Revista de Direito

18

Intellectus

Procuradoria Geral do Estado de Goiás

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

REVISTA DE DIREITO

R.DIR.PGE	Goiânia	v. 18	p.1 – 265	1984

Revista de Direito. A 19 – vol. 18
1984 – Goiânia
Procuradoria Geral do Estado
de Goiás

I – Direito – periódicos

CDU 340.05
CDU 34(05)

REVISTA DE DIREITO

EXPEDIENTE

Reginaldo Fonseca dos Reis
Diretor

Luiz Fernando Valladares Borges
Redator-Chefe

Conselho Editorial

Getúlio Targino Lima
Izidoro Gomes Pereira da Silva
João Batista de Oliveira
José Muniz de Resende
Jove Francisco das Chagas
Luiz Fernando Valladares Borges
(Coordenador)
Reginaldo Fonseca dos Reis
Sílvio Mesquita
Valby Pereira Cunha

Maurinha Pereira Borges
Secretária
Rosemary Reis Teixeira
Secretária

Toda correspondência deve ser dirigida à REVISTA DE DIREITO – PROCURADORIA GERAL DO ESTADO – Centro Administrativo, 10o. andar – Rua 82 – Setor Sul – Goiânia – Goiás, 74.000.

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

COMPOSIÇÃO

Procurador Geral do Estado: EVERARDO DE SOUSA
Procurador Geral Substituto: JOVE FRANCISCO DAS CHAGAS

ASSESSORIA ADMINISTRATIVA

Almerinda Pinheiro Cavalcante
Francisca Guilhermina di Guimarães Mello
Helton Teixeira Leão
João Sandes Filho
Sílvio Mesquita
Wilder Tavares de Góes

ASSESSORIA DO JUDICIAL E CONTENCIOSO

Enaldo de Carvalho
Getúlio Targino Lima
Jair Bonifácio do Valle
Luiz Francisco Guedes de Amorim

PROCURADORIA DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Leda Maria Merjane Resende
Marly Carvalho de Nakamura
Norma França Jajah
Olímpio Jaime
Terezinha de Jesus M. Santana — Procurador-Chefe

PROCURADORIA DO JUDICIAL E CONTENCIOSO

Célia do Nascimento
Fábio Freitas
Jarmund Nasser
João Batista de Oliveira — Procurador-Chefe
José Bonifácio
José Muniz de Resende
Mauro de Araújo Piantino
Moacir Barreira
Nicodemos Eurípedes de Morais
Paulo Crispim
Tomaz de Aquino Petráglia
Vânia Nasser Sampaio

PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO

Consuelo Brasil Custódio
Hernani Henriques Salgado
Izidoro Gomes Pereira da Silva — Procurador-Chefe
José Licínio de Miranda
Raimundo Donato Miranda
Wagner Nasser

PROCURADORIA DOS NEGÓCIOS ADMINISTRATIVOS

Clara Pereira
Cleanto dos Reis e Souza — Procurador-Chefe
Iomar David
Lúcia Maria Borges
Luiza Margarida B. Barbacena
Maria da Conceição Pinto de Gouvêa
Milcíades Macedo Moreira
Valdisa Moura Soares

PROCURADORIA FISCAL

Geraldo Pereira de Melo
Jordi Machado
Maria das Graças Castro
Salomão de Mello Filho
Sebastião Antônio de Mendonça
Terezinha Moura Diniz
Valby Pereira Cunha — Procurador-Chefe
Wilson Rios Barbo de Siqueira

REVISTA DE DIREITO

Luiz Fernando Valladares Borges
Reginaldo Fonseca dos Reis — Procurador-Chefe

PROCURADORES DO ESTADO À DISPOSIÇÃO DE OUTROS ÓRGÃOS

Dárcio Brasil Silva
Dirceu Ferreira de Araújo
Felicíssimo José de Sena
João Gomes de Menezes
Julieta Bastos Rocha
Petrônio Magalhães Arantes

SUMÁRIO

1 — DOUTRINA E ESTUDOS

Crédito Rural — Assistência Técnica — Produtividade — MARCOS AFONSO BORGES 13

Direito Processual Civil — Interesse de agir — EVERARDO DE SOUSA 29

Domínio Público no Brasil — Aspectos Patrimoniais — Domínio Público Remunerado — Licença legal e Licença compulsória — ANTÔNIO CHAVES 39

O Novo Código Penal — Principais inovações — LICÍNIO LEAL BARBOSA 71

Recursos no Código de Processo Civil — Algumas observações pertinentes — GETÚLIO TARGINO LIMA 95

2 — JURISPRUDÊNCIA

Acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado

Ação de alimentos com investigação de paternidade — Admissibilidade desde que adotado rito ordinário — FENELON TEODORO REIS 109

Ação reivindicatória — Prova de domínio — Como se faz — FENELON TEODORO REIS 113

Afastamento de Prefeito — Mandado de Segurança — Princípio de que a manutenção é regra e afastamento a exceção — PEDRO SOARES CORREIA 117

Conflito de competência — Interpretação do artigo 132 do Código de Processo Civil — JOÃO DA SILVA MOREIRA 121

Embargos de terceiro em penhora por precatória — Juízo competente — MESSIAS DE SOUZA COSTA 127

Embargos do devedor — Penhora em bem de um coobrigado e embargos opostos por outro — Admissibilidade — MESSIAS DE SOUZA COSTA 131

Execução de título extrajudicial avalizado — Habilitação na falência do emitente e execução do avalista — Admissibilidade — MAURO CAMPOS 135

Execução fiscal — Sonegação — Responsabilidade do sócio-gerente — JOÃO CANÊDO MACHADO 139

Habeas-Corpus — Tráfico internacional de entorpecentes — Competência originária do Tribunal Federal de Recursos — PEDRO SOARES CORREIA 145

Provimento de cargo — Nulidade de ato administrativo publicado dentro de período proibitivo — Eficaz o decreto que declarou nulo o provimento — JOÃO DA SILVA MOREIRA 149
Registro de imóveis — Retificação — Condições de admissibilidade — FENELON TEODORO REIS 153
Reinvindicação — Posse injusta — Conceito — MAURO CAMPOS 161

3 — JURISPRUDÊNCIA COMENTADA
Decadência Tributária — ZELMO DENARI 167

4 — PRONUNCIAMENTOS
Despachos
Enquadramento — Reestruturação da classe de Procurador do Estado — A Lei n. 9.390, de 22 de novembro de 1983 (Despacho — Procurador Geral do Estado) 189
Gratificação de produtividade — Quando expressamente ajustada, integra-se definitivamente ao salário (Despacho — Procurador Geral do Estado) 193
Repristinação — Revogação de lei — A lei revogada não tem a qualidade de repristinar a antiga — Inteligência do § 3o. do art. 2o. da lei de introdução ao Código Civil (Despacho — Procurador Geral do Estado) 197
Pareceres
Desapropriação: Situação jurídica do imóvel, face ao Decreto Estadual n. 1.726, de 1.09.79 — WAGNER NASSER 205
Doação — Alienação da coisa doada — Responsabilidade do Donatário — IZIDORO GOMES PEREIRA DA SILVA 221
Loteamento urbano: Domínio útil e domínio direto dos bens de uso comum do povo — IZIDORO GOMES PEREIRA DA SILVA 225

5 — TRABALHOS FORENSES
Concessão de uso de imóvel — Contrato de concessão de uso de imóvel — A declaração de nulidade, pela Administração Pública, de seus próprios atos (Apelação Voluntária) —IZIDORO GOMES PEREIRA DA SILVA E ENALDO DE CARVALHO 231
Denunciação à lide do Estado de Goiás por sociedade de economia mista — Negação e improcedência da qualidade de denunciado (Contestação) — IZIDORO GOMES PEREIRA DA SILVA 241
Desapropriação indireta — Desapropriação indireta feita por autarquia estadual — Sem declaração do Poder Executivo, a responsabilidade civil por danos não solidariza a Administração Direta (Interposição de Recurso Extraordinário — IZIDORO GOMES PEREIRA DA SILVA 247
Mandado de Segurança contra ato do Procurador Geral do Estado — Carência de ação quando for de gestão o ato impugnado (Informação em M.S.) — JOVE FRANCISCO DAS CHAGAS 255

1 - DOUTRINA E ESTUDOS

CRÉDITO RURAL – ASSISTÊNCIA TÉCNICA – PRODUTIVIDADE (*)

MARCOS AFONSO BORGES

Prof. Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Advogado.

Sumário: 1. Introdução. 2. Crédito. 2.1. Conceito, 2.2. Espécies. 2.3. Natureza. 2.4. Garantias Creditícias. 2.5. Crédito Rural. 2.5.1. Conceito e Finalidade. 2.5.2. Natureza. 2.5.3. As Garantias do Crédito Rural. 2.5.3.1. As Garantias Cedulares. 2.5.3.2. Outras Garantias. 3. Assistência Técnica. 3.1. Conceito. 3.2. Órgãos Assistenciais. 4. Produtividade. 4.1. Conceito. 5. Proposições.

1. Introdução

Dada a exigüidade do tempo fixado pelo Regimento do Congresso, não teremos condições de apresentar, como gostaríamos, um trabalho mais desenvolvido do tema que nos foi dado para relatar.

Assim, na medida do possível, iremos abordar, ainda que de forma superficial, aqueles aspectos que, no nosso sentir, têm maior relevância, a fim de desincumbirmo-nos de tão honrosa tarefa.

(*) Trabalho apresentado no Congresso Nacional de Advogados Pró-Constituinte em São Paulo, agosto de 1983.

2. CRÉDITO

2.1. Conceito

O vocábulo crédito deriva do latim **creditum de credere** (confiar, emprestar dinheiro) e possui uma ampla significação.

Em sua acepção econômica, quer dizer "a confiança que uma pessoa deposita em outra, a quem entrega coisa sua, para que, no futuro, receba dela coisa equivalente". Do ponto de vista jurídico, significa o direito "que tem a pessoa de exigir da outra o cumprimento da obrigação contraída" (1).

2.2. Espécies

O crédito pode ser comercial, civil e agrário, tendo em vista a pessoa do contratante e o objeto do ajuste.

Será comercial quando tiver por escopo estimular as operações mercantis, entre comerciantes, facilitando sua efetivação.

Considera-se civil, na hipótese de alicerçar-se em ajuste entre particulares.

E por último, será agrário ou rural, se tiver por objetivo incentivar a agricultura e a pecuária, mediante garantia dos próprios bens agrícolas, ou de seus frutos, quer seja o rurícola pessoa física ou jurídica.

2.3. Natureza

Segundo a natureza do bem sobre que incide, o crédito será: pessoal, aquele alicerçado somente na confiança existente entre credor e devedor; real, o escudado em uma garantia real, consistente em bem imóvel (imobiliário), móvel (mobiliário) ou em semovente; quirografário, o desprovido de qualquer direito de preferência sobre os demais; privilegiado, o que tem preferência sobre todos, ou determinados bens do devedor, em virtude de disposição legal; singular, quando somente uma pessoa se obriga; solidário, no caso de várias pessoas se comprometerem (solidariedade passiva) ou de ser mais de um o credor (solidariedade ativa); e, finalmente, líquido e certo, no caso de estar assentado em título judicial ou extrajudicial, a que a lei dá força executiva, em virtude da presunção da obrigatoriedade do compromisso nele inserto. (2)

2.4. Garantias Creditícias

Tomando por base a natureza do crédito, as denominadas garantias creditícias podem ser pessoais e reais.

Serão pessoais aquelas em que além do devedor mais uma pessoa se responsabiliza pelo cumprimento da obrigação, em caso de inadimplemento por parte do primeiro, ou solidariamente com ele. Essas garantias são a fiança e o aval. (3)

Denominam-se reais aquelas em que vinculam um bem ao cumprimento do avençado, e materializam-se na hipoteca, no penhor, na anticrese, na retrovenda, na venda com reserva de domínio e na alienação fiduciária. (4)

2.5. Crédito Rural

2.5.1. Conceito e Finalidade

Não há entre os estudiosos da matéria unanimidade de entendimento acerca do conceito e da finalidade de crédito rural.

Alguns sustentam que ele é uma forma de crédito com o objetivo de melhorar somente a agricultura; outros estendem esta finalidade também à criação de gado, isto é, ao desenvolvimento e aprimoramento de uma atividade agropecuária. (5)

O legislador pátrio, como se passará a demonstrar, optou pela segunda corrente.

De fato, os artigos 2o. e 3o. da Lei n. 4.829, de 5 de novembro de 1965, institucionalizadora do crédito rural, dispõem o seguinte: "Considera-se crédito rural o suprimento de recursos financeiros por entidades públicas e estabelecimentos de crédito particulares a produtores rurais ou às suas cooperativas para aplicação exclusiva em atividades que se enquadrem nos objetivos indicados na legislação em vigor" (ar. 2o.). "São objetivos específicos do crédito rural: I — estimular o incremento ordenado dos investimentos rurais, inclusive para armazenamento, beneficiamento e industrialização dos produtos agropecuários, quando efetuado por cooperativas ou pelo produtor na sua propriedade rural; II — favorecer o custeio oportuno e adequado da produção e comercialização de produtos agropecuários; III — possibilitar o fortalecimento econômico dos produtores rurais, notadamente pequenos e médios; IV — incentivar a introdução de métodos racionais de produção, visando ao aumento da produtividade e à melhoria do

padrão de vida das populações rurais e a adequada defesa do solo'' (art. 3o.).

Do disposto acima, extraem-se dois pontos fundamentais:

''1o. — o seu caráter de suprimento de recursos financeiros, de onde se conclui que os beneficiários têm a seu cargo, na realização dos seus projetos, a aplicação de uma parcela de recursos próprios; e 2o. — os beneficiários do Crédito Rural só podem ser produtores rurais ou as suas Cooperativas.

Restringindo o legislador o acesso a essa linha de crédito apenas aos produtores rurais ou às suas cooperativas, ficariam de lado os que se dedicavam à pesquisa, à produção de sementes e mudas melhoradas e à prestação de serviços de mecanização.

Em função dessa anomalia, não tardou o Governo em baixar o Decreto-lei n. 784, de 25.8.69, em que pelo artigo 3o. ''os benefícios previstos para o crédito rural pela lei n. 4.829, de 5 de novembro de 1965, ficam extensivos às pessoas físicas ou jurídicas que, embora não conceituadas como produtor rural, se dedicam à pesquisa e à produção de sementes e mudas melhoradas ou à prestação em imóveis rurais, de serviços mecanizados de natureza agrícola, inclusive de proteção ao solo''. (6)

É de se ver, portanto, que no Brasil o crédito rural tem por escopo estimular o desenvolvimento e melhoramento das atividades agropecuárias, isto é, agrícolas e pecuárias.

2.5.2. Natureza

Como crédito que é, o rural tem a mesma natureza dos demais. (vide n. 2.3.)

2.5.3. Garantias do Crédito Rural

Sem embargo de os agricultores, desde tempos imemoriais, haverem sido sempre tratados, no que diz respeito ao crédito, com certa desconfiança, como presumidos insolventes, pois nessa operação só se admitia a sua efetivação mediante a outorga de garantia real (7), exigência essa nem sempre determinada quando os contraentes eram comerciantes e industriais, o certo é que, no sistema brasileiro, o crédito rural pode ter tanto a natureza pessoal como real.

Se tal assertiva é verídica, não menos exato é, outrossim, que na sua grande maioria as operações de crédito estão alicerçadas em garantia real, com uma preocupação, sempre marcante, de garantir

as instituições creditícias, ao invés de se vislumbrar, em primeiro plano, o interesse do pequeno e médio homem da terra, esse eterno sacrificado, não somente pelas intempéries, mas e sobretudo pela falta de maior assistência por parte dos órgãos governamentais.

Por suas peculiaridades, este tipo de crédito necessita (e tem) um tratamento diferenciado dos demais, principalmente no que diz respeito à linha de crédito, aos juros e aos prazos de pagamento.

Com relação à primeira peculiaridade, ele pode ser de custeio, de investimento e de comercialização, (art. 9o. da Lei n. 4.829, de 5.11.65). (8)

No que pertine aos prazos, estes variam de acordo com o tipo de crédito.

Os encargos são fixados pelo Conselho Monetário Nacional, via de Resolução, correndo, além de juros, correção monetária, esta, por conseguinte, variável durante a vigência do financiamento, tendo em vista fatores invocados pelo referido Conselho de forma unilateral.

Nos expressos termos do art. 25, da Lei n. 4.829, de 5.11.65, poderão constituir garantias dos empréstimos, ou financiamentos rurais, conforme a natureza da operação a se efetivar: I — penhor agrícola; II — penhor pecuário; III — penhor mercantil; IV — penhor industrial; V — bilhete de mercadoria; VI — ''warrants''; VII — caução; VIII — hipoteca; IX — fidejussória; X — outras que o Conselho Monetário venha a admitir. (9)

Por outro lado, o Dec. n. 58.380, de 10.5.66, que regulamentou a lei acima citada (4.829, de 5.11.65), às garantias acima indicadas acrescentou o conhecimento de depósito, sendo ainda admitido o aval, com a criação das Cédulas de Crédito Rural, dado o seu caráter cambial (Lei n. 3.253, de 27.8.57).

Do que ficou exposto, uma das inovações substanciais havidas diz respeito à faculdade concedida ao Conselho Monetário Nacional, órgão colegiado em que os integrantes do governo e das instituições bancárias constituem a maioria (10), de criar outras formas de garantia, dando-lhe, portanto, o poder de legislar nesta matéria, constituindo tal fato um vício originário, pois esta competência é do Legislativo.

Poder-se-ia argumentar que dadas as características do crédito rural, torna-se necessário conceder ao mencionado órgão maior poder, no sentido de tornar mais flexível o referido sistema.

Além de ser por demais perigosa tal faculdade, e a experiência está a nos mostrar isso, o Conselho não tem composição paritária, com representantes dos produtores rurais ou de suas entidades, em número idêntico aos das instituições creditícias e do Governo, de modo

que as decisões, neste aspecto com força legislativa, normalmente atendem aos interesses dos detentores do dinheiro. (11)

2.5.3.1. As Garantias Cedulares

Segundo o prescrito na Lei n. 3.253, de 27.7.57, as garantias cedulares do crédito rural são as seguintes: a) Cédula Rural Pignoratícia; b) Cédula Rural Hipotecária; c) Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária; e d) Nota Promissória Rural.

As mencionadas cártulas possuem, como não poderia deixar de ser, certas características que colidem com disposições do Código Civil, no entanto perfeitamente admissíveis, tendo em vista a natureza das referidas operações, que face à extensão continental de nosso País e a pouca instrução de nosso homem do campo necessitam de um abrandamento em seu aspecto formal e operacional.

À guisa de exemplificação, já que um exame detido acerca de todas as garantias cedulares extravasaria do âmbito deste trabalho, mencionamos as seguintes: a) dispensa da outorga uxória para a constituição da hipoteca cedular; b) atribuição de privilégios ao credor da Nota Promissória Rural sobre os bens indicados no art. 1.563 do C.C.

Por último, resta salientar que tanto o penhor como a hipoteca rurais podem incidir sobre todas as espécies de bens, sujeitos à penhora e hipoteca comum. (12)

2.5.3.2. Outras Garantias

Além das garantias atrás enumeradas, não se pode olvidar que "os financiamentos rurais também podem ser garantidos por alienação fiduciária, igualmente de caráter real, que constitui um dos mais recentes institutos jurídicos introduzidos no direito brasileiro, e que tem merecido larga aplicação em diferentes operações creditícias. (13)

Inobstante a lei institucionalizadora do Crédito Rural (Lei n. 4.829/65), o seu regulamento (Dec. n. 58.380/66) e o próprio Dec.-lei n. 167/67 (disciplinador do financiamento agrícola e dos títulos de crédito rural), não terem se referido a essa modalidade de garantia, contemplou-a o Manual de Crédito Rural (elaborado pelo Banco Central do Brasil, através de sua Gerência de Coordenação do Crédito Rural e Industrial), incluindo-a em seu Capítulo 4.2., onde estabeleceu as regras essenciais básicas para a sua efetivação.

Entre outras, vale destacar a regra segundo a qual só os bens móveis podem ser objeto de alienação fiduciária em garantia, o que, aliás, é perfeitamente compreensível, pela natureza do instituto.

Outra regra de grande alcance é a que diz respeito à impossibilidade de ser constituída através de Cédula de Crédito Rural, senão apenas por instrumento público ou particular, o que explica a omissão de referência no texto do Dec. n. 167/67. (14)

3. ASSISTÊNCIA TÉCNICA

3.1. Conceito

Podemos conceituar a assistência técnica como sendo os meios postos pelo Poder Público à disposição dos produtores rurais, no sentido de orientá-los no desenvolvimento das atividades de pesquisa agropecuária, e extensão rural.

3.2. Órgãos Assistenciais

A preocupação de prestar, ao homem do campo, o auxílio necessário no sentido de desenvolver, a contento, os seus misteres, surgiu, em primeiro lugar, entre os próprios rurícolas, via de associações, a princípio de caráter estadual. (15)

Somente em 1974, salvo melhor juízo, com a Lei n. 6.126, de 6 de novembro, que autorizou a instituição da Empresa Brasileira de Assistência Técnica e Extensão Rural (EMBRATER), empresa pública vinculada ao Ministério da Agricultura, é que o Poder Público passou a assumir a direção da orientação da assistência técnica rural, e desde então, estimulando a criação de órgãos auxiliares de nível estadual, e concomitantemente com outras entidades de nível nacional, vem desempenhando, modestamente, a sua função.

A Empresa Brasileira de Assistência Técnica e Extensão Rural (EMBRATER) visa os seguintes objetivos: I — elaborar com os órgãos componentes do Ministério da Agricultura, na formulação e execução das políticas de assistência técnica e extensão rural do País; II — promover, estimular e coordenar programas de assistência técnica e extensão rural, visando à difusão de conhecimentos científicos de natureza técnica, econômica e social necessários ao desenvolvimento do setor rural; III — estimular e promover a descentralização operativa das atividades de assistência técnica e extensão rural.

O desenvolvimento destas atividades tem se verificado por intermédio de programas setoriais, tais como o Programa Nacional do Álcool (PROALCOOL), o Programa Nacional de Desenvolvimento da Pecuária (PROPEC) que incorporou, sob suas normas, o Programa Nacional de

Pastagens (PRONAP), o Programa de Desenvolvimento da Pecuária de Corte (PRODEPE), o Programa de Desenvolvimento da Pecuária de Corte no Norte e Nordeste (PRODENOR), o Programa de Estímulos Técnicos e Financiamentos ao Desenvolvimento da Pecuária Leiteira (PDPL) e o Programa Especial para Formação de Pastagens sob Técnicas Modernas.

Em âmbito estadual, como já ficou dito, várias empresas têm sido criadas, com o intuito de auxiliarem as federais na consecução do fim colimado, como, por exemplo, a Empresa de Assistência Técnica de Extensão Rural do Estado de Goiás (EMATER-GO), e a Empresa Goiana de Pesquisa Agropecuária (EMGOPA).

4. PRODUTIVIDADE

4.1. Conceito

"Assim se designa, em direito agrário e em economia agrária, o rendimento de uma atividade em função de tempo, área, capital, pessoal e outros fatores de produção. (16)

Pelo exposto, ousamos submeter ao Congresso Nacional de Advogados Pró-Constituinte as seguintes:

5. PROPOSIÇÕES

1a.) — O Crédito Rural deve visar somente o pequeno e médio produtor rural;

2a.) — As garantias do Crédito Rural devem ser, primordialmente, de natureza pessoal;

3a.) — Nos ajustes creditícios, os juros e a correção monetária não poderão ser alterados até o término do contrato;

4a.) — O Conselho Monetário Nacional não deve ter poder legiferante para criar novas formas de garantias creditícias rurais;

5a.) — O Conselho Monetário Nacional deve ter composição paritária, dele fazendo parte, obrigatoriamente, representantes dos produtores rurais, ou de suas associações;

6a.) — A Assistência Técnica deve ser ampliada e dirigida ao pequeno e médio produtor rural, objetivando maior produtividade.

NOTAS

(1) De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, vol. I, p. 454, Forense, Rio, 1963.

Para **Carlos Gide**, "o crédito não é mais do que o alargamento da troca — a troca no tempo, em lugar de ser no espaço. Pode ser definido — troca de uma riqueza presente por uma riqueza futura" (Compêndio D'Economia Política, p. 393, Tradução de F. Contreiras Rodrigues, Editora Globo, Porto Alegre, 1957).

No mesmo sentido Louis Baudin, ao asseverar que o crédito consiste "na troca de bem presente por bem futuro, troca no tempo, adiantamento para reembolso posterior, transferência temporária do uso da riqueza, faculdade de usar do capital de outrem" (Apud José Náufel, **in** Novo Dicionário Jurídico Brasileiro, vol. II, p. 133, José Konfino Editor, Rio, 1959).

Outro não é o entendimento de Fábio Luz Filho, "o crédito consiste em criar um laço entre o presente e o futuro (Dühring), a troca de um bem atual por bem futuro, o que Sombart corrige para: o crédito coloca o futuro no presente e lança o "entrepreneur", o empresário, o criador de valores, para o futuro, animando-o com a idéia de porvir, possibilitando empreendimentos de envergadura, e conduzindo à desconcretização, à desnaturalização, à despersonalidade da economia" (Crédito Agrícola e Problema Agrário, p. 12, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1958).

(2) Segundo Elcir Castello Branco, "pela natureza do bem que representa, temos créditos imobiliários, que estão vinculados a um bem imóvel, os mobiliários, que se relacionam com as coisas de fácil circulação, e os agropecuários, que objetivam os produtos da criação ou do cultivo do solo.

Sob o ângulo do ciclo econômico, distingue-se o crédito produtivo e consuntivo. O produtivo se destina à criação de novos bens, tem cunho industrial. O consuntivo visa o gasto imediato, necessitando o devedor de utilizar-se de outras fontes de receita para satisfazê-lo.

Sob o enfoque obrigacional, o crédito pode ser singular, coletivo, puro ou quirografário, privilegiado, solidário, divisível e líquido e certo.

Pelo número de vínculos semelhantes, temos o crédito coletivo, quando compõe o ativo de uma pessoa, ou singular, ao ser considerado isoladamente. O crédito puro ou quirografário, aquele sem qualquer garantia. O crédito privilegiado se relaciona com bens que asseguram a sua satisfação (garantia) ou decorrem da escala de pagamento no concurso de credores.

Solidário se diz quando sujeita duas ou mais pessoas à sua prestação. O divisível permite o seu fracionamento em várias prestações. Líquido e certo é o crédito determinado quanto ao seu objeto, substanciado em sentença, confissão de dívida ou título cambial" (Verbete Crédito II, **in** Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 21, p. 142, Editora Saraiva, São Paulo, 1a. ed.).

No nosso entender, salvo melhor juízo, os créditos agropecuários nada mais são do que espécies dos gêneros pessoal e real, uma vez que trazem como garantia a confiança ou bens imóveis ou móveis e semoventes.

(3) Segundo o artigo 1.481 do C.C., a fiança é o contrato segundo o qual uma pessoa se obriga por outra, para com o seu credor, a satisfazer a obrigação, caso o devedor não a cumpra.

"O aval — instituição de direito cambial — tem por finalidade exclusiva garantir o pagamento da letra de câmbio ou da nota promissória" (João Eunápio Borges, Do Aval, Editora Imprensa Oficial de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1940).

É garantia dada por um terceiro ou mesmo por um dos signatários do título cambiário, e não se confunde com a fiança. "Esta é uma garantia acessória de uma obrigação principal, sendo-lhe característica fundamental essa acessoriedade; o aval, porém, como toda obrigação cambiária, é absolutamente autônoma de qualquer outra" (Rubens Requião, Curso de Direito Comercial, 2o. vol., p. 346, Editora Saraiva, 1980).

(4) "A hipoteca é o direito real de garantia, concedido a certos credores, de serem pagos pelo valor de certos bens do devedor, dados em garantia, e com preferência a outros credores, se seus créditos estiverem devidamente transcritos" (Carvalho Santos, Código Civil Brasileiro, Interpretado, vol. X, p. 260, Editora Freitas Bastos, São Paulo, 10a. edição). Essa garantia real está regulada nos artigos 809 a 855 do Código Civil.

"Penhor é o contrato pelo qual o devedor ou terceiro entrega ao credor um objeto móvel, corpóreo ou incorpóreo, com o fim de lhe conferir o direito de sobre este objeto se pagar do que lhe for devido, de preferência a outros credores" (Carvalho Santos, obra e volume citados, p. 102). O C.C. disciplina a matéria nos artigos 768 a 804.

A anticrese é "o direito real constituído em contrato, por meio do qual o devedor, ou outrem por ele, entregando ao credor um imóvel, cede-lhe o direito de perceber, em compensação da dívida, os frutos e rendimentos" (Carvalho Santos, obra e volume citados, p. 229). Vide C.C., arts. 805 a 808.

A retrovenda é o pacto de compra e venda clausulado, com a condição de reaver o vendedor, se desejar, a coisa alienada, nas condições estabelecidas em lei. A matéria está regulada nos artigos 1.140 a 1.143 do C.C..

A compra e venda com reserva de domínio é o contrato segundo o qual o "alienante, embora tenha transferido ao adquirente a posse da coisa alienada, conserva o domínio sobre a mesma até ser pago da totalidade do preço" (Sílvio Rodrigues, Direito Civil, vol. 3, p. 176, Ed. Saraiva, 1977). Vide, ainda sobre o assunto, Darcy Bessone de Oliveira Andrade, Da Compra e Venda, Editora Bernardo Álvares, Belo Horizonte, 1960.

A alienação fiduciária é "a transferência, ao credor, do domínio e posse indireta de uma coisa, independentemente de sua tradição efetiva, em garantia do pagamento de obrigação a que acede, resolvendo-se o direito do adquirente com a solução da dívida garantida" (Caio Mário da Silva Pereira, verbete Alienação Fiduciária em Garantia (doutrina), **in** Enciclopédia Saraiva do Direito. vol. 6, ps. 53 e seguintes, Editora Saraiva, São Paulo, 1a. edição). Vide sobre o assunto José Carlos Moreira Alves, da Alienação Fiduciária em Garantia, Editora Saraiva, São Paulo, 1973. Esse direito real de garantia está regulado na Lei n. 4.728, de 14.7.65.

(5) "O verdadeiro crédito agrícola é a forma de crédito que se consagra ao melhoramento da agricultura, baseado na cultura e nos produtos da terra" (Fábio Luz Filho, obra citada, p. 19).

"Na realidade, é difícil dar um conceito de crédito agrário. a) Do ponto de vista teleológico ou finalista, tem sido definido como o meio de proporcionar recursos econômicos para o cultivo da terra. Esta definição é demasiada simplista, mas é a mais antiga, chegando-se ao extremo de alguns autores, num afã investigador e romancista, terem descoberto esta forma em um projeto da época de Augusto; e, com mais ou menos entusiasmo foi adotado por alguns espanhóis (Gamazo Diaz Rábago). b) Num sentido mais amplo, com um critério descritivo, se concebe o crédito agrário como um instrumento econômico que objetiva a prover a agricultura (cultivos em geral, pecuário, agricultura florestal, pesca e atividades afins) dos recursos financeiros necessários, quando o produtor carece de capital próprio suficiente (Rochac). O caráter subsidiário que

esta definição concede ao crédito agrário, quando o limita a uma necessidade da agricultura, sublinha um dos matizes mais acusados do mesmo. Mas não examina com exatidão. c) Outro setor doutrinário tem insistido no caráter subjetivo do crédito agrário e o define como aquele que se destina exclusivamente aos agricultores. d) Apoiada nos caracteres anteriores examinados, surgiu uma fórmula ampla, que compreende os conceitos anteriores e que define o crédito agrário como o instrumento destinado a proporcionar recursos financeiros aos agricultores, para o cultivo de suas terras, mediante a contra-prestação do pagamento de uma remuneração com base em uma garantia agrícola. Redonet fez um estudo das características fundamentais que, a seu ver, devia ter o crédito agrário e que vêm ser sublinhadas na definição anterior. O fim primário deste crédito é o de atender ao cultivo da terra, mas é preciso, nota Redonet, não se fixar tão-somente no destino que se dá ao dinheiro. Porque nem toda manifestação de crédito que atende ao cultivo deve e pode chamar-se agrícola. É preciso evitar o erro de confundir o crédito para agricultura com o crédito puramente agrícola. Para que o crédito possa ser classificado como tal, é preciso, em primeiro lugar, que seja destinado a agricultores e em segundo lugar que estes o obtenham mediante uma garantia puramente agrícola, i. e., uma garantia que todos eles, sejam ou não proprietários das terras que cultivam, possam oferecer" (Luis Tejana González, **apud** Rafael Augusto de Mendonça Lima, verbete Crédito Rural, **in** Enciclopédia Saraiva do Direito, vo.. 21, ps. 167 e ss., Editora Saraiva, São Paulo, 1a. edição).

"O crédito agrícola tem por fim fornecer os recursos financeiros, necessários ao cultivo e produção da terra e à criação de gado, enfim ao desenvolvimento e aos melhoramentos ou benfeitorias de uma exploração agro-pecuária" (Lauro Muniz Barreto, Financiamento Agrícola e Títulos de Crédito Rural, vol. 1, p. 11, Editora Max Limonad, São Paulo, 1968).

Sobre a origem do instituto, seu exame em face ao direito comparado, e sua evolução no Brasil, vide Camilo Nogueira da Gama, verbete Crédito Rural, **in** Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. 13, ps. 224 e ss., Editora Borsoi, Rio, 1a. edição; Rafael Augusto de Mendonça Lima, verbete e enciclopédia citadas; Benedito Ferreira Marques, Crédito Rural, **in** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, vol. I, ps. 142 e ss.; e Fábio Luz Filho, obra citada.

(6) Benedito Ferreira Marques, artigo e revista citados, ps. 148 e 149.

(7) Os agricultores "nunca mereceram, em toda a parte, e desde a antiguidade, muito crédito, aliás, foram sempre vistos com desconfiança, bastando o conceito de Demosthenes, com relação aos Phaselitas, lavradores, que foram considerados, como péssimos pagadores. Suas palavras, que datam de 24 séculos, foram candentes — "Os Phaselitas não fazem nada de novo, mas seguem os seus usos. No mercado são espertíssimos em tomarem dinheiro emprestado, mas conseguindo o empréstimo e, apesar de documentado, se esquecem logo da obrigação, das leis, e de pagar os seus débitos, e antes de pagarem, inventam sofismas, evasivas, defesas procrastinatórias. Para resumir: são os mais tristes e iníquos dos homens, e as suas disputas judiciais são inumeráveis, no confronto com as dos gregos e dos bárbaros, que compareceram aos nossos mercados".

Essas considerações, demosthênicas, sobre a capacidade dos phaselistas, segundo disse Garrani, parece haverem sido tomadas como modelo, para qualificar os agricultores, em todo o seu labor passado, e mesmo os agricultores atuais, em face da orientação que sempre se deu e que se dá, ao crédito agrícola, em todo o mundo, pois, o aparato de privilégios e de garantias reais é a negação da confiança, que constitui o elemento básico do crédito. Do latim **credere**, que significa a crença no devedor.

De fato, a legislação agrária sempre se caracterizou, nas suas operações creditícias, pela "exigência de garantias reais, outorgadas pelos lavradores, para conseguirem o crédito" (Lauro Muniz Barreto, obra e volume citados, ps. 7 e 8).

(8) O crédito rural, tendo em vista a finalidade do empreendimento pode ser: "I — de custeio — se destinado à cobertura das despesas normais de um ou mais períodos de produção, seja agrícola ou pecuário, compreendendo estas todos os encargos, desde o preparo da terra, até o beneficiamento primário da produção e seu armazenamento, bem como a extração de produtos espontâneos, de natureza vegetal, e seu preparo primário, e, ainda, aquisição de mudas, sementes, adubos, corretivos do solo e defensivos. Isso no caso de custeio agrícola. No custeio pecuário, essas despesas normais compreendem a aquisição de sal, arame, forragens, rações, concentrados minerais, sêmem, hormônios, produtos de uso veterinário, corretivos do solo, defensivos, adubos, sendo certo que o custeio pecuário pode

ser também para a piscicultura, apicultura, sericicultura, a limpeza e restauração de pastagens, fenação, silagem, formação de capineiras e de outras culturas forrageiras.

E, no campo do beneficiamento, essas despesas normais custeáveis vão desde a mão-de-obra, à manutenção e conservação do equipamento, à aquisição de materiais secundários, sacaria, embalagem, armazenamento, seguro, preservação, impostos, fretes e carretos;

II — de investimento — destinado à formação de capital fixo e semi-fixo, compreendendo o primeiro a inversão para a fundação de culturas permanentes, inclusive pastagens, florestamento e reflorestamento, construção, reforma ou ampliação de benfeitorias e instalações permanentes, eletrificação rural, obras de irrigação e drenagem; enquanto o segundo — capital semi-fixo — corresponde a inversão na aquisição de animais de grande, médio e pequeno porte, destinado à criação, recriação, engorda ou serviço; máquinas e respectivos implementos, veículos, equipamentos e instalações de desgastes;

III — de comercialização — que se destina a facilitar aos produtores rurais a colocação de seus produtos colhidos, compreendendo até mesmo o armazenamento, seguro, manipulação, preservação, acondicionamento, impostos, fretes e carretos. Se o financiamento, nesse caso, não é obtido isoladamente, ou seja, apenas para os fins acima, o crédito é considerado como extensão de custeio. O crédito de comercialização é também utilizado na negociação de títulos decorrentes da venda de produção ou mediante operações para garantia de preços mínimos fixados pelo Governo Federal, nas épocas próprias.

Comporta observar, aqui, que os créditos para custeio ou investimento, desde que concedidos a pequenos e médios produtores, podem abranger até mesmo a manutenção do beneficiário e sua família, bem como a aquisição de animais destinados à produção necessária à sua subsistência, e, ainda, medicamentos, agasalhos, roupas, utilidades domésticas, instalações sanitárias, construção e reforma de benfeitorias e outras'' (Benedito Ferreira Marques, art. e rev. citados, ps. 150 e 151).

(9) Penhor Agrícola — vide nota 4. Penhor Pecuário — vide nota 4. Penhor Mercantil — vide nota 4.

Bilhete de Mercadoria é o papel escrito em que alguém se obriga a pagar a outrem, ou à sua ordem, em lugar e prazo determinado, em moeda ou em mercadoria. Tem as mesmas regalias da Letra de Câmbio.

"Warrant'' é o título de crédito nominativo, causal e à ordem, emitido pelos armazéns gerais, companhias de docas e de estradas de ferro, e que confere ao seu portador o direito real de penhor sobre as mercadorias depositadas e nele especificadas, até a quantia enunciada no primeiro endosso'' (Décio Cretton, verbete Warrant, in Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 78, ps. 120 e ss., Editora Saraiva, São Paulo, 1a. edição).

Caução ''é a cautela que se tem ou se toma, em virtude da qual certa pessoa oferece a outrem a garantia ou segurança para o cumprimento de alguma obrigação. Indica as várias espécies de garantia que possam ser dadas pelo devedor ou exigidas pelo credor, para o fiel cumprimento da obrigação assumida'' (De Plácido e Silva, obra citada, vol. I, p. 318).

Hipoteca — vide nota 4.

Garantia Fidejussória é a garantia pessoal, distinta da real. Na terminologia jurídica é expressada pelo vocábulo fiança.

(10) Nos termos do art. 3o. da Lei n. 6.045, de 15.05.74, compõem o Conselho Monetário Nacional: 1) o ministro de Estado da Fazenda, como presidente; 2) o ministro de Estado, chefe da Secretaria do Planejamento da Presidência da República, que será o vice-presidente e substituirá o presidente em seus impedimentos ocasionais; 3) o ministro de Estado da Indústria e Comércio, que substituirá o vice-presidente em seus impedimentos ocasionais; 4) o presidente do Banco Central do Brasil; 5) o presidente do Banco do Brasil S.A.; 6) o presidente do Banco de Desenvolvimento Econômico (BNDR); 7) o presidente do Banco Nacional da Habitação (BNH); 8) três membros nomeados pelo Presidente da República entre brasileiros de ilibada reputação e notória capacidade em assuntos econômico-financeiros, com mandato de cinco anos.

(11) Sobre o assunto deste tópico vide Benedito Ferreira Marques, As Garantias do Crédito Rural e suas Indagações Jurídicas, ps. 21 e ss., Editora Instituto Cartográfico Nacional Ltda., São Paulo, 1a. edição.

(12) Sobre o assunto vide ainda Benedito Ferreira Marques, As Garantias do Crédito Rural e suas Indagações Jurídicas, ps. 27 e ss..

(13) Vide nota 4.

(14) Benedito Ferreira Marques, obra acima citada, ps. 43 e 44.

(15) Segundo Fernando Pereira Sodero, a primeira Associação de Crédito e Assistência Rural foi a do Estado de Minas Gerais, surgida em 1948. Oito anos depois foi criada a Associação Bra-

sileira de Crédito e Assistência Rural (ABCAR), entidade civil, sem fins lucrativos.

"Atualmente, todos os Estados da Federação, com exceção de São Paulo e dos Territórios do Amapá e de Fernando de Noronha, possuem associações estaduais, sendo certo que a ABCAR atua por meio de uma rede de escritórios municipais" (Verbete ABCAR, in Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 1, ps. 293 e ss., Editora Saraiva, São Paulo, 1a. edição).

(16) Fernando Pereira Sodero, verbete Produtividade, in Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 62, p. 7, Editora Saraiva, São Paulo 1a. edição.

No entender de Filipe Meira Aguiar, a produtividade "é a maior quantidade de bens rurais produzida em uma unidade de área predeterminada. É também a relação entre a quantidade de produto obtido no processo de produção e a quantidade do setor necessário para sua obtenção" (Apud Fernando Pereira Sodero, verbete e Enciclopédia acima citados).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL — INTERESSE DE AGIR

Everardo de Souza

SUMÁRIO

I — Conceito. II — Caracterização. III — Interesse processual e interesse substancial. IV — Natureza do interesse de agir. V — Interesse de agir do réu. VI — Inexistência da qualificação do interesse de agir. VII — Necessidade e utilidade. VIII — Exemplificações. IX — Interesse de agir em ação declaratória. X — Interesse de agir em ação popular. XI — Conclusões.

I — No direito contemporâneo, bem no sabemos, o processo constitui o meio normal de dirimir os conflitos intersubjetivos de interesses.

Com a proibição da auto-tutela, o Estado assumiu o encargo de administrar justiça e de garantir a paz social.

Ordinariamente, os membros da comunidade compreendem e observam o ordenamento jurídico.

Quando isso não acontece, o exercício do direito de ação provoca a atuação do Poder Judiciário, a cujos órgãos cabe fazer efetiva a vontade concreta da lei, regulando e compondo a lide, para restaurar a ordem na sociedade e dar razão a quem a tem.

Desde, pois, que haja um choque de interesses, uma lide, uma pretensão resistida ou insatisfeita, viável se torna a invocação aos órgãos judiciais.

Como meio necessário de tutela jurídica, surge, então, o interesse de agir, uma das chamadas condições da ação, e cujo objetivo, segundo ao ensinar de GIUSEPPE CHIOVENDA, consiste em que, "sem a intervenção dos órgãos jurisdicionais, o autor sofreria um dano injusto" (Instituições de Direito Processual Civil", tradução brasileira, vol. I, p. 263).

Ad instar de CHIOVENDA, também outros vultos da doutrina consideram a **necessidade** do uso do meio judicial como pressuposto básico do interesse de agir em juízo (PIERO CALAMANDREI (**Instituciones de Derecho Procesal Civil,** tradução argentina, p. 192); JAMES GOLDSCHMIDT (**Derecho Procesal Civil,** tradução espanhola, p. 97); EMÍLIO BETTI (**Diritto Processuale Civile Italiano,** 2a. ed., p. 80); MOACYR AMARAL SANTOS (**Primeiras Linhas de Direito Processual Civil,** vol. I, 3a. tiragem, p. 200); JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO (**Curso de Direito Processual Civil,** vol. I, 5a. ed., p. 168); MARCOS AFONSO BORGES (**Carência de Ação, in O Popular, seção Direito e Justiça,** de 14.01.79, p. 7).

II — Assim, o que caracteriza e define o interesse de agir é o estado de necessidade em que se encontra o indivíduo de obter a proteção judicial, para prevenir algum prejuízo que poderá sofrer, se não reagir contra a violência ou ameaça de seu direito.

Esse estado de necessidade, obviamente, pressupõe a existência de algo a defender e que seja objeto de uma pretensão apta a merecer amparo da Justiça.

Nem mesmo se concebe como possa alguém reclamar a prestação jurisdiconal do Estado sem que invoque motivo que justifique o pedido de tutela estatal.

Pouco importa se verifique, à derradeira, que o interesse do autor não tem guarida em lei, ou que lhe falte **pretensão à tutela jurídica,** no elegante expressar de PONTES DE MIRANDA.

III — A presença do interesse processual nem sempre envolve a do interesse substancial que se quer fazer valer. Pode existir um interesse de agir, sem direito material que o guarneça.

Não se deve, pois, confundir o interesse da instauração do processo com o interesse que serve de conteúdo do direito que se procura tutelar em juízo.

Cai a lanço o ensinamento de MOACYR AMARAL SANTOS: "O que move a ação é o interesse na composição da lide (interesse de agir), não o interesse em lide (interesse substancial)". In obr. e vol. cits. p. 201).

IV — O interesse de agir é requisito, condição necessária para o exercício do direito de demandar.

Tal interesse é, especificamente, de índole processual, o qual somente vem à tona, se o bem a que o autor aspira não pode ser alcançado de outra maneira.

O autor tem interesse de agir, quando se convence de que, não

recorrendo aos órgãos da jurisdição, sofrerá à certa, algum dano de ordem patrimonial.

Donde o concluir-se somente se justificar a ação judicial no caso de o autor não conseguir, por outro meio, a plena atuação de seu direito.

Em verdade, faz-se mister uma necessidade real, efetiva, para autorizar o interesse processual de agir.

Vez a vez, não há necessidade de o autor provocar a atuação jurisdicional do Estado, porque o responsável pela lesão de seu direito se prontifica a reparar o dano. Se isso acontecer, é evidente, não haverá interesse em se exercitar o direito à ação. "Desde que o violar queira atender aos reclamos do direito do autor, na forma e no modo prescritos por lei, não há interesse deste em ingressar em juízo. O Poder Judiciário só intervém quando necessária a sua atuação, não sendo lícito ao credor agravar a posição do devedor por simples capricho" (CELSO AGRÍCOLA BARBI, **Comentários ao Código de Processo Civil,** tomo I, p. 156).

O interesse de agir em juízo não se pode restringir apenas ao autor, sendo necessariamente exigido para ambas as partes. Isso, aliás, vem declarado, às expressas, no art. 3o. do Código de Processo Civil.

ELIEZER ROSA considera "excrescência vitanda a exigência legal do interesse para contestar a ação, já que tal interesse é de supor-se no réu, pelo só fato de ser chamado a juízo" (**Revista Forense,** vol. CXXIX, fasc. 564, p. 369).

PEDRO BATISTA MARTINS manifesta, por sua vez, igual sentir, pois afirma que "nunca se pôs em dúvida que esse interesse decorra naturalmente da própria ação proposta" (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, p. 26).

De tal arte, no tangente ao réu, têm razão os juristas em sustentar que é de se presumir o seu interesse de agir pela só circunstância de estar ele sendo convocado ao pretório para responder pela ação do autor.

Em verdade, não se pode duvidar das estreitas relações existentes entre o direito de ação e o direito de defesa, dado se acharem as partes em situação de equilíbrio e de igualdade em face do litígio, por imperativo da ordem dialética do processo, em decorrência da qual se busca a verdade pela aplicação do princípio da tese, da antítese e da síntese.

Existindo o nítido paralelismo entre a liberdade do autor de atacar e a liberdade do réu de defender-se, irrecusável que se não pode negar ao réu a existência de um direito ao processo, qual o de reclamar

do juiz que extinga o pedido do autor e, por via de conseqüência, que o absolva da demanda.

O preceito **audiatur altera pars,** pelo seu caráter de alternatividade ou bilateralidade, é um princípio inerente à própria justiça.

O princípio de que "ninguém pode ser condenado sem ser ouvido" não é somente uma expressão da sabedoria universal". É uma regra necessária do direito processual civil" (EDUARDO J. COUTURE, **Fundamentos del Derecho Procesal Civil,** p. 42).

Em suma, o interesse de agir do réu consiste na necessidade de opor-se à pretensão do autor deduzida em juízo, porque, se não o fizer, correrá ele o risco de ser condenado e de sofrer as consequências de sua inatividade processual.

VI — O Código de Processo Civil de 1973, repondo as coisas nos seus devidos lugares, não qualificou o interesse de agir. Com precisão terminológica, substituiu a fórmula contida no art. 2o. do Código revogado pela seguinte: "Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade" (art. 3o.).

Quer dizer, não se fala, aí, está-se a ver, em interesse legítimo, nem em interesse econômico ou moral.

Detendo-se no exame do tema, observa ARRUDA ALVIM que, no texto legal, se não cuida de simples interesse, de si só suficiente para autorizar, legitimamente, o recurso à via jurisdicional.

E, na linha desse raciocínio, criticando a redação do art. 3o. do Código atual, enfatiza o laureado processualista que "todo o interesse processual das partes há de ser sempre **jurídico,** embora não jurídico-material" (**Revista de Processo,** n. 1, Ano 1, janeiro-março 1976, p. 86).

Ousamos divergir do mestre, para nos posicionarmos ao lado daqueles que não condicionam esse tipo de interesse para o exercício da ação em juízo.

Por demais dito e redito que não há por onde se confundir o interesse de agir com o interesse de direito substancial.

Como frisa CALAMANDREI (obr. cit. p. 192), o interesse processual desponta precisamente quando o bem pretendido pelo autor e tutelado pelo direito não pode ser conseguido, em concreto, senão quando se faz necessário pôr em prática a garantia jurisdicional.

Isso importa dizer que o interesse processual não nasce ao mesmo tempo que o interesse de direito material. Aquele interesse somente surge depois, isto é, no momento em que o direito subjetivo começa a encontrar-se em estado de insatisfação e a exigir a providência jurisdicional para sua efetiva tutela.

Há, pois, duas ordens de interesses, que a doutrina distingue, para o exercício da ação judicial.

"1a.) Interesse jurídico, no sentido de que a lei ampara em tese a pretensão do autor. Neste sentido, ele se confunde com a possibilidade jurídica e a legitimação para a causa. A decisão a respeito versará o mérito.

2a.) Interesse puro e simples, considerado apenas como ato do impulso volitivo. Este interesse é que importa como condição autônoma da ação, integradora do título do direito de agir. Nasce ele da necessidade de um bem" (GALENO LACERDA, **Despacho Saneador,** p. 89).

"Noção eminentemente processual, não se confunde o interesse para agir com o interesse jurídico, que é um dos elementos de relação de direito material que versa a demanda". É a lição que nos supedita LUIZ MACHADO GUIMARÃES, que LIEBMAN considerava o maior processualista do Brasil ("A Ação Popular e coisa julgada", **in Boletim do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros,** vol. XIV, p. 228).

Segue-se, daí, sem resquício de dúvida, que interesse de agir é condição da ação, insuscetível de se misturar ou de se confundir com o interesse subjetivo material, cuja proteção o autor, premido pelo estado de necessidade, porfia em juízo.

Se o que se quer garantir, com a necessidade da intervenção judicial, é um bem jurídico, um interesse primário, curial que o interesse de agir, tendente a alcançar esse objetivo, não pode deixar de ser um interesse de natureza simplesmente processual, um interesse **secundário, instrumental, subsidiário,** segundo os termos técnicos ou terminológicos em voga.

Basta pôr em ressalte que, se o interesse não se reveste de necessidade, não há, para o autor, uma situação de fato que prejudique o seu direito e justifique a propositura da ação. Fácil, facílimo, pois, distinguir uma cousa de outra.

E com bem de razão, interesse jurídico é interesse de direito substancial. É interesse que concerne ao mérito, que se relaciona com a **res in judicium deducta.**

No sistema do diploma processual civil, não se concebe a adjetivação ou qualificação do interesse de agir em juízo.

Di-lo, com autoridade, dada a sua condição de autor do Projeto do Código, ALFREDO BUZAID, mestre renomado da processualística, ao discorrer assim sobre o assunto: "O interesse processual é em tudo diverso do interesse que constitui a essência do direito subjetivo. O interesse que constitui a essência do direito subjetivo pode ser

econômico ou moral, porque essas qualificações lhe dão também a natureza ou essência. O interesse processual diversamente não tem qualificativos, não tem cheiro, nem cor, mas consiste no estado de necessidade em que alguém se encontra de recorrer ao Poder Judiciário, a fim de obter administração de justiça" (Palestra na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, Código de Processo Civil, Histórico da Lei n. 5.869/73, vol. I, tomo I, p. 409).

No confluente ao adjetivo "legítimo", já havia também expressiva e fundada crítica de PONTES DE MIRANDA ao texto do art. 2o. do Código de 1939 (**Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo I, 2a. ed., p. 101,1.958).

Em verdade, se se exigisse apenas interesse dessa ordem, isto é, "legítimo, econômico ou moral", o autor já ingressaria em juízo praticamente como vencedor na causa. Esta já estaria por assim dizer prejulgada, deixando antecipadamente decidido que o autor tem razão.

Ora, a ação é um direito público subjetivo de sentido abstrato e de natureza dialética.

Armado o contraditório, enquanto o juiz não examina e decide o pleito, em face das provas, não se pode saber quem tem razão. Com a sentença, pondo fim à atividade jurisdicional, é que o direito se define e se afirma.

VII — Para LIEBMAN, existe interesse processual de agir, "quando há para o autor utilidade e necessidade de conseguir o recebimento de seu pedido, para obter, por esse meio, a satisfação do interesse (material) que ficou insatisfeito pela atitude de outra pessoa" (**Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro**, p. 140/141, 1947).

Qual se vê, nitidamente, o consagrado processualista italiano também entende que o interesse de agir se justifica pela **necessidade** de pedir a intervenção dos órgãos jurisdicionais, mas liga a existência de tal interesse à **utilidade** para lograr a satisfação do seu direito.

Ora, inegável que o útil está implicitamente compreendido no necessário.

Se o autor ingressa em juízo para não sofrer alguma lesão em seu direito, intuitivo que lhe será útil, vantajosa a propositura da ação.

Se o interesse abrange a necessidade, que existe para o autor, de alcançar a tutela jurídica, óbvio que deve esse interesse redundar-se em proveito ou utilidade para o titular do direito subjetivo, que recorre ao Poder Judiciário.

Assim se deve entender, porque a idéia de necessidade implica, evidentemente, a de utilidade. O interesse de conseguir um bem da vida, garantido pela lei, tende à satisfação de uma necessidade.

Quem intenta uma ação em juízo, sem condições de obter alguma vantagem ou utilidade, é porque, certamente, não necessita da proteção judicial. É porque dispõe de outro meio pronto e eficaz para ser atendido em sua pretensão.

Daí por que, no sistema do Código de 1973, para a aceitação processual do pedido, não se deve indagar da existência da utilidade ou vantagem da ação para a parte que a promove. Porque, a rigor, isso importaria em apreciar o próprio interesse material que constitui objeto da lida. O critério da necessidade objetiva da tutela jurídica é que deve ser levado em conta, sem nenhuma preocupação com o resultado da contenda judicial.

Sempre, pois, que houver necessidade do uso da via judicial, caracterizado está o interesse processual de agir.

Perquirir se a providência que se pretende alcançar, através da via judiciária, proporciona ou não algum interesse ou vantagem para o sujeito da pretensão é, indubitativamente, matéria que pertine ao efeito da atuação do direito objetivo.

VIII — Normalmente, a satisfação do direito de crédito se realiza mediante o voluntário cumprimento da obrigação. Daí por que, antes do vencimento da dívida, não pode o credor dirigir-se ao juiz para obter a condenação do devedor. É que o credor não se acha em situação de quem sofrerá prejuízo, se não recorrer à intervenção judiciária. A demanda seria rechaçada, não por inexistência do direito material, mas por falta de interesse processual de agir.

Outro exemplo, colhido em PONTES DE MIRANDA, é do credor que cobra judicialmente a dívida que o réu se prontifica a pagar. Falta-lhe interesse de agir, porque não se encontra em situação de efetiva necessidade de pedir a proteção judicial. Certo que, se não se encontra nessa situação, isto é, na iminência de sofrer um dano injusto, se tal proteção não se der, nenhuma vantagem poderá colher com a propositura da ação.

Inquilino que propõe ação para anular compromisso de compra e venda do prédio que ocupa, sob o pretexto de tratar-se de ato simulado, objetivando a desocupação do imóvel; ação declaratória de nulidade, sem que essa nulidade, uma vez pronunciada, venha a beneficiar o autor; ação de despejo, se o imóvel já foi desocupado; mero capricho na propositura da ação, mandado de segurança contra ato administrativo, de que caiba recurso, com efeito suspensivo, independentemente de caução, também são, entre outros, indicados pela doutrina e pela jurisprudência, casos típicos de julgamento de carência de ação, pela inexistência do direito processual de agir. Realmente, em nenhum

desses casos se vislumbra necessidade de interferência dos órgãos jurisdicionais.

IX — A necessidade de ingressar em juízo pode dar-se, ainda, quando ocorre uma situação de fato que produz incerteza sobre o direito, suscetível de causar dano ao autor, e que reclama declaração judicial.

Reconhece-se que o Estado cumpre o seu dever de garantir os direitos subjetivos, afirmando, ou definindo tais direitos, antes de violados, por meio da declaração judicial, de forma que mantenham em estabilidade e segurança as relações jurídicas.

Se, com efeito, a finalidade específica da ação declaratória é evitar a lesão do direito e prevenir litígios, é de concluir-se que há interesse de agir em tal ação, embora restrito, como diz a lei, à declaração da existência ou da inexistência da relação jurídica, ou à "declaração da autenticidade ou falsidade de documento" (art. 4o. do C.P.C.).

Sou titular de um crédito, que tenciono ceder a outrem, mas a existência desse crédito é contestado, o que me impede de efetivar o negócio. Caso característico de ação declaratória, em que o interesse de agir se manifesta subordinado ao recurso dos seguintes requisitos: a **incerteza** jurídica; um dano resultante, para o autor, de tal incerteza; e a **sentença**, como o meio idôneo para evitar esse dano (ALFREDO BUZAID, **Ação Declaratória** p. 156/157, e TORQUATO CASTRO, Ação Declaratória, p. 91/92).

Mesmo em tais ações, requer-se a atualidade do interesse, competindo, portanto, ao autor provar, desde logo, que a incerteza em que se encontra, ante determinada relação jurídica, justifica a real necessidade de sua presença em juízo.

X — A ação popular emerge do exercício do direito que a Constituição Federal outorga no art. 153, § 31, nestes termos:

> "Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas".

Visto está, por aí, que, na ação popular, o interesse do autor não é direito pessoal, próprio do agente, ou da pessoa que legalmente represente em juízo. E não é, tampouco, interesse atual, pertencente à parte, no momento de ser exercitada a ação.

É que, em tal ação, o que está em jogo é o patrimônio público, que o autor se propõe a proteger, postulando a invalidação do ato lesivo para o interesse em geral e não condizente com o decoro e os superiores interesses da moralidade administrativa, que deve ser rigorosamente preservada, em bem dos intangíveis direitos da comunidade. Ponham tento em que "o beneficiário direto e imediato da demanda

popular não é o autor; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto" (Cf. HELY LOPES MEIRELLES, **Mandado de Segurança e Ação Popular,** 2a. ed., p. 53).

De tal jeito, o cidadão a que se refere o legislador constitucional não defende um direito subjetivo de cunho pessoal, violado ou ameaçado. Como cidadão, o autor popular ampara direito da coletividade, ou seja, direito patrimonial de entidades públicas, quando há ato lesivo a ser atacado e desfeito para restabelecimento da legalidade e repressão da improbidade administrativa.

Toda vez, pois, que se der a ocorrência de vício de lesividade a bens e interesses de entidades públicas, haverá, necessariamente, para o cidadão, o interesse processual de agir, em ação popular.

XI — O interesse de agir não é interesse jurídico ou interesse qualificado. É interesse meramente processual. É um dos requisitos para o exercício da ação em juízo e que figura, conforme se expressa ALFREDO BUZAID, entre **"as condições de admissibilidade do julgamento da lide"**, quer dizer, condições de uma sentença de mérito.

Do interesse de agir cuida o Código de Processo Civil, nos arts. 3o., 267, VI e 295, III.

A ausência do interesse de agir conduz à carência de ação, acarretando a extinção do processo, sem julgamento do mérito.

DOMÍNIO PÚBLICO NO BRASIL — ASPECTOS PATRIMONIAIS — DOMÍNIO PÚBLICO REMUNERADO — LICENÇA E LICENÇA COMPULSÓRIA

ANTÔNIO CHAVES
Catedrático de Direito Civil e
Prof. de Direito Comparado da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo

Sumário: 1. Domínio público. Conceito. Fundamento. Inconvenientes. 2. Causas. Natureza Jurídica. 3. Domínio público das obras publicadas pelo Estado e domínio público extraordinário. 4. O domínio público remunerado. 5. Objeções. Refutação. 6. O domínio público remunerado no âmbito internacional. 7. Revogação, não obstante, do domínio público remunerado. 8. A "autorização" pelo CNDA deve ser substituída pelo simples registro. 9. Natureza jurídica das quantias arrecadadas. 10. Sistemas derivados do domínio público remunerado: licença legal e licença obrigatória.

1. **Domínio público. Conceito. Fundamento. Inconvenientes.**

Garante o art. 42 da Lei n. 5.988, de 14.12.73, como norma geral que sofre exceções, os direitos patrimoniais do autor, durante toda a sua vida, reservando, também vitaliciamente, quando transmitidos **mortis** causa, aos filhos, pais ou cônjuge. Os demais sucessores do autor gozarão dos direitos patrimoniais que o mesmo lhes transmita pelo período de 60 anos, a contar de primeiro de janeiro do ano subsequente ao seu falecimento.

Em caso de obras em colaboração indivisível, tais prazos de proteção para os sucessores contar-se-ão da morte do último dos colaboradores sobreviventes.

O que sucede vencidos esses prazos de proteção?

A obra cai em domínio público, isto é, qualquer pessoa poderá lançar mão dela para tirar proveito, sem pagar, em princípio, quaisquer direitos.

Pode-se definir o domínio público, em seu conceito clássico, co-

mo a possibilidade do aproveitamento econômico de uma obra, literária ou artística, por qualquer do povo, uma vez vencido o período de proteção concedido pela lei, ao seu autor, sucessores ou cessionários.

Isto, evidentemente, apenas com relação aos autores conhecidos: as obras dos demais pertencem, em geral, ao folclore, e obedecem a critérios diferentes de proteção.

Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

— as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

— as de autor desconhecido, transmitidas pela tradição oral (folclore);

— as publicadas em países que não participem de tratados a que tenha aderido o Brasil, e que não confiram aos autores de obra aqui publicada o mesmo tratamento que dispensam aos autores sob sua jurisdição (art. 48).

Bem se percebe a alta finalidade objetivada pelo legislador: possibilitar o mais amplamente possível a reprodução ou execução dessas mesmas obras, a preço inferior, a fim de facilitar a sua divulgação e, pois, disseminar a arte e a cultura.

Basta, no entanto, comparar os preços de um livro ou de um disco que pagam direitos autorais, com outros que não pagam, para verificar que raramente, muito raramente, encontra-se qualquer diferença de preço, o que demonstra que o chamado "domínio público" redunda em benefício daqueles poucos editores e empresários que se encarregam de fazer novas edições ou representações, depois de vencidos os termos de proteção.

O mesmo fenômeno, e com maior gravidade, foi detectado por HERMANO DUVAL com relação às obras musicais: dos bilhões mensalmente arrecadados uma porcentagem é certamente de obras do domínio público.

> "Seria justo admitir" — comentava TULLIO ASCARELLI, criticando um projeto de lei então em andamento — uma sucessão de uma sociedade de classe dos autores viventes nos direitos autorais dos autores falecidos, em prejuízo do interesse do enriquecimento do patrimônio cultural geral, possibilitado pelo barateamento e multiplicidade das edições de uma obra caída em domínio público?
>
> Com que justificativa podiam eles se apossar dos direitos autorais de um escritor (aliás, na maioria dos casos, estrangeiro) falecido, só pelo fato de não ter este deixado herdeiros?
>
> Com que direito os escritores podem provocar o encarecimento na venda ao público (inevitável conseqüência da permanência do direito do autor) de uma obra a que são alheios?
>
> Como podem os escritores inscritos na ABDE perceber uma remuneração à vista da publicação no Brasil das obras de GEORGES DUHAMEL, FAUKNER, HEMINGWAY, EINSTEIN, CROCE, SARTRE ou THOMAS MANN, só porque estes autores possam, morrendo, não deixar herdeiros?"

Também PEDRO VERGARA teve oportunidade de ressaltar que todas essas questões se revestem de enorme importância jurídica, porque alteram, de modo fundamental, o direito vigente:

> "Desde logo, se nos depara a tese de saber se uma cousa que pertence ao domínio público, isto é, à coletividade, pode ser tomada ou ocupada por um particular, com prejuízo de outro. O domínio público, tal como resulta das próprias palavras, é a situação de um bem que pertence a todos, porque perdeu, decorrido um termo dado, a dependência do interesse privado, a que se prendia, por força de uma relação jurídica qualquer. Sob esse aspecto, o domínio público de obras do engenho humano é igual a qualquer outro domínio público, dentro da conceituação deste instituto, se assim podemos chamá-lo, cabem todas as cousas que saíram do domínio e da posse dos particulares.
>
> Mas, é também certo que a defesa e a conservação de tais cousas cabe ao Estado. Só ele pode guardá-las e não lhe cabe deferí-lo a ninguém, de modo exclusivo, sem estabelecer um privilégio odioso, isto é, sem usurpar o direito ao gozo da mesma cousa comum, que a ninguém pode ser recusado".

GUILHERME FIGUEIREDO tem ressaltado a questão em cores vivas, indagando se o domínio público produzirá mesmo a "divulgação da cultura", o "barateamento do livro" pela livre exploração, se dá ele direito a que qualquer cidadão explore a obra. E responde:

> "Não, evidentemente: nem a obra baixa de preço por ter caído em domínio público, nem a sua exploração pode ser feita por quem não disponha de meios de produção para tanto. BEAUMARCHAIS, em 1791, dirigiu-se ao Comitê de Instrução Pública: "Je voulus profiter du succès d'un de mes ouvrages qu'on désirait jouer en province pour travailler à la reforme du plus grand de tous les abus, celui de représenter les ouvrages sans rien payer à leurs auteurs".
>
> E DELAYRAE, autor de Nina, queixava-se ironicamente: "Je n'entends pas ce que ces Messieurs veulent dire par propriété publique, et comment en faisant imprimer ou graver ma pièce pour en vendre les exemplaires, j'ai pu me dessaisir de mon

droit utile, la représentation... Eh Messieurs, vous hériterez cinq ans après ma mort, ne vous plaignez pas, car en vérité c'est bien assez: bous hériterez au préjudice de mes enfants''. Realmente o domínio público é a herança do editor. Em alguns casos, talvez permita um ligeiro barateamento da obra, mas quase sempre o seu preço cresce novamente, e se torna cor-correspondente ao das obras ainda sob o domínio da exclusividade.

No Brasil, como em toda parte, é rara a obra em domínio público que custe menos do que as que estão ainda sob o regime da exclusividade. Basta um relance nos catálogos de livrarias para se verificar esta afirmação''.

2. Causas. Natureza jurídica

Enumera CARLOS MOUCHET as diferentes causas da entrada das obras literárias e artísticas no domínio público:

a) Transcurso do termo legal de proteção: é a causa mais generalizada e importante, variando muito os prazos de país a país, com tendência, porém, a fixar-se em 50 anos após a morte do autor.

b) Descumprimento de formalidades. Sujeito a críticas, o sistema de formalidades como requisito indispensável para a concessão da proteção vem sofrendo sucessivas eliminações. Não é exigida pelas Convenções Universal e de Berna para a proteção das obras estrangeiras a formalidade do registro. Apenas a primeira não prescinde da inclusão do sinal.

c) Outras causas apontadas são a inação dos herdeiros ou cessionários, como prevê o art. 40 da lei espanhola de 1879, para as obras que não sejam novamente publicadas por seu titular no período de vinte anos.

A lei argentina, em virtude da inação dos herdeiros ou cessionários por dez anos, não determina que a obra passe para o domínio público, mas estabelece uma espécie de regime de licença legal, uma vez que deverá ser paga àqueles uma retribuição (art. 10).

Ainda, a ausência de herdeiros. É a primeira das três hipóteses enumeradas na Lei n. 5.988:

''Art. 48 — Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

I — as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II — as de autor desconhecido, transmitidas pela tradição oral;

III — as publicadas em países que não participem de tratados a que tenha aderido o Brasil, e que não confiram aos autores de

obras aqui publicadas o mesmo tratamento que dispensam aos autores sob sua jurisdição''.

Finalmente, a renúncia do autor em favor da coletividade que, porém, deve ser expressa e não causar prejuízo aos credores nem aos herdeiros necessários. A lei peruana prevê a hipótese no art. 62, c.

Quanto à sua natureza jurídica, aponta o mesmo tratadista as várias concepções existentes, desde as que consideram o domínio público como a situação normal do uso das obras intelectuais comunicadas e colocadas à disposição da comunidade, depois de vencido o período de exclusividade fixado por lei, até a que o considera como uma limitação temporal do direito de autor, que, como direito natural, deveria ser perpétuo, ponto de vista mais geralmente aceito.

Realça V. DOZORTSEV a importância não somente teórica, mas também imediata e prática do problema, uma vez que a natureza jurídica determina em larga medida o sistema e o mecanismo dessa mesma proteção.

Para a teoria que entende que se trata de ''obras não protegidas'' a obra não pertenceria a ninguém, podendo pois ser livremente utilizada por quem quer que seja e da maneira que for.

Para a que a considera como ''pertencente ao domínio público'', ela apresenta importância para a coletividade, embora não tenha qualquer conteúdo jurídico. Difere da fórmula análoga que se aplica aos objetos materiais cuja pertença ao domínio público significa que o Estado se reserva sobre eles direito de propriedade.

No que diz respeito à abrangência, muita confusão tem sido feita a respeito das obras estrangeiras.

Há que considerar, porém, que a tradução de uma obra pertencente ao domínio público constitui uma reelaboração, como tal expressamente protegida, e gozando de todas as prerrogativas de uma obra primígena.

Não poderá, no entanto, essa tradução implicar em deformações, ou mutilações caso em que poderá perfeitamente ser invocado o art. 25, § 2o. da LDA, que não estabelece distinção, na atribuição ao Estado, através do CNDA, da ''defesa da integridade e genuidade da obra caída em domínio público'' entre as nacionais e as estrangeiras.

3. Domínio público das obras publicadas pelo Estado e domínio público extraordinário.

Outras duas modalidades são entre nós previstas.

A primeira ocorre quando o autor publica a obra à custa dos cofres públicos. Nesta eventualidade, a obra cai no domínio público quinze anos após a publicação nos termos do já lembrado art. 46 da Lei n. 5.988.

O dispositivo, mera reprodução do art. 662 C.C., não atenta à

circunstância de que o fato de ter sido o Estado o titular da primeira edição de uma obra não é motivo suficiente para que se reduza tão drasticamente o período de fruição do direito de autor pelo seu criador e sucessores ou cessionários.

O Jornal do Brasil, em tópico transcrito pelo UBC — boletim social da União Brasileira de Compositores (n. 89, 1967, p. 2) — dava notícia de que, por sugestão de seu Presidente, Acadêmico JOSUÉ MONTELLO, o Conselho Federal de Cultura, verificando o evidente prejuízo com que vão para o domínio comum as obras lançadas por intermédio do Instituto Nacional do Teatro, Serviços de Documentação dos Ministérios e departamentos governamentais, estava elaborando anteprojeto de lei visando impedir tenham os escritores suas obras publicadas sem receber direitos autorais.

Foi citado, entre outros, o livro Poesia Simbolista no Brasil, de ANDRÉ MURICI, de que já são transcorridos quinze anos de sua edição oficial.

Lembra HERMANO DUVAL ser, porém, preciso que a obra não seja ato público ou documento oficial e que o Estado haja efetivamente adquirido os direitos autorais tal como ocorreu com as obras de RUI BARBOSA.

Não basta que a obra tenha sido impressa na tipografia oficial. A impressão simplesmente subvencionada não acarreta a queda no domínio público. É, aliás, o que estava no art. 661, parágrafo único C.C. e está no art. 5o., **caput,** da Lei n. 5.988.

Domínio público extraordinário do art. 32 da Lei n. 5.492, de 17.7.1928, consiste, na definição do tratadista, "na antecipação do domínio público, independentemente da vontade do autor, isto é, por fato alheio, do editor ou de terceiro, quando, decorridos seis anos, contados da data da aquisição, não tiver editado ou publicado o livro ou a obra de arte, nem reeditado obra cuja edição anterior esgotou-se".

Transcreve a condenação de PHILADELPHO AZEVEDO, por inconstitucional:

> "Como admitir-se, pois, que entre nós, onde o preceito constitucional garante o direito do autor por toda sua vida, se adote a regra de que a resolução do direito do cessionário venha a importar a queda da obra no domínio público?
>
> Obra de pessoa viva no domínio comum é coisa quase incompreensível, diante da nossa Contituição; a cessão é sempre restrita e não se equipara à alienação do domínio, eis que permanece sempre o direito moral; resolvido o elemento patrimonial, este é atraído por aquele, operando-se verdadeira consolidação, tal qual no usufruto".

Por entre outras considerações, assinala o tratadista que, sobre não se admitir um exercício anti-social do Direito — uma vez que o art. 32 tem por fundamento a própria difusão da cultura —, "não é verdade que o autor se desinteresse pela sorte da sua obra após a cessão completa dos respectivos direitos pecuniários; ao contrário, a cada nova edição ou reimpressão o autor poderia ter o interesse de melhorar a obra com introduzir acréscimos ou modificações (Código Civil, arts. 659, 1.350 e 1.357 a que correspondem os arts. 52 parágrafo único, 71 e 67 da Lei n. 5.988) que a conservassem atualizada; ora, decorridos seis anos sem que o editor-cessionário editasse a obra adquirida, seu autor estaria impedido **"de escrever aquelas prerrogativas fundamentais à proteção do direito"** moral, porque a obra teria caído no domínio comum!

Hoje, se o infeliz art. 32 não estivesse condenado por inconstitucional, revogado estaria seu parágrafo 2o. desde o advento do Código de Processo Civil de 1930, ao conferir ação cominatória à União ou ao Estado para compelir o titular do direito autoral a reeditar a obra sob pena de desapropriação (art. 302, X), o que foi depois mantido pela nova lei de desapropriações de 21 de julho de 1941 (Decreto n. 3.365, art. 5, letra o)". Conclui que "a falta de reedição não é mais sancionada com a severa pena do domínio público, mas com a desapropriação do direito autoral; se, antes, o titular não cumpriu o preceito cominatório da União ou Estado para reeditá-la".

4. O domínio público remunerado

O reconhecimento generalizado de que o domínio público tradicional não correspondeu às finalidades que o haviam inspirado, conduziu a evolução da idéia, em grande número de países, para uma nova concepção: a do domínio público remunerado, que se diferencia daquele, como a expressão indica, pelo fato de a obra, embora continuando à disposição dos interessados em seu aproveitamento econômico, ficar na dependência de uma retribuição.

Consiste, pois, na síntese de ROBERT PLAISANT, na obrigação para o usuário de pagar uma renda estabelecida pela lei ao beneficiário também por ela designado para a utilização da obra uma vez caída no domínio público. A utilização é livre, mas submetida a este pagamento.

> "O interesse do domínio público remunerado consiste em colocar à disposição de um organismo público ou semipúblico quantias importantes que ele utiliza para promover a cultura e auxiliar os autores.
>
> Seu inconveniente resulta do fato de constituir numa verdadeira retirada prévia parafiscal cujo efeito é onerar a exploração das

obras do espírito e, mais especialmente, desfavorecer os usuários do país que consagre esta instituição com relação aos Estados que a ignoram".

Depois de criticar definições anteriores, dá JEAN VILBOIS (p. 11) a sua: "um regime de livre aproveitamento econômico, por um modo ou uma forma de expressão qualquer, e sob reserva do respeito de sua integridade, das obras literárias e artísticas que entram no domínio público por ocasião da expiração de seu período legal póstumo de proteção: esse regime, de pagar uma retribuição determinada a um organismo de percepção encarregado de garantir sua repartição às pessoas físicas ou morais convocadas a suceder ao autor a título de herdeiros ou de representantes".

GUILHERME FIGUEIREDO reproduz os argumentos favoráveis ao domínio público gratuito:

"1o. — a perpetuidade do direito autoral é um entrave à disseminação das obras suprimidas à publicidade pelo egoísmo ou capricho dos herdeiros, prejudicando não só a sociedade, que tem todo o interesse na difusão máxima dos livros, como a glória e a popularidade do próprio autor;

2o. — ao cair em domínio público sofrem as obras uma verdadeira revitalização de sua popularidade, com o impulso recebido por novas reedições;

3o. — em face da gratuidade de exploração da obra, os exemplares são vendidos a baixo preço, tornando-a acessível e mais conhecida do público, motivando muitas vezes crescente expansão do renome do autor, até aquela época não verificada".

E em seguida apresenta os argumentos opostos, que justificariam plenamente a criação do domínio público remunerado em favor da comunidade dos escritores vivos através de sua sociedade profissional:

"1o. — os caprichos dos herdeiros não são fatos tão facilmente verificáveis como à primeira vista parece, e podem ser perfeitamente afastadas as inconveniências deles decorrentes, com o estabelecimento da licença obrigatória ou legal, já hoje adotada por algumas legislações;

2o. — a gratuidade de exploração do direito autoral não traz a redução do preço das obras, porque, como os fatos o demonstram, os livros de autores antigos não são mais acessíveis economicamente do que os dos autores modernos;

3o. — o novo impulso recebido por algumas obras depois de caídas no domínio público não é a regra geral, e a consagração das mesmas nessa época está muito mais ligada ao seu próprio

valor do que ao fato de novas reedições, as quais se concedem apenas quando o livro tem a devida aceitação;

4o. — a contribuição da sociedade para a obra intelectual não difere em intensidade da concedida a outros atos humanos;

5o. — o domínio público gratuito é uma ficção jurídica, porque a obra, após o período de exploração consagrado por lei aos herdeiros, cai sob o monopólio de algumas pessoas que a exploram ilegitimamente em substituição aos mesmos".

É o ponto de vista de numerosos autores, que DELIA LIPSZYC compendia ao dizer que o uso gratuito das obras em domínio público importa em concorrência desleal a respeito das obras de domínio privado que devem ser remuneradas.

" ... a gratuidade do uso não beneficia o público, mas o usuário (editor, empresário, etc.) uma vez que os preços dos livros ou espetáculos não diminuem quando neles se utilizam gratuitamente as obras em domínio público.

Pelo contrário, retira-se estímulo à criação autoral quando admite-se a concorrência de uma imensa quantidade de obras cuja possibilidade de uso gratuito serve quando menos como instrumentos para pressionar os autores a rebaixar suas pretensões diante da ameaça de utilizar aquelas.

A obra em domínio gratuito e as estrangeiras desprotegidas deslocam as nacionais protegidas ou cuja utilização deve ser paga.

É por isso que a instituição do domínio público deve ter como correlato a onerosidade do uso das obras nestas condições.

O art. 93 da Lei 5.988 dispõe que a utilização por qualquer forma ou processo, que não seja livre, das obras intelectuais pertencentes ao domínio público, depende de autorização do Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), órgão máximo na matéria, ao qual tudo fica praticamente subordinado, nos termos do art. 116.

Se a utilização visar lucro, deverá ser recolhida ao mesmo Conselho a importância correspondente a 50% da que caberia ao autor da obra, salvo se se destinar a fins didáticos, caso em que essa percentagem se reduzirá a 10%.

Inspirou-se no art. 60 daquele projeto BARBOSA-CHAVES, que, no entanto, propunha uma proporção muito menor: apenas "uma terça parte da quantia que, normalmente, caberia ao titular de direito de obra semelhante não pertencente ao domínio público, reduzida ainda, para publicação de obras didáticas, para as edições populares cujo preço de capa não excedesse de dois centésimos do salário mínimo do Distrito Federal, a um décimo do que é atribuído ao autor de obra se-

melhante não caída no domínio público, devendo a circunstância ser mencionada em todos os exemplares".

As modificações nele introduzidas ampliaram-lhe o alcance, pois referia-se apenas às publicações, mas não se podia dizer que tenham sido felizes.

A eliminação das expressões excludentes do caráter de exclusividade deixa pairar a dúvida se, concedida a uma pessoa a faculdade, ficam as demais impedidas de obtê-la também.

O fato de não se fazer mais menção à exigência ao respeito do direito moral parece conceder liberdade a qualquer alteração ou modificação, ou que não está, por certo, no espírito da lei, que encontrava melhor expressão no § 3o. daquela proposição, também eliminado: "A autorização será também necessária para utilização de obras que constitui elaboração ou transformação de obras de domínio público".

Mas a idéia de introduzí-lo no Brasil não foi dos autores do projeto.

Consta de outro, apresentado em 1947, à Câmara dos Deputados por GUILHERME FIGUEIREDO, na ocasião Presidente da Associação Brasileira de Escritores, elaborado por ele e por CLOVIS RAMALHETE, e aprovado pela associação de classe, amplamente divulgado, enviado a todos os filiados daquela Associação, e amplamente discutido no II Congresso de Escritores realizado no mesmo ano, ao qual compareceu CARLOS LACERDA.

A I Conferência Continental do Instituto Interamericano de Direito de Autor, realizado em São Paulo, aprovou tranquilamente, aos 10.06.1977 as Resoluções n. 25, recomendando "Instituir o Domínio Público Remunerado como meio de defesa para o autor protegido", e a n. 45: "Onde existir o domínio público remunerado (pagante), estabelecer a seu respeito sistema de remuneração e taxas iguais aos vigentes ou usuais para o domínio privado destinando-se essa arrecadação ao fomento da criação e da atividade artística em todas as suas manifestações".

Chegada finalmente a hora de pôr em execução o mandamento da lei, baixou aos 17.08.1976 o Conselho Nacional de Direito Autoral a Resolução n. 4 que faz depender (art. 4o.) de sua permissão não só a utilização das obras intelectuais nacionais e estrangeiras pertencentes ao domínio público, como também (art. 5o.) a adaptação, tradução, arranjo ou orquestração de obra nessas condições. Objetivando lucro, deverá o requerente esclarecer, em formulário específico, qual o trabalho que pretende executar.

Aqueles 50% que, na forma do referido art. 93 da lei, caberiam ao autor assim considerados pelo art. 9o. da Resolução:

I — publicação de livros, obras musicais e gravuras de obras plásticas para finalidades não didáticas, 5% (cinco por cento) sobre o preço de venda ao público;

II — fonogramas, 4,2% (quatro vírgula dois por cento) sobre o preço de venda, sendo que, se em um mesmo suporte material houver obras que não pertençam ao domínio público, o cálculo será proporcional;

III — representação pública em recintos com cobrança de ingressos, 5% (cinco por cento) sobre o total de arrecadação e, quando num mesmo espetáculo houver obras que não pertençam ao domínio público, o recolhimento será proporcional ao programa apresentado.

§ 1o. — Nas hipóteses em que os recolhimentos forem feitos pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — ECAD, este deverá fazê-lo trimestralmente, de acordo com a freqüência observada.

Em se tratando de utilização de obras com finalidades didáticas, os 10% que caberiam ao autor serão considerados (§ 2o. do art. 9o.):

a) para as hipóteses do item I supra, 1% (um por cento) sobre o preço de venda ao público;

b) para as do item II, 0,84% (zero vírgula oitenta e quatro por cento) sobre o preço de venda;

c) para as hipóteses do item III, 1% (um por cento) sobre o total da arrecadação.

O disposto aplica-se às representações de obras arranjadas, adaptadas, traduzidas e orquestradas (art. 10).

Pelo art. 13, o editor ou produtor que pretenda utilizar obra pertencente ao domínio público é obrigado a facultar ao CNDA o exame da escrituração na parte que corresponde ao Fundo de Direito Autoral, bem como informá-lo sobre o estado da edição ou produção.

Quem é que deve efetuar o pagamento?

O Decreto-lei argentino n. 1.224, de 3.02.1958, com modificações posteriores, que criou o Fundo Nacional das Artes, e a Resolução n. 2.460, de 1963, também modificada, art. 3o., especificam:

Os proprietários, arrendatários, concessionários ou empresários de salas de espetáculos públicos ou localidades com acesso público;

os permissionários, proprietários e/ou usuários de estações de radiodifusão e televisão privadas ou oficiais;

as pessoas ou empresas produtoras, distribuidoras e exibidoras de películas cinematográficas;

os editores, fabricantes ou importadores de livros, revistas, periódicos e material impresso em geral, e de decalques ou moldados;
as empresas gravadoras de discos, fitas, arames, fios ou qualquer outro sistema de reprodução conhecido ou a conhecer-se.

5. Objeções. Refutação

Foi só então que a pimenta começou a arder nos olhos dos interessados, abrindo-se no País uma das mais ásperas polêmicas registradas nos últimos tempos.

Com todo o vigor de sua dialética, levantou-se o saudoso CARLOS LACERDA, num artigo de larga repercussão: "O perigo de legislar sobre o que não se conhece", **O Estado de São Paulo,** de 11.03.1977, qualificando a norma legal de "aberração constitucional que passou pelo Congresso e foi sancionada no meio da indiferença, ou antes, da ignorância geral.

Quem quiser editar o Khama Sutra, ou a Bíblia deverá pagar 5% de direitos autorais... ao Conselho Nacional de Direito Autoral. Esse pagamento seria, pois, cruamente um tributo. As músicas de BEETHOVEN são do domínio público. Uma vez que o governo passa a cobrar direitos para que se possa executar a "Nona Sinfonia" de BEETHOVEN, quem tem o direito de cobrar tais direitos? Brasil ou Alemanha, onde ele nasceu? Vamos pagar à Alemanha para editar GOETHE, ou o governo brasileiro se intitula herdeiro dos direitos do "Fausto"? O mesmo se pode dizer de qualquer autor, em qualquer gênero de música. Quem quiser tocar o adágio de ALBINONI pagará os direitos sobre essa obra ao conselho tupiniquim ou ao que é governo na terra em que ALBINONI nasceu? Se editarmos MOLIÈRE, pagaremos ao Conselho de Direito Autoral sediado em Brasília ou ao Senhor GISCARD D'ESTAING, no Faubourg Saint-Honoré?

O que resta, na sua brutalidade, é o fato de que doravante não se pode editar obra literária ou científica caída em domínio público sem pedir licença ao Ministério e sem lhe pagar 5% de direitos autorais. ARISTÓTELES, MOLIÈRE, JOSÉ DE ALENCAR, uma infinidade de escritores ter-se-iam convertido em "zombies" do seu Conselho de Direitos Autorais. Mortos, os autores trabalham para a democracia como os fantasmas da macumba antilhana. Dessa violência, desse aborto jurídico, dessa legislação teratológica, só há agora dois meios de se livrar".

Os resultados dessa campanha não se fizeram esperar. Dois meses depois, noticiava a imprensa ter a Comissão de Justiça do Senado aprovado, por unanimidade, o projeto do Senador LUIZ VIANA revogando o artigo 93 da Lei n. 5.988, sob a alegação de ser contraditório ao que determina o Código Civil. O Senador WILSON GONÇALVES, relator do projeto, afirmou não ser lícito ou possível que se criem condições e se estabeleça participação para reedição de obra caída no domínio público. Somente por um equívoco poderia o legislador ter exigido que os editores pagassem direitos autorais sobre obras caídas no domínio público. Se o pagamento representa um percentual para o autor, o que se pagaria aos Apóstolos, a HOMERO ou DANTE? "Ao absurdo" — comentou — "soma-se o ridículo".

Favorável ao projeto, o Senador WILSON GONÇALVES, ao relatá-lo na Comissão de Justiça, frisou que o artigo 93 apresenta, na sua essência, uma inusitada forma de desapropriação por via indireta e sem indenização. A inovação importaria em ressuscitar o direito autoral relativo a obras de há muito caídas no domínio comum com o agravante de reverter o pagamento não em favor dos herdeiros ou sucessores, mas do Conselho Nacional de Direito Autoral. "Isto" — acrescenta — "seria um imposto ou contribuição obrigatória".

Em data de 20.7.1977 podiam os jornais informar "a decisão do Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA) de não mais cobrar direitos sobre as obras já em domínio público, recebida com "grande euforia", quase em ambiente de festa, pelas editoras do Rio".

É chegado, no entanto, o momento para rever as posições e reconhecer também o perigo de escrever e fazer campanha sobre o que não se conhece, pois, como se vê, o domínio público remunerado não é uma criação teratológica do direito brasileiro, atento a um princípio elementar da preservação e do fomento da cultura, e espraia-se, pouco a pouco, por todos os países do mundo, à vista de seus benefícios inegáveis.

Tem CARLOS MOUCHET toda razão ao observar não se dever esquecer que este uso não se realiza por cada componente da coletividade individualmente, mas através dos grandes usuários: editores, empresários, gravadores, estações de rádio e de TV, produtores de filmes etc.

> "Ninguno de estos usuarios pone el grito en el cielo, cuando se produce un aumento en el precio del papel para la impresión o cuando se eleva el costo de la mano de obra e de las maquinarias e instalaciones. Se limitam a agregar esos aumentos en los precios para el público. En cambio, assombra que aun haya quienes se resistan a pagar por el uso de la verdadera e insustituible materia prima, que es la creación intelectual, sin la cual los libros serían montones de hojas en blanco, el esce-

nario un vacío, el disco fonográfico una materia inerte, la radio y la televisión meros transmisores de noticiosos y de publicidad".

Aponta a razão dessa resistência: é que o domínio público gratuito não beneficia o usuário individual, mas o grande usuário, o industrial, o empresário. Não se tem notícia de que no teatro as entradas sejam mais econômicas quando a obra é de domínio público gratuito, ou mais baixo o preço do livro de um autor nas mesmas condições. Ao contrário, é muito comum que das obras clássicas façam-se edições luxuosas e, consequentemente, mais custosas.

"Em compensação, é evidente que as obras em domínio público gratuito fazem uma "concorrência" por assim dizer às obras de autores vivos, uma vez que são muito comuns os grandes usuários que preferem utilizar as obras pelas quais não devem pagar direitos de autor. Com o pagamento dos direitos pelas obras em domínio público a situação se nivela. E então, joga na escolha da obra a ser reproduzida, representada, gravada etc. sua qualidade, seu interesse para o público, e não uma mera razão de beneficiar-se com uma diferença de custos".

GUILHERME FIGUEIREDO, num contundente artigo, "O certo e o errado na Lei Autoral", **Revista de Teatro da SBAT** (março-abril 1977, p. 23 e 24), confessou a surpresa com que leu o mencionado artigo de CARLOS LACERDA, que ali diz "coisas graves, sendo a primeira delas justamente certa ignorância do legislador". Mas, assinala, invocando os antecedentes já mencionados, "não, porém, ignorância a ponto de ter "inventado" o domínio público remunerado, existente, segundo demonstra, há mais de meio século".

E adverte que CARLOS LACERDA, "naquele tempo membro da ABDE, e hoje "editor", não podia desconhecer o assunto e avançar "contra ele como se o domínio público remunerado fosse um Chefe de Estado inimigo".

Muita celeuma, como se vê, foi levantada a respeito daquela resolução. Não percebemos nela qualquer absurdo ou qualquer afronta às Convenções Internacionais, que não regulamentam a matéria. Parece mesmo oportuno considerar a necessidade de fixar alguns princípios a respeito, atendendo ao vulto das obras estrangeiras que podem ser aproveitadas. Cumpre ainda lembrar que há que distinguir entre a obra em domínio público e a tradução dessa obra, que é por sua vez trabalho que pode não ter caído em domínio público. O que, por outro lado, não impede que outras traduções, sem qualquer aproveitamento

das já existentes, possam ser levadas a efeito, recaindo assim sob a regulamentação do Conselho.

Editores e gravadores terão, pois, que se adaptar aos novos critérios. Parece altamente positiva a circunstância de se evitarem ou, pelo menos, diminuírem os perigos decorrentes de publicações de obras traduzidas já em vias de serem comercializadas por outros editores ou gravadores.

O assunto interessa não exclusivamente às editoras e às gravadoras, como também aos titulares de obras ainda não caídas em domínio público, uma vez que uma das conseqüências do estabelecimento do domínio público remunerado é fazer com que diminua a concorrência que às obras antigas possam fazer as recentes.

No tocante às sediças objeções relativas às obras clássicas e às estrangeiras, as tão fáceis ironizações, considerando o Estado "proprietário" dos direitos sobre a **Bíblia, a Divina Comédia** ou as obras de SHAKESPEARE, faz ver MOUCHET que os aparentes absurdos são decorrentes do erro de imbicar a instituição no setor do direito autoral, e considerar o Estado como sucessor dos inúmeros autores que existiram no passado. E com relação às obras estrangeiras, como poderia um Estado apropriar-se do patrimônio cultural pertencente a outros Estados?

Não deve olvidar-se — recomenda — que a obra, uma vez que deixou de ser inédita, sai de certo modo do controle do seu autor e, portanto, também das leis do país de seu autor ou do lugar em que foi criada.

"Sua difusão pode ser teoricamente universal e cada Estado se reserva o modo de regulamentar em seu aproveitamento econômico. Para proteger aos autores fora de seu território, deve o Estado celebrar tratados com outros países ou incorporar-se aos convênios multilaterais de proteção da obra intelectual.

Ao gravar o Estado as obras estrangeiras caídas em domínio público, não se atribui necessariamente a qualidade de proprietário da obra ou de sucessor do autor, mas está exercendo um ato de império sobre o conteúdo puramente econômico de determinadas atividades que ocorrem sobre sua jurisdição: a edição de um livro, a representação de uma obra, a transmissão por rádio ou TV etc.

A exclusão da obra estrangeira seria incongruente com uma das finalidades da instituição, que é estabelecer uma espécie de

igualdade no aproveitamento das obras em domínio público e no domínio privado.

Se fossem excluídas do domínio público remunerado as obras estrangeiras, não cabe a menor dúvida que os grandes usuários se dedicariam com avidez a usar de preferência essas obras, deslocando as dos autores nacionais".

6. O domínio público remunerado no âmbito internacional

Lembra GUILHERME FIGUEIREDO que na Comissão de Cooperação Intelectual da Sociedade das Nações, em 1927, foi debatido o problema, e graças a RUFFINI, representante italiano, que já vira o princípio do domínio público remunerado consagrado pela legislação da Itália de 1925, foi formulado um voto para o seu acolhimento pelas diversas legislações nacionais.

Era a primeira vitória do enunciado da Comissão nomeada em 1823 por LUIS XVIII para o estudo da duração dos direitos dos herdeiros, e da proposição de HETZEL ao Congresso de Bruxelas de 1858, para a criação de uma taxa de domínio público remunerado no valor de 5% do preço da obra. A proposição, que mereceu acolhida entusiástica de VICTOR HUGO, foi reproduzida em diversos projetos de lei, como os de LEBEY (1918), RAMELL (1921), POINSOT VIDAL (1923), e da Société de Gens de Lettres (1921-25), PLAISANT (1921), CONSTANS (1926), E HERRIOT (1927). Na Itália, a lei de 1925 consagrou-o com o valor de 5% e a de 1941 modificou-o para 3 e 2% (art. 177 ss.).

Acrescente-se que várias conferências internacionais recomendaram a instauração do domínio público remunerado.

Assim, a subcomissão da propriedade intelectual da Comissão de Cooperação Intelectual das Nações Unidas, em 1923, formulou voto de que, vencido o prazo de duração da lei, o direito de obter proveito devia ser exercido por uma Caixa Nacional de Letras e Artes, administrada pelos escritores e pelos artistas sob fiscalização funcionando para fins gerais.

Em 1927 a mesma Comissão adotou outra recomendação em favor do domínio público remunerado nas legislações nacionais, cujo fundamento se encontrava numa justa apreciação dos direitos do público diante do autor e seus sucessores.

A Conferência de Genebra convocada em 1952 pela UNESCO, que adotou a Convenção Universal, "formula o voto de que se submeta a estudo, em todos os países cujas instituições se prestem à adoção de

uma medida desta natureza, a possibilidade de criar o domínio tributário de conformidade com as modalidades que melhor se adaptem a cada um deles".

A II Sesión de Estudios Jurídicos Hispanoamericanos, realizada em Madri, de 30.4 a 5.6.1966, sob os auspícios do Instituto de Cultura Hispânica, com a colaboração dos "Bureaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle" (BIRPI), finalmente, formulou uma recomendação para que as legislações que estabelecem o domínio público remunerado provejam a instituição das garantias e limitações necessárias para que sempre se oriente em benefício do desenvolvimento da cultura e no dos próprios autores, sem adotar o caráter de um imposto ou tributo de caráter geral.

Não vemos por que não possa o CNDA cobrar pela concessão de autorização de publicação, no Brasil, de obras caídas em domínio público, mesmo em língua estrangeira, assim como ninguém poderá se opor ou reclamar pelo fato de obras de autores brasileiros, caídas em domínio público, serem publicadas em português ou traduzidas para qualquer outra língua, além fronteiras, contanto que não entrem no território nacional sem o pagamento correspondente.

O art. 5 da Convenção de Berna garante aos autores por ela protegidos os direitos que os países signatários concedem aos nacionais, por um período compreendendo a vida do autor e 50 anos depois da sua morte (art. 7, n. 1).

Não estende, pois, a proteção além desse período (domínio público), muito embora o art. 6, bis, salvaguarde os direitos morais independentemente dos patrimoniais, mesmo depois da cessão destes.

Tanto é verdade que o art. 18, n. 1, ressalva aplicar-se a Convenção a todas as obras que não tenham caído ainda no domínio público nos seus países de origem por ter expirado o prazo de proteção.

A alusão que faz a alínea 3a. às estipulações contidas nas convenções especiais já celebradas ou a celebrar confirma a conveniência de uma regulamentação internacional.

Salientam, tanto o **Bulletin**, vol. II, ns. 2-3, 1949, como o "Commentaire du supplément à la demande d'avis" da UNESCO que a expressão "domínio público remunerado" não é tomada por toda parte na mesma acepção. O conceito mais geralmente admitido é o seguinte: depois da expiração do prazo normal da proteção, isto é, quando a obra cai no domínio público, a utilização da obra não é livre como o seria no caso do domínio público normal gratuito: quem dela se utiliza deve pagar uma retribuição, geralmente recebida pelas sociedades de autores, que empregam esses recursos com finalidades

culturais ou para auxiliar os autores em estado de necessidade ou sua família. Em certos casos, também o Estado pode ser um dos beneficiários dessa instituição.

Além da URSS e França (desde 1936), reconhecem essa instituição em sua legislação: Uruguai (1937), Bulgária (1939), Itália (1941), Romênia (1946), Iugoslávia (1946), Hungria (1952), Argentina (1958), México (1963), Tchecoslováquia (1965), Chile (1970), Senegal (1973) e Portugal (1980).

Na Bulgária, no Uruguai e na Iugoslávia, toda e qualquer utilização de qualquer obra caída no domínio público está sujeita a uma retribuição.

Na Espanha, embora não haja disposição legal específica, os Estatutos da Sociedad General de Autores de España, aprovados pelo Decreto n. 1.163/69 do Chefe do Governo, atribuem à SGAE a incumbência de arrecadar os direitos de autores teatrais e musicais caídos em domínio público ou quaisquer outros atribuídos ao Estado.

Na Romênia, a edição e a representação das obras literárias dependem de uma retribuição, mesmo quando tenham caído em domínio público.

Com exceção da Bulgária, onde o domínio público não é remunerado senão durante vinte anos a partir do dia em que a obra caiu nesse domínio (após a proteção de 30 anos p.m.a.), a aplicação desse sistema não é submetida, em nenhum país, a qualquer limitação de tempo. Assim — salienta o **Bulletin** — os que utilizam obras de SHAKESPEARE ou de MOLIÈERE devem pagar uma retribuição. A lei italiana diz expressamente que as de origem estrangeira também estão sujeitas a esse pagamento. Nos outros países, parece que a mesma regra está subentendida.

Na Iugoslávia não se pode falar propriamente de um domínio público, pois a obra — quando o autor ou seus sub-rogados em direito deixam de ser protegidos — não cai em domínio público de qualquer, mas no do Estado. Essa eventualidade pode ser provocada seja pela expropriação, seja pela expiração do prazo normal de proteção.

Na Romênia, as taxas são expressas em percentagem (5% do preço de venda dos livros, 25% das entradas dos espetáculos).

A lei uruguaia dá incumbência ao Conselho dos Direitos de Autor de fixar a tarifa.

Na Itália, existe uma percentagem para as representações e execuções públicas (5-10%), mas os editores de livros pagam um **forfait.**

Os direitos relativos ao domínio público remunerado, provenientes das contribuições sobre representações, execuções públicas e emissões radiodifundidas, pertencem ao Estado, o qual, por sua vez, dá uma certa contribuição às caixas de assistência aos autores. As retribuições relativas à venda de obras em volumes vão inteiramente às caixas de assistência.

As estatísticas relativas às execuções — representações públicas e emissões radiofônicas, que produziram proventos de domínio público remunerado, foram crescendo de 1 milhão de liras em 1941 até 39 milhões em 1948.

Como decorrência da venda de obras em volumes, a Associação dos Editores Italianos pagou, por contrato, à Caixa Nacional de Socorro dos Escritores, em 1948, 5 milhões de liras e, em 1949, 5 milhões e meio de liras.

Na Bulgária, a metade das contribuições pertencem ao Tesouro, enquanto que a outra metade é paga à União dos Autores, a fim de auxiliar e garantir os trabalhadores culturais.

Na Argentina e no Uruguai, é antes cultural que assistencial a aplicação dos fundos provenientes do domínio público remunerado.

Bem se percebe que não faltará quem objete que se trata, na maioria, de países socialistas, e quem invoque o fato de a lei italiana ter sido instituída sob o regime fascista.

Ao que facilmente se retruca que na exemplarmente democrática França, pela lei de 25.2.1956, regulamentada por um decreto de 29.11.1956, a duração do direito do autor foi prolongada em benefício da Caixa Nacional de Letras, criada por lei de 11.10.1946, para fazer face às obrigações estatutárias.

Fundos obtidos, através da Société de Gens de Lettres, são recolhidos a uma Caixa das Letras e das Artes, dirigida pelo Ministério da Educação e Belas-Artes. Dela emanam subvenções a obras culturais, pensões a escritores e artistas, por velhice ou invalidez, mesmo auxílios destinados ao encorajamento de estreante.

Informa HENRI DESBOIS, **Le Droit d'Auteur en France** (Paris, Dalloz, 2a. ed., 1966, p. 383), que o domínio aberto à atividade da mencionada Caixa estende-se a "todos os direitos de autor, e a todos os modos de aproveitamento aos quais dá lugar a obra considerada", aditando o art. 16 que o prolongamento aplica-se "sejam quais forem as condições de utilização".

7. Revogação, não obstante, do domínio público remunerado

A Lei n. 7.123, de 12.9.1983, que em duas linhas revogou o

art. 93 e o inciso I do art. 120 da LDA teve origem num projeto nesse sentido do Senador LUIZ VIANA, que justificou sumariamente sua iniciativa atribuindo aqueles dispositivos a um "equívoco" e transcrevendo o libelo de CARLOS LACERDA (DCN, II, 17.3.1977, p. 369).

Isso não obstante uma lúcida apreciação, de 12.4.1983, da Dra. MÁRCIA REGINA BARBOSA MARQUES DA SILVA, do Codejur, lembrando que, aos 15.6.1977, o Colegiado do CNDA, ao manifestar-se a respeito, conforme se verifica do voto do relator CARLOS MATHIAS DE SOUSA, sem expender manifestação conclusiva, havia apenas abordado as possíveis vantagens ou desvantagens do instituto.

O precursor da idéia, entre nós, havia sido o deputado EUCLIDES FIGUEIREDO, pelo Projeto de Lei n. 234, que levara em consideração as resoluções de Congressos de Editores, e ao qual haviam aderido os líderes de todos os partidos e o que de mais expressivo contava o Congresso Nacional.

A proposição havia sido totalmente apoiada pela Comissão de Justiça da Câmara, presidida por AGAMENON MAGALHÃES, e baseada no relatório de PLÍNIO BARRETO, relator da matéria.

Embora não tivesse sido votado naquela legislatura, o fato demonstrava que a matéria de há muito era reclamada pela consciência nacional.

Posteriormente, outros projetos, na esteira do proposto por EUCLIDES FIGUEIREDO foram apresentados ao Congresso e dentro do já preconizado pelo eminente Ministro Philadelpho de Azevedo do Supremo Tribunal Federal, na sua antológica obra "Do direito moral do Escritor".

"Nos estudos que decorreram do ante-projeto do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos elaborado pelo Desembargador Milton Sebastião Barbosa, em 1967, a matéria foi acolhida e na douta Comissão, do qual resultou o trabalho definitivo enviado ao Ministério da Justiça, Comissão esta presidida pelo Ministro Cândido Mota Filho e composta pelo Desembargador Milton Sebastião Barbosa e Professor Antônio Chaves, o instituto foi com propriedade analisado e aceito. O ante-projeto resultante, conhecido nos meios interessados por Projeto Barbosa-Chaves, que mereceu do eminente Senador Franco Montoro a qualificação de ter sido o maior esforço feito neste país para regular tão importante matéria, foi também objeto de emenda substitutiva do projeto governamental que resultou na Lei n. 5.988/73".

Transcreve longo trecho da Justificação do Relator, ao encaminhar o Projeto ao Ministro da Justiça, para concluir que muito ao contrário do que pretendeu Carlos Lacerda, jornalista, editor e não jurista,

mestre em análises superficiais, a consagração do domínio público remunerado não decorreu, "como de hábito, de coisas que passam neste país subrepticiamente". Ao revés, decorreu do amadurecimento de uma idéia preconizada e defendida desde 1946.

> "Incorporando e integrando a esta nossa manifestação, como peça basilar, o inteiro teor do trabalho do Professor Antônio Chaves, sobre a questão, eis que o notável catedrático da Universidade de São Paulo é hoje uma das maiores autoridades mundiais em matéria de direitos de autor e na qual de maneira irrespondível se patenteia que, tal qual foi adotado em nossa legislação, com a criação do Fundo de Direito Autoral, que beneficia a cultura e toda comunidade intelectual, o domínio público remunerado brasileiro eliminou de maneira objetiva os inconvenientes do instituto, o Conselho Nacional de Direito Autoral, conclusivamente, manifesta a sua convicção que deva o projeto ser rejeitado pela sua profunda inoportunidade e inconveniência. No seu trabalho, o emérito Prof. Antônio Chaves, sem necessidade de maiores digressões, demonstra, à saciedade, que se há artigo escrito sobre matéria que não se conhece, sem dúvida alguma o de Carlos Lacerda, que serviu de justificativa ao projeto em estudo, é exemplo típico e antológico".

"Se o Egrégio Conselho Nacional, — concluía — ao invés de votar matéria que apenas atende a interesse de grupos, no caso os editores, se debruçar sobre a necessidade da codificação da matéria de tão rara importância nacional e internacional, como sugerido pelo projeto Barbosa-Chaves e preconizado pelo saudoso Plínio Barreto, Senador Franco Montoro e tantos ilustres juristas, certamente fará obra duradoura e abrangente".

Deixou-se, no entanto, o Congresso levar pelos grupos de pressão, favorecendo por essa forma não apenas as editoras que, pelos seus órgãos de classe, desfraldaram a bandeira da revogação dos dispositivos, como ainda as grandes empresas de comunicações, que voltaram a desfrutar livremente grande parte dessas obras em detrimento da produção atual, e, ainda, algumas associações de titulares de direitos e de muitos "fiscais" que aproveitam a confusão que reina para cobrar direitos indevidos, cujo destino ninguém consegue definir.

Mas o instituto não pode deixar de ser restabelecido, numa reforma corajosa da atual lei.

O art. 93 da lei dispunha, por sua vez, que a utilização por qualquer forma ou processo que não seja livre, das obras intelectuais pertencentes ao domínio público, depende de autorização do Conselho

Nacional de Direito Autoral — CNDA, órgão máximo na matéria, ao qual tudo fica praticamente subordinado, nos termos do art. 116.

Se a utilização visasse lucro, deveria ser recolhida ao mesmo Conselho a importância correspondente a 50% da que caberia ao autor da obra, salvo se se destinar a fins didáticos, caso em que essa percentagem se reduzirá a 10%.

Chegada finalmente a hora de pôr em execução o mandamento da lei, baixou aos 17.8.1976 o Conselho Nacional de Direito Autoral a resolução que faz depender (art. 4o.) de sua permissão não só a utilização das obras intelectuais **nacionais e estrangeiras** pertencentes ao domínio público, como também (art. 5o.) a **adaptação, tradução, arranjo ou orquestração** de obra nessas condições, de autorização expressa do CNDA. Objetivando lucro, deveria o requerente esclarecer em formulário específico, qual o trabalho que pretende executar.

Aqueles 50% que, na forma do referido art. 93 da lei, caberiam ao autor, foram assim considerados pelo art. 9o. da resolução:

> II — fonogramas, 4,2% (quatro vírgula dois por cento) sobre o preço de venda, sendo que, se em um mesmo suporte material houver obras que não pertençam ao domínio público, o cálculo será proporcional.

Em se tratando de utilização de obras com finalidades didáticas, os 10% que caberiam ao autor serão considerados (§ 2o. do art. 9o.):

a — para as hipóteses do item II, 0,84% sobre o preço de venda;

O disposto aplicava-se às representações de obras arranjadas, adaptadas, traduzidas e orquestradas (art. 10).

Pelo art. 13, o editor ou produtor que pretendesse utilizar obra pertencente ao domínio público era obrigado a facultar ao CNDA o exame da escrituração na parte que corresponde ao Fundo de Direito Autoral, bem como informá-lo sobre o estado da edição ou produção.

— E contra a exigência de uma "autorização" por parte do Estado que são unânimes as objeções.

Qualificando-a como contrária à própria natureza da instituição do domínio público, acusa-a DELIA LIPSZYC de dar lugar ao dirigismo estatal e à censura encoberta, o que é repetido por BRUNO JORGE HAMMES: seria confiar ao Estado o direito de selecionar o que é cultural, decidir o que vai ser divulgado e o que não vai ser.

A I Conferência Continental do Instituto Interamericano de Direito de Autor, reunida em São Paulo, aprovou aos 10.6.1977, a Resolução n. 27, pela qual "A livre utilização da obra, no domínio público, não pode ser impedida pelo requisito de autorização oficial, resguardada sempre a integridade da obra".

Ora, aí está: não é o domínio público remunerado que a maioria

dos juristas especializados repele, e sim a autorização **prévia** do Estado para a utilização das obras caídas em domínio. Tanto assim que se exige, muito acertadamente, que a integridade da obra seja resguardada, o que implica numa interferência do poder público para impedir a violação dos direitos morais.

O inconveniente será eliminado pela simples substituição daquela expressão que — reconheça-se — não foi feliz, por uma simples comunicação ao CNDA, indispensável não só para a cobrança de uma taxa mínima que precisa ser restabelecida à vista da sua indiscutível moralidade e utilidade, como ainda porque um cadastro de todas essas utilizações seria utilíssimo.

Não só ao Estado, para a cobrança da percentagem, como para os interessados, que poderiam evitar os inconvenientes de, por exemplo, duas ou três publicações contemporâneas de obras caídas no domínio público, que fatalmente acarretariam prejuízo a todos eles.

Não vemos por que não possa o CNDA cobrar já não mais pela "concessão" de autorização de publicação, no Brasil, de obras caídas em domínio público, mesmo em língua estrangeira, mas pela utilização, uma vez restabelecido o critério, dessas obras, assim como ninguém poderá se opor ou reclamar pelo fato de obras de autores brasileiros, caídas em domínio público, serem publicadas em português ou traduzidas para qualquer outra língua, além fronteiras, contanto que não entrem no território nacional sem o pagamento correspondente.

9. Natureza jurídica das quantias arrecadadas

Assinala DELIA LIPSZYC ponto de grande relevo e pouco versado: o domínio público não significa substituição pelo Estado aos herdeiros ou cessionários do autor na titularidade dos direitos econômicos sobre a obra. As quantias que por essa forma se arrecadam não apresentam qualquer caráter de contraprestação, como no caso das obras de domínio privado, mas oferecem **natureza impositiva.**

Cita, nesse sentido, a lição de CARLOS MOUCHET, **El domínio público pagante,** ps. 65, 66 e 67:

> "Se a obra saiu do domínio privado é porque **se extinguiu o direito de autor na esfera econômica.** Existe uma parte das instituições do direito de autor que subsiste depois da morte do criador intelectual e depois de extintos todos os prazos de aproveitamento econômico e é o chamado direito moral que é **perpétuo.** Esta perpetuidade se baseia na necessidade da defesa do patrimônio cultural da coletividade. Trata-se da proteção

e defesa da obra literária e artística como bem cultural, não meramente econômico. Caída a obra no domínio público interessa à coletividade que a mesma se mantenha em sua integridade artística, que não se omita o nome de seu criador, que não se omita ou modifique seu título que permite identificá-la, que a obra não se reproduza em forma imperfeita ou grosseira, etc. As medidas de ordem administrativa ou penal que o Estado pode adotar para a proteção, salvaguarda e defesa desse bem cultural não as exerce a título de herdeiro ou sucessor dos direitos do autor, mas como representante dos interesses da coletividade".

Localiza então, com MOUCHET, o fundamento e a natureza dos direitos que o Estado cobra pelo uso das obras que se encontram no domínio público remunerado, "imperium" que tem o Estado para gravar determinados atos de conteúdo econômico que se realizam **livremente,** sem necessidade de autorização prévia no território de sua jurisdição, como são a edição de um livro, a gravação de uma obra musical em disco, a produção de um filme, etc.

A natureza jurídica desse gravame consiste antes de mais nada em ser **contribuição** que o Estado exige dos habitantes do país quando realizam alguns atos previstos em relação com o uso ou aproveitamento das obras artísticas, em domínio público.

10. Sistemas derivados do domínio público remunerado; licença legal e licença obrigatória

O primeiro princípio, comenta JEAN VILBOIS, é o mais próximo do anterior: toma-se emprestado seu elemento fundamental. É, de todos os desmembrantes inventados para restringir o caráter absoluto e exclusivo do monopólio de aproveitamento concedido ao autor, o mais extenso e o mais grave.

Define-o como "um regime de proteção do direito de autor caracterizado pela liberdade concedida a todos de reproduzir ou de representar uma obra literária ou musical, já publicada sob a condição do pagamento de uma renda proporcional ou percentagem cuja taxa é fixada pela lei e cujo montante pertence exclusivamente ao titular do direito ou aos seus sucessores ou cessionários".

ROBERT PLAISANT afirma que o direito de autor parece ter chegado a uma curva da sua história, que a noção de direito privado é limitada, em certos países, pela ingerência da lei, mas que, no estado

atual do direito francês, o autor permanece ainda o único dono da sua obra, nenhuma disposição legal restringindo sua plena liberdade.

Lembra que o direito de propriedade literária e artística é reconhecido ao autor para favorecer o desenvolvimento da cultura, dando ao criador a recompensa legítima de seus esforços e de seu talento. Este monopólio da exploração nasceu de um compromisso entre as necessidades coletivas e as reivindicações individuais. É, portanto, compreensível que a parte atribuída a cada um destes elementos possa variar conforme as épocas e de acordo com os meios.

No decorrer do último século, em que as criações literárias e artísticas, assim como sua exploração, se apresentavam como um interesse essencialmente particular ou privado, parecia natural reconhecer sem reserva o direito exclusivo do autor.

Verifica-se, na época contemporânea, que estas mesmas obras prestam-se a importantes utilizações de caráter coletivo, solução que decorre tanto da extensão da cultura, como do fato de os instrumentos de difusão — disco, cinema, radiodifusão, principalmente — serem de poder incomparavelmente maior do que aquele de que se dispunha há um século.

> "É preciso ainda acrescentar que a multiplicação dos usos aos quais se prestam as obras literárias e artísticas tornam menos fácil a aplicação do princípio de acordo com o qual a obra não pode ser empregada sem o consentimento do autor. O pagamento de uma retribuição é fácil, a assinatura de um contrato o é menos".

Convence com um exemplo. a recepção pública e uma emissão pública de uma emissão radiofônica constituem uma nova representação e dão lugar ao exercício do direito de autor. Evidentemente, não é possível obrigar o utilizador que procede a esta recepção a obter o consentimento prévio do autor. Não é, então, necessário instaurar um sistema de licença obrigatória? Praticamente o problema está resolvido pelo fato de a quase totalidade dos autores exercerem seus direitos por intermédio das sociedades de percepção, as quais concedem permissão de pleno direito mediante o pagamento de uma retribuição conjunta.

O problema não seria exposto em toda sua complexidade se não se acrescentasse, do ponto de vista comparativo, que numerosos países estrangeiros que praticam o sistema de licença legal ou obrigatória estão a eles apegados e não pensam em renunciar.

É o que ocorre, antes de mais nada, com a URSS e com outros países colocados sob sua influência. Os autores beneficiam-se de direitos pecuniários que parecem ser frequentemente muito rendosos, mas

não dispõem livremente de suas obras em direito e, menos ainda, de fato.

Tivemos mesmo um exemplo, por sinal pouco feliz, de verdadeira licença legal, no Decreto-lei n. 980 de 20.10.1969, que manda retribuir na irrisória proporção de meio por cento sobre o preço da venda ao público do ingresso padronizado fornecido pelo Instituto Nacional do Cinema "os direitos autorais e os conexos relativos a obras lítero-musicais e fonogramas incluídos em filmes e exibidos nos cinemas ou executados nos intervalos das sessões".

É assim, em segundo lugar, em países bastante numerosos que reconhecem, em princípio, o direito exclusivo mas que o limitam em casos particulares por razões de interesse geral, mormente em matéria de gravação em fonograma ou de tradução.

Quanto a esta, determinados Estados entendem indispensável restringir as prerrogativas dos autores estrangeiros, para satisfazer necessidades culturais às quais as criações nacionais não bastam...

ROBERT PLAISANT repele, como mal fundada, a argüição de que, em virtude da intervenção das sociedades de percepção o sistema efetivamente praticado seja muito próximo do que resulta da licença obrigatória:

> "O autor conserva integralmente seu direito moral de que se pode temer ele seja ameaçado pelo sistema de licença, pelo menos de maneira indireta e a prazo. O autor, por intermédio das sociedades de percepção, mantém seu direito pecuniário com a sociedade de percepção que representa o autor e não pela lei, pelo juíz ou por um organismo administrativo constituído com essa finalidade. Uma análise exata desses dois regimes leva a verificar que eles são contraditórios e não análogos".

Acrescenta o tratadista que o sistema de licença acarreta quase necessariamente uma séria diminuição dos proventos pagos aos autores, pelo simples fato de que estes não poderiam mais defender-se, recusando seu concurso. Alguns serão tentados a pretender que o provento superior é obtido pelos autores em detrimento da coletividade e da cultura comum. "Eis aí, ainda uma vez, uma visão superficial da realidade".

Nos regimes tradicionais, o regime de reprodução livre coloca-se no interior do prazo de proteção, seja durante a própria vida do autor, seja, mais freqüentemente, depois de sua morte, subsistindo o direito pecuniário em proveito dos herdeiros. Apenas seu **quantum** difere e a obrigação da autorização prévia encontra-se diminuída ou abolida.

Por esse sistema, esclarece, o autor fica despojado de seu direito de livre disposição: não pode opor-se ao aproveitamento da obra, uma

vez que voluntariamente a tenha divulgado, publicando-a, nem colocar a esta exploração outras condições pecuniárias senão as fixadas na lei.

> "É permitido, com efeito, a qualquer pessoa reproduzir a obra, representá-la ou executá-la publicamente com uma finalidade de lucro, sob a única condição de satisfazer a retribuição legal ou de comprometer-se a pagá-la. Numa palavra, a obra está à disposição de todos como no sistema do "domínio público", mas o gozo não é gratuito, não pode ocorrer a não ser mediante o pagamento de um preço. A lei, quando admite semelhante regime de exploração, persegue com efeito uma dupla finalidade. Pretende garantir a existência do direito de autor: para tanto concede ao seu titular uma remuneração de que toma o cuidado de fixar a tarifa, e isso durante o tempo normal de proteção, durante o período de domínio privado".

Tem por finalidade a licença obrigatória evitar os possíveis abusos do direito exclusivo, que podem consistir na não exploração do direito, tendo por efeito retirar uma obra da circulação, no estabelecimento de exigências pecuniárias exorbitantes como condição da permissão de aproveitá-la, o que leva ao mesmo resultado, ou conceder a outorga de um monopólio a um industrial ou alguns em detrimento dos outros.

A cada uma dessas preocupações corresponde uma variedade da licença obrigatória: nos dois primeiros casos trata-se, principalmente, de carregar sobre a vontade do autor ou de seu sucessor ou cessionário para levá-lo a aproveitar ou a deixar explorar a obra por um terceiro ou a reduzir suas pretensões. A ameaça será suficiente a maior parte das vezes: em sua falta, forçar-se-á o consentimento mediante recurso a uma autoridade encarregada de exercer a sujeição após exame dos fatos e de arbitrar a remuneração legitimamente devida. A licença dependerá, então, da decisão de um árbitro ou de um juíz.

A terceira hipótese apresenta-se diferentemente: visa especialmente a indústria dos instrumentos mecânicos de reprodução sonora. Aqui não se deseja forçar o consentimento do autor à utilização de sua obra pelo procedimento considerado. ele tem interesse nessa utilização e a autorizará, o mais freqüentemente, de bom grado. Mas quer-se evitar o monopólio: a autorização uma vez considerada não pode ser exclusivamente em benefício de um só em razão dos interesses materiais empenhados, outros devem poder usar desta primeira autorização ou obter novas.

Formulando-se, então, ao titular do direito de autor um primeiro pedido de autorização, a fim de adaptar sua obra aos instrumentos destinados a reproduzí-la mecanicamente e de tirar exemplares múlti-

plos para uma edição subseqüente, ele conserva em princípio a faculdade absoluta de aceitar ou de recusar. Neste último caso nenhum recurso é possível, sua vontade dita lei: a obra não será adaptada. Se ele, ao contrário, deixa uma primeira vez adaptar ou reproduzir a obra por um terceiro, ou nessa adaptação a lei intervém e diz que ele será obrigado a conceder ulteriormente autorizações semelhantes aos outros empresários ou que estes últimos, argüindo a primeira concessão, poderão entregar-se a uma utilização idêntica da obra. Em todos os casos uma condição é posta a este aproveitamento: a da retribuição. O sistema diferencia-se, portanto, da porcentagem legal, uma vez que supõe na origem um ato de vontade do autor ou de seu representante: da sua decisão depende todo o jogo da **licença obrigatória.**

Por entre outras considerações, encarece o tratadista que a fisionomia geral deste sistema, de grande importância no setor dos direitos músico-mecânicos, sofre numerosas variações de acordo com a finalidade a que se propõe atender.

> "Muito freqüentemente também, cometem-se erros de terminologia, classificando-se sob a rubrica **licença obrigatória** tentativas que se relacionam mais exatamente à **percentagem legal.**
>
> Esta última se caracteriza, a seu ver, por seu automatismo: desde que se ofereça o pagamento tarifado pela lei a utilização da obra é lícita. O autor recebe uma simples notificação; não se lhe pede aquiescência, e ele não pode apresentar outras condições senão o recebimento da taxa prevista. Ao contrário, cada vez que alguém deve dirigir-se ao autor para pedir-lhe uma permissão já concedida a outrem ou mesmo simplesmente indagar das suas exigências pecuniárias, cada vez que as partes dispõem de um recurso a uma autoridade arbitral ou judiciária, diremos que existe **licença obrigatória:** nestes casos, com efeito, o aproveitamento da obra não se torna lícito senão após acordo das partes, obtido amigavelmente ou imposto pelo juíz.
>
> Todo usuário que queira tomar a iniciativa de uma edição do domínio público deverá subscrever uma declaração prévia indicando sua intenção, o título da obra, o número de exemplares, o formato, o preço de venda, a data provável da colocação em circulação"[4].

Qualquer empresário que pretenda organizar uma representação ou execução de uma obra de domínio público deverá também avisar previamente a associação competente, proporcionando as indicações necessárias para permitir a verificação, comprometendo-se, igualmente, a pagar a retribuição devida e, além disso, a remeter o programa exato da sessão com nota da receita obtida.

Em vista da incerteza da terminologia nesta matéria, propõe entender-se:

> **Por licença obrigatória:** autorização legal de aproveitar uma obra sob a única forma pela qual ela foi entregue ao público, nas mesmas condições em que o autor já consentiu anteriormente.
>
> **Por licença legal:** a autorização legal de utilizar, sob uma forma qualquer, uma obra entregue ao público, sob reserva do direito ao respeito, contra uma retribuição fixada pelo juíz ou qualquer outro organismo, em falta de acordo.

Verifica que a licença obrigatória é uma extensão de um contrato pré-existente, e a licença legal, um título inteiramente novo, em virtude do qual a obra pode ser utilizada.

A primeira leva, portanto, ao direito exclusivo uma ofensa menos grave que a segunda.

Apresenta os seguintes exemplos:

Quando um autor já fez representar uma peça, ocorrerá licença legal se for permitido a um posto de radiodifusão retirar desta peça uma adaptação radiofônica.

Desde que o autor tenha feito representar uma peça, existe licença obrigatória se é permitido a um outro teatro representar esta peça nas mesmas condições que haviam sido concedidas pelo autor na primeira vez.

Através dessa licença obrigatória é que terá de ser resolvido, mais cedo ou mais tarde, o problema da reprografia.

O sistema outra coisa não visa senão facilitar o acesso às obras impressas ou gravações, com abstração do consentimento do titular do direito de autor para o aproveitamento de obra sua anteriormente divulgada, contanto que a divulgação se processe pelo mesmo sistema, mediante remuneração e completa salvaguarda dos seus direitos morais.

O que é que, essencialmente, pretendem os autores?

Substancialmente, uma retribuição eqüitativa pela utilização de suas obras.

Se até há poucos anos a sua aquiescência era considerada indispensável, caso por caso, a facilidade, a rapidez e a multiplicação dos meios pelos quais se opera a multiplicação tornam impraticável o sistema. Terá que abrir mão da possibilidade de regatear o preço ou de obter melhores condições, recebendo, em troca, a segurança de um pagamento não inferior ao que é comumente aceito pelas obras congêneres, redundando a facilidade que é obrigado a conceder na multiplicação dos proventos que, de resto, por outra forma não receberia.

Mas, para que a cada um dos autores seja concedida a oportuni-

dade de evitar que fique prejudicado na percepção dos proventos devidos pela utilização indiscriminada dos seus trabalhos frente ao público, deverão, juntamente com os editores, unir-se numa entidade que os represente, encarregada do recolhimento dos pagamentos e da entrega do respectivo montante a quem de direito.

Com efeito, a simples consideração de que pode haver milhares de pessoas, nas mais diversificadas e distantes localidades, desejosas de obter cópias de algumas páginas de um livro, de uma revista ou de um jornal, sendo-lhes praticamente impossível conseguirem todas as informações sobre o autor — se está vivo, onde reside, se deixou sucessores, se transmitiu seus direitos a cessionários, quais são, onde se encontram etc., — patenteia a impraticabilidade do velho sistema.

Mesmo que soubessem todos de seu paradeiro, seu telefone tilintaria 100 vezes por dia, e precisaria pagar um secretário para responder a todas as cartas pedindo autorização.

Bem patente, pois, que o pedido de licença, caso por caso, precisa ser substituído por expediente mais simples, mais racional, que opere mediante os poderes conferidos pelos autores e pelas editoras coletivamente considerados, a uma entidade a ser constituída para tal fim, que os represente em todos os estabelecimentos ou entidades que ponham em funcionamento aparelhos reprográficos.

Mas o direito de associação não é livre? Não poderão, um ou muitos autores ou editores recusar-se a aderir a essa entidade?

Sem dúvida. Mas estarão contrariando seus próprios interesses, pois terão que defender pessoalmente, ou por outra pessoa ou entidade, seus direitos, fazendo aquela verificação, aparelho por aparelho, da eventual violação de suas prerrogativas, que é praticamente impossível para cada um, isoladamente, com resultados insignificantes e com enorme prejuízo para a ação que possa ser desenvolvida coletivamente.

Bibliografia

CHAVES, Antônio — Direito Autoral de Radiodifusão, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1952, ps. 444 — 453.

DOZORTSEV, V — Les Editeurs, les Producteurs de Phonogrammes et de Videogrammes et la Protection des Oeuvres du Domaine Public, Doc. PRS/CPY/DP/CEG/I/7, apresentado ao Comitê de Peritos Governamentais sobre a proteção das obras do domínio público, da UNESCO, reunido em Paris de 17 a 21.01.1983, 16 ps. mimeografadas.

FIGUEIREDO, Guilherme — Defesa de alguns pontos capitais do Projeto de lei de direito autoral, Diário do Congresso Nacional de 18.11.1947, p. 8.157 e ss.

HAMMES, Bruno Jorge — O Domínio Público Remunerado, Estudos Jurídicos, n. 39, 1984, p. 39-52.

LIPSZYC, Delia — Domínio Público, 14 folhas mimeografadas sem indicações.

MOUCHET, Carlos — El Domínio Público Pagante, Buenos Aires, Fundo Nacional de las Artes, 1970, 182 ps.

PLAZAS, Arcadio — El Dominio Pagante en la Legislacion Colombiana, RIDI, 2(2), 1979, ps. 40 — 48.

VILBOIS, Jean — Du Domaine Public Payant en Matière de Droit d'Auter, Paris, Sirey, 1929, 544 ps.

O NOVO CÓDIGO PENAL – PRINCIPAIS INOVAÇÕES (*)

LICÍNIO LEAL BARBOSA
Livre-Docente de Direito Penal
Diretor da Faculdade de Direito
da Universidade Federal de Goiás – UFG

Sumário – 1. Introdução. 2. Estrutura. 3. Aplicação da lei penal. 4. Do Crime. 5. Imputabilidade penal. 6. Do concurso de pessoas. 7. Das Penas, em geral. 8. Penas privativas de liberdade. 9. Das penas restritivas de direitos. 10. Prestação de serviços à comunidade. 11. Interdição temporária de direitos. 12. Limitação de fim de semana. 13. Da pena de multa. 14. Cominação das penas. 15. Aplicação da pena. 16. Crime continuado. 17. Suspensão condicional da pena. 18. Do Livramento condicional. 19. Efeitos da condenação. 20. Da reabilitação. 21. Medidas de segurança. 22. Extinção da punibilidade. 23. Da prescrição. 24. Do Perdão Judicial. 25. Considerações Finais.

1. Introdução

A saga do novo Código Penal brasileiro, recentemente promulgado, na sua Parte Geral, pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, publicada no "Diário Oficial" da União de 13 do mês em foco, se inicia, oficialmente, nos primórdios dos anos sessenta quando, em 1961, o então Presidente Jânio Quadros incumbiu o saudoso Ministro Nélson Hungria de elaborar o Anteprojeto de um Código Penal que correspondesse, cerca de vinte anos após a vigência do Código Alcântara Machado, às expectativas da consciência jurídica, hodierna, em todo

(*) A matéria ora refundida foi originalmente publicada, em série de vinte artigos, na coluna "Direito e Justiça" de "O Popular", Goiânia-Go.

o País. Aceita a incumbência, o Anteprojeto seria apresentado dois anos após, já no Governo João Goulart, a partir de quando, publicado para receber sugestões, seria objeto da mais acendrada discussão que uma proposta de diploma legal, no âmbito penal, já provocou entre nós.

Logo no primeiro ano do ciclo revolucionário de 1964, o saudoso Ministro Milton Campos designou uma Comissão Revisora, composta do próprio Nélson Hungria, e dos penalistas Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. Comissão que o Ministro Luiz Antônio da Gama e Silva refundiria, com a finalidade específica de oferecer ao governo a redação final do Anteprojeto, e que foi constituída de Benjamin Moraes Filho, Heleno Cláudio Fragoso e Ivo D'Aquino. Dessa ilustre Comissão, sairia o texto promulgado pelo Decreto-lei 1.004, de 21.10.1969, que, pelo seu art. 407, deveria entrar em vigor a 1o. de janeiro de 1970. Todavia, pela Mensagem n. 260, de 22.8.73, o Presidente Emílio Médici, sendo Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, propôs ao Congresso Nacional a reformulação do chamado Código de 1969, proposta que resultou na Lei 6.016, de 31.12.73, que lhe alterou vários dispositivos. A seguir viriam as leis proteladoras do início da vigência daquele diploma: Lei n. 5.573, de 1o.12.69; Lei 5.597, de 31.7.70; Lei 5.749, de 1o.12.71; Lei 5.857, de 7.12.72; Lei 6.063, de 27.7.74, que condicionou a vigência daquele diploma à vigência do novo Código de Processo Penal, ainda em elaboração. Finalmente, a Lei n. 6.578, de 11.10.1978, que expressamente revogou o Código de 1969 e as leis que o alteraram.

A Lei n. 7.209/84, que passarei a abordar — cujo art. 5o. prevê sua vigência a partir de 13 de janeiro de 1965, tem sua gênese na Portaria n. 1.043, de 27.11.80, do Ministro Abi-Ackel, constituindo uma Comissão composta de Francisco de Assis Toledo (presidente), F. de Assis Serrano Neves (de saudosa memória), Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Jr., Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti, a qual apresentaria, a 18 de fevereiro de 1981, ao Ministro da Justiça, o Anteprojeto da Parte Geral. Trabalho que seria revisto por uma nova Comissão constituída de Francisco de Assis Toledo, Dínio de Santis Garcia, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Jr.

2. Estrutura

O chamado novo Código Penal, recentemente promulgado pela Lei n. 7.209, de 11.7.84, não é, em verdade, um novo diploma legal, mas o mesmo Código Alcântara Machado, de 1940, profundamente alterado, embora com a mesma estrutura. Com efeito, já a ementa da referida lei autoriza esta ilação: "Altera dispositivos do Decreto-lei n 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal, e dá outras providências".

Contém, o novo diploma penal, cinco artigos: a) no art. 1o. — dá nova redação aos cento e vinte artigos que compõem a Parte Geral do vigente Código Penal, distribuídos por oito títulos, cuidando dos mesmos temas e, basicamente, adotando a mesma terminologia, exceto o título III, "Da Imputabilidade penal" (em vez de "Da Responsabilidade"), e o título IV, "Do Concurso de pessoas" (em vez de "Da Co-autoria"); b) — o art. 2o. cancela, na Parte Especial do Código Penal vigente, e nas leis penais especiais, "quaisquer referências a valores de multas, substituindo-se a expressão **multa de por multa"** (grifos no original); c) — o art. 3o., **caput**, da Lei n. 7.209/84, assinala que, "dentro de um ano, a contar da vigência desta lei (ou seja, a partir de 13 de janeiro de 1985), a União, Estados, Distrito Federal e Territórios tomarão as providências necessárias para a efetiva execução das penas restritivas de direitos (que são "prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana"), sem prejuízo da imediata aplicação e do cumprimento dessas penas onde seja isso possível". No parágrafo único desse artigo (3o.), é explicitado que, "nas comarcas onde ainda não for possível a execução das penas previstas nos incisos I e III do art. 43 do Cód. Penal (que dispõem sobre a "prestação de serviços à comunidade" e a "limitação de fim de semana"), poderá o juiz, até o vencimento do prazo de que trata este artigo (ou seja, no prazo de um ano), optar pela concessão da suspensão condicional, observado, no que couber, o disposto nos arts. 77 (que cuida dos "requisitos da suspensão da pena") a 82 (ou seja, toda a matéria concernente, no novo Código ao **sursis**); d) — o art. 4o. estabelece que "o Poder Executivo fará republicar o Código Penal com seu texto atualizado"; e) — e o 5o. e último artigo da Lei 7.209/84 trata da **vacatio legis**, de seis meses, pelo que essa lei, como já destacado, entrará em vigor a 13 de janeiro de 1985. Melhor seria que houvesse estabelecido, como o fez o Decreto-lei 2.848/40, no seu art. 361, que o novo Código entraria em vigor a 1o. de janeiro (aquele Código passou a vigorar, como é sabido, a 1o. de janeiro de 1942, embora promulgado a 7.12.1940).

Em suma: dos cinco artigos que compõem a Lei n. 7.209/84, um (o art. 1o.) altera toda a Parte Geral do Código Penal de 1940; dois (o 2o. e o 4o.) são **disposições gerais**; um outro (o art. 3o. e seu

parágrafo único) são **disposições transitórias;** e o último, (o 5o.) constitui **disposições finais.**

3. Aplicação da lei penal

O primeiro título do Código é matéria da maior significação, eis que cuida não só de como a lei deve ser aplicada, com relação à Parte Especial, principalmente no que concerne às leis penais especiais. Tanto as infrações praticadas no Brasil, como as praticadas no exterior. Trata da lei penal, no tempo e no espaço. Principais inovações, — as referentes ao **tempo** do crime, ao **lugar** do crime, à territorialidade, e à extraterritorialidade.

I — **Tempo do crime** — O novo Código disciplina a matéria no art. 4o., com a seguinte redação: "Considera-se praticado o crime no **momento da ação ou omissão,** ainda que outro seja o momento do resultado". (grifou-se). Consagrou, assim, a teoria da **atividade.** O instituto tem significação de cunho prático, eis que, nos crimes não-instantâneos, um pode ser o momento dos **atos executórios,** e outro o da **consumação.** E, entre um e outro momentos, pode mudar a lei. Não confundir o **tempo do crime** ou **tempus delicti,** com o instituto da **lei penal no tempo,** que o novo Código define no art. 2o, basicamente com o mesmo conteúdo da matéria no Código Penal vigente. O instituto da **lei penal no tempo** dispõe que "ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória". Enquanto que, sob o mesmo **nomen juris,** — "a lei penal no tempo" — o art. 2o. do Código Penal vigente se refere "ao julgado por sentença condenatória **irrecorrível".** (Grifou-se).

II — **Lugar do crime** — O Código Penal vigente descreve, inadequadamente, o **locus delicti,** no art. 4o., confundindo o instituto com o da **territorialidade.** O novo Código Penal (Lei 7.209/84) distinguiu ambos os institutos. Previu o **lugar do crime** no art. 6o.: "Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado". É a consagração do princípio da **universalidade** ou da **justiça universal.**

III — **Territorialidade** — O novo Código previu o instituto no art. 5o.: "Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional". É princípio que caracteriza a soberania nacional. Neste particular, houve avanços consideráveis, nas previsões dos §§ 1o. e 2o., onde se equiparam a **território nacional** as "embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro, onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto mar" (§ 1o./art. 5o.). Bem assim se considera **extensão** do território nacional tanto as **aeronaves** quanto as **embarcações** estrangeiras, mas de propriedade privada, desde que aquelas estejam "em pouso no território nacional ou em vôo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil". É o chamado território nacional, **por extensão.**

IV — **Extraterritorialidade** — É o prolongamento do território nacional, além das hipóteses assinaladas no princípio da **territorialidade, por extensão.** Pelo princípio da **extraterritorialidade,** aplica-se, igualmente, a lei brasileira, mesmo ao crime cometido fora do território nacional. O novo Código Penal introduziu algumas inovações. Por exemplo. Estarão sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: **a)** — Os crimes contra a sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público (art. 7o., inc. I, letra "b", **in fine**); **b)** — "O genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil" (a matéria era prevista em lei especial, a Lei 2.889, de 1o. de outubro de 1956, não prevendo o crime o Código Penal vigente); **c)** — Os crimes "praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados".

V — **Outras considerações** — Ainda quanto à aplicação da lei penal, o novo Código traz algumas inovações: **a)** — a sentença penal estrangeira não mais tem efeito quanto a **penas acessórias,** que deixam de existir; **b)** — quanto à pena pecuniária, são desprezadas as **frações de cruzeiros,** em vez de **centavos,** como no Código Penal vigente.

4. Do crime

O título **do crime** que, na Lei 7.209/84, está distribuído do art. 13 ao art. 25, inclusive, — teve, nessa nova codificação, tratamento especial. Com efeito, várias foram as inovações: **a)** — superveniência de causa **relativamente** independente; **b)** — relevância da omissão; **c)** — arrependimento posterior; **d)** — agravação pelo resultado; **e)** — erro sobre elemento do tipo; **f)** — erro sobre a ilicitude do fato; **g)** — erro evitável; h) — excesso punível.

I — **Superveniência de causa relativamente independente** — No

§ 1o. do art. 13, o novo Código dirime, de vez, a dúvida a propósito da superveniência de causa, à prática do crime. Se a **causa superveniente** ao fato criminoso é **relativamente independente,** excluída estará a imputação quando, por si só, produziu o resultado. Somente se imputam ao agente "os fatos anteriores".

II — **Relevância da omissão** — Norma explicativa, está prevista no § 2o. do referido art. 13, com vistas à explicação do que seja omissão penalmente relevante: " . . . Quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado" (§ 2o./art. 13, primeira parte). "O dever de agir incumbe a quem: **a)** — tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; **b)** — de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; **c)** — com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado" (§ 2o., segunda parte, do art. 13).

III — **Arrependimento posterior** — como o próprio nome indica, trata-se de hipótese em que o agente, após praticar o crime "sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou queixa, por ato voluntário do agente", está a merecer tratamento especial, perante o órgão jurisdicional. Verificado que o agente, **após** o crime, se arrependeu e manifestou, por atos inequívocos, seu arrependimento, nas hipóteses assinaladas, — "a pena será reduzida de um a dois terços", como se fora mera **tentativa** criminosa.

IV — **Agravação pelo resultado** — Trata-se dos **crimes qualificados pelo resultado,** também chamados **preterintencionais.** Como, no Código Penal vigente, a matéria ficou dubiamente situada, levando à conclusão de que o Código de 40 previu ou admitiu a **responsabilidade objetiva,** é que o novo Código explicitou que, "pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos **culposamente"** (grifou-se). Ou seja, quando tenha agido com culpa, **stricto** ou **lato sensu.** Sem o que, o resultado mais grave não agrava a pena. (Art. 19).

V) **Erro sobre elemento do tipo** — É o erro de tipo, da doutrina alemã ("Tatbestandsirrtum"). Prevê que o "erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei" (art. 20, **caput**). No § 1o., sob o **nomen juris** "descriminantes putativas", prevê, o novo Código, hipótese disciplinada no Código Penal vigente, no art. 17, **caput,** sob a denominação de **erro de fato.** E no § 3o. do mesmo art. 20, o novo Código disciplina o "erro sobre a pessoa", espécie de **aberratio,** ou, especificamente, **aberratio personae,** que o Código Penal de 40 situa no art. 53, segunda parte, no capítulo **da aplicação da pena.**

V — **Erro sobre a ilicitude do fato** — Está cristalizado no art. 21, **caput.** É o erro de proibição, da moderna doutrina alemã ("Verbotsirrtum"), que o Código Penal vigente, no art. 16, define como "ignorância ou erro de direito", de certa forma inadequadamente. Mas inova, quando dispõe que "o erro sobre a ilicitude do fato, se **inevitável,** isenta de pena; se **evitável,** poderá diminuí-la de um sexto a um terço" (grifou-se). E, no parágrafo único do mesmo art. 21, define o **erro evitável** " . . . Se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência".

VI — **Erro sobre a ilicitude do fato** — Está cristalizado no art. 21, **caput.** É o erro de proibição, da moderna doutrina alemã ("Verbosirrtum"), que o Código Penal vigente, no art. 16, define como "ignorância ou erro de direito", de certa forma inadequadamente. Mas inova, quando dispõe que "o erro sobre a ilicitude do fato, se **inevitável,** isenta de pena; se **evitável,** poderá diminuí-la de um sexto a um terço" (grifou-se). E, no parágrafo único do mesmo art. 21, define o **erro evitável** " . . . Se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência".

VII — **Excesso punível** — Pelo Código Penal vigente, só é punível o **excesso culposo,** e quando se trate da **legítima defesa** (art. 21, parágrafo único). O novo Código Penal inova, prevendo tanto o excesso **culposo,** quanto o **doloso.** Não exclusivamente no caso de legítima defesa, mas, igualmente, das **outras causas** de "exclusão de ilicitude": estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal, exercício regular de direito.

Inovações que merecem aplauso.

5. Imputabilidade penal

Deste instituto, o novo Código trata, no título III, sob idêntica epígrafe, nos arts. 26 **usque** 28. Houve, aqui, alteração da terminologia, no que tange ao Código Penal de 40, que preferiu a epígrafe "da responsabilidade", — expressões que não são, propriamente, sinônimas. Eis que a **imputabilidade** é pressuposto da **responsabilidade** penal.

Principalmente inovação: adotou, o novo Código, o **sistema vicariante,** isto é, o agente ou responde pela **pena,** ou se lhe aplica uma **medida de segurança.** Em lugar do **sistema do duplo binário,** adotado pelo Código de '40, — que autoriza a aplicação de **pena e medida de segurança,** simultaneamente, ao condenado. O art. 26, **caput,** que de-

fine a **inimputabilidade absoluta,** deve ser examinado em confronto com o art. 97, **caput,** que preconiza a **internação** "em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado". Essa **internação,** contudo, pode ser substituída por **tratamento ambulatorial,** — ambas, medidas de segurança, — "Se o fato previsto como crime for punível com detenção". Se, por outro lado, o agente for **relativamente inimputável,** hipótese prevista no parágrafo único do art. 26, — e o condenado necessitar "de especial tratamento curativo, a pena privativa da liberdade pode ser substituída pela **internação,** ou **tratamento ambulatorial,** pelo prazo mínimo de um a três anos", **ex vi** do art. 28 do novo diploma. Essa substitutividade da **pena** pela **medida de segurança** constitui medida **alternativa,** que abre, ao magistrado, um mais amplo campo de manobra, permitindo-lhe individualizar adequado tratamento penal ao condenado.

6. Do concurso de pessoas

O instituto que, no Código de '40, tem o **nomen juris** de "co-autoria" é tratado no **título IV,** arts. 29 **usque** 31. Essa alteração terminológica é mais que mera mudança formal. Com ela, pretende, o novo Código, romper com a teoria **monística,** do Código de '40, distinguindo entre **autoria** e **participação.** Na exposição de Motivos, o Ministro Abi-Ackel afirma: " . . . A co-autoria não esgota as hipóteses do **concursus delinquentium".**

Como corolário dessa postura doutrinária, o novo diploma estabelece que cada agente responde penalmente, "na medida de sua culpabilidade" (art. 29, **in fine**). Doutra parte, fixa que, "se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço" da pena cominável ao agente principal, ou autor. (Art. 29, § 1o.).

Por fim, desloca do capítulo "da aplicação da pena", — art. 48, parágrafo único, do Código de '40, — para o título em foco ("do concurso de pessoas"), a "atenuação especial da pena", na hipótese de "algum dos concorrentes" ter querido "participar de crime menos grave". Caso em que "ser-lhe-á aplicada a pena deste" (art. 29, § 2o., primeira parte). Se era "previsível o resultado mais grave", a "pena será aumentada de metade" (art. 29, § 2o., segunda parte).

7. Das penas, em geral

Das penas: este, o centro das inovações introduzidas pelo novo

estatuto penal. Dedicou-lhe, a Lei 7.209/84, os arts. 33 **usque** 95, inclusive, — todo o título V.

Logo de início, uma alteração, quanto às espécies de penas: a **eliminação das penas acessórias.** Assim, desaparece a dicotomia existente no Código Penal vigente, — que estabelece a grande divisão das penas entre **principais e acessórias.** E as primeiras subdividindo-se em reclusão, detenção e multa (art. 28). Em vez disso, o novo estatuto penal, no art. 32, dispõe: "As penas são: I — privativas de liberdade; II — restritivas de direitos; III — de multa".

8. Penas privativas de liberdade

São as penas tradicionais de **reclusão** e **detenção.** Mas aqui já começam as primeiras alterações. Dispõe o art. 33 que "a pena de **reclusão** deve ser cumprida em **regime fechado, semi-aberto** ou **aberto.** A de **detenção** em regime **semi-aberto** ou **aberto,** salvo necessidade de transferência a regime fechado". (Grifou-se). Isto quer dizer que, em princípio, a detenção não será, salvo excepcionalmente, cumprida em regime fechado. Por **regime fechado** entende-se "a execução da pena em estabelecimento de **segurança máxima** ou **média"** (Grifou-se. Art. 33, § 1o., "a"). Considera-se **semi-aberto** o regime em que "a execução da pena" se verifica "em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar" (Grifou-se. Art. 33, § 1o., "b"). Já o regime **aberto** é aquele no qual "a execução da pena" se dá "em caso de **albergado** ou estabelecimento adequado" (grifou-se/art. 33, § 1o., "c").

Preconiza-se a **progressividade** no cumprimento das penas privativas da liberdade, partindo-se do regime **fechado,** passando pelo **semi-aberto,** até chegar ao regime **aberto.** Em princípio, "o condenado a **pena superior a oito anos** deverá começar a cumpri-la em regime fechado"; se não se trata de reincidente, o condenado a pena **"superior a quatro anos** e (que) **não exceda a oito,** poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime **semi-aberto"** por último, se se trata de não-reincidente, condenado a pena **"igual** ou **inferior a quatro anos,** poderá, desde o início, cumpri-la em regime **aberto"** (grifou-se/art. 33, § 2o., letras "a", "b" e "c"). Os critérios, para verificar-se qual o **regime inicial,** estão delineados no capítulo "da aplicação da pena", art. 59 **usque** 76, e levarão em conta, igualmente, o "comportamento da vítima", ao mesmo tempo que os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, além dos motivos, circunstâncias e conseqüências do crime.

Se o condenado for cumprir a **reclusão** inicialmente em **regi-**

me fechado, submeter-se-á a **"exame criminológico** de classificação para individualização da execução" (art. 34). (Grifou-se).

Admite-se "o trabalho externo (. . .) no **regime fechado",** no serviço ou obras públicas (grifou-se). Se se trata de condenado sujeito ao regime **semi-aberto,** — devendo, pois, cumprir a pena em "colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar", além do trabalho externo, como direito, o sentenciado poderá frequentar "cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior" (art. 35 e §§ 1o. e 2o.).

O **regime aberto** não tem qualquer aparato policial nem restritivo da liberdade, baseando-se "na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado" (art. 36, **caput**).

Deu-se especial destaque aos **direitos do preso:** "o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o **respeito à sua integridade física e moral"** (grifou-se/art. 38). Como desdobramento desta previsão, assegura, o novo estatuto, a remuneração do trabalho do presidiário, garantindo-se-lhe "os benefícios da Previdência Social", — direitos que, todavia, deverão ser regulamentados por "legislação especial" (arts. 38 **usque** 40).

O Código Penal vigente, no seu art. 30 e §§ 1o. **usque** 7o., com as alterações introduzidas pela Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, já previa alguns dos preconícios que o novo estatuto penal estabelece como inovações. Todavia, com uma impropriedade gritante: é que o art. 30, referido, § 6o., prevê que "deverão ser regulamentadas por **lei local** ou, à sua falta, por provimento do Conselho Superior da Magistratura ou órgão equivalente", as concessões outorgadas pelo juiz ao condenado. Pois é sabido que constitui competência privativa da União legislar sobre **regime penitenciário, ex vi** do art. 3o., inc. XVII, letra **c, in fine,** da Contituição Federal vigente.

9. Das Penas restritivas de direitos

Outra inovação significativa, introduzida pela Lei 7.209/84. No art. 43, o novo Código define as **penas restritivas de direitos:** I — prestação de serviços à comunidade; II — interdição temporária de direitos; III — limitação de fim de semana. Guardam estreita relação com as **penas acessórias** do Código Penal vigente, alinhadas no art. 67: I — a perda de função pública, eletiva ou de nomeação; II — as interdições de direitos; III — e a publicação da sentença. Mas divergem destas, — que somente se aplicam cumulativamente com as **penas principais,** reclusão, detenção e multa. Enquanto as **penas restritivas de direitos**

são "autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I — aplicada pena privativa de liberdade inferior a um ano ou se o crime for culposo; II — o réu não for reincidente; III — a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente" (art. 44, **caput**). Essa **substitutividade** das penas **privativas** da liberdade, pelas restritivas de direitos, é uma das cracterísticas fundamentais das novas espécies de penas. O que lhes dá uma conotação de medidas alternativas.

Doutra parte, o inverso também pode verificar-se, ou seja, a **conversão** das penas **restritivas de direitos** em penas **privativas da liberdade.** Isso ocorre quando: "I — sobrevier condenação, por outro crime, a pena privativa de liberdade cuja execução não tenha sido suspensa; II — ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta" (art. 45).

10. Prestação de serviços à comunidade

Esta espécie de pena **restritiva** de direitos "consiste na atribuição ao condenado de **tarefas gratuitas** junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais" (art. 46, **caput**). (Grifou-se). A atribuição dessas tarefas deve levar em conta "as **aptidões do condenado,** devendo ser cumpridas durante **oito horas semanais,** aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho" do condenado (grifou-se). (Art. 46, parágrafo único). Com isso, pretende, o novo estatuto penal, que o cumprimento da pena tenha, efetivamente, um verdadeiro sentido social, para que possa, o condenado, com a punição, restituir à sociedade um valor dela subtraído com a prática criminosa.

Também leva em consideração o trabalho realizado, pelo preciso, na comunidade em que tenha seu domicílio, — a fim de não retirá-lo de seu meio ambiente. Ao tempo em que executa suas tarefas profissionais, rotineiramente, — cumpra uma pena, prestando serviços à comunidade.

Uma das medidas alternativas mais significativas.

11. Interdição temporária de direitos

Tem a mesma natureza das penas **acessórias** enumeradas no art. 69 do Código Penal vigente: "I — a incapacidade **temporária** para inves-

tidura em função pública; II — a incapacidade, **permanente ou temporária,** para o exercício da autoridade marital ou do pátrio poder; III — a incapacidade, **permanente ou temporária,** para o exercício de tutela ou curatela; IV — a incapacidade **temporária** para profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público; V — a suspensão dos direitos políticos" (grifou-se). Como se vê, as penas **acessórias** podem ser **permanentes** ou **temporárias.** Enquanto que as **interdições de direitos** são, sempre, **temporárias.** Com isso, se elimina, de vez, a possibilidade da **perpetuidade** da pena, embora **restritiva de direitos,** perpetuidade inadmissível **ex vi** do art. 153, § 11, da Constituição Federal, no que tange às penas **privativas da liberdade.**

São três, as penas de interdição temporária de direitos: "I — proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II — proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; III — suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo" (art. 47).

Como facilmente se infere, as penas **interdição temporária de direitos,** alinhadas no art. 47 do novo Código Penal, já se encontravam delineadas nos arts. 67 e 69, **caput,** do Código Penal vigente. Evidente que com características proprias, num e noutro estatutos.

12. Limitação de fim de semana

Terceira e última das penas **restritivas de direitos,** "a **limitação de fim de semana** consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por **cinco horas diárias,** em casa de albergado **ou outro estabelecimento adequado" (art. 48, caput). (Grifou-se).**

Para que a ociosidade do corpo e do espírito não venha a ocasionar ao sentenciado mais males que benefícios, — prevê-se-lhe a ministração de "cursos e palestras"; bem assim a atribuição de "atividades educativas" ao condenado. Privação parcial do **Week-end,** a **limitação de fim de semana** visa à sublimação do **relax** semanal, a que todos aspiram, na vida moderna, já assegurado pela legislação trabalhista.

Destaque-se, contudo, que o condenado não terá sacrificado todo o seu fim de semana, mas apenas **cinco horas/dia,** no **sábado** e **domingo,** isto é, **dez horas semanais.** Durante essas dez horas, não só o sentenciado se instrui, fazendo **cursos,** participando de **palestras,** bem assim de **atividades educativas,** com vistas a seu aprimoramento pessoal, como também poderá prestar o seu concurso individual àqueles que se encontrem na **casa de albergado,** ou qualquer outro estabelecimento **aberto.**

Uma medida alternativa de grande relevo social.

13. Da pena de multa

Na concepção original do anteprojeto mandado publicar pela Portaria n. 192, de 6.3.81, do Ministro Abi-Ackel denominava-se **multa penitenciária** uma das duas espécies das **penas patrimoniais** descritas nos arts. 49 **usque** 54, daquele documento (a outra era **pena reparatória,** art. 53 do referido anteprojeto).

Definida no art. 49, **caput,** e minudenciada nos §§ 1o. e 2o. desse artigo, e nos arts. 50 **usque** 52 do novo estatuto penal, a pena de **multa** adota o sistema do **dia-multa,** introduzido na legislação brasileira pelo Código Penal de 1969 (o Decreto-lei 1.004/69), que disciplinou o instituto nos arts. 44 **usque** 51, seguindo, de perto, a orientação traçada pelo Ministro Nélson Hungria, nos arts. 42 **usque** 49.

A multa "será, no mínimo, de **dez** e, no máximo, de **trezentos e sessenta dias-multas"** (art. 49, **segunda parte** do novo Código Penal). (Grifou-se). Por sua vez, o **dia-multa** terá o **valor** atribuído pelo prudente arbítrio do magistrado, "não podendo ser inferior a **um trigésimo** do maior salário mínimo mensal vigente **ao tempo do fato,** nem superior a **cinco vezes** esse salário" (grifou-se)/(art. 49, § 1o.), valor esse **atualizado,** "quando da execução, pelos índices de **correção monetária"** (grifou-se/art. 49, § 2o.). Pagável no prazo de **dez dias** após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a multa pode, igualmente, ser resgatada em **parcelas mensais,** a juízo do magistrado (art. 50, **caput).** Pode, também, ser paga mediante **desconto** na folha de pagamento, se aplicada **isoladamente,** ou aplicada cumulativamente com uma das penas restritivas de direitos, e concedido o **sursis** (art. 50, § 1o.). Não deve, contudo, "incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família" (art. 50, § 2o.). Como no Código Penal vigente, "a multa converte-se em pena de detenção, quando o condenado **solvente** deixa de pagá-la ou frusta a sua execução" (art. 51, **caput**). Nesta hipótese, "a cada dia-multa corresponderá um dia de detenção, não podendo esta ser superior a um ano", a qual ficará "sem efeito se, a qualquer tempo, é paga a multa" (art. 51, §§ 1o. e 2o.). Também como previsto no Código Penal vigente (art. 41), "é suspensa a execução da pena de multa, se sobrevém ao condenado doença mental" (art. 52).

O centro da matéria situa-se na **fixação do dia multa,** podendo variar, consoante o arbítrio do juiz, de **um trigésimo** a **cinco vezes** o maior **salário mínimo** vigente no País, ao **tempo do** fato criminoso (art. 49, § 1o.). Com isso, permite-se ao magistrado adequar a pena pecuniária a cada situação concreta, levando em consideração o **status** econômico e financeiro do sentenciado.

Quanto à **multa-reparatória** (art. 53, do anteprojeto), foi, de vez, afastada, tendo em vista tratar-se de matéria inerente ao processo civil, na tradição do direito brasileiro.

14. Cominação das penas

Cuidei da matéria com um trabalho monográfico apresentado ao "I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária", realizado em Brasília (DF), de 27 a 30 de setembro de 1981, trabalho publicado na "Revista de Informação Legislativa" do Senado Federal, número 75, p. 271 **usque** 280. Aquele trabalho concerne ao Anteprojeto da Parte Geral, mandado publicar pela Portaria ministerial n. 192, de 6.3.81, documento que dedicou à matéria epigrafada os arts. 55 **usque** 58. Assinalei, então: "Os dispositivos configurados nos artigos 55 e 57 são excrecências, por desnecessários, no bojo do Anteprojeto, podendo, sem prejuízo de sua compreensão, ser eliminados". "Os art. 56 e 58 podem ter sua construção aprimorada, bem assim os dispositivos precedentes, se — mesmo constituindo redundância — se insistir em mantê-los, à guisa de reafirmação de uma linha de pensamento consubstanciada no Anteprojeto". "De qualquer forma, desapareceria o atual Capítulo II — 'Da Cominação da Pena'. E seus dispositivos passariam a integrar o capítulo 'Da Aplicação da Pena'.

O Projeto enviado ao Congresso Nacional com a Mensagem presidencial n. 241, de 29 de junho de 1983, refundiu toda a matéria, distribuindo-a pelos arts. 53 **usque** 58 e seu parágrafo único. Na essência, porém, a matéria continua como uma excrescência, pelo que pode, como no Projeto e no Anteprojeto, ser abolida; ou, quando muito, distribuída pelos dispositivos concernentes à **aplicação da lei penal,** que o novo estatuto disciplina nos arts. 59 **usque** 76. Assim, a **cominação das penas,** que o novo Código prevê nos arts. 53 **usque** 58, repito, é um conglomerado de normas que mais se ajustariam se inseridas no capítulo "da aplicação da pena".

Fica, aí, estabelecido que "as penas **restritivas de direitos** são aplicáveis, independentemente de cominação na parte especial, em **substituição** à pena **privativa de liberdade,** fixada em quantidade **inferior**

a um ano, ou nos **crimes culposos"** (art. 54, grifou-se). Na hipótese da **substituição,** alvitrada, "as penas **restritivas de direitos terão a mesma duração** da pena **privativa de liberdade** substituída" (grifou-se/art. 55). Esclarece-se que as penas de "prestação de serviços à comunidade" e "interdição temporária de direitos" (arts. 56 e 43, incs. I e II) "aplicam-se para todo o crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes". Já a pena de "limitação de fim de semana" é aplicável "aos crimes culposos de trânsito" (art. 47, inc. II c/c e art. 57).

O art. 58, concernente à pena pecuniária, remete ao art. 49 e seus parágrafos, que tratam da pena de **multa.** Uma redundância.

Reafirmo que a epígrafe "da cominação das penas" não se justifica, pois a matéria aí contida ficaria mais bem situada no capítulo "da aplicação das penas", de que tratarei, imediatamente após.

15. Aplicação da pena

O instituto foi disciplinado nos arts. 59 **usque** 76 do novo estatuto penal. Tema do maior relevo, pois, por seu intermédio, a pena, abstratamente cominada, na parte especial, e na legislação extravagante, — se concretiza na **sentença** condenatória. Quanto à **fixação** da pena, — art. 59, — leva-se em conta a "conduta social" do agente, bem assim o "comportamento da vítima", a **quantidade** e a **qualidade** da pena devendo ser o "necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime". Também estabelecerá o **regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade** (art. 59, inc. III); bem como "a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível" (art. 59, inc. IV). A propósito reza que "a pena **privativa de liberdade** aplicada, não superior a **seis meses,** pode ser **substituída** pela de **multa"** (grifou-se/art. 60, § 2o., c/c o art. 44, incs. II e III).

Mantém a **temporariedade da reincidência** (art. 64) introduzida no Dir. penal pátrio (art. 57, §§ 1o. e 2o.), pelo Código Penal de 1969, bem assim pela Lei 6.416/77, que alterou o art. 46 e seu parágrafo único, e, ainda, o art. 47 do Código Penal vigente. Assim, "para efeito de reincidência (I) não prevalece a condenação anterior, se, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; ((I) não se consideram os crimes militares próprios e políticos" (art. 64, incisos I e II).

16. Crime continuado

O novo estatuto penal deu especial tratamento ao instituto do crime continuado, totalmente diverso do que lhe vem atribuindo a doutrina, igualmente diferente daquele que lhe dispensaram o Anteprojeto Hungria, o Código de 1969, e o Anteprojeto de 1981. O Anteprojeto Nélson Hungria (art. 62 e seu parágrafo único) rezava que "não é reconhecível a continuação quando se trata de crimes ofensivos de **bens jurídicos inerentes à pessoa,** salvo se as ações ou **omissões sucessivas** são dirigidas **contra a mesma vítima"** (grifou-se). Idêntico tratamento dispensou ao tema o chamado Código Penal de 1969 (art. 66, §§ 1o. e 2o.).

Na mesma linha de concepção, o Anteprojeto de 1981, art. 71, parágrafo único: "não se reconhece crime continuado na hipótese dos delitos previstos nos arts. 121, 157, 158, 159, seus parágrafos, e 213", do Código Penal vigente (respectivamente, "homicídio", "roubo", "extorsão", "extorsão mediante sequestro" e "estupro").

O novo estatuto penal, contudo, (art. 71 e parágrafo único) admite o crime continuado "contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa", hipótese em que a pena pode ser aumentada "até o triplo", respeitado o limite de "trinta anos" de pena privativa da liberdade (arts. 71 c/c o art. 75).

Uma inovação infeliz.

17. Suspensão condicional da pena

O "sursis", no novo estatuto penal, segue o perfil que lhe traçou a Lei 6.416/77. Mas avançou alguns passos, no sentido da liberalização. A matéria é tratada nos arts. 77 **usque** 82 do novo Código Penal. Como novos ingredientes, destacam-se: a) — o beneficiário pode ter sido condenado, anteriormente, pela prática de crime culposo (art. 77, inc. I); b) — "a condenação anterior a **pena de multa** não impede a concessão do benefício" (grifou-se/art. 77, § 1o.); c) — O "sursis" pode ser concedido ao precito **maior de setenta (70) anos de idade,** mesmo que seja condenado a pena privativa de liberdade "não superior a quatro anos" (art. 77, § 2o.).

Ao "sursis" tem prevalência a substituição da pena **privativa da liberdade** por uma pena **restritiva de direitos** (art. 44 e seu parágrafo único c/c o art. 77, inc. III).

Também dispõe, o novo estatuto, que, "no primeiro ano do prazo (da 'suspensão condicional da pena') deverá, o condenado, prestar

serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48). A aplicação, durante a vigência do "sursis", dessas penas **restritivas de direitos,** pode ser elidida, "se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibiliade de fazê-lo" (art. 78, §§ 1o. e 2o.). Neste caso, o juiz aplicará ao beneficiário do **sursis** as proibições de "frequentar determinados lugares" ou de "ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz", ou a obrigatoriedade de "comparecimento pessoal (. . .) a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades" (art. 78, § 2o., letras "a", "b" e "c"), alternativa ou cumulativamente.

18. Do livramento condicional

O instituto recebeu inovações que visam à sua concessão, com mais freqüência. Como aconteceu com o **sursis,** foi amplamente liberalizado. Algumas das principais alterações: a) — o beneficiário basta haver cumprido "mais de um terço da pena (. . .), se não for reincidente em crime **doloso** e tiver bons antecedentes" (grifou-se); b) — se o sentenciado houver cumprido "mais da metade" da pena privativa da liberdade, se "reincidente em crime doloso" (art. 83, incs. I e II). Enquanto que no Código Penal vigente (art. 60, **caput**), o condenado deverá ter cumprido **mais da metade** da pena, se primário; ou, se reincidente, "mais de três quartos" (inc. I/art. 60).

Para a concessão do benefício, na vigência do Código de 1940, "as penas que correspondem a infrações diversas **podem** somar-se, para efeito do livramento" (grifou-se/parágrafo único do art. 60). Já no Código de 1984, essas penas **devem somar-se** (art. 84). Ou seja, no Código Penal vigente, a soma das penas é **facultativa;** no novo estatuto penal, a soma das penas é **obrigatória,** para efeito de concessão do livramento condicional da pena privativa da liberdade.

19. Efeitos da condenação

O instituto está previsto, no novo estatuto penal, nos arts. 91 e 92, seguindo, de perto, os lineamentos traçados no Código Penal vigente. Com efeito, o art. 91, incs. I e II, letras "a" e "b", repete, **ipsis verbis,** o disposto no art. 74, incs. I e II, letras "a" e "b", do Código Penal vigente.

As inovações são introduzidas pelo art. 92, incs. I, II e III, que transformam em **efeitos da condenação as penas acessórias** previstas nos arts. 67, inc. I; art. 68, inc. I; e art. 69, incs. I, II, III e IV, do Código Penal vigente.

Diz, em verdade, o art. 92: "São também efeitos da condenação: I — a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública quando a pena aplicada for superior a quatro anos; II — a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; III — a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso".

Todavia, com uma diferença fundamental, no que tange à aplicação da pena **acessória,** e os efeitos da **condenação.** É que as penas **acessórias** são aplicadas, em alguns casos, automaticamente, **ex vi** do art. 70 e seu parágrafo único, Código Penal vigente. Enquanto que, pelo art. 92, parágrafo único, do novo Código Penal, "os efeitos de que trata este artigo (art. 92) **não são automáticos,** devendo ser motivadamente declarados na sentença" (grifou-se).

20. Da reabilitação

Consta, no Código Penal vigente, erroneamente, como hipótese de **extinção da punibilidade** (art. 108, inc. VI, c/c os arts. 119 e 120 do Código Penal vigente). Ocorre que a **reabilitação** não é, intrinsecamente, causa de extinção da punibilidade. Já o vem demonstrando, há muito, o notável penalista mineiro, Prof. Jair Leonardo Lopes. Ademais, em nenhuma passagem do Código Penal vigente existem traços normativos de que a reabilitação extinga a punibilidade. Daí por que, corretamente, o novo estatuto penal nos arts. 93 **usque** 95, disciplinou o instituto, não como causa extintiva da punibilidade, mas como capítulo à parte, no **título das penas, — capítulo VII, do título V.**

No art. 93, **caput,** o novo estatuto estabelece que "a reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o **sigilo dos registros sobre seu processo e condenação"** (grifou-se). Doutra parte, o prazo para seu requerimento é reduzido para "dois anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução" (art. 94), em vez de cinco anos, como agora (art. 119, § 1o. — CP/40). Negada a realibitação pode ser requerida **a qualquer tempo** (art. 94, parágrafo único), em vez de dois anos após a negativa (art. 119, § 3o., CP/1940).

21. Medidas de segurança

O instituto recebeu profundas inovações. Dele cuida, o novo

estatuto penal, nos arts. 96 **usque** 99. Essas inovações, aliás, já vinham do anteprojeto Nélson Hungria, que tratou das **medidas de segurança** nos arts. 37 **usque** 97. Igualmente, no Código Penal de 1969, em que o instituto das medidas de segurança foi disciplinado nos artigos 91 **usque** 100. No anteprojeto de 1981, a matéria foi abordada nos arts. 96 **usque** 99. E, também, nos arts. 96 **usque** 99, no Projeto de 1983.

Em todos esses documentos, uma inovação fundamental: a eliminação do capítulo concernente, no Código Penal vigente, às medidas de segurança em geral, que o Código de 1940 disciplina nos arts. 75 **usque** 87. Aí, com efeito, o diploma penal em vigor cuida: a) — da lei aplicável às medidas de segurança (art. 75), que é a "vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução"; b) — dos critérios para identificação da **periculosidade,** que pode ser **verificada** (art. 77), ou **presumida** (artigo 78); c) — da **aplicação provisória da medida de segurança** (art. 80); d) — da **revogação** do instituto (art. 81); e) — de sua **execução** (art. 82); f) — da **superveniência de doença mental** (art. 83); g) — da **inobservância da medida detentiva** (art. 85); h) — dos **efeitos da extinção da punibilidade** (art. 86); i) — e da **extinção por decurso do tempo** (art. 87).

Apesar de o anteprojeto Hungria haver suprimido o capítulo referente às **medidas de segurança em geral,** quanto às espécies manteve o critério do Código Penal vigente, dividindo-as em **pessoais** e **patrimoniais,** subdivididas aquelas em **detentivas** e **não detentivas.**

O anteprojeto de 1981 abandonou essa dicotomia, preconizando sua divisão, em: a) — **internação em manicômio judiciário;** e b) — **internação em estabelecimento psiquiátrico** anexo ao manicômio judiciário ou a estabelecimento penal ou em seções especiais de um ou outro (art. 96).

O Projeto de 1983, no art. 96, estabeleceu que "as medidas de segurança são: I — internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; II — sujeição a tratamento ambulatorial".

Idêntico tratamento lhe daria o novo estatuto penal, igualmente no art. 96.

No art. 97, cuida da "imposição da medida de segurança ao inimputável" (art. 26, **caput**), preconizando-lhe a internação, medida substituível pelo **tratamento ambulatorial,** se a pena cominada for detenção (art. 97, **segunda parte**). No § 1o. do art. 97, estabelece o **prazo mínimo** da medida, — de **um** a **três** anos, a critério do juiz, com base, porém, em **perícia médica,** realizada ao término do prazo mínimo fixado, e repetida anualmente (§ 2o./art. 97). O **tratamento am-**

bulatorial pode converter-se em **internação** do agente, se necessária para a sua cura (§ 3o./art. 97).

O art. 98 do novo estatuto prevê a substituição de **pena** por **medida de segurança,** no caso do **relativamente imputável** (art. 26, parágrafo único), conseqüência do sistema **vicariante,** em lugar do **duplo binário.**

O art. 99 cuida dos "direitos do internado": o estabelecimento deve ter características hospitalares.

22. Extinção da punibilidade

As causas extintivas da punibilidade tiveram, na Lei 7.209/84, no que tange às **espécies** e ao **perfil** de algumas dessas causas, adequado tratamento.

O Código Penal vigente cuida da matéria nos arts. 108 **usque** 120, enumerando, como causas de extinção da punibilidade: a) — a morte do agente; b) — a anista, a graça e o indulto; c) — a **abolitio criminis;** d) — a prescrição, a decadência e a perempção; e) — a renúncia ao direito de queixa, e o perdão aceito, nos crimes de ação privada; f) — a reabilitação; g) — a retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; h) — o casamento do agente com a ofendida, nos crimes contra os costumes definidos nos arts. 213 **usque** 222, da Parte Especial do Código Penal vigente; i) — o casamento da ofendida com terceiro, nas hipóteses dos crimes aludidos, se não cometidos com violência real ou grave ameaça, desde que a ofendida não requeira o prosseguimento da ação penal ou prazo de 60 dias, a contar da celebração do casamento; j) — o ressarcimento do dano, no crime de peculato culposo (art. 108, **caput,** c/c a Lei 6.416/77).

O anteprojeto Hungria inseria, entre as causas de extinção da **culpabilidade,** o **perdão judicial** (art. 107, inc. V). No Código Penal de 1969, o **perdão judicial** era, também, — art. 107, inc. V, — incluído entre as causas extintivas da **punibilidade.** O anteprojeto de 1981 não contemplou o **perdão judicial** dentre as causas extinivas da punibilidade, elencadas no art. 107, que retornaria no Projeto de 1983, art. 107, inc. IX.

O novo estatuto penal, — art. 107, — inseriu, entre as causas extintivas da punibilidade, o **perdão judicial** (inc. IX), "nos casos previstos em lei". E excluiu a **reabilitação** e o **ressarcimento do dano,** no peculato culposo (art. 108, incs. VI e X CP-1940). A exclusão destas causas, contudo, se deu apenas por motivos de natureza técnica, eis que os institutos da **reabilitação** e do **ressarcimento do dano**

no crime de peculato culposo permanecem na sistemática de nosso Direito Penal. A **reabilitação** passou, pela Lei 7.209/84, a ser disciplinada nos arts. 93 **usque** 95, de que já tratei, linhas volvidas. O **ressarcimento do dano** se mantém, como causa específica de extinção da punibilidade, no art. 312, § 3o., do Código Penal vigente. Doutra parte, a mesma previsão se verifica no anteprojeto da Parte Especial ("Diário Oficial" da União de 19.7.84), art. 322, § 3o. A **reabilitação,** de acordo com a nova ótica legislativa, passa a ser **capítulo** (VII) do **título** genérico **das penas** (V).

A meu ver, as inovações introduzidas, neste particular, têm pertinência.

23. Da Prescrição

Dentre as causas extintivas da punibilidade, a prescrição é, sem dúvida, o instituto mais complexo e, por isso mesmo, o mais importante. Não admira, pois, que, a propósito desse instituto, se tenham elaborado normas em maior número.

Para dirimir possíveis dúvidas originadas na doutrina, já o anteprojeto Nélson Hungria, no art. 109, orientava: "A prescrição refere-se à ação penal ou à execução da pena". E, adiante, no art. 110 e seu § 2o., bem assim no § 4o., dispunha sobre a prescrição da **ação penal.** No mesmo sentido, o Código Penal de 1969, nos arts. 109, 110 e seus §§ 2o. 4o. e 5o.

Na linha do anteprojeto de 1981, e do Projeto de 1983, o novo estatuto penal não distingue entre prescrição **da ação** e prescrição da **execução.** Como, aliás, o Código Penal vigente.

Entretanto, elaborou outros dispositivos, sobre a matéria.

Após cuidar, no **caput** do art. 109, dos **prazos prescricionais,** trata, no parágrafo único desse artigo, da "prescrição das penas restritivas de direito", assinalando que se aplicam "às **penas restritivas de direito** os mesmos prazos previstos para as **privativas de liberdade**" (grifou-se).

No art. 110, após disciplinar a "prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória" (**caput**), e, no § 1o., "a prescrição depois da sentença condenatória com trânsito em julgado **para a acusação**" (grifou-se), estabelece, no § 2o. (art. 110), que a "prescrição, de que trata o parágrafo anterior, **pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa**" (grifou-se), orientação diametralmente oposta à fixada no art. 110, § 2o., do Código Penal vigente, onde se estabelece que, nesta hipótese, a pres-

crição **não pode** ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia.

No art. 111, exclui, o novo Código, do **termo inicial** da prescrição **antes** de transitar em julgado a sentença final, **o crime continuado** (art.111, inc. III), permanecendo a norma concernente aos crimes **permanentes.**

Quanto à **redução** dos **prazos** prescricionais, dispõe, no art. 115, que "são reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, **ao tempo do crime,** menor de vinte e um anos, ou, **na data da sentença,** maior de setenta anos" (grifou-se), distinção que o Código Penal vigente não estabelece, art. 115 (entre **tempo** do crime e **data** da sentença).

No art. 119, frisa que, "no caso de **concurso de crime,** a extinção da punibilidade incidirá sobre a **pena de cada um, isoladamente"** (grifou-se). Com isso, evita celeuma na interpretação do art. 75, § 1o., do novo estatuto, que prevê a **unificação das penas.**

24. Do Perdão Judicial

Esta causa extintiva da punibilidade **explicitada** no art. 107 do novo Código Penal, a bem dizer já existia, na sistemática do direito punitivo pátrio.

Só que não na parte geral do Código Penal, cujo art. 108, que cuida, no Código Penal vigente, das causas extintivas da punibilidade, — ignora o instituto.

Na Parte Especial, contudo, o **perdão judicial** é encontrado, disciplinando situações específicas.

Com efeito, após tipificar, no art. 180, **caput,** o crime de **receptação,** o Código Penal vigente, no parágrafo 3o. daquele dispositivo, reza que,

"No caso do § 1o. (**receptação culposa**), se o criminoso é primário, **pode, o juiz,** tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena" (grifou-se). Está, aí, embutido o instituto do **perdão judicial,** — eis que a lei faculta ao magistrado **deixar de aplicar a pena.** Ou seja, **perdoar** o condenado.

Não há dúvida, todavia, de que o legislador de 1984 agiu acertadamente ao inserir, entre as causas extintivas da punibilidade, o perdão judicial. Porquanto, previsto na Parte Geral do Código Penal, aplica-se a todas as figuras típicas da Parte Especial do Código Penal, bem assim a toda a legislação extravagante, vale dizer, a legislação penal especial, deixando, assim, de referir-se, apenas, a uma figura típica, ou a algumas figuras típicas.

Daí por que o anteprojeto Nélson Hungria explicitou o instituto no art. 107, inc. V. Orientação seguida pelo Código Penal de 1969, art. 107, inc. V, igualmente. E, embora o Anteprojeto de 1981 não o tenha contemplado, no art. 107, — supriu a lacuna o Projeto de 1983, art. 107, inc. IX, especificando que o **perdão judicial** se aplica **nos casos previstos em lei.**

O art. 120 do novo Código Penal, — com o que se encerra a Parte Geral do estatuto, — é dedicado ao **perdão judicial.** Estabelece que "a sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência".

Aí se localiza a essência das normas concernentes ao perdão judicial. Porquanto, no sistema penal vigente, mesmo **perdoado,** o réu será tido como **condenado.** De sorte que, se vier a ser, novamente, condenado, ter-se-á a reincidência.

Pelo art. 120 do novo estatuto penal, essa sentença, concessiva do perdão, — embora, em princípio, tenha **natureza condenatória,** como tal será considerada, na hipótese de o agente vir a cometer nova infração penal.

Uma inovação muito feliz, que acentua o caráter liberal da nova legislação penal.

25. Considerações Finais

O novo Código Penal brasileiro apresenta algumas singularidades, de forma e conteúdo. Suas inovações são alvissareiras, pois tendem a liberalizar o tratamento do indivíduo que, por infelicidade, vier a cometer uma infração penal.

No que tange à **aplicação da lei penal,** — arts. 1o. **usque** 12, — é de elogiar-se a ampliação de nossa soberania, no que tange à **territorialidade,** cujo conceito transcende a noção de **território** propriamente dito, pela nova lei (art. 3o. e §§ 1o. e 2o.).

No que diz respeito ao **crime,** — é de aplaudirem-se os institutos do **arrependimento posterior** (art. 16) e do **erro sobre a ilicitude do fato** (art. 21, **segunda parte).** Além da explicitação sobre a **omissão relevante** (art. 13, § 2o.). / (Arts. 13 **usque** 25).

No título da **imputabilidade penal** (arts. 26 **usque** 28), a introdução do sistema **vicariante,** substituindo o sistema **duplo binário,** evitará que o indivíduo sofra, com a condenação, **pena** simultaneamente à **medida de segurança.**

No **concurso de pessoas** (arts. 29 **usque** 31), individualizou-se a responsabilidade penal do agente, precisando o grau de participação no evento delituoso.

No conglomerado de normas concernentes às penas, título V, arts. 32 **usque** 95, — as inovações foram as mais profundas: a) — introdução das penas restritivas de direito; b) — a pena de multa relacionada ao **dia-multa**, e, com isso, podendo identificá-la com o poder econômico-financeiro do sentenciado; c) — o **sursis** e o **livramento condicional** serão mais frequentemente aplicáveis; d) — antigas penas **acessórias** se transformam em **efeitos da condenação;** e) — a **reabilitação** deixa de ser o que **nunca** foi (causa extintiva da punibilidade) para ser o que **sempre** foi, instrumento de **recuperação do status** do condenado.

As **medidas de segurança** foram reduzidas, quantitativamente, à mínima expressão: apenas duas espécies (arts. 96 **usque** 99).

As **causas extintivas da punibilidade** (arts. 107 **usque** 120) foram mais bem disciplinadas, como já foi assinalado.

Não há razão, porém, para que se previsse a entrada em vigor da Lei 7.209, de 11.7.84, para "seis meses após a data de sua publicação", — o que se deu a 13.7.84. Assim, a nova lei penal entrará em vigor no **dia 13 de janeiro de 1985.**

Melhor seria que houvesse disposto, no seu artigo 5o., que "esta lei entra em vigor no **dia 1o. de janeiro** de 1985". Como o fez o Código Penal de 1940, cujo art. 361 reza que entraria em vigor no **dia 1o. de janeiro de 1942.**

Como, efetivamente, a partir de então, passou a viger.

RECURSOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (*)

(Algumas Observações Pertinentes)

GETÚLIO TARGINO LIMA
Procurador do Estado e
Professor de Direito da UFG

Dispõe o Código de Processo Civil, em seu artigo 496, **verbis:** "Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos:

I — apelação;
II — agravo de instrumento;
III — embargos infringentes;
IV — embargos de declaração;
V — recurso extraordinário".

Há que se começar, pois, pela análise do recurso apelatório em certos pontos que me parecem pedir alguma observação a mais.

I — DA APELAÇÃO

O art. 514 do Código de Processo Civil, mencionando a petição mediante a qual se interpõe o recurso apelatório, declara que ela conterá:

a) — os nomes e a qualificação das partes;
b) — os fundamentos de fato e de direito;
c) — o pedido de nova decisão.

(*) Palestra proferida no auditório da Faculdade de Direito da UFG, em 23 de agosto de 1983, em Jornada Cultural do IAG.

Sem embargo da validade dos outros requisitos, parece-nos que, no recurso de apelação, ter o apelante que, de novo, qualificar-se e ao apelado é formalismo perfeitamente dispensável.

E assim entendemos, porquanto, nesse recurso, os efeitos são ou apenas devolutivo ou devolutivo e suspensivo. Em qualquer das duas hipóteses, os autos sobem ao Tribunal, pois neles está ínsita a peça recursal e, nesses autos, a qualificação das partes é peça obrigatória da petição inicial, conforme o art. 282, II do C.P.C. . E tanto parece verdadeira tal conclusão que a prática do recurso não registra rejeição, corrigenda ou reprimenda de juízes ou tribunais ante a petição de recurso apelatório onde não se qualifiquem as partes.

Ressalva-se apenas a hipótese de o recorrente ser alguém que, até o momento, não figurava no processo (terceiro prejudicado), como bem lembra BARBOSA MOREIRA. Em tal hipótese, todavia, temos a qualificação da parte e não **das partes,** como pontifica a legislação processual.

O art. 515, **caput,** do C.P.C., afirma que a apelação devolverá ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada, enquanto que o art. 520 do mesmo Diploma trata dos efeitos devolutivo e suspensivo do recurso.

No uso de ambas as palavras, não parece ter sido o legislador de felicidade completa, pois, embora os bons dicionaristas reconheçam no verbo **devolver** o sentido de transferir, entregar, conceder, esse verbo é muito mais freqüentemente utilizado com outros significados, tais como mandar ou dar de volta, restituir, dizer em resposta, replicar, não aceitar, recusar, refletir, retratar. Parece que a tradição, o uso repetido, consagrou a terminologia jurídica do verbo, embora com mais vantagem pudesse ser utilizado outro de nossa língua.

Destino melhor não tem a palavra suspensivo, que sobre ser errôneamente interpretada, em termos de doutrina, como o efeito que tem o recurso de impedir a execução da decisão atacada, quando na verdade o recurso, pelo efeito suspensivo, impede toda a eficácia da decisão atacada — além disto, repito, pelo valor e significado específico da palavra (suspensivo), deixa a perfeita impressão que a decisão tinha eficácia geral e ou executiva, se fosse o caso, eficácia essa que se suspende ante a interposição do recurso, o que não é verdade. A decisão, passível de recurso, **não é eficaz,** enquanto transcorre o prazo para a interposição desse remédio processual. Interposto, prorroga-se por mais algum tempo a ineficácia já existente, face à pendência da possibilidade de um recurso com efeito suspensivo. A suspensividade, portanto, não suspende uma eficácia existente. Prorroga a ineficácia que existia face à possibilidade do remédio recursal.

Os §§ 1o. e 2o. do art. 515 do Código Instrumental referem-se a aspectos graves do recurso apelatório: O seu raio de abrangência e a sua profundidade.

Dispõem, com efeito, os dois parágrafos:

"Art. 515 .....

§ 1o. Serão porém objeto da apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

§ 2o. Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juíz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais".

Desse texto legal se dessume que, em termos de profundidade, o efeito devolutivo é completo. Não se restringe apenas às questões efetivamente resolvidas no primeiro grau de jurisdição. Alcança também as que poderiam ter sido apreciadas.

Assim,

a) — as questões examináveis de ofício, a cujo respeito o órgão inferior não se tenha manifestado (por exemplo, a nulidade do ato jurídico de que se tenha originado o suposto direito do autor e as **quaestiones juris);**

b) — as questões que, não sendo examináveis de ofício, não foram apreciadas, embora suscitadas e discutidas pelas partes.

Daí resulta que a apelação, no caso do § 1o. do art. 515, devolve ao tribunal o conhecimento de todas as questões **suscitadas e discutidas.** Não basta, pois, que a parte as haja levantado. Para que o tribunal delas tome conhecimento, pela apelação, é necessário que, levantadas por uma parte tenham sido discutidas pela outra, impugnadas pela parte adversa.

No que respeita ao § 2o., mais colorido apresentam as hipóteses que dele decorrem.

Se o autor invocara dois fundamentos para o pedido e o juiz o julgou procedente apenas por um deles, silenciando sobre o outro ou repelindo-o, a apelação do réu devolverá, automaticamente, ao tribunal, o conhecimento de ambos os fundamentos. Nesse caso, a sentença será cassada, se nenhum dos dois fundamentos, ao ver do tribunal, for suficiente para mantê-la, prevalecendo as alegações do apelante. Poderá, todavia, ser mantida a sentença, por seus próprios fundamentos, se o tribunal entender que o outro fundamento, não apreciado no primeiro grau, realmente é inservível para a hipótese, assim como pode acontecer

de o tribunal entender impróprio o fundamento segundo o qual o pedido fora julgado procedente e próprio o fundamento que fora omitido ou repelido. Nesse caso, o recurso do réu será improvido, confirmada a sentença, na sua conclusão, mediante correção dos motivos.

No mesmo sentido ocorre quando o réu opõe ao pedido do autor duas defesas e o juíz julga improcedente o pedido, mas acolhendo apenas uma das duas defesas do réu. A apelação do autor devolve ao tribunal o conhecimento de ambas as defesas.

O que me parece, aí, da maior relevância é que a parte vencedora, em caso de rejeição de um de seus fundamentos ou omissão a respeito deles, não precisa interpor apelação autônoma ou adesiva (que, aliás, seria imprópria, e até mesmo inadmissível). Nem mesmo para insistir no fundamento desprezado precisa a parte apelada contra-arrazoar o recurso do apelante para finalidade de o tribunal conhecer o fundamento, do pedido ou da defesa, desprezado ou omitido.

A devolução e, portanto, o conhecimento pelo tribunal do fundamento omitido ou desprezado se dará de qualquer maneira, por força do dispositivo legal, automaticamente, com a interposição do recurso apelatório.

II – DO AGRAVO

De início, nomeia o Código este recurso com a denominação expressa de **agravo de instrumento** (art. 496, II do C.P.C.), silenciando sobre outro tipo desse mesmo recurso, embora no § 1o. do art. 522, do mesmo Código, reconheça o legislador processual ao agravante o poder de pedir que o agravo fique retido nos autos, a fim de ser apreciado oportunamente pelo tribunal.

Eis o texto do art. 522 e seus parágrafos:

"Art. 522 – Ressalvado o disposto nos arts. 503 e 513, das decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento.

§ 1o. na petição, o agravante poderá requerer que o agravo fique retido nos autos, a fim de que dele conheça o tribunal, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação, reputar-se-á renunciado o agravo se a parte não pedir expressamente, nas razões ou nas contra-razões da apelação, sua apreciação pelo tribunal.

§ 2o. Requerendo o agravante a imediata subida no recurso, será este processado na conformidade dos arts. seguintes".

Diante dos dispositivos legais, e ante a prática procedimental, não vejo como de boa técnica denominar-se o recurso que ataca as decisões interlocutórias de agravo de instrumento, ficando o agravo retido

como uma subespécie do agravo de instrumento. Pelo contrário, ao meu ver, a nomenclatura mais condizente com a realidade seria a de chamar-se o recurso, simplesmente, de **agravo.** A qualificação viria a **posteriori,** ante a escolha do procedimento a ser adotado. Assim, desejando o recorrente que o recurso tivesse subida imediata ao tribunal, necessário se faria, e imperioso mesmo ante o caráter meramente devolutivo do agravo, que se formasse o competente instrumento, que nada mais é do que a soma das peças da inicial, de resposta ao recurso e mais aquelas que devem ser obrigatoriamente trasladadas, assim como as que recorrente e recorrido pedirem para a formação do falado instrumento. Aí a razão de ser da nomenclatura "agravo de instrumento", porquanto, para que esta espécie de agravo se processe, imprescindível é que se forme o competente instrumento, que sobe ao tribunal, evidentemente apartado dos autos do processo de conhecimento. O mesmo não se dá com o agravo retido. Este não depende da formação de qualquer instrumento, porque é interposto nos autos do processo de conhecimento. A petição através da qual o mesmo é interposto não será autuada à parte, mas juntada aos autos onde se proferiu a decisão interlocutória considerada prejudicial. É pois de se ver que não há que falar em instrumento, pois as peças que o formariam já se encontram nos autos, aos quais também se juntará a inicial do recurso. Fique desde logo lembrado que a eficácia, o significado e finalidade do agravo de instrumento são as mesmas que as do agravo retido. Assim, não havia como o Código de Processo Civil, ao elencar os recursos, mencionar como um deles o agravo de instrumento, como se o retido fosse uma subespécie deste, provocando inclusive a corruptela que às vezes se ouve e lê do "agravo de instrumento retido".

Ainda sobre o agravo retido, importante é um aspecto de seu procedimento. Tenho observado, no dia a dia do exercício profissional, que juízes e tribunais têm processado, os primeiros, e admitido, os segundos, que o agravo retido se reduza à petição do agravante, que contém o tradicional despacho: "Recebo o recurso. Junte-se aos autos", terminando por aí, de tal sorte que, quando da apelação, pede o recorrente a análise, como preliminar, do agravo retido, e o tribunal o faz, sem que a peça recursal tenha tido qualquer oposição.

Entendo que o agravo retido tem o mesmo caráter de contenciosidade, de bilateralidade que o agravo de instrumento e que os demais recursos propriamente ditos têm. Logo, inadmissível que o mesmo seja processado sem que o agravado seja intimado expressamente para apresentar suas contra-razões ao recurso interposto. Dir-se-ia que o Código, em nenhum momento, determina expressamente que isto se faça. É verdade, tanto quanto é certo que, em apenas um parágrafo, o § 1o.

do art. 522, fica regulado todo o procedimento do agravo retido. Todavia, nem por isto o bom senso jurídico deve ausentar-se. No texto específico do agravo retido não há, também, qualquer menção de que as razões do recurso devam acompanhar a petição com a qual o mesmo é interposto, mas os tribunais, sabiamente, têm deixado de conhecê-lo, quando não esteja acompanhado das razões de sua interposição. E isto, face ao bom senso e ao sistema jurídico-processual que impõem ao recurso a competente fundamentação. As mesmas razões impõem ao agravo retido a resposta do agravado, pena de ficar o tema jungido à análise de apenas uma parte interessada, produzindo-se inegável cerceamento de defesa.

O único "recurso" que se opõe sem obrigatoriedade de resposta são os embargos declaratórios que, por isto mesmo, não são considerados como um recurso, na inteireza da conceituação processual, mesmo porque, ao invés de visarem as mudanças totais ou parciais na decisão atacada, se destinam a produzir o esclarecimento da sentença ou do acórdão, quando neles se possam detectar contradições, omissões, dúvidas ou obscuridades. Tal desiderato é de interesse de ambas as partes litigantes, não havendo porque uma delas se opor à outra. O mesmo não acontece no agravo retido onde o agravante busca a mudança da decisão atacada, no que contraria o interesse do agravado, que foi beneficiado com o pronunciamento judicial.

III — EMBARGOS INFRINGENTES E DE DIVERGÊNCIA

O art. 531 do C.P.C. declara que os embargos infringentes serão deduzidos por artigos. Tal assertiva, no dizer dos doutrinadores, implica a petição articulada, pormenorizada, com a indicação específica dos pontos onde se verificaram os desacordos entre o pensamento da maioria, expresso no acórdão e o pensamento da minoria, lançado nos votos vencidos.

Tenho para mim que esse cuidado, essa preocupação em mostrar, articuladamente, os pontos de desacordo entre o que deseja o recorrente, e o que decidiu a justiça, são apanágios de todos os recursos e não apenas dos embargos infringentes. Aí por que tenho por desnecessária a disposição do art. 531, como que a especificar a exigência que só fosse cabível para o recurso ora sob análise.

No processamento dos embargos infringentes, declara o Código, no § 2o. do art. 533, que "a escolha do relator recairá, quando possível, em juíz que não haja participado do julgamento da apelação ou da ação rescisória".

Tal preceito consagra regra importante, porém com pequeno defeito de técnica, por ao estabelecer o "quando possível" do parágrafo acima mencionado, quis evitar que o relator a ser sorteado fosse juíz já participante do julgamento embargado, reconhecendo, todavia, que nem todos os tribunais do país podem cumprir essa regra. Assim, o relator sorteado, se não for possível de outra forma, poderá ser algum dos participantes do julgamento da rescisória ou da apelação, todavia, nos precisos termos do art. 533, **caput,** NUNCA SERÁ O MESMO RELATOR, por motivos óbvios.

Nesta parte do estudo, porém, o que desejo é enfocar a necessidade premente da implantação dos embargos de divergência nos tribunais ordinários do país. Como se sabe, o Código de Processo Civil, no parágrafo único do art. 546, tratando do procedimento do Recurso Extraordinário, acabou por instituir, no Supremo, a presença de um outro recurso, que não são os Embargos infringentes, e que a lei denominou apenas de embargos, nestes termos: "Art. 546. . . . . .

. . . . . .

Parágrafo Único — Além dos casos admitidos em lei, é embargável, no Supremo Tribunal Federal, a decisão da turma que, em recurso extraordinário ou agravo de instrumento, divergir do julgamento de outra turma ou do plenário.

É certo que o texto não determina que tais embargos sejam de divergência, apenas nomina o recurso como "embargos", porém, no uso correntio, passaram a se denominar "de divergência", pois o seu fundamento é exatamente a divergência, o dissenso entre o julgamento embargado e o de uma outra turma ou do plenário do S.T.F.

Nos tribunais ordinários, o C.P.C. não contempla a possibilidade dos embargos de divergência, sob a alegação de que, para isto, já existe a uniformização de jurisprudência, que é um dos sucedâneos dos recursos.

Como se viu do disposto no parágrafo único do art. 546 do C.P.C., o que caracteriza a possibilidade dos embargos "de divergência" no Supremo é exatamente o dissenso entre o pensamento de uma turma e outra do S.T.F. e entre uma turma e o plenário do S.T.F.

Nos tribunais ordinários, ocorrido esse tipo de dissenso, de divergência entre uma turma e outra, ou câmara, ou grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas, procede-se à uniformização de jurisprudência, que é um incidente nos julgamentos dos tribunais, mas que, inegavelmente, se aplicado, viria a dar coerência e unidade ao pensamento jurisprudencial interno das Cortes de Justiça. Acontece que, como bem lembra JOAQUIM DE ALMEIDA BATISTA, em recente trabalho pu-

blicado na Juriscível a respeito da tese, "a uniformização de jurisprudência não resolveu a questão da diversidade de se encarar o Direito. Não se conhece a edição de uma Súmula sequer do TJESP; nos Tribunais de Alçada, poucas foram editadas. A razão é simples: não se sumula, com receio de que o S.T.F. venha a decidir diversamente do Tribunal Ordinário. Sumulando o S.T.F., é despiciendo os Tribunais Ordinários fazerem-no sobre o mesmo assunto". (Juriscível do S.T.F., n. 120/13).

E o resultado é que continuamos com posicionamentos controversos dentro dos diversos tribunais ordinários do país.

IV – DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Quanto ao Recurso Extraordinário, a matéria é vasta. Todos sabemos como o RE hoje se tem tornado cada vez mais penoso, do mais dificultoso acesso, de tal maneira que se conseguir que a Suprema Corte se manifeste sobre a questão posta em juízo, no seu mérito, é tarefa gigantesca, consolidando-se a crença de que, de ordinário, as causas terminam no julgamento dos tribunais inferiores.

Mesmo assim, pela vivência na prática e exercício desse recurso, desejo fazer observação sobre dois aspectos de seu procedimento. Um acrisolado ainda no Código de Processo Civil, e outro no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Como é de todos sabido, o Recurso Extraordinário se interpõe de decisões proferidas por outros Tribunais, nas hipóteses previstas no art. 119, III, alíneas **a** até **d** da Contituição Federal e arts. 139 e 143 da mesma Constituição, observadas as ressalvas do art. 325 incisos, alíneas e parágrafos do RI do S.T.F.

Diz o Código de Processo Civil que a petição do recurso extraordinário, que é apresentada ao Presidente do Tribunal recorrido, deverá conter a exposição do fato e do direito e os fundamentos jurídicos do pedido de reforma da decisão (art. 452, I e II).

Tais fundamentos, todavia, pertinem ao cabimento do recurso, tanto que, recebida a petição pela secretaria do Tribunal, intimar-se-á o recorrido, abrindo-se-lhe vista pelo prazo de 5 (cinco) dias para impugnar o cabimento do recurso e, findo este prazo, o Presidente do Tribunal recorrido, em decisão fundamentada, admitirá ou não o recurso. Evidentemente que não lhe julgará o mérito, assunto que compete ao

S.T.F., nem sua decisão de admissibilidade obriga o S.T.F., que pode, na subida do recurso, dar por sua inexistência, não o conhecendo. Por isto, se admitido o recurso pelo Presidente do T.J., abrir-se-á vista dos autos ao recorrente e ao recorrido sucessivamente, no prazo de 10 (dez) dias para cada um, a fim de que apresentem suas **razões.** Aí o problema, para o recorrente. É que, para não correr o risco de perder o primeiro lance do recurso, a sua admissão inicial, o recorrente, a título de demonstrar sua admissibilidade, geralmente esgota todos os argumentos de que dispõe, nada mais tendo que fazer nesta nova oportunidade de razões de que fala o C.P.C. E, já prevendo isto, na petição de interposição do recurso extraordinário, apresenta razões dirigidas aos Ministros do S.T.F., sem com isto, de forma alguma, pretender menosprezar o Presidente do Tribunal Ordinário, mas simplesmente porque as razões de cabimento e as de fundo do recurso de tal maneira se amalgamam que é impossível separá-las. Para evitar ferir, todavia, suscetibilidades, deve o recorrente declarar, expressamente, que as razões anexas, apenas por interesse didático ou de economia processual, já estão dirigidas aos Ministros do S.T.F., sendo, porém, as mesmas a que alude o item II do art. 542 do C.P.C.

Outra interessante situação é a da argüição de relevância, prevista nos artigos 325 e 328 do RI do S.T.F. Como se sabe, a argüição de relevância da questão federal é uma das fórmulas de se levar ao S.T.F., em recurso extraordinário, matéria que não pode ser objeto desse recurso, em virtude de estar incluída entre as vedações do artigo 325 do RI.

Pois bem, ao argüir o recorrente, no RE, a relevância da questão federal, sem que outros fundamentos sustentem o apelo extremo, **ipso facto** estaria confessando que o seu caso é vedado pelas proibições do art. 325 do RI.

Tanto que, nessas hipóteses, o Presidente do Tribunal recorrido nega seguimento ao RE, mas manda processar a argüição de relevância. E não há que se pensar em agravo de instrumento, porquanto o próprio recorrente reconheceu a vedação legal, apelando então para a argüição de elevância. Situações existem, todavia, em que o recorrente não está bem certo quanto a se enquadrar o seu caso nas proibições do RI do S.T.F. Interpõe o extraordinário, mas também está assaltado do receio da não admissão do mesmo, sendo de valer-se então da argüição de relevância. Em tais hipóteses, julgo perfeitamente válida a interposição do recurso extraordinário com e sem argüição de relevância, isto é, a presença da argüição de relevância (face a razoável dúvi-

da quanto à vedação ou não do RI) não implicará na renúncia ao direito de o RE subir independentemente da relevância, oportunidade quando, negado o seguimento e determinado o processamento da relevância, cabe o agravo de instrumento contra o ato que denegou o seguimento do recurso, valendo-se, assim, o interessado de dois meios de chegar ao Supremo.

2 - JURISPRUDÊNCIA

Acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado

AÇÃO DE ALIMENTOS COM INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – ADMISSIBILIDADE, DESDE QUE ADOTADO RITO ORDINÁRIO

– Alimentos pleiteados por filho ilegítimo: procedimento. É facultado ao filho ilegítimo (natural ou adulterino) investigar, na própria ação de alimentos, a paternidade, desde que a ela se imprima o procedimento ordinário, para o efeito da prestação de alimentos.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS
Apelação Cível n. 15.375 – Guapó
Relator: Des. Fenelon Teodoro Reis

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível n. 15.375, oriundos da comarca de Guapó, figurando como apelante W.F.S. e como apelado M.S.

RELATÓRIO

W.F.S., menor impúbere, representada por sua mãe, E.F.S., propôs ação de alimentos contra M.S., a quem atribui a sua paternidade.

Citado o réu, respondeu ele ao pedido, através de contestação e, de começo, mostrou a impossibilidade de se pretender alimentos pelo rito procedimental estabelecido na Lei n. 5.478, de 1968, sem que antes se tenha como certa e comprovada a paternidade.

Designada foi a audiência de instrução e julgamento. Nela inexitosa foi a tentativa de conciliação.

A seguir, o douto magistrado processante exarou a sentença e concluiu por extinguir o processo, sem julgamento do mérito, fulcra-

do nas disposições do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, acolhendo, assim, a preliminar suscitada na contestação.

Inconformada com a sentença, a autora dela recorre para este Egrégio Tribunal de Justiça, sob o fundamento de que "se o pedido não é, em sua essência, inviavelmente injurídico, a impropriedade de rito é empecilho passageiro, que cumpre ao Juiz superar, até mesmo de ofício".

A ilustre representante do Ministério Público, na jurisdição do primeiro grau, manifesta-se pela reforma da sentença, a cor de que a ação de alimentos não traz, como pressuposto, o reconhecimento da paternidade, já que esta pode ser feita na instrução da própria ação.

Respondendo ao recurso, fala o apelado que o presente apelo não deve ser recebido, uma vez que as razões apresentadas versam sobre o ato do Juiz, dizendo que era da obrigação deste suscitar e mandar corrigir o seu erro na inicial e não o seu pedido, onde a lei lhe autoriza o direito de modificar os termos do pedido vestibular, não obrigando ao Juiz ficar adstrito a tal dispositivo.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, ao emitir o seu judicioso parecer, fala que a apelação deve ser provida, a fim de que o processo tenha rito ordinário, após a contestação.

Assim relatados, sejam os presentes autos conclusos ao ilustre Desembargador revisor.

VOTO DO RELATOR

Informam os autos que a apelante propôs contra o recorrido ação de alimentos, com fundamento na Lei n. 5.478, de 1968 e artigo 4o., da Lei n. 883, de 1949.

O nobre magistrado processante, ao diverso de imprimir ao processo o rito ordinário, deu a ele o especial, conforme se infere do despacho de fls. 7.

Ao proferir a sentença na audiência concluiu por decretar a extinção do processo, sem o exame do mérito, por entender que "nas ações de alimentos pelo rito escolhido, a paternidade tem que estar certa e comprovada de imediato, pois, não comporta, ao presente feito, decisões a respeito da paternidade".

É inegável que nas ações de alimentos se imprima o rito conforme a situação fática, ou seja, havendo prova pré-constituída do parentesco ou da obrigação de alimentar, o procedimento será o especial; ao contrário, se pretender o alimentante demonstrar a paternidade na instrução, o rito só poderá ser o ordinário.

Ao que me parece, o m.m. Juiz de Direito equivocou-se ao atribuir ao feito o rito especial, quando a autora, em sua peça vestibular, assim não se referiu. Ao diverso, pretendeu ela provar o alegado na instrução.

O Excelso Supremo Tribunal Federal já se pronunciou a respeito, se não vejamos:

"Filha adulterina. Ação de Alimentos. O art. 4o., da Lei n. 883/49, ao aludir a filho ilegítimo não se refere, apenas ao natural, mas também ao espúrio, admitindo, portanto, que, **na própria ação de alimentos, que por isso mesmo terá de ser ordinária,** como sucede no caso presente, se investigue a paternidade, ainda que apenas para o efeito da prestação de alimentos. Derrogou-se, pois, o princípio contido no artigo 405 do C. Civil": (RE n. 93.164, Rev. Trim. de Jurisp., vol. 104, p. 230).

Também já decidiu esta Colenda Corte de Justiça:

"Ação de alimentos. Investigação de paternidade. É possível investigar a paternidade na ação de alimentos, **desde que se dê a esta o rito ordinário,** facultando-se às partes ampla oportunidade para a apresentação de provas": (agr. n. 2.643, da comarca de Pontalina, D.J.E. de 10.8.82, p. 3; ap. civ. n. 14.095, da comarca desta Capital, D.J.E. de 25.5.82, p. 4).

Portanto, é facultado ao filho ilegítimo (natural ou adulterino) investigar, na própria ação de alimentos, a paternidade, desde que a ela se imprima o procedimento ordinário, para o efeito de prestação de alimentos.

Como se vê, a sentença recorrida não poderá permanecer de pé.

Ante o exposto, conheço da apelação e a provejo para, cassada a sentença recorrida, anular o processo a partir do despacho de fls. 7., inclusive, a fim de que o m.m. Juiz de Direito dê ao feito o rito ordinário. Custas a final.

É o meu voto.

ACORDAM os integrantes da Primeira Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça de Goiás, à unanimidade de votos, em conhecer da apelação e lhe dar provimento para, cassada a sentença recorrida, anular o processo a partir do despacho de fls. 7, inclusive, a fim de que o m.m. Juiz de Direito imprima ao feito o rito ordinário, nos termos do voto do relator, exarado na assentada do julgamento e que a este se acopla. Custas a final.

Votaram, além do relator, os eminentes Desembargadores Homero Sabino de Freitas, que presidiu o julgamento, e João da Silva

Moreira, que completou a turma julgadora, em face da ausência justificada do emérito Desembargador Lafaiete Silveira.

Esteve presente ao julgamento o Doutor Mauro de Freitas Corrêa, ilustre Procurador da Justiça.

Goiânia, 28 de fevereiro de 1984. Des. Homero Sabino de Freitas — Presidente, Des. Fenelon Teodoro Reis — Relator.

AÇÃO REIVINDICATÓRIA — PROVA DO DOMÍNIO — COMO SE FAZ

— Ação reivindicatória. A prova do domínio se faz através de certidão do inteiro teor do registro existente no Cartório do Registro de imóveis.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS
Apelação Cível n. 15.842 — Formosa
Relator: Des. Fenelon Teodoro Reis

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível n. 15.842, da comarca de Formosa, figurando como apelantes F.R.S. e sua mulher e como apelado J.R.S.

RELATÓRIO

F.R.S., através de advogado regularmente constituído, propôs, na comarca de Formosa, deste Estado, contra J.R.S., a presente ação reivindicatória, sob o fundamento de ser o titular do domínio do imóvel Buritizinho, e que nele o réu ocupa uma área de mais ou menos um hectare, onde reside com sua família e que nesse quintal possui árvores frutíferas e alguns pés de café.

O doutor magistrado processante ao despachar a petição inicial determinou: "Faça-se o depósito prévio. Deve o autor, em dez dias completar a inicial (art. 284, C.P.C.), juntando outorga uxória, descrevendo os limites de seu imóvel e da área reivindicanda".

O suplicante, pela petição de fls. 26, descreve as confrontações de sua propriedade e fala que a área reivindicanda está dentro da área do autor e com ele confronta ao norte, sul, leste e oeste e, ao mesmo tempo, junta a outorga uxória.

Citado o réu, disse ele que a presente ação não tem como prosperar, porque no despacho exarado no rosto da petição inicial determinou-se a descrição dos limites do imóvel e da área reivindicanda, mas o autor não satisfez tais exigências, razão pela qual a peça inaugural deve ser indeferida.

No que pertine ao mérito, fala que a presente ação deve ser julgada improcedente, porque o contestante ajuizou ação de usucapião do imóvel reivindicando e que deve ser ela julgada antes da reivindicatória.

O douto magistrado indeferiu a petição inicial e determinou o arquivamento do processo, por entender que o autor não atendeu o que ficou expresso no despacho exarado na peça inaugural, eis que descreveu, superficialmente, as confrontações do imóvel e, inadequadamente, a área reivindicanda.

Inconformado com a sentença, o autor dela recorre para este Egrégio Tribunal de Justiça, visando a sua reforma, a cor de haver comprado a titularidade do domínio invocado e que os limites do imóvel foram apresentados, inclusive da área reivindicanda.

Respondendo ao recurso, fala o apelado que o pedido de reforma da sentença não procede, porque ela decidiu a questão posta em debate fazendo plena e total justiça.

Assim relatados, sejam os presentes autos conclusos ao ilustre Desembargador revisor.

VOTO DO RELATOR

Informam os autos que os apelantes propuseram contra o recorrido a presente reivindicatória, visando recuperar a área ocupada por este, sem descrever os limites e confrontações de sua propriedade e sem individuar a gleba reivindicanda.

O nobre magistrado processante determinou, no rosto da petição inicial, que o autor apresentasse a outorga uxória, uma vez que se declarou casado, bem como descrevesse os limites de seu imóvel e da área reivindicanda.

Ocorre que o demandante, ao procurar atender ao que ficou determinado naquele despacho, apontou apenas as confrontações de suas terras, sem descrever os seus limites.

Assim também procedeu com relação à área reivindicanda.

Em face disso, o m.m. Juíz de Direito acabou por indeferir a petição inicial.

Penso que a sentença decidiu bem a questão posta em debate, porque são requisitos da reivindicatória, não só a delimitação da área maior, como a descrição da área menor, quando a reivindicatória é parcial.

Assim vem decidindo este Egrégio Tribunal de Justiça:

"Reivindicação parcial do imóvel. Imprescindibilidade da individuação da área maior e da área reivindicanda. Na ação de reivindicação de parte do imóvel, além da individuação da área maior, será individuada a área parcial reivindicanda": (apelações cíveis ns. 11.782 da comarca de Guapó, D.J.E. de 11.02.80, p. 7; 13.351, de Porto Nacional, D.J.E. de 5.10.81, p. 4; 9.015, desta Capital, D. J.E. de 24.09.76, p. 6; e, 8.391, da comarca de Colinas de Goiás, D. J.E. de 9.01.76, p. 3).

E não é só.

Os autores não fizeram prova do domínio do imóvel que dizem proprietários, uma vez que anexaram à inicial apenas fotocópias de traslados de escrituras públicas de compra e venda. Nada mais.

Como se sabe, a prova do domínio se faz através de certidão de inteiro teor do registro existente no Cartório do Registro de Imóveis.

O Excelso Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

"A ação reivindicatória, como se lê no **caput** do art. 524 do Código Civil, pressupõe domínio indiscutível do reivindicante sobre o imóvel a ser objeto da reivindicação e o domínio, como ressabido, há de ser provado mediante documento que provenha do registro de Imóveis, 2. Certidões resumidas ou abreviadas de transcrição feita no Registro de Imóveis não se prestam para o exame da matéria regulada no art. 1.136 do Código Civil, pois o relevante nessa regra é a interpretação do negócio jurídico de compra e venda e a vontade que, nas duas partes, motivou esse negócio, isto é, se quiserem celebrar compra e venda por medida de extensão ou como coisa certa e discriminada": (RE n. 81.763, de Goiás, Rev. Trim. de Jurisp., vol. 84, p. 532).

Não afasta deste entendimento esta Casa, eis que vem decidindo que sem a prova de domínio ninguém pode intentar ação reivindicatória: (apelações cíveis ns. 10.240, da comarca de Itumbiara, D.J.E. de 30.12.77, p. 3; 11.627, de Formosa, D.J.E. de 12.09.79, p. 3; e, 12.946, da comarca desta Capital, D.J.E. de 08.01.80, p. 4).

Induvidoso é que se os autores não comprovam suas qualidades de proprietários do imóvel reivindicando, na verdade, a petição inicial jamais poderia ter sido recebida.

Por tais motivos mantenho a sentença recorrida.

É o meu voto.

ACORDAM os componentes da Primeira Turma Julgadora da

Terceira Câmara Cível do Egrédio Tribunal de Justiça de Goiás, por votação convergente, em conhecer da apelação e lhe negar provimento, para confirmar a sentença recorrida, de conformidade com o voto do relator, proferido na assentada do julgamento e que a este se integra. Custas pelos apelantes.

Votaram, além do relator, os eminentes Desembargadores Homero Sabino de Freitas, que presidiu o julgamento, e Lafaiete Silveira.

Goiânia, 13 de março de 1984. Des. Homero Sabino de Freitas — Presidente, Des. Fenelon Teodoro Reis — Relator.

AFASTAMENTO DE PREFEITO — MANDADO DE SEGURANÇA — PRINCÍPIO DE QUE A MANUTENÇÃO É REGRA E AFASTAMENTO A EXCEÇÃO

— Mandado de Segurança. Prefeito. Afastamento. A regra, no caso, é a manutenção do eleito no cargo. A exceção, sem dúvida, o afastamento do mesmo. Assim, no **mandamus** ajuizado examina-se a exceção, se esta não encontra-se motivada há, por isso mesmo, de prevalecer, de imediato, o predomínio da regra para reparar o gravame.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS
Mandado de Segurança n. 11 — Aragarças
Relator: Des. Pedro Soares Correia

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança n. 11, da comarca de Aragarças, em que é impetrante J.G.O. e impetrado o Dr. Juiz de Direito.

O advogado D.O.F., munido de procuração, impetra em favor de J.G.O., qualificado nos autos, a presente ação de mandado de segurança.

Visa com o **mandamus** corrigir ato do MM. Juiz de Direito de Aragarças, que o tem como abusivo de poder, de vez que afastou do cargo de Prefeito de Bom Jardim de Goiás J.G.O., o qual fora regularmente eleito, diplomado e empossado no aludido cargo.

Afirma, ainda, que o impetrante perseguido pelos seus inimigos políticos foi afastado da Prefeitura por força de Decreto de intervenção do Governo Estadual e que em decorrência da extinção do ato interventorial voltara ao exercício do cargo no dia 17.08.1982.

Fora, porem, o impetrante, no dia seguinte, surpreendido por uma intimação do oficial de justiça de Aragarças, que portava mandado do MM. Juiz de Direito, determinando o afastamento de J.G.O. da Prefeitura Municipal de Bom Jardim de Goiás e ordenando, na mesma decisão, que o interventor já fora do cargo nele permanecesse pelo prazo máximo de 90 dias, até que houvesse solução definitiva para a sucessão do Prefeito afastado.

Vale, por isso, colocar em destaque o despacho de fls. 8 **usque** 11, ponto saliente para a apreciação e julgamento da matéria colocada em exame desta colenda câmara julgadora.

Pediu-se, de imediato, a proteção da medida liminar para a suspensão do ato impugnado. Não tive dúvidas de que tal concessão se impunha e pelo despacho de fls. determinei a volta de J.G.O. ao exercício do cargo de Prefeito de Bom Jardim, a fim de que neste estado aguardasse o desate final da decisão do mérito da segurança.

Foram pedidas as informações, prestadas pelo ofício de fls., e ali a autoridade apontada como coatora confirma a exatidão do ato expedido e proclama a necessidade do afastamento do impetrante do cargo como medida saneadora da administração municipal e fez juntada de vários documentos.

Opinou, como de norma, a douta Procuradoria Geral de Justiça e manifesta-se pela concessão do mandado de segurança, por entender, de forma resumida, que "Trata-se, evidentemente, de ato judicial eivado de ilegalidade, revestido de abuso de poder e aberrante da normalidade, eis que extrapola os limites e o controle da prestação jurisdicional". O parecer, como se vê, é longo e bem estruturado e examinou, ponto por ponto, o caso sub-judice.

Pressuposto básico para que se conceda a segurança é, sem dúvida, a certeza e liquidez do direito do impetrante, o qual deve ser vislumbrado sem maiores indagações. Visto a olhos nus, sem necessidade de incursões no mundo das provas.

Assim, vale a lição doutrinária, **verbis:** "Apesar de direito líquido e certo equivaler a direito incontroverso, fácil é depreender que aquilo que é claro para um julgador poderá ser duvidoso para outro. Precisar, portanto, o que seja direito líquido e certo fica um tanto na dependência da interpretação do juiz que apreciar o mandado de segurança".

Carlos Maximiliano, mestre insigne da hermenêutica jurídica, conceitua a matéria assim: "Cabe o mandado de segurança quando se trata de direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, apurável de plano, sem detido exame, nem laboriosas cogitações. O remédio judiciário excepcional; nos casos comuns, complexos, discutíveis, a regra é propor uma ação ordinária ou especial".

Tenho para mim que, dentro da nossa sistemática jurídica, líquido e certo é o direito do impetrante em permanecer no cargo de Prefeito Municipal de Bom Jardim de Goiás.

Ora, tal liquidez e certeza encontram o amparo necessário nos fatos que passo a alinhar.

Verifica-se, a toda evidência, que J.G.O., como já se afirmou, foi eleito, pela vontade manifesta do povo de Bom Jardim, para o cargo de Prefeito em 15 de novembro de 1976 e, por isso, diplomado em 10 de dezembro do mesmo ano, tomando posse em 31 de janeiro de 1977. Daí, reafirmo, deflui o seu direito de permanecer no cargo, salvo perda de mandato na forma legal.

Entendo, em sã convicção, que o ato que afastou do exercício do cargo o postulante da segurança é por demais arbitrário e se estribou, indubitavelmente, no chamado abuso de poder.

Procura-se, por todos os meios, justificar o aludido ato apontando o impetrante como corrupto à frente da administração municipal e, assim, foi denunciado como incurso em quase todos os incisos do Decreto-lei 201, no seu artigo 1o.

Ocorre, porém, que a documentação trazida a exame ainda não se submeteu ao crivo do contraditório e pelo visto não há de servir, no momento, para elidir a segurança postulada.

Estou que a lesão de direito é de grande intensidade e, assim, sanável pela via mandamental ajuizada.

Afirmou-se, com muita precisão, que: "O afastamento do exercício do cargo de Prefeito, medida cautelar prevista no artigo 2o. II, do DL 201/67, há que ser motivado. E nem poderia deixar de ser, pois cuida-se de medida séria e de conseqüência quase sempre grave para a administração, com reflexos às vezes negativos na vida política local".

É, sem dúvida, este o entendimento do Pretório Maior, seguido dos Tribunais do país.

Assegura, por isso, em declaração de voto o ínclito Min. Xavier de Albuquerque, com exatidão. 'Dizer, pois, que o afastamento do recorrente decorre da gravidade das acusações e da possibilidade de lhe resultar a perda do mandato, se sobrevier condenação, importa nada dizer em termos de motivação do despacho judicial". (RTJ-63, p. 854).

Reafirmo que, **in casu,** o despacho que afastou o impetrante do mandato de Prefeito está eivado de autoritarismo e completamente imotivado, de vez que não se afirma em juízos de valor.

Não vejo como manter o aludido despacho à míngua de ra-

zões bastantes para socorrer medida excepcional de tamanha gravidade, com base em conjecturas e provas não contraditadas.

Corretíssimo o parecer de cúpula ministerial, o qual merece acolhimento.

Concedo, sem tergiversar, o mandado de segurança postulado, nos precisos termos da liminar deferida.

ACORDA o Tribunal de Justiça, pelas Câmaras Criminais Reunidas, à unanimidade de votos e acolhendo o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conhecer da segurança e a conceder, nos termos do despacho concessivo da liminar. Sem custas.

Votaram, além do Relator, os Desembargadores Fausto Xavier de Rezende, Romeu Pires de Campos Barros, Clenon de Barros Loyola, Rivadávia Licínio de Miranda, que presidiu o julgamento, Arinam de Loyola Fleury, Joaquim Henrique de Sá e Juarez Távora de Azeredo Coutinho.

Representou a Procuradoria Geral de Justiça o ilustre Procurador Dr. Reynaldo Edreira Martins.

Goiânia, 1o. de dezembro de 1982. Des. Joaquim Henrique de Sá — Presidente, Des. Pedro Soares Correia — Relator, Dr. Reynaldo Edreira Martins — Procurador de Justiça.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA — INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL —

— COMPETÊNCIA DE JUIZ — CONFLITO NEGATIVO SUSCITADO PELO TITULAR CONTRA O SUBSTITUTO QUE REALIZOU A AUDIÊNCIA.

Realizando-se a audiência final, com ou sem produção de provas, encerrada está a instrução e o juiz, que a presidiu, deve julgar a lide, salvo se for transferido, promovido ou aposentado.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS
Conflito de Competência n. 291
Relator: Des. João da Silva Moreira

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Conflito de Competência n. 291, da Comarca de Anápolis, em que é suscitante o Dr. Juiz de Direito da 3a. Vara Cível da Comarca e suscitado o Dr. Juiz de Direito da 2a. Vara Cível da mesma.

VOTO DO RELATOR

O suscitante, ilustre Juiz de Direito da 3a. Vara Cível da Comarca de Anápolis, em seu ofício de fls. 2/4, informa que, perante a Vara, de que é titular, se processa uma ação de "ressarcimento de indenização" e que, em virtude de encontrar-se, ele, o suscitante, em gozo de licença-prêmio, no período de fevereiro a agosto de 1983, o seu substituto eventual, "o ilustre Juiz da 2a. Vara Cível, Dr. Walter Silva Reis, iniciou e concluiu a audiência de instrução e julgamento (doc. de fls. 42 dos autos)".

Acrescenta o suscitante que, reassumindo suas funções, proferiu nos autos da referida ação o seguinte despacho:

"Para os fins referidos no artigo 132 do C.P.C., remetam-se os autos ao ilustre Juiz da 2a. Vara Cível, que iniciou e concluiu a audiência de instrução e julgamento. (Fls. 52) — Anápolis 27.09.83—".

Todavia, o suscitado, em resposta, despachou:

"Vistos, etc. Deixo de suscitar o conflito negativo de competência como medida de economia processual e das próprias partes. A competência para julgar o presente processo, **data venia,** é do ilustre titular da vara. O nosso Egrégio Tribunal de Justiça, apreciando o conflito negativo de competência n. 274, da Comarca de Goianápolis, teve oportunidade de decidir que quando o magistrado em substituição temporária, respondendo pela vara ou comarca até o preenchimento da vaga pelo titular, se afasta oficialmente retornando à sua comarca de origem ou passando a responder por outras, perde a sua competência, quer tenha iniciado ou concluído a instrução. (DJE-24.08.81). Assim sendo, o referido aresto, **mutatis mutandis,** se amolda perfeitamente ao caso dos autos. Desta forma, determino que os autos sejam conclusos ao meu ilustre colega da 3a. Vara. Cumpra-se. Aps. 28.09.83. as. Walter Silva Reis, Juiz de Direito" (fls. 3).

Inconformado, o suscitante invoca o art. 132 do Código de Processo Civil, argumentando que o Dr. Walter "não foi transferido, promovido e nem aposentado, "NÃO RETORNOU A SUA COMARCA DE ORIGEM E NEM PASSOU A RESPONDER POR OUTRAS", pois, era e ainda é Juiz desta Comarca de Anápolis, e substituto eventual do Juiz da 3a. Vara Cível", e que lhe parece que o referido aresto "não se amolda perfeitamente ao caso dos autos" e, porisso, suscita o conflito negativo de competência.

Como subsídio, cita uma ementa de decisão de nosso Tribunal, da lavra do eminente Des. Mauro Campos, segundo a qual o "magistrado que iniciar a audiência, deverá concluir a instrução e julgar a demanda. Somente deixará de fazê-lo se antes de concluída a instrução, embora haja iniciado a audiência, vier a ser removido, promovido ou aposentado". (T.J.GO., 5.04.1976).

Por um lapso, de imediato, não determinei a audiência do suscitado, mas acabei fazendo-o, por oportuna lembrança da ilustrada Procuradoria Geral de Justiça.

Em resposta, o Dr. Walter Silva Reis, afirmou que, realmente, presidiu a audiência de instrução e julgamento da ação citada, da qual se originou o presente conflito.

A seguir, informa que deixou de sentenciar, "não por indolência, mas por entendermos, embasados em acórdão desse Egrégio Tribunal (DJE-24.08.81), que a competência para decidí-lo é do douto juiz suscitante, titular da 3a. Vara Cível. E entendemos desta forma porque aquele ilustre magistrado, como medida de economia processual e das próprias partes, ao invés de suscitar o conflito, poderia determinar, se entendesse necessário, repetir as provas já produzidas".

Por fim, agrega que "se dessume da parte final do art. 132 do Código de Processo Civil que a identidade física do juiz não é absoluta. Prova disto é que a jurisprudência pátria vem se inclinando no sentido de que a vinculação do julgador ao processo só ocorre quando o juiz preside audiência em que se produz prova (Jurisprudência e doutrina, 107"31, Anais Forenses 39/418 e 41/399).

Com a palavra, a douta Procuradoria Geral de Justiça exarou parecer, manifestando-se pela competência do suscitante, após invocar os seguintes fundamentos:

"A regra ditada pelo art. 132 do C.P.C. consagra dois princípios básicos do direito processual, consistentes na identidade física e na imediatidade, admitindo, a partir da legislação adjetiva civil de 1973, apenas três exceções, para as hipóteses de transferência, promoção e aposentadoria, exceções essas informadas por razões de ordem prática, as quais permitem extensão da competência, no plano horizontal, ao substituto sucessor do juiz que "iniciou a audiência".

"A declinatória do MM. Juiz de Direito, da 2a. Vara Cível de Anápolis, não se acomoda dentre as exceções mencionadas, circunstância que conduz o intérprete açodado ao entendimento de que, na espécie, a competência para julgamento da lide é daquele Juiz.

"Entretanto, para determinação do alcance da norma contida no art. 132 do C.P.C., há que se entender a expressão "iniciar a audiência"

> "em harmonia com a finalidade do instituto, isto é, a regra será aplicada se o Juiz colheu depoimento pessoal ou de testemunhas, ou se ouviu esclarecimentos verbais do perito" (Revista Goiana de Jurisprudência, n. 8, p. 417),

conforme a afirmação contida no voto do insigne Relator do Conflito de Competência n. 226, da Comarca de Goiânia, citando Celso Agrícola Barbi.

"Extrai-se da lição que quis o legislador impingir maior segurança na interpretação da prova e, consequentemente, melhor distribuição de justiça, estabelecendo oportunidade de se constituir um juízo de convencimento informado pela impressão imediata do julgador com a prova oral e adotar uma escala de valor para aquele elemento de convic-

ção, segundo seu criterioso arbítrio, na difícil tarefa de dar a cada um o que é seu.

"No caso do presente conflito, não tendo sido proferida nenhuma prova em audiência, não havendo, por conseguinte, instrução, não vejo como obrigar-se o juiz suscitado ao julgamento da lide". (fls. 18/19).

Assim, dou por encerrado o relatório e vou ao dispositivo, que deverá se seguir aos modestos fundamentos.

Data venia, abraço a tese sustentada pelo ilustre Juiz suscitante, inobstante os respeitáveis subsídios arrolados pelo não menos ilustre suscitado, bem como os contidos no judicioso parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Como se sabe, toda a questão versa sobre a interpretação do art. 132 do Código de Processo Civil, da qual advêm duas conclusões: uma pela competência, outra pela incompetência do suscitado.

Na espécie, estou pela competência do último.

Diz o citado art. 132 que o juiz, titular ou substituto, que iniciar a audiência, concluirá a instrução, julgando a lide, salvo se for transferido, promovido ou aposentado.

Nesses casos — de transferência, promoção ou aposentadoria — passará os autos a seu sucessor.

Este, ao recebê-los, prosseguirá na audiência, mandando repetir, se entender necessário, as provas já produzidas.

In casu, trata-se de um titular e seu substituto, na mesma comarca.

Atente-se bem, a audiência não ficou em seu início: foi realizada.

E, com sua realização, a meu ver, encerrou-se a instrução, com ou sem provas nela produzidas, e instruir "é por uma causa em estado de ser julgada..." (Pedro Orlando, em "Novíssimo Dicionário Jurídico Brasileiro").

Ora, se o juiz, quando inicia a audiência, deve concluí-la e julgar a lide, quanto mais o que realizou-a, encerrando a instrução, a não ser que tenha sido transferido, promovido ou aposentado, fato que não tinha ocorrido, na espécie examinada.

Logo, ao substituto, ora suscitado, que realizou a audiência, deve ser o competente para o julgamento da lide.

Em caso semelhante, já decidiu este Tribunal, em acórdão da lavra do eminente Des. João Batista de Faria Filho, do qual passo a transcrever a seguinte ementa:

"Competência do juiz. Quando um juiz responde por uma Vara, em substituição ao seu titular, e preside a audiência de instrução

e julgamento, vincula-se inquestionavelmente ao processo e deve julgá-lo".

Com estes fundamentos, conheço do conflito e julgo-o procedente, declarando competente o Dr. Juiz de Direito da 2a. Vara Cível da Comarca de Anápolis, a quem deverão ser remetidos os presentes autos.

É o meu voto.

Acordam os componentes da Quarta Turma Julgadora da Colenda Terceira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, à unanimidade de votos, em declarar competente o Dr. Juiz de Direito da 2a. Vara Cível da Comarca de Anápolis, nos termos do voto do Relator.

Além deste, votaram os eminentes desembargadores Homero Sabino de Freitas, que presidiu ao julgamento, e Lafaiete Silveira, completando a turma, dada a ausência justificada do Exmo. Sr. desembargador Fenelon Teodoro Teis.

Custas de lei.

Goiânia, vinte e oito de junho de 1984. Homero Sabino de Freitas — Presidente, João da Silva Moreira — Relator.

EMBARGOS DE TERCEIRO EM PENHORA POR PRECATÓRIA — JUÍZO COMPETENTE

— Embargos de terceiro. Penhora por precatória. Juízo competente. Apreciação de ofício. Quando na carta precatória já for indicado o bem a ser penhorado, a competência para apreciar embargos de terceiro é do juízo deprecante, pois deste é que partiu a decisão que fez gerar a oposição e só este tem poderes para revê-la. A matéria diz respeito a competência funcional, podendo, portanto, ser apreciada de ofício.
Apelo provido.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS
Apelação Cível n. 16.259 — Inhumas
Relator: Des. Messias de Souza Costa

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 16.529 em que são partes V.R.S. e M.S.F.

RELATÓRIO

Na comarca de Anápolis, o apelado propôs ação de execução hipotecária contra O.A.B. e s/m, assim indicando o bem hipotecado: "uma gleba de terras, com a área de oito (8) alqueires e trinta e sete litros, situada na Fazenda Capoeirão, localizada no município de Inhumas, Estado de Goiás, cuja área está matriculada sob n. 663, fls. 198, do livro 2-B, do Cartório do Registro de Imóveis de Inhumas. A escritura de instituição de Hipoteca está devidamente registrada no Cartório do Registro de Imóveis de Inhumas, desde o dia 2 de outubro de 1981, às fls. 160, prenotada sob n. 7.015", (fls. 5 do 1o. apenso).

A penhora sobre o imóvel se fez por precatória (fls. 9-10 do 1o. apenso).

Opostos embargos de terceiro na comarca de Inhumas, o Juiz de Direito desta decidiu: "Indefiro o pedido, por entender que a parte (o ora embargante) é manifestamente ilegítima (Art. 295, II, c/c. 739, III, ambos do CPC). Devolva-se a petição ao embargante. Inhumas, 05.12.1983. (as). Weimar Muniz de Oliveira — Juiz de Direito". (f. 2).

Apelou o vencido, argumentando que foi juntado aos autos um compromisso particular de compra e venda do imóvel que foi penhorado e que por este se prova que é interessado e que tem legitimidade para opor embargos de terceiro.

Em resposta, diz o apelado que o citado compromisso, para ser oponível **erga omnes**, teria que ser inscrito no registro público e que "o apelante já tinha conhecimento da hipoteca e constrição judicial sobre o imóvel, pois adquiriu o mesmo 8 meses após a penhora e pelo valor ínfimo da aquisição (1/3 do valor real), chega-se à ilação de que houve apenas uma simulação entre vendedores e comprador, com a finalidade de procrastinar o feito, pois nem as firmas chegaram a ser reconhecidas". (fls. 21-2).

É o relatório.

À revisão.

VOTO

Sem adentrar o mérito, aprecio a respeito da competência do juízo para decidir os embargos de terceiro opostos.

Na comarca de Anápolis, em 19.01.82, foi proposta execução hipotecária pelo apelado contra O.A.B. e s/m, indicando o bem hipotecado, qual seja: "uma gleba de terras, com a área de oito (8) alqueires e trinta e sete litros, situada na Fazenda Capoeirão, localizada no Município de Inhumas, Estado de Goiás, cuja área está matriculada sob n. 663, fls. 198, do livro 2-B, do Cartório do Registro de Imóveis de Inhumas". Indica, ainda, que "a instituição de hipoteca está devidamente registrada no Cartório do Registro de Imóveis de Inhumas, desde o dia 2 de outubro de 1981, às fls. 160, prenotada sob n. 7.015". (fls. 5 do 1o. apenso).

Na comarca de Inhumas, atendendo a Carta Precatória, a Juíza de Direito expediu mandado de penhora e intimação, em 10.10.82, o qual tem o seguinte teor: "MANDA ao Sr. Oficial de Justiça desta Comarca, a quem este entregue for, indo devidamente assinado, que em seu cumprimento, dirija-se neste município, à fazenda Capoeirão, e

sendo aí, proceda à PENHORA do seguinte bem transcrito: UMA (01) gleba de terras, com a área de oito (08) alqueires e 37 (trinta e sete) litros, situada na fazenda Capoeirão, neste município, conforme matrícula n. 663 do livro 2-B, fls. 198, do Cartório de Registro de Imóveis desta Comarca e Registro de Hipoteca de n. 7.015, fls. 160 do mesmo Cartório, ... (ilegível) ... Sr. O.A.B. e s/m., brasileiro, casado, fazendeiro, tudo de conformidade com os autos de Carta Precatória, deprecada pelo MM. Juiz de Direito da 1a. Vara Cível da Comarca de Anápolis-GO, da Ação de EXECUÇÃO, promovida por Mariano Schaffka Filho, para que pague a importância de Cr$ 3.325.000,00, mais acréscimos constantes da inicial, e despacho exarado nos autos, de seguinte teor: D.R.A. CUMPRA-SE. Inhs. 10/10/82. (as.) Dra. Luíza Fortunato Ricardo, Juíza de Direito Substituta. Procedida a Penhora do bem acima descrito, promova, o Sr. Oficial de Justiça, a INTIMAÇÃO do Executado e sua esposa, sob o inteiro teor da penhora, os quais terão o prazo de 10 (dez) dias para oferecerem seus embargos..." (fls. 9 do 1o. apenso).

Pelo demonstrado, depara-se que a indicação do bem penhorado partiu do juízo deprecante, havendo o juízo deprecado tão-somente dado atendimento à carta precatória que lhe fora endereçada.

Opostos embargos de terceiro em Inhumas, esses foram apreciados pelo juiz dessa comarca. No entanto, a meu ver, essa apreciação competia ao juiz de direito da comarca de Anápolis, em decorrência da expressa determinação do art. 1.049 do Código de Processo Civil, que dispõe: "Os embargos serão distribuídos por dependência e correrão em autos distintos perante o mesmo juiz que ordenou a apreensão".

Nesse sentido tem sido predominante a jurisprudência, como a seguir demonstro: "Competência — Embargos de Terceiro — Carta Precatória — Ato que determinou a penhora. Os embargos de terceiro, na execução por carta, correm perante o juízo deprecado se a apreensão do bem foi por este determinada. Mas, se o juiz deprecante indica o bem a ser apreendido, perante ele correrão os embargos". (Ap. 273.645, Ac. de 5.8.81, rel. Juiz Rangel Dinamarco, 1o. TA Civil SP, RT 567/126). "Competência — Embargos de Terceiro — Carta Precatória — Penhora — Competência do juízo deprecante para deles conhecer. Embargos de terceiro apresentados no juízo deprecado devem ser distribuídos por dependência (art. 1.049 do CPC) e correrão em autos distintos perante o mesmo juízo que ordenou a apreensão, ou seja, o juízo deprecante". (A.I. 301.484, Ac. de 17.08.82, rel. Juiz Jorge Almeida, 1o. TA Civil SP, RT 566/120). "Embargos de Terceiro. Juízo competente. Execução por precatória. Os embargos de terceiro correm no juízo deprecante se este indicou expressamente o bem a ser apreendido. Precedentes. Ag.

Rg. improvido" (A.I. 88.302 (AgRg) — SP, ac. de 13.8.82, rel. Min. Cordeiro Guerra, RTJ 103/1.059, mar./83).

O fato de essa matéria não haver sido aventada pelas partes não merece ser questionada. Nesse sentido, bem colocada é a exposição feita no acórdão impugnado, de que trata a decisão transcrita do STF, a qual transcrevo: "Nem influi no reconhecimento da incompetência do juízo prolator da r. sentença apelada a circunstância de não ter havido argüição pelas partes. Trata-se de incompetência absoluta, porque funcional, decorrente do fato de perante dado juízo já pender outra causa (a execução). O aspecto territorial aí se mostra irrelevante, pois o que prepondera é essa unidade de competência para a execução forçada e para os embargos que a guerreiam. Sendo absoluta a incompetência, pode e deve o Poder Judiciário pronunciá-la a qualquer tempo e grau de jurisdição (CPC, art. 113)". (RTJ 103/1.060).

No caso em exame, como já demonstrado, a especificação do bem penhorado foi do juízo deprecante. Deste, portanto, é que partiu a decisão que fez gerar a oposição de terceiro. Conseguintemente, o competente para apreciar o ataque a essa decisão é o juiz que a prolatou, pois que a um outro magistrado do mesmo nível não é atribuído poderes para revê-la.

Assim exposto, conheço do apelo e dou-lhe provimento, para o fim de, cassando a decisão apelada, anular o processo e determinar a remessa dos autos à 1a. Vara Cível da Comarca de Anápolis, onde os embargos deverão ser julgados.

Custas de lei.

Acordam os componentes da Primeira Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em conformidade com a ata de julgamento, por unanimidade, conhecer do apelo e dar-lhe provimento, para o fim de cassar a decisão apelada e determinar a remessa dos autos à 1a. Vara Cível da Comarca de Anápolis, onde os embargos deverão ser julgados, nos termos do voto do relator.

Custas de lei.

Participaram do julgamento, além do Relator, os Desembargadores Ulderico Geraldo Rodrigues, que também o presidiu e Byron Seabra Guimarães.

Goiânia, 30 de agosto de 1984. Ulderico Geraldo Rodrigues — Presidente, Messias de Souza Costa — Relator.

EMBARGOS DO DEVEDOR — PENHORA EM BEM DE UM COOBRIGADO E EMBARGOS OPOSTOS POR OUTRO — ADMISSIBILIDADE

— Embargos do devedor. Penhora em bem de um coobrigado e embargos por outro. Sendo diversos os devedores e penhorado bem de um deles, pode quaisquer dos coobrigados, valendo-se dessa segurança do juízo, opor-se à execução por meio de embargos.

Apelo provido.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS
Apelação Cível n. 16.287 — Paraúna
Relator: Des. Messias de Souza Costa

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 16.287 em que são partes C.P.M. e AGROFÉRTIL S/A — INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FERTILIZANTES.

RELATÓRIO

Na Comarca de Paraúna, a firma apelada propôs Ação de Execução Forçada em desfavor de C.P.M., P.M. e sua mulher M.M., objetivando o recebimento do valor principal de Cr$ 17.499.580,20 (dezessete milhões, quatrocentos e noventa e nove mil, quinhentos e oitenta cruzeiros e vinte centavos).

O primeiro executado opôs embargos à execução, tendo o magistrado indeferido a inicial, daí o apelo manifestado.

Em suas razões o apelante disse que merece correção a sentença na parte referente à ilegitimidade ativa ou passiva, eis que foi citado, ofereceu bens à penhora, não sendo aceitos. Não pode o Juiz deixar de entrar no mérito da causa, porque faltam aos documentos que instruí-

ram a execução formalidades legais. O fato de os bens penhorados serem de terceiro não impede o processamento dos embargos.

Após mencionar diversos julgados, terminou o apelante por requerer o provimento do apelo para que seja cassada a sentença atacada.

Na resposta, a apelada, citando inúmeros acórdãos, declarou que só pode embargar quem teve bens penhorados. Terminou dizendo: "Não é o caso de se entrar no mérito da questão, vez que o nobre julgador recorrido apenas se quedou na preliminar de ilegitimidade (art. 739, III c.c. 295, II do CPC), sendo defeso a esse E. Tribunal, para não suprimir uma instância, apreciá-lo..." (fls. 51). Pediu, por fim, a manutenção da sentença.

É o relatório.

À revisão.

VOTO

Consta dos autos que a presente Ação de Execução Forçada foi proposta pela apelada em desfavor de C.P.M., P.M. e s/m. A penhora válida se fez em um bem de propriedade destes dois últimos, enquanto que o primeiro, que não teve bem penhorado, opôs-se à execução, por meio de embargos.

O magistrado, entendendo que C.P.M., por não ter bem penhorado, não poderia embargar a execução, daí ter indeferido a petição inicial, fazendo-o nestes termos, conclusivamente: "Dessarte, temos que o embargante C.P.M. que não teve bens penhorados não pode se opor a execução por quantia certa através de embargos do devedor, por ser parte ilegítima para fazê-lo: Combinando o disposto no art. 739, inciso III com o disposto no art. 295, inciso II, indefiro a petição inicial dos embargos e, via de consequência, condeno o embargante nas custas processuais e honorários advocatícios, estes à razão de 10% do valor dado aos embargos" (fls. 18). (sic.).

Conquanto ponderáveis os fundamentos expostos na sentença, este Tribunal tem entendido de forma diversa, admitindo os embargos por quaisquer dos coobrigados, tenha ele bem penhorado ou não. Desde que seguro, o juízo com bem de quaisquer dos devedores, podem os demais opor-se à execução. Assim decidiu este Tribunal, em acórdão da lavra do ilustre Des. MAURO CAMPOS, à unanimidade de sua Turma Julgadora, a saber: "I — Embargos do devedor. Legitimação ativa. Legitimado a opor embargos é tanto o devedor, cujos bens sofreram a constrição da penhora, quanto qualquer coobrigado citado para a execução. II — Penhora. Nomeação de bens pelo devedor. Prazo para embargos.

Fluência a partir da assinatura do termo de nomeação". (Ac. do TJGo., de 21.12.82, publ. no DJ de 16.02.83).

Opiniões em sentido contrário existem e as tenho como respeitáveis. No entanto, prefiro seguir a corrente mais liberal, que vem sendo adotada por este Tribunal, no sentido de admitir a oposição dos embargos, uma vez seguro o juízo, ainda que o bem penhorado seja de outro coobrigado.

É que a exigência da lei dirige-se à segurança do juízo (art. 737, **caput**, do CPC), pouco importando a quantidade dos devedores. Seria até um exagero a penhora de bem relativamente a todos os coobrigados, para que pudessem eles opor-se à execução. Haveria, no final, uma super garantia, se todos tivessem que oferecer bem próprio para o uso dos embargos.

Com essas considerações, conheço do apelo e dou-lhe provimento para, cassando a sentença apelada, determinar que outra profira o magistrado, colhendo as provas, se julgar necessário.

Inverto o ônus da sucumbência, nas mesmas proporções.

Acordam os componentes da Primeira Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em conformidade com a ata de julgamento, por unanimidade, conhecer do apelo e dar-lhe provimento para, cassando a sentença apelada, determinar que outra profira o magistrado, ficando invertido o ônus da sucumbência, nas mesmas proporções, nos termos do voto do relator.

Participaram do julgamento, além do Relator, os Desembargadores Ulderico Geraldo Rodrigues que também o presidiu, e Byron Seabra Guimarães.

Goiânia, 30 de agosto de 1984. Ulderico Geraldo Rodrigues — Presidente, Messias de Souza Costa — Relator.

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL AVALIZADO – HABILITAÇÃO NA FALÊNCIA DO EMITENTE E EXECUÇÃO DO AVALISTA – ADMISSIBILIDADE

I Execução de título extrajudicial. Avalista. Crédito habilitado na falência do emitente. Admissibilidade. A habilitação na falência do emitente não constitui obstáculo para o credor promover a execução do título contra o avalista.

II – Lei de Usura. Súmula 595 do STF. "As disposições do Dl. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional".

III – Execução por título extrajudicial. Honorários de advogado. Fixação. Na execução forçada, haja ou não o devedor deduzido os embargos, os honorários advocatícios devem ser fixados sobre o valor da condenação. Prevalece para a fixação, tanto o valor da condenação que se pede quanto da condenação que se impede.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS
Apelação Cível n. 16.186 – Goiânia
Relator: Des. Mauro Campos

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 16.186, da comarca de Goiânia, em que figuram como 1o. apelante o Banco Sudameris Brasil S.A., 2os. apelantes J.P.R.B. e outro e apelados os mesmos.

VOTO DO RELATOR

Como exposto no relatório, trata-se de embargos opostos pelos

avalistas à execução fundada em nota promissória vinculada a Contrato de Repasse de Moeda Estrangeira que lhes promovera o Banco Sudameris Brasil S.A.

Da sentença que os julgou improcedentes, apelaram o embargado e os embargantes. Aquele para que se fixe a honorária advocatícia em 20% sobre a soma da condenação e não em 10% sobre o valor da causa, e ainda que se declarem explicitamente as verbas incidentes a serem acrescidas ao crédito principal, reclamadas no pedido de execução; os embargantes objetivam a reforma integral da sentença e a conseqüente procedência da ação de embargos.

Vê-se que o segundo apelo deve ser examinado em primeiro lugar.

A irresignação dos devedores, retratada no recurso interposto, está escudada nos argumentos que serviram de suporte aos embargos:

1o.) não pode o exeqüente habilitar seu crédito na falência do emitente e, concomitantemente, promover a execução dos avalistas do título;

2o.) não pode o exeqüente cobrar encargos do devedor acima da taxa legal.

Data venia, razão nenhuma aquece a pretensão dos apelantes.

Ambos os argumentos enfrentou-os, e bem, a sentença apelada.

No que tange no primeiro, a habilitação na falência do emitente não constitui obstáculo para o credor promover a execução do título contra o avalista (Revista dos Tribunais, 54/222). Aliás, como já tive ensejo de assinalar,em acórdão que o embargado trouxe à liça, a orientação torrencial da jurisprudência está no sentido de que, pelo princípio da solidariedade cambial, pode o credor habilitar seu crédito na falência do emitente sem ficar impedido de executar o avalista (Ap. Cív. n. 9.312, ac. un. de 20.12.83).

Vem a talho o magistério de Pontes de Miranda:

> "Os postulados da solidariedade e da autonomia das obrigações cambiárias permitem que se vá inutilmente contra um obrigado e, depois, contra outros, ou que se chamem a juízo dois ou mais; ou que se desista do processo contra um, para se ir contra outro; ou, tendo-se executado o obrigado mais remoto, se volte contra outro menos remoto" (Tratado de Dir. Privado, Tomo XXX, p. 473).

Quanto ao segundo fundamento, da impossibilidade da exigência de encargos acima da taxa legal, o entendimento predominante do Pretório Excelso, já cristalizado na Súmula 596, é o de que "as disposições do Dl. n. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros

encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional".

Ante tais considerações, nego provimento ao apelatório interposto pelos embargantes, confirmando a sentença apelada por seus fundamentos.

Quanto ao recurso formulado pelo exeqüente-embargado, merece provimento parcial, no tocante à fixação da honorária advocatícia.

Sobre o tema, esta Câmara, em acórdão de que fui relator, já decidiu:

> "Execução por título extrajudicial. Honorários de advogado. Fixação. Na execução forçada, haja ou não o devedor deduzido os embargos, os honorários advocatícios devem ser fixados sobre o valor da condenação. Prevalece para a fixação, tanto o valor da condenação que se pede quanto da condenação que se impede" (Ac. un. de 28.09.82).

Assim também se orienta o Tribunal de Mato Grosso, segundo aresto que o 1o. apelante trouxe à colação (ADCOAS, n. 43, p. 701, n. 93.954, f. 34).

Assim, provejo o recurso para fixar a verba honorária, não em 20% como pretende o 1o. apelante, mas em 10% sobre o montante da condenação, observadas as regras encartadas no art. 20, § 3o., do Código de Processo Civil.

Quanto à imprescindibilidade de conter a sentença a condenação dos devedores ao pagamento do principal e acréscimos pedidos na execução, não assiste razão ao 1o. apelante.

Como acentua o MM. Juiz **a quo,** tal condenação está implícita na forma executiva que a lei empresta ao título extrajudicial.

No magistério de Athos Gusmão Carneiro, na execução de título extrajudicial, não há lugar para "condenar" ou deixar de condenar o devedor no crédito exeqüendo (Revista dos Tribunais, 496/20).

Ao teor do exposto, provejo em parte o 1o. apelo e nego provimento ao segundo.

Custas pelos 2os. apelantes.

É o meu voto.

ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado, em sessão de sua Segunda Câmara Cível, à unanimidade, conhecer de ambos os recursos e, por maioria, prover em parte o primeiro apelo e negar provimento ao segundo, nos termos do voto do Relator, ficando vencido o eminente Revisor, Desembargador José Roberto da Paixão.

Votaram, além do Relator, que presidiu ao julgamento, os Desembargadores José Roberto da Paixão e Paulo de Amorim.

Goiânia, 18 de setembro de 1984. Mauro Campos – Presidente e Relator.

EXECUÇÃO FISCAL – SONEGAÇÃO – RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE

— Execução Fiscal. Sonegação tributária (ICM). O sócio-gerente da empresa é responsável pela obrigação tributária, na condição de devedor substituto, por força das disposições conjugadas dos arts. 121, parágrafo único, inc. II e 135, inc. III, do Cód. Trib. Nacional.

Recurso apelatório a que se nega provimento.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS
Apelação Cível n. 13.647 – Goiânia
Relator: Des. João Canêdo Machado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 13.647 em que são partes R.F.S. e a Fazenda Pública Estadual.

RELATÓRIO

Execução fiscal intentada pela Fazenda Pública contra C.O. Ltda.

Os embargos foram opostos por R.F.S., sócio da empresa já extinta.

O juiz do primeiro grau de jurisdição julgou improcedentes os embargos, fundado no argumento de que o sócio que a gerenciou é responsável pelas dívidas da sociedade, na condição de substituto, nos termos do que rezam, conjugadamente, os artigos 121, parágrafo único, II, e 135, III, do Código Tributário Nacional, em conta que a dívida deriva de ato ilícito, decorrente do não recolhimento de ICM.

Não conformado, o sucumbente manifestou recurso apelatório para esta Corte de Justiça.

Alega o apelante haver sido a sentença proferida com arrimo nos artigos 121 e 135, III, do CTN, mas para que haja aplicação deste últi-

mo dispositivo é necessário que fique demonstrado seja o sócio diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica de direito privado e que nessa condição tenha agido com excesso de poderes ou infringido a lei. Pondera não haver nada disso acontecido no presente caso, razão por que não merece mantida a sentença do primeiro grau.

Fundado nesta argumentação, o apelante propugna pelo provimento do recurso apelatório.

A apelada não se manifestou. O Doutor Promotor de Justiça está pela não manifestação do Ministério Público por não ser caso de sua intervenção.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por um de seus eminentes delegados, opinou pelo improvimento do apelatório.

Está feito o sucinto relatório.

À douta Revisão.

VOTO

Secundando o entendimento esposado pelo doutor Promotor de Justiça (fls. 72v/73), o ilustre patrono do apelante suscitou, por ocasião da sustentação oral que fez da tribuna, a preliminar de não participação obrigatória do Ministério Público neste processo, ao argumento de que já dispõe a Fazenda Pública de um elenco de defensores.

Não acolho o argumento, por entender que a hipótese em apreço se enquadra no preceito do inciso III do artigo 82 do vigente Código de Processo Civil que estabelece: "III — em todas as demais causas em que há interesse evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte".

Vê-se que o dispositivo citado é por demais abrangente. Pouco importa que a Fazenda Pública Estadual tenha defensor próprio, o que importa é que sua condição de entidade pública evidencia, nos termos em que está disposto na lei, a existência de interesse público. O que importa, em última análise, é, como no presente caso, a qualidade da parte.

O ideal é que o Poder Público não gozasse de tanta regalia, pois, na atualidade, como a propósito acentuou o eminente advogado suscitante, dispõe ele de um elenco, presumivelmente qualificado, de defensores. Além disso lhe é facultado prazo especial para defesa e, finalmente, está garantido pelo reexame compulsório do julgado que lhe for desfavorável, junto ao segundo grau de jurisdição, por força do que dispõe o inciso II do artigo 475 do CPC.

O ideal seria, repito, que o Poder Público não gozasse de tanto privilégio.

Entretanto, tudo isso lhe é atribuído pela lei processual que aí está. É uma realidade legal e por isso só cumpre ao Poder Judiciário aplicar a lei.

Por tais razões é que desprezo a preliminar argüida pelo nobre patrono do apelante.

Preambularmente, é o que voto.

Egrégia Câmara, quanto ao mérito, tenho que, no presente caso, a sociedade C.O. Ltda. era gerida por todos os sócios, nos termos do que está consignado na cláusula 2a. do seu contrato social (fls. 7).

Após alteração contratual levada a efeito (fls. 10), a sociedade passou a contar com apenas dois (2) sócios M.P.S. e R.F.S.

Ao que notificado nos autos (fls. 2), o sócio M.P.S. faleceu no dia 18 de junho de 1974 e com isso ficou dissolvida a sociedade.

Acontece que a fiscalização apurou débitos resultantes de ICM relativos aos exercícios de 1974 e 1975, consoante demonstram as certidões de dívida ativa vistas às fls. 3/9 dos autos dos embargos do devedor.

Na gerência da empresa, encontrava-se, efetivamente, o sócio R.F.S. Antes da morte do outro sócio M.P.S., por força da disposição contratual (cláusula 2a.), e depois da morte, porque era o sócio remanescente, tendo em vista compor-se a sociedade de apenas dois sócios. E na condição de gerente da sociedade dissolvida teria o sócio sobejamente de permanecer até que satisfeitas todas as suas obrigações, por força do que dispõem conjugadamente os arts. 344 do Código Comercial e 1.375 do Código Civil.

Não há nos autos nenhuma prova de que inexistisse a sonegação tributária, ou seja, o ilícito tributário decorrente do não recolhimento de ICM, nos termos do que está apurado através das certidões de dívida regularmente inscrita.

A conclusão, portanto, é que o ilícito tributário tenha ocorrido na administração do apelante, na condição de gerente da empresa C.O. Ltda.

A hipótese, pois, enquadra-se nas disposições conjugadas dos arts. 121, parágrafo único, II e 135, III, do Código Tributário Nacional, em conta ser o apelante o responsável pelo resgate do tributo, como devedor substituto.

A propósito merece trazido à colação o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: "Execução fiscal. Alegação de sonegação de ICM. Execução contra sócio que exerceu a gerência da sociedade

parte do exercício em que se alega ter havido a sonegação. Sócio nessas condições é sujeito passivo da obrigação tributária, na qualidade de responsável por substituição (art. 135, III, combinado com o art. 121, parágrafo único, II, ambos do Código Tributário Nacional). RTJ n. 85, n. 979 — Relator Ministro Moreira Alves.

Por oportuno, cito, ainda, algumas considerações feitas pelo eminente Ministro Relator, no voto que proferiu nos termos seguintes: "Essa circunstância — a de ter sido gerente em parte do exercício a que se refere a cobrança do ICM que se alega sonegado — afasta a aplicação ao caso dos precedentes deste Tribunal invocados, os quais não se referem a sócio que tenha exercido a gerência da sociedade. Por isso mesmo, esta Segunda Turma, ao julgar o RE 81.207, em 12.12.75, relator o Sr. Ministro Leitão de Abreu, dele conheceu e lhe deu provimento porque, naquele caso, era inaplicável o art. 135, III, do Código Tributário Nacional em relação a sócio que não assumira a direção da empresa. Reza a ementa desse acórdão: "Sociedade de responsabilidade limitada. Executivo fiscal contra sócio. Inaplicabilidade do art. 135, III, do Código Tributário Nacional em relação a sócio-cotista, que não assumiu a direção da empresa. Peculiaridade apontada pelo acórdão recorrido, que não envolve fraude, imputável ao recorrente".

Mais adiante pondera o ilustre Ministro: "Esse inciso III, (referindo-se ao art. 135, do CTN) ao contrário do que ocorre com o inciso VII do art. 134 do Código Tributário Nacional (abrangido pelo inciso I do art. 135), não abarca apenas "os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas", mas, sim, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, em geral (cf. Baleeiro, Direito Tributário Brasileiro, 8a. ed., p. 448, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1976)".

Finalmente, aduz o ilustre Ministro, citando Baleeiro: "Nesses casos, além das categorias de pessoas arroladas no art. 134, que passam a ser plenamente os responsáveis pelos créditos tributários — e não apenas solidários estritamente em caso de impossibilidade de cumprimento por parte do contribuinte — ficam na mesma situação os mandatários, prepostos e empregados, assim como os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de Direito Privado, em geral".

Este o caso dos presentes autos, pois o sócio R.F.S. encontrava-se na condição de gerente da sociedade dissolvida, por força do contrato social e por decorrência da lei, consoante já se afirmou linhas volvidas.

A dívida em apreço, resultante de ICM, está regularmente inscrita conforme demonstram as certidões (fls. 3/9), por isso é líquida, certa e exigível.

Daí, a legitimidae de sua cobrança através de execução fiscal, ex-vi do art. 585, VI, do Cód. de Proc. Civil.

Ao cabo destas considerações, só me resta negar provimento ao recurso apelatório para manter, por seus fundamentos, a sentença impugnada.

Custas, pelo apelante.

Assim eu voto.

ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela 3a. Turma Julgadora de sua 2a. Câmara Cível, à unanimidade, conhecer do apelatório, mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Custas, pelo apelante.

Fez sustentação oral o patrono do apelante Doutor O.M.

Com o Relator, que ao julgamento presidiu, votaram os senhores Desembargadores Mauro Campos e Paulo de Amorim.

Goiânia, 30 de outubro de 1981. Des. João Canêdo Machado — Presidente da 2a. Câmara Cível e Relator.

HABEAS-CORPUS – TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES – COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

— **Habeas-Corpus.** Paciente respondendo a processo crime de tráfico internacional de entorpecentes, mesmo em comarca não sede de Vara da Justiça Federal, deve recorrer e propor ação originária de **habeas-corpus** perante o Egrégio Tribunal Federal de Recursos.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS
Habeas-Corpus Originário n. 7.289 – Mineiros
Relator: Des. Pedro Soares Correia

ACÓRDÃO

Vistos, relatados oralmente e discutidos estes autos de **Habeas-Corpus** Originário n. 7.289, da Comarca de Mineiros, em que é impetrante o advogado D.V. e paciente A.P.M.

D.V., advogado, exerce pretensão à tutela jurídica mandamental, propondo ação de **Habeas-Corpus** em favor de A.P.M., qualificado, com base nos artigos 153, § 20, da Constituição Federal, 647 e 648, II e IV, do Código de Processo Penal, alegando: a) incompetência do juízo de Mineiros e competência da Justiça Federal, por se tratar de tráfico internacional de entorpecente, consoante a Súmula 522 e a Jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal; b) excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal (fls. 2 a 6).

Apresentou documentos de fls. 7 a 90.

Informou o MM. Juiz de Direito: a) que o paciente foi preso em flagrante delito, pela Polícia Federal, aos 13 de abril do corrente, na cidade de Santa Rita do Araguaia, distrito de Mineiros, por transportar cerca de 2.800Kg. de cocaína, num veículo tipo "Brasília", sendo referida droga procedente da Bolívia, e que sua prisão somente ocorreu porque o paciente se envolveu em um acidente rodoviário, do qual resultou

a morte de três outros ocupantes do veículo, sofrendo o paciente, apenas, leve escoriação na testa (fls. 96); b) que o processo segue os trâmites legais, visto que proferiu saneador aos 27 de abril deste, sem recurso, iniciando-se a audiência de instrução e julgamento aos 4 de maio do corrente, sendo marcada nova data, 1o. de junho passado, para continuação da referida audiência (fls. 98); c) que, se houver excesso de prazo, a culpa é do defensor que solicitou expedição de carta precatória para inquirição de testemunhas de defesa (fls. 98), conforme documentos de fls. 172 a 176; d) no que diz respeito à aludida incompetência, faz referências aos artigos 27, da Lei n. 6.368/76, e 126 da Constituição Federal (fls. 99).

Ouvida a douta Procuradoria Geral de Justiça, é pela incompetência deste Egrégio Tribunal de Justiça (fls. 197 a 200).

O paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 12 (1a. figura (importar) e 12a. (transportar), combinado com o artigo 18 inciso I, primeira parte, da Lei n. 6.368/76, porque, segundo consta dos autos, comprovou-se que se trata de cocaína procedente do exterior, tendo em vista o local de entrada da substância em território nacional (denúncia, fls. 9).

Lê-se do auto de prisão em flagrante, depoimento do paciente, que "foi preso na noite de ontem logo após haver sido constatado que viajava em companhia de U.O.S., transportando quase três quilos de cocaína, de cuja existência no veículo o interrogado tinha ciência e que que a cocaína ora apreendida foi adquirida na Bolívia por valor que desconhece" (fls. 19).

Em poder do acusado foram apreendidos: (um mil e seiscentos dólares americanos) US$ 1.600,00; (quarenta e um mil e seiscentos pesos bolivianos) Cr$ 41.600,00; (quarenta e cinco mil e oitocentos cruzeiros) Cr$ 45.800,00 (fls. 43) e a cocaína, avaliada em Cr$ 68.597.500,00 (sessenta e oito milhões, quinhentos e noventa e sete mil e quinhentos cruzeiros) (fls. 74 e 75).

Não há dúvida que se trata de tráfico internacional de entorpecente.

A questão da competência deve ser analisada em primeiro lugar, por se referir a pressuposto processual de validez do processo.

A matéria está versada pelo artigo 27 da Lei n. 6.368/76, artigo 126 da Constituição Federal, Súmulas 522 do Colendo Supremo Tribunal Federal e 54 do Egrégio Tribunal Federal de Recursos.

Súmula 522 do Supremo Tribunal Federal:

"Salvo ocorrência de tráfico para o exterior, quando então a competência será da Justiça Federal, compete à Justiça dos Estados o processo e julgamento dos crimes relativos a entorpecentes".

Súmula 54 do Tribunal Federal de Recursos:

"Compete à Justiça Estadual de primeira instância processar e julgar crimes de tráfico internacional de entorpecentes quando praticado o delito em comarca que não seja sede de Vara do Juízo Federal".

Aliás, é o que determina o artigo 27 da Lei n. 6.368/76.

Não há dúvida sobre a competência do Juízo de Mineiros para o processo e julgamento do feito.

No que se refere aos recursos, estes, no caso, devem ser interpostos para o Egrégio Tribunal Federal de Recursos.

É esta a Jurisprudência da Suprema Côrte:

"Habeas-Corpus. Competência. Crime de entorpecente. Lei n. 6.368, de 21.10.1976, artigo 12. Sentença condenatória prolatada por Juiz de Direito, não sendo o lugar do crime sede de Vara da Justiça Federal. Não procede a alegação de incompetência do Juiz, mesmo se se tratasse de tráfico internacional de entorpecente. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, dentre outros, nos Conflitos de Jurisdição números 5.976 e 5.981. Pedido indeferido. (**Habeas-Corpus** n. ... 59.143 – MS, Relator o Sr. Min. Néri da Silveira, RTJ-99/1.134).

O Egrégio Tribunal Federal de Recursos assim se pronuncia:

"Ainda que envolva tráfico de entorpecentes com o exterior, o delito praticado em município que não seja sede da Vara da Justiça Federal, é da competência do Juiz estadual, com sede recursal no Tribunal Federal de Recursos" (CC. 3.882-SP. Relator o Sr. Min. Carlos Madeira – Pleno - Unânime – DJ-5-3-80, Ementário da Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos n. 9/52).

No caso, há impossibilidade de ser afastado o característico da internacionalidade antes do encerramento da instrução criminal.

A competência é do Juízo de Mineiros, deste Estado, mas a sede recursal do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, que, por razões de lógica, também é o competente para a ação de **Habeas-Corpus.**

Deixo de analisar a questão do excesso de prazo alegado, pelos motivos supracitados.

Conclui-se, de acordo com o parecer da cúpula ministerial, pela incompetência deste Tribunal de Justiça, para conhecer de **Habeas-Corpus** impetrado pelo paciente, sob a alegação de constrangimento ilegal oriundo de processo crime por tráfico internacional de entorpe-

centes, motivo por que determino a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos.

ACORDA o Tribunal de Justiça, por sua Segunda Câmara Criminal, à unanimidade de votos, acolhendo o parecer do representante da Procuradoria Geral de Justiça, dar-se por incompetente para conhecer do pedido, determinando remessa dos autos ao Egrégio Tribunal Federal de Recursos. Custas na forma da lei.

Votaram, além do Relator, os Desembargadores Arinam de Loyola Fleury, que presidiu o julgamento, Geraldo Crispim Borges e Juarez Távora de A. Coutinho.

Representou a Procuradoria Geral de Justiça o ilustre Procurador Dr. Joeni Leite Braga.

Goiânia, 14 de junho de 1984. Arinam de Loyola Fleury — Presidente, Pedro Soares Correia — Relator, Joeni Leite Braga — Procurador.

PROVIMENTO DE CARGO — NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO PUBLICADO DENTRO DE PERÍODO PROIBITIVO — EFICAZ O DECRETO QUE DECLAROU NULO O PROVIMENTO

— MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECRETO DO GOVERNADOR DO ESTADO — APLICAÇÃO DA LEI 6.978/82 — DECRETO ESTADUAL, COM DATA ANTERIOR AO PERÍODO PROIBIDO BENEFICIA O IMPETRANTE — VIGÊNCIA.

Nulos são os atos administrativos praticados com ofensa ao art. 9o. da Lei Federal 6.978/82 — Para os fins previstos, não prevalece a data do decreto e, sim, de sua publicação no órgão oficial. Segurança denegada.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Mandado de Segurança n. 908 — Goiânia

Relator: Des. João da Silva Moreira

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança n. 908, da Comarca de Goiânia, em que é impetrante S.J.S. e impetrado o Exmo. Sr. Governador do Estado de Goiás.

VOTO DO RELATOR

O Sr. S.J.S., devidamente qualificado e representado, impetra mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. Governador do Estado de Goiás, alegando e requerendo, em resumo:

Por decreto de 10.8.82, publicado no Diário Oficial do Estado, a 17 seguinte, foi transferido, por acesso, do cargo de comissário de polícia para o de delegado de polícia da administração direta.

O impetrado, entendendo que esse ato violou o art. 9o. da Lei

Federal 6.978/82, por decreto n. 2.201, de 21.3.83, declarou nulos de pleno direito os atos do seu antecessor publicados no referido órgão oficial, no período de 17 de agosto de 1982 a 15 de março de 1983.

Sustenta o impetrante que não tem culpa, nem pode ficar prejudicado com o retardamento da publicação do ato, que o beneficiou, devendo o Estado arcar com todas as responsabilidades pelo atraso.

Agregando que seu direito é líquido e certo, pede a concessão da liminar, "suspendendo provisoriamente o ato do Sr. Governador, no que tange ao seu rebaixamento de cargo", até à decisão definitiva.

A petição veio acompanhada dos documentos de fls. 5/61.

O conspícuo Desembargador Presidente, a quem foi endereçado o pedido, em despacho de fls. 66, entendendo que, "No caso vertente, o Mandado de Segurança, se futuramente concedido, não ficará prejudicado, uma vez que, se vier a ser deferida a segurança, ver-se-á o impetrante reintegrado no cargo, com ressarcimento dos prejuízos decorrentes do afastamento", indeferiu a liminar.

Notificada, a autoridade apontada como coatora — o Exmo. Sr. Governador do Estado — prestou as informações de fls. 72/74, nas quais, defendendo a legitimidade de seu ato e depois de transcrever a íntegra do art. 9o. da Lei Federal n. 6.978/82, argumenta:

> "Ora, o ato administrativo que transferiu, por acesso o impetrante, do cargo de Comissário de Polícia para o de Delegado de Polícia de 3a. classe, embora ostente a data de 10 de agosto de 1982 como tendo sido a da respectiva edição, foi, contudo, publicado no Diário Oficial de 17 de agosto de 1982 (fls. 49 dos autos), exatamente no termo inicial do período proibitivo. É de sabença comum que os atos administrativos somente se completam e adquirem eficácia a partir de sua publicação". (fls. 73).

Ao final, afirma que o impetrante não está amparado por direito líquido e certo e, portanto, é carecedor da ação.

A ilustrada Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 76/78, arremata:

> "Assim entendendo essa Augusta Corte como prevalente a data da realização do ato, é de se deferir a medida pleiteada. De outra forma, a prevalecer a data da publicação do ato, não há como salvar-se o decreto que beneficiou o impetrante, impondo-se o indeferimento do **mandamus**". (fls. 78).

Assim, encerro este relatório.

Como se depreende, a **quaestio vexata** está em saber-se se o decreto de 10 de agosto, publicado a 17 do mesmo mês e ano de 1982, transferindo o impetrante, por acesso, do cargo de Comissário de

Polícia para o de Delegado de Polícia de 3a. classe, violou o art. 9o. da mencionada Lei Federal n. 6.978/82.

Vejamos o que prescreve esse dispositivo:

> "Art. 9o. — São vedados e considerados nulos de pleno direito, não gerando obrigações de espécie alguma para a pessoa jurídica interessada, nem nenhum direito para o beneficiário, os atos que no período compreendido entre os 90 dias anteriores à data das eleições de 15 de novembro, e o término do mandato do governador do Estado, importem em nomear, contratar, designar, readaptar funcionário ou proceder a qualquer outras formas de provimento no quadro da administração direta e das autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista dos Estados e Municípios".

Tudo pode resumir-se no provimento, dentro, ou não, do período proibido.

A transferência, por acesso, do impetrante, de um cargo para o outro, constitui, inquestionavelmente, uma forma de provimento do segundo cargo — Delegado de Polícia.

Resta apurar-se se o fato ocorreu no lapso defeso.

Aritmeticamente, os noventa (90) dias, anteriores a 15 de novembro de 1982, tiveram seu início a 17 de agosto do mesmo ano.

O impetrante afirma que o decreto, beneficiando-o, é de 10 de agosto, portanto, antes do período vedado e que ele não tem culpa, nem pode ser prejudicado com o retardamento de sua publicação, de que o Estado é responsável.

Como se sabe, as leis começam a viger a partir de oficialmente publicadas.

É o princípio geral assentado no art. 1o. da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

Se não fosse firmado o princípio da publicação, ou melhor ainda, da circulação do órgão oficial — porque não se torna público o que não se leva, efetivamente, ao conhecimento do povo — aberto estaria o caminho da fraude.

Bastaria que o poder público antedatasse os seus atos, a seu bel-prazer.

Desta forma, seria facílimo burlar a Lei n. 6.978/82: era só lançar nos atos, no período proibido, datas anteriores a 17 de agosto de 1982; porém, no caso, a fraude é presumida e a presunção é **juris et de jure**.

Publicado, como o foi, no órgão oficial de 17 de agosto de

1982, o ato beneficiando o impetrante se deu ao arrepio do art. 9o. da citada lei.

Obviamente, o pedido não preenche as condições exigidas pelo art. 1o. da Lei n. 1.533/51, que determina a concessão do **Writ** para proteger direito líquido e certo violado ou ameaçado ilegalmente ou com abuso de poder.

Ao teor do exposto, **data venia**, denego a ordem.

É o meu voto.

Acorda o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em sessão plenária, por maioria, em denegar a segurança impetrada, contra o voto do Exmo. Sr. Des. José Roberto da Paixão, que a concedia.

Participaram do julgamento, além do Relator, os Exmos. Srs. Desembargadores José Roberto da Paixão, Júlio Resplande de Araújo, Arinam de Loyola Fleury, Geraldo Majella Franklin Ferreira, Paulo de Amorim, Celso Fleury, João Canedo Machado, Messias de Souza Costa, Mauro Campos, Ulderico Geraldo Rodrigues, Homero Sabino de Freitas, Lafaiete Silveira, Joaquim Enrique de Sá, Juarez Távora de Azeredo Coutinho e Byron Seabra Guimarães.

Não participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista de Faria Filho, por ausente justificadamente da sessão em que foi relatado o processo; Geraldo Crispim Borges, ausente por motivo justificado; Fenelon Teodoro Reis, de licença para tratamento de saúde; e Clenon de Barros Loyola, em gozo de licença-prêmio.

O julgamento foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Leôncio Pinheiro de Lemos.

Na sessão anterior, fez sustentação oral o Dr. N.F.C., ilustre patrono do impetrante.

Esteve presente o Exmo. Sr. Dr. Amaury de Sena Aires, digno Procurador Geral de Justiça.

Goiânia, vinte e sete de junho de 1984. Des. Leôncio Pinheiro de Lemos — Presidente, Des. João da Silva Moreira — Relator.

REGISTRO DE IMÓVEIS — RETIFICAÇÃO — CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE

— Retificação de Registro de Imóveis. Identificação de Imóvel. "Um imóvel se identifica pelos seus limites e confrontações; a retificação consiste na enunciação correta da área, não se tratando de aquisição de propriedade imóvel".

2. Registro inexato. "O registro é inexato quando se verifica um desacordo entre a situação jurídica verdadeira e a situação jurídica registral".

3. Justeza da retificação. "É justo que se altere um registro, fazendo-o enquadrar-se dentro da realidade, desde que se possa provar uma desconformidade entre o estado jurídico anterior, aparente, com o real".

4. Impugnação inexistente. Impugnação desacompanhada de documentos e da qual se desiste, expressamente, logo depois, é inexistente.

5. Condições de admissibilidade. É admissível a retificação de registro, mesmo que haja alteração da área para maior, desde que o imóvel se encontre perfeitamente delimitado, sejam citados os alienantes e todos os confrontantes, não haja impugnação fundamentada, nem ocorra prejuízo para terceiro.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS
Apelação Cível n. 15.853 — Jataí
Relator: Des. Fenelon Teodoro Reis

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível n. 15.853, da Comarca de Jataí, figurando como apelantes M.P.R. e s/m e como apelado o Ministério Público.

RELATÓRIO

J.C.S. e sua esposa requereram, junto à 2a. Vara Cível da Comarca de Jataí, retificação de registro concernente a um imóvel rural, em virtude de haver sido constatada, em medição recente, que a área real é superior à constante no título de aquisição e na respectiva transcrição.

Citados os vendedores e confrontantes, foi apresentada impugnação por E.F.S. e sua mulher, que alegaram, em resumo, o seguinte: a área em apreço está em comum com terras pertencentes aos impugnantes e sobre toda a gleba há uma ação de divisão em curso; o acréscimo encontrado caberá a eles, os impugnantes, vez que são os atuais proprietários de uma gleba que os autores venderam como tendo 44 alqueires e na qual só encontraram 20 alqueires.

Apensados os autos, o culto magistrado julgou a divisória. Com o trânsito em julgado na ação de divisão, E.F.S. e esposa desistiram da impugnação, fazendo-o através do próprio patrono dos autores, conforme o mandato outorgado especialmente para tal fim. Os advogados dos impugnantes foram, posteriormente, cientificados.

Visando contar com mais elementos na oportunidade de decidir, o m.m. Juiz de Direito determinou perícia, nomeando e formulando quesitos.

No seu laudo, o engenheiro observou que entre a área constante do memorial descritivo, apresentado com a inicial, e a que ele encontrou em sua medição havia uma pequena diferença para menos. Contra isso, os autores nada objetaram.

A representante local do Ministério Público manifestou-se pelo deferimento da retificação solicitada.

Tendo os autores, no correr do pedido de retificação, alienado o dito imóvel, os adquirentes adentraram os autos por intermédio do mesmo ilustre advogado, pedindo o seu prosseguimento.

Ouvido o agrimensor que elaborou o memorial descritivo, foi ele pela retificação de seus mapas, por considerar correta a área encontrada pelo perito.

Sentenciando, o digno Dr. Juiz de Direito considerou que só através de usucapião seja possível a aquisição das terras que excedem a da compra consubstanciada na escritura e correspondente registro, mormente sendo o acréscimo superior a 1/20 (um vinte avos), daí concluir pela improcedência.

Os atuais proprietários — M.R. e sua consorte apelam, argumentando que a aquisição fora **ad corpus,** não estando a ocorrer alteração nos limites, e que a possibilidade do procedimento previsto no art. 213 da lei registrária é pacífica, conforme abundante doutrina e jurisprudência.

O ilustre representante do Ministério Público, no primeiro grau, pronunciou-se pelo provimento do apelo.

Aqui chegados, os autos foram com vista à Procuradoria Geral de Justiça, onde o douto Procurador da Justiça Dr. Wilson Brandão Curado manifestou-se, também, pelo provimento e reforma da sentença, a fim de ser deferida a retificação solicitada.

Assim relatados os presentes autos, sejam encaminhados ao eminente Desembargador revisor.

VOTO DO RELATOR

J.C.S. e sua esposa, por intermédio de advogado regularmente constituído, requereram retificação de registro de um imóvel rural, em virtude de haver sido constatada, em medição recente, área a maior do que a constante do título de aquisição e da respectiva transcrição.

Um casal de confrontantes impugnou o pedido, mas desistiu posteriormente.

Realizada, de ofício, uma perícia, verificou-se pequena diferença em relação à área encontrada pelo subscritor do memorial descritivo que instruiu a inicial, tendo dito agrimensor reconhecido seu erro.

No curso do processo, os autores alienaram o imóvel; os adquirentes, representados pelo mesmo advogado, pleitearam o prosseguimento.

O Ministério Público do primeiro grau manifestou-se pela retificação do registro.

O Dr. Juiz de Direito julgou improcedente o pedido.

Pelos novos proprietários — M.F.R. e sua mulher — foi interposto apelo objetivando a reforma da sentença.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça pronunciou-se pelo provimento do recurso.

Isto posto, tenho que ressaltar que o conteúdo do art. 213 da Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/73) gerou a formação de várias correntes.

Posso ver que a sentença recorrida se filiou àquelas que entendam ser, primeiramente, necessária a retificação do título levado a registro, quando este foi feito exatamente de acordo com o referido título, e que a retificação de registro não pode ser uma nova forma de aquisição de propriedade.

Na espécie, não há, realmente, erro no registro, pois, o oficial o fez na conformidade com o título que lhe foi apresentado.

O erro quanto à área do imóvel só foi constatado por medição feita há pouco tempo.

Em se tratando do que se convencionou chamar-se de venda **ad corpus,** a menção à metragem é meramente enunciativa, não havendo que se falar em acréscimo de 5% (cinco por cento), percentual relativo à venda **ad mensuram.**

Analisando a escritura de compra-e-venda, observo que a aquisição da chamada primeira gleba pode ser, efetivamente, considerada **ad corpus:** "área de mais ou menos 20 alqueires, com as divisas seguintes".

O mesmo não ocorre com pertinência à segunda gleba: "área de 10 alqueires, dentro das seguintes divisas: por não constar a expressão "mais ou menos" e por referir-se a uma área **dentro,** não **com** as seguintes divisas.

A recomendação de PLÍNIO MARIN é a de que o interessado na prova de maior ou de menor área de seu imóvel deveria, após estar de posse das plantas, memorial e perímetro (trabalhos geodésicos feitos por profissional inscrito no CREA), tentar, inicialmente, uma escritura de re-ratificação, à qual compareceriam os alienantes, bem como os confrontantes, estes na qualidade de terceiros intervenientes anuentes e declarando concordarem com as divisas levantadas e respeitarem-nas. Não cabendo imposto de transmissão na hipótese de área a maior.

Munido de tal escritura, o interessado requereria a expedição de mandado de retificação, devendo ao mandado anexar-se a dita escritura.

Não sendo possível a forma amigável, o interessado requererá a retificação em consonância com os arts. 212 e 213 da Lei n. 6.015 ("Prática de Registro Públicos", Saraiva, 1976, p. 42).

Semelhante posicionamento é o do Professor TABOSA DE ALMEIDA:

"O registro é inexato quando se verifica um desacordo entre a situação jurídica verdadeira e a situação jurídica registral. A verdadeira situação jurídica pode coincidir apenas com a situação fática, mas não com o título causal, ambos colocados em desajuste com o registro. Mas a situação fática pode também estar em desacordo com o título, pois o registro não pode ser feito em desacordo com este. Se o for, constata-se o erro evidente, desde que o título corresponda à situação jurídica verdadeira e coincidente com a situação registral anterior": (Das inexatidões registrais e sua retificação", **in** Rev. de Dir. Imobiliário, vol. 11, p. 59).

Segundo o mestre, a retificabilidade do registro dimana principalmente do art. 860, **caput,** complementado pelo art. 967, ambos do C. Civil. Duas são as hipóteses previstas no art. 213 da lei registral: a judicial, de jurisdição voluntária, mediante requerimento do interessado ao Juiz; a funcional, que pode ser feita pelo cartório, no caso de erro evidente. Em qualquer das hipóteses, não se deve perder de vista o prejuízo que a retificação possa acarretar a terceiro: (idem, ibidem, p. 59).

Para SERPA LOPES, é justo que se altere um registro, fazendo-o enquadrar-se dentro da realidade, "desde que se possa provar uma desconformidade entre o estado jurídico exterior, aparente, com o real": (Tratado dos Registros Públicos", Ed. Freitas Bastos, IV/344).

A respeito da questão, a jurisprudência ainda não é totalmente pacífica. Na Suprema Corte há, por exemplo, julgamento no sentido da carência de ação para o pedido de retificação de registro, havendo divergência entre a área contida no título e a real.

"Se há aumento de área, e não verificação de simples engano acerca da área, descabe o procedimento retificatório: (Re n. 92.464, **apud** "Rev. de Dir. Imobiliário, vol. 7, p. 79").

Contudo, é grande a maioria dos julgamentos nos pretórios estaduais pela admissibilidade da retificação, mesmo que haja alteração da área para maior, desde que: a) sejam citados os alienantes e todos os confrontantes ou seus sucessores; b) não haja impugnação fundamentada; c) não haja prejuízo para terceiro: (Rev. de Dir. Imobiliário, vol. 6, p. 138 e 139; vol. 11, p. 98).

Isto levando-se em conta que um imóvel se identifica pelos seus limites e confrontações e a retificação consiste na enunciação correta da área, não se tratando de aquisição de propriedade imóvel: (**apud** Rev. de Dir. Imobiliário", vol. 6, p. 140).

Uma recomendação importante, e que deveria ser levada a todos os juízes, é a de se oportunizar ao oficial do registro a prestação de informações sobre o pedido de retificação, mormente quanto à circunstância de serem realmente aqueles, constantes da inicial, os verdadeiros confrontantes do imóvel.

Este Egrégio Tribunal tem decidido que:

"Pode-se retificar o registro imobiliário, no tocante à sua alqueiragem, desde que o pedido não sofra qualquer impugnação e as lindes do imóvel, respeitadas pelos confrontantes, estejam materializadas por cercas de arame e veios d'água, tornando-as perfeitamente individuali-

zadas'': (ap. cív. n. 13.031, de Bom Jesus de Goiás, DJE, de 29.5.81, p. 7).

''Na vigência da atual Lei de Registros Públicos, não é apenas o erro formal do registro que pode ser retificado, bastando que este não corresponda à realidade para legitimar a pretensão à retificação (artigo 212). E o erro poderá ser retificado, desde que não se acarrete prejuízo a terceiro (artigo 213)'': (ap. cív. No. 13.139, também de Bom Jesus, DJE de 29.5.81, p. 8).

Conforme já assinalado, no pedido em exame houve impugnação; contudo, os impugnantes dela desistiram.

A impugnação versou a respeito de uma outra área que os impugnantes adquiriram dos requerentes da retificação, área que deveria ter 44 alqueires, mais ou menos, e que só teria 20 alqueires, aproximadamente.

Pela argumentação dos impugnantes, a área a maior encontrada pelos retificantes seria, exatamente, a resultante dessa situação e que, por lógica, deveria pertencer a eles, adquirentes, não aos alienantes.

Alegaram mais que toda a gleba se achava sob divisão. Só instruíram a impugnação com um certificado de cadastro do INCRA, mas em nome do próprio requerente da retificação. Vejo que, sem nenhum documento, a peça nem poderia ser levada à conta de impugnação.

Logo a seguir, julgando a ação de divisão referida, proposta justamente pelos impugnantes, foram estes dados como carecedores da ação, consoante nos dá notícia o pronunciamento da representante do Ministério Público (fls. 52), tendo ocorrido o trânsito em julgado.

Se não bastasse issso, sobreleva-se ainda o fato de os impugnantes desistirem, expressamente, da impugnação suscitada. Portanto, é como se impugnação não tivesse havido.

Uma observação que desejo consignar é a de que os requerentes originários haviam vendido a L.F.S. uma parte de terras com 10 alqueires e meio, mas ou menos, e que a readquiriram posteriormente. Dita área está assinalada em verde no mapa de fls. 25, correspondendo a pouco mais da metade da área assinalada em amarelo. Na realidade, a área em amarelo deveria ser cinco vezes maior do que a verde, pois a área total é de mais de 60 alqueires. Fica a suposição de que o excesso de área tenha ocorrido precisamente na gleba que fora vendida e depois readquirida.

Feitas todas essas considerações e levando em conta que o imóvel se encontra perfeitamente delimitado; que foram citados os vendedores e todos os confrontantes; que a impugnação apresentada é

como se fora inexistente, em face, principalmente, da expressa desistência havida; que não há vestígio de prejuízo a terceiros, conheço do apelo e lhe dou provimento, para reformar a sentença, acolhendo o pedido de retificação, a fim de que seja feita a necessária averbação da área retificada. Custas de lei.

É o meu voto.

ACORDAM os integrantes da Primeira Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça de Goiás, por votação indiscrepante, em conhecer da apelação e lhe dar provimento para, reformando a sentença recorrida, acolher o pedido de retificação, a fim de que seja feita a necessária averbação da área retificada, no Registro de Imóveis, de conformidade com o voto do Relator, proferido na assentada do julgamento e que a este se integra. Custas de lei.

Votaram, além do relator, os eminentes Desembargadores Homero Sabino de Freitas, que presidiu o julgamento, e Lafaiete Silveira.

Esteve presente ao julgamento o Doutor Mauro de Freitas Corrêa, ilustre Procurador de Justiça.

Goiânia, 07 de agosto de 1984. Des. Lafaiete Silveira — Presidente. Des. Fenelon Teodoro Reis — Relator.

REIVINDICAÇÃO – POSSE INJUSTA – CONCEITO

— Reivindicação. Ação ajuizada por proprietário do imóvel. Requisito da posse injusta. Não há confundir o requisito da posse injusta a que se refere o art. 524 do Código Civil com a posse injusta definida no art. 489 do mesmo diploma legal. Aquela é injusta tão somente pela razão de que, na disputa entre a posse e a propriedade, prevalece o direito do proprietário, a menos que se trate de posse **ad usucapionem.** A posse **ad interdicta** não constitui obstáculo à procedência da ação de reivindicação.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS
Apelação Cível n. 15.360 – São Miguel do Araguaia
Relator: Des. Mauro Campos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível No. 15.360, da comarca de São Miguel do Araguaia, em que são apelantes M.E.L., e sua mulher e apelada C.C.B.

A espécie dos autos, em poucas palavras, pode ser assim resumida: em 6 de janeiro de 1977, a ora apelada, Colombina C. B., vendeu o imóvel "Três Barreiras" a Leonardo E.R. Este, em 25.3.77, alienou o mesmo imóvel a Manuel E.L. (ora apelante). Logo após a venda a Leonardo dizendo-se vítima de dolo do comprador, a vendedora promoveu a sua notificação judicial, dando conta de que postularia a anulação do respectivo contrato, através de ação própria. Publicado no Diário da Justiça de 17.3.77, o edital de notificação foi averbado no registro imobiliário. Ajuizada a referida ação em 21.3.77, a sentença, que a julgou procedente, houve por anular a venda feita por Colombina a Leonardo e a deste a Manuel. Este, posteriormente, ingressou no Tribunal de Goiás com a competente ação rescisória da sentença. Julgando-a, as Câmaras Cívicas Reunidas restringiram a procedência somente em

relação ao contrato de compra e venda celebrado entre Leonardo e Manuel (Ação Rescisória n. 335, de São Miguel do Araguaia, acórdão de 4.2.81). Inconformados, recorreram extraordinariamente assim Manuel como Colombina. O Pretório Máximo, em acórdão unânime de 9.11.82, julgou prejudicado o recurso interposto por Manuel e conheceu e proveu o manifestado por Colombina, para o fim de restabelecer a sentença de primeiro grau, que anulara as duas alienações: a de Colombina a Leonardo e a deste a Manuel. Antes, porém, tão logo publicado o acórdão proferido na Ação Rescisória, Colombina entendeu de aforar ação de anulação da escritura de compra e venda firmada entre Leonardo e Manuel. Anteriormente, fundada na sentença que descontituíra ambos os contratos de compra e venda do imóvel "Três Barreira", Colombina peticionara a reivindicação da gleba, dirigindo a ação contra Manuel e sua mulher (ora apelantes). Reunidos os processos, a sentença apelada julgou procedentes ambas as ações. Daí o apelo manifestado pelos réus.

Existem dois agravos retidos interpostos pelos réus: no primeiro, insurgem-se contra a invocada conexão entre as ações; no segundo, refutam a legitimidade da apelada para figurar no pólo ativo da ação anulatória.

Data venia, nenhum dos agravos merece provido.

Conforme aresto que se trouxe à liça, a jurisprudência desta Casa se orienta no sentido da admissibilidade de conexão entre a ação anulatória de escritura de compra e venda e a reivindicação (Ap. Cív. n. 12.645, de Anápolis).

O principal fundamento para arguir a ilegitimidade **ad causam** reside no fato de não haver a apelada participado do contrato que pretende anular.

Ora, como ensina Calmon de Passos, conquanto se poste com vistas ao direito material, nos limites em que este disciplina o conflito de interesse, qualificando como lide, não se confunde a legitimação no campo do direito material (Comentários ao C. Pr. Civil, vol. III, p. 209).

Na contestação à ação reivindicatória, os ora apelantes, insistindo na validade de seu título de domínio, afirmam:

"5o.: Como se disse, a sentença proferida na ação ordinária de rescisão de contrato de compra e venda, cumulada com perdas e danos, proposta pela autora contra Leonardo E.R. não é oponível a terceiros, entre os quais se incluem os contestantes. Para que a sentença proferida nesta ação tivesse eficácia contra os réus, estes deveriam ter sido citados para ela, na

qualidade de litisconsortes passivos necessários, o que, absolutamente, não ocorreu. Se os contestantes não foram citados para elas e, contudo, na sentença que a julgou, os seus títulos dominiais foram cancelados, é evidentíssimo que essa sentença é nula de pleno direito, tendo em vista a falta de citação dos contestantes, que ficaram, assim, privados do mais elementar dos direitos, que é o direito de defesa. A rescisão dessa sentença já está postulada pelos contestantes perante o Egrégio Tribunal de Justiça de Goiás.

6o.: Assim sendo, é imperioso concluir que o **jus in re** dos peticionários permanece intocável e com ele a posse mansa e pacífica que exercem, há mais de ano e dia, sobre o imóvel reivindicando".

Tais considerações, que chegaram a ser acolhidas pelo Tribunal de Goiás, já se encontram superadas em face do mencionado acórdão do Supremo Tribunal Federal, que entendera desfeita a venda do imóvel aos apelantes:

"Ação Rescisória. Anulada a escritura do transmitente não pode prevalecer a venda por ele feita, pois, declarada a nulidade da escritura, desfaz-se o direito que tenha adquirido o sucessor com fundamento no ato nulo ou anulado, porque ninguém transfere a outrem direito que não tem.

Aplicação do art. 42, § 2o., do CPC: "A sentença proferida entre as partes originárias estende os seus efeitos ao adquirente ou cessionário" (RE n. 97.187-4, GO, ac. un. de 9.11.82, Rel. Min. Cordeiro Guerra).

Daí a conclusão inarredável de que aos apelantes falta título dominial e, de conseguinte, não se questiona se a posse é justa ou injusta.

De feito, a jurisprudência pátria, em pronunciamentos uniformes e reiterados, no mesmo sentido tem-se orientado:

"Na reivindicatória não se investiga se a posse é justa ou injusta. Por mais justa que seja ela, prevalece contra ela o domínio do reivindicante" (Tribunal de Justiça do Rio G. Sul, ac. un. de 26.6.56, Rel. Des. Lourenço Mário Prunes, Minas Forense, 21/190).

No corpo do julgado acima, lê-se:

"O injusto, no caso, é a falta de título para a detenção. Não basta a posse de boa-fé: esta não pode valer mais do que o domínio. Não se desfaz título opondo qualidade sem título.

"O sentido da posse injusta, di-lo douto acórdão do Tribunal do

Rio Grande do Norte, o sentido da posse injusta se torna aqui mais amplo, o que é facilmente perceptível considerando-se que se a posse de boa-fé pudesse excluir a reivindicatória, o domínio estaria praticamente extinto diante do fato da posse. Mesmo de boa-fé, a posse cede ao domínio nessa ação específica de defesa dele'' (Revista dos Tribunais, 153/250; Revista Forense, 95/390).

A seu turno, o Excelso Pretório, em recente acórdão, assim decidiu:

> ''Ação reivindicatória. Requisito da posse injusta. Não há confundir o requisito da posse injusta a que se refere o art. 524 do CC com a posse injusta definida no art. 489 do mesmo diploma legal. Aquela é injusta tão somente pela razão de que, na disputa entre a posse e a propriedade, prevalece o direito do proprietário, a menos que se trate de posse **ad usucapionem.** Não constitui requisito da ação reivindicatória que a posse do réu seja precária, clandestina ou violenta. A posse **ad interdicta** não constitui obstáculo à procedência da ação de reivindicação'' (RE n. 100.700-1, MG, ac. un. de 14.10.83, Rel. Min. Soares Muñoz, Revista dos Tribunais, 581/259).

De outro lado, ainda que assim não fora, a sentença, em termos irrespondíveis, põe à mostra a má-fé dos apelantes: a) quando compraram o imóvel, o edital de notificação a terceiros, noticiando o vício da aquisição de Leonardo, já tinha sido publicado e averbado no registro competente; b) para a lavratura do contrato de compra e venda e seu respectivo registro, Leonardo e Manuel tiveram de requerer autorização judicial.

Daí a confirmação da sentença por seus jurídicos fundamentos.

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado, em sessão de sua Segunda Câmara Cível, à unanimidade, incorporado a este o relatório retro, conhecer da apelação e dos agravos, mas negar-lhes provimento, confirmada a sentença apelada por seus jurídicos fundamentos. Custas **ex lege.**

VOTARAM com o Relator, que presidiu ao julgamento, os Desembargadores Paulo de Amorim e Celso Fleury. Fizeram sustentação oral o Dr. Rivadávia Xavier Nunes, advogado dos apelantes, e o Dr. Getúlio Vargas de Castro, advogado da apelada. Esteve presente o Dr. Wilson Brandão Curado, Procurador de Justiça.

Goiânia, 25 de maio de 1984. Des. Mauro Campos — Relator.

3 - JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

DECADÊNCIA TRIBUTÁRIA **
RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 94.462 - 1 (E) - SÃO PAULO

EMBARGANTE: UNIÃO FEDERAL
EMBARGANTE: FIBRATAM S.A. USINA DE TAMBORES DE FIBRA

EMENTA: — Prescrição e decadência. Direito Tributário.

— "Com a lavratura do auto de infração, consuma-se o lançamento do crédito tributário (art. 142 do CTN). Por outro lado, a decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura; depois, entre a ocorrência dela e até que flua o prazo para interposição do recurso administrativo, ou enquanto não for deci-

---

*Acórdão publicado no B. Cent. Estud., São Paulo, 7(3): 157-61, mar. 1983.

COMENTÁRIO

ZELMO DENARI
Procurador do Estado

O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, uniformizou a orientação de suas turmas a respeito dos prazos de prescrição e de decadência dos débitos tributários.

A decisão da Suprema Corte está sintetizada na recente ementa do RE n. 94.426-1, de São Paulo, nos seguintes termos:

"Com a lavratura do auto de infração, consuma-se o lançamento do crédito tributário (art. 142 do CTN). Por outro lado, a decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura; depois, entre a ocorrência dela e até que flua o prazo para interposição do recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso dessa natureza, de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência, e

dido o recurso dessa natureza, de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência, e ainda não se iniciou a fluência de prazo para prescrição; decorrido o prazo para interposição de recurso administrativo, sem que ela tenha ocorrido, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, há a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o artigo 174, começando a fluir daí o prazo de prescrição da pretensão do Fisco.

— É esse o entendimento atual de ambas as Turmas do S.T.F. Embargos de divergência conhecidos e recebidos".

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer e receber os embargos.

Brasília-DF, 6 de outubro de 1982
DJACI FALCÃO, Presidente
MOREIRA ALVES, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moreira Alves — É este o teor do voto do relator do acórdão embargado, Ministro Soares Muñoz (f. 227-35):

---

ainda não se iniciou a fluência de prazo para prescrição; decorrido o prazo para interposição de recurso administrativo, sem que ela tenha ocorrido, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, há a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o artigo 174, começando a fluir daí o prazo de prescrição da pretensão do Fisco.

— É esse o entendimento atual de ambas as Turmas do S.T.F. Embargos de divergência conhecidos e recebidos".

1 Detida análise dessa importantíssima decisão da nossa mais alta Côrte de Justiça — em um dos assuntos mais fascinantes e polêmicos da nossa disciplina — nos permite tecer algumas considerações críticas, que servirão para reavaliar o fecundo trabalho de elaboração doutrinária construído nesta sede, a partir do advento do Código Tributário Nacional.

O primeiro aspecto a ser realçado — da maior relevância, pois dele derivam todas as demais conseqüências — versa sobre a conquista da definitividade do crédito tributário.

A lavratura do auto de infração induz definitividade do crédito tributário, para os efeitos previstos no artigo 174, do Código Tributário Nacional?

"VOTO

O Sr. Ministro Soares Muñoz (Relator): — O auto de infração e notificação fiscal foi lavrado no dia 28.10.69, por ter a ora recorrente, nos exercícios de 1967 e 1968, escriturado as verbas discriminadas no referido auto, sem que elas correspondessem às despesas efetivamente realizadas.

Contra essa atuação, a ora recorrente apresentou reclamação e, depois, recurso para o Primeiro Conselho de Contribuintes, que foi afinal julgado a 23.4.75, sendo intimada a reclamante no início de dezembro, e no mesmo mês impetrou o presente mandado de segurança.

No Sistema Tributário Nacional, prazo decadencial começa a correr "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" (art. 173, I, C.T.N.). Transplantando-se essa regra e a espécie **sub judice,** vê-se que o dia inicial da decadência ocorreu nos dias primeiro de janeiro de 1968 e de 1969.

De seu turno, a prescrição qüinqüenal, em prol da Fazenda Pública, começa a contar-se do dia em que se constituiu definitivamente o crédito fiscal que coincide com o dia da notificação, se esta não sofreu impugnação; caso contrário, será o correspondente à última decisão proferida no processo administrativo (art. 174 C.T.N.).

A regra do artigo 151, III, do Código Tributário Nacional, consoante o qual "suspendem a exigibilidade do crédito tributá-

---

A Suprema Corte respondeu negativamente, pois estando em causa um **procedimento impositivo,** *fundado em lançamento* **ex officio,** *a definitividade do crédito tributário decorrerá dos seguintes momentos:*

a) não havendo impugnação do lançamento, com o exaurimento do prazo de impugnação;

b) impugnado o lançamento, com a decisão final administrativa.

Neste particular, a nosso aviso, o V. Acórdão não merece nenhum reparo crítico. Se a definitividade é a eficácia que torna indiscutível o lançamento na esfera administrativa, a atuação fiscal só pode ser tida como ato inaugural do procedimento constitutivo do crédito tributário (cf. DENARI, Zelmo. Definitividade do crédito tributário. R. Proc. Geral Est. São Paulo, São Paulo, (16):149-59, jun. 1980).

2 Na doutrina tributarista pátria, essa tese sempre encontrou ardorosos defensores.

Edvaldo Brito assinala que o auto de infração é um dos atos de seqüência que se inte-

rio ... III — as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo", significa apenas reiteração do princípio doutrinário de que a decadência não é susceptível de suspensão, nem de interrupção.

Desses dados verifica-se que não ocorreu a prescrição; entretanto, a decadência se consumou, uma vez que, entre o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que os dois lançamentos poderiam ter sido efetuados e a decisão do recurso interposto para o Primeiro Conselho de Contribuintes, fluiram mais que cinco anos (1968 e 1969 e 1975).

O acórdão, negando essa causa de extinção da dívida, dissentiu da decisão-paradigma da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, relatada pelo eminente Ministro Moreira Alves e encimada por esta ementa:

"Crédito Tributário. Extinção.

— O acórdão recorrido, por haver afirmado que, entre a notificação fiscal e a decisão do recurso administrativo, se operou a decadência, porque nesse período fluía prazo dessa natureza e não prazo de prescrição, não negou vigência ao artigo 174, nem ao artigo 151, III, ambos do C.T.M., uma vez que, realmente, antes de o recurso administrativo estar decidido em última instância administrativa, a exigibilidade do crédito está suspensa, não podendo fluir prazo de prescrição, o que somente pode ocorrer se o direito de crédito já exigível tiver sido violado.

— Dissídio de jurisprudência não comprovado por falta de observância da exigência da parte final do artigo 305 do Regimento Interno do S.T.F. e da Súmula n. 291. Recurso extraordinário não conhecido". (R.T.J. 92/346).

Aliás, o acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que deu ensejo ao RE 89.765 do qual reproduzi a ementa, se acha bem fundamentado, **verbis:**

"Trata-se de lançamento de ofício pertinente ao imposto sobre circulação de mercadorias".

Dispõe o Código Tributário Nacional, em seu artigo 174;

— "A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data de sua constituição definitiva". O termo inicial da prescrição é a data da constituição definitiva do crédito fiscal e o período anterior a esta definitividade, segundo o magistério autorizado do suíço Ernts Blumenstein, é de simples decadência que faz precluir o direito de imposição fiscal, não podendo ocorrer nenhum hiato entre o prazo prescricional e o de decadência (Sistema di Diritto delle Imposte, ed. 1954, p. 284 e seguintes, citado por Fábio Fanucchi, Caderno de Pesquisas Tributárias, n. 1).

Portanto, é decisivo responder a esta pergunta: o que é constituição definitiva de crédito tributário? O Código Tributário Nacional nos artigos 174 e 154 emprega as expressões "Constituição definitiva" e crédito definitivamente "constituído". Ora, é de boa hermenêutica que a lei não contém palavras supérfluas, todas elas aptas ao esclarecimento do diploma legal. Assim, a idéia que dá a lei tributária — é o raciocínio lógico que se impõe — é da existência de créditos fiscais não definitivamente

---

gram ao procedimento, resultando, como conseqüência prática, a impossibilidade de o auto de infração representar constituição definitiva do crédito tributário:

"Seguindo, pois,na linguagem do Código, temos entendido que se constitui definitivamente o crédito tributário quando o lançamento torna-se inalterável pela preclusão resultante da revelia do contribuinte em impugná-lo; ou resultante da circunstância de, mesmo impugnado, ter sido confirmado por decisão transitada em julgado; ou resultante do prazo útil para a iniciativa de ofício da autoridade administrativa nos casos previstos no artigo 149 do CTN".

. . . . . .

"Nesse ponto, conclui-se que há o crédito **devidamente** *constituído e o crédito* **definitivamente** *constituído. O primeiro configura-se quando a autoridade administrativa percorre todo o* **iter** *legal descrito no artigo 142 do CTN. O segundo, quando se encerra o tempo útil para qualquer das três providências estipuladas no artigo 145. Logo, o crédito devidamente constituído nem sempre o está em definitivo, vez que aquele traduz a regularidade da constituição e este, a inalterabilidade da constituição. Uma outra conseqüência prática resultante dessa caracterização procedimental do lançamento é a impossibilidade de o auto de infração representar constituição do crédito tributário" (Cf. BRITO, Edvaldo. A constituição definitiva do crédito tributário e a prescrição. Caderno de Pesquisas Tributárias, São Paulo, (1):91-3, 1976).*

Também para Bernardo Ribeiro de Moraes:

"O CTN estabelece o prazo de cinco anos para a prescrição da ação para a cobrança do crédito tributário, "contados da data da sua constituição definitiva" (art. 174). Constituição definitiva, já vimos, é a constituição do crédito tributário que não permite mais dúvidas, o que se dá com a notificação do lançamento (abertura da fase oficiosa) sem que o sujeito passivo contrarie o ato administrativo, ou então, diante da contrariedade, a Fazenda Pública constitua afinal o crédito tributário" (Cf. MO-

constituídos. E como decorre da própria expressão utilizada pelo legislador, créditos definitivamente constituídos só podem ser aqueles atingidos pela preclusão, isto é, não impugnados pelo sujeito passivo na fase administrativa ou após a decisão proferida no procedimento fiscal administrativo, quando impugnados tempestivamente. É este o sentido que ao termo emprestam estudiosos do direito tributário, a começar pelo maior doutrinador, que foi o saudoso Rubens Gomes de Souza: "Se o contribuinte contesta os resultados do processo de lançamento, este fica em suspenso até a decisão final do processo" e essa decisão é que constituirá a final o lançamento definitivo, que poderá ser idêntico ao lançamento anterior contestado (se o contribuinte perder o processo) ou poderá modificá-lo (se o contribuinte ganhar parcialmente o processo) ou ainda anulá-lo (se o contribuinte ganhar totalmente) (Cadernos de Pesquisas Tributárias, v. 1, p. 153 citado por Francisco de Assis Praxedes). No mesmo caderno, v. 2, p. 117 e seguintes, encontram-se no mesmo diapasão, respeitáveis opiniões: constituição definitiva do crédito tributário. "É o aparecimento do crédito tributário sem quaisquer dúvidas, o que se dá com a notificação do lançamento sem que o sujeito passivo impugne ou com a final manifestação do Poder Público" (Bernardo Ribeiro de Morais). "Por constituição definitiva deve entender-se a situação do crédito que não está mais sujeita a impugnação na esfera administrativa, seja por decurso do prazo ou confirmação" (Rafael Moreno Rodrigues). A jurisprudência pátria dos colégios judiciários e administrativos segue

---

RAES, Bernardo Ribeiro de A. decadência e a prescrição diante do crédito tributário. Caderno de Pesquisas Tributárias, São Paulo, (1): 51, 1976).

Por sua vez, Sacha Calmon Navarro Coelho pontualiza que a definitividade do crédito tributário possui fundamentos diversos:

"O lançamento encontra final, tornando-se definitivo, com fundamento em três atos:

a) preclusão passiva;

b) preclusão ativa;

c) esgotamento das instâncias.

a) ocorre preclusão passiva quando o contribuinte notificado do aviso de lançamento intimando-o a pagar ou apresentar defesa, não reclama contra a exigência fiscal, perdendo os prazos fixados em lei para tanto. Em não havendo recurso **ex officio**, *a aprovação da notificação torna definitivo o lançamento. Havendo, quando for denegado, eis que a decisão igualmente o torna definitivo.*

a mesma esteira. (T.R. R.G.S., Rev. de Jurisp. do T.J. R.G.S. n. 46/212 e 54/238, T.J.S.C., Boletim Adcoas, 1976, n. 39.869, Colegiados Administrativos Estaduais, Boletim Adcoas, ano 1975, Suplementos n. 16 e 48)". (RTJ 92/348-349).

A matéria da decadência e da prescrição está intimamente relacionada com a definição de lançamento. O artigo 142 do Código Tributário Nacional conceitua o lançamento como sendo "o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível".

Em verdade, o lançamento é o ato que constitui em definitivo o crédito fiscal (art. 174 do C.T.N.) assinalando, dessa forma, o dia **a quo** do prazo prescricional. O período de tempo anterior diz respeito à decadência, cujo prazo se inicia no primeiro dia do ano seguinte ao do exercício (art. 173 do C.T.N.).

Penso que a melhor doutrina é a adotada por Ruy Barbosa Nogueira consoante a qual "o lançamento só se considera definitivamente constituído para os efeitos do artigo 148 do Código Tributário Nacional quando se torna irreversível na esfera administrativa, seja por preclusão do poder de impugnação, seja pelo julgamento do processo por decisão de que não caiba recurso" (Teoria do Lançamento Tributário, p. 70).

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para

---

b) ocorre a preclusão ativa quando o sujeito ativo possuindo prazo para homologar o procedimento "quase de lançamento" do contribuinte, não o faz. Neste caso, o silêncio da administração, salvo fraude do contribuinte, torna o lançamento definitivo (não é mais passível de modificação).

c) ocorre o esgotamento das instâncias administrativas, quando o contribuinte insurgindo-se contra o aviso de lançamento, percorre todas as instâncias possíveis, não logrando modificá-lo. Neste caso, a decisão última e irreformável na esfera administrativa torna o lançamento definitivo (o processo tributário administrativo é, via de regra, um processo de discussão do lançamento" (Cf. NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. Decadência e prescrição contra a Fazenda Pública, Decadência e prescrição. São Paulo, Resenha Tributária, 1976. v. 2, p. 20–1).

Finalmente, o pensamento crítico de Ruy Barbosa Nogueira, incorporado às razões de decidir do V. Acórdão comentado:

deferir o mandado de segurança, invertidos os ônus da sucumbência".

Ficou vencido o Sr. Ministro Cunha Peixoto.

É esta a ementa do acórdão embargado (f. 238):

"CRÉDITO FISCAL. DECADÊNCIA — Entre o auto de infração e a decisão final proferida na reclamação administrativa do contribuinte flui o prazo qüinqüenal da decadência. Recurso extraordinário conhecido e provido para deferir-se o mandado de segurança".

A esse aresto foram opostos embargos de divergência, em que se alega que "assim decidindo, o V. Acórdão entrou em divergência com os paradigmas da Egrégia Segunda Turma proferidos nos RREE 85.587, Relator Djaci Falcão, RTJ 90/272; 91.019, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 94/912, os quais nos permitimos anexar na íntegra". (f. 240).

Admitidos os embargos, foram eles impugnados com a juntada de parecer do Prof. Ruy Barbosa Nogueira.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (RELATOR)

1 É inequívoca a existência do dissídio alegado. Com efeito, para demonstrá-la basta citar a ementa do RE n. 91.019, de que fui relator, e em cuja ementa a orientação da Segunda Turma desta Corte vem assim resumida, no particular:

"O lançamento só se considera definitivamente constituído para os efeitos do art. 148 do CTN quando se torna irreversível na esfera administrativa, seja por preclusão do poder de impugnação, seja pelo julgamento do processo por decisão de que não caiba recurso" (Teoria do lançamento tributário, p. 70).

3 Mas os defensores dessa corrente doutrinária experimentam uma grande vissicitude: Se é certo que, ofertada impugnação, o crédito tributário somente conquistará definitividade quando, na esfera administrativa, for proferida decisão **irrecorrida** *(contra a qual não houve recurso) ou* **irrecorrível** *(contra a qual não caiba recurso), e se não é menos certo que todo lançamento* **ex officio** *é passível de impugnação, resta saber que efeitos devem ser atribuídos ao lapso de tempo que se estende da impugnação até a decisão final administrativa, ato supostamente constitutivo do crédito tributário.*

Poucos seguidores da corrente doutrinária descrita no item anterior enfrentaram essa indagação. Fê-lo, com ineditismo Sacha Calmon Navarro, chegando à conclusão, que acaba de ser acolhida pela Suprema Corte, ainda que sem remissão àquele autor:

"Com a lavratura do auto de infração consuma-se o lançamento do crédito tributário (art. 242 do C.T.N.). Por outro lado, a decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura; depois, entre a ocorrência dela e até que flua o prazo para a interposição do recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso dessa natureza de que se tenha valido o contribuinte, não se iniciou a fluência do prazo de prescrição; decorrido o prazo para interposição do recurso administrativo, sem que ela tenha ocorrido ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, há a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o artigo 174, começando a fluir, daí, o prazo de prescrição da pretensão do Fisco". (f. 258).

Atualmente, aliás, a própria Primeira Turma adota o mesmo entendimento, como se vê do RE 93.749 (RTJ 101/345 e segs.), de que foi relator o Sr. Ministro Néri da Silveira, e em cuja ementa se lê:

"I.P.I. Lançamento. Decadência. Prescrição. C.T.N., artigos 173, parágrafo único, 174 e 151, III. Ao teor do artigo 151, III, do C.T.N., as reclamações e os recursos, no âmbito administrativo, são formas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, pressupondo, assim, lançamento já efetuado. Com a lavratura do auto de infração consuma-se o lançamento do crédito tributário (C.T.N., art. 142). A decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura. Depois, entre a lavratura do auto de infração e a decisão do recurso administrativo de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência e ainda não iniciou a fluência do prazo de prescrição, em fa-

---

"Cabe agora indagar o que ocorre entre o lançamento inicial (provisório) e o momento em que se torna definitivo (indiscutível e irreformável) na esfera administrativa. Ocorrerá decadência?

Vimos de ver que os dois traços básicos e comuns da decadência e da prescrição são:

I — o decurso do tempo

II — a inação do titular do direito

Ora, em Direito Tributário o direito, que a decadência vulnera, é o da pretensão de constituir o crédito tributário através do lançamento. Isto posto, se o titular do direito de lançar, providencia o início do seu avisamento (ainda que inicial) mas com todas as características do art. 142, fato é que não ficou dentro do prazo que lhe foi assinalado por lei. Se o contribuinte reclamar cabe ao sujeito ativo discutir até o fim o "processo de acertamento", ficando, em conseqüência, legalmente impedido de exigir o crédito tributário. Logo não há falar em DECADÊNCIA porquanto o direito de lançar foi exercido. Tão pouco poder-se-á cogitar de prescrição, pois o exercício do direito de ação, ainda não é possível".

ce do disposto no artigo 151, III, do C.T.N. Decorrido o prazo para o recurso administrativo, sem que haja ocorrido sua interposição, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, dá-se a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o artigo 174 do C.T.N., começando a fluir o prazo de prescrição da pretensão do Fisco, da data da ciência de decisão definitiva ao contribuinte. Recurso extraordinário conhecido pelo fundamento da letra **d** do permissivo constitucional, mas desprovido".

Em seu voto, o Sr. Ministro Néri da Silveira alude aos precedentes da Segunda Turma consubstanciados nos RREE 88.967 e 91.019.

E o Sr. Ministro Soares Muñoz, acentuando que no acórdão ora embargado havia adotado orientação diversa, no voto que proferiu após pedido de vista, que reexaminara a espécie e resolvera reformular o entendimento anterior.

2 Observo, por outro lado, que, no RE 89.765, de que também fui relator e que foi citado no acórdão embargado, não discrepei dessa tese, mas apenas não conheci daquele recurso porque a decisão então recorrida se manifestara no sentido da ocorrência da decadência, ao passo que o recurso extraordinário sustentava — o que também não era correto — que, na tramitação do recurso administrativo o prazo que fluía era o de prescrição, dando, pois, como violado o artigo 174 do C.T.N., que se refere à prescrição.

Daí, acentuar no voto que então proferi:

"Na espécie sob julgamento, o acórdão recorrido por haver afirmado que, entre a notificação fiscal e a decisão do recurso administrativo, se operou a decadência, porque nesse período fluía prazo dessa natureza e não prazo de prescrição, não negou vigência ao artigo 174, nem ao artigo 151, III, ambos do C.T.N., uma vez que, realmente, antes de o recurso administrativo estar decidido em última instância administrativa, a exigibilidade do crédito está suspensa, não podendo fluir prazo de prescrição, o que somente pode ocorrer se o direito de crédito já exigível tiver sido violado" (RTJ 93/351).

Como se vê, não me era possível corrigir um equívoco com base em outro equívoco, certo que é, para mim, que, durante a tramitação do recurso administrativo, não flui nem prazo de decadência nem prazo de prescrição.

Essa posição, aliás, é a única sustentável em face da natureza da decadência e da prescrição, natureza essa que não é alterada pelo C.T.N. Com efeito, na realidade, a relação obrigacional tributária nasce, como não poderia deixar de ser por sua própria natureza, com a ocorrência do fato gerado. E, a partir desse momento, surge, também, para o Fisco o direito potestativo de efetuar o lançamento, e direito potestativo a ser exercido dentro de prazo determinado que, por ser prazo de exercício de direito potestativo, é prazo de decadência. As objeções que eminentes tributaristas nacionais e estrangeiros — assim, entre nós, BARROS CARVALHO, Decadência e Prescrição, p. 69/70, São Paulo, 1976 — fazem à tese de que o poder de lançar é direito potestativo se me afiguram improcedentes. Alega-se que não há direito potestativo, porque o funcionário a quem incumbe efetuar o lançamento tem o poder-dever de lançar, uma vez que, se não o exercer, será responsabiliza-

---

. . . . . .

"As deduções a tirar são:

a) efetivado o lançamento inicial, ainda que provisório, por isso que passível de discussão e de reforma parcial ou total, cessa de correr o prazo de decadência;

b) ultimado com definitividade o lançamento começa a correr o prazo de prescrição;

c) entre os dois momentos não corre nem o prazo da decadência (que já acabou) nem o da prescrição (que ainda não se iniciou) o que corre são os consectários do crédito, os juros e a correção monetária (o que mantém as partes em posição de equivalência patrimonial, a qualquer tempo), salvo depósito do **quantum** *em discussão, em dadas circunstâncias, o que dá na mesma, em termos de justiça" (Cf. NAVARRO COELHO, Sacha Calmon, Decadência e prescrição contra a Fazenda Pública, cit., p. 21-2).*

4 Deve-se desejar todo mal possível a essa orientação doutrinária e jurisprudencial, pois, acriticamente, cria um hiato perverso que distende do infinito a fase in termédia de constituição do crédito tributário.

Para justificar a existência de um período de tempo que não se sujeita aos rigores da decadência e nem aos efeitos da prescrição, sustenta o V. Acórdão que, com a ocorrência do fato gerador, "surge para o Fisco o **direito potestativo** *de efetuar o lançamento e direito potestativo a ser exercido dentro do prazo determinado que, por ser prazo de exercício de direito potestativo, é prazo de decadência".*

Prosseguimento nesta linha expositiva, conclui o V. Acórdão que efetivado o lançamento se exaure o direito potestativo do Fisco. Assim sendo, durante a fase procedimental, de tramitação do recurso administrativo, "não flui, evidentemente, prazo de decadência, pois não há mais direito potestativo a ser exercido. E não flui, também, prazo de prescrição, pois esta só começa a correr quando se viola o direito subjetivo de crédito do Fisco, o que só pode ocorrer a partir do momento em que, sendo ele exigível, não é satisfeito pelo sujeito passivo".

Em sua declaração de voto, o Ministro Relator Moreira Alves considera, ainda, que o lançamento não desvela um poder-dever — como tem sido iterativamente sustentado pela doutrina tributarista mais atualizada — por isso que o elemento dever daquele binômio não diz respeito e nem vincula oEstado, pois está a cargo dos funcionários encarregados do lançamento.

do. Essa objeção não tem valia, pois o direito potestativo existente tem como titular o Estado (e não seu funcionário) e se contrapõe ao contribuinte que a ele está sujeito; já o poder-dever do funcionário enquanto poder, se dirige — por exercê-lo em nome do Estado — contra o contribuinte, mas, enquanto dever, o é em face do Estado, e não do contribuinte. É, aliás, o que ocorre com qualquer direito potestativo de que seja titular, mesmo no terreno do direito privado, uma pessoa jurídica, que pode responsabilizar seu servidor por deixar de exercer o direito potestativo a ela pertencente, e nem pelo fato de esse servidor ter esse dever para com a pessoa jurídica de direito privado deixa o direito potestativo desta de ser direito potestativo para caracterizar-se como poder-dever. Poder-dever existe, propriamente, quando o titular dele exerce o poder sobre alguém para cumprir um dever para com esse mesmo alguém, como sucede com o tutor, que tem poderes sobre o tutelado para cumprir os deveres para com o próprio tutelado. Não se apresenta, porém, a figura do poder-dever, quando o poder, decorrente de uma relação jurídica, se dirige contra uma pessoa para que se cumpra o dever para com outra resultante de relação jurídica diversa, como ocorre com o funcionário que tem o poder de efetuar o lançamento contra o contribuinte, para cumprir o dever que ele, lançador, tem para com o Estado, sob pena de responsabilidade. Pretende-se, ainda, que o lançamento não se configura exercício de direito potestativo, porque — e a objeção é de GIANNINI (Instituzioni di Diritto Tributário, 9a. ed. — ristampa —, n. 53, p. 184, Milano, 1974) — do lançamento não decorreria qualquer modificação jurídica, e os direitos potestativos ou criam, ou modificam, ou extinguem direitos subjetivos ou situações jurídicas. Também

5 Com a devida vênia, é fácil demonstrar a inconsistência desses argumentos.

Quando se afirma que o poder impositivo não é só poder mas poder-dever, considera-se que se trata de um ato vinculado à lei — como expressamente prevê o parágrafo único, do artigo 142, do C.T.N. — com restrita margem de discricionariedade da administração pública. Além do que, trata-se de singular manifestação de poder, pois, como assinala Gian Antônio Micheli, não comporta disponibilidade e tampouco renúncia do ente público. Os princípios da indisponibilidade e da irrenunciabilidade do poder impositivo, associados ao princípio da vinculação legal, é que explicam a **deverosidade** *do poder impositivo (cf. Corso di diritto tributário, Torino, UTET, 1974, p. 106 e segs.).*

De todo modo, Federico Maffezzoni parece ser o crítico mais severo da tese acolhida pela Suprema Corte. Após considerar que os direitos potestativos correspondem, na teoria geral do direito, à uma situação jurídica subjetiva passiva de dever suportar o poder do titular do direito potestativo, equivalendo a um **status subjectionis,** *Mafezzoni nega, veementemente, que o sujeito passivo tributário se encontre numa situação de mera sujeição.*

essa objeção se me afigura falha. O lançamento, em última análise, torna a obrigação tributária, que até então é líquida, obrigação líquida, o que implica dizer que há modificação em situação jurídica preexistente, e os direitos potestativos — como observa MESSINA (Diritti Potestativi, in Suitti Giuridici, V. pág. 41, Milano, 1948) — são "poteri, in virtu dei quali il lovo titulare può influire su situazioni giuridiche preexistenti mutandole, estinguendole o creandole move mediante um'attività propria unilaterale". Trata-se, pois, à semelhança do poder de opção nas obrigações alternativas (um dos exemplos de "Andermugsacite" dados por SECKEL — Die gestaltungrente des Burgerlichen Rechuto, in Festgabe em homenagem a RICHARD KOCH, p. 212, note 2, Berlim, 1903 —, ainda hoje o maior teórico dessa categoria de direitos), de um direito potestativo modificativo.

O exercício desse direito ocorre — como se vê dos termos do artigo 145 do C.T.N. — com o lançamento (e o auto de infração é modalidade de lançamento) regularmente notificado até porque — como acentua Alberto Xavier, Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro, n. 57, p. 150, São Paulo, 1977 — "A notificação configura-se como requisito de perfeição do lançamento, o qual deve, portanto, considerar-se como um ato receptício". Até aí flui o prazo de decadência.

Segue-se o prazo para o pagamento, ou, se houver impugnação pelo sujeito passivo, o lapso de tempo de tramitação do recurso administrativo até decisão final. Num ou noutro desses períodos não flui, evidentemente, prazo de decadência, pois não há mais direito potestativo a ser exercido. E não flui, também, prazo de prescrição, pois este só começa a correr quando se viola o direito subjetivo de crédito do Fisco,

O sujeito passivo comparece perante a fiscalização em situação diversa, ou seja, gravado de deveres tributários (obblighi tributari) e, assim sendo, em condições de determinar o conteúdo da atuação fiscal, através do adimplemento ou inadimplemento daqueles deveres. Ora, um direito potestativo que muda continuamente de conteúdo, ao sabor do comportamento do sujeito passivo, deixa de ser um verdadeiro direito potestativo. (cf. Il procedimento di imposizione nell' imposta generale sull' entrata, Morano, p. 219 e segs.).

6 Tudo isso converge para a configuração de que o ato de lançamento, ou mais precisamente, o procedimento impositivo — assim entendido o complexo de atos preordenados à consecução de um efeito unitário, que é a constituição do crédito tributário, — longe de ser um puro e simples direito potestativo, tem o significado de um ônus para a administração.

Estudos tributários mais recentes revelam que o sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica pode se encontrar em determinada situação jurídica subjetiva diversa da **relação** *obrigacional. Os ônus se alinham entre as situações jurídicas diversas da obrigação tributária, pois desempenham uma função meramente instrumental relativamente ao nascimento desta.*

o que só pode ocorrer a partir do momento em que, sendo ele exigível, não é satisfeito pelo sujeito passivo. E isso só se dá quando termina o prazo para pagamento, sem que o débito seja solvido, ou quando há a inexecução da decisão final denegatória da impugnação. Nesse momento, dá-se a violação do direito subjetivo de crédito do Fisco, nascendo-lhe — em conformidade com a orientação seguida pelo Projeto de Código Civil ora em tramitação no Congresso (artigo 187: "Violado o direito subjetivo, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição...") — a pretensão, que se extingue no término do prazo de prescrição, sem que se intente a ação judicial cabível.

Foi que procurei sintetizar na ementa do RE n. 91.019, ao dizer:

> "Com a lavratura do auto de infração, consuma-se o lançamento do crédito tributário (art. 142 do C.T.N.). Por outro lado, a decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura; depois, entre a ocorrência dela e até que flua o prazo para a interposição do recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso dessa natureza de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência, e ainda não se iniciou a fluência de prazo para prescrição; decorrido o prazo para interposição do recurso administrativo, sem que ela tenha ocorrido, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, há a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o artigo 174, começando a fluir, daí, o prazo de prescrição da pretensão do Fisco".

A crítica que se tem feito a essa orientação, pela circunstância

---

Embora guardem esta similaridade com os direitos potestativos, não há confundí-los. Em lapidar lição, Massimo Severo Giannini preleciona que o ônus "é uma situação subjetiva compósita, na qual a um **poder** *se conecta um* **dever instrumental** *concernente ao próprio exercício do poder" (cf. Lezioni di diritto administrativo, Milano, 1950, p. 279).*

Perfilhando a mesma doutrina, Alcides Jorge Costa também sustenta que o ônus associa o poder a um dever instrumental, relacionado com o exercício do mesmo poder, de tal sorte que "o ônus confunde-se e funde-se com o ato do exercício do poder, ao qual é inerente" (cf. Lançamento. **In:** *SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Fiscal. Direito Tributário. São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1977. p. 15).*

O ônus, portanto, tem como pressuposto o exercício de um direito que se atribui ao próprio onerado, que corresponde, na área tributária, ao direito de constituição do crédito tributário.

Se a observância do ônus estimula e satisfaz um interesse do próprio onerado — relacionado com um direito subjetivo de crédito — sua inobservância implica decadência do direito.

de que a própria Administração poderia, já que não sujeita a qualquer espécie de prazo extintivo durante a tramitação do recurso administrativo procrastinar sua decisão final não procede, pois, além de argumentar com o patológico e não com o normal, desconhece a circunstância de que o recurso existe em favor do contribuinte, e não da Administração, e é direito daquele e não imposição desta. Ademais, se se quisesse criar prazo extintivo para coibir essa procrastinação, mister seria que a lei (que poderia, também, estabelecer que, após certo período de tempo, não fluíram juros e correção monetária em favor da Fazenda) se socorresse de outra modalidade de prazo que não o de decadência ou de prescrição, pois a natureza de ambos não se amolda a esse fim.

3 Em face do exposto, conheço dos presentes embargos, e os recebo para, com base na atual jurisprudência de ambas as Turmas desta Côrte, restabelecer o acórdão prolatado pelo Tribunal Federal de Recursos, em apelação.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho: Sr. Presidente, estou inteiramente de acordo com o eminente Relator, até porque nesse sentido já decidi, por mais de uma vez, no Tribunal Federal de Recursos, como, por exemplo, na Remessa **Ex Officio** n. 45.241 e na Apelação Cível n. 39.936.

Na verdade, o Código Tributário Nacional nem sempre oferece clareza suficiente em vários de seus textos, e os que tratam da decadência e da prescrição nestes se incluem, dando margem a dúvidas que chegaram ao Supremo Tribunal Federal. Mas, creio que o aprofundado exa-

---

Mas — e isto é ponto pacífico na teoria geral do direito — tanto se perde o direito na hipótese de não cumprimento do ônus (p.g. ausência de lançamento) como na hipótese de tardio cumprimento, **rectius**, *de intempestiva observância do procedimento impositivo.*

Analisando os traços distintivos entre a prescrição e a decadência, Messineo assinala que a decadência significa um ônus pois vincula seu titular a cumprir um ato ou exercitar um direito, de tal sorte que o onerado perde o direito tanto na hipótese de não cumprimento como no caso de cumprimento tardio, ou seja, além dos termos estabelecidos para seu exercício.

E assim conclui: "a observância dos prazos de cumprimento do ato tem a mesma importância do seu cumprimento; não cumprir o ato, ou cumprí-lo tardiamente se equivalem. A exigência da lei é o cumprimento tempestivo do ato". (cf. Manuale di diritto civile, Milano, 1957, v. 1, p. 193).

7 De todo exposto, parece inafastável que a decadência não está relacionada somente com o não exercício de um direito — ou seja, em termos estritamente tributários, com a ausên-

me das disposições pertinentes leva à conclusão a que chegou o ilustre Relator. Resulta do artigo 151 do Código Tributário Nacional, causa impeditiva à exigibilidade do crédito tributário, pois ali está dito que fica ela suspensa, entre outros motivos, conforme seu inciso III, quando há reclamações e recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo. Quando ocorre o fato gerador da obrigação tributária surge o direito de a Fazenda efetuar o lançamento, que pode ser mediante a notificação ao contribuinte para efetuar o pagamento ou mediante lavratura de auto de infração. Desde o momento da exigibilidade desse crédito, no prazo fixado pela legislação tributária para o reconhecimento do tributo, inicia-se o prazo decadencial. Se há recurso da parte, incide a hipótese do artigo 151, e então, durante o período de tramitação administrativa dos recursos e reclamações do contribuinte fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário. Concluído o processo administrativo, surge pelo princípio da **actio nata** o início do prazo prescricional. E se durante o prazo de cinco anos, após a constituição definitiva do crédito, isto é, com a decisão definitiva do processo fiscal, a Fazenda não inicia judicialmente a cobrança do débito, decorre o prazo prescricional.

Esse entendimento que resumi, e do qual participo, brilhantemente exposto no voto do eminente Ministro Moreira Alves, é o que tem predominado no Tribunal Federal de Recursos e se encontra em harmonia com o acórdão da Colenda Segunda Turma desta Corte. Assim, acompanho o eminente Relator, para que prevaleça a tese do acórdão divergente da Segunda Turma deste Tribunal.

Recebo os embargos.

---

cia de ato inaugural de constituição do crédito tributário (auto de infração) — mas, sobretudo, com o procedimento inconcluso, ou seja, com o tardio cumprimento de todos os atos fiscais preordenados à conquista definitiva do crédito tributário.

Por isso, em anterior trabalho, chegamos à conclusão de que:

"Não é equivocado, portanto, à luz da "praxis" inspirada na doutrina procedimentalista, visualizar no sistema impositivo pátrio dois termos decadenciais bastantes nítidos e inconfundíveis.

Refiro-me, como primeiro aceno, à decadência do direito de iniciar a constituição do crédito tributário, isto é, do direito de atuar a norma jurídica tributária, acionando o ato introdutório do procedimento fiscal. A lavratura do auto de infração é a forma mais freqüente de iniciar essa constituição, mas, como veremos, os mesmos efeitos produzem a notificação de qualquer ato preparatório, bem como a lavratura do chamado termo de início de fiscalização.

O segundo termo decadencial relaciona-se com o direito de constituir definitiva-

VOTO

O Sr. Ministro Soares Muñoz: Sr. Presidente, o acórdão embargado foi por mim relatado.

O eminente Relator referiu o voto que eu proferi no precedente que citou, relatado pelo eminente Ministro Néri da Silveira. E, mais recentemente, relatei dois casos no mesmo sentido, perfilhando a orientação do acórdão-paradigma.

Assim, conheço dos embargos e os recebo, de acordo com o voto do eminente Ministro Relator.

EXTRATO DA ATA

ERE 94.462-1 — SP — Rel., Min. Moreira Alves. Embte.: União Federal. Embda.: Fibratam S.A. — Usina de Tambores de Fibra.

---

mente o crédito tributário, isto é, o direito de concluir o procedimento fiscal já iniciado, dimensionando a obrigação tributária e criando para a administração um direito subjetivo de cobrança" (cf. DENARI Zelmo. Prescrição e decadência tributária. R. Proc. Geral Est. São Paulo, São Paulo, (7): 164, dez. 1975 e Solidariedade e sucessão tributária, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 37-40).

Em simples trabalho de adaptação terminológica, podemos aludir, nesta oportunidade, à decadência **in abstracto** *e decadência* **in concreto.**

Ocorre a decadência **in abstracto** *quando tratando-se de tributos apurados por iniciativa da fiscalização, esta deixa de acionar o procedimento impositivo, no prazo legal de cinco anos. E ocorre a decadência* **in concreto** *quando, acionado o procedimento impositivo, escoa-se o prazo legal de cinco anos, sem definitiva constituição do crédito tributário.*

No mesmo sentido, Ruy Barbosa Nogueira, em recente parecer, mas designando **ut universi** *a decadência do direito de lançar e* **ut singuli** *a decadência superveniente à lavratura do auto de infração (cf. A Decadência no direito tributário brasileiro, São Paulo, 1982).*

Decisão: Conhecidos e recebidos os embargos unanimente. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cordeiro Guerra, Vice-Presidente, no exercício da Presidência. Presidiu ao julgamento o Sr. Ministro Djaci Falcão. Plenário, 6.10.82.

Presidência do Senhor Ministro Djaci Falcão. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cordeiro Guerra, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Soares Muñz, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Alfredo Buzaid, Oscar Corrêa e Aldir Passarinho.

Ausente, licenciado, o Sr. Ministro Xavier de Albuquerque (Presidente) e, justificadamente, o Sr. Ministro Décio Miranda.

Procurador Geral da República, Professor Inocêncio Mártires Coelho.

Secretário, Alberto Verenese Aguiar.

---

* *Matéria reproduzida da Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 21, dez. 83, ps. 239-258.*

4 - PRONUNCIAMENTOS

Despachos

ENQUADRAMENTO-REESTRUTURAÇÃO DA CLASSE DE PROCURADOR DO ESTADO – A LEI N. 9.390, DE 22 DE NOVEMBRO DE 1983

DESPACHO N. 5259/84

Alegando que pertence à Classe Única de Procurador do Estado, com mais de cinco (5) anos de exercício, o postulante requer o seu enquadramento na Classe de 1a. Categoria.

A informação n. **085/84,** fls. 4, do Setor de Pessoal desta Casa, confirma que o requerente conta, realmente, com mais de cinco (5) anos de efetivo exercício no cargo de Procurador do Estado.

A matéria objeto destes autos já foi examinada, anteriormente, por esta Procuradoria Geral ocasião em que opinamos pelo cumprimento do que preconiza o art. 16, da Lei n. 9.390, de 22 de novembro de 1983, que criou três (3) categorias de Procuradores.

Entendemos ser chegado o momento, devido a amplitude dos interesses que envolvem a questão ora sob exame, de apreciarmos a pretensão formulada sem atermos, unicamente, ao aludido dispositivo legal.

Nesta linha de raciocínio, há que aceitarmos que as dúvidas suscitadas, sobre o enquadramento de Procuradores do Estado, não podem ser elucidadas unicamente sob o prisma do Direito Administrativo, negando-se vigência às demais leis de hierarquia superior, como é o caso específico das Constituições Federal e Estadual.

É inegável que o Direito Administrativo há que ser interpretado em harmonia com os demais ramos do direito e até mesmo com ciências não jurídicas. Não se pode fechar os olhos a esta realidade, que hoje vislumbramos com maior evidência, ainda que no passado outro tenha sido o entendimento esposado por esta Casa.

É sabido que a Lei n. 9.390, de 22 de novembro de 1983, **entrou em vigor em 1o. de janeiro de 1984,** quando os atuais PROCURADORES DO ESTADO encontravam-se enquadrados numa CATEGORIA ÚNICA, parte deles sob o regime estatutário e parte celetista.

No que concerne aos celetistas, a aplicação sem ressalvas da Lei n. 9.390/83 violaria frontalmente o que dispõe o art. 468, da Consolidação das Leis do Trabalho, **verbis:**

"Art. 468 – Nos contratos individuais de trabalho só é lícito a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízo ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia".

Como se vê, a alteração do contrato de trabalho, nos termos da CLT, somente será havida como eficaz desde que estejam presentes pelo menos dois requisitos básicos: anuência expressa do empregado e ausência de prejuízos, especialmente os de natureza financeira.

A propósito é bom invocarmos, em abono à tese ora sustentada, a SÚMULA 51, do Tribunal Superior do Trabalho (TST) – **in literis:**

"As cláusulas regulamentares que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente só atingirão os trabalhadores **admitidos após a revogação** ou alteração do Regulamento" (grifado).

Vejamos, também, o claríssimo Acórdão prolatado pelo PLENO do TST, no E-RR n. 2.373/78, in DJU de 5.5.80, p. 3.066:

"Ilícita a alteração contratual da qual resulte prejuízo para o empregado".

No que pertine aos celetistas, regidos por Lei Federal (CLT), ante o que reza claramente o art. 468 da Lei trabalhista e os inúmeros julgados dos nossos Tribunais, é fora de dúvida que aos PROCURADORES DO ESTADO, que se encontravam em exercício em 1o. de janeiro de 1984, são inaplicáveis as regras estatuídas pelo art. 16, da Lei n. 9.390/83, as quais atingirão somente aqueles que foram admitidos após esta data.

Resta, agora, examinarmos a situação dos PROCURADORES estatutários. Veremos que a conclusão não poderá ser diferente, porquanto estão amparados por postulados de direito, consagrados pela doutrina e jurisprudência vigentes neste país.

Igualmente, ao entrar em vigor a Lei n. 9.390/83, eles ocupavam o cargo de PROCURADORES,na **categoria única,** até então existente. Antes da nova lei preexistia uma situação de fato e de direito, inegável.

Assim, o núcleo da controvérsia está em saber se a nova lei, especialmente quando contraria interesses, sedimentados aos longo de anos, tem eficácia bastante para alterar direitos adquiridos.

A resposta encontra, no nosso entender, amplo respaldo no art. 153, § 3o., da Constituição Federal, abaixo reproduzido para maior clareza:

"A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

DE PLÁCIDO E SILVA, mestre de todos nós, referindo-se ao instituto do "direito adquirido", ensina que:

"Por essa forma, direito adquirido quer significar o direito que já se incorporou ao patrimônio da pessoa, já é da sua propriedade, já constitui um bem, que deve ser juridicamente protegido contra qualquer ataque exterior que ouse ofendê-lo ou turbá-lo" (**In** Voc. Jur., Vol. II, p. 530).

Inegável, por outro turno, que a situação dos PROCURADORES, ocupantes da categoria única, antes da já mencionada lei estadual, não configura, de modo algum, expectativa de direito, nem tampouco dependiam eles de qualquer condição suspensiva.

Não bastassem todas as argumentações jurídicas aqui expendidas, não podemos olvidar que os INATIVOS foram, realmente, apostilados como Procuradores de 1a. Categoria, a contar de 1o. de janeiro de 1984.

Com efeito, não podemos fugir ao dever de reconhecer que razão assiste ao requerente, quando invoca em seu benefício as preceituações contidas tanto no art. 102, § 2o., da Constituição Federal, como, de igual modo, no art. 69, § 4o., da Constituição Estadual, que vedam, expressamente, que os proventos da inatividade excedam a remuneração percebida em atividade.

Ao surgir a lei, objeto de todas as dúvidas suscitadas, julgamos inicialmente, que ela teria aplicação imediata e abrangente. Hoje, em decorrência de profundos estudos realizados, com interesse e zelo esmerado, nasce este outro entendimento, na certeza de que não podemos esquecer que os diversos ramos do direito brotam da Constituição, que não pode ser violada.

De tudo quanto aqui exposto, concluímos que a Lei n. 9.390/83 somente deve alcançar situações novas, ou sejam, daqueles que vieram ser admitidos no serviço público durante sua vigência.

Com efeito, no uso dos poderes que me foram outorgados pelo art. 5o., parágrafo único, da Lei n. 5.760, de 20 de maio de 1965, hei por bem de DEFERIR o pedido formulado pelo requerente, determinando de conseqüência que a Secretaria Geral desta Casa adote, imediatamente, todas as providências complementares de mister, inclusive apostilamento, necessárias ao enquadramento do postulante no cargo de PROCURADOR DO ESTADO, DE PRIMEIRA (1a.) CATEGORIA, com efeitos retroativos a 1o. de janeiro de 1984, por entendermos ser de direito e de justiça. DETERMINO, ainda, que igual procedimento se-

ja também adotado, independentemente de requerimentos, em benefícios dos demais PROCURADORES que se encontrem em igual situação, ou seja, ocupando, em 1o. de janeiro de 1984, esse **cargo** que era de **categoria única.**

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em Goiânia, 19 de julho de 1984.

LUIZ ALBERTO SOYER
PROCURADOR GERAL DO ESTADO

GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE – QUANDO EXPRESSAMENTE AJUSTADA, INTEGRA-SE DEFINITIVAMENTE AO SALÁRIO

DESPACHO "A" N. 8306/84

O servidor J.V.T., Médico Previdenciário do IPASGO, teve incorporado ao seu salário básico gratificação de produtividade expressamente concedida pelo Despacho governamental n. 364, de 11 de março de 1983, cujos efeitos retroagiram a 1o. de janeiro do mesmo ano.

A Presidência da Autarquia, não obstante tratar-se de procedimento plenamente dispensável, mesmo porque o ato governamental já era auto-executável, editou portaria evidenciando expressamente os efeitos incorporativos aos vencimentos e salários aos servidores integrantes do Quadro de Pessoal do IPASGO, ativos e inativos, com exceção dos ocupantes do cargo de Fiscal Arrecadador Previdenciário, da gratificação de produtividade instituída e atribuída pelo citado Despacho governamental n. 364/83.

Contudo, eis que se editou o Decreto n. 2.244, de 29 de julho de 1983, extinguindo, na administração direta do Poder Executivo, em suas autarquias e fundações, todas as gratificações de produtividade instituídas a partir de 1o. de agosto de 1982.

O requerente, segundo é do processo, percebera a referida gratificação ao longo de todo o exercício de 1983, cessando o seu pagamento por ato emanado da Presidência do IPASGO, naturalmente por aplicação do disposto no Decreto n. 2.244/83, já citado.

O postulante, irresignado com semelhante conduta administrativa, requerera ao Presidente do Instituto a que serve a restauração do pagamento da aludida gratificação, vindo o respectivo processo a esta Procuradoria-Geral, para exame da pretensão então deduzida.

Nesta Casa, a matéria recebera pronunciamento favorável da Procuradoria dos Negócios Administrativos, merecendo, contudo, desaprovação do então Procurador-Geral do Estado (Cf. docs. de fls. 15/17), circunstância motivadora do despacho de fls. 18, da Presidência do IPASGO, indeferindo o pedido.

Agora, o peticionário, inconformado com semelhante decisão, vem de postular o reexame da matéria, para efeito de reconsideração da decisão proferida pela Presidência do Instituto. E fá-lo mediante a impetração do pedido de fls. 2, dirigido diretamente ao titular deste Órgão.

Considerada a matéria nessa ordem de entendimento, é tempo de observar que as restrições impostas pelo Decreto n. 2.244, de 29 de julho de 1983, só prevalecem para os servidores admitidos após a sua vigência, até porque não poderia contrariar situação já legitimamente constituída.

O certo é que a gratificação de produtividade instituída e atribuída pelo citado Despacho governamental n. 364/83 faz parte integrante do contrato individual de trabalho do servidor, como cláusula adesiva deste, constituindo, assim, parcela pecuniária irretirável da remuneração do requerente.

Trata-se, como se vê, de gratificação expressamente ajustada, a qual, nos termos do comando jurídico a que se refere o art. 457, § 1o., da Consolidação das Leis do Trabalho, não pode ser suprimida nem tampouco diminuída.

Tem ela, portanto, a natureza de complemento salarial, concedida em caráter permanente e de modo incontroversamente definitivo.

É bem de ver que somente **as gratificações não ajustadas** é que não integram o salário, ainda assim quando constituírem mera liberdade do empregador.

Eis, a propósito, a jurisprudência predominante e mais autorizada sobre a matéria:

> "Gratificação ajustada que não contém natureza indenizatória, qualquer que seja o seu valor, integra-se ao salário, na conformidade do art. 457, § 1o., da CLT" – TST, E-RR 3.553/76, pleno, julgado em 14.2.79, **in** REV. LTr 43/855.

Tem-se por importante ponderar, ainda, que até mesmo as gratificações não expressamente ajustadas, pagas em caráter de habitualidade, incorporam-se ao salário do servidor, com maior razão revela-se o caso presente, cuja gratificação fora expressamente ajustada.

Nessa linha de entendimento, colha-se, portanto, a seguinte decisão:

> "A **gratificação de produtividade** paga, em caráter de habitualidade, a médicos do INPS, é incorporada ao salário, devendo ser considerada para os efeitos de férias e do 13o. salário (CLT, art. 457, § 1o.). Procedência do pedido" – TFR, RO 2.216, ac. 1a. Turma, **in** DJU 27.4.78, p. 2.761).

Igualmente a jurisprudência sumulada do eg. Supremo Tribunal Federal não desatende esse mesmo entendimento:

> "As gratificações habituais, inclusive a de Natal, consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário" (Súmula n. 207).

Mas a questão trazida à colação neste processo tem conseqüência jurídica muito mais nítida, pela óbvia razão de que se trata de **gratificação expressamente ajustada.**

Ora, se se cuida de vantagem expressamente ajustada, a gratificação passou a constituir salário, e o negar o seu pagamento ao servidor dela destinatário é negar, portanto, o próprio salário devido ao empregado.

Repita-se mais uma vez: a prevalência jurídica do citado Decreto n. 2.244/83 é impositiva somente para os servidores admitidos após sua vigência, o que equivale a dizer que o requerente, como de resto os demais servidores do IPASGO destinatários do tratamento instituído pelo Despacho governamental n. 364/83, tem direito incontroverso de perceber a gratificação de produtividade, em caráter permanente e definitivo.

Ao teor de tais considerações, é-me imperioso concluir que o pedido de reconsideração impetrado pelo requerente às fls. 2 merece ser prontamente provido, no sentido de que seja restaurado o pagamento da gratificação em causa, por constituir patrimônio salarial irretirável do servidor, segundo o ordenamento legal a que se refere o art. 457, § 1o., da Consolidação das Leis do Trabalho.

Restitua-se o processo ao IPASGO.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em Goiânia, 19 de dezembro de 1984.

EVERARDO DE SOUSA
Procurador Geral do Estado

REPRISTINAÇÃO – REVOGAÇÃO DE LEI: A LEI REVOGADORA NÃO TEM A QUALIDADE DE REPRISTINAR A ANTIGA – INTELIGÊNCIA DO § 3o. DO ART. 2o. DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL

DESPACHO "A" No. 0752/84

Embora já mencionada no processo a legislação pertinente e suas flutuações, referenciemo-la para, numa abordagem seqüencial, identificarmos se houve ou inocorreu a revigoração da gratificação por risco de vida, quanto ao período reclamado.

O Decreto-lei n. 147, de 13.3.70, respeitante ao Estatuto dos Servidores Públicos Policiais Civis do Estado de Goiás, instituíra aquela gratificação (art. 220), beneficiando as classes constantes dos Anexos I e II do Decreto-lei n. 84, de 28.11.69, à exceção das que expressamente exclui, tornando-se, portanto, acobertadora dos Delegados de Polícia.

Com o surgir da Lei n. 7.910, de 30.10.75, estabeleceram-se modificações àquela vantagem, para elevá-la de 20 para 40% (art. 4o.) e fazê-la incorporar-se aos vencimentos para efeito de aposentadoria (art. 16), nas condições prefixadas.

Adveio a Lei Constitucional n. 25, de 16.10.78, introduzindo o § 3o. do art. 62 da Constituição do Estado, via do qual se vedou atribuir remuneratórias de qualquer natureza aos Delegados de Polícia, salvo as de representação, as de mérito profissional e as de caráter geral e permanente concedidas a servidores públicos estaduais.

Repontou a Emenda Constitucional n. 51, de 30.10.81, dando nova redação ao aludido § 3o., que passou simplesmente a tratar de matéria inteiramente diversa.

Face a essa circunstância é de ser perquirido se se restabeleceu, através da configuração repristinatória, a gratificação por risco de vida para os Delegados de Polícia, voltando-se, portanto, à anterior situação regida pelo art. 220 do Decreto lei n. 147, com as alterações surgidas da Lei n. 7.970.

O tema, outrora entregue à polemização, sugere que se traga à

baila o pensamento de tratadistas, convindo se ressaltar, antes, o § 3o. do art. 2o. da Lei de Introdução ao Código Civil, prescribente, **in verbis,** de que, salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

SERPA LOPES proclama que esse preceito significa a rejeição da repristinação pelo direito brasileiro, admitida apenas mediante ressalva taxativa, comentando:

> "Os termos do § 3o. do art. 2o. de nossa Lei de Introdução aparecem por demais peremptórios, de tal maneira que parecem justificar a corrente unânime de nossos juristas, no sentido de interpretá-lo como não oferecendo margem ao renascimento da lei revogada, a menos que haja disposição legal expressa". (**In** CURSO DE DIREITO CIVIL, Vol. I, p. 90).

OSCAR TENÓRIO fez-se veemente predicante dessa sustentação, alinhando para tanto incontraditáveis argumentos:

> "O advento de uma lei resulta às vezes na morte de outra. Esta não ressuscita, mesmo quando a lei que a eliminou do mundo jurídico também se extinguiu. Somente por disposição expressa do legislador a lei morta ressuscita, volta a ocupar lugar no sistema jurídico do país.
>
> . . . . . .
>
> A restauração tem que ser feita da maneira expressa. Não prevalece, diante do que dispõe o § 3o. do art. 2o. da Lei de Introdução, o critério que sustenta a restauração da lei revogada quando as condições de fato que constituiam o pressuposto da lei se restabelecem.
>
> . . . . . .
>
> Se uma lei revogadora de outra (revogação expressa ou tácita) é, por sua vez, revogada, não determina o ressurgimento da primeira lei". (**Apud** LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, p. 92).

Empós abordar vários aspectos e sublinhar que entre as diversas questões relativas à revogação está a que se formula na indagação se a lei revogadora de outra lei revogadora tem o efeito de restaurar automaticamente a primeira lei revogada, externa CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

> "Em doutrina a matéria é controvertida. De um lado, os que sustentam o efeito repristinatório imediato e automático da lei que revoga a lei revogadora, por entenderem que, apagados os seus efeitos em razão da ab-rogação, esta significa haver desaparecido a causa de ter a primeira lei revogada deixado de vigorar, o que, noutros termos, traduz a sua imediata restauração.
>
> Em oposição, sustenta-se que, com a revogação, fica abolida inteiramente a lei; desaparece, perde a força obrigatória, morre.
>
> . . . . . .
>
> A primeira Lei de Introdução ao Código Civil, de 1916, silenciando a respeito do assunto, relegara para a doutrina a solução da questão. A nova, pronunciando-se na controvérsia, veio exigir o pronunciamento expresso, sem o qual a lei revogadora não tem a qualidade de repristinar a antiga, ao proclamar que, salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência (Lei de Introdução, art. 2o., § 3o.)". (**In** INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL, Vol. I, p. 89).

Aduza-se mais um ponto de vista, o de WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, também emérito escoliasta, desposando conceituações rígidas:

> "Em face do preceito expresso, ora comentado, é claro que, deixando de existir eficazmente a lei revogadora, nem por isso convalescerá a lei revogada. A revogação põe termo à lei anterior que, pela cessação da vigência do texto posterior, não poderia renascer de suas próprias cinzas como a Fênix mitológica.
>
> Pode o legislador, entretanto, dispor, ao revogar a lei revogadora, que a lei primeiramente revogada reassume sua integral vigência: com isso não ressuscitará a lei primitivamente revogada; a lei nova, que a restabelece, ou seja, a denominada lei repristinatória, não a faz reviver; a lei repristinatória é, fora de dúvida, lei nova, cujo conteúdo, por remissão, é idêntico ao da lei primeiramente revogada". (**In** LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL, Vol. I, p. 125).

Diga-se, ilustrativamente, que outras legislações e doutrinadores forâneos consagram o mesmo princípio, valendo ser destacado o insigne jurista italiano ROBERTO RUGGIERO, em sua clássica obra INSTITUZIONI DI DIRITTO CIVILE (tradução Dr. Ary dos Santos):

> "Fora de dúvida é, porém, que a revogação de uma norma, que por sua vez revogava uma anterior, não faz ressurgir esta última mesmo que não se promulgue uma norma nova: a cessação de um preceito não é, por si só, suficiente para voltar a pôr em vigor um preceito precedente que já tenha definitivamente perdido o valor". (**Apud** ob. cit., Vol. I, p. 149).

Invocamos várias citações, às vezes alongadas, exatamente objetivando evidenciar que se firmou vitorioso entre nós o postulado de que

na repristinação é indispensável que o legislador declare expressamente que ao originário diploma legal se confere retorno à eficácia.

Sem o comando dessa manifestação explícita inexiste o renascer de preceituações que jazem no sepulcrário da revogação, **ex vi** da nova Lei de Introdução, de 1942.

Voltando-se a enfocar o assunto a que se relaciona o processo ora em exame, a solicitação de pagamento da gratificação por risco de vida abrange o interregno de 21.11.81, dia da publicação da Emenda Constitucional n. 51, a 31.12.82, não despassando essa data porque a partir de 1.1.83 os Delegados de Polícia passaram a tê-la, em decorrência da Portaria n. 95, de 9.12.82, baixada pelo titular da Pasta da Segurança Pública.

Improcede o pedido, posto que não se caracteriza a repristinação, consoante se denota do que já se expôs.

Perpassemos, mesmo assim, a legislação inicialmente sublinhada:

— o art. 220 do Decreto-lei n. 147 concedeu vantagem à classe dos Delegados;

— o § 3o. acrescido ao art. 62 da Constituição do Estado, pela Lei Constitucional n. 25, retirou-a;

— ressurte a Emenda Constitucional n. 51 e dá nova redação a esse § 3o., porém versando sobre matéria completamente diferente, deixando, assim, de existir a regra da original redação.

Os pronunciamentos havidos nos autos vêem nessa particularidade a emenda constitucional suprimindo a proibição imposta pela lei constitucional, reaparecendo, de conseguinte, todos os efeitos do art. 220.

Esse reaparecimento, contudo, não se verificou.

Poder-se-ia redargüir ser incompossível com a técnica legislativa uma preceituação constitucional referenciando o restabelecimento de um dispositivo da lei ordinária, para que o repristinasse expressamente.

Tal replicar não se cobriria de validez, porquanto unicamente sob menção expressa é restaurada a primitiva lei que deixara de viger.

Aliás, o próprio elidir da gratificação seria matéria adequada à lei ordinária, pois uma Constituição jamais deve se acasalar a casuísmos, inclusive para não gerar fatos inusitados.

Sobremodo justa é a gratificação por risco de vida aos Delegados de Polícia, os quais, no desempenho das relevantes funções que lhes são cometidas, confrontam-se com situações altamente arriscadas.

Não podemos, no entretanto, opinar pelo deferimento do peticionado, à falta de suporte legal.

Para corrigir a injustiça então criada, a Lei n. 9.385, de 4.11.83,

deu nova redação ao art. 220 do Decreto-lei n. 147, revertendo a eles a gratificação, a contar de quando publicada.

Com o tecer dessas considerações, deixamos de chancelar o Parecer n. 0092/84, da Procuradoria dos Negócios Administrativos.

Restitua-se o processo à ilustrada Secretaria da Segurança Pública.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em Goiânia, 6 de fevereiro de 1984.

LUIZ ALBERTO SOYER
PROCURADOR GERAL DO ESTADO

Pareceres

DESAPROPRIAÇÃO: SITUAÇÃO JURÍDICA DO IMÓVEL, FACE AO DECRETO ESTADUAL N. 1.726, DE 19.9.79

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Parecer n. 1827/81
Autor: Wagner Nasser
Procurador do Estado

1. A.A.C., na qualidade de procurador da firma VALOR – EMPREENDIMENTOS MERCANTIS E TRANSPORTES LTDA., na exposição de motivos apresentada às fls. 2, solicita a exclusão, do plano de expansão industrial do Estado, de uma área de terras de sua propriedade, localizada na região onde se encontra instalado o DAIA – Distrito Agroindustrial de Anápolis.

A área em tela é objeto do loteamento denominado "SETOR INDUSTRIAL".

2. Examinados os documentos relativos à supra mencionada área, tem-se o seguinte:

a) – A firma M.C.B. Ltda. vendeu à interessada, conforme escritura pública de compra e venda, lavrada em 4 de outubro de 1977, pelo Cartório de Notas do 5o. Ofício desta Capital, um trato de terras constituído por 3 glebas de terras situadas no imóvel denominado "Fazenda Brejo Grande ou Cabeceiras de Caldas", no município de Anápolis; (fls. 6).

b) – As glebas acima mencionadas constam de 18 hectares, 98 ares e 90 centiares, cada uma, tendo sido, posteriormente, encontrada uma área total de 619.538,00 m2 (fls. 6/13/23).

3. De posse desse terreno, a empresa VALOR – EMPREENDIMENTOS MERCANTIS E TRANSPORTES LTDA., promoveu, em 1977, levantamento topográfico com o fito de elaborar a respectiva planta de loteamento e conseqüente registro do mesmo para fins de alienação dos lotes destinados à edificação.

Consoante as informações contidas nos documentos de fls. 16/50, essa firma solicitou à Prefeitura Municipal de Anápolis a aprova-

ção do loteamento, conforme requerimento datado de 5 de dezembro de 1977 (fls. 12).

Esse pedido de aprovação foi instruído com o Atestado de Salubridade de n. 52/77, expedido pela Divisão de Saúde do Ambiente, Seção de Saneamento, órgão integrante da Organização de Saúde do Estado de Goiás — OSEGO — (fls. 15), com memorial técnico sanitário, declaração de responsabilidade técnica, memorial descritivo, memorial do loteamento, memorial das dimensões, área dos lotes e a planta do loteamento. (fls. 16/7/22/50).

4. Por outro lado, o processo foi instruído com a relação dos lotes vendidos e respectivos compradores, vendas essas que se processam de 1977 a 1980. (fls. 53/73), constando haver naquele local, atualmente, mais de 100 (cem) casas residenciais.

No andamento deste, veio o Despacho n. 101/81 — PPI, de 16 de janeiro de 1981, determinando o estudo do pedido face o Decreto 1.726, de 19 de setembro de 1979, que declarou de utilidade pública uma área de terras situada nos municípios de Anápolis e Leopoldo de Bulhões, para fins desapropriatórios. (fls. 10/74).

5. Encaminhados os autos à Secretaria da Indústria e Comércio do Estado, ela — ouvindo a Companhia de Distritos Industriais de Goiás — Goiásindustrial — justificou a iniciativa, com a ratificação dos motivos contidos naquele decreto, acrescentando:

"
. . . . . .

a fim de evitar para o futuro que as áreas confrontantes e vizinhas do DAIA sejam transformadas em núcleos habitacionais, ou venham a se constituir em áreas de exploração imobiliária em decorrência de valorização imposta pela construção daquele Distrito". (fls. 77).

6. Para melhor instrução do presente processo, providenciou-se a juntada de certidões de registros dos imóveis desapropriados ou comprados pelo DAIA — Distrito Agroindustrial de Anápolis — ou a este transferidos pelo Estado de Goiás — bem como das terras ainda em nome de particulares, principalmente daquelas que circunvizinham a área objeto do pedido inicial.

7. Promovidas as diligências junto ao Goiásindustrial, este forneceu os mapas do imóvel atualmente ocupado pelo DAIA, incluindo os confrontantes, bem como o levantamento aerofotogramétrico referente à zona incluída pelo Decreto de Desapropriação, informando, ainda, não ter havido outra providência, até aquele momento, para a ocupação da zona circunvizinha.

De posse desses documentos, o Serviço de Agrimensura deste

Órgão elaborou um mapa pelo qual se pode averiguar, corretamente, a área de terras ocupadas pelo DAIA, constatando-se que esse terreno limita-se com o imóvel pertencente ao Conjunto Habitacional CEMINA, a A.A.S. e A. e A.C.

Portanto, vê-se no mapeamento que o imóvel objeto deste processo não se limita com a zona industrial do DAIA, tendo situadas entre este e o imóvel LOTEAMENTO SETOR INDUSTRIAL áreas pertencentes a terceiros.

8. Agora, a firma requerente, proprietária do imóvel, alegando que o loteamento do Setor foi elaborado em 1977, portanto, dois anos antes da vigência do decreto expropriatório, pede a exclusão de seu terreno do Plano de Expansão do DAIA, plano esse que motivou a publicação do referido decreto 1.726.

Surgiu a questão: qual a situação jurídica do imóvel pertencente àquela empresa, face ao DECRETO ESTADUAL n. 1.726, de 19 de setembro de 1979?

9. Historicamente, o instituto da desapropriação já se incorporou na tradição jurídica brasileira desde a Constituição do Império de 1824, mantido nas constituições republicanas, sempre no sentido limitativo ao direito de propriedade, e hoje gravado no § 22, do art. 153, da Constituição Brasileira de 1967, alterada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, com a redação seguinte:

"É assegurado o direito de propriedade, **salvo** o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, **mediante** prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161 facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. **Em caso de perigo** público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, **assegurada** ao proprietário indenização ulterior".

A par da disposição constitucional, o regime das desapropriações é regulado pelo DECRETO-LEI FEDERAL n. 3.365, de 21 de junho de 1941 e posteriores alterações — (Leis ns. 6.071, de 1974, 6.306, de 1975, 4.686, de 1965, e Decretos-Leis ns. 9.811, de 1946, 9.282, de 1946; 7.426, de 1945; 4.152, de 1942).

10. Nossos doutrinadores, na tarefa de conceituar a desapropriação, evidenciam, apesar do caráter unilateral do fato, o respeito do Poder Público em indenizar, justa e previamente, o particular, antes do apossamento da propriedade deste, admitindo a Lei a imissão imediata, mas com interveniência do Poder Judiciário:

"Desapropriação é o ato de soberania pelo qual o Estado, atra-

vés das autoridades competentes, retira coativamente, a alguma pessoa física ou jurídica, por motivos de necessidade ou utilidade pública, ou de interesse social, mediante o pagamento de uma indenização, o direito de propriedade sobre determinado bem de qualquer natureza, em proveito do próprio Estado ou terceiros aos quais, inclusive, podem ser transferidos os bens expropriados" (Paulo Jorge Lima — Desapropriação por Interesse Social, ed. 1965 — p. 36).

Para **J. Cretella Júnior:**

"... desapropriação é o ato de direito público pelo qual a Administração, fundamentada na necessidade pública, na utilidade pública ou no interesse social, obriga o proprietário a transferir a propriedade de um bem ao Estado ou a particulares, mediante prévia e justa indenização". (Comentários às Leis da Desapropriação, 2a. ed. 1976 — p. 29).

Preleciona **Brandão Cavalcante** que desapropriação é: "a incorporação, **a título oneroso,** ao patrimônio do Estado, seja ele no sistema da União, Estados Federados e Municípios, de bens do domínio privado, destinados a fins de interesse público ou interesse coletivo". (Curso de Direito Administrativo — 6a. ed. — 1961 — p. 513).

Pontes de Miranda considera desapropriação:

"o ato de direito público mediante o qual o Estado subtrai direito, ou subtrai o direito de outrem, a favor de si mesmo, ou de outrem, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, ou simplesmente o extingue". (Tratado de Direito Privado — 3a. ed. — 1971 — vol. XIV — p. 145).

Hely Lopes Meirelles define desapropriação:

"... a transferência compulsória de bens particulares (ou públicos de entidade inferior) para o Poder Público ou seus delegados, por necessidade ou utilidade pública, ou ainda por interesse social mediante prévia e justa indenização em dinheiro (Constituição Federal art. 153, § 33), salvo a excessão constitucional do pagamento em títulos especiais da dívida pública, para o caso da propriedade rural (art. 161". (Direito Administrativo Brasileiro, 1966, p. 493) **apud** BERNHARD WILFRIED WEDEKIND — **in** "Desapropriação por utilidade pública" — 2a. ed. — vol. 14 — 1974 — p. 35).

Assim, à unanimidade, evidenciam esses mestres o caráter oneroso da desapropriação, acompanhando a regra constitucional de ser a mesma realizada "mediante prévia e justa indenização em dinheiro".

Daí só há desapropriação com a conseqüente reposição monetária do valor do bem desapropriado, ou a consignação, em juízo, do preço oferecido pela entidade pública expropriante.

11. Desapropriação é, pois, a transferência dominial de um objeto do patrimônio particular para o patrimônio público por força de circunstâncias de natureza pública previstas em lei.

Porém, a consumação dessa transferência somente se verifica desde que a Administração Pública atenda a certos requisitos fundamentais da lei, com o escopo exclusivo de evitar-se o abuso de poder ou a violação do princípio constitucional da garantia da propriedade resguardada pela nossa Lei Magna.

Dessa forma, o decreto atinente à desapropriação de um determinado bem por si só não modifica a sua natureza, ou seja, de coisa particular para pública.

Os atos da Administração Pública para a execução do decreto expropriatório se classificam em duas fases bem distintas. A fase da preparação administrativa para se imitir na posse do objeto e a fase final, a transferência do domínio do objeto.

Deve-se salientar que o apossamento poderá ocorrer antes do pagamento integral da indenização, desde que o Poder Público, em juízo, consigne o valor que atribui ao objeto desapropriado, ou o que ajustou em acordo firmado com os expropriados.

12. A respeito desse instituto, vale aqui repassar os comentários de alguns de nossos mais notáveis mestres de Direito quanto aos efeitos do decreto expropriatório e as fases de sua execução:

Hely Lopes Meirelles:

"Só se considera **efetivamente** a desapropriação com o acordo administrativo, ou com a ação judicial acompanhada da oferta do preço provisoriamente estimado pelo expropriante. **Até então a declaração expropriatória não tem qualquer efeito sobre o direito de propriedade do expropriado, nem** pode impedir a utilização do bem ou sua **disponibilidade.**

Lícito é ao particular explorar o bem ou nele construir, **mesmo após a declaração** expropriatória, enquanto o **expropriante não realizar, concretamente, a desapropriação. O estancamento da utilização do bem diante da simples declaração expropriatória importa em restrição inconstitucional do direito de propriedade, assim como o apossamento sem indenização** equipara-se ao confisco **vedado pela Constituição".** (Direito Administrativo Brasileiro, 1966 — p. 500 — H.L. Meirelles).

Bernhard Wilfried Wedekind:

"O decreto expropriatório gera importantes efeitos jurídicos tanto para a Administração Pública como para o particular. **Em relação a esta,** a declaração de utilidade pública não cria qualquer limitação ao direito de propriedade, **podendo inclusive** aliená-lo, pois a legislação disciplinadora do instituto não impõe qualquer limitação ao livre uso e disposição da propriedade depois de declarada a sua utilidade ou necessidade pública". (in Desapropriação por utilidade pública — vol. 14 — ps. 49/50).

" ... a declaração de utilidade pública autoriza a autoridade administrativa a penetrar no imóvel, **não, porém, se imitir na posse do mesmo.** Esta só é autorizada pela lei depois de feito o pagamento de justa indenização ou o depósito judicial da quantia oferecida ou arbitrada, tratando-se de desapropriação".

No entanto, é **possível** à autoridade expropriante se imitir na posse do imóvel mediante indenização posterior, nos termos do artigo 36 que autoriza a **ocupação temporária** pela autoridade pública, de terrenos não edificados". (ob. cit. p. 51).

Antônio Carlos Costa e Silva:

"Em torno da desapropriação, também se configuram ambas as hipóteses de imissão da posse. Convém, porém, advertir que a imissão na posse, em outros casos, mesmo provisória, como a que ocorre, por exemplo, na execução da sentença condenatória para a entrega de coisa imóvel e certa (art. 625, Código de Processo Civil), se dá em favor de quem já é possuidor do domínio, vale dizer, é proprietário, mas não está na posse, direta ou indireta, de coisa não fungível. **Na desapropriação, porém, malgrado tenha sido o bem imóvel declarado de utilidade ou necessidade pública, ou de interesse social, o seu proprietário ainda não perdeu o domínio. Desta maneira, o órgão expropriante requer o seu ingresso no exercício possessório ainda quando não é o proprietário".**

" ... A imissão provisória na posse é uma medida de caráter eminentemente processual, respaldada, **apenas, no interesse coletivo e no requisito da** urgência alegada pela autoridade expropriante, para entrar na posse do bem imóvel, antes de se completar o processo desapropriatório". (Processo de Desapropriação e Procedimentos da Desapropriação Consensual, 1a. ed. — 1975 — p. 66/67).

Roberto Barcellos de Magalhães:

"A garantia constitucional ao direito de propriedade, cifra-se, precisamente, em **proibir** à administração a tomada da propriedade a não ser para fim ou por motivo de utilidade pública. **A exigência da prévia indenização é uma cláusula subordinada ao preenchimento da primeira condição, ou da condição de cujo implemento resulta a legitimidade da desapropriação.** É claro que se o poder desapropriante é erigido em juiz solitário e final do evento da única causa legítima da desapropriação, no fundo e em última análise, o poder de desapropriar poderia exercer-se discricionariamente, ou a administração poderia desapropriar em todos os casos ou por movimento arbitrário da sua vontade pois o **critério** mediante o qual a **constituição** procura **controlar** o poder ficaria sujeito à livre, final e conclusiva apreciação do próprio poder que ela se destina controlar ou restringir". (Teoria e Prática da Desapropriação — 1968 — p. 81 — n. 4).

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho:

"Só há uma forma lógico-jurídica de se compreender, no seu amplo entendimento programático, **o que disciplina o princípio mandamental constitucional. Não existe, portanto, livre desapropriação,** mas expropriação regrada, normada, legitimada, por força dos seguintes pressupostos:

a — Está e fica plenamente assegurado o direito de propriedade na extensão que lhe permite a ordem política e jurídica;

b — A exceção expropriatória somente pode ter motivo na necessidade ou utilidade pública ou no interesse social;

c — **Não terá adequada execução o ato declaratório** se não mediante prévia e justa indenização em dinheiro". (Do Mandado de Segurança na Desapropriação — p. 67 n. 8).

"De onde se origina, ou provém, o direito líquido e certo nas desapropriações? Na indagação doutrinária, a resposta é uma somente: **do ato administrativo expropriatório.** E porque, do ato administrativo expropriatório? Simplesmente porque, para as desapropriações, existem regras de procedimento e normas obrigatórias a cumprir pelo poder expropriante. Como o simples ato declaratório, apesar da sua importância, **não desapropria,** é dele ou da forma dele, pelos seus efeitos, que pode surgir a lesão.

Num mesmo regime de garantias como o nosso, ressalta a importância do processo administrativo para a complementação executória do ato de expropriação na esfera judicial.

. . . . . .

Reconheça-se que no instituto da desapropriação há condicionamentos jurídicos inafastáveis:

a — um que diz respeito a garantia **constitucional** da propriedade, condição regrada viva em todas as cartas constitucionais, inclusive naquelas onde as limitações políticas são mais flagrantes;
b — outro recomenda um procedimento administrativo anterior à ação regrada **legalmente,** condições para que o ato expropriatório se apresente eficaz e de acordo com a forma da norma aplicável;
c — outro mais que reflete um motivo determinante de **interesse público,** condição de finalidade determinada por lei ou dentro dos casos que a lei prevê, salvo das exceções provocadas por acontecimentos anormais" (ob. cit. p. 147 — n. 8).

Hely Lopes Meirelles:

"A desapropriação deverá efetivar-se por acordo administrativo, ou por via judicial, devendo, neste caso, seguir o processo especial previsto no próprio decreto-lei 3.365, já citado (art. 11 a 42).

. . . . . .

"Enquanto o expropriante não estiver regularmente imitido na posse da coisa expropriada, o proprietário pode usar dela em toda plenitude de seu domínio, sendo-lhe lícito, inclusive, construir o que lhe aprouver sobre o terreno declarado de utilidade pública, **porque o decreto de desapropriação não tem o condão de impedir o exercício do direito de propriedade. No poder de expropriar não se contém o de congelar a propriedade particular ao talante da Administração, uma vez que a constituição só legitima a desapropriação mediante prévia e justa indenização em dinheiro".** (DIREITO DE CONSTRUIR — ps. 159/160).

José Cretella Júnior:

"A declaração, porém, não transfere domínio.

. . . . . .

O proprietário pode dispor do bem, objeto da declaração expropriatória, trocando-o, vendendo-o, cumprindo-lhe, porém, em qualquer caso de alienação cientificar o poder público expropriante para efeitos processuais subsequentes". (TRATADO DE DIREITO ADMINISTRATIVO — vol. IX — 1a. ed. 1972).

"Nas duas fases em que se desdobra a desapropriação, a **declaração** e a **ação expropriatória,** projeta-se a vontade do Estado, fundamentada na necessidade pública, na utilidade pública ou no interesse social. A **declaração** nasce do **jus expropriendi,** do direito de desapropriar, **o ato em concreto, efetivo, é posterior e decorre da declaração.**

. . . . . .

"Jus ou **potesta expropriendi** é uma facultas, é um direito.

"Promoção é a **efetivação** ou **concretização** desse direito ou protesto público. Não se confunda, portanto, **direito de desapropriar com promoção judicial da desapropriação,** aquele referente à competência que se insere nas atribuições típicas das pessoas jurídicas de direito público interno maiores" . . . . . .

. . . . . .

esta referente à possibilidade de ir a juízo, excepcionalmente, **para concretizar a desapropriação** (já decretada pela pessoa jurídica pública competente), mediante autorização expressa em lei ou contrato. **O direito de desapropriar** é direito próprio do Estado, derivado de seu **jus imperii. "Promoção expropriatória"** é a **"efetivação daquele direito",** em juízo, por pessoas públicas ou privadas designadas pelo Estado". (COMENTÁRIOS ÀS LEIS DA DESAPROPRIAÇÃO — J. Cretella Jr. — 2a. ed. 1976 — ps. 80/2 — n. 7).

. . . . . .

"O decreto expropriatório é mero ato administrativo que não importe a eliminação de um dos direitos fundamentais do homem o direito de propriedade". (Comentários às Leis de Desapropriação — p. 68, **in fine).**

"Não se confunda, **repetimos,** declaração (teoria) com efetivação (prática).

Efetivação expropriatória ou promoção expropriatória é a concretização de todas as medidas necessárias para separar o proprietário do bem expropriado a favor da pessoa jurídica pública competente. Cabe ao Executivo praticar os atos necessários à efetivação ou à promoção expropriatória". (ob. cit. p. 205).

Pontes de Miranda:

Até a transcrição da sentença de desapropriação, e não só até o pagamento ou consignação da quantia indenizatória, **pode o bem ser alienado,** ou dar-se a transmissão a **causa morte.** O voto vencido, no acórdão da 5a. Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, na Ap. n. 4.396, — (R.F., 101, 81), diz que a desapropriação se consuma com o pagamento ou a consignação; **mas tal afirmação se choca com o texto constitucional que exige ser prévia a indenização. O bem pode ser alienado,** ou transmitido a **causa morte,** enquanto não se transcreve o título sentencial". (COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1967 —

mos do mandamento constitucional. Não há perda da propriedade, antes da indenização". (MINISTRO GONÇALVES DE OLIVEIRA – relator – RE n. 49.820 – **in** "Manual Prático das Desapropriações" – R. Limongi França – ed. 1976 – p. 303).

"Compra e venda posterior – Admissibilidade – Caducidade do decreto.

O fato de existir um decreto de desapropriação de determinado imóvel não impede seja ele alienado. **O simples fato de ser decretada a desapropriação não tira do comércio a coisa desse decreto"** (Apelação n. 7.998 – Trib. J.D. Fed. 6a. Câm.) **in** – Roberto Barcellos de Magalhães.

"ABUSO DO DIREITO DE DESAPROPRIAR"

Dando corpo a essas considerações, vamos encontrar no **acórdão** de 20.09.1954, proferido na Apelação n. 27.654, de que foi relator o Desembargador **MARTINHO GARCEZ NETO,** a enunciação de que "O proprietário que fica privado do uso de sua propriedade, ou de certa porção, dela, porque a Prefeitura não promove o processo regular de desapropriação, nem se torna efetiva pela indenização, tem direito de ter indenização pelos prejuízos sofridos, **com esse procedimento egoístico, caprichoso e anormal do poder público ou dos seus agentes".** (TEORIA E PRÁTICA DA DESAPROPRIAÇÃO – ed. 1968 – p. 91 – n. 21).

"Declaração de utilidade pública – atribuição discricionária do poder público.

A declaração de utilidade pública para fins de desapropriação **é,** sem dúvida, atribuição discricionária do Poder Público, e, por igual, **a** retratação.

O decreto de desapropriação não dá ao proprietário nenhum direito subjetivo. A desapropriação só se verifica, nos termos do Decreto-lei n. 3.365, de 1941, quando se faz o pagamento da quantia estabelecida, para, em seguida, se proceder a imissão de posse".

. . . . . .

(Teoria e Prática da Desapropriação – Roberto Barcellos de Magalhães – ed. 1968 – p. 70).

"19.10 – Ação de desapropriação para coagir o poder público e efetivar a desapropriação.

O desapropriado carece de direito para obrigar o desapropriante, por meio judicial, à execução da desapropriação.

A simples declaração de utilidade pública de um imóvel, e o conseqüente decreto de desapropriação, não pode ser tomado como ato de transferência do domínio. O proprietário continua a auferir-lhe os

a — um que diz respeito a garantia **constitucional** da propriedade, condição regrada viva em todas as cartas constitucionais, inclusive naquelas onde as limitações políticas são mais flagrantes;
b — outro recomenda um procedimento administrativo anterior à ação regrada **legalmente**, condições para que o ato expropriatório se apresente eficaz e de acordo com a forma da norma aplicável;
c — outro mais que reflete um motivo determinante de **interesse público**, condição de finalidade determinada por lei ou dentro dos casos que a lei prevê, salvo das exceções provocadas por acontecimentos anormais" (ob. cit. p. 147 — n. 8).

Hely Lopes Meirelles:

"A desapropriação deverá efetivar-se por acordo administrativo, ou por via judicial, devendo, neste caso, seguir o processo especial previsto no próprio decreto-lei 3.365, já citado (art. 11 a 42).

. . . . . .

"Enquanto o expropriante não estiver regularmente imitido na posse da coisa expropriada, o proprietário pode usar dela em toda plenitude de seu domínio, sendo-lhe lícito, inclusive, construir o que lhe aprouver sobre o terreno declarado de utilidade pública, **porque o decreto de desapropriação não tem o condão de impedir o exercício do direito de propriedade. No poder de expropriar não se contém o de congelar a propriedade particular ao talante da Administração, uma vez que a constituição só legitima a desapropriação mediante prévia e justa indenização em dinheiro".** (DIREITO DE CONSTRUIR — ps. 159/160).

José Cretella Júnior:

"A declaração, porém, não transfere domínio.

. . . . . .

O proprietário pode dispor do bem, objeto da declaração expropriatória, trocando-o, vendendo-o, cumprindo-lhe, porém, em qualquer caso de alienação cientificar o poder público expropriante para efeitos processuais subsequentes". (TRATADO DE DIREITO ADMINISTRATIVO — vol. IX — 1a. ed. 1972).

"Nas duas fases em que se desdobra a desapropriação, a **declaração** e a **ação expropriatória,** projeta-se a vontade do Estado, fundamentada na necessidade pública, na utilidade pública ou no interesse social. A **declaração** nasce do **jus expropriendi,** do direito de desapropriar, **o ato em concreto, efetivo, é posterior e decorre da declaração.**

. . . . . .

"Jus ou **potesta expropriendi** é uma facultas, é um direito.

"Promoção é a **efetivação** ou **concretização** desse direito ou protesto público. Não se confunda, portanto, **direito de desapropriar com promoção judicial da desapropriação,** aquele referente à competência que se insere nas atribuições típicas das pessoas jurídicas de direito público interno maiores" . . . . . .

. . . . . .

esta referente à possibilidade de ir a juízo, excepcionalmente, **para concretizar a desapropriação** (já decretada pela pessoa jurídica pública competente), mediante autorização expressa em lei ou contrato. **O direito de desapropriar** é direito próprio do Estado, derivado de seu **jus imperii. "Promoção expropriatória"** é a **"efetivação daquele direito",** em juízo, por pessoas públicas ou privadas designadas pelo Estado". (COMENTÁRIOS ÀS LEIS DA DESAPROPRIAÇÃO — J. Cretella Jr. — 2a. ed. 1976 — ps. 80/2 — n. 7).

. . . . . .

"O decreto expropriatório é mero ato administrativo que não importe a eliminação de um dos direitos fundamentais do homem o direito de propriedade". (Comentários às Leis de Desapropriação — p. 68, **in fine).**

"Não se confunda, **repetimos,** declaração (teoria) com efetivação (prática).

Efetivação expropriatória ou promoção expropriatória é a concretização de todas as medidas necessárias para separar o proprietário do bem expropriado a favor da pessoa jurídica pública competente. Cabe ao Executivo praticar os atos necessários à efetivação ou à promoção expropriatória". (ob. cit. p. 205).

Pontes de Miranda:

Até a transcrição da sentença de desapropriação, e não só até o pagamento ou consignação da quantia indenizatória, **pode o bem ser alienado,** ou dar-se a transmissão a **causa morte.** O voto vencido, no acórdão da 5a. Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, na Ap. n. 4.396, — (R.F., 101, 81), diz que a desapropriação se consuma com o pagamento ou a consignação; **mas tal afirmação se choca com o texto constitucional que exige ser prévia a indenização. O bem pode ser alienado,** ou transmitido a **causa morte,** enquanto não se transcreve o título sentencial". (COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1967 —

COM A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 1, DE 1969 TOMO V – p. 478 – **in fine).**

Orlando Gomes:

"Após a vigência do decreto 3.365, prevalece a opinião de que a perda da propriedade, virtude da desapropriação, só se verifica após o pagamento da indenização do seu valor.

Só nesse momento se verifica a passagem do direito de propriedade do particular ao patrimônio público (DIREITO PRIVADO (NOVOS ASPECTOS) – ed. 1961 – p. 178 n. 25).

. . . . . .

"Mesmo para os que conceituam a desapropriação como um ato de direito público que tem como consequência de direito privado a transmissão da propriedade, **a declaração** de vontade do Poder expropriante **não basta** para operar o efeito de direito privado consistente na perda da propriedade para o dono do bem" (ob. cit. p. 179 – n. 27).

. . . . . .

"Uma vez que a **declaração** de utilidade pública, no direito pátrio, **não afeta o direito de propriedade em sua substância,** portanto continua integrar o patrimônio do proprietário e nele poderá conservar-se se a declaração caducar, **é óbvio que a perda da propriedade não se dá com a publicação do decreto** com o qual a Administração manifesta o interesse de apropriar-se de determinado bem". (ob. cit. – p. 180 n. 29).

13. A repercussão do decreto expropriatório na decisão de nossos tribunais, (com grifos nossos):

"5. A Constituição Federal, ao conferir à Administração Pública o **poder** de desapropriar, outorgou-lhe **direito formativo extintivo,** que se exerce pela expedição do ato decretual declaratório da utilidade, ou necessidade pública.

O **decreto** de expropriação **é ato declaratório de conhecimento,** porque, por ele, o Poder Público declara o que vai desapropriar e indica qual a utilidade, ou necessidde pública. Implicitamente, há, também, **declaração** de que vai exercer aquele **direito formativo extintivo.**

Não se dá, pelo ato decretual declaratório da desapropriação, a perda da propriedade, o que seria contrário à Constituição Federal; há, só, nele, declaração de vontade estatal. Não há, assinale-se, **eficácia extintiva do direito de propriedade.** Via de consequência, o proprietário pode usar a coisa expropriante, inclusive, construindo. **Não fora assim, o ato declaratório da expropriação** eficacizaria **a perda da propriedade, antes da respectiva indenização, que há de ser prévia nos ter-**

mos do mandamento constitucional. Não há perda da propriedade, antes da indenização". (MINISTRO GONÇALVES DE OLIVEIRA – relator – RE n. 49.820 – **in** "Manual Prático das Desapropriações" – R. Limongi França – ed. 1976 – p. 303).

"Compra e venda posterior – Admissibilidade – Caducidade do decreto.

O fato de existir um decreto de desapropriação de determinado imóvel não impede seja ele alienado. **O simples fato de ser decretada a desapropriação não tira do comércio a coisa desse decreto"** (Apelação n. 7.998 – Trib. J.D. Fed. 6a. Câm.) **in** – Roberto Barcellos de Magalhães.

"ABUSO DO DIREITO DE DESAPROPRIAR"

Dando corpo a essas considerações, vamos encontrar no **acórdão** de 20.09.1954, proferido na Apelação n. 27.654, de que foi relator o Desembargador **MARTINHO GARCEZ NETO,** a enunciação de que "O proprietário que fica privado do uso de sua propriedade, ou de certa porção, dela, porque a Prefeitura não promove o processo regular de desapropriação, nem se torna efetiva pela indenização, tem direito de ter indenização pelos prejuízos sofridos, **com esse procedimento egoístico, caprichoso e anormal do poder público ou dos seus agentes".** (TEORIA E PRÁTICA DA DESAPROPRIAÇÃO – ed. 1968 – p. 91 – n. 21).

"Declaração de utilidade pública – atribuição discricionária do poder público.

A declaração de utilidade pública para fins de desapropriação **é,** sem dúvida, atribuição discricionária do Poder Público, e, por igual, **a** retratação.

O decreto de desapropriação não dá ao proprietário nenhum direito subjetivo. A desapropriação só se verifica, nos termos do Decreto-lei n. 3.365, de 1941, quando se faz o pagamento da quantia estabelecida, para, em seguida, se proceder a imissão de posse".

. . . . . .

(Teoria e Prática da Desapropriação – Roberto Barcellos de Magalhães – ed. 1968 – p. 70).

"19.10 – Ação de desapropriação para coagir o poder público e efetivar a desapropriação.

O desapropriado carece de direito para obrigar o desapropriante, por meio judicial, à execução da desapropriação.

A simples declaração de utilidade pública de um imóvel, e o conseqüente decreto de desapropriação, não pode ser tomado como ato de transferência do domínio. O proprietário continua a auferir-lhe os

proventos como dantes. Como afirma SEABRA FAGUNDES, "nos casos de caducidade na declaração, o Estado não chega a apropriar-se do bem, sem embargo da validade do ato declaratório durante cinco anos". ("Da Desapropriação no Direito Brasileiro" — p. 490, n. 487) in Teoria e Prática da Desapropriação — R.B. de Magalhães p. 73).

"O direito de construir — Efeitos em relação às construções levantadas posteriormente.

Inteligência do parágrafo único do art. 26 do Decreto-lei n 3.365, de 21 de junho de 1966.

A declaração de utilidade pública **não** opera a transferência da propriedade. Tem assim o particular o direito de construir no imóvel expropriado, não lhe assistindo, porém, direito de indenização pelas construções levantadas, uma vez efetivada a desapropriação.

A desapropriação como causa extintiva da propriedade particular é ato administrativo complexo, que se aperfeiçoa em várias etapas. . .

. . . . . .

É indubitável, pois, **que o simples decreto declaratório de utilidade pública do bem expropriando não tem efeito extintivo da propriedade. Nesta primeira fase do procedimento expropriatório não perde o particular o exercício dos principais poderes inerentes ao direito de propriedade, tais como a disposição do bem expropriado, o seu uso,** no qual se inclui indiscutivelmente o direito de construir".

. . . . . .

(Rec. Extr. n. 52.627 — SP. — Supremo Tr. Federal — 1a. T. Relator: Ministro EVANDRO LINS E SILVA) in "Teoria e Prática da Desapropriação" R.B. de Magalhães — p. 126 — n. 27-6).

. . . . . .

"Ora a desapropriação em si, isto é, a expedição do decreto de desapropriação não priva desde logo o proprietário da sua propriedade, nem mesmo cóloca o bem fora de comércio". (Ag. de Inst. 6.679, de 5a. Câmara, Relator Desembargador Ary Franco — confirmado pelo S.T.F. Ap. Cível n. 2.856, da 8a. Câmara — Relator, Desembargador AFRÂNIO COSTA) in "Teoria e Prática da Desapropriação" — R.B. Magalhães — p. 134 — **in fine)**

"DESAPROPRIAÇÃO — Urgência — Contagem do prazo — Termo inicial" —

A urgência para efeitos de desapropriação deve ser considerada a partir do instante em que foi pedida a imissão de posse provisória. Não importa que anteriormente já tivesse sido publicado o decreto expropriatório. O efetivo interesse público, que prevalece sobre o particular, atua a partir do pedido de posse e não a partir do decreto, **que**

apenas tem caráter normativo. (2a.T.A. Civ. S.P. — Ac. do Trib. Pleno, de 22.5.75) **in** "ADCOAS" — 1977 — p. 273 — n. 49084).

"DESAPROPRIAÇÃO — Transferência do domínio — Sub-rogação do adquirente" —

Sub-roga-se no direito à indenização o adquirente de bem objeto de desapropriação indireta, **porque só com a indenização se dá a transferência do domínio.** (S.T.F. — Ac. unân. da 1a. T. — RE: 86.078 — PR — 18.5.77) **in** "ADCOAS" 1978 — p. 1 — n. 54.299)".

"DESAPROPRIAÇÃO — Caducidade do direito expropriatório — Prazo.

Caduca em cinco anos o direito expropriatório se a ação de desapropriação não for intentada nos termos do art. 219 do C.P.C., isto é, se não houver a citação válida do réu. (R.J. RS — Ac. unân. da 2a. Câmara Civ., de 15.6.77) **in** "ADCOAS" p. 673 — n. 60.003).

14. De tudo isso resulta, que um decreto expropriatórios simplesmente manifesta a vontade do Poder Público de se apossar de um determinado bem particular. É a maneira legal de tornar pública essa intenção.

Esse ato administrativo, consoante as exposições doutrinárias bem como a orientação assentada em nossa jurisprudência, não é a desapropriação propriamente dita.

Com a publicação do decreto expropriatório, ainda, o Poder Público não adquire nem o direito de se imitir na posse da coisa apontada no mesmo decreto. Não transfere a posse e, por conseguinte, não afeta o domínio particular.

15. O direito do expropriante, com a publicação do decreto, só se limita ao previsto no art. 7o. do Decreto-lei 3.365, de 1941.

Por esse diploma legal cabe ao expropriante, unicamente, o direito de penetrar, a partir da data da declaração, **se for de utilidade pública,** nos imóveis nele mencionados com a finalidade de promover a coleta de elementos informativos necessários à determinação do valor da indenização.

Deve-se salientar que o levantamento desses elementos incluem a pesquisa social para determinar o nome dos proprietários, as benfeitorias e a área desapropriada, com o que se dá formação ao processo administrativo.

Então, isso, repita-se, não significa a existência do direito de ocupação.

É com o processo administrativo que o Poder Público oferece a oportunidade para um desenlace amigável da desapropriação ou se têm as condições básicas para a formulação do pedido judicial.

16. Portanto, enquanto não houver uma atividade administrativa atinente à consecução do decreto expropriatório não há que se falar em desapropriação. O imóvel indicado para ser transferido ao patrimônio público não foi alterado em sua essência privada.

Continua esse imóvel integrante do patrimônio particular, inatingível é o seu domínio, e o seu proprietário mantém, em toda sua dimensão e dinâmica, o direito de propriedade. Ele continua em pleno uso e gozo da coisa mencionada no ato expropriatório e com o direito de disponibilidade resguardado pelo texto consitucional.

O proprietário, encontrando o seu imóvel nessas condições, isto é, diante de um ato expropriatório não efetivado, concretizado, pode dispô-lo pela forma que melhor lhe convier. Não há desapropriação se não houver iniciativa prática do Poder Público em promover, realmente, o apossamento e a transferência definitiva do domínio do objeto indicado para a expropriação.

17. Mas, e referindo-nos às preleções feitas, esse apossamento ou imissão na posse provisória só se efetiva com o pagamento antecipado do valor atribuído ao objeto desapropriado, a título de indenização. Isto é, só poderá a Administração Pública ocupar o bem expropriado "mediante prévia e justa indenização em dinheiro" como manda a Constituição Federal no seu art. 153, § 22.

A lei, no entanto, abre uma exceção, quando, pelo caráter urgente da desapropriação, a administração Pública poderá, por acordo estabelecido com o expropriado ou, no pedido judicial, com depósito prévio do valor da indenização em dinheiro, solicitar em juízo essa imissão imediata.

18. Por outro lado, deve-se pôr em evidência que o ato expropriatório não gera direitos subjetivos para o desapropriado, vez que este não poderá exigir que o Poder Público cumpra o decreto de expropriação. Mas, também, não gera direitos ao expropriante com a publicação de tal ato no tocante à posse e ao domínio da coisa expropriada. Essa situação perdura, apesar da vigência do ato continuar pelo período de cinco anos, fixado nos termos do art. 10, do Decreto-lei n. 3.365, de 1941.

19. Destarte, aplicando essas lições dos nossos doutrinadores e tribunais à situação prática vertida para este processo, tem-se que:

I — o decreto n. 1.726, de 19 de setembro de 1979, publicado no Diário Oficial de 26 de setembro do mesmo ano, não foi efetivado, concretizado, até o momento;

II — a Administração Pública Estadual, tanto pela Secretaria da Indústria e Comércio, quanto pelo Goiásindustrial ou pelo DAIA,

manteve-se omissa, até o presente, na efetivação da desapropriação, apesar do caráter de urgência dado ao Decreto n. 1.726, de 1979;

III — os órgãos públicos estaduais não adotaram as medidas preliminares, básicas para a formação do respectivo processo administrativo, ponto inicial para o apossamento do imóvel da firma requerente e fixação do **quantum** indenizatório;

IV — a não existência de processo administrativo referente à informação social, física do imóvel, em referência, não oferece condições concretas para a formulação do pedido judicial e, por conseqüinte, o apossamento imediato do mesmo, para o cumprimento da "urgência" do decreto;

V — a ocupação atual do DAIA não envolve o imóvel da firma requerente, de acordo com o mapa retro exibido;

VI — o decreto 1.726, de 1979, não se constitui em instrumento legal para limitar o direito de propriedade exercido pela firma "VALOR — Empreendimentos Mercantis e Transportes Ltda.", a qual se encontra protegida pela Constituição Federal e demais leis;

VII — a firma proprietária do imóvel, apesar da vigência do Decreto 1.726, de 1979, poderá dele dispor na forma que melhor lhe convier, oferecendo-o para venda, troca, doação, arrendamento, hipoteca, vez que, consoante a lei, enquanto não houver indenização, o domínio do desapropriado presume-se exclusivo, absoluto e ilimitado;

VIII — o decreto 1.726, de 19 de setembro de 1979, é ato de vigência temporária, na forma prescrita no art. 10, do Decreto-lei n. 3.365, de 1941, devendo ser efetivado dentro de cinco anos, contados a partir da expedição do mesmo, tanto no campo administrativo quanto no judicial;

IX — o decreto 1.726, de 1979, caducará em 19 de setembro de 1984;

X — o imóvel da firma Requerente, caso esteja incluído naquele decreto, não poderá ser excluído, diante da natureza da lei expropriatória, que tem sua vigência assegurada por 5 anos.

Opinamos, com base no art. 10, do Decreto-lei 3.365, de 1941, pelo indeferimento do pedido de exclusão do imóvel de propriedade da firma VALOR — Empreendimentos e Transportes Ltda., do plano de expansão industrial do Estado, não cabendo, contudo, ao Estado de Goiás, por outro lado, face ao Decreto Expropriatório n. 1.726, de 19 de setembro de 1979, o direito de se opor à alienação do imóvel de propriedade da firma Requerente; portanto, tal pretensão, uma vez manifestada, se constituirá em uma violência ao direito de propriedade protegido pela Constituição Federal e demais leis pertinentes.

Caso acolhida a tese defendida neste parecer, sugerimos, ainda, que se comunique por ofício, aos órgãos estaduais responsáveis pela implantação do DAIA, a impossibilidade de o Estado de Goiás, diante da não efetivação daquele decreto expropriatório, até o presente, promover qualquer ato contrário à alienação do imóvel pertencente a firma VALOR – Empreendimentos Mercantis e Transportes Ltda., localizado no município de Anápolis.

É o parecer, S.M.J.

PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO, em Goiânia, 28 de julho de 1981.

DOAÇÃO – ALIENAÇÃO DA COISA DOADA – RESPONSABILIDADE DO DONATÁRIO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Parecer n. 1983/79
Autor: Izidoro Gomes Pereira da Silva
Procurador do Estado

1. O ilustre Oficial Substituto da 4a. Zona Imobiliária de Goiânia recebeu em seu Cartório, para registro, uma escritura pública de permuta, celebrada entre o Conselho Particular de Goiânia da Sociedade de São Vicente de Paulo e a firma Encol S.A., Engenharia Comércio e Indústria.

2. Esclarece, o serventuário da justiça, que o imóvel dado em permuta pelo Conselho é parte integrante de uma área maior de terras, recebida em doação ao Estado de Goiás, destinada à construção da Vila dos Pobres, em obediência à Lei n. 822, de 13 de novembro de 1953.

3. Consulta-nos, o zeloso Oficial Substituto, se o aproveitamento parcial da gleba de terras desobriga o restante da área para que o donatário possa dela dispor livremente ou se a cláusula onerosa obriga ao donatário o aproveitamento total da mesma.

4. Proposta a questão, nos termos acima, aguarda-se apenas o parecer desta Procuradoria, para processar-se no Cartório o registro da escritura de permuta, ou negar-se o procedimento solicitado pelos permutantes com a argüição da dúvida.

5. Mesmo impropriamente, porque não cabe aos códigos oferecerem conceitos, o art. 1.165, do Código Civil Brasileiro expressa, claramente, o que seja doação:

LOTEAMENTO URBANO: DOMÍNIO ÚTIL E DOMÍNIO DIRETO DOS BENS DE USO COMUM DO POVO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Parecer n. 4079/83
Autor: Izidoro Gomes Pereira da Silva
Procurador do Estado

1. Preliminarmente, deve-se ressaltar que o plano de urbanização da cidade de Goiânia, aprovado pelo Decreto-lei n. 90-A, de 30 de julho de 1938, traçado na planta do Setor Oeste, indica como espaço livre reservado para equipamento público (igreja) a área incrustada entre as ruas "K.., 21 e 23.

2. Partindo-se da ressalva legal acima, o Governo do Estado de Goiás sancionou a Lei n. 7.024, de 26 de junho de 1968, que dispôs sobre a doação da aludida área à Cúria Metropolitana de Goiânia, para nela se construírem Igrejas e Centros Educacionais.

3. É de nosso entendimento que a norma legislativa citada, retro, chocou-se com disposição constitucional, consubstanciada no inciso II, do art. 9o. da Carta de 1967, vigente à época, que dizia **in verbis:**

"Art. 9. — À União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:

I — Omissis.

II — estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o exercício ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de interesse público, na forma e nos limites da lei federal, notadamente no setor educacional, no assistencial e no hospitalar;

III — Omissis.

4. Por força desta vedação constitucional, da vigente Carta Magna, bem estendeu o insígne Procurador Geral do Estado em denegar a doação do terreno à Cúria Metropolitana de Goiânia, e o fez no funda-

mentado Despacho n. 160/72, exarado no Processo n. 02600/67-PGE, às fls. 93 **usque** 97, dizendo **in fine:**

"Assim, frente ao dispositivo constitucional, é vedado ao Estado doar a área de que trata a Lei n. 7.024/68".

5. Entretanto, indaga-se também, na oportunidade, a quem pertence o domínio da área, se ao Estado ou ao Município de Goiânia, em vista da legislação que regula o loteamento urbano.

6. O Parecer n. 358/83, prolatado pelo ilustre Procurador Jurídico, integrante dos quadros da respeitável Procuradoria Geral do Município, de fls. retro, elege a tese francesa do "concurso voluntário", como forma de transferência das vias e áreas livres dos loteamentos que, segundo suas conclusões, se efetiva pela simples aprovação do plano urbanístico, pela Municipalidade, em contraposição à tese da transferência "por destinação pública", acolhida pelo direito pátrio.

7. "Concessa venia", permitimo-nos discordar do aludido pronunciamento, por entendermos que tal teoria não tem abrigo no direito positivo nacional, pois não poderá se antepor às disposições federais vigentes que elegem, como maneira de transferência dos espaços livres constantes das plantas dos loteamentos, suas inscrições no Registro Imobiliário.

8. A doutrina e a jurisprudência pátrias ensinam-nos que o loteamento se completa, no mundo jurídico, pela inscrição do plano de urbanização no Registro Imobiliário, entendendo que a aprovação da prefeitura é mero **ato — condição** da inscrição do loteamento.

"O **ato-condição,** por si só não concretiza o negócio jurídico; possibilita, apenas, a sua realização, pelo **ato final** pretendido pelo interessado, na forma da legislação que rege a espécie" — (Hely Lopes Meirelles, **in** Direito Administrativo Brasileiro, 1964, p. 184).

9. A inscrição do loteamento (e não a aprovação da Prefeitura) produz consequências jurídicas diversificadas, dentre as quais: a transferência, por **destinação**, das vias e áreas livres para o domínio público do Município, — titular que é dos bens urbanos de uso comum do povo — consoante art. 3o. do Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, e, ainda, art. 4o., do Decreto-lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967.

10. Contrariando, de maneira mais veemente, as conclusões do parecerista municipal, o Decreto n. 3.079, de 15 de setembro de 1938, que regulamentou o Decreto-lei n. 58/37, exclui as pessoas jurídicas de direito público interno das obrigações e efeitos da lei civil dispositiva sobre o loteamento, explicitando em seu texto o seguinte:

"Art. 30 — O disposto neste decreto e Decreto-lei n. 58 não se

aplica à União, aos Estados, nem aos Municípios. Estes, porém, não poderão vender terras pela forma referida sem autorização prévia do Governo do Estado por lei especial".

11. Destarte, não se cogita aqui de se retirar da municipalidade a sua faculdade inalienável de gerir os **bens urbanos de uso comum do povo,** que por **destinação** passam ao seu domínio, quando da **inscrição** do loteamento.

12. Assim entendendo, e para suprir a carência da norma legal, que o desobriga da exigência da inscrição de seus loteamentos, o Estado de Goiás por sua administração constituída houve por bem em baixar a Lei n. 7.653, de 19 de junho de 1973, que transferiu **ao poder de disposição do Município de Goiânia os bens de uso comum do povo, existentes e que vierem a existir nos loteamentos urbanos feitos pelo Estado de Goiás, dentro dos limites territoriais do Município.** (com a redação dada pela Lei n. 7.875, de 23 de outubro de 1974).

13. É de notar, entretanto, que a disposição legal estadual, acima, somente tem forças para, por si só, transferir o **domínio útil** dos bens que especifica, sendo que a transferência do **domínio direto** far-se-á, apenas, após o registro do loteamento ou das áreas devidamente individualizadas, no Registro de Imóveis.

14 — Em conclusão, até que se proceda ao registro imobiliário especificado, não há que se falar em transferência do **domínio direto** das ruas e demais espaços livres para o Município, porque ela somente se opera quando estiver o loteamento devidamente registrado, que é o ato final do procedimento aprobativo, e a medida cogente para solução do impasse legal.

É o parecer **sub censura.**

PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO, em Goiânia, 12 de dezembro de 1983.

5 - TRABALHOS FORENSES

CONCESSÃO DE USO DE IMÓVEL – CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO DE IMÓVEL – A DECLARAÇÃO DE NULIDADE, PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DE SEUS PRÓPRIOS ATOS (APELAÇÃO VOLUNTÁRIA)

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 2a. Vara dos Feitos da Fazenda Pública Estadual
Escrivania da 2a. Vara dos Feitos da Fazenda Pública Estadual.

O ESTADO DE GOIÁS, pessoa jurídica de direito público interno, nos Autos de n. 176/84, da Ação de Consignação em pagamento em seu desfavor e proposta por M.C.D. e Outros, que tramita perante esse insigne Juízo, não se conformando, data vênia, com a respeitável sentença exarada por V. Exa., às fls. 106/109 dos autos, vem interpor o presente Recurso de Apelação para o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, na forma do art. 513 e seguintes do Código de Processo Civil, pelas razões apresentadas em anexo.

Requer, destarte, que V. Exa. se digne de admiti-lo e determinar o seu processamento na forma da lei, para os devidos fins de Direito e de Justiça.

P. Deferimento.

Goiânia, 16 de novembro de 1984.

RAZÕES DO APELANTE

EGRÉGIA CÂMARA:

"Depois da contestação, não é lícito ao réu deduzir novos fatos ou novos meios de defesa, tirante as exceções enumeradas no art. 303, isto é, que disserem respeito a direito superveniente, competirem ao juiz conhecer delas oficiosamente, e, por expressa disposição legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo". Everardo de Sousa, in "Do Princípio da Eventualidade

no Sistema do Código de Processo Civil", Editora Rio Bonito, p. 54).

I – DO CONHECIMENTO DE OFÍCIO

A faculdade expressa na norma processual (art. 303, inciso II – do C.P.C.) permite a qualquer interessado deduzir novas alegações quando é da competência do juiz conhecê-las e de seu dever pronunciá-las de ofício, consoante forma determinada pelo parágrafo único do art. 146, do Código Civil Brasileiro, que diz:

"Art. 146 – As nulidades do artigo antecedente podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único – Devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do ato ou de seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las ainda a requerimento das partes".

A nulidade, no dizer de **Planiol**, "é obra do legislador, tornando nulo o que foi feito, sem necessidade alguma de qualquer ação. O juiz não precisa nada julgar, pois é a própria lei quem lhe nega valor e eficácia..." (J.M. de Carvalho Santos – Código Civil Brasileiro Interpretado – 7a. ed., vol. III, p. 254).

Assim, não é preciso intentar-se uma ação para que seja declarada a nulidade de um ato. Entretanto, deverá o julgador constatar a nulidade e pronunciá-la quando conhecer do ato ou de seus efeitos.

O capítulo V, do Código Civil, que trata das nulidades, encabeçado pelo art. 145, enumera, de forma expressa, os casos em que são nulos os atos jurídicos, dizendo:

"Art. 145 – É nulo o ato jurídico:

I – Quando praticado por pessoa absolutamente incapaz.

II – Quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto.

III – Quando não revestir a forma prescrita em lei.

IV – Quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade.

V – Quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito".

Com fulcro em disposição casuística das acima enumeradas, o APELANTE afirma categoricamente que SÃO NULOS, DE PLENO DIREITO, OS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE USO REAL REMUNERADO COM OPÇÃO DE COMPRA E VENDA, CELEBRADOS ENTRE AS PARTES: O ESTADO DE GOIÁS, PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO INTERNO, COMO CEDENTE, e M.C.D. E OUTROS, COMO CONCESSIONÁRIOS, REFERENTES ÀS TERRAS INTEGRANTES DA 3a. ETAPA DO "PROJETO RIO FORMOSO", EFETIVADOS ATRAVÉS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO N. 2100-314/83 – SECRETARIA DO GOVERNO.

Esta afirmação baseia-se no fato narrado na Certidão anexa (Doc. n. 1) que dá conta de que foi desobedecida regra formal, exigida pela legislação pátria, para a efetivação de contratos de concessão de direito real de uso, tal como está no Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, sob o Título XII – Das Normas Relativas a Licitações para Compras, Obras, Serviços e Alienações – que engloba os artigos 125 a 144, destacando-se, por necessário, os arts. 126 e 143, que são assim redigidos:

"Art. 126 – As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação.

. . . . . .

Art. 143 – As disposições deste Título aplicam-se, no que couber, às alienações, admitindo-se o leilão, neste caso, entre as modalidades de licitação".

Demais, a Lei Federal n. 5.456, de 20 de junho de 1968, manda aplicar aos Estados as normas relativas às licitações, determinando enfaticamente em seu art. 1o. o seguinte:

"Art. 1o. – Aplicam-se aos Estados e Municípios as normas relativas às licitações para as compras, obras, serviços e alienações previstas nos arts. 125 e 144, do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências, atendidas as modalidades contidas nesta lei".

Ainda, antes mesmo da determinação expedida pela norma federal, o próprio Estado elegeu como princípio salutar de sua administração a exigência de licitação para a efetivação dos seus contratos, haja vista a Lei Estadual n. 6.722, de 5 de outubro de 1967, publicada no Diário Oficial n. 10.376, do dia 20 do mesmo mês e ano, que dispõe com clareza:

"Art. 1o. – Aplicam-se ao serviço público do Estado, inclusive aos órgãos da administração descentralizada, as normas e critérios relativos às licitações para compras, alienação de bens, execução de obras e obtenção de serviços, constantes do Título XII – art. 125 e 144 do Decreto-lei Federal n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, e, no que couber, os atos de sua regulamentação".

Sabe-se que a licitação é um procedimento administrativo obrigatório para a Administração Pública, onde seletivamente procura-se a melhor proposta para o contrato a ser efetivado, segundo os interesses públicos. Ela propicia aos interessados iguais oportunidades, atua como fator de moralidade e eficiência nos negócios administrativos. A licitação "realiza-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes — edital, verificação de idoneidade ou habilitação, julgamento e adjudicação — sem a observância dos quais é nulo o procedimento e o contrato subseqüente".

Neste sentido: Hely Lopes Meirelles, **in** Licitação e Contrato Administrativo, 3a. ed., p, 5/6; Antônio Marcello da Silva, **in** Contratações Administrativas, 1971, p. 53; Adilson Abreu Dallari, **in** Aspectos Jurídicos da Licitação, 1973, p. 70; Lúcia Valle Figueiredo, **in** Direitos dos Licitantes e Prerrogativas da Administração, 1977, p. 20 (cit. p/ Hely Lopes Meirelles — **in** Estudos e Pareceres de Direito Público III, 1981, p. 116).

E como, na contratação das concessões de uso das glebas da 3a. Etapa do "Projeto Rio Formoso", não se atentou para as exigências legais que o procedimento requeria, tem-se, inevitavelmente, que os aludidos contratos que estão relacionados na Certidão anexa (Doc. n. 1), dentre os quais se incluem os contratos firmados com os consignantes M.C.D. e Outros, objetos da presente Ação de Consignação, **são nulos de pleno direito.**

O ilustre administrativista e sempre citado Hely Lopes Meirelles preleciona que:

> "A concessão de direito real de uso, tal como ocorre com a concessão comum, depende de lei autorizativa e **de concorrência prévia,** admitindo-se a dispensa desta quando o beneficiário for concessionário de serviço público ou entidade assistencial, ou, ainda, quando houver relevante interesse público — (Direito Administrativo Brasileiro, 4a. ed., p. 482).

De resto, induvidosamente, as nulidades de pleno direito são de ordem pública e contém vícios insanáveis e, portanto, nenhum efeito produzem como atos nulos, daí observar Serpa Lopes que "o ato nulo surge como se nunca existido — **non valet**", (Curso de Direito Civil, vol. I, 1953, p. 315), e, o mestre Rui Barbosa, **in** Obras Completas, vol. 25, p. 343, Tomo IV, "Trabalhos Jurídicos", maximiza: **Quod ab initio nullun est, nullun in jure producit effectum.**

Do exposto, desejando o APELANTE ver declarada judicialmente a nulidade dos contratos de concessões de uso real de bens imóveis do patrimônio público estadual, celebrados ao arrepio da legislação es-

pecífica, dirige-se a essa nobre Corte de Justiça para que seja pronunciada a nulidade dos atos que foram firmados com M.C.D., E.C.D., A.R.P.F. e I.M.A., de fls. 5 **usque** 27 destes autos, para que surtam os efeitos previstos no art. 158 do Código Civil, retornando-se à situação **"ante acta"**, em que as partes se encontravam.

II — DO DIREITO SUPERVENIENTE

O inciso I do art. 303, do Código de Processo Civil, permite também o conhecimento por parte do judiciário, em qualquer fase ou instância, das alegações pertinentes ao direito superveniente, no qual o APELANTE se arrima, para **"in eventum"** serem apreciadas.

Assim é que o fato superveniente e gerador de direitos consubstanciou-se no Decreto n. 2.414, de 3 de outubro de 1984, onde o Senhor Governador do Estado houve por bem em declarar nulos, de pleno direito, os contratos de concessão de uso real, com pacto adjeto de compra e venda, celebrados pelo Estado de Goiás, como cedente, e diversos cessionários, dentre os quais figuram os consignantes M.C.D., E.C.D., A.R.P.F. e I.M.A. (Doc. n. 2).

De conformidade com as Súmulas 346 e 473, da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal:

> 346 — "A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos".
>
> 473 — "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, por que deles não se originam direitos ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Na verdade, busca o APELANTE, junto a esse emérito colegiado, de conformidade com o sumulado, o reconhecimento do direito de que a administração pode anular seus próprios atos, quando constituídos em afronta aos mais comezinhos princípios legais e de moralidade administrativa, lesivos aos interesses públicos, como se demonstrará a seguir:

Os aludidos contratos (Fls. 5/27) foram ajustados sob a égide do Decreto-lei Federal n. 271, de 8 de fevereiro de 1967, que está a prever a concessão de uso de terreno público, como direito real resolúvel e para fins determinados, estabelecendo, com propriedade, no § 2o., do seu art. 7o., que desde a inscrição da concessão de uso, no Registro de Imóveis, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato.

É público e notório que os citados contratos não chegaram a ser registrados no Cartório Imobiliário da Comarca competente, por força de Ação Popular intentada por terceiro e, portanto, tais contratos não geram quaisquer direitos aos contratantes que não adquiriram, na forma da lei (Decreto-lei n. 271/67), o direito de usufruir dos terrenos que lhes foram concedidos de forma precária.

No dizer dos mais abalizados doutrinadores e aplicadores do direito, os referidos contratos de concessão de uso real são de ordem pública, hajam vistas as opiniões de:

— Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, 1964, p. 445:

> "A concessão de uso é um contrato administrativo através do qual o Poder Público cede a utilização de um bem de seu domínio, a um particular, para que dele se sirva de acordo com o fim a que está destinado e no interesse público, mediante remuneração ou a título gratuito".

— Benjamin Villegas Basalvibaso, in Derecho Administrativo, 1954, vol. IV, p. 223:

> "Como todo contrato administrativo, a concessão de uso de bens está sujeita, na sua estipulação e execução, aos princípios de direito público e as normas administrativas que regem os ajustes entre o particular e a Administração".

— Diogo de Figueiredo Moreira Neto, in Curso de Direito Administrativo, 3a. ed., p. 264/65:

> "É a modalidade contratual, de Direito Público, em que a Administração transfere a posse de um bem público a um particular para que este o utilize no interesse público. Com a advertência desse texto, firmou-se, entre nós, a corrente que reconhecia a categoria dos direitos reais administrativos...".

— J. Cretella Júnior, in Bens Públicos, 2a. ed. p. 285:

> "Não obstante a concessão de uso de bem público apresente muita semelhança com o instituto paralelo da locação civil, regida pelo direito privado, de maneira alguma com este se identifica, porque a locação civil é regida por princípios privatísticos, ao passo que a permissão de uso, por princípios de direito público".

— Raimundo Nonato Fernandes, in Revista de Direito Administrativo, ed. FGV, vol. 119, p. 1/11:

> "A concessão de terrenos para fins de urbanização, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social é definida como contrato administrativo, de que decorre um direito real resolúvel (Decreto-lei n. 271, art. 7o., § 1o.)".

Assim, parafraseando os insígnes juristas citados, pode-se afirmar que as concessões de uso de terrenos são contratos, que a Administração firma com o particular, para a consecução de objetivo de interesse público, tal como para o cultivo da terra, nas condições almejadas pela própria Administração, onde a finalidade e o interesse público devem estar sempre presentes sob pena de nulidade.

É entendimento remansoso na doutrina e jurisprudência pátrias, o sentido da supremacia de poder do Estado, devido à característica do contrato administrativo que lhe permite prerrogativas próprias e exorbitantes do direito comum, tais como alterar e rescindir o contrato de forma unilateral, como, aliás, ensina o mestre Hely Lopes Meirelles, em sua obra "Estudos e Pareceres de Direito Público, tomo III, ed. Revista dos Tribunais, 1981, p. 374:

> "O que tipifica o contrato administrativo, distinguindo-se dos ajustes privados, é a participação da Administração na relação jurídica **com supremacia de poder**, privilégio que lhe permite impor as chamadas **cláusulas exorbitantes do direito comum** e lhe outorga a faculdade de **alterar e rescindir unilateralmente o contrato**, nos limites exigidos pelo interesse público".

Em idêntico sentido: — "Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo — Presidente: Cardoso Rolin e Relator: Tomaz Rodrigues Pacheco de Mattos — in Apelação Cível n. 245.208, de São Carlos — 7.10.75, R. J. do T.J.S.P. — vol. 88 — 106: Ementa — Concessão de uso de bens e de serviços da administração pública — Rescisão dessa concessão com a transferência dos mesmos bens e serviços ao patrímônio de fundação municipal — Conveniência Administrativa que justifica a referida rescisão — Prossessória julgada procedente;

. . . . . .

"A rescisão da concessão de uso pode efetivar-se por iniciativa do Poder Público, por ato unilateral da administração, mesmo contra a vontade do concessionário, ensina Cretella Júnior (Ob. cit. p. 174): basta para isso que ocorra conveniência administrativa, como na hipótese dos autos;

. . . . . ".

Desde que foram relegadas as normas legais regedoras da espécie na celebração dos contratos de concessão do uso, esses instrumentos ficaram eivados de vícios que os macularam até a nulidade absoluta,

principalmente na falta da competente licitação, que por si só basta à invalidade do ato.

"A concessão de direito real de uso, tal como ocorre com a concessão comum, **depende** de lei autorizativa e de **concorrência prévia,** admitindo-se a dispensa desta quando o beneficiário for concessionário de serviço público ou entidade assistencial, ou ainda, quando houver relevante interesse público". (Hely Lopes Meirelles, **in** Direito Administrativo Brasileiro, 4a. ed. p. 482).

Do que foi exposto, o APELANTE pretende que esse Egrégio Tribunal de Justiça reconheça a validade do ato declaratório de nulidade — Decreto n. 2.414/84 (Doc. n. 2) — dos Contratos de Concessão de Uso Real com pacto adjeto, celebrados com pessoas físicas ou jurídicas que especifica, segundo os seus próprios fundamentos, para que surtam os jurídicos e legais efeitos, na forma do art. 158 do Código Civil Brasileiro.

III — DA SENTENÇA APELADA

A sentença proferida pelo meritíssimo juiz **a quo,** exarada às fls. 106 **usque** 109 dos autos, está a merecer reparos quanto ao fato de que seu ilustre prolator, embora fazendo referências às nulidades insanáveis apresentadas pelo contestante, delas não conheceu, como lhe competia, nos termos do art. 146 do Código Civil Brasileiro, haja vista o trecho de sua decisão que se transcreve:

"Acontece que, para o efeito de argumentação, admitindo os contratos questionados como portadores das anormalidades alinhavadas na peça de defesa, todavia, até a presente data, ainda não foram considerados imprestáveis, não foram julgados nulos, sem nenhum efeito jurídico, o que se presume que devem obrigar às partes contratantes, inclusive, gerando os seus direitos e obrigações.

É verdade, do contexto probatório, ressalta-se que M.O.M., com base no artigo 153, § 31, da Constituição da República, e Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, **ajuizou uma ação popular em desfavor do Estado de Goiás, visando a proibição de atos alienativos das terras que integram a terceira (3a.) etapa do "Projeto Rio Formoso".** (O grifo é nosso).

Como se vê, providência alguma foi tomada no sentido de invalidar os contratos firmados. E, até serem declarados nulos e reconhecida a imprestabilidade, devem eles, contratos, serem

considerados válidos, tendo, em consequência, eficácia jurídica, sendo lei entre as partes contratantes".

Ademais, estando os contratos de concessão de uso **sub judice,** com o gravame de uma liminar concedida **pelo mesmo juízo** desta causa (fls. 82/83), nos autos da Ação Popular proposta por M.O.M., e sobre a qual se referiu o ilustrado prolator — "visando a proibição de atos alienativos das terras que integram a terceira (3a.) etapa do "Projeto Rio Formoso", laborou em engano quando permitiu a consignação requerida pelos APELADOS, em visível desobediência aos princípios basilares do direito, o que vem invalidar, por vício de procedimento, a veneranda sentença recorrida.

Manifestando o APELANTE o seu desacordo com os termos da sentença, pede a sua reforma, para que esse Egrégio Tribunal, considerando as preliminares arguidas e restabelecendo o direito, haja por bem proclamar nulos os contratos celebrados com os ora APELADOS, M.C.D., E.C.D., A.R.P.F. e I.M.A., e, assim, de rejeitar a decisão recorrida, condenando os autores às cominações da lei, por ser de inteira

Justiça!

Goiânia, 16 de novembro de 1984.

IZIDORO GOMES PEREIRA DA SILVA
Procurador do Estado

ENALDO DE CARVALHO
Procurador do Estado

DENUNCIAÇÃO À LIDE DO ESTADO DE GOIÁS POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – NEGAÇÃO E IMPROCEDÊNCIA DA QUALIDADE DE DENUNCIADO (CONTESTAÇÃO)

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara de Falência, Concordatas e Cível da Comarca de Goiânia, Estado de Goiás.

O ESTADO DE GOIÁS, pessoa jurídica de direito público interno, nos Autos n. 412/84, da Ação Ordinária de Cobrança, proposta por SETA – Serviços de Engenharia e Terraplanagem e Administração Ltda., contra o Banco do Estado de Goiás S.A., denunciado à lide pelo réu, comparece, por intermédio do Procurador do Estado que esta subscreve, à digna presença desse juízo para negar a qualidade que lhe foi atribuída de responsável pelo ato praticado pelo denunciante e obrigado ao ressarcimento das perdas e danos que, porventura, este vier a sofrer em virtude de condenação neste processo; fazendo-o pelos fatos e fundamentos jurídicos legais a seguir:

I – O FATO

A questão **"sub-judice"** nestes autos gira em torno do ato praticado pelo denunciante, de estorno da importância de Cr$ 173.600.155,73 (cento e setenta e três milhões, seiscentos mil, cento e cinquenta e cinco cruzeiros e setenta e três centavos) da Conta Corrente n. 054.333.1, junto à Agência da Praça Cívica – Posto Centro Administrativo, da firma SETA – Serviço de Engenharia e Terraplanagem e Administração Ltda. autora da ação de cobrança e crédito de idêntica quantia à Conta Corrente n. 070.001.1 do Tesouro Estadual, no mesmo estabelecimento bancário.

II – DA DENUNCIAÇÃO DA LIDE

Com a frágil alegação – ainda que pareça incrível – não provada nos autos, de que agiu a mando do Estado de Goiás e do Departamento de Estradas de Rodagem de Goiás – DERGO (sic) e que teria, por este

motivo, direito regressivo contra os mesmos, o praticante do ato, tido como danoso à firma autora do pedido prestacional, procedeu a denunciação à lide das aludidas pessoas jurídicas de direito público interno.

"Ad argumentandum tantum", mesmo se houvesse uma ordem para a prática do "virement", tal mandatício seria, caracteristicamente, inexistente, por falta de elemento essencial e indispensável à sua constituição e validade, qual seja a capacidade especial de ordenar a prática do referido ato. E, de consequência, não se configurando juridicamente, o ato seria simples fato sem existência no mundo da lei e do direito.

III – DA NEGATIVA DA DENUNCIAÇÃO

O presente denunciado opõe-se à denunciação pretendida pelo réu, porque não preenche os requisitos legais para integrar a lide, conforme irá demonstrar no bojo desta peça contestatória.

IV – DA RESPONSABILIDADE PELO ATO

Como se depreende do processado, o ato praticado pelo denunciante foi um ato voluntário e unilateral, e para o qual jamais concorreu este denunciado, que, portanto, não poderá ter responsabilidade pela sua prática e, consequentemente, responder pelos seus efeitos.

Traz ínsito o art. 159 do Código Civil Brasileiro que a responsabilidade civil é consequência da culpa do agente, não existindo a responsabilidade sem culpa, pois que o nosso Direito não admite a responsabilidade puramente objetiva, resultante do mero fato danoso.

Diz o artigo referido, acima, que quem violar o direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano, delineando o princípio geral da doutrina de que a culpa do agente é que estabelece os efeitos da sua responsabilidade civil.

O ilustre civilista Carvalho Santos, em sua sempre citada obra "Código Civil Brasileiro Interpretado", ensina-nos às fls. 323, do Tomo III, 7a. edição que:

> "Se a responsabilidade pudesse derivar simplesmente do fato danoso ou prejudicial, o homem se reduziria – já observou alguém – a uma inatividade perfeita e a uma imobilidade de estátua. Para que ele seja forçado ao dever de reparar, não basta que de seu ato se origine prejuízo a outrem.
>
> Torna-se necessário, ainda, que tenha agido com **culpa.**
>
> Sem fato ilícito e imputável ao agente não há responsabilidade. A evolução do Direito desenhou-se claramente nesse sentido".

Assim, pode-se concluir que são condições essenciais para a configuração da responsabilidade de alguém, por determinado ato:

a) – que o ato seja ilícito;
b) – que lhe seja imputável;
c) – que o ato seja danoso a outrem.

Como facilmente se depreende dos autos, o denunciado não praticou e nem concorreu para a prática de qualquer ato de tais características, não sendo, portanto, responsável pela obrigação prestacional exigida por intermédio da presente ação de cobrança por ato praticado pelo denunciante – e somente por ele possível de ser praticado – devido ser um ato de gestão que somente por vontade do primeiro agente pratica-se na administração da coisa alheia, não se estendendo seus efeitos a outrem, que não tenha capacidade sequer para ordenar a sua execução.

V – DA ILEGITIMIDADE PASSIVA

O artigo 3o. do Código de Processo Civil explicita, com clareza que:

> **"art. 3o.** – Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade".

Comentando a norma retrocitada os doutrinadores pátrios são unânimes em afirmar que não estando presentes, simultaneamente, as três condições da ação –

a) – possibilidade jurídica do pedido,
b) – interesse de agir,
c) – legitimidade para a causa –

não há como se residir em juízo, seja no pólo ativo ou passivo da demanda.

Do que foi exposto retro, considerando o fato relatado neste processo, tem-se como evidente a ilegitimidade **"ad causam"** do denunciado para nele figurar, pois que não poderá ser afetado pela sentença, porque não concorreu por nenhuma forma para que o evento se efetivasse; assim sendo, quando o juiz proferir a sua sentença, esta não poderá atingir válida e eficazmente ao denunciado.

O ilustre processualista Arruda Alvin, in Código de Processo Civil Comentado, Editora Revista dos Tribunais – 1978, vol. 1o., p. 282, é meticulosamente explicativo quanto ao requisito necessário e suficiente para que se estabeleça a legitimação **ad causam** de alguém, ou seja, apenas quando este poderá ser atingido pelos efeitos da sentença:

> "O problema da legitimação **"ad causam"** é explicável como sendo a atribuição, por lei ou pelo sistema, do direito de ação,

ao autor, bem como, de outro lado, a sujeição do réu aos efeitos jurídico-materiais, decorrentes da sentença, que haja por bem julgar a ação. A legitimação **"ad causam"** desta forma, está diretamente ligada à circunstância de os legitimados **"ad causam"** serem os que suportarão os efeitos oriundos da sentença, sejam-lhes estes, favoráveis, ou não.
Legitimados **"ad causam"** são os que são validamente atingidos pelos efeitos da sentença e sujeitos à coisa julgada".

Assim, pois, repete-se, como o denunciado deverá suportar os efeitos de uma condenação por perdas e danos, se não se poderá imputar-lhe a responsabilidade pela prática do ato danoso? Daí a sua ilegitimidade **"ad causam"**, para figurar passivamente no processo instaurado.

Também, deve-se levar em consideração a ilegitimidade processual do denunciado, pois que, da própria configuração da pretensão do denunciante, avulta de forma clara e precisa a impropriedade da denunciação da lide, considerando que para cada tipo de ação há de se levar em consideração o interesse processual presente.

Pode-se afirmar, recorrendo-se ao mestre José Manoel de Arruda Alvim, em sua obra citada anteriormente, p. 289, que:

> "A legitimidade, comumente, é aferida da atribuição, ou não, a alguém, de direito de ação, diretamente ou não, tendo em vista uma relação jurídica possivelmente subjacente entre as partes, assim, exemplificativamente, a jurisprudência tem entendido que a vítima de ato ilícito não tem direito de ação, diretamente, contra o segurador do responsável do dano (TJGB, RF 209/164). Conquanto em última análise, comumente, seja o segurador responsável economicamente, pelo evento ilícito, não é admissível à vítima, cobrar-lhe diretamente, **pois que as relações da vítima, existem, exclusivamente, com o que praticou o ato ilícito** (o grifo é nosso).

Há similitude com o caso **sub judice,** onde o agente, praticante do "virement", foi precisamente o denunciante e portanto este é que deverá, exclusivamente, submeter-se aos efeitos da sentença a ser prolatada, não havendo nenhuma razão para a formação de um litisconsórcio, envolvendo, também, o denunciado.

Do exposto, por ser parte ilegítima para figurar no processo, na condição de litisconsorte passivo, vem, na oportunidade, negar a qualidade que lhe foi atribuída, requerendo, destarte, seja julgada improcedente a denunciação da lide e, não determinada a integração do denunciado à relação jurídica processual, por ser de direito e de justiça.

N. Termos
P. Deferimento.
Goiânia, 8 de janeiro de 1985.

IZIDORO GOMES PEREIRA DA SILVA
Procurador do Estado

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA FEITA POR AUTARQUIA ESTADUAL – SEM DELEGAÇÃO DO PODER EXECUTIVO, A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS NÃO SOLIDARIZA A ADMINISTRAÇÃO DIRETA (INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO).

Exmo. Sr. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

O ESTADO DE GOIÁS, pessoa jurídica de direito público interno, pelo Procurador do Estado infrafirmado, comparece à digna presença de V. Exa. para interpor, tempestivamente, RECURSO EXTRAORDINÁRIO para o Supremo Tribunal Federal, com fulcro no art. 119, alíneas "a" e "d", da Constituição da República Federativa do Brasil, na forma dos arts. 541 e seguintes do Código de Processo Civil, combinados com os arts. 321 e seguintes do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, contra o Venerável Acórdão da 1a. Câmara Cível, desse Egrégio Tribunal de Justiça, datado de 8 de novembro de 1984, nos autos da Apelação Cível n. 13.036, da Comarca de Goiânia que teve como apelante L.L. e sua mulher e apelado este recorrente – que reformou a sentença de 1a. instância que lhe havia sido favorável; e o faz, segundo os fatos e o direito que lhe assiste, com a devida exposição dos fundamentos jurídicos do pedido de reforma da decisão atacada, pela forma seguinte:

O FATO E O DIREITO PRÉ-QUESTIONADO

L.L. e sua esposa N.A.L. propuseram contra o recorrente uma ação ordinária de indenização, por desapropriação indireta, por ato praticado pela autarquia estadual Departamento de Estradas de Rodagem – DERGO, em desfavor do patrimônio dos autores.

Contestando a ação, preliminarmente, foi alegada a ilegitimidade do recorrente para figurar no pólo passivo de relação processual, por força do disposto no **art. 3o. do Código de Processo Civil**, que exige interesse e legitimidade para residir em juízo.

O que, evidentemente, não é possível configurar-se, devido ao fato de que o DERGO, autarquia estadual, criada pela Lei n. 1.370, de 9 de novembro de 1956, na definição precisa do **art. 5o., do Decreto-lei Federal n. 200, de 25 de fevereiro de 1967,** é uma entidade autônoma, dotada de personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, com gestão administrativa e financeira descentralizada.

Afirmou-se, na oportunidade, que sendo a autarquia uma individualidade expressa, em forma de pessoa jurídica de direito público interno, é civilmente responsável por seus atos, de conformidade com a expressiva redação do art. 107 da Constituição Federal e 159 do Código Civil Brasileiro.

O Meritíssimo Juiz da instância singela houve por bem, em brilhante sentença proferida às fls. 67/67v. dos autos, reconhecer a validade das alegações do R. e decidir pela extinção do processo, na forma do art. 329, combinado com o art. 267, VI, ambos do Código de Processo Civil.

Inconformados, os AA. apelaram da decisão para essa Egrégia Corte Estadual, requerendo a sua reforma, e que, conhecendo do recurso, deu-lhe provimento, para cassar a sentença e ordenar o prosseguimento da ação contra o Estado, ora recorrente.

Do exposto, o Estado de Goiás, não se conformando com as conclusões do Venerando Acórdão da 1a. Câmara Cível desse Colendo Tribunal, interpõe o presente recurso extraordinário contra tal decisão, por entender que:

a) — contraria dispositivo constitucional em vigor;
b) — nega vigência à lei federal;
c) — deu à lei federal interpretação divergente da ótica de outros tribunais, inclusive, do Supremo Tribunal Federal.

— ACÓRDÃO RECORRIDO —

EMENTA — Desapropriação indireta — Indenização — entidade pública responsável. Compete a desapropriação por utilidade pública, ao Estado.
E somente mediante autorização expressa, constante de lei, pode a autarquia promover desapropriação (art. 3o., DL. 3.365/41). Logo, se em abertura de estrada a autarquia não age a seu talante, mas a serviço do Estado, executando seu plano rodoviário, é este e não aquela o titular do interesse para responder à pretensão insatisfeita do autor, devendo figurar no pólo passivo da ação de indenização por desapropriação indireta.
Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível n. 13.036, da Comarca de Goiânia, em que são apelantes L.L. e s/m e apelado o Estado de Goiás.
O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em sessão de sua 1a. Câmara Cível, pelos integrantes do 4o. Grupo Julgador, em votação convergente, conheceu do recurso, por próprio e atempado, e deu-lhe provimento, para cassar a sentença e ordenar que o processo tenha normal prosseguimento contra o Estado de Goiás, nos termos do voto do relator, lido na assentada do julgamento, que a este se integra, e bem assim o relatório retro.
Tomaram parte no julgamento, além do relator, os eminentes Desembargadores Ulderico Geraldo Rodrigues, que o presidiu, e Messias de Souza Costa".
Goiânia, 8 de novembro de 1984.
Ass. Des. Ulderico Geraldo Rodrigues
Presidente
Des. Júlio Resplande de Araújo
Relator".

OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO

I — OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

"Art. 107 — As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros". (Contituição 1969). (Artigos correspondentes: 105 da Constituição de 1967 e 194 da Constituição de 1946).

O Acórdão impugnado, não reconhecendo a responsabilidade civil de uma entidade autárquica — DERGO — contrariou dispositivo constitucional vigente, expresso no art. 107, retro citado, que sustenta que as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que causaram a terceiros.

Ao contestar a presente ação, o recorrente em fls. 30/05 da peça (fls. 35 a 37 dos autos) e nas razões do apelado, em fls. 03/04 (fls. 93/94 dos autos) já reafirmava categoricamente aquele preceito, embasado nas afirmações de mestres do direito, como Celso Antônio Bandeira de Mello:

"....

Em face do exposto fica claro que a obrigada, a responsável pe-

los danos a terceiros é, antes de mais nada, a autarquia. As obrigações que assume e a responsabilidade por lesões derivadas de fatos seus, recaem sobre ela mesma, **pois se trata de pessoa jurídica (art. 105 da Constituição de 1967)"** (C.A.B.M. in Natureza e Regime Jurídico das Autarquias, Ed. RT, p. 465/466) — (grifamos).

Em consonância com a doutrina, a jurisprudência do Pretório Excelso tem entendido de idêntico modo:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 34.836 — União versus — Leopoldina Selma Coelho e outros.

Relatório do Sr. Ministro Afrânio Costa — Relator.

"O venerando acórdão recorrido, a toda sorte, dando acolhida à pretensão dos autores, nos moldes em que fora formulada, isto é, sem excluir da condenação a recorrente, que na causa deveria intervir como mera assistente, sem o caráter de litisconsorte, deixou à margem, "data venia", o disposto no art. 194 da Carta Magna, segundo o qual "as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros".

Ora, sendo o I.P.A.S.E., sem sombra de dúvida, uma autarquia, com personalidade jurídica própria e administração separada, paraestatal, somente ao mesmo poderia caber, eventualmente, qualquer responsabilidade pela reparação de supostos prejuízos causados aos autores".

Voto.

Conheço do recurso e dou provimento para julgar a ação improcedente contra a União. Todas as vezes que falou no feito, a União declarou que o assunto interessava ao I.P.A.S.E., autarquia, isto é, pessoa de direito público, de constituição autônoma, nos termos da lei. Não deve, assim, responder a União pelas irregularidades ou ilegalidades eventualmente praticada pela Administração da Autarquia. Esta, aliás, ao que parece, conformou-se com a decisão do Tribunal Federal de Recursos.

Como consta da ata a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso e lhe deram provimento. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos etc.

Acordam os juízes da 2a. Turma do Supremo Tribunal Federal,

à unanimidade, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento, conforme o relatório e notas taquigrafadas.

Custas pela recorrida.

(R.F. 194/163 e RDA 59/333).

II — NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL

"Decreto-lei n. 200 — 25 de fevereiro de 1967. Art. 5o. — Para os fins desta lei, considera-se: I — Autarquia — o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada".

"Código Civil —

Art. 159 — Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

Código de Processo Civil.

Art. 3o. — Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade".

O dispositivo legal acima, que define o que seja autarquia, conceituando-a como uma pessoa jurídica de direito público interno, com personalidade própria independente de seu criador e, apenas, vinculado a este, não deixa dúvida quanto à independência de sua gestão, que no dizer do insigne publicista Hely Lopes Meirelles, em sua festejada obra Direito Administrativo Brasileiro, 4a. edição, p. 310, não admite nem mesmo subordinação hierárquica para com a entidade estatal. (transcrito às fls. 05/06 das razões do apelado — fls. 95/96 dos autos).

De consequência, assim não entendendo, a decisão recorrida não aceitou como válido o conceito de autonomia de que goza a entidade autárquica, negando vigência à lei federal. Decreto-lei 200/67 — que a define como pessoa jurídica de direito público interno. Conceito, aliás, jamais questionado pela doutrina e jurisprudência pátrias consoante afirma o ilustre autor linhas atrás citado, Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua referida obra, às fls. 313:

> "A jurisprudência dominante tem sustentado que as autarquias, dispondo de patrimônio próprio, respondem individualmente por suas obrigações e sujeitam-se aos pagamentos a que forem condenadas, sem responsabilidade das entidades estatais a que pertencem.".

Corroborando com a afirmação supra, o Supremo Tribunal Federal tem apreciado Recursos Extraordinários, onde autarquias esta-

duais aparecem como sujeitos passivos das obrigações decorrentes de desapropriação indireta devido a atos por elas praticados, dentre os quais, os seguintes:

1. R.E. n. 64.620 – SP – Tribunal Pleno
Relator: o Sr. Ministro ALIOMAR BALEEIRO.
Recorrentes: TEREZA MARIA RODRIGUES AFONSO e outros.
Recorrido: DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM.
– R.T.J. – 51/313 –

2. R.E. n. 63.998 – SP – 1a. Turma
Relator: o Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro
Recorrente: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo.
Recorrido: José Emílio Pinto Nastri
– R.T.J. – 47/679.

Embargos no R.E. n. 52.441 – SP (Tribunal Pleno).
Relator: o Sr. Ministro Thompson Flores
Embargantes: Marcos Evangelista da Silva e outros.
Embargado: Departamento de Estradas de Rodagem.
– R.T.J. 531/295.

Configura-se, deste modo, a negativa de vigência, também, do art. 159, do Código Civil, vez que o Venerando Acórdão afrontado, diferentemente do que preceitua a referida norma, exonera da culpa e da responsabilidade o sujeito da ação danosa.

Demais, por sua vez, feriu-se mortalmente o preceito do art. 3o. do Código de Processo Civil, negando-lhe vigência, e que exige:

"Deve ser parte da relação processual, para ser parte legítima, quem é sujeito da pretensão ou **o sujeito da prestação".** (José Joaquim Calmon de Pessoa, **in** Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, p. 208). (grifo nosso).

III – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

Seguramente, que à tese esposada no Venerando Acórdão recorrido, o recorrente aponta entendimentos divergentes de outros tribunais e, sobretudo, da mais alta Corte de Julgamento do país, que apresentam soluções adequadas à espécie dos autos e que projetam ensejo à reforma daquela decisão.

A interpretação dada pelo Egrégio Tribunal **a quo** às leis federais, no caso "sub-judice"' ocasionou de forma clara e insofismável violento dissídio de interpretação, que colide com as que o recorrente ofereceu para o devido confronto.

A decisão apontada afirma categoricamente que o sujeito passivo, responsável diretamente para responder à indenização por desapropriação indireta, não é a própria pessoa jurídica que **praticou** o ato e sim a que contratou seus serviços para executar a obra, **a** quem não foi delegado poder para a desapropriação.

Haja vista a parte final do Acórdão recorrido e transcrito, por inteiro, em linhas retro:

"....

Logo, se em abertura de estrada a autarquia não age a seu talante, mas a serviço do Estado, executando seu plano rodoviário, é este e não aquela o titular de interesse para responder à pretensão insatisfeita do autor, devendo, portanto, figurar no pólo passivo da açãode indenização por desapropriação indireta".

Opõe-se a essa interpretação aquela das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Paraná que julgando o Recurso de Revista n. 38/71 de Curitiba, onde aparece como Recorrente o DER do Paraná e, Recorridos, Amadeu Tonin e sua mulher, optou pela nenhuma dúvida quanto a responsabilidade do órgão executor pelos ilícitos civis praticados.

"DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – Responsabilidade do órgão executor.

Faixa Rodoviária – Ocupação de terreno pelo DER do Paraná – Poderes não delegados a este pelo DNER – Recurso de revista indeferido.

– O DNER jamais delegou ao DER do Paraná poderes para fazer desapropriação indireta de faixa rodoviária. Assim, somente o órgão executor é responsável pelos ilícitos civis praticados contra os proprietários marginais". (RT, 459/181).

Também divere da orientação modulada pelo Acórdão recorrido a manifestada pelo Supremo Tribunal Federal, consubstanciando sua jurisprudência no Recurso Extraordinário n. 75.497, oriundo do Paraná, **in** – Revista Trimestral de Jurisprudência n. 66, outubro/dezembro de 1973, que confirma o mesmo entendimento do Tribunal do Estado do Paraná e contraria a decisão da 1a. Câmara Cível do Egrégio Tribunal deste Estado.

"Recurso Extraordinário n. 75.497 – PR
(Primeira Turma)
Relator: o Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro
Recorrentes: Olívio Gutierrez e sua mulher
Recorrido: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná.

– DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – Responsabilidade pela indenização conseqüente, como pactuado entre o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem e o Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná – Inexistência de litisconsórcio.

Recurso conhecido e provido.

No corpo do voto proferido, no aludido recurso extremo, pelo ilustre Senhor Ministro Relator, o trecho abaixo transcrito espanca quaisquer dúvidas sobre a responsabilidade do ato expropriatório por parte do Estado de Goiás, como quer o Acórdão recorrido:

"..... Tratando-se de desapropriação indireta – decorrente de esbulho de terrenos portados pela construção de rodovias, que a jurisprudência do Supremo Tribunal conceitua como ato ilícito – é óbvio que, na forma do pactuado, a responsabilidade pela posterior indenização incumbe por inteiro ao recorrido. .....". (R.T.J. 66/297).

São, ainda, divergentes da decisão impugnada os Acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, que em todos eles admitiu como sujeito passivo da obrigação, por desapropriação indireta, as autarquias estaduais executoras dos serviços autorizados. Ou seja:

– "R.E. n. 63.998 – SP – (R.T.J. 47/679)
– R.E. n. 64.620 – SP – (R.T.J. 51/313).
– Embargos no R.E. n. 52.441 – SP (R.T.J. 53/295).

O PEDIDO DE REFORMA

Do exposto, por contrariar a Constituição Federal, negar vigência a dispositivos de leis federais, e pelas manifestas divergências apontadas, pede, o recorrente, seja este R.E. admitido na forma da lei e processado pelo rito peculiar para, na Suprema Instância, ser devidamente provido, com a reforma do Acórdão contestado e restabelecer a sentença de primeira instância, em todos os seus efeitos, por ser de inteira Justiça.

Goiânia, 17 de dezembro de 1984.

IZIDORO GOMES PEREIRA DA SILVA
Procurador do Estado

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO – CARÊNCIA DE AÇÃO QUANDO FOR DE GESTÃO O ATO IMPUGNADO (INFORMAÇAO EM M.S.)

Meritíssimo Juiz:

Em atenção ao Ofício n. 280/84 do ilustre titular da Escrivania da 1a. Vara dos Feitos da Fazenda Pública Estadual, que por força do Despacho de V.Exa. proferido nos autos da ação de Mandado de Segurança impetrado por I.F. faz notificação e solicita informações sobre o arrazoado, venho, na atempação legal, prestar os esclarecimentos devidos, na forma seguinte:

I – DA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO

Preliminarmente, deve-se esclarecer, por necessário, que esse insigne Juízo é incompetente para conhecer desse pedido de segurança, face às disposições do Código de Organização Judiciária do Estado de Goiás e, principalmente, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado, pela Resolução n. 2, de 23 de junho de 1982, que em seu art. 14, inciso III, alínea "b", com a nova redação dada pelo art. 1o., da Emenda Regimental n. 1, de 20 de março de 1984, explicita:

"Art. 14 – Compete a cada uma das Câmaras Cíveis:

.....

III – Processar e julgar:

b) – os mandados de segurança contra atos das Secretarias de Estado, Procurador – Geral de Justiça, Presidente e Membros do Conselho Superior do Ministério Público, Presidente e Membro do Tribunal de Contas, Auditor e Membros da Justiça Militar e Comandante da Polícia Militar, ressalvados os da competência de outros órgãos.

Embora o texto regimental acima transcrito seja omisso quanto à nossa pessoa, à do Procurador-Geral do Estado, a Consituição do Estado de Goiás, promulgada aos 13 de maio de 1967, em seu art. 61, incluído pelo art. 6o. da Lei Constitucional n. 20, de 3 de julho de 1978

(D.A. de 5.7.78), 3o. da Lei Constitucional n. 45, de 8 de outubro de 1980 (D.A. de 9.10.80), equipara-nos aos Secretários de Estado quanto às suas prerrogativas, dizendo expressamente:

"Art. 61 — .....

.....

§ 3o. — O Procurador-Geral do Estado nomeado pelo Governador dentre os cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada e o Diretor Geral da Secretaria da Assembléia Legislativa, terão as mesmas prerrogativas dos **Secretários de Estado.** (grifamos).

De consequência, sabendo-se que a argüição da incompetência absoluta pode ser a qualquer tempo levantada independentemente de exceção, faz-se a presente alegação declinatória do foro, ou seja, que V. Exa. se digne declinar de sua competência de praticar quaisquer atos no processo, sob pena de nulidade dos mesmos, e determine o seu encaminhamento para o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás para, por distribuição, ser entregue ao conhecimento de uma de suas Câmaras Cíveis.

II — NÃO É CASO DE MANDADO DE SEGURANÇA

Esclareça-se, também, que o ato praticado por esta Procuradoria Geral não é passível de impugnação por **mandamus,** já que foi um ato tradicionalmente denominado como de **gestão** em contraposição aos atos de **império** praticados pelas autoridades em suas funçoes administrativas.

É o entendimento esposado pelos ilustres tratadistas do direito pátrio, tais como:

1) Celso Agrícola Barbi, **in** do Mandado de Segurança — 3a. ed. — 1977, p. 118:

"Entende-se, pacificamente, na doutrina brasileira, que o mandado de segurança só será remédio adequado se o ato lesivo ou ameaçador tiver sido praticado pelo Estado como Poder Público, excluídos, assim, os atos que ele tenha agido como pessoa privada, pois nestes casos estará sujeito apenas aos remédios comuns das leis processuais".

2) Sérgio Sahione Fadel, **in** Teoria e Prática do Mandado de Segurança — 2a. ed. — ps. 51 e 52:

.....

"Aliás, significativa é a necessidade da compreensão da distinção entre atos de império e atos de gestão, no exercício da Administração pública.

Os primeiros — atos de império — são aqueles que a atividade estatal atua como poder público, coercitivamente, impondo sua vontade. Lastreada no interesse público, sobre a vontade de particular, seu administrado, e mesmo contra ela.

O poder de tributar, por exemplo, por parte da autoridade fiscal, é típico ato de império da administração, porque, quando o exerce, a autoridade não consulta nem a vontade nem o interesse do contribuinte.

Assim ocorre em todo mundo. Fritz Fleiner (Instituciones de Derecho Administrativo, 8a. ed., p. 116) afirma: "El legislador se basa en esta "potestad administrativa" cuando ordena a la autoridad tomar las "medidas oportunas" para el mantenimiento del orden pública en caso de peligro para la seguridad general, o quando autoriza la expropriación forzosa a favor de una Empresa por causa de "utilidad pública, o cuando supedita el permiso para la venta de alcohol a que se pruebe la "necessidade" del nuevo estabelecimento".

Em todos esses exemplos do ilustre administrativista alemão transparece a atuação do administrador como ente ou representante do poder público, agindo, posto que dentro da lei, com poder de império.

Sempre que isso ocorrer, estar-se-ão sem dúvida, e em tese, antevendo atos passíveis através do mandado de segurança.

Quando, porém, a atuação do agente público se exterioriza através de atos de gestão, então o mandado de segurança será incabível, eis que, embora poder público, sua atividade, no particular, se exteriorizará segundo as normas do direito privado e, em caso de litígio, será dirimida ou apreciada pelos meios comuns e próprios a cada caso concreto.

Assim, quando o órgão público dá ou toma em locação um bem; quando contrata a prestação de um serviço; quando admite ou demite um empregado sob o regime trabalhista, está praticando atos típicos de gestão, isto é, agindo não como autoridade, para os fins de mandado de segurança, mas como locador, locatário, contratante ou empregador, sujeito, pois, aos riscos e conseqüências desse tipo de relacionamento, em que a faculdade de transigir é sobrepairante e característica. **Nesses casos, jamais o mandado de segurança terá cabimento."**

Configura-se, expressamente, no caso presente, o não cabimento

do **"WRIT"**, porque o ato praticado por força da gestão dos negócios do Estado resumiu-se em simples requerimento ao Senhor Oficial do Cartório Imobiliário da Comarca de Gurupi, solicitando o cancelamento do registro de contrato rescindido **"ipso jure"**.

Do exposto, encareço a V. Exa. a aplicação do art. 8o. da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, indeferindo-se de plano a inicial, porque, evidentemente, não é caso de mandado de segurança.

III – O CONTRATO

O impetrante I.F. celebrou com o Estado de Goiás Contrato de Concessão de Uso Real Remunerado, com opção de Compra, conforme Escritura Pública, lavrada às fls. 64v./67, do Livro 14, do Cartório do 1o. Ofício, da Comarca de Gurupi, referente a propriedades rurais, denominadas "Gleba Projeto Rio Formoso" 2a. Etapa-A, com a área de 77.36.19 hectares, e "Gleba Projeto Rio Formoso – 2a. Etapa-B, com a área de 48.92.72 hectares, que foram registradas sob os ns. R-30-927 e "R-30-928, respectivamente.

Em perfeita harmonia com a legislação pertinente, no Contrato de Concessão de Uso, inseriu-se uma cláusula penal, para o caso de violação de quaisquer das cláusulas ajustadas em seu texto:

> **"Cláusula Nona:** Em caso de violação de qualquer das cláusulas estabelecidas, a concessão de Uso Real ficará automaticamente desfeita, resolvendo-se o ajuste, independentemente de notificação ou outro procedimento judicial, perdendo o Outorgado – Cessionário a favor do Outorgante – Cedente qualquer parcela ou remuneração total já pagas".

Dentre as cláusulas estipuladas no contrato, a Cláusula Oitava, que é de uma clareza meridiana, estabelece a data limite para o pagamento da remuneração mensal, sob pena de constituição em mora do cessionário com a violação do estipulado naquela cláusula, e a consequente aplicação da pena prevista, que é o desfazimento do ajuste independente do procedimento judicial ou extra-judicial:

> "Cláusula Oitava – Considerar-se-á em mora o Outorgado-Cessionário que deixar de efetuar o pagamento de qualquer parcela de remuneração até o dia dez (10) de cada mês e ano dos vencimentos estabelecidos na cláusula segunda independente de procedimento judicial ou extrajudicial".

IV – O FATO E O DIREITO

Após a lavratura do instrumento, por escritura pública, em data

de 8 de fevereiro de 1983, esta Procuradoria Geral, por intermédio da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário, endereçou o Ofício n. 015/84-PGE, ao Senhor João Lenine Bonifácio e Souza, M.D. Presidente do Conselho de Administração da COPERJAVA – COOPERATIVA MISTA RURAL VALE DO JAVAÉS Ltda. encaminhando os valores dos débitos apurados nas planilhas, correspondentes aos contratos celebrados com os 45 (quarenta e cinco) associados daquela Cooperativa, com relação nominal, encarecendo dar conhecimento a todos que as Guias de Recolhimento correspondentes estariam à disposição dos interessados nesta Procuradoria, com endereço no Centro Administrativo, 10o. andar, sala 1006-A, nesta Capital, sendo que o referido expediente alcançou objetivo de dar ciência aos interessados vez que, dos 45 associados, somente o impetrante deixou de pagar no prazo avençado, oque é bastante significativo para apuração da sua **"mora solvendi"**.

Assim, deixando de cumprir a obrigação estipulada na cláusula oitava, transcrita retro, que tem apoio jurídico na lei substantiva, de conformidade com a expressão do art. 960 do Código Civil, que estabelece de forma inequívoca a constituição em mora de devedor no caso de não cumprimento de obrigação líquida e certa quanto a seu objeto (art. 1.533 do C.C.) o cessionário sujeitou-se às penas de lei.

Diz o art. 960 do Código Civil Brasileiro que:

> "Art. 960 – O inadimplemento de obrigação, positiva e líquida, no seu termo constitui de pleno direito em mora o devedor".

O aludido contrato foi ajustado sob a égide do Decreto-lei n. 271, de 28 de fevereiro de 1967, que instituiu a figura jurídica da concessão de uso de terrenos, como direito real resolúvel, onde prevê, de forma expressa, como se processa a resolução do ajuste, antes de seu termo final, por ofensa à lei e/ou ao contrato, como está no § 3o., do art. 7o. do referido diploma legal.

> "Art. 7o. – Resolve-se a concessão antes de seu termo desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, **ou descumpra cláusula resolutória de ajuste, perdendo, neste** caso, as benfeitorias de qualquer natureza" (grifo nosso).

A condição resolutiva, que é da essência dos contratos de concessão de uso, regulados pelo diploma legal acima, opera-se de pleno direito, em caso de violação de cláusula expressa, como determina taxativamente o art. 119, do diploma civil pátrio, que diz:

> "Art. 119 – Se for resolutiva a condição, enquanto esta não se realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde o mo-

mento deste, o direito por ele estabelecido; **mas verificada a condição, para todo os efeitos, se extingue o direito a que ela se opõe.**

Parágrafo único — **A condição resolutiva da obrigação pode ser expressa, ou tácita; operando no caso primeiro de pleno direito, e por interpelação judicial, no segundo",** (grifamos).

Também, a doutrina e a jurisprudência remansada de nossos tribunais entendem pela mesma maneira, ensinando-nos que:

"A resolutória expressa está no conhecimento do interessado, consta do título em que se funda o seu direito, nenhuma dúvida pode suscitar. **Dispensa a intervenção do poder judiciário e opera por si de pleno direito".** (grifo nosso) — Carvalho Santos, **in** Código Civil Comentado — vol. I, p. 403.

"E, como a condição resolutiva expressa opera de pleno direito, daí resulta que o direito do credor de fazê-lo valer é inquestionavelmente "um direito adquirido" desde o momento em que a mora se verifica. Nada pode o devedor argüir contra isso, porque, se tal se verificar, é porque as partes quiseram, é porque o devedor concordou em consignar no contrato a cláusula resolutiva e o contrato deve ser lei entre as partes" (autor citado, Código Civil Interpretado, vol. XII, p. 341).

"O réu, compromissário — comprador, deixou de pagar diversas prestações do preço, nos prazos convencionados. Incorreu, assim, é certo, em mora **"solvendi"** de pleno direito (Código Civil, art. 960), e deu causa à rescisão do contrato de compra e venda, **ex-vi"** da condição resolutiva expressa estipulada. A condição resolutiva expressa opera de pleno direito e independentemente de interpelação judicial (Código Civil, art. 119, § único). A autora, compromitente — vendedora, é certo, tolerou receber do réu prestações em atraso. Contudo, essa tolerância, como demonstrou a autora, não importou alterar, modificar ou revogar a estipulação contratual" (Ac. da 2a. Cam. Cív. do T.J. de São Paulo, na apel. n. 77.005, rel. Des. A. de Oliveira, **in** Rev. do Trib. vol. 259 p. 224).

"Cláusula resolutiva expressa — Desnaturação por atos do credor.

I — **É incontrovertido, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a cláusula resolutiva, expressa e inequívoca, opera seus efeitos "pleno iure" pelo simples vencimento da obrigação, gerando, desde logo, e só por isso a "mora solvendi".**

II — Omissis. . . . . ."

R.E. n. 67.205 — GB — primeira turma — Rel. Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — **in** R.T.J. n. 65/372 1973.

"Ação de rescisão de compra e venda de imóvel não loteado. Desnecessidade de interpelação prévia, por não cuidar-se, no caso, de tolerância do vendedor em receber as prestações atrasadas. Ocorrência de cláusula resolutiva expressa. Jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal.

Recurso extraordinário conhecido e provido, RE n. 70.470 — GB — Segunda Turma, Rel. Sr. Ministro Adalício Nogueira, **in** R.T.J. 58/276, 1971.

De conclusão, o contrato firmado entre o impetrante e o Estado de Goiás traz clausulada em seu texto a condição resolutiva, e verificada a condição, extingue-se o direito a que ela se opunha (art. 119 do C. Civil) e, portanto, não há que se falar em outra formalidade, quer seja administrativa ou judiciária, em face do que dispõe a lei reguladora e o contrato ajustado entre as partes.

"Ex-vi dessa condição, ficou resolvido o contrato **"pleno jure"** e somente por essa força, e não por ato desta Procuradoria Geral, que por sua vez limitou-se a solicitar o cancelamento do registro, na forma preconizada pela lei.

V — O ATO

O desfazimento do ajuste, como se demonstrou retro, processou-se por imposição legal, segundo cláusulas contratuais, sem interferência de quem quer que seja, para que aquele se operasse.

Não foi resultado de ato do Poder Público e sim da lei que regeu a formação do contrato, como consequência do comando impessoal e abstrato que dela decorre, imposta aos administrados pelos administradores e, portanto, ao resguardo do remédio heróico.

Operando o desfazimento do contrato **"ex-vi legis",** limitou-se este gabinete a reconhecer o fato processado "pleno jure" e determinar que fossem tomadas as medidas cabíveis para o cancelamento dos registros imobiliários correspondentes.

Em atendimento a nossa solicitação, foi realmente determinado ao Sr. Oficial do Cartório do Registro de Imóveis do Distrito Judiciário de Formoso do Araguaia, Comarca de Gurupi, o cancelamento dos referidos registros, com fundamento no inciso III, do artigo 250, da lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973 — lei dos Registros Públicos — procedimento tornado imperioso em virtude da redação do art. 252,

da mesma lei, que evidencia que, enquanto não cancelado o registro, ele produz todos os efeitos legais.

Do que se depreende, também, que o ato praticado do Sr. Oficial Registro acima citado, em procedendo o cancelamento na forma do art. 248 da lei 6.015/73, o foi no estrito cumprimento do seu dever de ofício em obediência às determinações da lei regedora do ato por ele praticado.

Em conclusão, todo ato que uma autoridade praticar, na administração dos bens do domínio privado do Estado, semelhante ao que se pratica na gestão do patrimônio das pessoas particulares, configura-se o **"jus gestiones"**.

Tal foi o procedimento desta autoridade informante, que, não praticando nenhum ato coercitivo e sim de simples gestão dos negócios do Estado, postou-se na condição inatacável e inatingível por via mandamental.

Ao teor do esposado, aguardamos confiados a apreciação justa e jurídica, por parte de V. Exa., como é do feitio de sua digna e nobre judicatura, dos fatos aqui relatados e do direito aqui equacionado.

Goiânia, 8 de agosto de 1984.

JOVE FRANCISCO DAS CHAGAS
Procurador Geral do Estado

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

— A —

AÇÃO DE ALIMENTOS COM INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE — Admissibilidade (Apelação Cível n. 15.385 - TJGO). 109

AÇÃO REIVINDICATÓRIA — Prova de Domínio (Apelação Cível n. 15.842 — TJGO) 113

AFASTAMENTO DE PREFEITO — Mandado de Segurança (MS n. 11 — TJGO) 117

ALIENAÇÃO DA COISA DOADA — Responsabilidade do Donatário — **Ver Doação** 221

— C —

CONFLITO DE COMPETÊNCIA — Interpretação do artigo 132 do Código de Processo Civil (Conflito de Competência n. 291 — TJGO). 121

CONCESSÃO DE USO DE IMÓVEL — Contrato de concessão de uso de imóvel (Apelação Voluntária) — Izidoro Gomes Pereira da Silva e Enaldo de Carvalho 231

CRÉDITO RURAL — Assistência Técnica — Marcos Afonso Borges 13

— D —

DECADÊNCIA TRIBUTÁRIA — Zelmo Denari 167

DENUNCIAÇÃO A LIDE DO ESTADO DE GOIÁS POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA (Contestação) — Izidoro Gomes Pereira da Silva 241

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA — (Interposição de Recurso Extraordinário) — Izidoro Gomes Pereira da Silva 247

DESAPROPRIAÇÃO: SITUAÇÃO JURÍDICA DO IMÓVEL, FACE AO DECRETO ESTADUAL N. 1.726, DE 19.9.79 — Wagner Nasser 205

DIREITO PROCESSUAL CIVIL — Everardo de Sousa 29

DOAÇÃO — Alienação da coisa doada (Parecer — PGE) 221

DOMÍNIO PÚBLICO NO BRASIL — Aspectos Patrimoniais — Antônio Chaves 39

DOMÍNIO PÚBLICO REMUNERADO — **Ver Domínio Público no Brasil** 39

— E —

EMBARGOS DE TERCEIRO EM PENHORA POR PRECATÓRIA — Juízo Competente (Apelação Cível n. 16.259 — TJGO) 127

EMBARGOS DO DEVEDOR — Penhora em bem de um coobrigado (Apelação Cível n. 16.287 — TJGO). 131

ENQUADRAMENTO – Reestruturação da Classe de Procurador do Estado (Despacho – PGE) 18
EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL AVALIZADO (Apelação Cível n. 16.186 – TJGO) 13
EXECUÇÃO FISCAL – Sonegação (Apelação Cível n. 13.647 – TJGO) 13

– G –

GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE (Despacho – PGE) 19

– H –

HABEAS-CORPUS – Tráfico Internacional de Entorpecentes (**Habeas-Corpus** Originário n. 7.289 – TJGO) 14
HABILITAÇÃO NA FALÊNCIA DO EMITENTE E EXECUÇÃO DO AVALISTA – **Ver Execução de título extrajudicial avalizado** . 13

– I –

IMPROCEDÊNCIA DA QUALIDADE DE DENUNCIADO – **Ver Denunciação à lide do Estado de Goiás por sociedade de economia mista** 24
INTERESSE DE AGIR – **Ver Direito Processual Civil** 29
INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – **Ver Conflito de Competência** 12

– J –

JUÍZO COMPETENTE – **Ver Embargos de Terceiro em penhora por precatória** 127

– L –

LICENÇA LEGAL E LICENÇA COMPULSÓRIA – **Ver Domínio Público no Brasil** 39
LOTEAMENTO URBANO: DOMÍNIO ÚTIL E DOMÍNIO DIRETO DOS BENS DE USO COMUM DO POVO (Parecer – PGE) 225

– M –

MANDADO DE SEGURANÇA – **Ver Afastamento de Prefeito** . . . 117
MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO – Carência de ação quando for de gestão o ato impugnado – Jove Francisco das Chagas 255

– N –

NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO PUBLICADO DENTRO DO PERÍODO PROIBITIVO – **Ver Provimento de cargo** 149

– O –

O NOVO CÓDIGO PENAL – Principais inovações – Licínio Leal Barbosa 71

– P –

PENHORA EM BEM DE UM COOBRIGADO – **Ver Embargos do devedor** 131
PENHORA POR PRECATÓRIA – **Ver Embargos de terceiro** 127
POSSE INJUSTA – **VER Reivindicação** 161
PROVA DE DOMÍNIO – **Ver Ação Reivindicatória** 113
PROVIMENTO DE CARGO – Nulidade de ato administrativo publicado dentro de período proibitivo (MS n. 908 – TJGO) 149

– R –

RECURSOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – Getúlio Targino Lima 95
REGISTRO DE IMÓVEIS – Retificação (Apelação Cível n. 15.853 – TJGO) 153
REIVINDICAÇÃO – Posse injusta – Conceito (Apelação Cível n. 15.360 – TJGO) 161
REPRISTINAÇÃO – Revogação de lei (Despacho – PGE) 197
RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE – **Ver Execução Fiscal** 139

– S –

SONEGAÇÃO – **Ver Execução Fiscal** 139

– T –

TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES – **Ver Habeas-Corpus** 145

– U –

USO DE IMÓVEL – Contrato de Concessão de uso de imóvel – **Ver Concessão de uso de imóvel** 231

CONSÓRCIO DE EMPRESAS DE RADIODIFUSÃO
E NOTÍCIAS DO ESTADO — CERNE

Esta publicação foi composta e impressa
na Gráfica de Goiás
Av. Presidente Costa e Silva — Esq. c/ Rua D. Abel
Jardim Bela Vista — Goiânia-Goiás

DIRETORIA

JOSÉ MÁRIO DA CUNHA
Superintendente

WALTER PUREZA
Diretor Administrativo

IRONDES JOSÉ DE MORAIS
Diretor Comercial

GRÁFICA DE GOIÁS

LUIZ CARLOS DE BARROS
Gerente

JOSÉ FRANCISCO P. TOLEDO
Ger. Produção