presos adultos a 350. Para nenhum projeto de construção nova devem ser recomendados tamanhos enormes.

A colaboração entre funcionários e presos exige limitação de número. Basta pensar que se necessita de 100 funcionários para cada grupo de 350 presos, visto que o revezamento exige, para cada posto de serviço, de dois a três servidores.

Acrescente-se a isso a flutuação dentro das penitenciárias. Isso representa outro problema incompreensível para o público de fora. A metade das penas de liberdade fica abaixo de nove meses, um quinto abaixo de três meses. Numa penitenciária destinada a penas breves, dá-se a movimentação de um pombal, com entrada diária de novatos e saídas de egressos. Esses fatos dificultam a execução, a qual sobretudo visa a impedir a reincidência, e tornam difícil a prestação de ajuda pessoal, quando solicitada. Essa flutuação exige de cada funcionário excessiva presteza.

6. Se, apesar das dificuldades aqui brevemente expostas, e oriundas da própria natureza das coisas, se quiser obter uma solução, para já, deve ser atendido um número de outros pressupostos que atendam a matérias pertinentes à organização e aos problemas psicológico e pedagógico.

Em primeiro lugar, devem ser distinguidos três períodos durante a execução: a) a permanência do recipiendário na seção de ingresso; b) a vida na execução normal da pena; e c) a transição para a liberdade.

A partir do primeiro dia, após a entrada na penitenciária, já deviam ser tomadas as providências visando a preparar o primeiro dia da liberdade. A execução não pretende somente ter "bons presos", mas pensa no prêso de hoje como cidadão de amanhã.

Dessas e outras reflexões surge a necessidade de subdividir o dia do prêso em trabalho, folga e descanso. O trabalho realizado pelo prêso em comum com outros, sob vigilância; o tempo de folga, que, de acordo com a conduta obser-

vada, êle o passa em companhia vigiada ou liberalizada, e o tempo do descanso, em cela individual.

O fator determinante nessas questões é a posição básica do homem livre em confronto com o prêso.

Nada de falso humanitarismo ou sentimentalismo, mas também nenhuma dureza, que exclua todo "querer compreender", deve ser adotada. É uma anti-quíssima realidade apresentada pela experiência; é uma lei constante e férrea: "Quanto mais brutal fôr o castigo, tanto mais brutal se torna o crime" (Krohne).

Sobretudo, é necessário que se leve o prêso a sério. Quanto a êste axioma, vou dar-lhes um exemplo: Temos no Hesse, desde 1946, que foi o primeiro período legislativo do parlamento hesseniano, uma Comissão para Prisões, ou seja, um subcomitê do Comitê jurídico do dito parlamento. Em companhia dêsse subcomitê, visitamos, em 1947, uma penitenciária ao norte do país. Lá um membro do comitê (uma deputada) pediu informações a respeito de certa funcionária, a qual, estando ainda em serviço, foi logo chamada. A deputada agradeceu à funcionária a sua atitude humanitária para com ela (deputada), durante o tempo em que esteve na prisão como prêsa política, e relatou, então, episódios dessa época.

A mesma relação de confiança entre funcionários da penitenciária e os membros da Comissão para Prisões foi mantida, através de todos os períodos legislativos, fato êste que ajudou muito a estruturação e organização do nosso sistema penitenciário.

Permitam-me mencionar, ainda, outro exemplo de atitude humanitária em relação a presos. É provável que conheçam o nome de Mathilde Wrede, o "anjo dos presos" do sistema penitenciário finlandês. Mathilde Wrede, e o que segue me foi contado pela sobrinha dela, quando, em 1964, esteve na Finlândia, viajou pelo norte do país, visitou ex-presos, e soube que um dos seus protegidos deveria ser condenado novamente, na Finlândia Central, pelo próprio irmão dela, que era juiz naquele distrito: Mathilde tomou parte nas sessões, porém teve que voltar ao Norte, logo após. Pediu, então, ao irmão que providenciasse uma xícara de café para o prêso em questão, que seria levado ao Sul pelo transporte ferroviário. — Que fêz o irmão de Mathilde Wrede (aqui eu sinto a presença do irmão de Mathilde, não do juiz)? Levou, com as próprias mãos, a xícara de café ao prêso.

Essa grandeza da alma, essa atitude básica, dá a medida do comportamento dos livres para com os presos.

Agora vou contar-lhes outro fato que mostra o efeito duvidoso que tem sobre presos a execução penal de tendência sócio-pedagógica e ressocializante. Na penitenciária de Untermassfeld, na Turingia, — que era de segurança máxima —, onde trabalhei até 1933, a execução era aplicada, com permissão da autoridade inspetora, de modo progressivo e individualizante.

Depois de adotado o método nazista de tratar presos, chegaram ao seu fim êsses esforços humanitários e a execução repressiva substituiu a construtiva.

Um amigo meu falou com alguns presos da referida penitenciária, no ano 1937, os quais tinham visto a mencionada mudança de tratamento. Quando êle fêz a pergunta — "Qual dos dois tratamentos era o melhor, o brando (antigo) ou o duro (nôvo, nazista)?", recebeu, como resposta: "Agora está muito melhor! Antes nós tínhamos que fazer esforço demais!" Êste exemplo prova que a execução moderna, acertadamente aplicada, possui quase o aspecto dum mal para os criminalmente afetados e os vagabundos (vadios natos), porque põe à mostra as fraquezas do seu caráter, enquanto a execução repressiva possibilita ao prêso continuar vivendo a sua vida de folgazão marginal, sem introspecção, sob a capa duma disciplina externa (Sieverts).

O pressuposto para aplicação do tratamento sócio-pedagógico exige a pesquisa da personalidade por uma equipe de peritos psiquiatras. Permitam-me referir uma série de questões, que, em 1791 já eram chamadas "interrogatório psicológico" dos presos (Wagnitz).

Antes de ser iniciado o tratamento, na execução, onze perguntas deveriam ser formuladas ao prêso:

- 1) A formação ética dos pais e irmãos;
- 2) A educação física, psicológica e moral que tiveram;
- 3) Companhias, convívio e relações;
- 4) Conceitos sobre Justiça e Injustiça e sobre Religião;
- 5) Gênero de sua ocupação profissional;
- 6) Determinação de suas convicções e preconceitos;
- 7) Motivos e impulsos que o fizeram cometer o crime;
- 8) A seqüência de idéias que se seguiram até o momento do crime;
- 9) O entrelaçamento das circunstâncias que precederam a execução do crime;
- 10) Pensamentos e sensações da alma antes, durante e depois do crime;
- 11) Pontos-de-vista sobre o crime, antes e depois de cometê-lo.

Minhas Senhoras e meus Senhores!

Este interrogatório psicológico de 1791 é realizado, hoje em dia, como diagnóstico, por ocasião do ingresso dum prêso, embora usando linguagem modernamente formulada; nesta altura queria assinalar como são diferentes, na prática da execução, os pontos-de-vista sobre qual a maneira mais adequada e proveitosa de se pesquisar a personalidade.

Devem-se organizar seções de observação psicológica autônomas, dentro de cada penitenciária, ou devem ser instaladas instituições independentes como centros de observação e pesquisa que atendam simultaneamente várias penitenciárias?

Temos, em cada estabelecimento penal autônomo, no Hesse, um psicólogo incumbido da tarefa de realizar, na seção dos ingressos, pesquisas da personalidade (diagnóstico mental), que devem ser continuadas durante todo o tempo da execução (terapia) e reexaminadas. Sobretudo, deve êle dar conselhos e ajudar aos funcionários da vigilância, que naturalmente desempenham o maior esforço na execução, contribuindo assim para criar em toda a penitenciária uma atmosfera de confiança.

Não quero falar sobre o prognóstico, mas sim sobre a admissão da responsabilidade pelo delinqüente. Em geral, não pode estar a admissão da responsabilidade no início da execução; quando muito, ela se situa, como esperamos, no seu final, como resultado do tratamento. Conseguido isso, podem-se esperar novos frutos após a soltura.

Durante a execução deve ser levada em conta a educação dos adultos, pois sendo a privação da liberdade um mal em si, convém descobrir que efeitos provoca a punição no punido; e devemos compreender que a punição pedagógica é um acontecimento isolado, dentro do conjunto duma correlação educacional permeada pela mútua confiança.

A educação punitiva resultante da pena ("die Kriminelle Straferziehung"), pelo contrário "quer colocar a correção dentro da condenação, criando, assim, por um lado, uma atmosfera de desconfiança, e por outro, uma atitude de desafio teimoso, na qual dificilmente pode prosperar a educação" (Radbruch).

Quais são os métodos ou sistemas que devem ser aplicados na prática? — Sem discutir os detalhes dos que foram adotados no passado, parece-me que o mais adequado é o sistema progressivo, ou seja, a execução por etapas, visto que êle marca metas para o prêso, metas para treinar a sua força de vontade e metas para dominá-la (Princípios — "Grundsätze" — de 1927).

No ano de 1958, com permissão dos superiores, com a ajuda da Comissão Penitenciária, com o consentimento do parlamento e com os recursos por êle concedidos, foi construída em Frankfurt (Meno) uma penitenciária aberta, com pavilhões administrativos e profissionais, e que entrou em serviço no mesmo ano (seu nome é "Casa Gustavo Radbruch").

Mais uma vez, aproveitando esta oportunidade, agradeço aos parlamentares o seu nobre apoio, e digo que foi motivo de grande alegria poder mostrar aos Senhores membros da Legislatura da Renânia do Norte — Westfália êsse estabelecimento.

Entram na penitenciária "Radbruch" presos que cumpriam, em penitenciárias fechadas certas exigências referentes ao tipo de crime cometido e ao comportamento durante a execução da pena imposta.

Nesse estabelecimento aberto que, dentro do quadro da progressão, repre-

senta uma espécie de 4.^a etapa, deve cada um dos presos dar boas provas diariamente.

Assim, pois, o trabalho dos internos dessa "Casa" que, via de regra, é realizado em fábricas, oficinas ou escritórios da economia livre, não é sentido pelo prêso como favor ou facilidade, mas muitas vezes, como carga adicional extraordinária, porque êle tem que mostrar firmeza de caráter e não deve sucumbir à tentação de fugir, o que é possível, sem correr risco.

Quantos presos fugiram da "casa aberta" no correr do ano? — é o que se pergunta ordinariamente. 1.600 presos passam pela penitenciária, cada ano; destes, 16 sucumbiram à tentação de fugir, não dando, assim, prova de ter melhorado a sua índole; quanto aos restantes, pelo menos durante o tempo de sua permanência na penitenciária, deram provas de sua boa conduta.

Com a instalação de penitenciária semi-aberta, outro tanto, visamos alcançar mais uma segunda meta. Visto pelo prisma psicológico, isso não é aconselhável, dado ser arriscado permitir que o indivíduo passe da disciplina férrea da penitenciária fechada à liberdade completa.

Criamos, entretanto, muito de propósito e conscientemente, a nossa instituição, e estamos convencidos de que, no futuro, serão postas em prática mais "casas abertas", pois — como os números indicados o demonstram — as fugas não criam perigo para a segurança pública. E com ela alcançamos, ainda, uma terceira meta.

De fato, a existência da "casa aberta" — e todos os presos no sistema heseniano sabem dêste fato —, oferece a cada um dêles, sempre que cumpra as exigências prévias, a esperança de que a sua conduta será devidamente levada em conta. Não deve ser subestimado êste elemento psicológico: a esperança continua sendo, mesmo na prisão, a força impulsora decisiva para a conduta digna do homem.

7. O êxito dos trabalhos por mim focalizados e descritos depende, essencialmente, da colaboração dos funcionários executivos.

Eu sei que êles estão, no momento, sofrendo forte crítica. A respeito disso vou dizer uma só palavra: quem acumulou culpas, deve ser responsabilizado, mas não é lícito difamar tôda uma classe profissional.

Relativamente às considerações em torno do funcionalismo, eu queria lembrar uma expressão emitida no século passado, em homenagem a um magnífico diretor da penitenciária da Baviera: "O sistema do Sr. Obermaier é o próprio Sr. Obermaier". — O Sr. Obermaier, foi um diretor que — como von Liszt manifestou — imprimiu à sua penitenciária, totalmente, o seu caráter pessoal, e com grande êxito.

Hoje se apresentam as coisas de modo diferente. Quer dizer: é o diretor que tem, externa e internamente, de carregar a responsabilidade; mas êle deve achar um caminho que permita a colaboração de todos os que vivem na penitenciária.

Não mais se admite que o diretor do estabelecimento mande de cima para baixo, como se fôsse o capitão duma companhia ou um patriarca que impõe ordens.

É fator decisivo para realizar as tarefas descritas, a noção de que um espírito homogêneo educacional inspira os funcionários, desde o mais nôvo auxiliar de vigilância até o diretor da penitenciária.

Em que extensão será possível aos próprios presos participar na tarefa, digamos, na forma de co-administração, é hipótese que deve permanecer aberta.

Mencionei o exemplo do capitão de companhia, porque no decurso da história da execução na Prússia, depois de 1815, muitas vezes as penitenciárias estavam organizadas em moldes militares. É esta a explicação para o fato de, ainda hoje em dia, sobreviver um certo número de conceitos e termos. Com muita razão foi incluída uma determinação, no Regulamento dos Serviços de Execução, com vigência em tôda a Federação, no sentido de evitar qualquer imitação inconveniente de formas e maneiras militares.

No que toca a funcionários, menciono apenas os nomes de quatro grupos de colaboradores: os da vigilância, os de oficinas, os da administração e os educadores.

Entre os colaboradores no serviço da educação, há os funcionários do Serviço Social, os pedagogos sociais, os psicólogos e os psiquiatras, que só apareceram depois da 1.^a Guerra Mundial, enquanto os sacerdotes, os médicos e os professores já possuem uma tradição na história da execução penal germânica, que abrange mais de um século.

O nível da educação cultural e profissional da totalidades dos funcionários da execução determina o valor de todo o sistema. No Hesse, como em toda a República Federal, estamos empenhados em instruir e treinar todos os funcionários muito seriamente, para esta profissão.

Desde 1947, existe um seminário profissional, que faz parte de nosso instituto juvenil de Rockenberg. Este seminário leva o nome dum homem, para acentuar a tradição, que, já em 1791, apresentava as seguintes observações: "Seria mais fácil atender às reclamações sobre meus funcionários, se os diretores de penitenciárias, os médicos, os chefes e os guardas de prisão, organizassem, nos seus distritos e províncias, seminários, onde se pudesse examinar o caráter moral desses servidores e suas forças espirituais, além de prepará-los para o seu futuro serviço. O nome dessa entidade é "Seminário Henrique-Baltazar Wagnitz, para os funcionários da execução penal de Hesse".

Não se deve ignorar a posição de poder que cada um desses funcionários ocupa e, com isso, a tentação que se lhe oferece para abusar desse poder.

Mas o fator decisivo é a dupla missão do Direito Penal, de onde surgem tantas tensões. Não se trata somente de proporcionar segurança jurídica contra os erros e a prepotência da autoridade (Radbruch).

Para que o trabalho em espírito de colaboração nos estabelecimentos penais seja eficaz, é preciso que haja cooperação de todos os responsáveis; e, mais, deve haver colaboração em espírito de associação genuína entre os que trabalham em funções honoríficas, os voluntários e, também, os representantes das associações filantrópicas livres.

A peculiaridade da execução penal faz com que o executor, ao visar seriamente seus objetivos, entre em íntimo contato, durante muitos anos, com os que padecem sanções legais. Entendo que disso resulta, seja dito de passagem, que o executor, ao apreciar postulações, tire certas conclusões pouco compreensíveis, ocasionalmente, para os representantes da polícia e dos tribunais. Os representantes dessas instituições devem manter contatos, os mais íntimos possível, com as instituições penais, para, assim, fomentar, através duma verdadeira colaboração, o cultivo da Justiça penal.

8. Gostaria de focalizar brevemente, ainda, outra tarefa não muito simples, a saber, o trabalho com o público e os seus preconceitos. No passado, mais ou menos nos anos anteriores a 1933, este trabalho desempenhava papel mínimo na execução penal. Não se prestava atenção e ninguém se interessava pelas coisas que aconteciam atrás dos muros da prisão. Hoje, porém, é lógico que o povo queira receber notícias sobre as questões da execução penal.

Como é que o público ganha uma imagem sobre este assunto?

Pode receber imagem através de depoimentos de presos soltos e também através de reportagens dos representantes da imprensa, do rádio e dos outros meios de divulgação; mas, como eu já disse, no início da minha exposição, é muito difícil aos leigos entender todas as condições reinantes na pena privativa da liberdade e a situação dos presos. Com isso chego a mais uma exigência: os representantes do povo, os parlamentares têm o direito de ser informados, e devem ter acesso a toda classe de informações.

Nós temos, no Estado do Hesse, a Comissão de Prisões, que é uma sub-comissão da Comissão de Direito do Parlamento, e cuja tarefa é fazer inspeção nas prisões. Temos, também, um órgão, que recebe suas informações nas próprias penitenciárias, tirando então as necessárias conclusões.

Permitam-me dizer, neste lugar, dos agradecimentos daqueles que tais corpos superiores integram pela visita que os Senhores e Senhoras nos fizeram.

Através da estreita cooperação com estas personalidades, conseguimos eliminar algumas falhas, realizar a construção de numerosas instalações e organizar o serviço informativo para o público.

Continuamos esforçando-nos para intensificar a colaboração com os representantes dos órgãos de divulgação, apesar de tôdas as dificuldades.

Cabe ainda verificar outra coisa: a situação especial do prêso dificulta a pesquisa científica.

Muitas vêzes vi como bacharéis em direito e ouvintes das minhas aulas me trouxeram trabalhos científicos sôbre a execução penal. A êstes senhores recomendo participar praticamente no serviço da execução, para, mais tarde, talvez depois de anos, poderem terminar o estudo científico do assunto especial, no qual, dentro das instituições penais, trabalharam.

Com esta minha observação acho que expliquei, em parte, porque entre nós a ciência penitenciária e a que estuda a vida nas prisões está ainda no comêço.

Também devo chamar a atenção sôbre as outras formas do trabalho público, exercido pelos presos na prisão aberta de Frankfurt (Meno). Eles trabalham, — como referi — em fábricas e oficinas livres, têm contato com os operários livres e da sua conduta tira-se a conclusão de como um delinqüente se comporta. Até agora encontramos plena compreensão da parte dos operários livres e dos seus sindicatos.

Isso deu resultados positivos.

Sôbre algumas questões que me emocionaram, não falei ainda; por exemplo, sôbre o problema sexual, sôbre a questão do chamado "ordenado proporcional ao serviço prestado". E também não falei sôbre a reparação do dano causado.

Para falar sôbre tudo isso, precisaria de mais tempo do que disponho. Mas êstes problemas, aqui só mencionados, necessitam duma urgente solução.

9. Permitam-me encerrar resumidamente, em seis teses, o que me parece especialmente importante no problema da execução penal da atualidade.

1. Em primeiro lugar devia-se proceder ao inventário do que existe: não estando à vista os resultados disso, entendo que não se pode pensar numa genuína reforma da execução penal na Alemanha. O relatório da Comissão Real que investigou o sistema penal do Canadá poderia servir de modelo.
2. Deveriam ser logo criadas adequadas bases jurídicas para a execução da pena. A aprovação da nova lei sôbre Execução Penal exige cuidadosos preparativos. Um projeto de lei que regulasse normativamente, antes de tudo, as finalidades da execução penal para o caso dos adultos mais ou menos nos termos do art. 91 da Lei Penal para Jovens, poderia ser elaborada, apresentada e aprovada num período relativamente curto.
3. Independentemente dessas preliminares e do projeto de lei, dever-se-iam iniciar os estudos através de uma numerosa Comissão de Execução Penal, como se fêz antes, no caso da Grande Comissão de Direito Penal. Não é praticável a elaboração de novo Código Penal sem antes serem esclarecidas as possibilidades e os limites das instituições pelas quais devem ser executadas as penas de privação da liberdade contidas no Código Penal.
4. Os pressupostos mencionados, institucionais, psicológicos e pessoais para uma renovação do sistema prisional nos Estados da Federação devem ser definidos, conjuntamente, pelo Legislativo e pelo Executivo. Para isso fazer-se, é mister que os representantes designados pelas legislaturas estaduais, — como já se explicou — para integrar a "Comissão Penitenciária", sejam perfeitos conhecedores das entidades de execução penal como de suas deficiências.
5. A legislação concorrente estabelecida pelo art. 74, parágrafo 1.º, da Lei Fundamental, estende-se, também, ao Direito Penal e à Execução da Pena. Em virtude disso, deveria haver mais íntima colaboração entre a União e os Estados-membros em matéria penitenciária.
6. A questão do serviço público, deve ser cuidadosamente definida, e há de orientar-se pelos termos dos preceitos de nossa Lei Fundamental. Também sôbre o estatuído no art. 1.º dessa Lei apoiam-se minhas re-

flexões e as minhas sugestões a respeito do tema abordado: Problemas da Execução Penal na atualidade.

ALBERT KREBS (*)

JUIZO DE MENORES — ATRIBUIÇÕES — ART. 131 DO CÓDIGO DE MENORES — RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Exmo. Sr. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça.

1. O abaixo assinado, 18.º Procurador da Justiça do Estado da Guanabara, no exercício de suas atribuições legais, vem interpor, perante V. Excia., RECURSO EXTRAORDINÁRIO, para o Egrégio Supremo Tribunal Federal, com o fundamento nas disposições do art. 114, inciso III, letras A, B e D, da Constituição Federal, e arts. 1.º e seguintes da lei n.º 3.396, de 1958 (que regula o Recurso Extraordinário), do Venerando Acórdão da Egrégia 4.ª Câmara Cível deste Tribunal, do *Mandado de Segurança n.º 2.701*, em que é impetrante *Sindicato de Brinquedos e Instrumentos Musicais*, a fim de que, provido este Recurso, seja cassado o Mandado de Segurança concedido ao Sindicato requerente, e com isso seja restabelecida a vigência da Portaria n.º 611 do Exmo. Juiz de Menores do Estado da Guanabara, invalidado pelo Acórdão recorrido. E o faz pelos fundamentos expostos a seguir.

I

Legitimidade da Procuradoria para recorrer

2. A 18.ª Procuradoria de Justiça é parte legítima para recorrer, em vista do disposto na Lei federal n.º 3.434, de 1958 — Código do Ministério Público da Justiça do então Distrito Federal — art. 3.º, "in verbis":

"Art. 3.º — Aos órgãos do Ministério Público, em geral, incumbe promover ou fiscalizar a execução das leis, notadamente:

... IV — *usar dos recursos legais nos feitos em que fôr ou puder ser parte principal, bem como para execução e observação das leis de ordem pública.*

... VII — *defender a jurisdição das autoridades judiciárias.*

... IX — *velar pela fiel observância das formas processuais, inclusive para evitar despesas supérfluas, omissão de formalidades legais e morosidade dos processos*

(*) *Nota* — O professor ALBERTO KREBS já tem sido apresentado ao Brasil, por nós. Temos colaborado na tradução de estudos de sua lavra, que as revistas do Conselho Penitenciário do Distrito Federal e do Ministério Público da Guanabara (**), entre outras, publicaram; por demais, ele já visitou nosso país, convidado que foi, pela Secretaria de Justiça deste Estado, para participar do Simpósio de Sistema Penal que teve lugar no Rio de Janeiro, em 1967. Trata-se de um consagrado penitenciário e professor alemão, atualmente membro da Associação de Juristas do Partido Social Democrata, que ora dirige a grande República da Europa Central.

Esta obra foi desenvolvida em conferência que KREBS proferiu, durante uma reunião da mencionada Associação de Juristas sociais democratas germânicos, havida em Düsseldorf, no ano de 1966. Extraímos-la da publicação oficial dos trabalhos desse conclave.

COTRIM NETO — Secretário de Justiça do Estado da Guanabara.

(**) Ver RDMP n.º 8, pág. 15 e segs.

Aos Procuradores, em geral, incumbe:

"Art. 21, II — representar o Procurador Geral, mediante delegação, nas sessões das Câmaras criminaes e civeis, das Câmaras reunidas e dos grupos do Tribunal de Justiça.

III — ... f) exercer, em geral, as atribuições que são conferidas ao Procurador Geral nas leis de processo.

Art. 22. Aos procuradores que, por Delegação do Procurador Geral, tiverem exercício junto às Câmaras, isoladas ou reunidas, e aos grupos, incumbirá assistir, obrigatoriamente, às sessões e intervir oralmente, na forma do que dispõe o art. 16, n.º 1.

Compete-lhes, também, usar dos recursos cabíveis em relação aos julgados, sem prejuizo da iniciativa do Procurador Geral."

Ora, ao Procurador Geral incumbe (Art. 16 do mesmo Código):

"... VII — requerer revisão criminal, *usar dos recursos* e funcionar naqueles em que fôr recorrido, em única ou em última instância, *nos termos da Constituição e das leis processuais.*"

Pelo exposto, esta Procuradoria é parte legítima para interpor RECURSO EXTRAORDINÁRIO. O subscritor desta representa o Procurador-Geral, perante a 4.ª Câmara Cível, conforme consta da ata da sessão de julgamento, e do "Ciente" no Venerando Acórdão recorrido.

O RECURSO visa "a observância das leis de ordem pública" quais sejam, o Código de Menores, além do Código de Processo Civil e do Código de Organização Judiciária do Estado da Guanabara, em relação aos quais é apresentado, quanto ao primeiro, este Recurso Extraordinário, e será apresentado, quanto aos outros dois, Recurso próprio perante o Tribunal de Justiça local, em sua composição plena. Visa também "defender a jurisdição das autoridades judiciárias — a saber, dos dignos Juizes de Menores do Estado. E, ainda, "velar pela fiel observância das formas processuais".

II

Tempestividade do Recurso

3. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO é interposto no prazo legal, porque o "Ciente" desta Procuradoria é de 18 de maio p.p., e esta petição é datada e será apresentada em 27 de maio, segunda-feira.

III

Relatório do feito

4. Nos termos do respeitável Acórdão recorrido, "O Sindicato dos Fabricantes de Brinquedos e Instrumentos Musicais (nome retificado, depois, para Sindicato de Brinquedos e Instrumentos Musicais), com sede em São Paulo, impetrou Mandado de Segurança a prol de Manufatura de Brinquedos Estrêla S.A. e empresas associadas a fim de lhes ser restabelecida a plena liberdade profissional, com o subsequente direito de venda de seus produtos industriais, tomados de comércio e sujeitos a apreensões, *ex vi*, dos arts. 1.º e 2.º da Portaria n.º 611, do Dr. Juiz de Menores. Sustenta o requerente que a citada portaria viola o art. 150, § 23, da Constituição".

5. Decidiu a Egrégia Câmara:

"No mérito, a Câmara concede a segurança. A Portaria assume papel legislativo. Somente a lei ordinária pode estabelecer limitação ou restrição da ordem que ela enuncia.

Louvável é a missão fiscalizadora do Juízo de Menores. Mas tem de ser feita dentro da Constituição e das leis, no respeito ao princípio fundamental da hierarquia das normas e da separação dos Poderes.

Fica esclarecido que o Exmo. Sr. Desembargador Pinto Falcão concedia em parte o mandado de segurança a fim de cessar a proibição de venda dos objetos imitados e indicados na inicial."

6. O pedido inicial, do impetrante, pleiteara:

"De todo o juridicamente exposto e demonstrado, deriva que *é de rigor invalidar a Portaria em foco*, para restaurar o violado direito das fábricas, representadas pelo impetrante, de vender as suas fabricações, ali discriminadas em evidente ofensa da lei e da liberdade constitucional de exercer profissão, com os corolários resultantes" (fls. 8-9).

7. A Portaria n.º 611, do Juízo de Menores, invalidada pelo Acórdão recorrido, junta por cópia a fls. 17-18, publicada no "Diário Oficial", Parte II, de 3 de novembro de 1966, resolveu:

Art. 1.º — Ficam proibidos a venda a menores de 18 anos e a utilização por eles de imitações de armas de fogo, tais como revólveres, pistolas, garruchas, espingardas, metralhadoras, etc., desde que tais imitações pelo material, forma e cor com que forem fabricadas, possam criar, em circunstâncias normais, a suposição de tratar-se de verdadeiras armas de fogo.

Art. 2.º — Estritamente observadas as condições do artigo anterior, serão apreendidas, pelos agentes do Juizado de Menores e pelas autoridades policiais, quaisquer imitações de arma de fogo, encontradas em poder de menores.

Art. 3.º — Em caso de reincidência no uso de tais objetos será o menor apresentado ao Juiz com seus responsáveis para as medidas cabíveis.

Art. 4.º — Esta Portaria entrará em vigor dentro do prazo de 45 (quarenta e cinco) dias contados da data da publicação no órgão oficial, feita advertência ao comércio especializado através de intensiva divulgação do presente ato."

8. O ilustre Procurador, então em exercício na Câmara, hoje Desembargador MARIO NEIVA DE LIMA ROCHA, em seu parecer no Mandado deu razão ao Sindicato impetrante, entendendo procedentes suas alegações.

O recorrente, que substituiu o colega elevado à mais alta magistratura do Estado, teve conhecimento dos termos da inicial do mandado, e do parecer do digno Procurador que o antecederá, na própria sessão de julgamento, no dia 21 de dezembro próximo passado.

Usou então da palavra, na forma regimental, depois do ilustre advogado do impetrante, para esclarecer que sentia-se obrigado, com a devida vênia, a discordar do parecer do seu ilustrado antecessor, por uma questão de coerência profissional. Pois, menos de um mês antes, em 23 de novembro, apresentara longo parecer, na qualidade de Procurador em exercício perante a Egrégia 8.ª Câmara Cível deste Tribunal, no Mandado de Segurança n.º 2.763, requerido por TV Globo Limitada contra o MM. Juiz de Menores do Estado, em que sustentara, com sucesso, tese precisamente contrária à do Dr. Procurador LIMA ROCHA, ou seja: 1) que o Juiz de Menores tem competência legal para estabelecer normas especiais de proteção de menores, com fundamento nas disposições do art. 131 do Código de Menores, mesmo prejudicando interesses comerciais de terceiros; 2) que contra tais provimentos não cabe a impetração de Mandado de Segurança, porque o reexame de tais decisões pode ser feito mediante o recurso ordinário previsto no Código de Processo Civil: *apelação*, nos casos de processo normal, com sentença, ou mediante o recurso de *Reclamação*, quando configurada subversão da ordem processual, conforme estabelecido nas leis de Organização Judiciária local; 3) e que contra a decisão do Juizado de Menores é *incabível Mandado de Segurança* para sua revisão de mérito, porque isto exige exame de matéria de fato.

Opinara naquele processo pelo conhecimento da *Reclamação* n.º 6.341, apresentada logo depois do Mandado e a ele apensada, e pela reforma parcial do despacho reclamado, para autorização do programa de televisão nas condições

estabelecidas. A Egrégia 8.^a Câmara Cível, em decisão unânime, relatada pelo Desembargador BULHÕES CARVALHO, sendo vogais os desembargadores MARINS PEIXOTO e IVAN DE ARAUJO, aceitara o parecer desta Procuradoria.

9. De modo que, por esses fundamentos, entendia este representante do Ministério Público, como entende, não ofender à ética profissional a manifestação contrária ao parecer, nos autos, do seu digno e ilustre antecessor na Procuradoria.

E, pelos mesmos motivos, é apresentado o presente RECURSO EXTRAORDINÁRIO: para que, espera, possa a mais alta Corte do País decidir, em sua mais alta autoridade, qual a interpretação a ser seguida em casos semelhantes, evitando decisões conflitantes, como as referidas, e protegendo de maneira uniforme os interesses dos menores, cuja defesa é uma das mais importantes atribuições do Ministério Público. Por idêntica razão, espera esta Procuradoria apresentar, ao Tribunal de Justiça deste Estado, em sua composição plena, recurso apropriado para a apreciação da matéria referente à legislação processual e à entrelaçada Organização Judiciária do Estado, não suscetível de apreciação imediata pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

Estes esclarecimentos são aqui consignados para que fique bem enfatizada a apreciação e o respeito que o signatário mantém em relação ao seu ilustrado predecessor na Procuradoria e, não menos, relativamente aos competíssimos desembargadores componentes da Egrégia 4.^a Câmara Cível, perante a qual tem a elevada honra de exercer seu cargo.

IV

Cabimento do Recurso Extraordinário

11. Em relação à letra A da regra constitucional:

Decidiu a Egrégia Câmara recorrida: "A Portaria assume papel legislativo. Sòmente a lei ordinária pode estabelecer limitação ou restrição da ordem que ela enuncia".

Ora, a Portaria condenada limitou-se a "*proibir a venda a menores, e a utilização por eles, de imitações de armas de fogo (art. 1.º); mandar apreender quaisquer imitações de armas de fogo encontradas em poder de menores (art. 2.º); determinar que "em caso de reincidência no uso de tais objetos, será o menor apresentado ao Juiz" (art. 3.º); e "fazer advertência, ao comércio especializado, através de intensa divulgação do presente ato" (art. 4.º).*

Restringiu-se, portanto, a editar normas relativas a menores, em benefício e para proteção destes, nos precisos limites da disposição do art. 131 do Código de Menores:

"Art. 131. A autoridade protetora dos menores *pode emitir para a proteção e assistência destes qualquer provimento, que ao seu prudente arbítrio parecer conveniente*, ficando sujeito à responsabilidade pelo abuso de poder."

Julgando que uma Portaria do Juízo de Menores, fundada no art. 131 citado, versando exclusivamente assunto de *proteção de menores*, é inválida porque "assume papel legislativo", e que "sòmente a lei ordinária pode estabelecer limitação ou restrição da ordem que ela enumera", efetivamente decidiu, o respeitável Acórdão,

não ter mais vigência o inciso de lei impugnado.

Por isso, é cabível o Recurso Extraordinário com fundamento na disposição da letra A do inciso III do art. 114 da Constituição Federal.

12. Em relação à letra B da norma constitucional:

A decisão recorrida aceitou a alegação do impetrante, quanto à inconstitucionalidade da Portaria do Juizado: "A petição tem apoio no art. 150, § 23, da Constituição, e sustenta que a Portaria n.º 611 viola o preceito."

Ora, estabelece o § 23 do art. 150 da Constituição:

"É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer."

Decidindo que "A Portaria assume papel legislativo", e que "sòmente a lei ordinária pode estabelecer limitações ou restrição da ordem que ela enuncia", proclamou o decisório recorrido, nos termos da sua Ementa, "a ilegalidade da Portaria n.º 611, *corceadora da liberdade*", e aceitou a argumentação da requerente, de que "a citada Portaria viola o art. 150, § 23, da Constituição".

Em consequência, declarando a inconstitucionalidade de norma regulamentar expressamente apoiada no art. 131 do Código de Menores, lei federal, ensejou o Juizado este Recurso Extraordinário, com apoio no inciso da *letra B* citado.

13. Relativamente à *letra D*, da regra constitucional:

A decisão recorrida não se restringiu a dar à lei federal interpretação divergente da que lhe deu a Egrégia 8.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado — e que não pode fundamentar *recurso de Revista*, em face das falhas da lei do Mandado de Segurança e da lei processual (art. 853 do Código de Processo Civil), segundo pacífica doutrina e jurisprudência (Cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Instituições de Direito Processual Civil", Ed. Forense, 2.ª ed., vol. IV, n.º 1.020).

Contrariou igualmente a interpretação dada à mesma norma legal, entre outros, pelo Venerando Acórdão do antigo Tribunal de Relação de Minas Gerais no "Habeas Corpus" n.º 2.502, de 4 de setembro de 1928, publicado a págs. 453-456 do volume 51 da Revista Forense.

E, mais importante, contrariou a interpretação dada à mesma regra de lei federal pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no "habeas corpus" n.º 22.902, de 11 de junho de 1928, publicado, com comentário de apoio do inelito Juiz de Menores MELO MATOS, e parecer no mesmo sentido do mestre CLÓVIS BEVILÁQUA, a págs. 196-214 do mesmo volume 51 da Revista Forense, conforme se verá adiante.

Tem cabimento, portanto, o Recurso Extraordinário fundamentado na *letra D* do inciso constitucional.

V

Procedência do Recurso

14. Os três fundamentos do presente Recurso Extraordinário devem ser examinados em conjunto, pois estão interligados, e tanto o respeitável Acórdão recorrido, como as decisões invocadas nesta petição, consideram o assunto englobadamente.

Assim é que, articulando a perda de vigência do dispositivo do art. 131 do Código de Menores, ou sua inconstitucionalidade, em concreto, contrariou o decisório recorrido as interpretações invocadas acima, favoráveis à vigência e à constitucionalidade daquela regra protetora de menores.

Vejamos, portanto, o debate que, desde os primórdios da vigência do Código de Menores, concluiu pela validade daquela norma legal, agora contraditada pelo julgado recorrido.

15. O Decreto n.º 16.272, de 20 de dezembro de 1923, estabelecendo medidas sobre menores delinqüentes e abandonados, criou o *Juizado de Menores* do Distrito Federal, e estabeleceu:

"Art. 38. Ao Juiz de Menores compete:

... § 5.º Praticar todos os atos de *jurisdição voluntária tendentes à proteção e assistência aos menores*" (Rev. Forense, vol. 42, págs. 198 e segs.).

No mesmo dia 20 de dezembro de 1923 foi expedido o Decreto n.º 16.273, *reorganizando a Justiça do Distrito Federal*, que confirmou em seu art. 84:

"Art. 84. Ao Juízo de Menores competem as atribuições definidas no decreto de sua criação."

Em 1.º de dezembro de 1926 o *Decreto Legislativo* n.º 5.083 (Revista Forense, vol. 48, págs. 304 e segs.), instituiu o *Código de Menores*, e determinou:

"Art. 1.º O Governo consolidará as leis de assistência e proteção aos menores, *adicionando-lhes os dispositivos constantes desta lei*, adotando as demais medidas necessárias à guarda, tutela, vigilância, educação, preservação e reforma dos abandonados ou delinquentes, dando redação harmônica e adequada a essa consolidação, *que será decretada com o Código de Menores.*"

O art. 77 desse Decreto Legislativo, no capítulo sobre "Vigilância sobre os menores", determinou:

"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 de poder."

E, no seu art. 93:

"Art. 93. Redija-se da seguinte maneira o inciso V do art. 38 do Decreto n.º 16.272, de 20 de dezembro de 1923 (*Código de Organização Judiciária do Distrito Federal*):

— V. Praticar todos os atos de jurisdição voluntária tendentes à proteção e assistência aos menores de 18 anos, embora não abandonados, ressalvada a competência dos juizes de órfãos."

O art. 77 do Decreto n.º 5.083 foi mantido "ipsis litteris", pelo Decreto n.º 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, que "consolida as leis de assistência e proteção aos menores" (*Código de Menores*), no seu art. 131. A Consolidação continua em vigor, nesta parte, pois até hoje não sofreu modificação.

Cumpe ainda salientar que o vigente *Código de Organização Judiciária do Estado da Guanabara*, antigo Distrito Federal (Decreto-lei n.º 8.527, de 31 de dezembro de 1945) estabeleceu, no seu art. 53:

"Art. 53. Ao Juiz da Vara de Menores, ressalvada a competência privativa dos juizes de outras Varas, compete as atribuições definidas na *legislação especial sobre menores* e, notadamente:

... XII — praticar todos os atos de jurisdição voluntária, expedindo *providimentos* ou tomando quaisquer providências de caráter geral para proteção e assistência a menores, embora não abandonados, ressalvada a competência dos juizes de Família."

Tratando-se esta última regra, de norma de direito local, será apresentado recurso, ao Tribunal Pleno deste Estado, sobre a infringência da referida disposição, pelo Acórdão recorrido extraordinariamente, pois não há permissão legal de tal debate perante o Colendo Supremo Tribunal Federal.

16. As regras autorizativas dos *Providimentos do Juiz de Menores*, para proteção e assistência aos menores, estabelecidas nos arts. 77 e 131 citados, foram impugnadas por interessados, desde o início da vigência do Código de Menores e, aparentemente, desde então julgadas de maneira uniforme, constituindo o Venerando Acórdão recorrido uma renovação daquelas contestações, pois não encontramos outros julgados no mesmo sentido além dos citados neste arrazoado.

Assim é que, em 15 de dezembro de 1927, MELO MATOS, então juiz de menores do antigo Distrito Federal, baixou portaria, baseada no Código de Menores, proibindo a assistência de menores a determinado espetáculo teatral. Um interessado requereu "habeas corpus" à Corte de Apelação, que entendeu caber ao Conselho

Supremo da Côrte o julgamento da matéria. O Colendo Supremo Tribunal, em 18 de janeiro de 1928, não conheceu do recurso interposto, "por ser o "habeas corpus" incabível no caso" (BEATRIZ S. MONTEIRO — *Cód. de Menores Comentado*, pág. 269).

O interessado impetrou novo "habeas corpus", ao Conselho Supremo da Côrte de Apelação, e este o concedeu, cassando a Portaria do Juiz de Menores, considerando que

"tais proibições contidas na portaria do juiz recorrido, conquanto sejam determinadas por intuítos altamente louváveis, não deixam, entretanto, de ser ilegais, por não constarem de lei alguma, e nem das que deviam ser consolidadas para formar o Código de Menores" (Acórdão de 1.º de março de 1928, em Rev. Forense, vol. 51, págs. 187-191).

O Supremo Tribunal Federal não conheceu do recurso apresentado contra o Acórdão, por se tratar de ordem concessória de "habeas corpus" e somente caber recurso das ordens denegatórias.

MELO MATOS, no entanto, recusou-se a cumprir a decisão do Conselho Supremo da Côrte, na parte em que fôra estendida a decisão a outros não impetrantes, e por isso foi punido com suspensão das funções por trinta dias, "considerando-se muito honrado com sofrer injusta pena disciplinar, por ter cumprido o seu dever" (ob. cit., pág. 288).

17. A injustiça a MELO MATOS começou a ser corrigida quando o Tribunal de Relação de Minas Gerais não tomou conhecimento de "habeas corpus" visando anular Portaria do Juiz de Menores do Estado, baseada no Código de Menores, que proibia menores de 14 anos de assistirem determinados espetáculos cinematográficos, principalmente à noite, e estendendo tal proibição a menores de 18 anos desacompanhados dos responsáveis.

Entendeu o Tribunal "não ser o "habeas corpus" meio idôneo para resolver a questão suscitada pelo impetrante e ainda por não se achar aquêlê suficientemente instruído". (Revista Forense, vol. 51, págs. 196 e segs.).

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, em Acórdão de 11 de junho de 1928, de que foi relator o ministro HÉTOR DE SOUZA, conhecendo do pedido, por considerá-lo cabível (loc. cit., pág. 207), *negou o Mandado*, porque, na forma da Ementa,

"O Código de Menores (Dec. n.º 17.943-A de 12 de outubro de 1927) é consolidação legalmente autorizada do direito vigente" (loc. cit., pág. 196).

A petição dos impetrantes, transcrita em resumo no Acórdão, refere-se expressamente ao disposto no art. 77, impugnando-o:

"14. Que nem mesmo encontrará apoio qualquer das ordens do Juiz de Menores se se as quiser basear no art. 77 do mencionado Decreto n.º 5.083, que dispõe o seguinte...

15. Que a Portaria do Juiz de Menores desrespeitou ainda o princípio de direito inscrito no art. 6.º da Introdução do Código Civil porque *estendeu uma lei que restringe direitos a casos que esta não especifica* (loc. cit., página 201).

O Supremo Tribunal Federal, negando a ordem sentenciou, entre outros "considerandos":

"Considerando que ainda convence da insubsistência da limitação de tais providências legais a essa classe de menores (nota: os abandonados e delinquentes) o dispositivo do art. 93, do Decreto n.º 5.083 que investe o Juiz de Menores da competência para todos os atos de jurisdição voluntária tendentes à proteção e assistência aos menores de 18 anos, embora não sejam abandonados;

Considerando que, no tocante à questão de *fracionamento ou restrição do pátrio poder que resulta das disposições do Código de Menores*, embora

a alegação não constitua fundamento do pedido e só por mera ilustração tenha sido feita, a arguição vale o mesmo que as duas precedentes porque quando aquelas prescrições tenham realmente aquêlê efeito *elas foram queridas e decretadas pelo Poder Legislativo* no Decreto n.º 5.083.

Considerando que a êsse órgão constitucional, preposto à criação de Direito Civil, é inegável a autoridade para definir ou modificar a extensão do pátrio poder;

Considerando que o Código Civil em diversos trechos já contém casos de *superposição de autoridade do juiz* à daquela autoridade familiar (art. 327), de suspensão desta (art. 393) e de sua privação ou destituição (art. 395 — III), *não havendo obstáculo jurídico a que se estabeleçam novas hipóteses de sua restrição ou derrogação*;

Considerando que, como elucida CLÓVIS BEVLÁQUA em parecer sôbre a hipótese idêntica, "dentro de sistema jurídico do Código Civil as aludidas prescrições do Código de Menores não são atentados ao poder parental, antes desenvolvimentos do conceito fundamental contido naquele primeiro Código, sem diminuir a autoridade dos pais quando exercida para o bem dos filhos e *cerceando-lhes apenas o arbitrio que nos casos previstos pode prejudicar a saúde ou a moral do filho*";

Considerando que a portaria do juiz de menores de Belo Horizonte lança raízes no Decreto n.º 17.943-A de 12 de outubro de 1927 e êste por seu turno, no decreto-legislativo n.º 5.083, de 1.º de dezembro de 1926;

Considerando que NÃO PADECEM AMBOS DO VICIO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE QUE SÃO ACOIMADOS PELO IMPETRANTE e, na melhor hipótese para êste, aquêlê estigma não é claro e patente;

Considerando que, diante do nosso regime constitucional e em face da doutrina e de jurisprudência torrencial e constante dêste Tribunal, o Poder Judiciário só deve negar validade e aplicação a atos do Poder Legislativo, isto é, às leis ou aos que emanam do Poder Executivo, isto é, aos decretos ou regulamentos, quando a institucionalidade de umas e de outras fôr manifesta, evidente e acima de tôda a dúvida razoável;

Considerando que na dúvida devem prevalecer e ser mantidos as leis e regulamentos alvejados como passíveis daquele vício capital;

Considerando que por todos êsses motivos *os pacientes não têm contra as medidas judiciais que determinaram a vedação policial de que se queizam um direito liquido*, certo e incontestável;

Acordam em Supremo Tribunal Federal, *conhecer do pedido de "habeas corpus" e indeferi-lo*, negando por êsse fundamento provimento ao presente recurso" (loc. cit., páginas 211/214).

18. Como se vê da transcrição, o Pretório Máximo do País, em Acórdão até hoje não impugnado ao que nos consta, e nem isso foi alegado pelo impetrante, consagrou a tese da *vigência e da validade*, perante a Constituição Federal, das impugnadas normas do art. 77 do Decreto n.º 5.083 e do art. 131 do Código de Menores vigente, ou do atual art. 53, n.º XII, do Código de Organização Judiciária do Estado.

Não se alegue que a decisão versou apenas sôbre a validade dos arts. 128 e 129 do Código de Menores. Pois, segundo o teor da impetração, antes transcrito, o pedido também se fundou nas disposições do artigo 77 do Decreto n.º 5.083, e o Supremo Tribunal julgou legítima a Portaria igualmente com fundamento neste dispositivo.

O direito do Juiz de Menores de editar tais provimentos é legítimo e constitucional, e *podem ser estabelecidas, dessa forma, regras que venham atingir, direta ou indiretamente, direitos de terceiros* — em suas relações com menores — pois, nos termos do decisorio, aquelas "restrições", que "resultam das disposições do Código de Menores",

"quando (aquelas prescrições) tenham realmente aquêlê efeito *foram queridas e decretadas pelo Poder Legislativo*"... "Não padecem (ambos) do vício de inconstitucionalidade". (loc. cit.).

19. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal esteia-se, como foi visto, no parecer de CLÓVIS BEVILÁQUA. Dêste parecer, reproduzido a fls. 210/211 da mesma revista, apoiando integralmente a Portaria do Juiz de Menores, copiamos ainda este trecho, de especial interesse:

"A ordem do juiz proibindo o ingresso de menores de dezoito anos em tais casas perversoras, ainda que acompanhados de seus responsáveis, é ato de moral, de defesa dos bons costumes, em benefício da formação espiritual dos jovens, o que importa dizer — ato praticado no cumprimento de uma sagrada missão; e tem o seu apoio na Lei n.º 5.083, de 1.º de dezembro de 1927, cujo art. 77 assim dispõe...

A proibição, portanto, está legalmente autorizada, e a sua finalidade, sendo a proteção dos menores contra o contágio dos vícios, atua dentro da esfera da função jurídico-social do juiz de menores.

É este o meu sentir".

Portanto, o egrégio mestre, autor do Projeto de Código Civil, e autoridade das mais seguidas, admite que, "dentro da esfera da função jurídico-social do juiz de menores", êste possa editar normas que impliquem em restrições atingindo até o pátrio poder! Que dizer de normas que apenas atingem, parcialmente e de forma indireta, interesses comerciais de fábricas de brinquedos?

Na Portaria malsinada não foi sequer proibida a fabricação ou a venda de tais "brinquedos" (?). Apenas foi vedada a sua venda a menores, ou o seu uso por êstes. Onde a violência ao direito ao trabalho?

20. Acatando o Julgado do Supremo Tribunal Federal, o antigo Tribunal da Relação de Minas Gerais, em Acórdão unânime de 4 de setembro de 1928, de que foi relator o desembargador RAPHAEL MAGALHÃES, publicado no mesmo vol. 51 da Revista Forense, a págs. 453/456, negou "habeas corpus" requerido com a mesma finalidade do acima citado.

Para isso se baseou, explicitamente, no citado Acórdão do Supremo Tribunal Federal, e concluiu:

"Vedando, no inciso segundo do mesmo artigo, em termos absolutos, a estada de menores de 14 anos em casas de espetáculo, cujas funções se projetem além das 20 horas, o citado Código decretou uma providência de incontestável utilidade, que cabe perfeitamente na órbita dos poderes, mais ou menos discricionários, que o art. 77 da aludida Lei n.º 5.083, reservou ao juiz de menores, "in verbis":..."

21. Estas decisões foram confirmadas, recentemente, neste Estado, pelo Venerando Acórdão da 8.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, de 14 de dezembro de 1937 — portanto menos de dez dias antes do Julgado ora recorrido — sendo relator o brilhante especialista em assuntos de menores, desembargador FRANCISCO PEREIRA DE BULHÕES CARVALHO, sendo aceita a argumentação, longamente exposta (cópia do parecer vai junta a esta), dêste representante do Ministério Público.

Do extenso e minucioso voto do relator, unânime e aprovado, e que vai junto a esta, por certidão fornecida pela Secretaria do Tribunal, salientamos o seguinte trecho, pois que outros reproduzem, noutra forma, a argumentação já articulada acima e outros são relativos a matéria que não é objeto dêste Recurso Extraordinário. Diz o Venerando Acórdão:

"6. Deve-se ainda ter em vista que a ação do Juízo de Menores em relação a todos os menores de 18 anos não se funda apenas nos arts. 128 e 129 relativos às representações públicas, mas também no art. 131 do Código de Menores, cuja constitucionalidade nunca foi discutida porquanto veio transcrito literalmente do art. 77 do decreto legislativo n.º 5.083, de 1.º de dezembro de 1926, e que dispõe...".

Concluiu o Julgado:

"acordam os Juizes da 8.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça em denegar o Mandado unânimemente e em julgar procedente em parte a Reclamação a fim de que seja permitido à reclamante a exibição do Telecatch a que se refere a inicial no horário de 20 horas, desde que..."

VI

Conclusão

22. O respeitável Acórdão recorrido também infringiu as normas legais relativas ao Mandado de Segurança, ao concedê-lo contrariando a regra de que "não se dará mandado de segurança quando se tratar... II) de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição" (art. 5.^o, II, da Lei n.^o 1.533 de 31 de dezembro de 1951).

A determinação legal é de pacífica interpretação jurisprudencial, segundo faz certo o enunciado n.^o 267 da Súmula da Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal ("Não cabe Mandado de Segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição").

No entanto, o exame desta matéria envolve debate sobre normas de organização judiciária local, que regulamentam os casos de correição (artigos 12, 1, III e IV, e art. 53, n.^o XII do Decreto-lei n.^o 8.527, de 31 de dezembro de 1945, com as modificações da Lei Estadual n.^o 85, de 11 de dezembro de 1961), e, por isso, reserva-se a Procuradoria a oportunidade de apresentar o recurso próprio, a respeito, ao Tribunal de Justiça do Estado, em sua composição plena na forma da lei.

23. Não deve a recorrente, no momento, entrar no exame da matéria de fato, da procedência e conveniência das regras estabelecidas na Portaria do Juízo de Menores impugnada. Trata-se de assunto que deveria ter sido debatido em Recurso ordinário ou Recurso de Reclamação, interposto pelo impetrante do Mandado, perante o Tribunal de Justiça do Estado. Então poderia ser debatido o mérito da Portaria.

Na realidade, parece a esta Procuradoria que o único defeito básico do Provimento é o de ter omitido um outro fundamento, muito importante, para sua emissão: o de serem muito perigosas para menores as tais imitações de arma de fogo, as quais, por virem dotadas de espoletas contendo pólvora verdadeira, são permanente ameaça à integridade física dos que com elas brincarem. Os acidentes podem chegar até à provocação de cegueira, pela explosão da carga de pólvora junto à vista dos usuários.

Mas, somente para documentar a inteira procedência dos argumentos em que se baseou a Portaria do Juízo de Menores, junta a recorrente, a esta petição, folha de jornal diário do Rio de Janeiro, "Luta Democrática", de 28/29 de janeiro de 1968, portanto logo posterior à liberação da venda de imitações de armas pelo Acórdão recorrido, em que está noticiada a prisão de três assaltantes que roubaram motorista de táxi valendo-se de ameaça com uma dessas falsas armas.

24. Concluindo, requer esta Procuradoria seja admitido o presente RECURSO EXTRAORDINÁRIO e, processado na forma legal, seja encaminhado ao Egrégio Tribunal Federal, para que esta Colenda Suprema Corte, examinando o recurso, se digne julgar da procedência do articulado, que visa a reforma do respeitável Acórdão, da 4.^a Câmara Cível deste Tribunal, concessivo de mandado de segurança aos filiados do recorrido, para restabelecimento da vigência e da validade da Portaria n.^o 611, de 20 de outubro de 1966, do Sr. Juiz de Menores do Estado da Guanabara, por ser de

JUSTIÇA

MAURÍCIO PARREIRAS HORTA
18.^o Procurador da Justiça

LESÕES CORPORAIS CULPOSAS. PROCESSO SUMÁRIO. "HABEAS CORPUS" DE OFÍCIO

PROCESSO N.º 30.003/69

M. M. Dr. Juiz:

Lamentavelmente estamos diante de mais um dos numerosos casos em que, apesar de comprovadamente inocente, um motorista, que não cometeu qualquer ilícito, terá sua liberdade cerceada e se verá na vexatória posição de réu, até que, submetido a julgamento, a Justiça, depois de longos meses, apesar da sumariade do processo, o declare inocente, absolvendo-o de um crime sabidamente inexistente, e isto para não se falar nas despesas, não só que o processo acarretou para o Estado, como, também, para o acusado, tudo porque ficou, pela Lei n.º 4.611, determinado o rito sumário para o processamento dos crimes culposos.

Lamentavelmente, mais uma vez se diga, foi estendido o rito sumário de procedimento *ex officio* que, a princípio, era somente para as contravenções penais, agora, também, para os crimes culposos.

Com efeito, 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.

Penso, s. m. j., que a Justiça não pode ficar inerte diante de tal situação, com o risco, inclusive, de cair no descrédito público.

Vejamos um exemplo que, certamente, já ocorreu inúmeras vezes:

"Um motorista, regularmente habilitado, dirigindo rigorosamente dentro das regras do trânsito, atropela um pedestre que, desatentamente, atravessa a via pública fora da faixa que lhe é destinada, com o sinal favorável aos veículos."

De acordo com a lei, por ter o pedestre sofrido lesões corporais e constituir o fato crime em tese, será o motorista processado, criminalmente, obrigado a constituir advogado e a pagar as custas da prova de defesa, além de ficar cerceado em sua liberdade de locomoção, pois não poderá deixar o distrito da culpa.

Diante de tal situação pergunta-se: há ou não descrédito para a Justiça? Evidentemente que há, e há, também, prejuízo financeiro para o Estado com o andamento de um processo que resultará, inevitavelmente, em absolvição.

Fiel ao princípio que sempre norteou minha intervenção em qualquer processo, ou seja, de que o Promotor Público não é um acusador sistemático mas, antes de tudo, fiscal da lei e da distribuição de justiça, quer quando pede a condenação do réu, quer quando pede seja o mesmo absolvido, não posso me omitir diante de tal situação.

Reconheço, porém, que estamos diante de um fato concreto e, enquanto a lei não for modificada, algo tem que ser feito para se evitar tais fatos de terríveis consequências.

Melhor examinando a questão e, diante da 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, a solução para tais casos se encontra no próprio Código de Processo Penal, em seu artigo 654, parágrafo 2.º que estabelece o seguinte:

"§ 2.º: 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."

Como se tal não bastasse, tendo em vista sua função fiscalizadora, dá a lei penal adjetiva, ao Ministério Público, no "caput" do supra citado artigo, atribuição para, nas condições expostas, impetrar ordem de "habeas corpus", o mesmo estabelecendo o item V do artigo 3.º da Lei n.º 3.434, de 20 de julho de 1958 (Código do Ministério Público).

Tal medida é a mais aconselhável e se justifica no presente caso com fundamento no item I do artigo 648 do Código de Processo Penal que assim reza:

"Art. 648 — A coação considerar-se-á ilegal:

I — quando não houver justa causa;"

Aplicando-se a lei à hipótese inicialmente exposta verifica-se que, se o motorista não concorreu, com culpa, para o evento, em qualquer de suas três modalidades, negligência, imprudência ou imperícia, está claro que não há justa causa para ser ele processado. Com efeito, muito embora provadas, em muitos casos, a autoria e a materialidade do evento, não chega ele a constituir crime por lhe faltar caracterização, por lhe faltar o elemento constitutivo da culpa e, assim, não havendo culpa, não há crime a punir e, não havendo crime a punir, não há justa causa para o processo penal.

A situação ora existente se chegou por ter sido delegada, à autoridade policial, a atribuição de iniciar a ação penal antes de ser colhida a prova de indicição, atribuição que também é do Ministério Público, não dando a primeira, entretanto, em contra partida, a outra atribuição que tem o Ministério Público, ou seja, de iniciar a ação penal ou requerer o arquivamento ou, ainda, de escolher, na conformidade da prova, o réu que responderá a processo quando, mais de um, forem os motoristas implicados no evento, chegando-se, então, na situação atual a ver-se motoristas processados por auto-lesão.

Apesar de ser este o entendimento dominante, penso que, ao ter sido dada à autoridade policial a atribuição de iniciar a ação penal, implicitamente, também lhe foi dada a atribuição, não só de escolher o motorista acusado, como também, de deixar de promover a ação penal quando entender incabível por ausência de justa causa, tanto é que, nas contravenções penais a autoridade policial somente lavra o flagrante ou expede portaria quando convencida da existência do delito.

Tal solução ora apontada, entretanto, não me parece a ideal, nem atende a finalidade que objetivava a lei quando foi criada, ou seja, de dar maior amparo ao motorista atropelado que presta socorro à vítima e a maior rapidez no processo porque, no processamento de conformidade com a lei n.º 4.611 em vigor, prestando ou não socorro será processado, culpado ou inocente, será processado e, portanto, todos os casos de atropelamento, haja ou não culpa, serão objeto de processo criminal, aumentando, portanto, o número destes em andamento no fóro, e, no caso da concessão de "habeas corpus", por estar o juiz obrigado a recorrer de ofício de sua concessão, igualmente, sob o ponto de vista prático objetivo, continuará o acusado sob o clima de tensão e os tribunais, já tão sobrecarregados, ficarão com mais processos ainda pendentes de julgamento, embora seja esta última a solução de emergência mais justa.

Como solução definitiva me parece mais aconselhável a modificação da atual lei, com a volta ao sistema anterior de instauração de inquérito, ou sindicância, pura e simples, mas com uma modificação fundamental que virá atender à finalidade que motivou a lei ora em vigor, qual seja: SEMPRE QUE HOUVER QUALQUER FATO QUE, EM TESE, CONSTITUA CRIME CULPOSO, A AUTORIDADE POLICIAL INSTAURARÁ INQUÉRITO OU SINDICÂNCIA E, APÓS COLHER OS DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS, VÍTIMA E PSEUDO AUTOR, O REMETERÁ À JUSTIÇA E, ENTÃO, O JUIZ, A REQUERIMENTO DA PROMOTORIA PÚBLICA, O ARQUIVARÁ OU DETERMINARÁ A SUA VOLTA À DELEGACIA PARA AÍ, ENTÃO, SER O AUTOR INDICIADO, QUALIFICADO E IDENTIFICADO DATILOSCÓPICAMENTE, JUNTANDO-SE, A SEGUIR A SUA FOLHA PENAL E LEVANTADA A SUA VIDA PREGRESSA, o que, além de tudo, ainda trará uma vantagem suplementar, qual seja, a de que a sua vida anterior não influirá, conforme manda a lei, em

sua indicição e servirá, somente, para o fim de aplicação e dosagem da pena no caso de condenação.

Voltando ao exame da Lei atual vemos que ela não atende à finalidade para a qual foi criada.

Com efeito, com o fim de estimular o socorro à vítima ficou estabelecido que, aquêle que o prestasse, não seria preso, em flagrante, mas responderia a processo, culpado ou inocente, que seria iniciado por portaria. Lastimável estímulo! Qual a vantagem? Não vejo! No fim se igualaria aquêle que não prestou qualquer socorro.

Não bastassem os argumentos expendidos temos, ainda um outro: seria ideal entregar-se à Polícia o início de tais processos ou seria preferível que coubesse êle ao Promotor Público após a colheita da prova indiciária somente nos casos em que ficasse provada a culpa do autor? Penso, s.m.j., que esta seria a melhor solução que a prática de 10 anos neste fóro me aconselha, tanto mais que são totalmente nulos todos os processos por acidente de trânsito iniciados por portaria policial hoje em andamento e o são simplesmente porque a autoridade policial, ao baixá-la, não descreve, nem tem como descrever, a modalidade de culpa com que agiu o motorista atropelador pois, ou faz adivinhação ou descreve uma forma que poderá vir a ser modificada durante a instrução.

É importante frisar, entretanto, que tal culpa não cabe à Polícia e, em tal erro incorreria também o Promotor Público se compelido a oferecer denúncia contando, apenas, com o que conta a Polícia quando expede a portaria, ou seja, o registro da ocorrência, ou o relato verbal de alguém, antes, portanto, de colher a prova testemunhal e obter do órgão competente um laudo técnico sobre as causas do evento. Assim, antes de mais nada, quero deixar bem claro que não atribuo, à autoridade policial, culpa pela inépcia das portarias que expede mas, única e exclusivamente, ao próprio rito processual estabelecido pela própria lei atual.

Diante de tais portarias pergunta-se: Atropelar alguém é crime? Atropelar, pura e simplesmente alguém é crime? Claro que não. Claro que tal portaria é inepta e não resistiria a um "habeas corpus" por ausência de justa causa! Evidentemente, para que haja crime culposo é necessário que o agente tenha corrido com culpa para o evento em qualquer das três modalidades, a saber: negligência, imprudência ou imperícia; mas isto a portaria não diz; tal forma de agir a portaria não descreve.

Por que, então, os ilustres advogados de nosso fóro não impetram, sempre, "habeas corpus" em favor de seus clientes? A resposta é simples: Não convém e, não convém porque, com a concessão da ordem seria anulado o processo e iniciado outro sem vícios. Assim, com todos os inconvenientes, é preferível à defesa aguardar a sentença final que pode ser absolutória. Se condenatória, *findo o prazo prescricional*, aí sim o "habeas corpus" se torna oportuno, a defesa pois anula o processo sem possibilidade de se iniciar outro, sem vícios, e, com isto, o culpado escapa à punição pela porta da prescrição.

Este é outro erro irremediável da lei que, em resumo, resulta no seguinte: o inocente é processado e, depois de todos os constrangimentos, é absolvido, ficando, entretanto, com sua fôlha penal eternamente marcada e o culpado, depois de condenado pela Justiça, tem no "habeas corpus" e na prescrição assegurada a impunidade. Com isto se desvirtua o instituto do "habeas corpus" e a própria Justiça que não atendeu a sua sagrada finalidade.

Tais considerações faço por achar ser a hora oportuna para melhorar tal tipo de processamento, por estar convencido ser esta a oportunidade de aprimorar a ação da Justiça, com uma medida de âmbito nacional, tendo em vista que a ação que vem sendo desenvolvida pelos órgãos dirigentes do país me convence que, agora, tudo se faz para melhorar e atualizar a sua estrutura político-social.

Assim, tal modificação se impõe para que a Justiça criminal acompanhe, também, a evolução que ora se processa, com sua atualização e equiparação às mais modernas técnicas de aplicação da lei penal.

Em face do exposto penso, s.m.j., que o caso presente comporta, da parte de V. Excia., a expedição de ordem de "habeas corpus" em favor do acusado,

trancando a ação penal por ausência de justa causa para o seu prosseguimento, com o recurso de ofício ao Tribunal superior para reexame conforme determina a lei.

LUIZ EDUARDO RABELLO

11.º Promotor Público em exercício na 4.ª Vara Criminal

NOTA: No processo acima, foi proferida a seguinte decisão:

Processo número 30.003

Vistos, etc..

Mediante Portaria do Delegado substituto da 4.ª DD, MIGUEL FELIZARDO foi dado como incurso nas penas do art. 129, § 6.º, do Código Penal.

Depondo a fls. 10, a vítima declara que atravessou a rua sem olhar o sinal luminoso e de repente surgiram vários carros, inclusive o atropelador.

Por seu turno, o guarda de trânsito, PM, José Zaniboni Neto, declara a fls. 11 que a vítima não usou a faixa de pedestre, pois o tráfego estava em movimento, e que agiu imprudentemente. E quanto ao acusado, declara que este vinha em velocidade normal e usou os freios.

Como não houve perícia de local, segue-se que, mesmo na hipótese de uma confissão de culpa, em Juízo, esta não teria apoio nas demais provas, além de ser retratável, pelo que perderia todo o valor, conforme arts. 197 e 200 do C. P. Penal.

Segue-se, pois, que o processamento do acusado, sendo uma coação legal, torna-se ilegal a partir do momento em que as testemunhas elidem a presunção de culpa.

Acolho o valioso parecer do Ministério Público, e entendo que prosseguir na ação seria dar continuidade na coação ilegítima.

Aplicando o disposto no art. 648, I, do C. P. Penal, que se refere a coação ilegal por falta de justa causa, e no art. 654, § 2.º do C. P. Penal, que dá competência aos juizes para "ex-officio" expedir ordem de "habeas corpus" quando, no curso do processo, verificarem coação atual ou iminente, o que corresponde a pré-julgamento legal, determino se expeça ordem em favor do acusado.

Nos termos do art. 651, do C. P. Penal, ponho termo ao processo, considerando que a decisão acima é incompatível com o seu prosseguimento, e nos termos do art. 574, I, do C. P. Penal, recorro "ex-officio".

P. R. I. Comunique-se.

Rio de Janeiro, 29 de maio de 1969.

HUGO BARCELLOS

A CONVOCAÇÃO PELA UNIÃO FEDERAL DAS POLÍCIAS MILITARES ESTADUAIS, COMO FORÇAS AUXILIARES RESERVA DO EXÉRCITO, PARA GARANTIA DA SEGURANÇA INTERNA

FUNDAMENTO LEGAL

A Constituição de 1967 deu à União a competência para *organizar as forças armadas; planejar e garantir a segurança nacional* (art. 8.º inciso IV).

Também estabeleceu a lei maior que a União não intervirá nos Estados, salvo (entre outros casos) para *pôr termo a grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção*. (Art. 10, item III).

Ainda a mesma Constituição de 1967, estabeleceu as *atribuições e os limites da atuação das Forças Armadas dando-lhes uma destinação: defender a Pátria, garantir os poderes constituídos, a lei e a ordem* (art. 92, § 1.º).

No que concerne às polícias militares, instituídas para a manutenção da ordem e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, e os corpos de bombeiros militares, pela Constituição são considerados forças auxiliares, reserva do Exército (art. 13, § 4.º).

O Decreto-lei n.º 667, de 2-7-69, que reorganiza as Polícias Militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, e dá outras providências, no Capítulo I, ao tratar da definição e competência, estabeleceu para as Polícias Militares, no art. 3.º, letra "d":

"Art. 3.º Instituídas para a manutenção da ordem pública e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, compete às Polícias Militares, no âmbito de suas respectivas jurisdições:

d) atender à convocação do Governo Federal, em caso de guerra externa ou para prevenir ou reprimir grave subversão da ordem ou ameaça de sua irrupção, subordinando-se ao Comando das Regiões Militares para emprêgo em suas atribuições específicas de polícia militar e como participante da Defesa Territorial."

Ainda o mesmo Decreto-lei n.º 667, de 1969, encarregou o Ministério do Exército do controle e da coordenação das Polícias Militares, dispondo no parágrafo único do art. 1.º:

"Parágrafo único. O Ministério do Exército exerce o controle e a coordenação das Polícias Militares, sucessivamente através dos seguintes órgãos, conforme se dispuser em regulamento:

- a) Estado-Maior do Exército em todo o território nacional;
- b) Exércitos e Comandos Militares de Áreas nas respectivas jurisdições;
- c) Regiões Militares nos territórios regionais."

Outrossim, pelo art. 2.º do referido diploma legal, a Inspetoria Geral das Polícias Militares passou a integrar organicamente o Estado Maior do Exército, com a incumbência dos estudos, da coleta e registro de dados, bem como do assessoramento, no nível federal, referente ao controle e coordenação dos dispositivos daquele Decreto-lei.

Levando-se em conta que as Polícias Militares têm, precipuamente, o encargo de manutenção da ordem pública e segurança interna nos territórios de suas respectivas jurisdições, poderia parecer sem propósito a integração da Inspetoria Geral das Polícias Militares, no Estado Maior do Exército.

A objeção, no entanto, perde relevo, quando se verifica que tradicionalmente, em nosso Direito, as autoridades militares, como decorrência de uma das destinações constitucionais das Forças Armadas (a de mantenedoras da ordem), sempre detiveram encargos de policiamento.

Assim é que o Código da Justiça Militar (Decreto-lei n.º 925, de 2-12-38), dispõe no art. 115, mandado estender à Aeronáutica pelo Decreto-lei n.º 3.020, de 1-2-41

"A polícia militar será exercida pelos Ministros da Guerra e da Marinha, Chefes do Estado Maior do Exército e da Aeronáutica, inspetores e diretores de Armas e Serviços, Diretor Geral do Pessoal da Armada, comandantes de regiões, divisões, brigadas, guarnições e unidades e comandos correspondentes na Marinha, chefes de departamentos, serviços, estabelecimentos e repartições militares e navais, por si ou por delegação a oficial."

Essa referência da lei à polícia militar se prende à função de policiamento e não à Polícia Militar, força auxiliar do Exército. Essa função abrange a polícia preventiva, tanto a ostensiva como a secreta.

Com a extensão do fóro militar aos civis para repressão aos crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares (AI 2), foi igualmente alargado o poder de polícia militar das autoridades a que se refere o art. 115 do CJM.

COMPETÊNCIA FEDERAL

Esta decorre, em última análise, da competência da União para o *planejamento* e a *garantia* da segurança nacional, como vimos da legislação citada acima, e inclui a possibilidade da União ir até à intervenção nos Estados, para pôr termo a grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção.

A força federal é chamada a desempenhar uma de suas missões constitucionais, a de *mantenedora da ordem*.

As Polícias Militares foram colocadas sob Inspeção Geral (Dec.-lei n.º 317, de 1967, art. 20), e ao Estado-Maior do Exército, através dessa Inspeção Geral de Polícias Militares, o Dec.-lei n.º 667, de 1969, que revogou o Dec.-lei n.º 317-67, deu a competência, a que se refere o art. 21:

"Art. 21 — Compete ao Estado-Maior do Exército, através da Inspeção-Geral das Polícias Militares:

a) Centralizar todos os assuntos da alçada do Ministério do Exército relativos às Polícias Militares, com vistas ao estabelecimento da polícia conveniente e à adoção das providências adequadas.

b) Promover as inspeções das Polícias Militares, tendo em vista o fiel cumprimento das prescrições deste decreto-lei.

c) Proceder ao controle da organização, da instrução, dos efetivos, do armamento e do material bélico das Polícias Militares.

d) Baixar as normas e diretrizes para a fiscalização da instrução das Polícias Militares.

e) Apreciar os quadros de mobilização para as Polícias Militares de cada Unidade da Federação, com vistas ao emprego em suas missões específicas e como participantes da Defesa Territorial.

f) Cooperar no estabelecimento da legislação básica relativa às Polícias Militares."

Ora, se assim é, as Polícias Militares presentemente estão integradas como reserva do Exército, e em decorrência de sua função de tropa auxiliar, naquela missão maior, que deflui da destinação constitucional das Forças Armadas.

FATORES DO EMPREGO

A segurança nacional para ser mantida no grau desejável, pede o desencadear de ações nos vários campos, no preciso momento, para que não se comprometam os objetivos nacionais (art. 2.º, do Dec.-lei n.º 314, de 13-3-67).

Entre os antagonismos internos a enfrentar, sobreleva notar o de grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção.

A segurança nacional compreende medidas preventivas e de repressão (artigo 3.º do Dec.-lei n.º 314 de 1967).

A segurança interna, integrada na segurança nacional, diz respeito às ameaças ou pressões antagonônicas, de qualquer origem, forma ou natureza, que manifestam ou produzem efeito no âmbito interno do País (§ 1.º do art. 3.º do Dec.-lei n.º 314).

Assim, em um dado momento, a garantia da segurança nacional vem a implicar no emprego da Força Armada no âmbito da segurança interna.

O controle da situação é, assim, inicialmente confiado ao Governo local, por ser vedada a intervenção da União nos Estados, mas é certo que para pôr termo a grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção poderá o Governo central chegar até à intervenção.

Antes, porém, da intervenção, o Governo central pode, conforme o quadro da situação delineado:

a) convocar a PM (art. 3.º, letra "d" do Dec.-lei n.º 667-69), empregando-a em funções de polícia, sob o comando da Região Militar (art. 115 do CJM);

b) e (ou) empregar a tropa federal para controlar a situação.

MOMENTO DO EMPREGO

Evidentemente, quando a situação já evoluiu no sentido de exigir o emprego de força federal e auxiliar, não é ocasião para elaboração de planejamento, e muito menos da execução sem planejamento prévio.

A atuação tem que ser imediata o que significa que a conduta deve obedecer a um plano prévio.

Como entre as atribuições e limites da atuação das Forças Armadas está a de manter a ordem, é óbvio, que a sua conduta pode e deve estar previamente traçada como corolário imediato dessa destinação constitucional.

Daí porque o recente Dec.-lei n.º 667-69 contém as necessárias disposições que possibilitam a estruturação das Polícias Militares com vista ao emprego em suas finalidades de acordo com a necessidade de cada unidade da Federação e à sua adequada instrução e armamento.

A capacidade de ação da tropa empregada dependem da melhor e mais adequada preparação que lhe for dada.

De sorte que, sendo encargo precípua da União Federal o planejamento e a garantia da segurança nacional, e só subsidiariamente dos Estados, é necessário o entrosamento prévio, dos setores federal e estadual, para o preparo da ação preventiva e repressiva.

Isso é ainda mais evidente, no caso da segurança interna, pela destinação constitucional das Forças Armadas e o papel dado às Polícias Militares de nela se integrem.

MECANISMO DO EMPREGO

Inicialmente, ao Governo local (Estado, Território, D.F.) cumpre adotar as medidas de prevenção e repressão. É sua a responsabilidade pela segurança interna no âmbito de sua jurisdição.

Deve, porém, seguir as diretrizes do Governo central porque:

- 1 — a este incumbe precipuamente planejar e garantir a segurança nacional;
- 2 — o emprego da força federal tem iniciativa no poder civil, cabendo ao Ministro da Justiça a execução das diretrizes do Governo central em suas relações com os Governos locais;
- 3 — há unidade de comando das forças armadas na pessoa do Presidente da República (art. 83, XII, da Constituição) e as Polícias Militares nelas estão integradas, como força auxiliar, reserva do Exército;
- 4 — o plano estadual da prevenção e repressão está necessariamente abrangido no plano mais amplo, nacional, que é de competência do Governo central.

Num segundo momento, quando o problema da segurança interna ultrapassa a possibilidade do Governo local, delineando-se a grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção, então se justifica que o Governo central chegue até a intervenção na parcela do território nacional atingido e com maior razão possa adotar uma das seguintes medidas: convocação da P.M. e (ou) emprego da força federal, sem que isso importe ainda em intervenção, porque o Governo central está agindo dentro dos limites de sua competência constitucional.

QUESTÃO PARALELA

Uma questão paralela a suscitar a indagação dos doutos é a de se saber se permanecerá o enunciado da Súmula 297 da Jurisprudência Dominante do Egrégio Supremo Tribunal Federal, após o advento do Decreto-lei n.º 667-69.

Com efeito, dispõe a Súmula 297:

"Oficiais e Praças das Milícias dos Estados no exercício de função policial civil não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a justiça comum para julgar os crimes cometidos por ou contra eles."

O S.T.F. teve ocasião de examinar a questão em face do Dec.-lei n.º 317-67 (agora revogado pelo Dec.-lei 667-69), e manteve a ementa da Súmula 297, como se vê do julgamento do conflito de jurisdição n.º 4.685-R.J., 3.ª T., Rel. Ministro AMARAL SANTOS:

"Conceituação — Oficiais e Praças de Milícia Estadual — Exercício de função policial civil — Competência da Justiça Comum.

— Permanece íntegro o enunciado da Súmula 297, após o advento do Decreto-lei n.º 817, de 1967 — Oficiais e praças das milícias dos Estados no exercício de função policial civil não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a Justiça Comum para julgar os crimes cometidos por ou contra eles."

Vale notar, no entanto, que, com o advento do Dec.-lei n.º 667-69, integrando estreitamente a estruturação, inspeção, e instrução, das Polícias Militares nas suas finalidades militares, reaviva-se a questão relativa à distinção entre as funções policiais civis da Polícia Militar e as suas funções policiais militares.

A Lei n.º 4.162-62 deu nova redação à letra l do art. 88 do C.J.M., que estabelece os casos de competência do fóro militar para processar e julgar os crimes definidos em lei como militares. Assim rezava a nova redação:

"Art. 1.º A letra "l" do art. 88 do Código de Justiça Militar (decreto-lei n.º 925, de 2 de dezembro de 1938) passa a ter esta redação:

"Os militares e seus assemelhados quando praticarem crimes nos recintos dos tribunais militares, auditorias ou suas dependências nos lugares onde funcionem, ou aos quartéis, embarcações, aeronaves, repartições ou estabelecimentos militares, e quando em serviço ou comissão, mesmo de natureza policial, ainda que contra civis ou em prejuízo da administração civil."

Julgada inconstitucional pelo S.T.F., a Lei 4.162-62 (embora sem comunicação ao Senado Federal como se vê do voto do Ministro AMARAL SANTOS no Conflito de Jurisdição n.º 4.685), deixou de prevalecer a referida redação dada à letra "l" do art. 88 do Código de Justiça Militar.

Com o advento do Decreto-lei n.º 667-69, permanece em aberto a questão da conceituação dos crimes cometidos por integrantes das Polícias Militares, ou contra eles, no exercício de função policial civil e de função policial militar.

Quando menos seja, porém, é de se esperar que o novo Código Penal Militar venha a consagrar dispositivo que caracterize como crime militar, o do policial militar em missão de preservação da ordem interna, prevenção e repressão à guerra psicológica adversa e à guerra revolucionária ou subversiva, ainda que contra civis.

NELSON PECEGUEIRO DO AMARAL
Curador de Menores do Ministério
Público do Estado da Guanabara.
Consultor Jurídico do Ministério
do Exército.

HUMANIZAÇÃO DO CONTRATO

A procura por parte dos países em encontrar uma fórmula capaz de escapar ao socialismo autoritário sem cair no liberalismo anárquico levou a uma política intermediária em que a intervenção do Estado se faz sentir no domínio econômico. Essa conclusão hoje é praticamente ponto pacífico entre todos aqueles

que se dedicaram a estudar a questão. A própria Igreja Católica, sensível a tal situação, observou que:

"Aprendemos pela experiência que, onde falta a iniciativa privada se instala a tirania política, mais ainda, nos diferentes campos econômicos muitas coisas ficam paralisadas e desse modo vêm a faltar os bens de consumo, assim como as utilidades relacionadas, não apenas com as exigências materiais, mas principalmente com as espirituais. Na obtenção desses bens e utilidades, exercem-se e estimulam-se de modo especial o talento e a habilidade de cada um. Onde porém, falta ou é deficiente a ação do Estado em matéria econômica, se vêem os países cair em irreparáveis desordens, e os mais poderosos destituídos de escrúpulos abusarem indignamente da miséria alheia para o próprio lucro; estes, infelizmente, como o joio entre o trigo, medram em todo o tempo e lugar."

João XXIII — Encíclica *Mater et Magistra*.

Tal pensamento levou à conclusão de que a harmonia de interesses entre as partes contratantes, requerida aliás pela aplicação do princípio democrático à vida econômica e social, era indispensável. A experiência dos países comunistas demonstra que a esperança de realizar um planejamento econômico sem essas negociações preliminares entre seus participantes, é quimérica. O Estado deve procurar sentir os problemas sociais e econômicos, para estabelecer um direito negociado ao invés de um direito imposto. Entre nós, o exemplo mais típico da ocorrência de tal procedimento, é o da fixação de preços, quando o Estado ouve em primeiro lugar, produtores e revendedores, para depois impor sua tabela de preços.

A economia dirigida é essencialmente uma economia de diálogo e de colaboração. De um lado temos os responsáveis pela economia privada, os empregadores e os empregados, e de outra parte o Estado, examinando conjuntamente os problemas econômicos e sociais para elaborarem depois as soluções que se converterão numa só ação. Assim, a economia moderna, dirigida na sua concepção, torna-se contratual na sua execução. O espírito de adesão voluntária que inspira a política econômica e social, na sua elaboração conduz a uma execução contratual, que caracteriza a liberdade no Ocidente, já que, como escreveu RIPERT, "não se é dirigido quando se impõe a si próprio uma regra de conduta e não se é governado por um contrato". Aí reside a diferença entre a economia ocidental e a socialista, pois na U.R.S.S., a parte de iniciativa deixada aos contratantes, se limita a detalhes na execução das obrigações.

Deve-se antes de mais nada observar as diferenças entre esses novos contratos e aqueles tradicionais regulados pelas disposições do Código Civil. Nestes, um particular contrata com outro numa atmosfera individualista e estática, trocar bens ou serviços num futuro próximo que nada mais é que um presente prolongado. O contrato destinado a traduzir as novas realidades econômicas e sociais se eleva do plano individual ao coletivo e torna-se uma economia de massas e grupos e se realiza entre empresas ou grupos de empresas, entre si, ou com o Estado, ou com os sindicatos. Coletivos, obrigam não só às partes contratantes, mas também a terceiros. É o caso dos dissídios coletivos em que mesmo as empresas que deles não participam, ficam obrigadas a acatar as majorações de salário que por eles forem estabelecidas.

O contrato do direito social e econômico, implica na vontade de entrar em acordo sobre um objetivo a ser realizado em comum; ele se estabelece num plano para o futuro; ultrapassa a perspectiva estática e estritamente individualista do contrato "stricto sensu" e se inscreve numa prospectiva coletiva e dinâmica.

Para o jurista do século XIX, o contrato aparecia como uma relação de forças econômicas que se opunham e que realizavam um equilíbrio momentâneo; o contrato do direito social e econômico se apresenta freqüentemente sob o aspecto novo de um instrumento de cooperação entre partes cujos interesses verdadeiros são convergentes, não obstante, muitas vezes, nas negociações preliminares surgirem discussões acirradas. É o que se nota nos programas de investimentos e exportações, entre o poder público e as empresas, às quais são

concedidas facilidades financeiras. Também ocorre o mesmo nos contratos coletivos realizados entre sindicatos patronais e sindicatos de trabalhadores. Em suma, faz-se mister observar que os contratos de direito social ou econômico, são contratos de boa vontade e a economia contratual, também uma economia de boa vontade, já que visa ao interesse geral. As partes sentem a necessidade de contratar, pois assim o fazendo, não só se beneficiam como também à coletividade e desde que essa economia contratual não conheça a obrigatoriedade de contratar, a liberdade de contratar é salvaguardada. O Estado, responsável último da organização social e econômica, a serviço do interesse geral, não se desinteressa dos contratos coletivos, ainda quando dêle não é parte, velando pela sua realização e execução. Mas, o desenvolvimento da economia contratual corresponde a uma transformação da concepção clássica do Estado. As empresas particulares deixam de ver no Estado o policial e o coletor de impostos, para encará-lo como um colaborador necessário às suas atividades. Nenhuma empresa por maior ou poderosa que seja pode dispensar o auxílio estatal e da mesma forma que a empresa precisa do Estado, também este precisa da empresa para realizar os fins de interesse geral a que se propôs atingir. E assim, sempre que duas pessoas precisam uma da outra, as medidas de força e autoridade são excluídas: a negociação se impõe e o acordo necessariamente se conclui. A interpenetração do público e do privado é agora manifesta: a noção de serviço público se dilui, os interesses privados se confundem com o interesse público e é nesse sentido que o caráter misto desta economia se afirma.

A ampliação do domínio de aplicação do contrato corresponde a uma diminuição da aplicação da lei e do regulamento. O direito fiscal, unilateral por excelência, cede êle próprio à tentação contratual. A obra do legislador é diminuída e uma adaptação da lei às diversas atividades econômicas encontra facilidades para se realizar.

É preciso também assinalar que os acordos coletivos e o planejamento econômico, realizados entre a Administração e os representantes das classes profissionais, tomam aspecto regulamentar, fazendo assim com que os contratos coletivos se tornem fontes de direito. O contrato é assim promovido a uma categoria invejável, já que não fica sujeito aos arbítrios do legislador, mas, atém-se exclusivamente à vontade das partes, sob a supervisão do Estado, que funciona como parte, ou como zeloso observador do seu cumprimento, interessado que está na sua perfeita execução.

Cumprê observar que esta política encontra aplicação não só no âmbito nacional mas também no internacional. Assim, a cada dia vemos países agruparem-se convencionalmente com grande proveito para tôdas as partes contratantes. É o caso do Mercado Comum Europeu e próximo a nós da Associação Latino-Americana de Livre Comércio. O direito contratual nas relações internacionais, tem sido também o procedimento por excelência escolhido para a descolonização e o acesso à vida internacional.

Essa passagem do liberalismo ao dirigismo, orientada por novo pensamento, ou seja, o de que, para mudar, é preciso não apenas exercer o direito de protestar, mas sobretudo participar das decisões que realizarão esta transformação e tomar a si os encargos necessários para assegurá-la, leva a uma economia feita de diálogo e de colaboração e que encontra no contrato a fórmula de sua execução.

VALÉRIA GARCIA DA SILVA MARON



BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

2.^a PARTE

Observação — A primeira parte da presente relação bibliográfica foi publicada no n.º 1 da *Revista de Direito do Ministério Público*. As indicações ora feitas visam a torná-la menos incompleta e mais atualizada.

A) OBRAS GERAIS

I) Livros

- *Contribuição à História Administrativa do Brasil*, de ALMIR DE ANDRADE, 2 vols., 1950, Livraria José Olympio Editôra, Rio de Janeiro.
- *Tratado de Direito Administrativo*, de JOSÉ CRETTELLA JUNIOR, 5 vols., 1966-8, Forense, Rio-São Paulo.
- *Curso de Direito Administrativo*, de JOSÉ CRETTELLA JUNIOR, 1967, Forense Rio-São Paulo.
- *Curso de Direito Administrativo*, de MÁRIO MASAGÃO, 4.^a edição, 1968, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.
- *Programa de Direito Administrativo*, de VALMIR PONTES, 2.^a edição, 1968, Sugestões Literárias S/A, São Paulo.
- *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, de OSWALDO ARANHA BANDEIRA MELLO, vol. I, 1969, Forense, Rio.
- *Direito Administrativo*, de MIGUEL REALE, 1969, Forense, Rio.
- *Compêndio de Direito Administrativo*, de CARLOS S. DE BARROS JUNIOR, vol. II, 1969, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

II) Revistas e publicações várias

- *Cadernos Jurídicos da Eletricidade*, publicados pelo Instituto de Direito da Eletricidade, desde 1965.
- *Revista do Instituto de Direito da Eletricidade*, resultado da fusão do Boletim do Instituto de Direito da Eletricidade e da Revista de Direito da Eletricidade, publicada pelo IDE, desde 1965, Belo Horizonte.
- *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, editada desde 1967.
- *Revista de Direito Público*, editada desde 1968, publicação do Instituto de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

B) OBRAS ESPECÍFICAS

I) Administração Municipal

- *A Administração Municipal e seus Serviços Fundamentais*, de FRANCISCO BURKINSKI, 1951, A. Coelho Branco F.º.

II) *Ato Administrativo*

- *Do Desvio de Poder*, de JOSÉ CRETILLA JUNIOR, 1964, Editora Revista dos Tribunais.
 - *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, de M. SEABRA FAGUNDES, 4.^a edição (atualizada), 1967, Forense, Rio.
 - *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*, de MIGUEL REALE, 1968, Forense, Rio.
 - *Ação Popular Constitucional*, de PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, 1968, Edição Saraiva, São Paulo.
 - *Do Abuso de Poder*, de ROBERTO ROSAS, 1968, Rio.
 - *Ação Popular Constitucional*, de JOSÉ AFONSO DA SILVA, 1968, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.
- Nota — Vide n.º X.

III) *Autarquia*

- *Natureza e Regime Jurídico das autarquias*, de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, 1968, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

IV) *Concessão de serviço público*

- *Diretrizes Modernas para a Concessão de Serviço de Utilidade Pública*, de PLÍNIO A. BRANCO, 1949, Prefeitura do Município de São Paulo.
- *Direito da Eletricidade*, de WALTER T. ÁLVARES, 1955, Livraria Editora da Casa do Estudante do Brasil, Rio.

VII) *Desapropriação*

- *Desapropriação*, de JOÃO DE SÁ E ALBUQUERQUE, 1912, Livraria Magalhães, São Paulo e Rio.
- *Desapropriação por necessidade ou utilidade pública*, de CELSO SPÍNOLA, 1930, Livraria J. Ribeiro dos Santos, Rio.
- *Do Direito de Desapropriação*, de LUIZ ANTÔNIO DA COSTA CARVALHO, 1933, Gráfica Minerva, Valença, Estado do Rio.
- *Da Desapropriação*, de MACÁRIO DE LEMOS PICANÇO, sem data, Livraria Editora Zélio Valneide, Rio.
- *Teoria e Prática da Desapropriação no Direito Brasileiro*, de ROBERTO BARCELLOS DE MAGALHÃES, 1968, José Konfino Editor, Rio.

VIII) *Domínio Público*

- *Rios e Águas Correntes e suas relações jurídicas*, M. I. CAERVALHO DE MENDONÇA, 1909, Annibal Rocha & Cia., Curitiba.
- *Direito das Águas*, de ALFREDO VALLADÃO, 1931, Empresa Gráfica Revista dos Tribunais, São Paulo.
- *Direito das Minas*, de ALCIDES PINHEIRO, 1939, Jornal do Commercio, Rio.
- *Das Minas e jazidas no Direito Brasileiro*, de LAURO LACERDA ROCHA, 1947, Livraria Agir Editora, Rio.
- *Direito Florestal Brasileiro*, de OSNY DUARTE PEREIRA, s/data, Editor Borsoi, Rio.
- *Tratado das Terras do Brasil*, de M. LINHARES DE LACERDA, 1960, 5 vols., Editora Alba Ltda., Rio.

IX) *Função Pública e Poder Disciplinar*a) *Função pública em geral*

- *Direitos e Vantagens dos Funcionários*, de RAIMUNDO PEREIRA, Fundação Getúlio Vargas, Rio.
- *Contribuição ao estudo da função de fato*, de FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA, 1957, Saraiva, São Paulo.

b) Poder Disciplinar

- *Prática do Processo Administrativo*, de ARMANDO PEREIRA, 2.^a edição, 1960, Fundação Getúlio Vargas, Rio.

X) Mandado de Segurança e "Habeas Corpus"

- *Inconstitucionalidade da lei e mandado de segurança*, de HENRIQUE DE CARVALHO SIMAS, 1954.
- *Do litisconsórcio necessário passivo em mandado de segurança*, de LUIZ RODOLFO DE ARAÚJO JUNIOR, Recife, 1964.
- *Teoria e Prática do Mandado de Segurança*, de SERGIO SABINO FADEL, 1966, Konfino, Rio.
- *Mandado de segurança e ação popular*, de HELY LOPES MEIRELLES, 2.^a edição, 1969, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.
- *Do Mandado de Segurança*, de J. M. OTHON SIDOU, 3.^a edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

XI) Poder de Polícia

- *Direito de Construir*, de HELY LOPES MEIRELLES, 2.^a edição (atualizada e ampliada), 1965, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

XII) Responsabilidade civil do Estado

- *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais*, de JUARY SILVA, 1965, separata da Revista dos Tribunais, São Paulo.

XIV) Sociedade de economia mista e empresa pública

- *Da Empresa Pública no Direito Administrativo Comparado*, de A. B. COTRIM NETO, tese de concurso, 1965, Rio.
- *Tratado das Sociedades de Economia Mista*, de MANOEL THOMAZ DE CARVALHO BRITTO DAVIS, 2 vols., 1969, José Konfino Editor, Rio.

XV) Tribunais de Contas e controle financeiro

- *Regime de Controle das Empresas Públicas*, de JOÃO LYRA FILHO, Irmãos Pongetti Editores, 1963.
- *Controle das Finanças Públicas*, de JOÃO LYRA FILHO, 1966, Gráfica Editora Livro S. A., Rio.

CARLOS DE ARAÚJO LIMA: *Presença de Portugal no Direito Criminal Brasileiro*, Editora Image, 1969, 27 páginas.

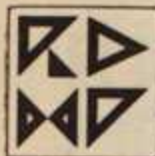
Fatigado, embora em pleno viço, perdendo o entusiasmo, quando estava no auge, abandona a profissão ARAÚJO LIMA, um dos maiores advogados criminais brasileiros de todos os tempos. Sólida cultura, prodigioso orador, dedicado caudado, leal para com o Ministério Público — leal e amigo (o seu discurso à beira do túmulo de Marcelo Heitor de Souza foi dos mais comoventes que já vi), tudo isso deixou uma grande saudade de ARAÚJO LIMA. Saudade, sim, porque até do Rio ele sumiu. Vim a saber, depois, que viajara, e se detivera anos em Portugal, regressando não faz muito. Eis que o professor VIRGÍLIO DONNICI o convida a dar uma aula, para a turma do 2.^o ano de Direito Penal, da Faculdade de Direito Cândido Mendes. ARAÚJO concorda, reaparece no cenário jurídico, e a magnífica conferência é publicada, posteriormente, em opúsculo, objeto deste ligeiro comentário.

Trata-se de bom estudo a respeito da influência ontológica portuguesa no nosso Direito Penal. ARAÚJO não se refere só a criminalistas, mas a literatos, entre os quais destaca o grande ALEXANDRE HERCULANO. Institutos, como o do *Habeas Corpus*, do Juri, e outros, têm as suas raízes dissecadas pelo conferencista. A cruzeta antiga das penas, os requisitos da legítima defesa, o formalismo para o reconhecimento do estupro, e muito mais, são por ele observados. E o adultério? ARAÚJO relembra o título do livro V das Ordenações:

"Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar, assim a ela, como o adúltero, salvo se o marido fôr peão e o adúltero fidalgo ou *nosso Deembargador*, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse algumas das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adultério, não morrerá por isso, mas será degredado para África com pregão na audiência em tempo, que aos julgadores bem parecer, segundo a pessoa que matar, não passando de três anos". Ah! Os tempos mudaram, mas grandes são ainda os atrativos da nobre carreira na Instância *ad quem*...

Enfim, a ótima conferência ora editada, pelo seu excelente conteúdo histórico, sociológico e criminal não deve faltar na estante do estudioso. E ARAÚJO LIMA precisa voltar às lides forenses, ou, pelo menos, escrever mais vezes.

JORGE GUNDES



REVISTAS EM REVISTA

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

a. XVIII — n.º 4 — ottobre-dicembre 1968 (Milano)

- Guarino* (G): Leggi recenti e sistema delle partecipazioni statali.
Schiavello (L): L'occupazione di suolo per impianti petroliferi.
Bassanini (F): Gli effetti della fine della legislature sui procedimenti legislativi pendenti.
Grossi (P): Appunti in tema di giuramento.
Perez (R): L'acquisizione di notizie da parte della pubblica amministrazione.
Chiochetti (A): Alcuni problemi di interpretazione dell'art. 10, 1.º comma della Costituzione.

Rivista bibliografica. Rassegne.

RIVISTA DELLA SOCIETÀ

a. XIII — fasc. 6.º, novembre-dicembre, 1968 (Milano)

- Goldman* (B): La concentration des entreprises à l'échelon européen et le droit des sociétés.
Hefermehl (W): Concentrations entre entreprises appartenant à différents pays de la Communauté économique européenne.
Van Hoorn jr. (J): La concentration des entreprises. Aspects fiscaux.
Beitzke (G): Les groupements d'entreprises en Europe et le droit allemand des sociétés.
Van der Grinten (W.C.J.): Concentration des entreprises et droit des sociétés en droit néerlandais.
Renauld (J. G.): La concentration des entreprises à l'échelon européen et le droit belge des sociétés.
Loesch (J): La concentration des entreprises à l'échelon européen et le droit luxembourgeois des sociétés.
Iannuzzi (M): La concentrazione di imprese su scala europea e il diritto italiano della società.

Leggi e documenti.

REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PÉNAL COMPARÉ

T. XXIII — 1968 — Nouvelle Série

- Lernell* (L): Esquisse d'une théorie cohérente du facteur général, génétique et dynamique du crime.
Correia (E): La peine de mort. Réflexions sur la problématique et sur le sens de son abolition au Portugal.
Legros (R): L'influence des lois particulières sur le droit pénal général.
Cornil (P): Une réforme de la loi belge du 9 avril 1930 de défertense sociale à l'égard des anormaux mentaux.
Jescheck (H.H.): Politique criminelle moderne en Allemagne et en France.
Coutourier (J.P.): L'erreur de droit invincible en matière pénale.

Fayard (M.C.): La localisation internationale de l'infraction.

Keyman (S): Le résultat pénal.

Études et variétés. Chroniques. Informations. Notes bibliographiques.

TULANE LAW REVIEW

Vol. 43, n.º 2, February, 1969

Albert Tate Jr.: Amendment of pleadings in Louisiana.

Harvey Couch: Toward a more realistic divorce law.

Comments. Notes. Reviews.

REVISTA JURIDICA

Vol. 19, 1968, Tucumán (Argentina)

V. D. Alvarez: El accionario obrero.

J. C. Castiglione: La reforma agraria en Venezuela.

A. Ponsati: Anotaciones sobre el derecho de Sumer.

O. R. Nieva: La prueba de informes en el derecho procesal.

J. A. Pellicer Valero: La ley española de 20 de julio de 1963 de represión de las practicas restrictivas de la competencia mercantil.

R. Racedo Aragon (h): Régimen jurídico de la autarquía.

M. P. Prieto de Herrera: Culturas jurídicas antiguas, China.

M. E. Freijo: Los principios de solidaridad y subsidiaridad dentro de la seguridad social.

Recensiones. Revista de revistas.

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Vol. 94, outubro-dezembro, 1968

O. Aranha Bandeira de Mello: Contrato de direito público ou administrativo.

João Mendes: A magistratura e o impósto de renda.

Henoch Reis: O poder legislativo na atual Constituição.

Jurisprudência. Pareceres. Notas e comentários. Legislação.

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO

N.º 8, abril-junho 1969

Miguel Reale: Reforma constitucional.

Ebert Chamoun: Da retrocessão nas desapropriações (Direito Brasileiro).

Amílcar de Araújo Falcão: Substituto legal tributário.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho: Notas para a sistemática do ato complementar.

Pareceres, atualidades e jurisprudência.

REVISTA DOS TRIBUNAIS

A. 58, julho 1969, vol. 405

Pinto Ferreira: A enfiteuse dos terrenos de marinha e a desapropriação.

Tomás Pará Filho: Dados introdutórios ao estudo da ação e do processo.

Paulo Germano de Magalhães: As sociedades de capital autorizado estão sujeitas ao depósito bancário.

Luiz Daumichen: Retomada de prédios ocupados por empregados.

Consultas e pareceres. Jurisprudência. Leis e decretos.



LEGISLAÇÃO

DECRETO-LEI N.º 669, DE 3 DE JULHO DE 1969

Exclui do benefício da concordata as empresas que exploram serviços aéreos ou de infra-estrutura aeronáutica e dá outras providências

O Presidente da República, usando das atribuições que lhe confere o § 1.º do artigo 2.º do Ato Institucional número 5, de 13 de dezembro de 1968, e

Considerando que a navegação aérea só pode ter eficiência, isto é, segurança, regularidade e precisão, se a empresa que a explora estiver em condições econômico-financeiras que permitam, em termos de planejamento, execução, manutenção, supervisão e controle, a perfeita sustentação de serviços através de uma sólida estrutura, capaz de plena atividade;

Considerando que, se a empresa de navegação aérea, entra em falência, concordata ou liquidação, sua estrutura técnico-econômico-financeira não tem mais condições adequadas e necessárias a merecer a confiança de proporcionar serviços regulares, eficientes e, sobretudo, dotados da imprescindível segurança, que compete ao Governo fiscalizar e garantir;

Considerando que a concordata, sendo um favor legal, que se dá à empresa estritamente comercial para continuar o seu negócio, não é de molde a ser admitida para a empresa de transporte aéreo, quando se tem em vista, acima do interesse comercial da empresa, a regularidade e segurança do voo, decreta:

Art. 1.º Não podem impetrar concordata as empresas que, pelos seus atos constitutivos, tenham por objeto, exclusivamente ou não, a exploração de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-estrutura aeronáutica.

Art. 2.º O presente Decreto-lei entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se aos casos em curso.

Art. 3.º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 3 de julho de 1969; 148.º da Independência e 81.º da República.
A. Costa e Silva. — Luís Antônio da Gama e Silva. — Márcio de Souza e Mello.

DECRETO-LEI N.º 745, DE 7 DE AGOSTO DE 1969

Dispõe sobre os contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-Lei n.º 58, de 10 de dezembro de 1937, e dá outras providências

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o § 1.º do artigo 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, decreta:

Art. 1.º Nos contratos a que se refere o artigo 22 do Decreto-Lei n.º 58, de 10 de dezembro de 1937, ainda

que dêles conste cláusula resolutiva expressa, a constituição em mora do promissário comprador depende de prévia interpelação, judicial ou por intermédio do cartório de Registro de Títulos e Documentos, com quinze (15) dias de antecedência.

Art. 2.º Este Decreto-lei entrará em

vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 7 de agosto de 1969; 148.º

da Independência e 81.º da República.
A. COSTA E SILVA. — *Luís Antônio da Gama e Silva.*

DECRETO-LEI N.º 858, DE 11 DE SETEMBRO DE 1969

Dispõe sobre a cobrança e a correção monetária dos débitos fiscais nos casos de falência e dá outras providências

Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhes confere o art. 1.º do Ato Institucional n.º 12, de 31 de agosto de 1969, combinado com o § 1.º do artigo 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, decretam:

Art. 1.º A correção monetária dos débitos fiscais do falido será feita até a data da sentença declaratória da falência, ficando suspensa, por um ano, a partir dessa data.

§ 1.º Se esses débitos não forem liquidados até 30 dias após o término do prazo previsto neste artigo, a correção monetária será calculada até a data do pagamento, incluindo o período em que esteve suspensa.

§ 2.º Nas falências decretadas há mais de 160 dias, o prazo para a liquidação dos débitos fiscais, com os benefícios de que trata este artigo será de 180 dias, a contar da data de publicação deste Decreto-lei.

§ 3.º O pedido de concordata suspensiva não interferirá na fluência dos prazos fixados neste artigo.

Art. 2.º A concordata preventiva ou suspensiva, a liquidação judicial ou a falência não suspenderão o curso dos

executivos fiscais, nem impedirão o ajuizamento de novos processos para a cobrança de créditos fiscais apurados posteriormente.

Art. 3.º Não será distribuído requerimento de concordata preventiva ou liquidação judicial de sociedade sem a prova negativa de Executivo Fiscal proposto pela Fazenda Pública, fornecida pelo competente ofício distribuidor.

Parágrafo único. Terá efeito de certidão negativa aquela que, mesmo acusando Executivo Fiscal proposto, vier acompanhada de prova da existência de penhora aceita, mediante certidão expedida pelo Cartório ou Secretaria do Juízo respectivo.

Art. 4.º As normas deste Decreto-lei aplicam-se aos processos em curso.

Art. 6.º Este Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 11 de setembro de 1969; 148.º da Independência e 81.º da República.

Augusto Hamann Rademaker Grünewald. — Aurélio de Lyra Tavares. — Márcio de Souza e Mello. — Luís Antônio da Gama e Silva. — Antônio Delfim Netto. — Hélio Beltrão.

DECRETO-LEI N.º 1.090, DE 10 DE MARÇO DE 1970

Prorroga prazo do Decreto-lei n.º 858, de 11 de setembro de 1969 e dá outras providências

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 85, item II, da Constituição, decreta;

Art. 1.º Fica prorrogado até o dia 12 de setembro de 1970 o prazo de suspensão da correção monetária dos débitos fiscais dos falidos, fixado no parágrafo 2.º do artigo 1.º do Decreto-lei número 858, de 11 de setembro de 1969.

Art. 2.º Este Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 10 de março de 1970; 149.º da Independência e 82.º da República.

Emílio G. Médici. — Alfredo Buzaid. — José Flávio Pécora. — João Paulo dos Reis Velloso.

DECRETO-LEI N.º 890, DE 26 DE SETEMBRO DE 1969

Dá nova redação aos parágrafos 4.º e 5.º do artigo 11 da Lei n.º 4.494, de 25 de novembro de 1964, ao artigo 350 e seu parágrafo único do Decreto-lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939, e dá outras providências

Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhes confere o artigo 1.º do Ato Institucional n.º 12, de 31 de agosto de 1969, combinado com o parágrafo 1.º do artigo 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, decretam:

Art. 1.º — Os parágrafos 4.º e 5.º do art. 11 da Lei n.º 4.494, de 25 de novembro de 1964, passam a vigorar com a seguinte redação:

“§ 4.º — Fundando-se a ação de despejo nos casos previstos nos itens III, IV, V, VII, VIII e X, se o réu, no prazo da contestação, declarar nos autos que concorda com o pedido de desocupação do prédio, o juiz homologará o acórdão por sentença, na qual fixará o prazo de seis (6) meses, contados da citação, para a mudança, e imporá ao réu o ônus do pagamento das custas e de honorários de advogado, na base de 20% do valor da causa. Se, findo o prazo, o réu houver desocupado o prédio, ficará ele insento do pagamento das custas e dos honorários de advogado, em caso contrário, será expedido mandado de despejo, que se executará independentemente da notificação a que se refere o artigo 352 do Código de Processo Civil.

§ 5.º — Contestada a ação, o juiz, se a julgar procedente, assinará ao réu o prazo de cento e vinte (120) dias para a desocupação do prédio, salvo se, entre a data da citação e a da sentença de primeira instância hou-

verem decorrido mais de seis (6) meses, ou, ainda, se a locação houver sido rescindida com fundamento nos itens I, II, VI e IX, casos em que o prazo para a desocupação não excederá de trinta (30) dias.

Art. 2.º — O artigo 350 e seu parágrafo único do Código de Processo Civil (Decreto-lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939) passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 350 — A ação de despejo, uma vez contestada, prosseguirá com o rito ordinário, e, se não o for, os autos serão conclusos para sentença.

Parágrafo único — O juiz conhecerá, entretanto, diretamente do pedido, proferindo sentença definitiva quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência.”

Art. 3.º — Este Decreto-lei entrará em vigor no primeiro (1.º) dia do mês seguinte ao de sua publicação, revogado o parágrafo 7.º do artigo 11 da Lei n.º 4.494, de 25 de novembro de 1964, e demais disposições em contrário.

Brasília, 26 de setembro de 1969; 148.º da Independência e 81.º da República.

AUGUSTO HAMAN RADEMAKER
GRÜNEWALD
AURÉLIO DE LYRA TAVARES
MÁRCIO DE SOUZA MELLO
Luiz Antonio da Gama e Silva

DECRETO-LEI N.º 898, DE 29 DE SETEMBRO DE 1969

Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências

Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhes confere o artigo 1.º do Ato Institucional

n.º 12, de 31 de agosto de 1969, combinado com o parágrafo 1.º do artigo 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, decretam:

CAPÍTULO I

Da Aplicação da Lei de Segurança Nacional

Art. 1.º Toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei.

Art. 2.º A segurança nacional é a garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos.

Art. 3.º A segurança nacional compreende, essencialmente, medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva.

§ 1.º A segurança interna, integrada na segurança nacional, diz respeito às ameaças ou pressões antagonônicas, de qualquer origem, forma ou natureza, que se manifestem ou produzam efeito no país.

§ 2.º A guerra psicológica adversa é o emprêgo da propaganda, da contra-propaganda e de ações nos campos político, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais.

§ 3.º A guerra revolucionária é o conflito interno, geralmente inspirado em uma ideologia, ou auxiliado do exterior, que visa à conquista subversiva do poder pelo controle progressivo da Nação.

Art. 4.º Este Decreto-lei se aplica, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, aos crimes cometidos, no todo ou em parte, em território nacional, ou que nêle, embora parcialmente, produziram ou deviam produzir seu resultado.

Art. 5.º Ficam sujeitos ao presente decreto-lei, embora cometidos no estrangeiro os crimes que, mesmo parcialmente, produziram ou deviam produzir seu resultado no território nacional.

Art. 6.º Aplica-se êste Decreto-lei ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, ressalvadas as disposições de convenções,

tratados e regras de direito internacional.

Art. 7.º Na aplicação dêste decreto-lei o juiz, ou Tribunal, deverá inspirar-se nos conceitos básicos da segurança nacional definidos nos artigos anteriores.

CAPÍTULO II

Dos Crimes e das Penas

Art. 8.º Entrar em entendimento ou negociação com governo estrangeiro ou seus agentes, a fim de provocar guerra ou atos de hostilidade contra o Brasil:

Pena: reclusão, de 15 a 30 anos.

Parágrafo único. Se os atos de hostilidade forem desencadeados:

Pena: Prisão perpétua, em grau mínimo e morte, em grau máximo.

Art. 9.º Tentar, com ou sem auxílio estrangeiro, submeter o território nacional, ou parte dêle, ao domínio ou soberania de outro país, ou suprimir, ou pôr em perigo a independência do Brasil:

Pena: Reclusão, de 20 a 30 anos.

Parágrafo único. Se, da tentativa, resultar morte:

Pena: Prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

Art. 10. Aliciar indivíduos de outra nação para que invadam o território brasileiro, seja qual fôr o motivo ou pretexto:

Pena: Reclusão, de 10 a 20 anos.

Parágrafo único. Verificando-se a invasão:

Pena: Prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

Art. 11. Comprometer a Segurança Nacional, sabotando quaisquer instalações militares, navios, aviões, material utilizável pelas Forças Armadas, ou, ainda, meios de comunicação e vias de transporte, estaleiros, portos e aeroportos, fábricas, depósitos ou outras instalações:

Pena: Reclusão, de 8 a 30 anos.

§ 1.º Se, em decorrência da sabotagem, verificar-se paralisação de qualquer serviço, serão aplicadas as seguintes penas:

a) se a paralisação não ultrapassar de um dia:

Pena: Reclusão, de 8 a 12 anos;

b) se a paralisação ultrapassar de um (1) e não ultrapassar cinco (5) dias:

Penas: Reclusão, de 10 a 15 anos;

c) se a paralisação ultrapassar de cinco (5) e não ultrapassar de trinta (30) dias:

Penas: Reclusão, de 12 a 24 anos;

d) se a paralisação ultrapassar de trinta (30) dias:

Penas: Prisão perpétua.

§ 2.º Verificando-se lesão corporal em decorrência da sabotagem, as penas cominadas nas alíneas a, b e c do parágrafo anterior, serão acrescidas de um terço até o dobro, proporcionalmente à gravidade da lesão causada.

§ 3.º Verificando-se morte, em decorrência da sabotagem:

Penas: Morte.

Art. 12. Concentrarem-se mais de 2 (duas) pessoas para a prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos anteriores:

Penas: Reclusão, de 1 a 5 anos.

Art. 13. Redistribuir material ou fundos de propaganda de proveniência estrangeira, sob qualquer forma ou a qualquer título, para a infiltração de doutrinas ou idéias incompatíveis com a Constituição:

Penas: Reclusão, de 4 a 8 anos.

Parágrafo único. Se a propaganda de que trata o artigo, utilizando o material ou fundos de proveniência estrangeira, é feita a fim de submeter o Brasil a outro país:

Penas: Reclusão, de 8 a 12 anos.

Art. 14. Formar, filiar-se ou manter associação de qualquer título, comitê, entidade de classe ou agrupamento que, sob a orientação ou com o auxílio de governo estrangeiro ou organização internacional, exerça atividades prejudiciais ou perigosas à Segurança Nacional:

Penas: Reclusão, de 2 a 5 anos, para os organizadores ou mantenedores, e, de 6 meses a 2 anos, para os demais.

Art. 15. Promover ou manter, em território nacional, serviço de espionagem em proveito de país estrangeiro ou de organização subversiva:

Penas: Reclusão de 10 anos, em grau mínimo, e prisão perpétua, em grau máximo.

§ 1.º Obter ou procurar obter, para o fim de espionagem, notícia de fatos ou coisas que, no interesse do Estado,

devam permanecer secretas, desde que o fato não constitua delito mais grave:

Penas: Reclusão, de 5 a 12 anos.

§ 2.º Destruir, falsificar, subtrair, fornecer ou comunicar a potência estrangeira, organização subversiva ou a seus agentes ou, em geral, a pessoa não autorizada, documentos, planos ou instruções classificados como sigilosos por interessarem à Segurança Nacional:

Penas: Reclusão de 12 a 24 anos.

§ 3.º Entrar em relação com governo estrangeiro, organização subversiva ou seus agentes, para o fim de comunicar qualquer outro segredo concernente à Segurança Nacional:

Penas: Reclusão de 5 a 10 anos.

§ 4.º Fazer ou reproduzir, para o fim de espionagem, fotografias, gravuras ou desenhos de instalações ou zonas militares e engenhos de guerra, de qualquer tipo; ingressar para o mesmo fim, clandestina ou fraudulentamente, nos referidos lugares; desenvolver atividades aerofotográficas, em qualquer parte do território nacional, sem autorização de autoridade competente:

Penas: Reclusão de 5 a 10 anos.

§ 5.º Dar asilo ou proteção a espíões, sabendo que o sejam:

Penas: Reclusão de 12 a 24 anos.

§ 6.º Facilitar o funcionário público, culposamente, o conhecimento de segredo concernente à Segurança Nacional:

Penas: Detenção, de 2 a 5 anos.

Art. 16. Divulgar, por qualquer meio de comunicação social, notícia falsa, tendenciosa ou fato verdadeiro truncado ou deturpado, de modo a indispor ou tentar indispor o povo com as autoridades constituídas:

Penas: Detenção, de 6 meses a 2 anos.

§ 1.º Se a divulgação provocar perturbação da ordem pública ou expuser a perigo o bom nome, a autoridade, o crédito ou o prestígio do Brasil:

Penas: Detenção, de 2 a 5 anos.

§ 2.º Se a responsabilidade pela divulgação couber a diretor ou responsável pelo jornal, periódico, estação de rádio ou de televisão, será também, imposta a multa de 50 a 100 vezes o valor do salário-mínimo vigente na localidade, à época do fato, elevada ao dobro, na hipótese do parágrafo anterior:

§ 3.º As penas serão aplicadas em dôbro, em caso de reincidência.

Art. 17. Falsificar, suprimir, tornar irreconhecível, subtrair ou desviar de seu destino ou uso normal algum meio de prova relativo a fato de importância para o interesse nacional:

Pena: Reclusão, de 3 a 8 anos.

Art. 18. Violar imunidades diplomáticas, pessoais ou reais, ou de Chefe ou representante de Nação estrangeira, ainda que de passagem pelo território nacional:

Pena: Reclusão, de 6 a 12 anos.

Art. 19. Violar neutralidade assumida pelo Brasil em face de países belligerantes:

Pena: Reclusão, de 2 a 4 anos.

Parágrafo único. Se o crime fôr simplesmente culposo:

Pena: Detenção, de 6 meses a 1 ano.

Art. 20. Destruir ou ultrajar bandeira, emblemas ou escudo de Nação amiga, quando expostos em lugar público:

Pena: Detenção, de 6 meses a 1 ano.

Art. 21. Ofender públicamente, por palavras ou escrito, Chefe de Governo de Nação estrangeira:

Pena: Reclusão, de 2 a 6 anos.

Art. 22. Exercer violência de qualquer natureza, contra Chefe de Governo estrangeiro, quando em visita ao Brasil ou de passagem pelo território brasileiro:

Pena: Prisão perpétua.

Parágrafo único. Se da violência resultar lesão corporal ou morte:

Pena: Morte.

Art. 23. Tentar subverter a ordem ou estrutura político-social vigente no Brasil, com o fim de estabelecer ditadura de classe, de partido político, de grupo ou indivíduo:

Pena: Reclusão, de 8 a 20 anos.

Art. 24. Promover insurreição armada ou tentar mudar, por meio violento, a Constituição, no todo ou em parte, ou a forma de governo por ela adotada:

Pena: Reclusão, de 12 a 30 anos.

Parágrafo único. Se, da prática do ato, resultar morte:

Pena: Prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

Art. 25. Praticar atos destinados a provocar guerra revolucionária ou subversiva:

Pena: Reclusão, de 5 a 15 anos.

Parágrafo único. Se, em virtude dêles, a guerra sobrevém:

Pena: Prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

Art. 26. Impedir ou tentar impedir, por meio de violência ou ameaça de violência, o livre exercício de qualquer dos Podêres da União ou dos Estados:

Pena: Reclusão, de 4 a 10 anos.

Art. 27. Assaltar, roubar ou depredar estabelecimento de crédito ou financiamento, qualquer que seja a sua motivação:

Pena: Reclusão, de 10 a 24 anos.

Parágrafo único. Se, da prática do ato, resultar morte:

Pena: Prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

Art. 28. Devastar, saquear, assaltar, roubar, sequestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal, ato de massacre, sabotagem ou terrorismo:

Pena: Reclusão, de 12 a 30 anos.

Parágrafo único. Se, da prática do ato, resultar morte:

Pena: Prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

Art. 29. Impedir ou dificultar o funcionamento de serviços essenciais, administrados pelo Estado ou executados mediante concessão, autorização ou permissão:

Pena: Reclusão, de 8 a 20 anos.

Parágrafo único. Se, da prática do ato, resultar morte:

Pena: Prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

Art. 30. Tentar desmembrar parte do território nacional, para constituir país independente:

Pena: Reclusão, de 6 a 12 anos.

Art. 31. Revelar segredo obtido em razão de cargo ou função pública que exerça, relativamente a ações ou operações militares ou qualquer plano contra revolucionários, insurrectos ou rebeldes:

Pena: Reclusão, de 5 a 12 anos.

Parágrafo único. Se o segredo revelado causar prejuízo às operações militares ou aos planos aludidos:

Pena: Reclusão, de 12 anos até a prisão perpétua.

Art. 32. Matar, por motivo de facciosismo ou inconformismo político-social, quem exerça autoridade ou estrangeiro que se encontrar no Brasil, a

convite do Governo Brasileiro, a serviço de seu país ou em missão de estudo:

Pena: Morte.

Art. 33. Exercer violência, por motivo de facciosismo ou inconformismo político-social, contra quem exerça autoridade:

Pena: Reclusão, de 8 a 15 anos.

§ 1.º Se da violência resultar lesões corporais:

Pena: Reclusão, de 12 a 30 anos.

§ 2.º Se da violência resultar morte:

Pena: Prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

Art. 34. Ofender moralmente quem exerça autoridade, por motivos de facciosismo ou inconformismo político-social:

Pena: Reclusão, de 2 a 4 anos.

Parágrafo único. Se o crime fôr cometido por meio de imprensa, rádio ou televisão, a pena é aumentada de metade.

Art. 35. Atentar contra a liberdade pessoal do Presidente ou do Vice-Presidente da República, dos Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, do Supremo Tribunal Federal, de Ministros de Estado, de Governadores de Estado ou Territórios e do Prefeito do Distrito Federal:

Pena: Reclusão de 8 a 24 anos.

Art. 36. Ofender a honra ou a dignidade do Presidente ou do Vice-Presidente da República, dos Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, do Supremo Tribunal Federal, de Ministros de Estado, de Governadores de Estado ou Território e do Prefeito do Distrito Federal:

Pena: Reclusão, de 2 a 6 anos.

Parágrafo único. Se o crime fôr cometido por meio de imprensa, rádio ou televisão a pena é aumentada de metade, além da multa de 50 a 100 vezes o valor do maior salário mínimo vigente no país, se a responsabilidade couber a diretor ou responsável por tais órgãos da imprensa, escrita e falada.

Art. 37. Exercer violência, por motivo de facciosismo ou inconformismo político-social, contra estrangeiro que se encontre no Brasil, a serviço de seu país, em missão de estudo ou a convite do Governo brasileiro:

Pena: Reclusão, de 8 a 15 anos.

§ 1.º Se da violência resultar lesão corporal:

Pena: Reclusão de 12 a 30 anos.

§ 2.º Se da violência resultar morte:

Pena: Morte.

Art. 38. Promover greve ou *lock-out*, acarretando a paralisação de serviços públicos ou atividades essenciais, com o fim de coagir qualquer dos Poderes da República:

Pena: Reclusão, de 4 a 10 anos.

Art. 39. Incitar:

I — À guerra ou à subversão da ordem político-social;

II — À desobediência coletiva às leis;

III — À animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis;

IV — À luta pela violência entre as classes sociais;

V — À paralisação de serviços públicos, ou atividades essenciais;

VI — Ao ódio ou à discriminação racial:

Pena: Reclusão, de 10 a 20 anos.

§ 1.º Se os crimes previstos nos itens I a IV forem praticados por meio de imprensa, radiodifusão ou televisão:

Pena: Reclusão, de 15 a 30 anos.

§ 2.º Ressalvados os crimes de que tratam os itens V e VI, se, do incitamento decorrer morte:

Pena: Morte.

§ 3.º Se a responsabilidade pela incitação couber a diretor ou responsável de jornal, periódico, estação de rádio ou de televisão, além da pena privativa da liberdade será imposta a multa de 50 a 100 vezes o valor do maior salário-mínimo vigente à época do delito.

Art. 40. Cessarem funcionários públicos coletivamente, no todo, ou em parte, os serviços a seu cargo:

Pena: Detenção de 8 meses a 1 ano.

Parágrafo único. Incorrerá nas mesmas penas o funcionário público que, direta ou indiretamente, se solidarizar aos atos de cessação ou paralisação de serviço público ou que contribua para a não execução ou retardamento do mesmo.

Art. 41. Perturbar, mediante o emprego de vias de fato, ameaças, tumultos ou arruídos, sessões legislativas, judiciárias ou conferências internacionais, realizadas no Brasil:

Pena: Detenção, de 6 meses a 2 anos.

§ 1.º Se da ação resultar lesões corporais:

Pena: Reclusão, de 4 a 12 anos.

§ 2.º Se resultar morte:

Pena: Morte.

§ 3.º Aplica-se à tentativa a mesma pena, reduzida de um ou dois terços.

Art. 42. Constituir, filiar-se ou manter organização de tipo militar, de qualquer forma ou natureza, armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa:

Pena: Reclusão, de 3 a 8 anos.

Art. 43. Reorganizar ou tentar reorganizar de fato ou de direito, ainda que sob falso nome ou forma simulada, partido político ou associação, dissolvidos por força de disposição legal ou de decisão judicial, ou que exerça atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional, ou fazê-lo funcionar, nas mesmas condições, quando legalmente suspenso:

Pena: Reclusão, de 2 a 5 anos.

Art. 44. Destruir ou ultrajar a bandeira, emblemas ou símbolos nacionais, quando expostos em lugar público:

Pena: Detenção, de 2 a 4 anos.

Art. 45. Fazer propaganda subversiva:

I — Utilizando-se de quaisquer meios de comunicação social, tais como jornais, revistas, periódicos, livros, boletins, panfletos, rádio, televisão, cinema, teatro e congêneres, como veículos de propaganda de guerra psicológica adversa ou de guerra revolucionária ou subversiva;

II — Aliciando pessoas nos locais de trabalho ou ensino;

III — Realizando comício, reunião pública, desfile ou passeata;

IV — Realizando greve proibida;

V — Injuriando, caluniando ou difamando quando o ofendido fôr órgão ou entidade que exerça autoridade pública, ou funcionário, em razão de suas atribuições;

VI — Manifestando solidariedade a qualquer dos atos previstos nos itens anteriores:

Pena: Reclusão, de 1 a 3 anos.

Parágrafo único. Se qualquer dos atos especificados neste artigo importar ameaça ou atentado à segurança nacional:

Pena: Reclusão, de 2 a 4 anos.

Art. 46. Importar, fabricar, ter em depósito ou sob sua guarda, comprar, vender, doar ou ceder, transportar ou trazer consigo armas de fogo ou engenhos privativos das Forças Armadas ou quaisquer instrumentos de destruição ou terror, sem permissão da autoridade competente:

Pena: Reclusão, de 5 a 10 anos.

Art. 47. Incitar à prática de qualquer dos crimes previstos neste Capítulo, ou fazer-lhes a apologia ou a de seus autores se o fato não constituir crime mais grave.

Pena: Reclusão, de 2 a 5 anos.

§ 1.º A pena será aumentada de metade, se o incitamento, publicidade ou apologia fôr feito por meio de imprensa, radiodifusão ou televisão.

§ 2.º Se a responsabilidade pelo crime couber a diretor ou responsável de jornal, periódico, estação de rádio ou de televisão, além da pena privativa da liberdade será imposta a multa de 50 a 100 vezes o valor do maior salário-mínimo vigente na localidade, à época do delito.

Art. 48. Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente presa, em decorrência da prática de crimes previsto nesta Lei.

Pena: Reclusão, de 8 a 12 anos.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com violência.

Pena: Reclusão, de 12 a 24 anos.

Art. 49. São circunstâncias agravantes quando não elementares do crime:

I — Ser o agente militar ou funcionário público, a este se equiparando o empregado de autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista;

II — Ter sido o crime praticado com a ajuda de qualquer espécie ou sob qualquer título, prestada por Estado ou organização internacional ou estrangeiro;

III — Ter no caso de concurso de agentes, promovido ou organizado a cooperação no crime, ou dirigido a atividade dos demais agentes.

IV — Ter sido o agente, em época anterior ao delito, atingido por sanção aplicada de acordo com os Atos Institucionais.

Art. 50. Para o efeito de cálculo da pena aplicável à tentativa, a pena de morte ou de prisão perpétua, equipara-se à de reclusão por 30 anos.

Parágrafo único. Quando a tentativa não constituiu por si só crime, é punida com a pena cominada a este, reduzido de um a dois terços.

Art. 51. Quando ao crime fôr cominada pena de prisão perpétua, poderá o Conselho ou Tribunal substituí-la pela de reclusão por 30 anos.

Art. 52. Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos neste Decreto-lei:

- a) pela morte do autor;
- b) pela prescrição da pena.

Parágrafo único. Verifica-se a prescrição:

I — Em o dobro da pena máxima privativa de liberdade cominada ao crime, até o limite máximo de 30 anos, e desde que não se trate de prisão perpétua;

II — Em 40 anos, na hipótese da pena de prisão perpétua ou de morte.

Art. 53. Se a responsabilidade pela propaganda subversiva couber a diretor ou a responsável de jornal ou periódico, o juiz poderá, ao receber a denúncia, impor a suspensão da circulação deste até trinta dias, sem prejuízo de outras cominações previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de estação de radiodifusão ou televisão, a suspensão será imposta, nas mesmas condições, pelo Presidente do Conselho Nacional de Telecomunicações.

Art. 54. Nos crimes definidos nos arts. 16, e seus parágrafos, 34 e seu parágrafo único, 36 e seu parágrafo único, 39 e seus parágrafos, 45 e seu parágrafo único e 47 e seus parágrafos, o Ministro de Estado da Justiça, sem prejuízo da ação penal prevista neste Decreto-lei, poderá determinar a apreensão de jornal, periódico, livro ou quaisquer outros impressos a suspensão de sua impressão, circulação, distribuição ou venda, no território brasileiro, e, se tratar de radiodifusão ou de televisão, representar ao Ministro de Estado das Comunicações, para a suspensão de seu funcionamento.

Parágrafo único. No caso de reincidência, praticada pelo mesmo jornal, periódico, livro ou qualquer outro impresso ou pela mesma empresa ou por periódico de empresas diferentes mas que tenham o mesmo diretor ou responsável, ainda, o Ministro de Es-

tado da Justiça poderá determinar ao Oficial do Registro Civil das Pessoas Jurídicas competente o cancelamento do registro respectivo e, em se tratando de radiodifusão ou de televisão, representar ao Ministro de Estado das Comunicações para a cassação da respectiva concessão ou permissão e ulterior cancelamento do registro.

Art. 55. A responsabilidade penal pela propaganda subversiva independe da civil e não exclui as decorrentes de outros crimes, na forma deste Decreto-lei ou de outras Leis.

CAPÍTULO III

Do Processo e Julgamento

Art. 56. Ficam sujeitos ao fôro militar tanto os militares como os civis, na forma do art. 122, parágrafos 1.º e 2.º da Constituição, com a redação dada pelo Ato Institucional n.º 6, de 1.º de fevereiro de 1969, quanto ao processo e julgamento dos crimes definidos neste Decreto-lei, assim como os perpetrados contra as Instituições Militares.

Parágrafo único. Instituições Militares são as Forças Armadas constituídas pela Marinha de Guerra, Exército e Aeronáutica Militar estruturadas em Ministérios, bem assim os altos órgãos militares de administração, planejamento e comando.

Art. 57. O fôro especial estabelecido neste Decreto-lei prevalecerá sôbre qualquer outro ainda que os crimes tenham sido cometidos por meio de imprensa, radiodifusão ou televisão.

Art. 58. Aplica-se, quanto ao processo e julgamento, o Código da Justiça Militar, no que não colidir com as disposições da Constituição e deste Decreto-lei.

Art. 59. Durante as investigações policiais o indiciado poderá ser preso, pelo Encarregado do Inquérito até trinta dias, comunicando-se a prisão à autoridade judiciária competente. Este prazo poderá ser prorrogado uma vez, mediante solicitação fundamentada do Encarregado do Inquérito à autoridade que o nomeou.

§ 1.º O Encarregado do Inquérito poderá manter incomunicável o indiciado até dez dias, desde que a medida se torne necessária às averiguações policiais militares.

§ 2.º Se entender necessário, o Encarregado solicitará dentro do mesmo prazo ou de sua prorrogação, a prisão preventiva do indiciado, observadas as disposições do art. 149 do Código da Justiça Militar.

Art. 60. Em qualquer fase do processo, aplicam-se as disposições relativas à prisão preventiva previstas no Código da Justiça Militar.

Art. 61. Poderão ser instaurados, individual ou coletivamente, os processos contra os infratores de qualquer dos dispositivos deste Decreto-lei.

Art. 62. Recebida a denúncia, o Auditor mandará citar o denunciado para se ver processar e julgar.

Parágrafo único. A citação será por edital e com prazo de quinze dias, para os denunciados que não forem encontrados, e de vinte dias, para os que se tenham ausentado voluntariamente do país, estejam ou não em lugar sabido.

Art. 63. O acusado que não comparecer aos atos processuais para os quais foi devidamente citado ou notificado, será considerado revel.

Art. 64. A ausência de qualquer dos acusados não impedirá a realização dos atos do processo e do julgamento, nem obrigará seu adiamento.

Parágrafo único. Se a ausência for do advogado constituído, o acusado será assistido por defensor designado, na hora, pelo Presidente do Conselho.

Art. 65. A denúncia deverá arrolar até três testemunhas e no caso de mais de um denunciado, poderá ser ouvida mais uma acerca da responsabilidade daquele a respeito do qual não houverem deposto as testemunhas inquiridas.

Art. 66. A defesa, no curso do sumário, poderá indicar duas testemunhas para cada acusado, as quais deverão ser apresentadas, independentemente de intimação, no dia e hora fixados para a inquirição.

Parágrafo único. As testemunhas de defesa que deixarem de comparecer à audiência marcada, sem motivo de força maior comprovado pelo Conselho, não mais serão ouvidas, entendendo-se como desistência o seu não comparecimento.

Art. 67. Preferem a todos os serviços forenses locais as precatórias

expedidas pelo Auditor e deverão ser cumpridas no prazo máximo de quinze dias, da data do seu recebimento, e devolvidas pelo meio mais rápido e seguro.

Art. 68. O exame de sanidade mental requerido pela defesa, de algum ou alguns dos acusados, não obstará sejam julgados os demais, se o laudo correspondente não houver sido remetido ao Conselho até a data marcada para o julgamento. Neste caso, aquêles acusados serão julgados oportunamente.

Art. 69. Quando o estado de saúde do acusado não permitir sua permanência na sessão do julgamento, esta prosseguirá com a presença do seu defensor.

Parágrafo único. Se o defensor se recusar a permanecer na sessão, a defesa passará a ser feita por advogado, designado pelo Presidente do Conselho.

Art. 70. A acusação e a defesa terão respectivamente uma hora para a sustentação oral; por ocasião do julgamento, podendo o procurador e o defensor replicar e treplicar, por tempo não excedente a trinta minutos.

Parágrafo único. Se forem dois ou mais réus e diversos os defensores, cada um deles terá por sua vez e pela metade, os prazos acima estabelecidos.

Art. 71. Quando a sessão de julgamento não puder ser concluída, por motivos justificados e dentro do próprio trimestre, o Conselho Permanente de Justiça terá sua jurisdição prorrogada no respectivo processo.

Art. 72. O Conselho de Justiça poderá:

a) dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia, ainda que em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, desde que aquela definição haja sido formulada pelo Ministério Público, em alegações escritas e a defesa tenha tido oportunidade de examiná-la;

b) proferir sentença condenatória por fato articulado na denúncia, não obstante haver o Ministério Público opinado pela absolvição, bem como reconhecer circunstância agravante não argüida, mas referida, na narração do fato criminoso, na denúncia.

Art. 73. Ao Ministério Público cabe recorrer obrigatoriamente, para o Superior Tribunal Militar:

a) do despacho do Auditor que rejeitar, no todo ou em parte, a denúncia;

b) da sentença absolutória.

Art. 74. O condenado à pena de reclusão por mais de dois anos fica sujeito, acessoriamente, à suspensão de direitos políticos, por dois a dez anos.

Art. 75. Não é admissível a suspensão condicional da pena dos crimes previstos neste decreto-lei.

Art. 76. A pena privativa de liberdade será cumprida em estabelecimento penal, militar ou civil, sem rigor penitenciário, a critério do juiz, tendo em vista a natureza do crime e a periculosidade do agente.

Art. 77. O livramento condicional dar-se-á nos termos da legislação penal militar.

Art. 78. São inafiançáveis os crimes previstos neste decreto-lei.

Art. 79. O Ministro da Justiça, sem prejuízo do disposto em leis especiais, poderá determinar investigações sobre a organização e o funcionamento das empresas jornalísticas, de radiodifusão ou de televisão, especialmente quanto à sua contabilidade, receita e despesa, assim como a existência de quaisquer fatores ou influências contrárias à Segurança Nacional, tal como definidos nos artigos 2.º e 3.º e seus parágrafos deste decreto-lei.

CAPÍTULO IV

Do processo dos crimes punidos com as penas de morte e de prisão perpétua

Art. 80. Os autos do Inquérito, do flagrante, ou documentos relativos ao crime serão remetidos à Auditoria, pela autoridade militar competente.

Art. 81. O prazo para a conclusão do inquérito é de trinta dias, podendo, por motivo excepcional, ser prorrogado por mais quinze dias.

Art. 82. Recebidos os autos do inquérito, do flagrante, ou documentos, o Auditor dará vista imediata ao Procurador que, dentro em cinco dias, oferecerá a denúncia, contendo:

a) o nome do acusado e sua qualificação;

b) a exposição sucinta dos fatos;

c) a classificação do crime;

d) a indicação de duas a oito testemunhas.

Art. 83. Será dispensado o rol de testemunhas, se a denúncia se fundar em prova documental.

Art. 84. Serão nomeados pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar os membros dos Conselhos de Justiça competentes para o julgamento dos crimes punidos com as penas de prisão perpétua e de morte.

Parágrafo único. A nomeação dos juizes do Conselho constará dos autos do processo, por certidão.

Art. 85. Recebida a denúncia, mandará o Auditor citar o acusado e intimar as testemunhas, nomeando-lhe defensor, se aquele não o tiver, e lhe abrirá vista dos autos em cartório, pelo prazo de dez dias, podendo dentro deste, oferecer defesa escrita, juntar documentos e arrolar testemunhas, até o máximo de oito.

Art. 86. Se o Procurador não oferecer denúncia, ou se esta for rejeitada, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal Militar, que a seu respeito decidirá de forma definitiva.

Art. 87. Quando, na denúncia, figurarem diversos acusados, poderão ser processados e julgados em grupos, se assim o aconselhar o interesse da Justiça, contados os prazos em dobro.

Art. 88. O oferecimento da denúncia, citação do acusado, intimação de testemunhas, nomeação de defensor, instrução criminal, julgamento e lavratura da sentença, reger-se-ão no que lhes for aplicável, pelas normas estabelecidas para os processos da competência do Auditor e dos Conselhos de Justiça.

Art. 89. A instrução criminal será presidida pelo Oficial-Juiz que funcionar no Conselho, observada a precedência hierárquica, cabendo ao Auditor relatar os processos para o julgamento.

Art. 90. O acusado preso será requisitado, para se ver processar e, se ausente, será processado e julgado à revelia.

Art. 91. A defesa terá vista dos autos em cartório, para alegações escritas.

Parágrafo único. Nas alegações finais, o Procurador indicará as circunstâncias agravantes expressamente previstas na lei penal e todos os

fatos e circunstâncias que devam influir na fixação da pena.

Art. 92. O acusado poderá dispensar a assistência de advogado, se estiver em condições de fazer sua defesa.

Art. 93. As questões preliminares e os incidentes, que forem sustados, serão resolvidos, conforme o caso, pelo Auditor ou pelo Conselho de Justiça.

Art. 94. A falta do extrato da fé de Ofício ou dos assentamentos do acusado poderá ser suprida por outros meios informativos.

Art. 95. Os órgãos da Justiça Militar, tanto em primeira como em segunda instância, poderão alterar a classificação do crime, sem todavia inovar a acusação.

Parágrafo único. Havendo impossibilidade de alterar a classificação do crime, o processo será anulado, devendo ser oferecida nova denúncia.

Art. 96. Encerrada a prova de defesa, o Auditor procederá ao julgamento em outra audiência, dentro em vinte dias, na qual, o Procurador e o Defensor terão, respectivamente, uma hora, para produzir, oralmente, suas alegações podendo replicar e treplicar por tempo não excedente a trinta minutos.

§ 1.º É dispensado o comparecimento do acusado à audiência de julgamento, se, assim, o desejar.

§ 2.º Após os debates orais, o Conselho deliberará em sessão secreta e o Auditor lavrará a sentença e a lerá, em sessão pública, dela mandando intimar no mesmo dia, o Procurador e o réu, ou seu defensor, se ausentes.

Art. 97. Das sentenças de primeira instância caberá recurso de apelação, com efeito suspensivo, para o Superior Tribunal Militar.

§ 1.º A apelação será interposta de ofício e, no prazo de dez dias, contados da intimação da sentença, pelo acusado ou, se revel, por seu defensor, ou, ainda, pelo Procurador.

§ 2.º Não caberá recurso de decisões sobre questões incidentes, que poderão, entretanto, ser renovadas na apelação.

Art. 98. As razões do recurso serão apresentadas, com a petição, em cartório e, conclusos os autos ao Auditor

éste os remeterá, incontinenti, à instância superior.

Art. 99. Os autos, no Superior Tribunal Militar, serão logo conclusos ao relator, que mandará abrir vista ao Procurador-Geral, a fim de que emita parecer, no prazo de cinco dias.

Art. 100. Restituídos os autos pelo Procurador-Geral serão eles encaminhados ao relator e revisor, tendo cada um, sucessivamente, o prazo de 10 dias para seu exame.

Art. 101. Anunciado o julgamento pelo presidente, o relator fará a exposição dos fatos.

§ 1.º Findo o relatório, poderão o defensor e o Procurador-Geral produzir alegações orais por trinta minutos, cada um.

§ 2.º Discutida a matéria, o Superior Tribunal Militar proferirá sua decisão.

§ 3.º O relator será o primeiro a votar, sendo o presidente o último.

§ 4.º O resultado do julgamento constará de ata, que se juntará ao processo e a decisão será lavrada dentro em cinco dias, salvo motivo de força maior.

Art. 102. A apelação devolve o pleno conhecimento do feito ao Superior Tribunal Militar.

Art. 103. O recurso de embargos, nos processos, seguirá as normas estabelecidas para a apelação.

Art. 104. A pena de morte somente será executada trinta dias após haver sido comunicada ao Presidente da República, se este não a comutar em prisão perpétua, e a sua execução obedecerá ao disposto no Código de Justiça Militar.

Art. 105. A pena de prisão perpétua será cumprida em estabelecimento penal, militar ou civil, ficando o condenado sujeito a regime especial e separado dos que estejam cumprindo outras penas privativas de liberdade.

Art. 106. Nos casos omissos, aplica-se ao processo de que trata este Capítulo as disposições do Capítulo anterior e do Código de Justiça Militar.

Art. 107. Este decreto-lei entra em vigor na data de sua publicação, revogados os Decretos-leis números 314, de 13 de março de 1967, e 510, de 20

de março de 1969, e demais disposições em contrário.

Brasília, 29 de setembro de 1969; 148.º da Independência e 81.º da República.

AUGUSTO HAMANN RADEMAKER

GRÜNEWALD

AURÉLIO DE LYRA TAVARES

MÁRCIO DE SOUZA E MELLO

Luís Antônio da Gama e Silva

DECRETO-LEI N.º 911, DE 1.º DE OUTUBRO DE 1969

Altera a redação do art. 66 da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências

Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhes confere o art. 1.º do Ato Institucional n.º 12, de 31 de agosto de 1969, combinado com o § 1.º do artigo 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1966, decretam:

Art. 1.º O art. 66, da Lei número 4.728, de 14 de julho de 1965, passa a ter a seguinte redação:

"Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com sedes as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

§ 1.º A alienação fiduciária somente se prova por escrito e seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, será obrigatoriamente arquivado, por cópia ou microfilme, no Registro de Títulos e documentos do domicílio do credor, sob pena de não valer contra terceiros, e contera, além de outros dados, os seguintes:

- a) o total da dívida ou sua estimativa;
- b) o local e a data do pagamento;
- c) a taxa de juros, as comissões cuja cobrança for permitida e eventualmente, a cláusula penal e a estipulação de correção monetária, com indicação dos índices aplicáveis;
- d) a descrição do bem objeto da alienação fiduciária e os ele-

mentos indispensáveis à sua identificação.

§ 2.º Se, na data do instrumento de alienação fiduciária, o devedor ainda não for proprietário da coisa objeto do contrato, o domínio fiduciário desta se transferirá ao credor no momento da aquisição da propriedade pelo devedor, independentemente de qualquer formalidade posterior.

§ 3.º Se a coisa alienada em garantia não se identifica por números, marcas e sinais indicados no instrumento de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identidade dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.

§ 4.º No caso de inadimplemento da obrigação garantida, o proprietário fiduciário pode vender a coisa a terceiros e aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se houver.

§ 5.º Se o preço da venda da coisa não bastar para pagar o crédito do proprietário fiduciário e despesas, na forma do parágrafo anterior, o devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado.

§ 6.º É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alterada em garantia, se a dívida não for paga no seu vencimento.

§ 7.º Aplica-se à alienação fiduciária em garantia o disposto nos arts. 758, 762, 763 e 802 do Código Civil, no que couber.

§ 8.º O devedor que alienar ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2.º, inciso I, do Código Penal.

§ 9.º Não se aplica à alienação fiduciária o disposto no art. 1.279 do Código Civil.

§ 10. A alienação fiduciária em garantia de veículo automotor, deverá, para fins probatórios constar do certificado de Registro, a que se refere o art. 52 do Código Nacional de Trânsito."

Art. 2.º No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver.

§ 1.º O crédito a que se refere o presente artigo abrange o principal, juros e comissões, além das taxas, cláusula penal e correção monetária, quando expressamente convenionados pelas partes.

§ 2.º A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor.

§ 3.º A mora e o inadimplemento de obrigações contratuais garantidas por alienação fiduciária, ou a ocorrência legal ou convencional de algum dos casos de antecipação de vencimento da dívida facultarão ao credor considerar, de pleno direito, vencidas todas as obrigações contratuais, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial.

Art. 3.º O Proprietário Fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.

§ 1.º Despachada a inicial e executada a liminar, o réu será citado para, em três dias, apresentar contestação ou, se já tiver pago 40% (quarenta por cento) do preço financiado, requerer a purgação de mora.

§ 2.º Na contestação só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais.

§ 3.º Requerida a purgação de mora tempestivamente, o Juiz marcará data para o pagamento que deverá ser feito em prazo não superior a dez dias, remetendo, outrossim, os autos ao contador para cálculo do débito existente, na forma do art. 2.º e seu parágrafo primeiro.

§ 4.º Contestado ou não o pedido e não purgada a mora, o Juiz dará sentença de plano em cinco dias, após o decurso do prazo de defesa, independentemente da avaliação do bem.

§ 5.º A sentença do Juiz, de que cabe agravo de instrumento, sem efeito suspensivo, não impedirá a venda extrajudicial do bem alienado fiduciariamente e consolidará a propriedade e a posse plena e exclusiva nas mãos do proprietário fiduciário. Preferida pelo credor a venda judicial, aplicar-se-á o disposto no Título VI, Livro V, do Código de Processo Civil.

§ 6.º A busca e apreensão prevista no presente artigo constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior.

Art. 4.º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá intentar ação de depósito, na forma prevista no Título XII, Livro IV, do Código de Processo Civil.

Art. 5.º Se o credor preferir recorrer à ação executiva ou, se for o caso, ao executivo fiscal, serão penhorados, a critério do autor da ação, bens do devedor quantos bastem para assegurar a execução.

Parágrafo único. Não se aplica à alienação fiduciária o disposto nos incisos IX, XI e XIII do art. 942 do Código de Processo Civil.

Art. 6.º O avalista, fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida do alienante ou devedor, se sub-rogará, de pleno direito, no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária.

Art. 7.º Na falência do devedor alienante, fica assegurado ao credor ou proprietário fiduciário o direito de pedir, na forma prevista na lei, a restituição do bem alienado fiduciariamente.

Parágrafo único. Efetivada a restituição o proprietário fiduciário agirá na forma prevista neste Decreto-lei.

Art. 8.º O Conselho Nacional de Trânsito, no prazo máximo de 60 dias, a contar da vigência do presente Decreto-lei, expedirá normas regulamen-

tares relativas à alienação fiduciária de veículos automotores.

Art. 9.º O presente Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, aplicando-se desde logo, aos processos em curso, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 1 de outubro de 1969; 148.º da Independência e 81.º da República. — AUGUSTO HAMANN RADEMAKER GRÜNEWALD. — AURÉLIO DE LYRA TAVARES. — MÁRCIO DE SOUZA E MELLO. — *Luis Antônio da Gama e Silva*. — *Antônio Delfim Netto*.

LEI N.º 5.565, DE 5 DE NOVEMBRO DE 1969

Altera os artigos 517, 520 e 523 do Código de Processo Civil

O Presidente da República, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1.º Os arts. 517, 520 e 523 do Código de Processo Civil (Decreto-lei n.º 1.608, de 18-9-39), o primeiro e o último já alterados pela Lei n.º 2.816, de 6 de julho de 1956, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 517. Quando valor total da herança não exceder de 70 (setenta) vezes o maior salário-mínimo da região, o processo de inventário e partilha far-se-á de acordo com as regras deste Capítulo aplicadas, quanto aos mais as estabelecidas nos Capítulos anteriores.

Art. 520. Se, à vista das provas ou de impugnações dos interessados, o juiz verificar que o monte

excede de 70 (setenta) vezes o maior salário-mínimo regional sobrestará o arrolamento, ordenando que se observe o processo regular de inventário e partilha.

Art. 523. O processo deste Capítulo será observado em inventário do valor superior a 70 (setenta) vezes o maior salário-mínimo regional se as partes forem capazes de transigir e nêles convierem em termo judicial, assinado, por todos."

Art. 2.º Revogadas as disposições em contrário a presente Lei entrará em vigor trinta dias depois de sua publicação.

Brasília, 5 de novembro de 1969; 148.º da Independência e 81.º da República. — EMÍLIO G. MÉDICI. — *Alfredo Buzaid*.

DECRETO-LEI N.º 1.075, DE 22 DE JANEIRO DE 1970

Regula a imissão de posse, initio litis, em imóveis residenciais urbanos

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 55, I, da Constituição, e

Considerando que, na cidade de São Paulo, o grande número de desapropriações em zona residencial ameaça desalojar milhares de famílias;

Considerando que os proprietários de

prédios residenciais encontram dificuldade, no sistema jurídico vigente, de obter, *initio litis*, uma indenização suficiente para a aquisição de nova casa própria;

Considerando que a oferta do poder expropriante, baseada em valor cadastral do imóvel é inferior ao valor real

apurado em avaliação no processo de desapropriação;

Considerando, finalmente, que o desabrigo dos expropriados causa grave risco à segurança nacional, por ser fomento de agitação social, decreta:

Art. 1.º Na desapropriação por utilidade pública de prédio urbano residencial, o expropriante, alegando urgência, poderá imitar-se provisoriamente na posse do bem, mediante o depósito do preço oferecido, se este não for impugnado pelo expropriado em cinco dias da intimação da oferta.

Art. 2.º Impugnada a oferta pelo expropriado, o juiz, servindo-se, caso necessário, de perito avaliador, fixará, em quarenta e oito horas o valor provisório do imóvel.

Parágrafo único. O perito, quando designado, deverá apresentar o laudo no prazo máximo de cinco dias.

Art. 3.º Quando o valor arbitrado for superior à oferta, o juiz só autorizará a imissão provisória na posse do imóvel, se o expropriante complementar o depósito para que este atinja a metade do valor arbitrado.

Art. 4.º No caso do artigo anterior, fica, porém, fixado em 2.300 (dois mil e trezentos) salários-mínimos vigentes

na região, o máximo do depósito a que será obrigado o expropriante.

Art. 5.º O expropriado, observadas as cautelas previstas no art. 34 do Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, poderá levantar toda a importância depositada e complementada nos termos do art. 3.º.

Parágrafo único. Quando o valor arbitrado for inferior ou igual ao dobro do preço oferecido, é lícito ao expropriado optar entre o levantamento de 80% (oitenta por cento) do preço oferecido ou da metade do valor arbitrado.

Art. 6.º O disposto neste Decreto-lei só se aplica à desapropriação de prédio residencial urbano, habitado pelo proprietário ou compromissário-comprador, cuja promessa de compra esteja devidamente inscrita no Registro de Imóveis.

Art. 7.º Este Decreto-lei entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se às ações já ajuizadas.

Art. 8.º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 22 de janeiro de 1970; 148.º da Independência e 82.º da República.
— EMÍLIO G. MÉDICI. — *Alfredo Buzaid.*

EMENDA AO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, reunido em sessão plenária, e,

Considerando que lhe compete indicar as causas a que se refere o art. 119, III, parágrafo único, da Constituição da República (Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969),

Resolve aprovar a seguinte emenda ao seu Regimento Interno:

Art. 1.º Salvo quando contrariarem a Constituição, não caberá o recurso extraordinário* a que alude seu artigo 119, III, parágrafo único, das decisões proferidas:

I — nos processos por crime ou contravenção a que sejam cominadas penas de multa, prisão simples ou detenção, isoladas, alternadas ou acumuladas, bem como as medidas de segurança a elles relacionadas;

II — nos litígios decorrentes:

a) de acidente do trabalho; e

b) das relações de trabalho mencionadas no art. 110;

III — nos mandados de segurança, quando não julgarem o mérito;

IV — nas causas cujo benefício patrimonial, determinado segundo a lei, estimado pelo autor no pedido, ou fixado pelo Juiz em caso de impugnação, não exceda, em valor, de *sessenta* vezes o maior salário-mínimo vigente no País, na data do seu ajuizamento, quando uniformes os pronunciamentos, das instâncias ordinárias; e de *trinta*, quando entre elas tenha havido divergência, ou se trate de ação sujeita a instância única.

Art. 2.º Esta emenda entrará em vigor no dia 1.º de janeiro de 1970, e suas disposições não se aplicarão às causas cujas decisões tenham sido proferidas até aquela data.

Sala das sessões plenárias do Supremo Tribunal Federal, 12 de novembro de 1969. — Ministro *Oswaldo Trigueiro*. — Ministro *Luiz Gallotti*. — Ministro *Adelcio Nogueira*. — Minis-

tro *Djaci Falcão*. — Ministro *Eloy da Rocha*. — Ministro *Adaucto Cardoso*. — Ministro *Barros Monteiro*. — Mi-

nistro *Amaral Santos*. — Ministro *Thompson Flóres*. — Ministro *Aliomar Baleeiro*.

DECRETO-LEI N.º 209, DE 4 DE NOVEMBRO DE 1969

Dá nova redação ao art. 2.º da Lei Estadual n.º 91, de 13 de dezembro de 1961, que dispõe sobre o Ministério Público

O Governador do Estado da Guanabara, no uso das atribuições que lhe confere o parágrafo 1.º do art. 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968,

Decreta:

Art. 1.º — O art. 2.º da Lei Estadual n.º 91, de 13 de dezembro de 1961, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 2.º — Compõem o Conselho o Procurador-Geral da Justiça, que será o seu Presidente, e quatro (4) Procuradores da Justiça, sendo os dois (2) Procuradores mais antigos, como membros efetivos e dois (2) Procura-

dores eleitos pelos demais Procuradores da Justiça.

§ 1.º — Os membros do Conselho serão substituídos, em suas faltas ou impedimentos, por Procuradores da Justiça, observada a ordem de antiguidade.

§ 2.º — No caso de falta ou impedimento do Procurador-Geral, a sua substituição dar-se-á de acordo com o art. 82 da Lei Federal n.º 3.434, de 20 de julho de 1958."

Art. 2.º — Este decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 4 de novembro de 1969; 81.º da República e 10.º do Estado da Guanabara. — *Francisco Neirão de Lima*.

DECRETO-LEI N.º 100, DE 8 DE AGOSTO DE 1969

Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Civis do Poder Executivo do Estado da Guanabara e dá outras providências

O Governador do Estado da Guanabara, no uso das atribuições que lhe confere o § 1.º do art. 2.º do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968,

Decreta:

TÍTULO I

CAPÍTULO ÚNICO

Disposições Preliminares

Art. 1.º — Este Estatuto estabelece o regime jurídico dos funcionários civis do Poder Executivo do Estado da Guanabara.

Art. 2.º — Funcionário é a pessoa legalmente investida em cargo público, que percebe dos cofres estaduais vencimentos ou remuneração pelos serviços prestados.

TÍTULO II

DOS CARGOS E DA FUNÇÃO GRATIFICADA

CAPÍTULO I

Dos cargos

SEÇÃO I

Disposições Preliminares

Art. 3.º — Cargo é o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um funcionário, identificando-se pelas características de criação por lei, denominação própria, número certo e pagamento pelos cofres do Estado.

§ 1.º — Os cargos públicos do Poder Executivo do Estado da Guanabara são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições prescritas em lei e regulamento.

§ 2.º — É vedada a atribuição ao funcionário de encargos ou serviços diferentes das tarefas próprias de seu cargo, como tal definidas em lei ou regulamento, ressalvado o caso de readaptação por redução da capacidade física ou deficiência de saúde, na forma do art. 119.

Art. 4.º — Os cargos podem ser de provimento efetivo ou de provimento em comissão.

SEÇÃO II

Dos cargos de provimento efetivo

Art. 5.º — Os cargos de provimento efetivo se dispõem em classes singulares e séries de classes.

Parágrafo único — Quando em extinção os cargos de provimento efetivo não precisam conformar-se ao disposto neste artigo.

Art. 6.º — As classes e séries de classes integram grupos ocupacionais que se compõem em Serviços.

Art. 7.º — Para todos os efeitos:

I — classe é agrupamento de cargos da mesma denominação e com iguais atribuições e responsabilidades;

II — série de classes é o conjunto de classe da mesma natureza de trabalho, dispostas hierarquicamente, de acordo com o nível de responsabilidade, constituindo a linha natural de promoção do funcionário;

III — grupo ocupacional é o conjunto de séries de classes ou classes singulares que dizem respeito a atividades profissionais correlatas ou afins, quanto à natureza dos respectivos trabalhos ou ao ramo de conhecimentos aplicados em seu desempenho;

IV — serviço é a justaposição de grupos ocupacionais, tendo em vista a similaridade ou a conexão das respectivas atividades profissionais.

SEÇÃO III

Dos cargos de provimento em comissão

Art. 8.º — Os cargos de provimento em comissão se destinam a atender a encargos de direção, de consulta ou assessoramento.

§ 1.º — Os cargos de que trata este

artigo são providos, através de livre escolha do Governador, por pessoas que possuam competência profissional e rúnam as condições necessárias à investidura no serviço público.

§ 2.º — A escolha dos ocupantes de cargos em comissão poderá recair, ou não, em funcionários do Estado.

§ 3.º — No caso de recair a escolha em servidor de órgão público não subordinado ao Governo Estadual, o ato da nomeação será precedido da necessária requisição.

§ 4.º — A posse em cargo em comissão determina o concomitante afastamento do funcionário do cargo efetivo de que fôr titular, ressalvados os casos de acumulação legal comprovada.

Art. 9.º — Salvo o caso de aposentadoria por invalidez, é permitido ao funcionário aposentado, mesmo compulsoriamente, exercer cargo em comissão, desde que seja julgado apto em inspeção de saúde que precederá sua posse.

CAPÍTULO II

Da função gratificada

Art. 10 — Função Gratificada é o encargo de chefia, assessoramento, secretariado e de outras atividades julgadas necessárias, cometido ao funcionário do Estado, pelo exercício do qual lhe será concedida vantagem acessória ao vencimento.

§ 1.º — Desde que haja recursos orçamentários para esse fim, o Poder Executivo poderá criar funções gratificadas, previstas em regulamento próprio, onde se estabelecerá a competência para designar os funcionários para exercê-las.

§ 2.º — A competência para a dispensa de função gratificada cabe à autoridade competente para a respectiva designação.

§ 3.º — Nos casos previstos em lei e noutros que se impuserem, o Poder Executivo determinará a correlação entre funções gratificadas e cargos de provimento efetivo.

§ 4.º — O exercício de função gratificada fica sempre condicionado ao interesse e conveniência da Adminis-

tração, mesmo nos casos em que a designação fôr precedida de seleção.

Art. 11 — Compete à autoridade a que ficar subordinado o funcionário designado para função gratificada dar-lhe exercício imediato, no prazo de 30 (trinta) dias, independentemente de posse.

Art. 12 — É vedado o exercício de função gratificada por funcionário aposentado.

TÍTULO III

DO PROVIMENTO DOS CARGOS

CAPÍTULO I

Disposições preliminares

Art. 13 — Os cargos públicos são providos por:

- I — nomeação;
- II — promoção;
- III — acesso;
- IV — transferência;
- V — readmissão;
- VI — reintegração;
- VII — aproveitamento;
- VIII — reversão.

Art. 14 — O ato de provimento deverá indicar a existência da vaga, com os elementos capazes de identificá-la.

Art. 15 — No provimento de cargos vagos, em classes para as quais haja acesso, será obedecido o critério alterado de provimento por acesso e por concurso público.

§ 1.º — As demais formas de provimento, ressalvado o caso de aproveitamento, não interromperão a seqüência adotada neste artigo.

§ 2.º — Verificada a impossibilidade de preenchimento por acesso, no todo ou em parte, das vagas reservadas para esse fim, em virtude de falta ou insuficiência de candidatos, poderão ser essas vagas preenchidas por candidatos habilitados em concurso público cujo prazo de validade não haja expirado, e, se ainda subsistirem vagas, poderá dar-se o provimento por transferência, readmissão ou reversão.

§ 3.º — Reservar-se-á para provimento por acesso a primeira vaga ocorrida após o preenchimento total da classe, reiniciando-se o processo de

distribuição de vagas segundo o disposto neste artigo.

CAPÍTULO II

Da nomeação

Art. 16 — A nomeação será feita:

I — em caráter vitalício, nos casos expressamente previstos na Constituição;

II — em caráter efetivo, quando se tratar de nomeação para cargo de classe singular ou para cargo de classe inicial de série de classes;

III — em comissão, quando se tratar de cargo que assim deva ser provido.

Parágrafo único — A nomeação em comissão para cargos da Administração Superior, poderá ser feita interinamente, em casos de impedimento temporário do titular ou para cargo vago, quando da conveniência do Governo.

Art. 17 — A nomeação em caráter efetivo para cargo público, dependerá de habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Parágrafo único — A nomeação observará o número de vagas existentes, obedecerá à ordem de classificação no concurso e será feita para cargo de classe singular ou para cargo de classe inicial da série de classes objeto do concurso.

Art. 18 — Será tornada sem efeito a nomeação quando, por ato ou omissão de que fôr responsável o nomeado, a posse não se verificar no prazo para esse fim estabelecido.

CAPÍTULO III

Do concurso

Art. 19 — O concurso de que trata o art. 17, será realizado para o provimento de cargos vagos existentes na classe singular ou nas séries de classes, respeitado o disposto no art. 62 deste Estatuto.

Art. 20 — Das instruções para o concurso constarão:

I — o limite de idade dos candidatos, que poderá variar de 18 (dezoito) anos completos até 45 (quarenta e

cinco) anos incompletos, dependendo da natureza do cargo a ser provido;

II — o grau de instrução exigível, mediante apresentação do respectivo certificado;

III — o número de vagas a serem preenchidas, distribuídas por especialização ou disciplina quando fôr o caso;

IV — o prazo de validade do concurso, de dois anos, prorrogável a juízo do Secretário de Estado de Administração.

Parágrafo único — É assegurado o provimento dos cargos vagos pelos candidatos para esse fim habilitados em concurso dentro de noventa dias da abertura das respectivas vagas.

Art. 21 — Encerradas as inscrições, legalmente processadas, para concurso destinado ao provimento de qualquer cargo, não se abrirão novas inscrições antes da realização do concurso.

Art. 22 — Indepe de limite de idade a inscrição em concurso de funcionário efetivo do Estado, da Administração direta ou indireta.

Parágrafo único — O funcionário efetivo que pretender acumular o cargo já ocupado com o que fôr objeto do concurso, ficará sujeito ao limite de idade que fôr estabelecido para os demais candidatos.

CAPÍTULO IV

Da posse

Art. 23 — Posse é o ato que completa a investidura em cargo público.

Parágrafo único — Não haverá posse nos casos de promoção, acesso, re-integração e designação para função gratificada.

Art. 24 — São requisitos para a posse:

I — nacionalidade brasileira;

II — idade mínima de dezoito anos;

III — pleno gozo dos direitos políticos;

IV — quitação com as obrigações militares;

V — bom procedimento;

VI — boa saúde, comprovada em inspeção médica, admitida a incapacidade física parcial prevista na Constituição estadual;

VII — aptidão para o exercício da função;

VIII — habilitação prévia em concurso público nos casos de provimento inicial em cargo efetivo;

IX — cumprimento das condições especiais previstas em lei ou regulamento para determinados cargos.

§ 1.º — A prova das condições a que se referem os incisos I e II deste artigo não será exigida nos casos dos incisos IV, V, VII e VIII do artigo 13, dispensando-se ainda a prova da condição do inciso VIII nos casos dos incisos V, VII e VIII do mesmo artigo 13.

§ 2.º — Salvo no caso de acumulação legal, ninguém poderá ser empossado em cargo efetivo sem declarar que não exerce outro cargo ou função pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios, de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações instituídas pelo Poder Público, ou sem provar que solicitou exoneração ou dispensa do cargo ou função que ocupava em qualquer dessas entidades.

Art. 25 — São competentes para dar posse:

I — O Governador, aos Secretários de Estado e demais autoridades que lhe sejam diretamente subordinadas;

II — O Secretário de Estado de Administração, aos demais ocupantes de cargos em comissão;

III — O dirigente do órgão central de pessoal da Secretaria de Administração, nos demais casos.

Art. 26 — No ato da posse será apresentada declaração, pelo funcionário empossado, dos bens e valores que constituem o seu patrimônio, nos termos da regulamentação própria.

Art. 27 — Poderá haver posse por procuração, quando se tratar de funcionário ausente do País, em missão do Governo, ou, ainda, em casos especiais, a juízo da autoridade competente.

Art. 28 — A autoridade que der posse verificará, sob pena de responsabilidade:

I — se foram satisfeitas as condições legais para a posse;

II — se do ato de provimento consta a existência da vaga, com os elementos capazes de identificá-la;

III — em caso de acumulação de cargos, se consta referência ao ato, ou processo em que foi autorizada.

Art. 29 — A posse terá lugar no prazo de trinta dias da publicação do ato de provimento, no órgão oficial.

Parágrafo único — A requerimento do interessado ou de seu representante legal, o prazo para a posse poderá ser prorrogado pela autoridade competente, até o máximo de sessenta dias a contar do término do prazo de que trata este artigo.

CAPÍTULO V

Da fiança

Art. 30 — O funcionário nomeado para cargo ou função, cujo provimento dependa de prestação de fiança, não poderá entrar em exercício sem a prévia satisfação dessa exigência.

§ 1.º — A fiança poderá ser prestada em:

I — dinheiro;

II — título da dívida pública do Estado;

III — apólice de seguro de fidelidade funcional, emitida por instituição oficial ou legalmente autorizada para esse fim.

§ 2.º — Não se admitirá o levantamento da fiança antes de tomadas as contas do funcionário.

CAPÍTULO VI

Do estágio probatório

Art. 31 — Estágio probatório é o período de dois anos de efetivo exercício, a contar da data do início deste, durante o qual são apurados os requisitos necessários à confirmação do funcionário no cargo efetivo para o qual foi nomeado.

§ 1.º — Os requisitos de que trata este artigo são os seguintes:

I — idoneidade moral;

II — assiduidade;

III — disciplina;

IV — eficiência.

§ 2.º — Não está sujeito a novo estágio probatório o funcionário que, nomeado para outro cargo público do Estado da Guanabara, já tenha adquirido estabilidade.

§ 3.º — Quando o funcionário em estágio probatório não preencher qualquer dos requisitos enumerados no § 1.º deste artigo, caberá ao seu chefe imediato iniciar o processo para a demissão.

§ 4.º — Na ausência da iniciativa de que trata o § 3.º deste artigo, será o funcionário automaticamente confirmado no cargo.

CAPÍTULO VII

Do exercício

Art. 32 — O início, a interrupção e o reinício do exercício serão registrados no assentamento individual do funcionário.

Art. 33 — Ao Chefe da unidade administrativa para a qual fôr designado o funcionário compete dar-lhe exercício.

Art. 34 — O exercício do cargo terá início no prazo de trinta dias contados da data:

I — da publicação oficial do ato, no caso de reintegração;

II — da posse, nos demais casos.

§ 1.º — Quando se tratar de posse em cargo de magistério estadual, verificada em época de férias escolares, o exercício somente terá início na data fixada para o começo das atividades docentes do estabelecimento de ensino para o qual fôr designado o funcionário.

§ 2.º — O disposto no parágrafo anterior não se aplica a quem já detiver a condição de servidor estadual, e que por força de sua posse no novo cargo tenha que desvincular-se do cargo ou emprego estadual anteriormente ocupado.

Art. 35 — O funcionário removido quando licenciado ou afastado por impedimento legal terá cinco dias de prazo para entrar em exercício, a partir do término da licença ou do impedimento.

Art. 36 — Será exonerado o funcionário que não entrar em exercício no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da posse, ressalvados os casos previstos neste Estatuto.

Art. 37 — O funcionário terá exercício na unidade administrativa em que fôr lotado.

Parágrafo único — Entende-se por lotação o número de servidores, por ca-

tegoria funcional que devem ter exercício em cada unidade administrativa.

Art. 38 — O afastamento do funcionário de sua unidade administrativa só se verificará nos casos previstos neste Estatuto.

§ 1.º — O afastamento não se prolongará por mais de quatro anos consecutivos, salvo:

I — quando para exercer cargo de direção ou em comissão nos Governos da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e Territórios;

II — quando à disposição da Presidência da República;

III — quando para exercer mandato eletivo no âmbito federal, estadual, municipal;

IV — quando convocado para serviço militar obrigatório;

V — quando se tratar de funcionária licenciada nos termos do artigo 127.

§ 2.º — Prêso preventivamente, pronunciado por crime comum ou denunciado por crime funcional, ou, ainda, condenado por crime inafiançável em processo no qual não haja pronúncia, o funcionário será afastado do exercício, até decisão final passada em julgado.

Art. 39 — Ao entrar em exercício o funcionário apresentará ao órgão competente os elementos necessários ao seu assentamento individual.

CAPÍTULO VIII

Da remoção

Art. 40 — Remoção é o deslocamento do funcionário de um para outro órgão ou unidade administrativa e processar-se-á *ex officio* ou a pedido do funcionário, atendidos o interesse e a conveniência da Administração.

§ 1.º — A remoção respeitará a lotação dos órgãos ou unidades administrativas interessadas e será realizada, no âmbito de cada um, pelos respectivos dirigentes e chefes, cabendo ao Secretário de Estado de Administração efetuar a de uma para outra Secretaria ou órgão diretamente subordinado ao Governador.

§ 2.º — A remoção dos membros do magistério obedecerá a regulamentação própria.

Art. 41 — A remoção por permuta será processada a pedido escrito de ambos os interessados e de acordo com as demais disposições deste Capítulo.

CAPÍTULO IX

Da substituição

Art. 42 — Haverá substituição nos casos de impedimento legal ou afastamento de titular de cargo em comissão ou função gratificada.

Art. 43 — A substituição será automática ou dependerá de ato da administração.

§ 1.º — A substituição automática é a estabelecida em lei, regulamento e regimento, e processar-se-á independentemente de ato.

§ 2.º — Quando depender de ato da administração, o substituto será designado pela autoridade imediatamente superior àquela a ser substituída.

§ 3.º — A substituição, nos termos dos parágrafos anteriores, será gratuita, salvo se exceder de 30 dias, quando então será remunerada por todo o período.

§ 4.º — A substituição a que se refere o parágrafo único do artigo 16 será sempre remunerada.

Art. 44 — Pelo tempo de substituição remunerada o substituto perceberá o vencimento ou gratificação do cargo ou função, ressalvado o caso de opção, vedada, porém, a percepção cumulativa de vencimentos, gratificações e vantagens.

Art. 45 — Em caso de vacância do cargo ou função, e até o seu provimento, poderá ser designado, pela autoridade imediatamente superior, um funcionário para responder pelo expediente.

Parágrafo único — Ao responsável pelo expediente se aplicam as disposições do art. 43, § 3.º e do art. 44.

CAPÍTULO X

Da progressão horizontal

Art. 46 — Progressão horizontal é o percentual calculado sobre o vencimento a que fará jus o funcionário,

por triênio de efetivo exercício decorrente da antigüidade na série de classes ou classe singular, ou, ainda, em série de classes e classes singulares diferentes, quando pertencentes à mesma linha de acesso.

§ 1.º — A cada triênio de efetivo exercício corresponderá um grau de progressão horizontal, até o limite de nove graus.

§ 2.º — O percentual correspondente ao primeiro grau é de 10% (dez por cento) e os demais graus de 5% (cinco por cento) cada um.

§ 3.º — A progressão horizontal é devida a partir do dia imediato àquêle em que o funcionário completar o triênio.

CAPÍTULO XI

Da promoção

Art. 47 — Promoção é a elevação do funcionário à classe imediatamente superior àquela a que pertence dentro da mesma série de classes, obedecidos os critérios de merecimento e de antigüidade, processando-se dois terços por merecimento e um terço por antigüidade.

Parágrafo único — O critério a que obedecer a promoção deverá vir expresso no respectivo decreto.

Art. 48 — Merecimento é a demonstração, por parte do funcionário, durante a sua permanência na classe, de fiel cumprimento dos seus deveres e de eficiência no exercício do cargo, apurada na forma regulamentar, bem como de qualificação e aptidão necessárias ao desempenho das atribuições da classe imediatamente superior.

Parágrafo único — Da apuração do merecimento será dado conhecimento ao funcionário.

Art. 49 — A antigüidade será determinada pelo tempo de efetivo exercício na classe, apurado em dias.

Parágrafo único — Havendo fusão de classes, a antigüidade abrangerá o efetivo exercício na classe anterior.

Art. 50 — Só poderão concorrer à promoção por merecimento os funcionários colocados, por ordem de antigüidade, nos dois primeiros terços da

classe, ressalvada a hipótese de mais vagas do que candidatos, quando poderão ser promovidos os integrantes do último terço.

Art. 51 — As promoções serão realizadas de seis em seis meses, desde que verificada a existência de vaga, e observada a regulamentação própria.

§ 1.º — Quando não decretada no prazo legal, a promoção produzirá seus efeitos a partir do primeiro dia do semestre subsequente àquêle em que se tiver verificado a vaga.

§ 2.º — Para todos os efeitos, será considerado promovido o funcionário que vier a falecer ou for aposentado sem que tenha sido decretada, no prazo legal, a promoção por antigüidade que lhe cabia.

Art. 52 — Será de três anos de efetivo exercício na classe o interstício para promoção.

Art. 53 — O funcionário promovido passará, na classe superior, ao grau de progressão horizontal correspondente ao que se encontrava na classe inferior e não sofrerá interrupção na contagem do seu tempo de serviço para efeito de progressão.

Art. 54 — O funcionário submetido a processo disciplinar, poderá ser promovido, mas a promoção, se pelo critério de merecimento, ficará sem efeito no caso de o processo resultar em penalidade.

Art. 55 — Quando ocorrer empate na classificação por antigüidade, terá preferência o funcionário de maior tempo de serviço no Estado; continuando o empate, terá preferência, sucessivamente, o de maior tempo de Serviço Público, o de maior prole e o mais idoso.

Parágrafo único — No caso de promoção da classe inicial, o primeiro desempate será determinado pela classificação obtida em concurso.

Art. 56 — Somente por antigüidade poderá ser promovido o funcionário em exercício de mandato eletivo.

Art. 57 — Em benefício daquele a quem de direito cabia a promoção, será declarado sem efeito o ato que a houver decretado indevidamente.

§ 1.º — O funcionário promovido indevidamente não ficará obrigado a restituir o que a mais houver recebido.

§ 2.º — O funcionário ao qual cabia a promoção será indenizado da diferença de vencimento a que tiver direito.

CAPÍTULO XII

Do acesso

Art. 58 — Acesso é o ingresso do funcionário, de acôrdo com as linhas estabelecidas em lei, em cargo de outra classe de formação profissional afim, porém de vencimento e escalão superiores, mediante aprovação em concurso de provas, ou habilitação em curso especial mantido pelo Estado, para cuja admissão haja provas de seleção, atendido o requisito de habilitação profissional.

Parágrafo único — Caberá o acesso:

I — de cargo de classe singular para outro de classe singular;

II — de cargo de classe singular para outro de classe inicial de série de classes;

III — de cargo de classe final de série de classes para outro de classe singular;

IV — de cargo de classe final de uma série de classes para outro de classe inicial de outra série de classes.

Art. 59 — Será de três anos de efetivo exercício o interstício para concorrer ao acesso.

Art. 60 — O funcionário que obtiver acesso passará, na nova classe, ao grau de progressão horizontal correspondente ao que se encontrava na classe anterior e não sofrerá interrupção na contagem do tempo de serviço para efeito de progressão.

Art. 61 — O funcionário provido por acesso terá reiniciada a contagem do seu tempo de serviço para efeito de promoção.

Art. 62 — Metade dos cargos vagos das classes para as quais a lei estabelece acesso, será reservada para esse fim, ressalvado o disposto no § 2.º do artigo 15.

Art. 63 — O acesso se processará de seis em seis meses, imediatamente após a época fixada para as promoções sempre que houver vaga e observada a regulamentação própria.

Parágrafo único — Se o acesso não se verificar na época própria, os efei-

tos dêle decorrentes retroagirão ao último dia do prazo para esse fim fixado, desde que o funcionário continue em atividade.

CAPÍTULO XIII

Da transferência

Art. 64 — Transferência é a passagem do funcionário de um cargo para outro de igual nível de vencimento, mediante comprovação prévia de habilitação, por meio de provas.

§ 1.º — Caberá a transferência:

I — de um cargo para outro, de igual denominação, de quadros diferentes;

II — de cargo integrante de uma série de classes para outro de série diferente;

III — de cargo integrante de uma série de classes para cargo de classe singular;

IV — de cargo de classe singular para cargo integrante de série de classes;

V — de cargo de classe singular para outro de classe singular diferente.

§ 2.º — A transferência será feita a pedido do funcionário, atendidos o interesse e a conveniência da Administração.

§ 3.º — As transferências não poderão exceder de um terço das vagas de cada classe e só poderão ser processadas após a época prevista para promoção e acesso.

§ 4.º — A transferência não interromperá a contagem do tempo de serviço para efeito de progressão horizontal.

Art. 65 — Será de três anos de efetivo exercício o interstício para a transferência.

CAPÍTULO XIV

Da readmissão

Art. 66 — Readmissão é o reingresso no serviço público estadual, sem ressarcimento de vencimentos e vantagens, do funcionário exonerado ou demitido, depois de apurado em processo, quanto ao segundo caso, que não subsistem os motivos que determinaram a demissão.

Parágrafo único — A readmissão de-

pendará de prova de capacidade, mediante inspeção médica, e da existência de vaga para esse fim.

Art. 67 — A readmissão far-se-á de preferência no cargo anteriormente ocupado pelo funcionário.

Parágrafo único — A readmissão poderá efetivar-se em cargo de vencimento ou remuneração e atribuição equivalentes ao anteriormente ocupado pelo funcionário, atendido o requisito de habilitação profissional.

Art. 68 — O tempo de serviço público do readmitido, anterior à sua exoneração ou demissão, será contado para efeito de aposentadoria, jubilação e disponibilidade.

CAPÍTULO XV

Da reintegração

Art. 69 — A reintegração, que decorrerá de decisão administrativa ou judicial, é o reingresso do funcionário no serviço público, com ressarcimento dos vencimentos e vantagens ligados ao cargo.

Parágrafo único — A decisão administrativa que determinar a reintegração será proferida em pedido de reconsideração ou em recurso, e, quando a demissão tiver sido precedida de inquérito, ficará condicionada à revisão do processo administrativo.

Art. 70 — A reintegração será feita no cargo anteriormente ocupado, mesmo que extinto, hipótese em que será restabelecido, se houver sido transformado, no cargo resultante da transformação.

Art. 71 — Reintegrado judicialmente o funcionário, quem lhe houver ocupado o lugar será destituído de plano ou será reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, sem direito, em ambos os casos, a qualquer indenização.

Art. 72 — O funcionário reintegrado será submetido a inspeção médica e aposentado se julgado incapaz.

CAPÍTULO XVI

Do aproveitamento

Art. 73 — Aproveitamento é o retorno ao serviço público do funcionário em disponibilidade.

Art. 74 — Será obrigatório o aproveitamento do funcionário em disponibilidade em cargo de natureza e vencimento ou remuneração compatíveis com os do anteriormente ocupado.

Parágrafo único — O aproveitamento dependerá de prova de capacidade, mediante inspeção médica.

Art. 75 — Na ocorrência de vaga nos quadros do pessoal do Estado, o aproveitamento terá precedência, à exceção da promoção por antiguidade, sobre as demais formas de provimento.

Parágrafo único — Havendo mais de um concorrente à mesma vaga, terá preferência o de maior tempo de disponibilidade e, em caso de empate, o de maior tempo de serviço público.

Art. 76 — Será tornado sem efeito o aproveitamento e cassada a disponibilidade do funcionário se este, cientificado expressamente do ato de aproveitamento, não tomar posse no prazo legal, salvo caso de doença comprovada em inspeção médica.

Parágrafo único — Provada em inspeção médica a incapacidade definitiva, será decretada a aposentadoria.

CAPÍTULO XVII

Da reversão

Art. 77 — Reversão é o reingresso no serviço público do funcionário aposentado, por invalidez, quando insubsistentes os motivos da aposentadoria.

Art. 78 — A reversão far-se-á *ex officio* ou a pedido, de preferência no mesmo cargo ou naquele em que se tenha transformado, ou em cargo de vencimento ou remuneração e atribuições equivalentes ao do cargo anteriormente ocupado, atendido o requisito de habilitação profissional.

Parágrafo único — Para que a reversão possa efetivar-se, é necessário que o aposentado:

- a) não haja completado 60 (sessenta) anos de idade;
- b) não conte mais de 30 (trinta) anos de tempo de serviço e de inatividade, computados em conjunto;
- c) seja julgado apto em inspeção de saúde;

- d) tenha o seu reingresso na atividade considerado como de interesse do serviço público, a juízo da Administração.

TÍTULO IV

CAPÍTULO ÚNICO

Da vacância dos cargos

Art. 79 — A vacância do cargo decorrerá de:

- I — Exoneração;
- II — Demissão;
- III — Promoção e acesso;
- IV — Aposentadoria ou jubilação;
- V — Falecimento.

Art. 80 — Dar-se-á exoneração:

- I — a pedido;
 - II — *ex officio*:
- a) quando se tratar de cargo em comissão;

b) quando se tratar de posse em outro cargo ou emprêgo da União, de Estado, de Município, do Distrito Federal, dos Territórios, de Autarquia, de Empresa Pública, de Sociedade de Economia Mista ou de Fundação instituída pelo Poder Público, ressalvados os casos de substituição, cargo de governo ou de direção, cargo em comissão e acumulação legal, desde que, no ato de provimento, conste essa circunstância;

c) na hipótese do art. 36.

Art. 81 — A vaga ocorrerá na data:

I — da vigência de promoção, acesso, aposentadoria, jubilação, exoneração ou demissão do ocupante do cargo;

II — do falecimento do ocupante do cargo;

III — da vigência do ato que criar o cargo e conceder dotação para o seu provimento ou do que determinar esta última medida, se o cargo estiver criado;

IV — da vigência do ato que extinguir cargo, cuja dotação permita o preenchimento de cargo vago.

Parágrafo único — Verificada a vaga, serão consideradas abertas, na mesma data, todas as que decorrerem do seu preenchimento.

Art. 82 — Quando se tratar de função gratificada, dar-se-á vacância por

dispensa, a pedido ou *ex officio*, ou por destituição.

TÍTULO V

DOS DIREITOS E VANTAGENS

CAPÍTULO I

Do tempo de serviço

Art. 83 — Será considerado de efetivo exercício o afastamento em virtude de:

- I — Férias;
- II — Casamento;
- III — Luto;
- IV — Exercício de outro cargo, de

governo ou de direção, de provimento em comissão, ou em substituição, no serviço público do Estado da Guanabara, inclusive autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelo Poder Público;

V — Convocação para o serviço militar;

VI — Júri e outros serviços obrigatórios por lei;

VII — Exercício de cargo ou função de governo ou de direção, por designação do Presidente da República, ou a juízo do Governador, quando de interesse do Estado da Guanabara, na administração pública federal, estadual e municipal, inclusive autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações instituídas pelo Poder Público;

VIII — Licença especial;

IX — Licença à funcionária gestante;

X — Período de afastamento compulsório determinado pela Legislação Sanitária;

XI — Licença a funcionário que sofrer acidente no trabalho ou fôr atacado de doença profissional, na forma dos parágrafos 1.º, 2.º, 3.º e 4.º deste artigo;

XII — Missão ou estudo no exterior ou em qualquer parte do território nacional, quando o afastamento houver sido autorizado pelo Governador e não perdurar por tempo superior a 1 (um) ano;

XIII — Exercício de cargo de provimento em comissão nos serviços da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ou serviço prestado à Presidência da República, sempre em virtude de requisição oficial;

XIV — Faltas até o máximo de três durante o mês, por motivo de doença comprovada na forma regulamentar.

§ 1.º — Para os efeitos deste Estatuto, entende-se por acidente no trabalho o evento que cause dano físico ou mental ao funcionário por efeito ou na ocasião do serviço.

§ 2.º — Equipara-se ao acidente no trabalho, a agressão, quando não provocada, sofrida pelo funcionário no serviço ou em razão dele.

§ 3.º — Por doença profissional, para os efeitos deste Estatuto, entende-se aquela peculiar ou inerente ao trabalho exercido, comprovada, em qualquer hipótese, a relação de causa e efeito.

§ 4.º — Nos casos previstos nos parágrafos 1.º, 2.º e 3.º deste artigo, o laudo resultante da inspeção médica deverá estabelecer rigorosamente a caracterização do acidente no trabalho e da doença profissional.

Art. 84 — Para efeito de aposentadoria, jubilação ou disponibilidade, será computado:

I — o tempo de serviço público federal, estadual ou municipal;

II — o período de serviço ativo nas forças armadas prestado durante a paz, computado pelo dobro o tempo em operação de guerra;

III — o tempo de serviço prestado sob qualquer forma de admissão, desde que remunerado pelos cofres públicos;

IV — o tempo de serviço prestado em autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público Federal, estadual ou municipal;

V — o período de trabalho prestado a instituição de caráter privado que tiver sido transformada em estabelecimento de serviço público;

VI — o tempo em que o funcionário esteve em disponibilidade ou aposentado, desde que ocorra o aproveitamento ou a reversão, respectivamente;

VII — o tempo de licença especial e o tempo de férias não gozadas contados em dobro, excetuado o tempo de férias escolares, e observado o disposto no § 3.º deste artigo;

VIII — o tempo de licença para tratamento de saúde.

§ 1.º — O tempo de serviço a que aludem os incisos III, IV e V deste artigo será computado à vista de certidões passadas com base em folha de pagamento.

§ 2.º — Somente será admitida a contagem de tempo de serviço apurado através de justificação judicial quando se verificar a inexistência, nos registros de pessoal, de elementos comprobatórios da frequência.

§ 3.º — As férias e períodos de licença especial não gozados, referentes a tempo de serviço anterior ao ingresso de funcionário nos quadros estaduais, ou a tempo de serviço estranho ao Estado, não serão considerados para qualquer efeito.

Art. 85 — A apuração do tempo de serviço será feita em dias.

Parágrafo único — O número de dias será convertido em anos, considerado o ano como de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias.

Art. 86 — É vedada a acumulação de tempo de serviço prestado concorrente ou simultaneamente em cargos ou funções da União, dos Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações instituídas pelo Poder Público e instituições de caráter privado que hajam sido transformadas em estabelecimentos de serviço público.

Art. 87 — Na hipótese de acumulação de cargos, é vedada a transposição de tempo de serviço de um para outro cargo.

§ 1.º — O tempo de serviço estadual ou estranho ao Estado, depois de averbado ou anotado em um cargo, é considerado vinculado a este cargo para os efeitos previstos neste artigo.

§ 2.º — O tempo de serviço estadual ou estranho ao Estado prestado em um cargo, do qual o servidor tenha sido ou venha a ser exonerado ou demitido, não pode ser desmembrado para ser

averbado ou anotado em mais de um cargo.

CAPÍTULO II

Da estabilidade

Art. 88 — Estabilidade é o direito que adquire o funcionário efetivo de não ser exonerado ou demitido, senão em virtude de sentença judicial ou processo administrativo em que se lhe tenha assegurado ampla defesa.

Parágrafo único — A estabilidade se refere à permanência no serviço público e não no cargo ou função.

Art. 89 — O funcionário nomeado em caráter efetivo adquire estabilidade depois de dois anos de efetivo exercício.

Art. 90 — O funcionário perderá o cargo:

I — quando vitalício, somente em virtude de sentença judicial;

II — quando estável, em virtude de sentença judicial ou de processo administrativo que haja concluído pela sua demissão, depois de lhe haver sido assegurada ampla defesa.

Parágrafo único — O funcionário em estágio probatório só perderá o cargo quando nêle não confirmado em decorrência do processo de que trata o parágrafo 3.º, do art. 31, de sentença judicial ou mediante inquérito administrativo, quando este se impuser antes de concluído o estágio.

CAPÍTULO III

Da aposentadoria e da jubilação

Art. 91 — O funcionário será aposentado:

I — por invalidez;

II — compulsoriamente, aos 70 (setenta) anos de idade;

III — voluntariamente, após 35 (trinta e cinco) anos de serviço.

§ 1.º — No caso do inciso III, o prazo é reduzido a 30 (trinta) anos, para as mulheres.

§ 2.º — A aposentadoria por invalidez será sempre precedida de licença por período contínuo não inferior a 24 (vinte e quatro) meses, salvo quando a junta médica declarar a incapacida-

de definitiva para o serviço ou na hipótese prevista no art. 116.

§ 3.º — Será aposentado o funcionário que fôr considerado inválido para o serviço e não puder ser readaptado, na forma do art. 110.

§ 4.º — No caso de aposentadoria voluntária, o funcionário aguardará em exercício a publicação do respectivo ato, salvo se estiver legalmente afastado do cargo.

§ 5.º — No caso de aposentadoria compulsória, o funcionário é dispensado do comparecimento ao serviço a partir da data em que completar a idade-limite.

Art. 92 — O funcionário efetivo, quando aposentado por invalidez, terá provento correspondente ao vencimento ou remuneração do cargo efetivo.

Parágrafo único — Quando se tratar de invalidez provocada por acidente no trabalho ou doença profissional, tais como configurados nos parágrafos 1.º, 2.º, 3.º e 4.º do art. 83, aplicar-se-á o disposto no presente artigo ao ocupante de cargo em comissão, salvo no caso de lhes ter sido assegurada aposentadoria por outro órgão público.

Art. 93 — O funcionário aposentado compulsoriamente terá o provento equivalente ao vencimento ou remuneração integral do cargo, desde que conte 35 (trinta e cinco) anos de efetivo exercício, se do sexo masculino, e 30 (trinta) anos, se do feminino, e proporcional se apurar tempo de serviço inferior àqueles limites, respectivamente.

Art. 94 — O funcionário efetivo quando aposentado a pedido, terá:

I — provento correspondente ao vencimento ou remuneração integral do cargo efetivo;

II — provento correspondente ao vencimento ou remuneração do cargo efetivo, acrescido da vantagem de 50% do valor do símbolo do cargo em comissão ou da função gratificada, em cujo exercício se achar na data da aposentadoria, desde que satisfaça aos seguintes requisitos:

a) conte 5 (cinco) anos ininterruptos e imeditamente anteriores à data da aposentadoria, ou 10 (dez) anos interpolados, de exercício em cargos em comissão ou em funções gratificadas; e

b) tenha, pelo menos, 2 (dois) anos de exercício em cargos em comissão ou em funções gratificadas do mesmo símbolo ou símbolo superior ao do cargo ou função que esteja exercendo na data da aposentadoria.

§ 1.º — Quando atendida a condição da alínea "a" e não atendida a da alínea "b", a vantagem de 50% (cinquenta por cento) corresponderá ao símbolo do cargo em comissão ou função gratificada imediatamente inferior ao que estiver ocupando, dentre os cargos e funções ocupados.

§ 2.º — Mesmo que o funcionário tenha percebido, durante o exercício, a totalidade do valor do símbolo do cargo em comissão ou gratificação superior à metade do valor do símbolo da função gratificada, somente terá acrescida a vantagem de 50% (cinquenta por cento) referida no inciso II d'este artigo.

Art. 95 — Ao funcionário que completar o tempo para aposentadoria a pedido e permanecer em exercício, será assegurado, ao término de cada ano de efetivo exercício excedente, um acréscimo de 5% (cinco por cento) ao respectivo vencimento, até o máximo de 25% (vinte e cinco por cento).

Parágrafo único — A vantagem prevista neste artigo aplicar-se-á à aposentadoria enquadrável em qualquer dos incisos do art. 94 e será incorporada ao provento da aposentadoria.

Art. 96 — Concorrendo as condições previstas para a aposentadoria a pedido, ao funcionário aposentado por invalidez ou compulsoriamente, serão aplicadas as disposições dos artigos 94 e 95.

Art. 97 — Para efeito de fixação de provento de aposentadoria de funcionário sujeito ao regime de remuneração, a percentagem será representada pela média aritmética daquela percebida pelo funcionário nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao mês da vigência da aposentadoria.

§ 1.º — Quando o funcionário se aposentar com a vantagem referida no inciso II do art. 94, e ao cargo em comissão ou função gratificada que estiver exercendo na data da aposentadoria se aplicar o regime de percenta-

gem, somente fará jus à percepção desta se estiver no exercício contínuo de cargos em comissão ou funções gratificadas, ainda que várias mas todos igualmente sob o regime de percentagem, durante os últimos 5 (cinco) anos, e, neste caso, a parcela a ser acrescida ao provento corresponderá à média aritmética dos 5 (cinco) anos imediatamente anteriores à data da aposentadoria.

§ 2.º — A percentagem não será atualizada depois de incorporada ao provento.

Art. 98 — Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade.

Parágrafo único — Ressalvado o disposto neste artigo, em caso nenhum os proventos da inatividade poderão exceder a retribuição percebida na atividade.

Art. 99 — A jubilação dos membros do magistério se assemelhará à aposentadoria e obedecerá à legislação própria.

CAPÍTULO IV

Da disponibilidade

Art. 100 — Disponibilidade é o afastamento do funcionário estável em virtude de extinção do cargo.

§ 1.º — O funcionário em disponibilidade perceberá provento proporcional ao tempo de serviço e será obrigatoriamente aproveitado na primeira vaga que ocorrer, obedecidas as disposições do capítulo próprio.

§ 2.º — Para efeito de fixação de provento de disponibilidade de funcionário sujeito ao regime de remuneração, a percentagem será representada pela média aritmética daquela percebida pelo funcionário nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao mês da vigência da disponibilidade.

§ 3.º — Aos proventos dos funcionários em disponibilidade aplica-se o disposto no § 2.º do art. 97 e art. 98.

§ 4.º — Restabelecido o cargo, ainda que modificada a sua denominação,

será nêlo obrigatòriamente aproveitado o funcionário pôsto em disponibilidade, quando de sua extinção, ressalvado o direito de optar por outro cargo em que já tenha sido aproveitado.

§ 5.º — O funcionário em disponibilidade poderá ser aposentado.

CAPÍTULO V

Das férias

Art. 101 — O funcionário gozará 30 (trinta) dias ininterruptos de férias por ano, de acòrdo com a escala para êsse fim organizada pelo chefe da unidade administrativa a que estiver subordinado e comunicada ao órgão competente.

§ 1.º — É vedado levar à conta de férias qualquer falta ao trabalho.

§ 2.º — Sòmente depois do primeiro ano do exercício adquirirá o funcionário direito a férias, as quais corresponderão ao ano em que se completar êsse periodo.

§ 3.º — A escala de férias poderá ser alterada de acòrdo com as necessidades do serviço, por iniciativa do chefe interessado, comunicada a alteração ao órgão competente.

Art. 102 — As férias dos membros do magistério corresponderão às férias escolares, obedecidas as restrições legais e regulamentares.

Art. 103 — É proibida a acumulação de férias, salvo imperiosa necessidade de serviço, não podendo a acumulação, nesse caso, abranger mais de dois periodos.

Parágrafo único — Haverá presunção de impedimento decorrente de necessidade do serviço quando o funcionário deixar de gozar férias e não houver sido comunicado o fato, pelo seu chefe imediato, ao órgão competente de pessoal.

Art. 104 — Ao entrar em férias o funcionário comunicará ao chefe imediato o seu enderêgo eventual.

Art. 105 — Por motivo de promoção, acesso, transferência e remoção, o funcionário em gozo de férias não as interromperá.

CAPÍTULO VI

Das licenças

SEÇÃO I

Disposições preliminares

Art. 106 — Conceder-se-á licença:

I — Para tratamento de saúde;

II — Por motivo de doença em pessoa da família;

III — Para repouso à gestante;

IV — Para serviço militar obrigatório;

V — À funcionária casada, por motivo de afastamento do marido militar ou servidor da Administração direta, de autarquia, de empresa pública, de sociedade de economia mista ou de fundação instituída pelo Poder Público;

VI — Para o trato de interesses particulares;

VII — Especial.

Art. 107 — Terminada a licença, o funcionário reassumirá o exercício, salvo nos casos de prorrogação.

Parágrafo único — O pedido de prorrogação será apresentado antes de findo o prazo da licença; se indeferido, contar-se-á como de licença nos termos do art. 130 o periodo compreendido entre a data de seu término e a do conhecimento oficial do despacho denegatório, ressalvado o disposto nos parágrafos 1.º e 2.º, do art. 108.

Art. 108 — A licença dependente de inspeção médica será concedida pelo prazo indicado no laudo ou atestado.

§ 1.º — Dois dias úteis antes de terminado o prazo, haverá inspeção, e o laudo médico concluirá pela volta ao serviço, pela prorrogação da licença, pela aposentadoria ou pela readaptação na forma do art. 110.

§ 2.º — Se o funcionário se apresentar à nova inspeção após a época prevista no parágrafo anterior, e, caso não se justifique a prorrogação, serão considerados como faltas os dias a descoberto.

Art. 109 — O tempo necessário à inspeção médica será sempre considerado como de licença, desde que não fique caracterizada a simulação.

Art. 110 — Quando se verificar, como resultado de inspeção médica pelo

órgão próprio da Secretaria de Administração, redução da capacidade física do funcionário ou estado de saúde que impossibilite ou desaconselhe o exercício das funções inerentes ao seu cargo, e desde que não se configure a necessidade de aposentadoria nem de licença para tratamento de saúde, poderá o funcionário ser readaptado em funções diferentes das que lhe cabem, sem que essa readaptação lhe acarrete qualquer prejuízo.

Art. 111 — O funcionário em gozo de licença comunicará ao seu chefe imediato o local onde poderá ser encontrado.

SEÇÃO II

Da licença para tratamento de saúde

Art. 112 — A licença para tratamento de saúde será concedida *ex officio* ou a pedido do funcionário, ou de seu representante, quando o próprio não possa fazê-lo.

§ 1.º — Em ambos os casos é indispensável a inspeção médica, que será realizada no órgão próprio e, quando necessário, no local onde encontrar-se o funcionário.

§ 2.º — Incumbe à chefia imediata promover a apresentação do funcionário à inspeção médica, sempre que este a solicitar.

Art. 113 — A inspeção médica será feita por médicos funcionários do Estado da Guanabara, lotados no órgão próprio da Secretaria de Administração, ou por aquêles aos quais este transferir ou delegar as respectivas atribuições.

§ 1.º — Caso o funcionário esteja ausente do Estado da Guanabara, e absolutamente impossibilitado de locomover-se, por motivo de saúde, poderá ser admitido laudo de médico particular, com firma reconhecida, em impresso fornecido pelo órgão pericial da Secretaria de Administração, desde que a licença não ultrapasse o prazo máximo de 90 (noventa) dias.

§ 2.º — Ultrapassado o prazo estipulado no parágrafo anterior, somente serão aceitos laudos exarados pelo órgão médico oficial do local onde se encontrar o funcionário.

§ 3.º — Nas hipóteses dos parágrafos anteriores, o laudo só produzirá efeito depois de homologado pelo órgão médico da Secretaria de Administração.

§ 4.º — Quando não for homologado o laudo, o funcionário deverá comparecer, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, após o despacho denegatório, ao órgão pericial da Secretaria de Administração, a fim de ser submetido à inspeção médica.

§ 5.º — Caso não se justifique a licença, serão considerados como de licença sem vencimento, nos termos do art. 130, os dias a descoberto.

Art. 114 — A licença superior a 90 (noventa) dias dependerá de inspeção realizada por junta médica.

Art. 115 — O funcionário não poderá permanecer em licença para tratamento de saúde por prazo superior a 24 (vinte e quatro) meses, exceto nos casos considerados recuperáveis, em que, a critério da junta médica, esse prazo poderá ser prorrogado.

Parágrafo único — Expirado o prazo do presente artigo, o funcionário será submetido a nova inspeção médica e aposentado se julgado definitivamente inválido para o serviço público em geral e não puder ser readaptado na forma do art. 110.

Art. 116 — Em caso de doença grave, contagiosa ou não, que imponha cuidados permanentes, poderá a junta médica, se considerar o doente irrecuperável, determinar, como resultado da inspeção, a imediata aposentadoria.

Parágrafo único — Na hipótese de que trata este artigo, a inspeção será feita por uma junta de, pelo menos, três médicos.

Art. 117 — No processamento das licenças para tratamento de saúde será observado o devido sigilo sobre os laudos e atestados médicos.

Art. 118 — No curso de licença para tratamento de saúde, o funcionário abster-se-á de atividades remuneradas, sob pena de interrupção da licença, com perda total do vencimento ou remuneração desde o início dessas atividades e até que reassuma o cargo.

Parágrafo único — O período compreendido entre a interrupção da li-

çença e a reassunção será considerado como de licença sem vencimento, na forma do art. 130.

Art. 119 — O funcionário não poderá recusar-se à inspeção médica, sob pena de suspensão do pagamento do vencimento ou remuneração, até que se realize a inspeção.

Art. 120 — Considerado apto, em inspeção médica, o funcionário reassumirá o exercício, sob pena de serem computados como faltas os dias de ausência.

Art. 121 — No curso da licença poderá o funcionário requerer inspeção médica, caso se julgue em condições de reassumir o exercício ou com direito à aposentadoria.

Art. 122 — Será sempre integral o vencimento ou remuneração do funcionário licenciado para tratamento de saúde.

Parágrafo único — Nos casos de acidente no trabalho e de doença profissional, configurados nos parágrafos 1.º, 2.º, 3.º e 4.º do art. 83, será mantido integralmente, durante a licença, o vencimento ou remuneração do funcionário, correndo ainda por conta do Estado da Guanabara as despesas com o tratamento médico e hospitalar do funcionário, que será realizado, sempre que possível, em estabelecimento estadual de assistência médica.

SEÇÃO III

Da licença por motivo de doença em pessoa da família

Art. 123 — Desde que prove ser indispensável a sua assistência pessoal e que esta não possa ser prestada simultaneamente com o exercício do cargo, ao funcionário será concedida licença por motivo de doença em pessoa da família.

§ 1.º — Considerar-se-ão como pessoas da família, para os efeitos desta licença, os pais, o cônjuge, os filhos, ou pessoa que viva a suas expensas e conste de seu assentamento individual.

§ 2.º — Provar-se-á a doença mediante inspeção médica.

§ 3.º — A licença de que trata este artigo será concedida com vencimento

ou remuneração integral até 1 (um) ano e com 2/3 (dois terços) do vencimento ou remuneração se fôr excedido esse prazo.

§ 4.º — Em cada período de 5 (cinco) anos, o funcionário só poderá beneficiar-se de, no máximo, 2 (dois) anos de licença, seguidos ou intercalados.

SEÇÃO IV

Da licença à gestante

Art. 124 — À funcionária gestante será concedida, mediante inspeção médica, licença com vencimento ou remuneração integral, pelo prazo de 4 (quatro) meses.

§ 1.º — Salvo prescrição médica em contrário, a licença será concedida a partir do início do oitavo mês de gestação.

§ 2.º — Quando a saúde do recém-nascido exigir assistência especial, será concedida licença à funcionária, pelo prazo necessário, a critério médico, e nos termos do art. 123.

§ 3.º — A funcionária gestante terá direito, a critério médico, a ser aproveitada em função compatível com seu estado, a contar do quinto mês de gestação, sem prejuízo do direito à licença de que trata este artigo.

SEÇÃO V

Da licença para serviço militar obrigatório

Art. 125 — Ao funcionário que fôr convocado para o serviço militar ou outros encargos de segurança nacional, será concedida licença com vencimento ou remuneração integral.

§ 1.º — A licença será concedida à vista do documento oficial que prove a incorporação.

§ 2.º — Do vencimento ou remuneração descontar-se-á a importância que o funcionário perceber na qualidade de incorporado, salvo se optar pelas vantagens do serviço militar, o que implicará na perda do vencimento ou remuneração estadual.

§ 3.º — Ao funcionário desincorporado conceder-se-á prazo não excedente de 30 (trinta) dias, para que reassu-

ma o exercício, sem perda de vencimento ou remuneração.

Art. 126 — Ao funcionário oficial da reserva das Forças Armadas será concedida licença com vencimentos ou remuneração integral, durante os estágios de serviço militar obrigatório não remunerados e previstos pelos regulamentos militares.

Parágrafo único — No caso de estágio remunerado assegurar-se-lhe-á direito de opção.

SEÇÃO VI

Da licença à funcionária casada

Art. 127 — A funcionária casada terá direito a licença sem vencimento ou remuneração, quando o marido militar ou servidor da Administração direta, de autarquia, de empresa pública, de sociedade de economia mista, ou de fundação instituída pelo Poder Público, fôr mandado servir, *ex officio*, fora do Estado da Guanabara.

Parágrafo único — A licença dependerá de pedido devidamente instruído, que deverá ser renovado de 2 (dois) em 2 (dois) anos.

Art. 128 — Finda a causa da licença, a funcionária deverá reassumir o exercício dentro de 30 (trinta) dias, a partir dos quais a sua ausência será computada como falta ao trabalho.

Art. 129 — Independentemente do regresso do marido, a funcionária poderá reassumir o exercício a qualquer tempo, não podendo, neste caso, renovar o pedido de licença senão depois de 2 (dois) anos da data da reassunção, salvo se o marido fôr transferido novamente para outro lugar.

SEÇÃO VII

Da licença para o trato de interesses particulares

Art. 130 — Depois de estável, o funcionário poderá obter licença, sem vencimento ou remuneração, para tratar de interesses particulares.

§ 1.º — O funcionário aguardará em exercício a concessão da licença.

§ 2.º — A licença não perdurará por tempo superior a 4 (quatro) anos con-

tínuos e só poderá ser concedida nova depois de decorridos 2 (dois) anos do término da anterior.

Art. 131 — Não será concedida licença para o trato de interesses particulares quando inconveniente para o serviço, nem a funcionário nomeado, removido ou transferido, antes de assumir o exercício.

Art. 132 — O funcionário poderá, a qualquer tempo, desistir da licença para o trato de interesses particulares.

Art. 133 — Em caso de comprovado interesse público, a licença de que trata esta seção poderá ser cassada pela autoridade competente, devendo o funcionário ser expressamente notificado do fato.

Parágrafo único — Na hipótese de que trata este artigo o funcionário deverá apresentar-se ao serviço no prazo de 30 (trinta) dias, a partir da notificação, findos os quais a sua ausência será computada como falta ao trabalho.

Art. 134 — Ao funcionário ocupante de cargo em comissão não se concederá, nessa qualidade, licença para trato de interesses particulares.

SEÇÃO VIII

Da licença especial

Art. 135 — Após cada quinquênio de efetivo exercício no Estado, ao funcionário que a requerer, conceder-se-á licença especial de 3 (três) meses, com todos os direitos e vantagens de seu cargo efetivo.

Parágrafo único — Não será concedida a licença especial se houver o funcionário, no quinquênio correspondente:

I — sofrido pena de multa ou suspensão;

II — faltado ao serviço sem justificacão;

III — gozado licença:

a — superior a 90 (noventa) dias, consecutivos ou não, para tratamento de saúde;

b — superior a 60 (sessenta) dias, consecutivos ou não, por motivo de doença em pessoa da família;

c — superior a 45 (quarenta e cinco) dias, consecutivos ou não, por motivo de afastamento do marido mili-

tar ou servidor da Administração direta, de autarquia, de empresa pública, de sociedade de economia mista ou de fundação instituída pelo Poder Público;

d — para o trato de interesses particulares.

Art. 136 — O direito à licença especial não tem prazo para ser exercitado.

CAPÍTULO VII

Do vencimento e da remuneração

Art. 137 — Vencimento é a retribuição pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao nível ou símbolo fixados em lei.

Art. 138 — Remuneração é a retribuição pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao vencimento mais a percentagem fixada em lei.

Art. 139 — Perderá o vencimento ou remuneração do cargo efetivo o funcionário:

I — nomeado para cargo em comissão, ressalvado o direito de opção e o de acumulação legal;

II — em exercício de mandato efetivo da União, dos Estados ou dos Municípios;

III — à disposição de outro Poder, ou de Órgão Público de Administração direta ou indireta, inclusive sociedades de economia mista, da União ou de qualquer outra unidade da Federação, ou designado para servir em qualquer desses órgãos ou entidades, salvo quando se tratar de requisição da Presidência da República ou, a juízo do Governador, quando de interesse do Estado da Guanabara;

IV — em missão ou estudo, na forma do inciso XII do art. 83, quando exceder o período de 1 (um) ano.

Art. 140 — O funcionário perderá:

I — O vencimento ou remuneração do dia, se não comparecer ao serviço, salvo por motivo previsto em lei ou por moléstia comprovada, de acordo com as disposições deste Estatuto.

II — O vencimento ou remuneração do dia, se comparecer ao serviço após os 60 (sessenta) minutos seguintes à hora inicial do expediente, ou retirar-se antes dos sessenta minutos finais,

ou ainda, ausentar-se sem autorização por mais de 60 (sessenta minutos);

III — 1/3 (um terço) do vencimento ou remuneração do dia se comparecer ao serviço dentro dos 60 (sessenta) minutos seguintes à hora inicial do expediente, ou retirar-se sem autorização, dentro dos sessenta minutos finais, ou, ainda, ausentar-se, sem autorização, por período inferior a 60 (sessenta) minutos;

IV — 1/3 (um terço) do vencimento ou remuneração, durante o afastamento por motivo de prisão preventiva, pronúncia por crime comum ou denúncia por crime funcional ou, ainda, condenação por crime inafiançável em processo no qual não haja pronúncia, com direito à diferença, se absolvido;

V — 2/3 (dois terços) do vencimento ou remuneração, durante o período de afastamento em virtude de condenação, por sentença definitiva, a pena que não resulte em demissão.

Art. 141 — Nenhum servidor poderá perceber vencimento ou remuneração inferior ao salário-mínimo legal em vigor para o Estado da Guanabara.

Art. 142 — O vencimento, a remuneração e o provento não sofrerão desconto além dos previstos em lei, nem serão objeto de arresto, seqüestro ou penhora, salvo quando se tratar de:

I — Prestação de alimentos determinada judicialmente;

II — Reposição ou indenização devida à Fazenda Estadual.

Art. 143 — As reposições e indenizações à Fazenda Estadual serão descontadas em parcelas mensais, não excedentes da décima parte do vencimento, remuneração ou provento.

Parágrafo único — Quando o funcionário for exonerado, demitido ou falecer, a quantia devida será inscrita como dívida ativa e cobrada executivamente.

CAPÍTULO VIII

Das vantagens

SEÇÃO I

Disposições preliminares

Art. 144 — Além do vencimento, poderá o funcionário perceber as seguintes vantagens:

- I — percentagem;
- II — cota-parte de multa;
- III — gratificações;
- IV — ajuda de custo;
- V — diárias;
- VI — salário-família;
- VII — auxílio para diferença de caixa;
- VIII — auxílio-doença;
- IX — progressão horizontal;
- X — adicional permanência.

Parágrafo único — As vantagens capituladas nos incisos IX e X, são tratadas, respectivamente, nos arts. 46 e 95, e seus parágrafos.

SEÇÃO II

Da percentagem e da cota-parte de multa

Art. 145 — Percentagem é a vantagem que integra a remuneração e será instituída e paga na forma prevista em lei.

Art. 146 — A cota-parte de multa depende de fixação em lei, só se tornando devida após o julgamento definitivo e irrecurável do processo de infração.

Art. 147 — Só os funcionários em atividade poderão figurar nas folhas de pagamento de percentagem e de cota-parte de multa.

SEÇÃO III

Das gratificações

Art. 148 — Conceder-se-á gratificação:

- I — de função;
- II — pelo exercício de comissão;
- III — pelo exercício de encargos especiais;
- IV — pela realização de trabalho técnico ou científico;
- V — pela prestação de serviço extraordinário;
- VI — pela representação de gabinete;
- VII — pela participação em órgão de deliberação coletiva;
- VIII — pelo exercício:
 - a — de encargo de auxiliar ou membro de banca ou comissão examinadora de concurso;

b — de encargo de auxiliar ou professor de curso regularmente instituído, se realizado o trabalho além das horas de expediente a que está sujeito o funcionário.

Parágrafo único — As vantagens pecuniárias atribuídas ao funcionário não sofrerão descontos além dos previstos em lei.

Art. 149 — Gratificação de função é a que corresponde ao exercício de função gratificada existente nos quadros de pessoal do Estado da Guanabara.

§ 1.º — A gratificação de que trata este artigo é constituída pela diferença entre o valor estabelecido para o símbolo da função gratificada respectiva e o vencimento do cargo efetivo de seu ocupante.

§ 2.º — Quando a diferença de que trata o parágrafo anterior for inferior à metade do valor do símbolo da função gratificada, o funcionário perceberá 50% (cinquenta por cento) do valor do respectivo símbolo.

Art. 150 — A gratificação de que trata o inciso II do art. 148 equivale à metade do valor fixado para o símbolo do cargo em comissão e a ela faz jus o funcionário que, no exercício desse cargo, haja optado pelo vencimento de seu cargo efetivo.

Art. 151 — A gratificação mencionada no inciso III do art. 148 se destina aos funcionários aos quais forem atribuídos encargos de auxiliares de sistema de administração e outros definidos em lei ou regulamento.

Art. 152 — A gratificação referida no inciso V do art. 148 se destina a remunerar os serviços executados fora do período normal de trabalho a que estiver sujeito o funcionário, no desempenho das atribuições de seu cargo.

Art. 153 — Salvo o caso de aposentadoria por invalidez, é permitido ao aposentado, mesmo compulsoriamente, participar de um órgão de deliberação coletiva, desde que julgado apto em inspeção de saúde.

Art. 154 — Observadas as disposições desta Seção, a atribuição das gratificações relacionadas no art. 148 reger-se-á por regulamentação própria.

Art. 155 — O exercício de cargo em comissão ou função gratificada impede o recebimento de gratificação por serviço extraordinário.

Art. 156 — As gratificações de que tratam os incisos I e II do art. 148 serão mantidas nos casos de afastamento previsto nos incisos I, II, III, V, VI, IX, X, XI e XIV, do art. 83 e inciso I, do art. 106, salvo quando o funcionário fôr exonerado, demitido, dispensado, ou destituído do respectivo cargo em comissão ou função gratificada.

Art. 157 — Ao funcionário efetivo que permanecer em cargo em comissão ou função gratificada por período contínuo superior a 10 (dez) anos ou períodos vários cuja soma seja superior a 15 (quinze) anos, é assegurada a percepção de 50% (cinquenta por cento) do valor do símbolo do cargo em comissão ou da função gratificada, de símbolo mais elevado, dentre os dos cargos e funções ocupados, desde que exercido por prazo superior a 2 (dois) anos e, quando não satisfeita esta condição, o de símbolo imediatamente inferior que houver ocupado.

§ 1.º — O exercício de cargo em comissão e de função gratificada será computado globalmente para os efeitos deste artigo.

§ 2.º — Mesmo que o funcionário tenha percebido, durante o exercício, a totalidade do valor do símbolo do cargo em comissão ou gratificação superior à metade do valor do símbolo da função gratificada, somente assegurará a percepção da vantagem de 50% referida neste artigo.

Art. 158 — Se, depois de assegurada a vantagem de que trata o artigo anterior, o funcionário ocupar cargo em comissão ou função gratificada, manter-se-á inalterada a retribuição pecuniária a que faz jus, ressalvada a hipótese de ocupar cargo ou função cujo exercício importe em maior pagamento, quando perceberá a diferença entre o que lhe caberia se não houvesse assegurado a vantagem prevista no artigo anterior e o pagamento a que faz jus, nessa condição, pelo exercício desse cargo ou função.

Parágrafo único — Não caberá revisão de símbolo para os efeitos do artigo anterior, ainda que posteriormente o funcionário venha a exercer cargo ou função de símbolo mais elevado, senão após o decurso de um período adicional de 5 (cinco) anos ininterruptos ou 10 (dez) anos interpolados de exercício de cargo em comissão ou de função gratificada, quando a revisão se fará de acôrdo com o estabelecido no artigo anterior, *in fine*.

SEÇÃO IV

Da ajuda de custo

Art. 159 — Ajuda de custo é a compensação de despesa de viagem e instalação, concedida ao funcionário incumbido de missão fora do Estado da Guanabara, e só poderá ser atribuída nos casos de afastamento superior a 30 (trinta) dias, não podendo exceder da importância equivalente a 3 (três) meses de vencimento ou remuneração, salvo quando se tratar de missão no exterior.

§ 1.º — Para os efeitos deste artigo, o cálculo da percentagem será feito tomando-se por base a média aritmética daquela percebida nos 12 (doze) meses que imediatamente antecederam a designação para a missão.

§ 2.º — No arbitramento da ajuda de custo serão levados em conta o vencimento ou remuneração do cargo do funcionário designado para a missão, as despesas a serem por ele realizadas, bem como as condições de vida no local da missão.

Art. 160 — Não se concederá ajuda de custo:

I — ao funcionário que, em virtude de mandato eletivo, deixar de reassumir o exercício do cargo;

II — ao funcionário pôsto a serviço ou à disposição de entidade de direito público.

Art. 161 — O funcionário restituirá a ajuda de custo:

I — quando não se transportar para o local da missão;

II — quando, antes de terminada a incumbência, regressar, pedir exoneração ou abandonar o serviço.

§ 1.º — A restituição é de exclusiva responsabilidade pessoal e poderá ser feita parceladamente.

§ 2.º — Não haverá obrigação de restituir:

a) quando o regresso do funcionário fôr determinado *ex officio* ou decorrer de doença comprovada ou de motivo de força maior;

b) quando o pedido de exoneração fôr apresentado após 90 (noventa) dias da designação para a missão.

SEÇÃO V

Das diárias

Art. 162 — Ao funcionário que se deslocar do Estado da Guanabara em objeto de serviço serão concedidas diárias correspondentes ao período de ausência, a título de compensação de despesa de alimentação e pousada.

Art. 163 — O arbitramento das diárias consultará a natureza, o local e as condições do serviço.

SEÇÃO VI

Do salário-família

Art. 164 — Salário-família é o auxílio pecuniário especial concedido pelo Estado ao funcionário, como contribuição ao custeio das despesas de manutenção de sua família.

Art. 165 — Conceder-se-á salário-família ao funcionário:

a) pela esposa que não exerça atividade remunerada;

b) por filho menor de 21 (vinte e um) anos, que não exerça atividade remunerada;

c) por filho inválido;

d) por filho estudante que frequente curso secundário ou superior e que não exerça atividade remunerada, até a idade de 24 (vinte e quatro) anos;

e) pelo ascendente sem rendimento próprio que viva às expensas do funcionário;

f) pela companheira, na forma da regulamentação própria.

§ 1.º — Compreende-se neste artigo o filho de qualquer condição, inclusive o enteado e o menor que, mediante au-

torização judicial, viva sob a guarda e sustento do funcionário.

§ 2.º — Quando o pai e a mãe forem ambos funcionários do Estado e viverem em comum, o salário-família será concedido ao pai; se não viverem em comum, ao que tiver os dependentes sob sua guarda; e se ambos os tiverem, de acôrdo com a distribuição dos dependentes.

§ 3.º — Equiparam-se ao pai e à mãe os representantes legais dos incapazes e as pessoas a cuja guarda e manutenção estiverem confiados, por autorização judicial, os beneficiários.

§ 4.º — A cada dependente relacionado neste artigo corresponderá uma cota de salário-família.

§ 5.º — A cota de salário-família, por filho inválido, corresponderá ao triplo das demais.

Art. 166 — O salário-família será pago mesmo nos casos em que o funcionário, ativo ou inativo, deixar de receber o vencimento, remuneração ou provento.

Art. 167 — Em caso de falecimento do funcionário, o salário-família continuará a ser pago aos seus beneficiários.

Parágrafo único — Se o funcionário falecido não se houver habilitado ao salário-família, a Administração tomará as medidas necessárias para que seja pago aos seus beneficiários, desde que atendam aos requisitos necessários à concessão deste benefício.

Art. 168 — O salário-família não está sujeito a qualquer imposto ou taxa, nem servirá de base para qualquer contribuição ainda que de finalidade assistencial.

SEÇÃO VII

Do auxílio para diferença de caixa

Art. 169 — Ao funcionário afiançado que, no desempenho de suas atribuições, lidar com numerário do Estado, será concedido um auxílio financeiro mensal correspondente a 5% (cinco por cento) do valor do respectivo símbolo ou nível de vencimento, para compensar diferença de caixa.

SEÇÃO VIII

Do auxílio-doença

Art. 170 — Após cada período de 12 (doze) meses consecutivos de licença para tratamento de saúde, o funcionário terá direito a um mês de vencimento, a título de auxílio-doença.

Parágrafo único — Quando se tratar de licença concedida por motivo de acidente no trabalho ou doença profissional, tais como conceituados nos parágrafos 1.º, 2.º, 3.º e 4.º do artigo 83, o funcionário fará jus ao auxílio-doença de que trata este artigo após cada período de 6 (seis) meses de licença.

Art. 171 — Quando ocorrer o falecimento do funcionário, o auxílio-doença a que fêz jus até a data do óbito será pago de acordo com as normas aplicáveis ao pagamento de vencimentos.

TÍTULO VI

CAPÍTULO ÚNICO

Das concessões

Art. 172 — Sem prejuízo do vencimento, remuneração ou qualquer outro direito ou vantagem, o funcionário poderá faltar ao serviço até 8 (oito) dias consecutivos, por motivo de:

a) casamento;

b) falecimento de cônjuge, pais, filhos ou irmãos.

Art. 173 — Ao licenciado para tratamento de saúde, que deva ser deslocado do Estado da Guanabara para outro ponto do território nacional por exigência do laudo médico, será concedido transporte, à conta dos cofres estaduais, inclusive para pessoa de sua família.

Art. 174 — Será concedido transporte à família do funcionário, quando este falecer fora do Estado da Guanabara, no desempenho do cargo ou a serviço.

Art. 175 — Será concedido auxílio-funeral correspondente a um mês de vencimento, remuneração ou provento, à família do funcionário falecido.

§ 1.º — O vencimento, remuneração ou provento será aquêle a que o funcionário fizer jus no momento do óbito.

§ 2.º — Em caso de acumulação legal de cargos do Estado da Guanabara, o

auxílio-funeral corresponderá ao pagamento do cargo de maior vencimento ou remuneração do funcionário falecido.

§ 3.º — A despesa com o auxílio-funeral e encerramento de fôlha, em virtude do falecimento, correrá à conta de dotação orçamentária própria.

§ 4.º — O processamento do pagamento do auxílio-funeral obedecerá à regulamentação própria.

Art. 176 — Ao funcionário estudante será permitido faltar ao serviço, sem prejuízo de vencimento, remuneração ou vantagem, nos dias de prova ou de exame, mediante apresentação de atestado fornecido pelo respectivo estabelecimento de ensino.

Art. 177 — O funcionário terá preferência, para sua moradia, na locação de imóvel pertencente ao Estado da Guanabara, obedecida a regulamentação própria.

TÍTULO VII

CAPÍTULO ÚNICO

Da assistência e da previdência

Art. 178 — O Estado da Guanabara prestará assistência ao funcionário e à sua família.

Parágrafo único — Entre as formas de assistência incluem-se:

I — Assistência médica, dentária, hospitalar, inclusive em sanatórios e "creches";

II — Previdência, seguro e assistência judiciária;

III — Financiamento para aquisição do imóvel destinado à residência do funcionário;

IV — Aperfeiçoamento e especialização profissional;

V — Aperfeiçoamento social e cultural dos funcionários e suas famílias, fora das horas de trabalho.

Art. 179 — A assistência, sob qualquer forma, será prestada através de instituições próprias, criadas por lei, às quais é obrigatoriamente filiado o funcionário.

§ 1.º — A assistência médica, dentária e hospitalar será prestada pelo Instituto de Assistência dos Servidores do Estado.

§ 2.º — A pensão aos beneficiários do funcionário falecido é atendida pelo Instituto de Previdência do Estado da Guanabara.

§ 3.º — Aos beneficiários de funcionário falecido em consequência de acidente no trabalho ou doença profissional, na forma em que se acham conceituados nos parágrafos 1.º, 2.º, 3.º e 4.º do artigo 83, é assegurada pensão equivalente ao vencimento ou remuneração que o funcionário percebia por ocasião do óbito.

§ 4.º — Serão reservados, com rigorosa preferência, aos funcionários do Estado da Guanabara e suas famílias, os serviços das instituições assistenciais que lhes forem destinados.

Art. 180 — Os planos e serviços assistenciais de que trata este título constituem matéria de leis especiais.

TÍTULO VIII

CAPÍTULO ÚNICO

Do Direito de petição

Art. 181 — É assegurado ao funcionário o direito de petição em toda a sua amplitude, assim como o de representar.

Art. 182 — O requerimento será dirigido à autoridade competente para decidi-lo e terá solução dentro do prazo máximo de 30 (trinta) dias, salvo em casos que obriguem a realização de diligências ou estudo especial.

Art. 183 — Da decisão que fôr prolatada caberá, sempre, pedido de reconsideração, que não poderá ser renovado.

Parágrafo único — A autoridade que receber o pedido de reconsideração poderá processá-lo como recurso, encaminhando-o à autoridade superior.

Art. 184 — Caberá recurso:

I — do indeferimento do pedido de reconsideração;

II — das decisões sobre os recursos sucessivamente interpostos.

Parágrafo único — O recurso será decidido pela autoridade imediatamente superior àquela que tiver expedido o ato ou proferido a decisão, e, sucessivamente, em escala ascendente, pelas

demais autoridades, observado o disposto na parte final do art. 182.

Art. 185 — O pedido de reconsideração e o recurso não têm efeito suspensivo.

Art. 186 — O direito de pleitear na esfera administrativa prescreverá:

I — em 5 (cinco) anos quanto aos atos de que decorram demissão, cassação de aposentadoria, jubilação ou disponibilidade;

II — em 120 (cento e vinte) dias, nos demais casos.

Art. 187 — Os prazos de prescrição estabelecidos no artigo anterior contar-se-ão a partir da data da publicação, no órgão oficial, do ato impugnado, ou na falta desta, da data da ciência do interessado, a qual deverá constar do processo respectivo.

Art. 188 — O pedido de reconsideração e o recurso, quando cabíveis, interrompem a prescrição uma vez.

Parágrafo único — A prescrição interrompida recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

Art. 189 — As certidões sobre matéria de pessoal serão fornecidas pelo órgão de pessoal competente, de acordo com os elementos e registros existentes nos órgãos do Estado da Guanabara, na forma da regulamentação própria.

Art. 190 — Ao funcionário interessado ou a seu representante legal é assegurado o direito de vista do processo administrativo, no órgão estadual competente, durante o horário de expediente.

TÍTULO IX

DO REGIME DISCIPLINAR

CAPÍTULO I

Da acumulação

Art. 191 — É vedada a acumulação remunerada, exceto:

I — a de Juiz e um cargo de professor;

II — a de dois cargos de professor;

III — a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

IV — a de dois cargos privativos de médico.

§ 1.º — Em qualquer dos casos, a acumulação somente é permitida quando haja correlação de matérias e compatibilidade de horários.

§ 2.º — A proibição de acumular se estende a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações instituídas pelo Poder Público.

§ 3.º — A proibição de acumular proventos não se aplica aos aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, cargo em comissão ou ao contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados.

Art. 192 — O funcionário não poderá exercer mais de uma função gratificada nem participar de mais de um órgão de deliberação coletiva.

Art. 193 — Não se compreendem na proibição de acumular, nem estão sujeitos a quaisquer limites a percepção:

a) conjunta, de pensões civis ou militares;

b) de pensões com vencimento, remuneração ou salário;

c) de pensões com proventos de disponibilidade, aposentadoria, jubilação ou reforma;

d) de proventos resultantes de cargos legalmente acumuláveis;

e) de proventos com vencimento ou remuneração, nos casos de acumulação legal.

Art. 194 — Considerada ilegítima a acumulação, o funcionário será obrigado a optar por um dos cargos.

Parágrafo único — Quando apurada a má-fé, em processo administrativo, perderá os cargos envolvidos na situação cumulativa considerada ilegítima e restituirá o que tiver percebido indevidamente.

Art. 195 — As acumulações serão objeto de estudo e parecer individuais por parte do órgão para esse fim criado.

CAPÍTULO II

Dos deveres

Art. 196 — São deveres do funcionário:

I — Assiduidade;

II — Pontualidade;

III — Urbanidade;

IV — Discrição;

V — Lealdade e respeito às instituições constitucionais e administrativas a que servir;

VI — Observância das normas legais e regulamentares;

VII — Obediência às ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;

VIII — Levar ao conhecimento de autoridade superior irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ou função;

IX — Zelar pela economia e conservação do material que lhe fôr confiado;

X — Providenciar para que esteja em ordem, no assentamento individual, sua declaração de família;

XI — Atender prontamente às requisições para defesa da fazenda pública e à expedição de certidões para defesa de direito;

XII — Guardar sigilo sobre a documentação e os assuntos de natureza reservada de que tenha conhecimento em razão do cargo ou função.

CAPÍTULO III

Das proibições

Art. 197 — Ao funcionário é proibido:

I — Exercer cumulativamente dois ou mais cargos ou funções públicas, salvo as exceções previstas em lei;

II — Referir-se de modo depreciativo, em informação, parecer ou despacho, às autoridades e a atos da administração pública, federal ou estadual, podendo, porém, em trabalho assinado, criticá-los do ponto de vista doutrinário ou de organização de serviço;

III — Retirar, modificar ou substituir, qualquer documento de órgão estadual, com o fim de criar direito ou obrigação, ou de alterar a verdade dos fatos, bem como apresentar documento falso com a mesma finalidade;

IV — Valer-se do cargo para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade do cargo ou função;

V — Promover manifestação de apreço ou desaprêzo e fazer circular ou subscrever lista de donativo, no recinto do serviço;

VI — Coagir ou aliciar subordinados com objetivo de natureza partidária;

VII — Participar de diretoria, gerência, administração, conselhos técnico ou administrativo, de empresa ou sociedade:

a) contratante, permissionária ou concessionária de serviço público;

b) fornecedora de equipamento ou material, de qualquer natureza ou espécie, a qualquer órgão estadual.

VIII — Praticar a usura em qualquer de suas formas;

IX — Pleitear, como procurador ou intermediário, junto aos órgãos estaduais, salvo quando se tratar de percepção de vencimento, remuneração, provento ou vantagem de parente, consanguíneo ou afim, até o segundo grau civil;

X — Receber propinas, comissões, presentes ou vantagens de qualquer espécie em razão do cargo ou função;

XI — Revelar fato ou informação de natureza sigilosa de que tenha ciência em razão do cargo ou função, salvo quando se tratar de depoimento em processo judicial, policial ou administrativo;

XII — Cometer a pessoa estranha ao serviço do Estado, salvo nos casos previstos em lei, o desempenho de encargo que lhe competir ou a seus subordinados;

XIII — Censurar pela imprensa ou por qualquer outro órgão de divulgação pública, as autoridades constituídas, podendo porém, fazê-lo em trabalhos assinados, apreciando atos dessas autoridades sob o ponto de vista doutrinário, com ânimo construtivo;

XIV — Entreter-se nos locais e horas de trabalho, em palestras, leituras ou outras atividades estranhas ao serviço;

XV — Deixar de comparecer ao trabalho sem causa justificada;

XVI — Atender pessoas estranhas ao serviço, no local de trabalho, para o trato de assuntos particulares;

XVII — Empregar materiais e bens do Estado em serviço particular;

XVIII — Retirar objetos de órgãos estaduais, salvo quando autorizado pelo superior hierárquico e desde que para utilização em serviços da repartição.

CAPÍTULO IV

Da Responsabilidade

Art. 198 — Pelo exercício irregular de suas atribuições, o funcionário responde civil, penal e administrativamente.

Art. 199 — A responsabilidade civil decorre de procedimento doloso ou culposo que importe em prejuízo da Fazenda Estadual ou de terceiros.

§ 1.º — A indenização de prejuízo causado à Fazenda Estadual, no que exceder os limites da fiança, poderá ser liquidado mediante desconto em prestações mensais não excedentes da décima parte do vencimento ou remuneração, à falta de outros bens que respondam pela indenização.

§ 2.º — Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o funcionário perante a Fazenda Estadual em ação regressiva proposta depois de transitado em julgado a decisão de última instância que houver condenado a Fazenda a indenizar o terceiro prejudicado.

Art. 200 — A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputados ao funcionário nessa qualidade.

Art. 201 — A responsabilidade administrativa resulta de atos praticados ou omissões ocorridas no desempenho do cargo ou função.

Art. 202 — As cominações civis, penais e disciplinares poderão cumular-se, sendo umas e outras independentes entre si, bem assim as instâncias civil, penal e administrativa.

CAPÍTULO V

Das penalidades

Art. 203 — São penas disciplinares:

- I — Advertência;
- II — Repreensão;
- III — Suspensão;
- IV — Multa;
- V — Destituição de função;
- VI — Demissão;
- VII — Cassação de aposentadoria, jubilação ou disponibilidade.

Art. 204 — Na aplicação das penas disciplinares serão consideradas a na-

tureza e a gravidade da infração, os danos que dela provierem para o serviço público e os antecedentes funcionais do servidor.

Art. 205 — Será punido o funcionário que, sem justa causa, deixar de submeter-se à inspeção médica determinada por autoridade competente.

Art. 206 — A pena de repreensão será aplicada, por escrito, nos casos de desobediência ou falta de cumprimento dos deveres.

Art. 207 — A pena de suspensão será aplicada nos casos de falta grave ou de reincidência e não poderá exceder de 90 (noventa) dias.

Parágrafo único — Quando houver conveniência para o serviço, a pena de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, obrigado neste caso o funcionário a permanecer no serviço.

Art. 208 — A destituição de função terá por fundamento a falta de exação no cumprimento do dever.

Art. 209 — A pena de demissão será aplicada nos casos de:

I — Crime contra a administração pública;

II — Crime comum praticado em detrimento de dever inerente à função pública, quando de natureza grave, a critério da autoridade competente;

III — Abandono do cargo;

IV — Incontinência pública e escandalosa, vício de jogos proibidos e embriaguez habitual;

V — Insubordinação grave em serviço;

VI — Ofensa física em serviço contra funcionário ou particular, salvo em legítima defesa;

VII — Aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos ou dilapidação do patrimônio estadual;

VIII — Revelação de fato ou informação de natureza sigilosa que o funcionário conheça em razão do cargo;

IX — Corrupção passiva nos termos da lei penal;

X — Falta relacionada no artigo 197, quando de natureza grave, a juízo da autoridade competente, e se comprovada má-fé;

XI — Quando não atendido a qual-

quer dos requisitos do estágio probatório.

§ 1.º — Considera-se abandono de cargo a ausência ao serviço, sem justa causa, por 30 (trinta) dias consecutivos.

§ 2.º — Será ainda demitido o funcionário que, durante o período de 12 (doze) meses, faltar ao serviço 60 (sessenta) dias interpoladamente, sem causa justificada.

§ 3.º — Entender-se-á por ausência ao serviço com justa causa não somente aquela autorizada na forma da legislação vigente, como a que assim fôr considerada após a devida comprovação em inquérito administrativo, caso em que as faltas serão justificadas apenas para fins disciplinares.

Art. 210 — O ato de demissão mencionará sempre a causa da penalidade.

Art. 211 — Atenta à gravidade da falta, a demissão poderá ser aplicada com a nota "a bem do serviço público", a qual constará sempre dos atos de demissão com fundamento nos incisos I, VII e IX do artigo 209 e, quando da infração resultar dano grave para o Estado, dos atos de demissão com fundamento no inciso VIII do artigo 209.

Art. 212 — São competentes para aplicação das penas disciplinares:

I — O Governador, em qualquer caso e, privativamente, nos casos de demissão e cassação de aposentadoria, jubilação ou disponibilidade;

II — Os Secretários de Estado e demais dirigentes de órgãos diretamente subordinados ao Governador em todos os casos, salvo nos de competência privativa do Governador;

III — Os chefes de unidades administrativas em geral, no caso das penas de advertência, repreensão, suspensão até 30 (trinta) dias e multa correspondente.

§ 1.º — A aplicação da pena de destituição de função caberá à autoridade que houver feito a designação do funcionário.

§ 2.º — Nos casos dos incisos II e III, sempre que a imposição de pena decorrer de processo administrativo, a competência para decidir é do Secretário de Estado de Administração.

Art. 213 — Além da pena judicial que couber, serão considerados como de

suspensão os dias em que o funcionário deixar de atender à convocação do júri e outros serviços obrigatórios por lei, sem motivo justificado.

Art. 214 — Será cassada a aposentadoria, jubilação ou disponibilidade se ficar provado, em processo administrativo, que o aposentado, jubilado ou disponível:

I — praticou, quando ainda no exercício do cargo, falta grave suscetível de determinar demissão;

II — aceitou, ilegalmente, cargo ou função públicos, provada a má-fé;

III — perdeu a nacionalidade brasileira.

§ 1.º — Será cassada a disponibilidade ao funcionário que não assumir, no prazo legal, o exercício do cargo ou função em que fôr aproveitado.

§ 2.º — A cassação da aposentadoria, jubilação ou disponibilidade será processada na forma do disposto no Capítulo I do Título X.

Art. 215 — Prescreverá:

I — em dois anos, a falta sujeita às penas de advertência, repreensão, multa ou suspensão;

II — em cinco anos, a falta sujeita:

a) à pena de demissão ou destituição de função;

b) à cassação da aposentadoria, jubilação ou disponibilidade.

§ 1.º — A falta também prevista como crime na lei penal prescreverá juntamente com este.

§ 2.º — O curso da prescrição começa a fluir da data do evento punível disciplinarmente e se interrompe pela abertura de inquérito administrativo.

CAPÍTULO VI

Da suspensão preventiva

Art. 216 — A suspensão preventiva até 30 (trinta) dias será ordenada pelas autoridades mencionadas no artigo 212, desde que o afastamento do funcionário seja necessário para que este não venha a influir na apuração da falta.

§ 1.º — A suspensão de que trata este artigo poderá ainda ser determinada pelo Secretário de Estado de Administração no ato de instauração de inquérito e estendida até 90 (noventa)

dias, findos os quais cessarão automaticamente os efeitos da mesma, ainda que o inquérito não esteja concluído.

§ 2.º — A suspensão preventiva é medida acautelatória e não constitui pena.

Art. 217 — O funcionário terá direito:

I — à contagem do tempo de serviço relativo ao período em que tenha estado suspenso, quando do processo não houver resultado pena disciplinar ou esta se limitar a advertência ou repreensão;

II — à contagem do período de afastamento que exceder do prazo da suspensão disciplinar aplicada;

III — à contagem do período de suspensão preventiva e ao pagamento do vencimento ou remuneração e de todas as vantagens do exercício, desde que reconhecida a sua inocência.

TÍTULO X

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E SUA REVISÃO

CAPÍTULO I

Do processo administrativo

Art. 218 — A autoridade que tiver ciência de qualquer irregularidade no serviço público é obrigada a promovê-lo a apuração imediata, por meios sumários ou mediante processo administrativo, assegurando-se ao acusado ampla defesa.

§ 1.º — O processo precederá a aplicação das penas de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, destituição de função, demissão e cassação de aposentadoria, de jubilação e de disponibilidade.

§ 2.º — A determinação de abertura de inquérito é da competência do Secretário de Estado de Administração, tanto para a Administração Direta como para as Autarquias.

Art. 219 — Designada pelo Secretário de Estado de Administração, promoverá o processo uma das comissões permanentes de Inquérito Administrativo da Secretaria de Administração.

§ 1.º — A comissão será composta de 3 (três) membros e secretariada por um funcionário, todos efetivos.

§ 2.º — A comissão, sempre que necessário, dedicará todo o tempo do expediente aos trabalhos do inquérito.

Art. 220 — O inquérito deverá estar concluído no prazo de 90 (noventa) dias, a contar do dia imediato ao da publicação, no órgão oficial, do ato de designação da comissão, prorrogáveis, sucessivamente, por períodos de 30 (trinta) dias, no caso de força maior, a juízo do Secretário de Estado de Administração, até o máximo de 180 (cento e oitenta) dias.

Parágrafo único — A não observância desses prazos não acarretará nulidade do processo, importando, porém, quando não se tratar de sobrestamento, em responsabilidade administrativa dos membros da comissão.

Art. 221 — O sobrestamento do inquérito administrativo somente poderá ocorrer, a juízo do Secretário de Estado de Administração, em casos que impliquem, necessariamente, na absoluta impossibilidade de seu prosseguimento.

Art. 222 — A comissão procederá a todas as diligências necessárias, recorrendo, inclusive, a técnicos e peritos.

Parágrafo único — Os órgãos estaduais, sob pena de responsabilidade direta de seus titulares, atenderão com a máxima presteza as solicitações da comissão, devendo comunicar prontamente a impossibilidade de atendimento, em caso de força maior.

Art. 223 — O funcionário que fôr indicado no curso do processo, poderá, nos cinco dias posteriores à sua indicação, requerer nova inquirição das testemunhas cujos depoimentos o comprometam.

Art. 224 — Ao lavrar o termo de ulatimação da instrução, a comissão, caso reconheça existência de ilícito administrativo, indicará os nomes do indiciado ou indiciados e as disposições legais que entender transgredidas.

Art. 225 — Após a lavratura do termo de ulatimação da instrução, será feita, no prazo de 3 (três) dias, a citação do indiciado ou indiciados, para apresentação de defesa no prazo de 10

(dez) dias, facultada vista do processo ao indiciado durante todo esse prazo, na dependência onde funcione a respectiva comissão.

§ 1.º — Havendo dois ou mais indiciados, o prazo será comum e de 20 (vinte) dias.

§ 2.º — Achando-se o indiciado em lugar incerto, será citado por edital, publicado 3 (três) vezes no órgão oficial, no prazo máximo de 15 (quinze) dias.

§ 3.º — O prazo de defesa poderá ser prorrogado, por igual período, para diligências julgadas imprescindíveis.

Art. 226 — No caso de revelia, será designado *ex officio*, pelo presidente da comissão, um funcionário efetivo para se incumbir da defesa do acusado.

Art. 227 — Ultimada a defesa a comissão remeterá o processo, acompanhado de relatório, ao órgão competente, que o encaminhará, com parecer, ao Secretário de Estado de Administração.

Parágrafo único — No relatório a comissão fará constar toda a matéria de fato, e concluirá pela inocência ou responsabilidade do acusado, indicando, nesta hipótese, as disposições legais que entender transgredidas e a pena que julgar cabível.

Art. 228 — Recebido o processo, o Secretário de Estado de Administração proferirá o seu jugamento no prazo de 20 (vinte) dias, desde que a pena aplicável se enquadre entre aquelas de sua competência.

Parágrafo único — Verificado que a imposição da pena incumbe ao Governador, ser-lhe-á submetido, no prazo de 8 (oito) dias, o processo, para que o julgue nos 20 (vinte) dias seguintes ao seu recebimento.

Art. 229 — A autoridade julgadora decidirá à vista dos fatos apurados pela Comissão de Inquérito, não ficando, todavia, vinculada às conclusões do relatório.

Parágrafo único — Quando a autoridade julgadora entender que os fatos não foram apurados devidamente, designará outra comissão para reexame.

Art. 230 — Durante o curso do processo será permitida a intervenção do indiciado ou de seu defensor.

Parágrafo único — Se essa intervenção fôr requerida após o relatório, o seu deferimento se fará a juízo do Secretário de Estado de Administração, quando forem apresentados elementos ou provas capazes de alterar o pronunciamento da comissão.

Art. 231 — Se o funcionário houver sido afastado do exercício por alcance ou malversação de dinheiros públicos, esse afastamento se prolongará até a decisão final do processo administrativo.

Art. 232 — Quando se tratar de abandono de cargo ou função, a comissão de inquérito iniciará os seus trabalhos fazendo publicar 2 (duas) vezes no órgão oficial, edital de chamada do acusado, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

Art. 233 — O funcionário só poderá ser exonerado a pedido após a conclusão do processo administrativo a que responder, do qual não resultar pena de demissão.

Parágrafo único — Quando o inquérito administrativo em curso tiver por objeto apurar apenas abandono do cargo, poderá haver exoneração a pedido, a juízo do Secretário de Estado de Administração.

CAPÍTULO II

Da revisão

Art. 234 — Poderá ser requerida a revisão do processo administrativo de que haja resultado pena disciplinar, quando forem aduzidos fatos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do funcionário punido.

Parágrafo único — Tratando-se de funcionário falecido, desaparecido ou incapacitado de requerer, a revisão poderá ser solicitada por qualquer pessoa.

Art. 235 — A revisão processar-se-á em apenso ao processo originário.

Art. 236 — O requerimento, devidamente instruído, será encaminhado ao Governador que decidirá sobre o pedido.

Parágrafo único — Deferida a revisão, o Secretário de Estado de Administração designará outra das Comissões Permanentes de Inquérito Administrativo para processá-la.

Art. 237 — Na inicial, o requerente pedirá dia e hora para inquirição das testemunhas que arrolar.

§ 1.º — Será considerada informante a testemunha que, residindo fora da sede onde funciona a comissão, prestar depoimento por escrito.

§ 2.º — Concluído o encargo da comissão, em prazo não excedente de 90 (noventa) dias, será o processo, com os respectivos relatório e parecer, encaminhado, para julgamento, ao Governador.

§ 3.º — O prazo para julgamento será de 30 (trinta) dias, podendo, antes, a autoridade determinar diligências, concluídas as quais se renovará o prazo.

Art. 238 — Julgada procedente a revisão, será tornada sem efeito a pena imposta, restabelecendo-se todos os direitos por ela atingidos.

TÍTULO XI

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 239 — O Poder Executivo expedirá os atos complementares necessários à plena execução das disposições do presente Estatuto.

Parágrafo único — Até que sejam expedidos os atos de que trata este artigo, continuará em vigor a regulamentação existente, excluídas as disposições que conflitem com as do presente Estatuto, modifiquem-nas ou, de qualquer forma, impeçam o seu integral cumprimento.

Art. 240 — Consideram-se pertencentes à família do funcionário, além do cônjuge e filhos, quaisquer pessoas que comprovadamente vivam a suas expensas e constem de seu assentamento individual.

Art. 241 — Os prazos previstos neste Estatuto e na sua regulamentação serão contados por dias corridos.

Parágrafo único — Não se computará no prazo o dia inicial, prorrogando-se o vencimento que incidir em domingo ou feriado, para o primeiro dia útil seguinte.

Art. 242 — Salvo nos casos de atos de provimento, de exoneração ou de punição, poderá haver delegação de competência.

Art. 243 — É proibida a percepção, por funcionários estaduais regidos por legislação especial, de vantagens financeiras previstas neste Estatuto, quando, por força do regime especial a que se acham sujeitos, fizerem jus a vantagens com a mesma finalidade.

Art. 244 — O funcionário candidato a cargo eletivo, desde que exerça cargo de direção ou de chefia, ou encargo de fiscalização ou de arrecadação, será afastado do exercício, a partir da data em que fôr inscrito perante a Justiça Eleitoral até o dia seguinte ao do pleito.

Parágrafo único — Durante o afastamento configurado neste artigo o funcionário perceberá exclusivamente o vencimento ou remuneração de seu cargo efetivo.

Art. 245 — Mediante seleção e concurso adequados, poderão ser admitidos funcionários de capacidade física reduzida, para cargos especificados em lei e regulamento.

Art. 246 — O serviço público poderá também ser prestado por pessoal admitido para o exercício temporário de determinadas funções, notadamente de caráter braçal, ou técnico-científico, técnicos e especializados, para cuja execução não haja funcionário habilitado em número suficiente.

§ 1.º — O pessoal de que trata este artigo é regido pela legislação trabalhista, com as mesmas restrições legais aplicáveis ao pessoal federal da mesma categoria.

§ 2.º — A admissão desse pessoal ficará subordinada à absoluta necessidade do serviço, à dotação orçamentária específica, ao pronunciamento das autoridades indicadas em legislação própria e à habilitação prévia realizada por órgão competente do Estado.

§ 3.º — É vedado atribuir ao contratado funções diversas daquelas para as quais foi admitido, ressalvado o exercício do cargo em comissão ou função gratificada sendo, neste caso, facultado o direito de opção pelo salário, mais a respectiva vantagem.

Art. 247 — A situação de pessoal contratado não confere direito, nem expectativa de direito de efetivação no serviço público estadual.

Art. 248 — É vedado ao funcionário e ao contratado servir sob a direção imediata do cônjuge ou parente até segundo grau, salvo em função de confiança ou livre escolha, não podendo, neste caso, exceder de 2 (dois) o seu número.

Art. 249 — Função de jornalista profissional é compatível com a de servidor público, desde que este não exerça aquela atividade na repartição onde trabalha e não incida em acumulação vedada.

Art. 250 — A expedição de certidões e outros documentos que se relacionem com a vida funcional do servidor, obedecerá a regulamentação própria.

Art. 251 — Por motivo de convicção filosófica, religiosa ou política, nenhum servidor poderá ser privado de qualquer de seus direitos nem sofrer alteração em sua atividade funcional.

Art. 252 — O Governador determinará, quando não discriminado em lei ou regulamento, o número de horas diárias de trabalho das repartições estaduais e das várias categorias de funcionários.

Art. 253 — Nos dias úteis, só por determinação do Governador poderão deixar de funcionar as repartições públicas estaduais ou ser suspenso o expediente.

Art. 254 — Com a finalidade de elevar a produtividade dos servidores e ajustá-los às suas tarefas e ao seu meio de trabalho, o Estado promoverá o treinamento necessário, na forma da regulamentação própria.

Art. 255 — Computar-se-á, para todos os efeitos, o tempo de serviço prestado à União pelos servidores que ingressarem no quadro de pessoal do Estado em virtude de lei, por força de transferência do respectivo serviço para o Estado da Guanabara.

Art. 256 — É vedada a prestação de serviços gratuitos.

Art. 257 — O dia 28 de outubro será consagrado ao Servidor Público do Estado da Guanabara.

Art. 258 — O regime deste Estatuto é extensivo, no que couber, aos servidores da Assembléia Legislativa, do Tribunal de Justiça, do Tribunal de

Contas, do Ministério Público e das autarquias do Estado da Guanabara.

TÍTULO XII

DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

Art. 259 — Os funcionários aposentados, não jubilados, nem em disponibilidade, e que em virtude da aplicação do disposto no art. 63, da Lei número 14, de 24 de outubro de 1960, e artigo 157 e seus parágrafos, da Lei n.º 1.163, de 12 de dezembro de 1966, passaram à condição de agregados, poderão desvincular-se deste regime, op-

tando pelo vencimento de seu cargo efetivo, acrescido da vantagem de 50% (cinquenta por cento), calculada sobre o valor do símbolo da agregação.

Parágrafo único — A opção de que trata este artigo deverá ser requerida no prazo improrrogável de 120 (cento e vinte) dias, a contar da vigência deste Estatuto.

Art. 260 — Este Estatuto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 8 de agosto de 1969.
— 81.º da República e 10.º do Estado da Guanabara.

FRANCISCO NEGRÃO DE LIMA
Alvaro Americano

INDICE DE AUTORES

	PÁGS.
<i>Albert Krebs</i> — Problemas da Execução Penal da Atualidade	170
<i>Alcino Pinto Falcão</i> — Alienação fiduciária em garantia, <i>ius novum</i> de direito comum ou de texto excepcional?	84
<i>Arion Sayão Romita</i> — Responsabilidade Trabalhista dos Sócios e/ou Gestores de Responsabilidade Limitada (conclusão)	102
<i>Arnoldo Wald</i> — Direito da concubina. Inexistência de amparo legal para o recebimento da meação pela companheira por ser casado o <i>de cuius</i> e não se ter dissolvido a sociedade conjugal. Falta de prova da participação da autora na construção do patrimônio do <i>de cuius</i>	128
<i>J. C. Sampaio de Lacerda</i> — Da Revisão da Convenção de Varsóvia, em face do Acôrdo de Montreal, em maio de 1966	168
<i>João José de Queiroz</i> — A Ciência do Estado	94
<i>Jorge Guedes</i> — Carlos de Araujo Lima: <i>Presença de Portugal no Direito Criminal Brasileiro</i> , Editora Image, 1969, 27 págs.	203
— Eleição de Jorge Alberto Romeiro à Presidência do Egrégio Tribunal de Alçada	167
<i>José Carlos Barbosa Moreira</i> — Notas sôbre o Litisconsórcio Necessário no Direito Brasileiro e no Alemão	77
<i>Leopoldo Braga</i> — Direito Extradicional	15
<i>Luiz Eduardo Rabello</i> — "Habeas-Corpus" de ofício	191
<i>Maurício Parreiras Horta</i> — Juízo de Menores — Atribuições — Art. 131 do Código de Menores — Recurso Extraordinário em Mandado de Segurança	181
<i>Miguel Herrera Figueroa</i> — Direito Penal, Criminologia, Sociologia Criminal e Direito	3
<i>Nelson Pecegueiro do Amaral</i> — A Convocação pela União Federal das Polícias Militares Estaduais, como Forças Auxiliares, Reserva do Exército, para Garantia da Segurança Interna	194
<i>Oscar Tenório</i> — Napoleão e o Código Civil	67
<i>Paulo Dourado de Gusmão</i> — Dr. Lúcio Marques de Souza — Necrológio	166
<i>Raphael Cirigliano Filho</i> — Recurso extraordinário inadmissível. A decisão proferida por maioria em agravo de petição pode ser objeto de recurso extraordinário, porque não é embargável. A divergência de	

interpretações, prevista na letra <i>d</i> do permissivo constitucional, é sobre lei federal não sobre lei estadual	137
<i>Roberval Clementino Costa do Monte</i> — Tendência do Pretório Excelso de não admitir recurso extraordinário em processo de reclamação. Inadmissível divergência jurisprudencial com decisões do mesmo Estado (Sum. 369). Ao abrigo do Reg. n.º 400 da Súmula a decisão da Egrégia Câmara que concluiu ser a hipótese regida pelo art. 91 do CPC e não, pelo art. 93 do mesmo diploma	136
<i>Roberto Lyra</i> — Introdução ao Estudo do Direito Penal Adjetivo	6
<i>Sergio de Andréa Ferreira</i> — O Crime de Latrocínio no Novo Código Penal	118
— Bibliografia de Direito Administrativo Brasileiro	201
<i>Valéria Garcia da Silva Maron</i> — Humanização do Contrato	198

ÍNDICE DE ASSUNTOS

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA	
— Em garantia, <i>ius novum</i> ou de texto excepcional? (Alcino Pinto Falcão)	84
BIBLIOGRAFIA	201
CÓDIGO CIVIL	
— Napoleão e o (Oscar Tenório)	67
CONCUBINA	
— Direito da (Arnoldo Wald)	128
CONTRATUAL	
— Humanização (Valéria Garcia da Silva Maron)	198
CONVENÇÃO DE VARSÓVIA	
— Da Revisão da Convenção de Varsóvia, em face do Acôrdo de Montreal, em maio de 1966 (J. C. Sampaio de Lacerda)	168
DESPEJO	
— Apelação, efeito apenas devolutivo (Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Guanabara)	145
DIREITO EXTRADICIONAL	
— (Leopoldo Braga)	15
DIREITO PENAL	
— Criminologia, Sociologia Criminal e Direito (Miguel Herrera Figueroa)	
DIREITO PENAL ADJETIVO	
— Introdução ao Estudo do (Roberto Lyra)	6
DOAÇÃO	
— Ação rescisória — Procedência. Violação das disposições dos arts. 859 e 860 do Código Civil e do art. 88 do Código de Processo Civil — Ação anulatória de doação inoficiosa e efeitos	

em relação a terceiros (C. C., arts. 1.176 e 1.787). A rescisória pode propor-se por violação de preceito expresso de lei substantiva ou de lei processual. O titular da transcrição não pode ser atingido em seus direitos reais por decisão proferida em ação entre terceiros, sem que seja citado como litisconsorte necessário. Da publicidade e oponibilidade <i>erga omnes</i> do registro imobiliário decorre também que os efeitos da sentença em ação de redução por inoficiosidade não alcançam os adquirentes de boa-fé, titulares da transcrição (Quarto Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça da Guanabara)	141
ESTADO	
— Ciência do (João José de Queiroz)	94
EXECUÇÃO PENAL	
— Problemas da Atualidade (Albert Krebs)	170
"HABEAS CORPUS" DE OFÍCIO	
— Ver Lesões Corporais Culposas	191
JUIZO DE MENORES	
— Atribuições — Art. 131 do Código de Menores — Recurso Extraordinário em Mandado de Segurança (Maurício Perreiras Horta)	181
LATROCÍNIO	
— O Crime de Latrocínio no Novo Código Penal (Sergio de Andréa Ferreira)	118
LEGADO	
— Como encargos (Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara)	147
LESÕES CORPORAIS CULPOSAS	
— Processo Sumário. <i>Habeas corpus</i> de ofício (Luiz Eduardo Rabello. Acompanhado de decisão do Juiz Dr. Hugo Barcellos) ..	191
LETRAS DE CÂMBIO	
— Anulação de letra de câmbio. O processo previsto na lei cambial, para as hipóteses de extravio ou destruição do título, é extensivo a casos em que a perda ocorre mediante desapossamento por meio criminoso. Cabimento da apreciação da boa ou má-fé do possuidor das letras ao portador que as apresenta, ao contestar o pedido. Provimento parcial de recurso, para que se assegure às partes a produção de provas (Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Guanabara)	141
LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO	
— Notas sobre o Litisconsórcio Necessário no Direito Brasileiro e no Alemão (José Carlos Barbosa Moreira)	77
LUCIO MARQUES DE SOUZA	
— Necrológio (Paulo Dourado de Gusmão)	166

POLÍCIAS MILITARES

- A Convocação pela União Federal das Polícias Militares Estaduais, como Fôrças Auxiliares, Reserva do Exército para Garantia da Segurança Inter (Nelson Pecegueiro do Amaral) 194

RECURSO

- Em sentido escrito. Apostas proibidas sôbre corrida de cavalos. Teoria da admissão de um recurso por outro, que os processualistas almães denominam do "tanto faz" (*Sowohl-als-auch-theorie*) e os italianos da conversão dos recursos (*Conversione delle impugnazioni*). Modernamente, é a *voluntas legis* e não a *mens legislatoris* que o intérprete deve inquirir. O Decreto-Lei número 9.215, de 1946, revogou o art. 60 do Decreto-Lei n.º 6.259, de 1944, e repristinou o art. 50, § 3.º, letra "b", da Lei das Contravenções Penais, que está em vigor, não havendo sido abrogado pela Lei n.º 1.508, de 1951, cujo procedimento especial que prevê não tem aplicação à contravenção de apostas proibidas sôbre corrida de cavalos. Conhecimento e provimento do recurso (Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Alçada da Guanabara)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- Tendência do Pretório Excelso de não admitir recurso extraordinário em processo de reclamação. Inadmissível divergência jurisprudencial com decisões do mesmo Estado (Súm. 369). Ao abrigo do Reg. n.º 400 da Súmula a decisão da Egrégia Câmara que concluiu ser a hipótese regida pelo art. 91 do CPC e não pelo art. 93 do mesmo diploma. (Roberval Clementino Costa do Monte) 136
- Inadmissível. A decisão proferida por maioria em agravo de petição pode ser objeto de recurso extraordinário porque não é embargável. A divergência de interpretações prevista na letra d do permissivo constitucional e sôbre a lei federal, não sôbre lei estadual (Raphael Cirigliano Filho) 137

RESPONSABILIDADE TRABALHISTA

- de Sócios e/ou Gestores de Responsabilidade Limitada (conclusão) (Arion Sayão Romita) 102

TRIBUNAL DE ALÇADA

- Presidência. Eleição de Jorge Alberto Romeiro (Jorge Guedes) 167

UNIÃO INTERNACIONAL DOS MAGISTRADOS

- Presidência. Eleição do Dr. Oscar Tenório 166

