



Supremo Tribunal Federal

Secretaria de Documentação

Memória Jurisprudencial Ministro Orozimbo Nonato



Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência

**Brasília
2007**



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**Memória Jurisprudencial
MINISTRO OROZIMBO NONATO**

ROGER STIEFELMANN LEAL
Brasília
2007

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ministra ELLEN GRACIE Northfleet (14-12-2000), Presidente
Ministro GILMAR Ferreira MENDES (20-6-2002), Vice-Presidente
Ministro José CELSO DE MELLO Filho (17-8-1989)
Ministro MARCO AURÉLIO Mendes de Farias Mello (13-6-1990)
Ministro Antonio CEZAR PELUSO (25-6-2003)
Ministro CARLOS Augusto Ayres de Freitas BRITTO (25-6-2003)
Ministro JOAQUIM Benedito BARBOSA Gomes (25-6-2003)
Ministro EROS Roberto GRAU (30-6-2004)
Ministro Enrique RICARDO LEWANDOWSKI (9-3-2006)
Ministra CÁRMEN LÚCIA Antunes Rocha (21-6-2006)
Ministro Carlos Alberto MENEZES DIREITO (5-9-2007)

Diretoria-Geral

Sérgio José Américo Pedreira

Secretaria de Documentação

Altair Maria Damiani Costa

Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência

Nayse Hillesheim

Seção de Preparo de Publicações

Leide Maria Soares Corrêa Cesar

Seção de Padronização e Revisão

Rochelle Quito

Seção de Distribuição de Edições

Leila Corrêa Rodrigues

Diagramação: Cláudia Marques de Oliveira

Capa: Jorge Luis Villar Peres

Edição: Supremo Tribunal Federal

Impressão: Gráfica do Conselho da Justiça Federal

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Supremo Tribunal Federal – Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal)

Leal, Roger Stiefelmann

Memória jurisprudencial: Ministro Orozimbo Nonato /
Roger Stiefelmann Leal. – Brasília: Supremo Tribunal Fe-
deral, 2007. – (Série memória jurisprudencial)

1. Ministro do Supremo Tribunal Federal. 2. Brasil.
Supremo Tribunal Federal (STF). 3. Nonato, Orozimbo –
Jurisprudência. I. Título. II. Série.

CDD-341.4191081

ISBN 978-85-61435-04-2



9 788561 435042



Ministro Orozimbo Nonato

APRESENTAÇÃO

A Constituição de 1988 retomou o processo democrático interrompido pelo período militar.

Na esteira desse novo ambiente institucional, a Constituição significou uma renovada época.

Passamos para a busca de efetividade dos direitos no campo das prestações de natureza pública, como pelo respeito desses direitos no âmbito da sociedade civil.

É na calmaria institucional que se destaca a função do Poder Judiciário.

É inegável sua importância como instrumento na concretização dos valores expressos na Carta Política e como faceta do Poder Público, em que os horizontes de defesa dos direitos individuais e coletivos se viabilizam.

O papel central na defesa dos direitos fundamentais não poderia ser alcançado sem a atuação decisiva do Supremo Tribunal Federal na construção da unidade e do prestígio de que goza hoje o Poder Judiciário.

A história do SUPREMO se confunde com a própria história de construção do sistema republicano-democrático que temos atualmente e com a consolidação da função do próprio Poder Judiciário.

Esses quase 120 anos (desde a transformação do antigo Supremo Tribunal de Justiça no Supremo Tribunal Federal, em 28-2-1891) não significaram simplesmente uma seqüência de decisões de cunho protocolar.

Trata-se de uma importante seqüência político-jurídica da história nacional em que a atuação institucional, por vários momentos, se confundiu com defesa intransigente de direitos e combate aos abusos do poder político.

Essa história foi escrita em períodos de tranqüilidade, mas houve também delicados momentos de verdadeiros regimes de exceção e resguardo da independência e da autonomia no exercício da função jurisdicional.

Conhecer a história do SUPREMO é conhecer uma das dimensões do caminho político que trilhamos até aqui e que nos constituiu como cidadãos brasileiros em um regime constitucional democrático.

Entretanto, ao contrário do que a comunidade jurídica muitas vezes tende a enxergar, o SUPREMO não é — nem nunca foi — apenas um prédio, um plenário, uma decisão coletada no repertório oficial, uma jurisprudência.

O SUPREMO é formado por homens que, ao longo dos anos, abraçaram o *munus publicum* de se dedicarem ao resguardo dos direitos do cidadão e à defesa das instituições democráticas.

Conhecer os vários “perfis” do SUPREMO.

Entender suas decisões e sua jurisprudência.

Analizar as circunstâncias políticas e sociais que envolveram determinado julgamento.

Interpretar a história de fortalecimento da instituição.

Tudo isso passa por conhecer os seus membros, os valores em que acreditavam, os princípios que seguiam, a formação profissional e acadêmica que tiveram, a carreira jurídica ou política que trilharam.

Os protagonistas dessa história sempre foram, de uma forma ou de outra, colocados de lado em nome de uma imagem insensível e impessoal do Tribunal.

Vários desses homens públicos, muito embora tenham ajudado, de forma decisiva, a firmar institutos e instituições de nosso direito por meio de seus votos e manifestações, são desconhecidos do grande público e mesmo ignorados entre os juristas.

A injustiça dessa realidade não vem sem preço.

O desconhecimento dessa história paralela também ajudou a formar uma visão burocrática do Tribunal.

Uma visão muito pouco crítica ou científica, além de não prestar homenagem aos Ministros que, no passado, dedicaram suas vidas na edificação de um regime democrático e na proteção de um Poder Judiciário forte e independente.

Por isso esta coleção, que ora se inicia, vem completar, finalmente, uma inaceitável lacuna em nossos estudos de direito constitucional e da própria formação do pensamento político brasileiro.

Ao longo das edições desta coletânea, o aluno de direito, o estudioso do direito, o professor, o advogado, enfim, o jurista poderá conhecer com mais profundidade a vida e a obra dos membros do Supremo Tribunal Federal de ontem e consultar peças e julgados de suas carreiras como magistrados do Tribunal, que constituem trabalhos inestimáveis e valorosas contribuições no campo da interpretação constitucional.

As Constituições Brasileiras (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988) consubstanciaram documentos orgânicos e vivos durante suas vigências.

Elas, ao mesmo tempo em que condicionaram os rumos político-institucionais do país, também foram influenciadas pelos valores, pelas práticas e pelas circunstâncias políticas e sociais de cada um desses períodos.

Nesse sentido, não há como segmentar essa história sem entender a dinâmica própria dessas transformações.

Há que se compreender os contextos históricos em que estavam inseridas.

Há que se conhecer a mentalidade dos homens que moldaram também essa realidade no âmbito do SUPREMO.

A Constituição, nesse sentido, é um dado cultural e histórico, datada no tempo e localizada no espaço.

Exige, para ser compreendida, o conhecimento dos juristas e dos políticos que tiveram papel determinante em cada um dos períodos constitucionais tanto no campo da elaboração legislativa como no campo jurisdicional de sua interpretação.

A Constituição, por outro lado, não é um “pedaço de papel” na expressão empregada por FERDINAND LASSALE.

O sentido da Constituição, em seus múltiplos significados, se renova e é constantemente redescoberto em processo de diálogo entre o momento do intérprete e de sua pré-compreensão e o tempo do texto constitucional.

É a “*espiral hermenêutica*” de HANS GEORG GADAMER.

O papel exercido pelos Ministros do SUPREMO, como intérpretes oficiais da Constituição, sempre teve caráter fundamental.

Se a interpretação é procedimento criativo e de natureza jurídico-política, não é exagero dizer que o SUPREMO, ao longo de sua história, completou o trabalho dos poderes constituintes que se sucederam ao aditar conteúdo normativo aos dispositivos da Constituição.

Isso se fez na medida em que o Tribunal fixava pautas interpretativas e consolidava jurisprudências.

Não há dúvida, portanto, de que um estudo, de fato, aprofundado no campo da política judiciária e no âmbito do direito constitucional requer, como fonte primária, a delimitação do pensamento das autoridades que participaram, em primeiro plano, da montagem das linhas constitucionais fundamentais.

Nesse sentido, não há dúvida de que, por exemplo, o princípio federativo ou o princípio da separação dos Poderes, em larga medida, tiveram suas fronteiras de entendimento fixadas pelo SUPREMO e pela carga valorativa que seus membros traziam de suas experiências profissionais.

Não é possível se compreender temas como “controle de constitucionalidade”, “intervenção federal”, “processo legislativo” e outros

tantos sem se saber quem foram as pessoas que examinaram esses problemas e que definiram as pautas hermenêuticas que, em regra, seguimos até hoje no trabalho contínuo da Corte.

Por isso, esta coleção visa a recuperar a memória institucional, política e jurídica do SUPREMO.

A idéia e a finalidade é trazer a vida, a obra e a contribuição dada por Ministros como CASTRO NUNES, OROZIMBO NONATO, VICTOR NUNES LEAL e ALIOMAR BALEEIRO, além de outros.

A redescoberta do pensamento desses juristas contribuirá para a melhor compreensão de nossa história institucional.

Contribuirá para o aprofundamento dos estudos de teoria constitucional no Brasil.

Contribuirá, principalmente, para o resgate do pensamento jurídico-político brasileiro, que tantas vezes cedeu espaço para posições teóricas construídas alhures.

E, mais, demonstrará ser falaciosa a afirmação de que o SUPREMO deve ser um Tribunal da carreira da magistratura.

Nunca deverá ser capturado pelas corporações.

Brasília, março de 2006

Ministro Nelson A. Jobim

Presidente do Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| ABREVIATURAS | 15 |
| DADOS BIOGRÁFICOS | 17 |
| NOTA DO AUTOR | 21 |
| 1. Registros e agradecimentos | 21 |
| 2. Considerações introdutórias | 21 |
| Capítulo I – FATOS HISTÓRICOS E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS | 25 |
| 1. Considerações iniciais | 25 |
| 2. O fechamento dos cassinos e seus efeitos | 25 |
| 3. A Segunda Guerra Mundial e a extraterritorialidade das leis | 31 |
| 4. A anulação política dos julgados do Supremo Tribunal Federal na Carta de 1937 | 36 |
| 5. O impedimento do Presidente Café Filho | 40 |
| Capítulo II – AS INSTITUIÇÕES POLÍTICAS | 47 |
| 1. Considerações iniciais | 47 |
| 2. O perfil da federação na Carta de 1937 | 47 |
| 3. A representação interventiva após a Constituição de 1946 | 50 |
| 4. Limites constitucionais às Constituições estaduais | 56 |
| 5. A natureza do <i>impeachment</i> e sua aplicação nos Estados | 62 |
| 6. O alcance da rejeição congressual do voto | 66 |

| | |
|---|------------|
| 7. A responsabilidade civil do Estado | 68 |
| 8. O pagamento das condenações judiciais e intervenção federal | 86 |
| Capítulo III – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS..... | 91 |
| 1. Considerações iniciais | 91 |
| 2. Liberdade de religião | 91 |
| 3. Liberdade sindical e intervenção do Estado | 98 |
| 4. A igualdade entre filhos naturais e adotivos | 104 |
| 5. Indenização por dano moral | 107 |
| 6. Motivação e controle judicial dos atos administrativos | 116 |
| Capítulo IV – INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO | 123 |
| 1. Considerações iniciais | 123 |
| 2. Desuso e vigência das leis | 123 |
| 3. A vontade do constituinte e a interpretação das normas constitucionais | 128 |
| 4. A irretroatividade das leis | 130 |
| O JUIZ E SUA OBRA: CONSIDERAÇÕES FINAIS | 143 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 147 |
| APÊNDICE | 149 |
| ÍNDICE NUMÉRICO | 391 |

ABREVIATURAS

| | |
|-----|---------------------------------|
| ACi | Apelação Cível |
| AI | Agravo de Instrumento |
| HC | Habeas Corpus |
| IF | Intervenção Federal |
| MS | Mandado de Segurança |
| Pet | Petição |
| RE | Recurso Extraordinário |
| RHC | Recurso em Habeas Corpus |
| RMS | Recurso em Mandado de Segurança |
| Rp | Representação |
| STF | Supremo Tribunal Federal |

DADOS BIOGRÁFICOS

OROZIMBO NONATO DA SILVA nasceu em Sabará, Estado de Minas Gerais, em 27 de dezembro de 1891. Era filho do Major Raimundo Nonato da Silva e de D. Lídia Maria do Couto e Silva.

Realizou os estudos primários na terra natal, transferindo-se depois para Belo Horizonte, onde cursou Humanidades. Bacharelou-se em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de Minas Gerais, em 1911.

Exerceu a advocacia e iniciou a atividade pública, no ano de 1912, como Delegado de Polícia em Aiuruoca e Turvo e, posteriormente, como Promotor de Justiça, nas cidades de Arassuaí e Entre Rios. Em 1913, foi Juiz Municipal em Rio Branco e Entre Rios. De 1927 a 1930, eleito para o Conselho Deliberativo de Belo Horizonte, exerceu o cargo de Secretário.

Foi nomeado Advogado-Geral do Estado em 20 de dezembro de 1933 e Desembargador do Tribunal de Apelação de Minas Gerais em 2 de outubro de 1934, tendo exercido as respectivas funções até 19 de junho de 1940. Em seguida, foi nomeado para o cargo de Consultor-Geral da República, que ocupou de 10 de julho de 1940 a 8 de maio de 1941.

No magistério, foi professor das cadeiras de Economia e Estatística Rural da extinta Escola Mineira de Agricultura e Veterinária (1923).

Renomado civilista, foi Livre-Docente e, posteriormente, Professor Catedrático, por concurso, de Direito Civil da Faculdade de Direito de Minas Gerais (1925-1940), tendo lecionado a mesma matéria na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do antigo Distrito Federal. Elaborou duas teses consagradas: *Da Coação como Defeito do Ato Jurídico e Testamento – Conceito e Características*.

Nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, por decreto de 6 de maio de 1941, do Presidente Getúlio Vargas, para a vaga decor-

rente da aposentadoria do Ministro Armando de Alencar, tomou posse em 21 do mesmo mês. Foi eleito Vice-Presidente em 9 de maio de 1951 e reeleito em 28 de abril de 1954. Com a aposentadoria do Ministro José Linhares, foi eleito Presidente do Supremo Tribunal Federal, assumindo o cargo em 30 de janeiro de 1956 e sendo reconduzido por seus pares em 29 de janeiro de 1958.

Foi aposentado por decreto de 27 de janeiro de 1960. Em sessão do mesmo dia, foi lida a carta de despedida, após o que proferiram palavras de homenagem os Ministros Ribeiro da Costa, Luiz Gallotti, Nelson Hungria, Ary Franco, Rocha Lagôa, Barros Barreto e Lafayette de Andrade, Presidente em exercício; falou, ainda, o Dr. Carlos Medeiros da Silva, pela Procuradoria-Geral da República, e o Dr. João de Oliveira Filho, pelos advogados.

Profundo conhecedor do idioma português, todas as suas manifestações, em votos, pareceres, conferências e obras publicadas, possuem estilo peculiar, que identifica o purista da linguagem. Seus livros constituem categorizada fonte doutrinária, destacando-se, entre outros: *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, *Curso de Obrigações* e *Fraude da Ação Pauliana*. Foram ainda reunidos em volume os pareceres emitidos quando Consultor-Geral da República.

Integrou, com Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, a Comissão incumbida de elaborar o anteprojeto do Código de Obrigações, que não chegou a ser transformado em lei. Também participou, mais tarde, da Comissão encarregada de rever o anteprojeto do Código Civil oferecido por Orlando Gomes. Fez parte da Comissão de Juristas incumbida da revisão da Constituição, para incorporação dos preceitos contidos nos Atos Institucionais baixados após 1964.

Depois de aposentado,olveu ao exercício da advocacia, tendo sido freqüentemente solicitado para a emissão de pareceres, em casos de grande repercussão.

Possuía as seguintes condecorações: Ordem do Santo Sepulcro; Grã-Cruz da Ordem Nacional do Mérito (Itália e Portugal); Medalha do Centenário do Instituto dos Advogados Brasileiros; Medalha Rui

Barbosa; Medalha Rio Branco e Medalha do Mérito Judiciário. Recebeu o Prêmio Teixeira de Freitas, outorgado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, pelas obras *Da Coação como Defeito do Ato Jurídico* e *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, em três volumes, ambas de 1957.

Faleceu na cidade do Rio de Janeiro, em 6 de novembro de 1974. O Tribunal prestou-lhe homenagem póstuma em sessão de 13 do mesmo mês, quando expressou o sentimento da Corte o Ministro Antonio Neder e falaram, pela Procuradoria-Geral da República, o Professor José Carlos Moreira Alves e, pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Distrito Federal, o Dr. Leopoldo César de Miranda Lima.

O centenário de seu nascimento foi comemorado pela Corte em sessão de 27 de dezembro de 1991, tendo falado, pelo Tribunal, o Ministro Sepúlveda Pertence; pelo Ministério Público Federal, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga; pela Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Carlos Eduardo Caputo Bastos; e, agradecendo em nome da família, o Dr. Hugo Mósca.

Era casado com D. Antonieta Alves de Souza e Silva.

Dados biográficos extraídos da obra *Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal — Dados Biográficos (1828-2001)*, de Laurenio Lago. Este texto também pode ser encontrado no sítio do Supremo Tribunal Federal na Internet.

NOTA DO AUTOR

1. Registros e agradecimentos

Foi com extrema alegria que recebi o convite do Supremo Tribunal Federal para participar do projeto Memória Jurisprudencial. A iniciativa de recuperar a contribuição de ex-integrantes da Corte mostra-se, sem dúvida, de grande importância para a compreensão da evolução política e jurídica do País.

Assim, gostaria de agradecer aos Ministros Nelson Jobim, idealizador da série, Gilmar Mendes, coordenador dos trabalhos, e Ellen Gracie, que, de forma exitosa, deu seguimento ao projeto. Cumpre, ainda, manifestar minha gratidão ao inestimável auxílio e à compreensão da equipe que integra a Secretaria de Documentação do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, tenho o dever de registrar meu sincero reconhecimento aos alunos e colaboradores que comigo contribuíram na elaboração deste estudo. Agradeço, assim, de forma especial a Ana Carolina Borges de Oliveira, Daiana Mallmann, Gabriel Menandro Evangelista de Souza e Juliane Rigon Taborda. Sem o empenho e a dedicação deles, este trabalho não teria sido possível.

2. Considerações introdutórias

Em seu discurso na sessão de homenagem ao centenário de nascimento do Ministro Orozimbo Nonato, o Ministro Sepúlveda Pertence — natural de Sabará/MG, como o homenageado — reconheceu sentir alguma espécie de frustração. Afinal, relacionar os inúmeros cargos, títulos e honrarias obtidos por Orozimbo ao longo de sua trajetória de vida não seria, de fato, o bastante para descrever suas raras qualidades e sua vultosa obra. As palavras que seriam proferidas não conseguiriam, segundo o orador, transmitir a magnitude da vida e do legado do reverenciado juiz. Necessário seria, por certo, a elaboração de trabalho de fôlego, a exigir tempo, pesquisa e empenho no exame de sua extensa produção jurídica. Ainda assim, o orador acabou por lançar um desafio:

(...) continua a reclamar o tempo, a dedicação e a competência necessárias à ordenação e à leitura sistemática dos seus muitos escritos — quiçá, os melhores, perdidos nos anais empoeirados de repertórios envelhecidos de jurisprudência; à pesquisa cuidadosa de suas circunstâncias de tempo, lugar e relações pessoais; à madura reflexão ordenadora sobre os dados reunidos, tudo à procura de um ensaio consistente de reconstrução, que lhe faça a honra devida.

Ao esboçar estas considerações introdutórias, não há como não ser contagiado pelo mesmo sentimento que se extrai do aludido discurso. Após a análise de milhares de acórdãos e decisões, que consubstanciam a significativa e impressionante produção jurisprudencial de Orozimbo Nonato, no período em que exerceu o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, cumpre reconhecer que a profundidade e a extensão dos conhecimentos exibidos nesses escritos esbarram — como não poderia deixar de ocorrer — nas limitações pessoais e circunstanciais do autor desta pesquisa.

A vasta obra de quase vinte anos na Suprema Corte permite constatar a significativa amplitude do saber jurídico do Ministro Orozimbo Nonato. Nesse sentido, resta aderir às palavras do Ministro Sepúlveda Pertence ao afirmar: *não há província recôndita do Direito, que não tenha recebido contribuição definitiva da lavra privilegiada de Orozimbo.*

Consiste o presente trabalho na seleção e no exame das manifestações de Orozimbo Nonato em sua fecunda jornada como integrante do Supremo Tribunal Federal. Não é objeto da análise que ora se inicia sua história de vida ou sua obra como doutrinador e professor. Cuida-se de reflexão sobre sua produção como juiz da Corte Suprema.

A pesquisa realizada, desse modo, concentra-se na jurisprudência da Corte durante o período em que a integrou o Ministro Orozimbo Nonato. Foram também utilizados, a título de subsídio, trabalhos doutrinários que examinaram a linha que orientou, em determinadas questões, os precedentes do Supremo Tribunal Federal à época. Do mesmo modo, em algumas passagens, foram colacionadas decisões

posteriores, de modo a avaliar eventuais mudanças de postura e de interpretação por parte do Tribunal.

De outra parte, cumpre salientar que o autor deste trabalho tem clara preferência por temas de Direito Público. É de todos conhecido, no entanto, que o Ministro Orozimbo Nonato era civilista insigne. A parte de sua obra mais conhecida é, certamente, a dedicada ao direito privado. Tais circunstâncias, embora possam sugerir problemas e dificuldades, permitem entrever a obra de Orozimbo sob outra perspectiva. Isto é, ao examinar e retratar a sua produção no Supremo Tribunal Federal, o presente trabalho permitirá vislumbrar o gênio de Orozimbo Nonato em outros ramos do direito, revelando facetas talvez não tão conhecidas do seu labor judicial.

Desse modo, dividiu-se o trabalho em quatro capítulos. O primeiro visa destacar a participação do Supremo Tribunal Federal e, particularmente, do Ministro Orozimbo Nonato em controvérsias geradas a partir de fatos importantes daquele período da história do País. No segundo, objetiva-se analisar a interpretação e a posição do Ministro e da Corte sobre questões específicas atinentes ao funcionamento das instituições políticas do Estado. O capítulo seguinte é destinado a realçar o entendimento jurisprudencial do Ministro Orozimbo Nonato em casos que envolveram a aplicação de direitos e garantias fundamentais. O último capítulo tem por finalidade examinar decisões em que o Ministro se dedica a dar execução a cânones de interpretação e aplicação do direito.

Este trabalho, por certo, não preencherá todos requisitos e expectativas contidos no desafio lançado pelo Ministro Sepúlveda Pertence em seu discurso de homenagem. Todavia, pretende, singelamente, contribuir para a compreensão da universalidade e da profundidade singulares que caracterizaram o pensamento de Orozimbo Nonato.

Roger Stiefelmann Leal

Capítulo I

FATOS HISTÓRICOS E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS

1. Considerações iniciais

Este capítulo tem por finalidade examinar a atuação do Ministro Orozimbo Nonato em pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal sobre fatos que marcaram a história do Brasil. Nesse sentido, a análise a seguir tem como objeto julgados vinculados (a) aos efeitos jurídicos decorrentes do fechamento dos cassinos no País, (b) ao alcance extraterritorial das leis em face da Segunda Guerra Mundial, (c) ao poder de anulação dos julgados do STF por parte do Legislativo, nos termos da Carta de 1937, e (d) à decretação do impedimento do Presidente Café Filho.

Deixou-se de tratar de casos e decisões que, embora tenham relação com fatos historicamente relevantes, foram analisados pela Corte ou mesmo pelo Ministro Orozimbo Nonato apenas em relação a aspectos preliminares e formais, não revelando juízo mais direto e efetivo sobre o próprio fato histórico. Mesmo que a limitação do julgamento a aspectos formais possa sugerir supostos movimentos políticos ou raciocínios jurídicos, optou-se por não extrair qualquer inferência de julgados que não ofereceram clara e manifestamente entendimento sobre o mérito da questão.

2. O fechamento dos cassinos e seus efeitos

A proibição da exploração do jogo de azar no Brasil e o consequente fechamento dos cassinos geraram, evidentemente, diversas controvérsias quanto aos seus aspectos jurídicos. Os investimentos realizados e os diversos empregos deles decorrentes foram, em função da ação governamental, interrompidos, impondo sérios prejuízos a empresários e trabalhadores. O Supremo Tribunal Federal, por certo, não restou infenso aos litígios daí originados.

Previamente à Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941), vigorava o Decreto-Lei n. 241, de 4 de janeiro de 1938, que autorizava o jogo em cassinos balneários, ainda que mediante licença. Em socorro aos cassinos, foi editado, em outubro de 1942, o Decreto-Lei n. 4.866, que expressamente determinava a inaplicabilidade da Lei de Contravenções Penais no caso dessas instituições. Expediu-se, ainda, em dezembro de 1942, o Decreto-Lei n. 5.089, que (a) estendia a ressalva à Lei de Contravenções aos cassinos que funcionassem em *estâncias hidroterápicas, balneárias ou climatéricas* e (b) definia que as licenças e concessões a eles concedidas vigorariam a título precário¹.

Em abril de 1946 — portanto, ainda sob a égide da Carta de 1937 —, o Presidente da República baixou o Decreto-Lei n. 9.215, restaurando a aplicação plena do art. 50 da Lei de Contravenções Penais. Ou seja, *proibiu a prática ou exploração de jogo de azar em todo o território nacional*, inclusive no âmbito dos cassinos. O mesmo diploma tornou *sem efeito todas as licenças, concessões ou autorizações concedidas com base nos Decretos-Leis anteriores*².

Os casos submetidos ao juízo do Supremo Tribunal Federal relativamente a este tema traziam basicamente o debate sobre o pagamento dos direitos trabalhistas aos empregados demitidos em razão do fechamento dos cassinos³. Ocorre que o art. 486 da Consolidação das Leis do Trabalho determinava a responsabilidade do Estado em face de interrupção das atividades laborais provocada por atos legislativos ou medidas governamentais que impedissem a continuidade do negócio. O preceito normativo vigorava à época com a seguinte redação:

1 Cf. voto do Min. Edgard Costa proferido no RE n. 12.113/DF, Rel. Min. Barros Barreto, julgado em 2-6-1948.

2 Cf. voto do Min. Edgard Costa proferido no RE n. 12.113/DF, Rel. Min. Barros Barreto, julgado em 2-6-1948.

3 São exemplos desses casos o RE n. 12.113/DF, Rel. Min. Barros Barreto, julgado em 2-6-1948; e o RE n. 12.646/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 23-7-1948.

Art. 486. No caso de paralisação do trabalho, motivada originariamente por promulgação de leis e medidas governamentais que impossibilitem a continuação da respectiva atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, a qual, entretanto, ficará a cargo do Governo que tiver a iniciativa do ato que originou a cessão do trabalho.

Assim, suscitava-se o dever do governo federal de arcar com o pagamento das parcelas devidas em face da demissão dos trabalhadores. No entanto, o Presidente da República, por meio do Decreto-Lei n. 9.251, de 11 de maio de 1946, transferiu a responsabilidade do ônus que pesava sobre o governo para os *donos dos cassinos*. Dispôs que *não se aplicava àqueles empregados, que, em virtude da cessação do jogo, houvessem sido dispensados, o disposto no cit. art. 486, assistindo-lhes, porém, haver dos respectivos empregadores, uma indenização, nos termos dos arts. 478 e 497 da Consolidação*⁴. E foi além: determinou a *aplicação retroativa desse decreto-lei aos casos de ruptura de contrato de trabalho decorrente dos efeitos do Decreto-Lei n. 9.215*⁵. Contra o Decreto-Lei n. 9.251/46 insurgiam-se os cassinos — notadamente o Cassino Balneário da Urca S.A. —, argüindo *incidenter tantum* sua inconstitucionalidade no âmbito das ações trabalhistas movidas pelos trabalhadores demitidos.

A alegação de ofensa ao texto constitucional compreendia raciocínio que considerava vulnerados os direitos à igualdade, à propriedade e à irretroatividade das leis.

Em parecer sobre o caso, Carlos Maximiliano asseverou, sobre a violação do direito de propriedade, que *se onze dias depois o Governo impôs aos empregadores o pagamento de indenização aos empregados, atuou contra a propriedade alheia, obrigou alguém a pagar o que não devia, transgrediu o exarado no art. 122, n. 14,*

⁴ Cf. voto do Min. Edgard Costa proferido no RE n. 12.113/DF, Rel. Min. Barros Barreto, julgado em 2-6-1948.

⁵ Cf. voto do Min. Edgard Costa proferido no RE n. 12.113/DF, Rel. Min. Barros Barreto, julgado em 2-6-1948.

da Constituição Federal vigente, desrespeitou o direito universal, assegurado por todos os povos cultos⁶. Acerca do direito à igualdade, afirmou o jurista gaúcho que *o Decreto-Lei n. 9.251 revogou o art. 486 da Consolidação das Leis do Trabalho só em relação aos proprietários de Cassinos; deixou em vigor quanto aos outros empregadores; mais uma vez se postergou o estabelecido no texto fundamental; desrespeitou-se o dogma da igualdade perante a lei.* Segundo ele, *o princípio da igualdade impede que se aplique o artigo da Consolidação das Leis do Trabalho com dois pesos e duas medidas, protegendo uns e maltratando outros⁷.*

A tese da inconstitucionalidade foi, ao final, acolhida pelos Ministros Edgard Costa e Armando Prado. A seu turno, porém, o Ministro Orozimbo Nonato sustentou entendimento diverso, sufragando, juntamente com a maioria da Corte, a compatibilidade do Decreto-Lei n. 9.251/46 com a Carta de 1937. Seu raciocínio tem como ponto de partida algumas considerações sobre a *ratio* do art. 480 da Consolidação das Leis do Trabalho. Sobre ele, esclarece o Ministro:

O art. 480 da Consolidação das Leis do Trabalho não se mostrou demasiado severo com as empresas. E, no caso em que a ruptura do contrato de trabalho derivasse do “fato do princípio”, modalidade do fortuito mandava que o Governo pagasse a indenização. Ainda aqui se tutelava a situação dos empregados, mas deslocava-se o ônus da indenização do empregador para o Governo — preceito que tem a justificá-la a doutrina moderna, da solidariedade social, da distribuição dos ônus e cômodos em que se baseia, a meu ver substancialmente, a responsabilidade do Estado.

Mas esse dispositivo se aplica, a meu ver, sempre que a cessação da atividade se impunha por motivo de determinação legal ou governamental. Nessa hipótese, não era justo que a inde-

⁶ *Apud* voto do Min. Edgard Costa proferido no RE n. 12.113/DF, Rel. Min. Barros Barreto, julgado em 2-6-1948.

⁷ *Apud* voto do Min. Edgard Costa proferido no RE n. 12.113/DF, Rel. Min. Barros Barreto, julgado em 2-6-1948.

nização coubesse ao empregador, que, por motivos de conveniência transitória ou permanente, determinava a cessação da atividade reconhecidamente legal.

E, por isso, o preceito se aplica às empresas normais.⁸

No entanto, os cassinos não constituíam, segundo o Ministro Orozimbo Nonato, empresas normais, pois sua atividade *era apenas e precariamente tolerada*⁹. Tratava-se, advertiu em seu voto, *de concessão anômala e cuja precariedade resultava de sua mesma natureza, além de ser claramente expressa. E dessa precariedade, prosseguiu, resultava para o Governo a faculdade de fazer cessar essa atividade anormal*¹⁰.

A partir dessa peculiaridade da atividade dos cassinos, o Ministro Orozimbo Nonato afasta o argumento de que o Decreto-Lei n. 9.251/46 teria ofendido o princípio da igualdade. Para ele, tal princípio *não tem caráter material ou matemático*. Ao contrário, *deriva da justiça que impõe, às vezes, a desigualdade, e sua aplicação indistinta e indiscriminada traria graves perturbações ao consórcio civil*¹¹. Ou seja, sua aplicação *antessupõe*, afirma, *situações do mesmo nível, e incurial seria germanizar uma concessão a título precário e uma atividade permanente e lícita*¹². Em outras palavras, admitiu o Ministro a diversidade de regime jurídico entre empresas de atividade normal permanente e de atividade tolerada a título precário. Sua conclusão fica evidenciada na seguinte passagem de sua manifestação:

8 Cf. voto proferido no RE n. 12.113/DF, Rel. Min. Barros Barreto, julgado em 2-6-1948.

9 Cf. voto proferido no RE n. 12.113/DF, Rel. Min. Barros Barreto, julgado em 2-6-1948.

10 Cf. voto proferido no RE n. 12.113/DF, Rel. Min. Barros Barreto, julgado em 2-6-1948.

11 Cf. voto proferido no RE n. 12.113/DF, Rel. Min. Barros Barreto, julgado em 2-6-1948.

12 Cf. voto proferido no RE n. 12.113/DF, Rel. Min. Barros Barreto, julgado em 2-6-1948.

Nestes termos, tornando-se indispensável resguardar a situação dos empregados, o ônus da indenização pela ruptura, a que não deram causa do contrato, incidirá na empresa, uma vez que o poder público apenas usa da faculdade que a precariedade mesma da concessão lhe facultava.

Somente na hipótese da insolvência do empregador, poderia ser invocada a responsabilidade subsidiária do Governo.¹³

Julgou o Ministro Orozimbo Nonato que, no caso, a *obrigação de pagar* da empresa justificava-se também *porque ela é que explorava o serviço precário e obtinha lucros*¹⁴. Admitia, porém, a *responsabilidade subsidiária do Governo, caso as empresas estejam insolváveis*. Isso *porque, nesse caso, o proveito nacional que derivou para a coletividade do fechamento dos cassinos justificaria que o Governo também suportasse aquele ônus, derivado de providência tomada em benefício geral*¹⁵.

A excepcionalidade instituída pelo Decreto-Lei n. 9.251/46, na visão do Ministro, devia ter aplicação, *ainda na ausência do dispositivo, porque a hipótese dos autos não cabe na previsão do art. 480 da Consolidação das Leis do Trabalho*¹⁶. Significa dizer que, para ele, a responsabilidade pelas indenizações seria dos cassinos, ainda que não tivesse sido editado o Decreto-Lei questionado, ante a singularidade resultante do caráter precário da exploração do jogo por tais estabelecimentos.

Assim, os cassinos, além de fechados, arcaram com o resarcimento decorrente do rompimento forçado do vínculo empregatício com seus trabalhadores.

13 Cf. voto proferido no RE n. 12.113/DF, Rel. Min. Barros Barreto, julgado em 2-6-1948.

14 Cf. voto proferido no RE n. 12.113/DF, Rel. Min. Barros Barreto, julgado em 2-6-1948.

15 Cf. voto proferido no RE n. 12.113/DF, Rel. Min. Barros Barreto, julgado em 2-6-1948.

16 Cf. voto proferido no RE n. 12.113/DF, Rel. Min. Barros Barreto, julgado em 2-6-1948.

3. A Segunda Guerra Mundial e a extraterritorialidade das leis

Foi a Segunda Guerra, sem dúvida, foco de relevantes questões jurídicas. Algumas delas decorreram da edição, pelos países que nela participavam, de leis especiais, elaboradas especificamente em razão daquele conflito armado. Eram as chamadas *leis de guerra*.

O Supremo Tribunal Federal deparou-se, em 1944, com interessante caso em que justamente se questionava a aplicação de *leis de guerra*. Em 1940, o Ministério do Comércio da Inglaterra, com fundamento em *leis repressoras do comércio com o inimigo*, determinou a liquidação dos negócios da *Banca Commerciale Italiana de Londres*. Para isso, nomeou liquidante, com poderes enumerados, para administrar e vigiar a sua execução. Assim, a requerimento do liquidante, a Companhia Mecânica e Importadora de São Paulo foi notificada, em outubro de 1941, a pagar a *importância do débito que contraíra com aquele estabelecimento conforme a respectiva escritura transcrita*¹⁷. Com o objetivo de *remover a dúvida sobre a quem cabia receber a importância devida*, a Companhia requereu consignação em pagamento, *fazendo citar por editais a matriz daquele Banco, sediada em Milão, e demais interessados*. Perante o juízo compareceram não só o liquidante do Banco extinto e em liquidação em Londres, como também a União Federal¹⁸.

Reivindicava a União o levantamento do depósito consignado porque, *tratando-se de bens de pessoa jurídica italiana*, deveriam passar à *administração do Governo Federal nos termos do art. 11 do Decreto-Lei 4.166, de 11 de março de 1942, como medida garantidora do nosso integral ressarcimento pelos prejuízos causados ao Brasil pelas forças de guerra da Itália e outras Nações componentes do Eixo*¹⁹.

17 Cf. relatório proferido na ACi n. 8.369/SP, Rel. Min. Bento de Faria, julgada em 11-1-1944.

18 Cf. relatório proferido na ACi n. 8.369/SP, Rel. Min. Bento de Faria, julgada em 11-1-1944.

19 Cf. relatório proferido na ACi n. 8.369/SP, Rel. Min. Bento de Faria, julgada em 11-1-1944.

O Juiz da 7^a Vara Cível, em sua sentença, atribuiu *o pagamento consignado ao Governo inglês representado por seu procurador, o aludido liquidante*²⁰. Ao Supremo Tribunal Federal apelaram a empresa devedora e a União Federal.

Antes de julgar o mérito dos recursos interpostos, o Supremo Tribunal Federal examinou, em preliminar suscitada pela União, a competência do juiz ordinário. Alegou-se que, *in casu*, a competência seria originária da própria Corte Suprema, em face de sua atribuição constitucional para processar e julgar *os litígios entre Nações estrangeiras e a mesma União ou os Estados* (cf. art. 101, I, d, da Constituição de 1937). Segundo o Relator do processo, Ministro Bento de Faria, não se tratava de conflito entre países soberanos. Segundo ele, o liquidante detinha poderes limitados para *reclamar perante os tribunais brasileiros o reconhecimento, para a respectiva liquidação, da sua qualidade de titular de certo crédito com direito ao recebimento do que fora depositado pela Cia. Mecânica*. Assevera, nessa linha, que não consta de qualquer documento *que o referido Governo haja desde logo incorporado ao patrimônio da Nação inglesa o acervo desse Banco, nem que o seu liquidante, mero administrador e vigia da liquidação, requeira ou alegue em nome do Estado inglês*²¹.

O entendimento do Ministro Bento de Faria sobre a preliminar recebeu a adesão da maioria da Segunda Turma e, em sede de embargos, do Plenário. Teve, porém, seus fundamentos contestados pelo Ministro Orozimbo Nonato. Para o eminente julgador, *o ato do Governo estrangeiro, na espécie, é ato de soberania*. Sustenta, ainda, que, *se não se pode identificar o liquidante do Banco com representante diplomático estrangeiro, é evidente, entretanto, que os atos que pratica provêm de poder extraordinário, emanado de*

20 Cf. relatório proferido na ACi n. 8.369/SP, Rel. Min. Bento de Faria, julgada em 11-1-1944.

21 Cf. voto proferido na ACi n. 8.369/SP, Rel. Min. Bento de Faria, julgada em 11-1-1944.

Governo estrangeiro²². Logo, o litígio existe, observa, ainda que nas dobras de uma ação de consignação em pagamento, sendo certo que dois governos, cada qual fortalecido em sua soberania, (...) empenham-se em litígio²³.

No mérito, a Corte decidiu ser legítimo o levantamento do depósito em benefício do liquidante, sob as ordens do governo inglês. Segundo o Relator, era inaplicável à espécie o Decreto-Lei n. 4.166/42, que determinava a transferência ao governo federal dos bens de pessoas físicas e jurídicas alemãs, japonesas e italianas em face dos prejuízos que resultaram ou resultarem de agressões praticadas pelos países do Eixo. A instituição financeira não só teve extinta a sua vida comercial, afirma o Ministro Bento de Faria, justamente por se tratar de súdito inimigo, como também o seu patrimônio passou para as mãos de um liquidante, pessoa física, cuja nacionalidade inglesa o inculca como súdito de país que não praticou qualquer ato de agressão contra o Brasil ou contra pessoas brasileiras²⁴. Para ele, a importância que foi depositada e cujo recebimento é pelo liquidante pleiteado não parece possa ser considerada como reclamada por pessoa inimiga, e menos ainda para ser entregue ao inimigo²⁵. Esse juízo foi corroborado pela maioria da Corte.

Mais uma vez, a solução perfilhada pela maioria foi refutada pelo Ministro Orozimbo Nonato, ao manejar com rara destreza os fundamentos jurídicos que orientam a aplicação das chamadas *leis de guerra*. Nesse sentido, entendeu que a investidura do liquidante do Banco é extraordinária, na medida em que não deriva de estatuto ou de declaração de vontade de particular, mas de ato do governo inglês de quem ele é

22 Cf. voto proferido na ACi n. 8.369/SP, Rel. Min. Bento de Faria, julgada em 11-1-1944.

23 Cf. voto proferido na ACi n. 8.369-Embargos/SP, Rel. Min. Annibal Freire, julgada em 27-11-1946.

24 Cf. voto proferido na ACi n. 8.369/SP, Rel. Min. Bento de Faria, julgada em 11-1-1944.

25 Cf. voto proferido na ACi n. 8.369/SP, Rel. Min. Bento de Faria, julgada em 11-1-1944.

*delegado na execução de uma lei de guerra*²⁶. Desse modo, após considerar a lei inglesa genuína lei de guerra, recusou atribuir a ela aplicação em solo brasileiro, em face da ausência de extraterritorialidade na espécie. Sobre a questão, esclarece o Ministro:

É que proclamar, no caso, o direito do governo inglês, aliás amigo e aliado e que encarna o poder do país glorioso, vanguardeiro dos direitos da civilização na luta mortal contra seus crueis adversários, proclamar esse direito é reconhecer a extraterritorialidade de uma lei de guerra, contra princípios e manifestações jurisprudenciais que compõem verdadeiro *ius receptum*.

As leis de guerra que determinem o seqüestro de bens do inimigo ou contenham disposições extraordinárias semelhantes constituem normas territoriais características, sem poder de irradiação para além das fronteiras do país que as decreta.

Providências excepcionais, tomadas contra o direito comum que vige em tempo de paz, acham-se tais leis, falando pela via ordinária, fora dos quadros do direito internacional privado.

Não oferece a jurisprudência pátria precedentes copiosos a respeito. Entretanto, em longo e eruditíssimo parecer dado pelo professor Haroldo Valadão, tira S. Exa. a lume o “acórdão” da Corte de Apelação do Distrito Federal, de 4 de julho de 1918, in *Rev. de Dir.*, vol. 49, pp. 379 e seguintes, relatado por Geminiano da Franca e em que decidiu que aquelas leis, que são de emergência e de exceção, deixam de imperar em outros países, “porque atentariam contra a soberania nacional”. A possibilidade de aplicação extra-territorial das leis de guerra foi repelida formalmente. É o julgado afina com a melhor doutrina e com farta jurisprudência estrangeira que, segundo o Prof. Haroldo Valadão, guarda, a respeito, “unanimidade”. Na mesma Itália, foi negado efeito, ao que se lê no aludido parecer, efeito às leis alemãs sobre divisas, em julgado de trinta de julho de 1937, in *Rev. de Dir. Com.* de Sraffa e Vivante, 11, p. 117, e in *Nouv. Revue*, 1938, p. 408²⁷.

26 Cf. voto proferido na ACi n. 8.369/SP, Rel. Min. Bento de Faria, julgada em 11-1-1944.

27 Cf. voto proferido na ACi n. 8.369/SP, Rel. Min. Bento de Faria, julgada em 11-1-1944.

Sua argumentação não se limitou, porém, a enunciar a ausência de extraterritorialidade da *lei de guerra*. Foi além o Ministro Orozimbo Nonato. Admitiu que, em tais casos, *as leis de guerra decretadas por um país aliado podem não ser consideradas contra a ordem pública e a soberania por outro país que lute pela prevalência das mesmas concepções, dos mesmos princípios, da mesma ordem jurídica e social*²⁸. *Pode, assim, um país, por ato próprio de sua soberania, ponderou, e desconsiderando a categoria excepcional da lei de guerra, dar-lhe aplicação em seu território, não a considerando atentatória de sua ordem pública*²⁹. No entanto, a adesão *in casu* às normas britânicas de caráter excepcional seria, segundo o Ministro, inaceitável. E suas razões para tal recusa foram as seguintes:

Mas, no caso dos autos, esse ato — que seria legítimo e acatável nos tribunais — de soberania do Brasil dando efeito em suas fronteiras à lei da Inglaterra contra o inimigo comum, não existe. Ao contrário. Visando aos mesmos fins das leis inglesas, leis brasileiras surgiram determinadoras de seqüestro dos bens do inimigo que tem causado ao Brasil, de par com ultrajes e ofensas à sua soberania, danos materiais para cuja imperiosa reparação podem aqueles bem concorrer, segundo velha prática internacional, sancionada pelos tratadistas, conforme já se via da lição do sumo Lafaiete, transcrita no brilhante parecer do Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da República.

Dentro, pois, das nossas fronteiras, nos limites da nossa soberania, o que deve prevalecer é a lei brasileira.

O Banco liquidando tinha ramificações e negócios no Brasil. Era também aqui estabelecido e está, assim, compreendido nas leis nacionais de guerra.³⁰

28 Cf. voto proferido na ACi n. 8.369/SP, Rel. Min. Bento de Faria, julgada em 11-1-1944.

29 Cf. voto proferido na ACi n. 8.369/SP, Rel. Min. Bento de Faria, julgada em 11-1-1944.

30 Cf. voto proferido na ACi n. 8.369/SP, Rel. Min. Bento de Faria, julgada em 11-1-1944.

Asseverou, nesse sentido, o Ministro Orozimbo Nonato que, *apesar dessa união íntima das soberanias* (Brasil e Inglaterra), *as leis de guerra não tiveram projeção extraterritorial. E este princípio inabalável impediria, a seu juízo, se aplicasse, no caso, a lei inglesa*³¹. Acusou o eminente julgador o inequívoco *atrito entre o decreto do governo brasileiro e a lei inglesa*, ambos diplomas destinados a incorporar o patrimônio de súditos dos países do Eixo. E, divergindo da maioria, com base no princípio da ausência de extraterritorialidade da lei de guerra, acabou reconhecendo o direito da União Federal de levantar os recursos consignados. Constatou, assim, (a) que o efetivo conflito que se travava era entre países soberanos e (b) que, havendo contrariedade entre duas leis de guerra, prevaleceria a brasileira, ao menos perante os tribunais nacionais.

4. A anulação política dos julgados do Supremo Tribunal Federal na Carta de 1937

Instituiu o parágrafo único do art. 96 da Carta de 1937 peculiar mecanismo institucional. Cuida-se da prerrogativa presidencial de submeter ao reexame do Parlamento Nacional — caso entenda necessário *ao bem do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta* — texto legal declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Caso o Legislativo o confirmasse por dois terços de votos em cada uma de suas Casas, a decisão da Corte tornar-se-ia sem efeito.

Nos termos do art. 180 do mesmo texto constitucional, cabia ao Presidente da República dispor, por meio de decreto-lei, sobre todas as matérias confiadas ao Poder Legislativo. Em razão disso, no exercício cumulado das funções presidenciais e legislativas, o Chefe do Poder Executivo acabou por declarar sem efeito os julgados do Supremo Tribunal Federal que reconheciam a inconstitucionalidade da cobrança de imposto de renda sobre os servidores públicos estaduais e municipais

31 Cf. voto proferido na ACi n. 8.369-Embargos/SP, Rel. Min. Annibal Freire, julgada em 27-11-1946.

em face do princípio da imunidade recíproca entre as unidades da federação. Foi o que dispôs o Decreto-Lei n. 1.564, de 5 de setembro de 1939:

Artigo único: São confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais; ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juízes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos.

A medida adotada pelo Presidente da República não restou, porém, isenta de contestação judicial. Questionou-se perante o Supremo Tribunal Federal, em sede de apelação, a aplicabilidade retroativa do Decreto-Lei n. 1.564/39 sobre o imposto de renda devido em exercícios anteriores à sua vigência³².

Ao expor seu voto, o Relator, Ministro Castro Nunes, assentou que a retroatividade do ato presidencial é inferida da cláusula dele constante que torna sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais do País. *Ela se aplica*, afirmou o Relator, *aos casos julgados, já resolvidos anteriormente*³³. Ainda segundo ele, *é cláusula que não é incompatível com a Constituição, pois repete o próprio texto constitucional*³⁴.

O Ministro Orozimbo Nonato acabou por interromper o Relator, divergindo de seu entendimento. Em virtude da excepcionalidade do Decreto-Lei em exame, inadmitia o Ministro que a prerrogativa presidencial pudesse ser exercida em caráter geral. A esse propósito, argumentou: *o Executivo não pode fazer isto; só quanto a um caso*³⁵.

32 Cf. ACi n. 8.606/DF, Rel. Min. Castro Nunes, julgada em 1º-8-1945.

33 Cf. voto proferido na ACi n. 8.606/DF, Rel. Min. Castro Nunes, julgada em 1º-8-1945.

34 Cf. voto proferido na ACi n. 8.606/DF, Rel. Min. Castro Nunes, julgada em 1º-8-1945.

35 Cf. voto proferido na ACi n. 8.606/DF, Rel. Min. Castro Nunes, julgada em 1º-8-1945.

O debate da questão registra, ainda, interessante desenvolvimento:

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Uma decisão específica. É contra toda técnica que o Executivo possa fulminar sentenças. Todavia, se, agora, o pode fazer, não pode fazê-lo, de modo algum, em globo.

O Sr. Ministro Castro Nunes (Relator): Figue V. Exa. a hipótese de haver mais de uma sentença. Ficaria paralisada a ação do Parlamento? Nada há de contrário ao interesse público, na demanda, nem na sentença. O que a própria Constituição figura como contrário ao interesse público é a lei.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Não é isto. O Parlamento poderá infirmar uma decisão do Supremo Tribunal, em nome do supremo interesse público. Esse interesse não pode, porém, justificar que se fulminem de um traço inúmeras sentenças do Supremo Tribunal.”³⁶

Chamou atenção o Ministro Orozimbo Nonato para a exigência de que a negativa parlamentar deva ser específica para cada decisão, conferindo-se ao Legislativo o poder de rever seus próprios atos. Para ele, *assim como o Tribunal muda de jurisprudência, pode o Parlamento reconsiderar sua deliberação, até em face de outra decisão*³⁷.

Vislumbrou o Ministro Orozimbo Nonato que a ampliação — nos termos em que sustentado pelo Ministro Relator — do poder excepcional a que se refere o parágrafo único do art. 96 do texto constitucional de então implica necessariamente a diminuição do Poder Judiciário e, consequentemente, do próprio Supremo Tribunal Federal. Considerou, nesse sentido, que, *excepcionalmente, naqueles problemas de encruzilhada a que referiu o eminentíssimo Ministro Francisco Campos, era possível ao Poder Legislativo manter uma lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário; mas fica sempre ao Supremo Tribunal a função, que não lhe retirou a Constituição de 1937, de ser*

36 Cf. voto proferido pelo Ministro Castro Nunes na ACi n. 8.606/DF, Rel. Min. Castro Nunes, julgada em 1º-8-1945.

37 Cf. voto proferido na ACi n. 8.606/DF, Rel. Min. Castro Nunes, julgada em 1º-8-1945.

o intérprete máximo da lei, o que sempre competiu e competirá ao Poder Judiciário³⁸. Reconheceu, portanto, que, quando o exija o salus populis por imposições de ordem política superior, pode, então, o Parlamento, em casos dados, manifestar-se contrário a um julgado³⁹. Para ele, porém, entender que essa função vai ao ponto de autorizar o Executivo — que faz, agora, as vezes de Parlamento — a cancelar de um traço todos os julgados dos tribunais seria a anulação, a atrofia, o apagamento de um dos poderes, seria reduzi-lo a proporções ínfimas⁴⁰.

Em sua conclusão, o Ministro Orozimbo Nonato novamente ponderou que *pode o Parlamento — e, logo, nas atuais circunstâncias, o Presidente da República — determinar a não-aplicação de um julgado, em nome do supremo interesse público; não, porém, como fez o decreto, isto é, eliminar da História do País todos os julgados já proferidos⁴¹.*

Em face do cenário político e das circunstâncias da época, a manifestação do Ministro Orozimbo Nonato sobre o tema ganha especial relevo. Seus argumentos apontam para a preservação da autonomia do Poder Judiciário e da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal. Sugere, de outro lado, contraposição ante o exercício abusivo das prerrogativas presidenciais. Afeiçoa-se à literalidade do texto constitucional, notadamente ao disposto no mencionado parágrafo único do art. 96. No entanto, cumpre registrar, seu entendimento restou minoritário e, portanto, vencido nos julgados da Corte sobre a questão⁴².

38 Cf. voto proferido na ACi n. 8.606/DF, Rel. Min. Castro Nunes, julgada em 1º-8-1945.

39 Cf. voto proferido na ACi n. 8.606/DF, Rel. Min. Castro Nunes, julgada em 1º-8-1945.

40 Cf. voto proferido na ACi n. 8.606/DF, Rel. Min. Castro Nunes, julgada em 1º-8-1945.

41 Cf. voto proferido na ACi n. 8.606/DF, Rel. Min. Castro Nunes, julgada em 1º-8-1945.

42 Ver também Agravo de Petição n. 10.138-Embargos/MA, Rel. Min. Castro Nunes, julgado em 30-12-1942.

5. O impedimento do Presidente Café Filho

As turbulências políticas geradas a partir da morte do Presidente Getúlio Vargas e agravadas após a eleição de Juscelino Kubitschek originaram um conjunto de sucessivas medidas políticas de caráter atípico em face do regime democrático instituído pela Constituição de 1946. A execução de tais providências produziu, a seu turno, sérios reflexos político-constitucionais, motivando a instauração de controvérsia judicial de incomparável relevo e significação perante o Supremo Tribunal Federal. Segundo salientou o Ministro Orozimbo Nonato, *cuidava-se de um julgamento histórico sobre fato, ao parecer, sem precedentes em nossa vida política*⁴³.

Em virtude de seu preocupante estado de saúde, o Presidente Café Filho, sucessor de Getúlio Vargas, acabou — seguindo orientações médicas — por se afastar de suas funções. Em conformidade com o texto constitucional em vigor à época, substituiu-o na Presidência da República o Deputado Carlos Luz, Presidente da Câmara Federal.

A atuação do Presidente da República em exercício, que desagradou os militares⁴⁴ — liderados pelo General Lott —, resultou em vigoroso movimento armado e na consequente fuga de Carlos Luz da Capital Federal, a bordo do cruzador *Tamandaré*. Esse fato precipitou a decretação de seu impedimento pelo Congresso Nacional e, posteriormente, a sua renúncia. Em seu lugar, assumiu o Vice-Presidente do Senado Federal, Senador Nereu Ramos.

A essa altura dos acontecimentos, contudo, Café Filho passou a manifestar sua intenção de reassumir a Presidência da República.

43 Cf. voto proferido no MS n. 3.557/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, sessão de 14-12-1955.

44 Para Rubens Beçak, a inconformidade dos militares decorria, sobretudo, da tolerância do Presidente da República em exercício com a conduta e o discurso do Coronel Mamede. Tal comportamento gerou, entre os militares, a forte suspeita de que Carlos Luz conspirava contra a posse de Juscelino Kubitschek e João Goulart (cf. *Sucessão presidencial de 1955: aspectos políticos e jurídicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 17-18).

A possibilidade do retorno de Café Filho gerou, em face de suas posições políticas, nova reação de Lott e seus liderados, que apoiavam a permanência de Nereu Ramos.

Em 21 de novembro de 1955, Café Filho deixou a Clínica São Vicente — onde estava internado — e voltou para casa, no Posto 6 em Copacabana. Nessa mesma data, enviou comunicado ao Presidente da República em exercício, informando sobre sua intenção de reassumir o cargo, cessada a causa de seu impedimento⁴⁵.

A reação foi rápida e enérgica. De um lado, o General Lott determinou a seus comandados que a residência de Café Filho fosse cercada, com o objetivo de impedir qualquer deslocamento seu. Era, segundo os jornais da época, a *República do Posto 6*⁴⁶. As duas Casas do Congresso Nacional, de outro lado, aprovaram, mediante Resolução, a continuação do estado de impedimento de Café Filho, mantendo Nereu Ramos no cargo de Presidente da República.

Em 22 de novembro de 1955, foram impetrados pelos advogados de Café Filho um *habeas corpus* e um mandado de segurança perante o Supremo Tribunal Federal, com vistas a (a) interromper o cerco a que ele estava submetido e (b) retomar as funções de Presidente da República. No entanto, em 25 de novembro de 1955, entrou em vigor a Lei n. 2.654, que decretava estado de sítio, suspendendo o exercício de algumas garantias constitucionais. Dentre elas figuravam justamente o *habeas corpus* e o mandado de segurança contra autoridades federais, notadamente o Congresso Nacional, Ministros de Estado e o Presidente da República.

A lei que instaurou o estado de sítio, porém, não restou imune a questionamentos. Sua constitucionalidade foi suscitada a partir da suposta ilegitimidade da autoridade presidencial que a sancionou.

45 Ver, sobre o caso, Rubens Beçak. *Sucessão presidencial de 1955: aspectos políticos e jurídicos*, pp. 20 e seguintes.

46 Cf. Rubens Beçak. *Sucessão presidencial de 1955: aspectos políticos e jurídicos*, p. 21.

Tendo a sanção derivado de Senador ilegitimamente investido no cargo de Presidente da República, estaria o diploma juridicamente viciado por ofensa à Constituição⁴⁷.

O caso era, claramente, de extrema gravidade. O Presidente da República — Vice-Presidente que sucedeu Getúlio Vargas — recorria ao Supremo Tribunal Federal para fazer valer o direito de exercer seu cargo, impedido que estava — legalmente — pelo Congresso Nacional e — faticamente — por um grupo de militares. Conforme asseverou o Ministro Ribeiro da Costa, estava em jogo, *num lance de cara ou coroa, a sorte do regime democrático*⁴⁸.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou primeiramente — em 14 de dezembro de 1955 — o exame do mandado de segurança. O ambiente revelava-se tenso ante a complexidade e a importância da controvérsia *sub judice*. O clima que envolvia aquela sessão da Corte foi assim descrito pelo Ministro Orozimbo Nonato:

Em vez da serenidade, da moderação, da discreção característica de nossos julgamentos, o que se sente é um ambiente quase de procela, sonoro e eletrizado, próprio dos Parlamentos em seus dias de agitação e de tumulto e em que a espuma das paixões lhes invade os cancelos e o recinto, ao calor das opiniões e das contradições exaltadas.⁴⁹

Sobre o caso, o Ministro Orozimbo Nonato iniciou seu pronunciamento apresentando via interpretativa em que a ilegitimidade do título *por que assumiu o Poder Executivo o Sr. Vice-Presidente do Senado* implica admitir os contornos de um *governo de fato*, e o seu acatamento se

47 Este o entendimento acolhido pelo Ministro Ribeiro da Costa (cf. voto proferido no MS n. 3.557/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, sessão de 14-12-1955).

48 Cf. voto proferido no MS n. 3.557/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, sessão de 14-12-1955.

49 Cf. voto proferido no MS n. 3.557/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, sessão de 14-12-1955.

dá por necessidade vital da ordem e para fugir ao flagelo maior da desordem permanente, da subversão, da anarquia, da guerra de todos contra todos.

Em seguida, o Ministro Orozimbo Nonato assumiu como pressuposto que *o governo de fato pode manter a lei constitucional e as instituições*, impondo *a si limitações*⁵¹. E, nessa perspectiva, concluiu no sentido de que *terá o estado de sítio de prevalecer com todas as suas naturais consequências, entre as quais a suspensão de outorga de mandado de segurança contra atos do Congresso Nacional*⁵². Ou seja, legitimou o exercício da Presidência pelo Senador Nereu Ramos mediante a teoria do *governo de fato*, e, em seguida, presumiu que esse governo resolveu conservar o regime constitucional em vigor, impondo a ele mesmo a observância dos limites constitucionais referentes ao estado de sítio. Assim, necessário seria observar a suspensão do mandado de segurança. Tal raciocínio encontra-se sintetizado na seguinte passagem de seu voto: “*Se o governo é de fato, mas de poderes auto-limitados, com a prevalência do estado de sítio, suspensa estará a segurança.*”⁵³

O juízo de legitimidade da lei que instalou o estado de sítio não determinou, porém, que o Ministro Orozimbo Nonato, a exemplo de outros integrantes da Corte, decidisse pelo prejuízo do *mandamus*⁵⁴. Para ele, *o sítio não suprime os direitos, suspendendo-lhes o exercício* apenas. Ou seja, *em face do sítio, o juiz não nega o direito pleiteado, ao contrário reconhece a impossibilidade de o fazer pre-*

50 Cf. voto proferido no MS n. 3.557/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, sessão de 14-12-1955.

51 Cf. voto proferido no MS n. 3.557/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, sessão de 14-12-1955.

52 Cf. voto proferido no MS n. 3.557/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, sessão de 14-12-1955.

53 Cf. voto proferido no MS n. 3.557/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, sessão de 14-12-1955.

54 Este o caso do Ministro Nelson Hungria.

*valecer*⁵⁵. O Ministro Orozimbo Nonato, dessa maneira, emitiu juízo — que resultou majoritário naquela sessão — no sentido de determinar a suspensão do julgamento do mandado de segurança até que o estado de sítio tenha se exaurido.

Ao concluir seu voto, contudo, o Ministro Orozimbo acabou por indicar que seu julgamento observara estritamente os limites da função que exercia. Sublinhou, nessa perspectiva, que as opiniões pessoais sobre caso de tamanha repercussão deveriam ser deixadas de lado em face da missão que lhe cabia enquanto juiz. Sua manifestação encontra-se vazada nos seguintes termos:

E deve ser posta em relevo, no caso, a posição de sacrifício do juiz que, acurvado à lei, deixa de reconhecer um direito que se lhe apresenta em termos dignos de ouvidos, e atendidos.

Mas ao juiz não se lhe exige apenas o *sacrifio intellectus* da referência de Sauer. Outros maiores cumpre para não desertar sua posição de mantenedor da ordem expressa na lei.⁵⁶

O estado de sítio foi prorrogado, até que, em 31 de janeiro de 1956, tomou posse no cargo de Presidente da República Juscelino Kubitschek, fato que importou no prejuízo do *writ* impetrado por Café Filho, segundo reconheceu o Supremo Tribunal Federal⁵⁷.

O *habeas corpus* ajuizado em benefício de Café Filho foi, por sua vez, levado a julgamento na sessão de 21 de dezembro de 1955. Coerente com o entendimento manifestado na decisão proferida em face do mandado de segurança, o Ministro Orozimbo Nonato sustentou a suspensão do julgamento do *habeas corpus* em virtude dos termos em que foi instaurado o estado de sítio. Asseverou, nessa linha, o eminent julgador:

55 Cf. voto proferido no MS n. 3.557/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, sessão de 14-12-1955.

56 Cf. voto proferido no MS n. 3.557/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, sessão de 14-12-1955.

57 Cf. MS n. 3.557/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, sessão de 7-11-1956.

O *habeas corpus* se destina a assegurar a liberdade de ir e vir, o simples *ius ambulandi* cujo exercício quase sempre não guarda qualquer relação com o estado de sítio.

Quando, porém, isso não aconteça quando o *habeas corpus* guarda relação com o sítio e o constrangimento não exorbita de suas linhas, o julgamento se suspende.⁵⁸

Em seguida, cogitou o Ministro Orozimbo Nonato da provável hipótese de, ao final do estado de sítio, a situação de fato *sub judice* já estar superada, caso em que o *writ* seria julgado prejudicado. Nesse caso, segundo ele, *o culpado não é o Juiz, que não tem poderes para encurtar ou ampliar a situação*⁵⁹.

A maioria do Supremo Tribunal Federal, no entanto, acabou por decidir de forma diversa. Tomaram-se em consideração as informações prestadas pelo Presidente da República, em que esclareceu não haver mais qualquer cerceamento ao paciente e seus familiares para que entrassem e saíssem de sua residência. O cerco ocorrido no dia 21 de novembro de 1955, segundo as informações, constituiu medida preventiva excepcional adotada para evitar incidentes de maiores proporções. Nenhuma coação havia à época do julgamento. Desse modo, a Corte pronunciou-se pelo prejuízo do *habeas corpus*⁶⁰.

Para Rubens Beçak, *nesses dois processos, em que pese a tecnicidade das altas questões jurídicas decididas, assumiram, os Ministros de então, um papel sobretudo político, aliás dentro da melhor tradição do STF*⁶¹. É certo, contudo, que uma avaliação sobre a atuação dos membros da Corte nesses julgados apresenta-se tarefa de extrema dificuldade.

58 Cf. voto proferido no HC n. 33.908/DF, Rel. Min. Afrânio Antônio da Costa, sessão de 21-12-1956.

59 Cf. voto proferido no HC n. 33.908/DF, Rel. Min. Afrânio Antônio da Costa, sessão de 21-12-1956.

60 Cf. HC n. 33.908/DF, Rel. Min. Afrânio Antônio da Costa, sessão de 21-12-1956.

61 Cf. Rubens Beçak. *Sucessão presidencial de 1955: aspectos políticos e jurídicos*, p. 23.

De um lado, a preservação do regime democrático e da normalidade constitucional aponta para uma postura — como a adotada pelo Ministro Ribeiro da Costa — mais ousada e desafiadora do movimento político que se desenrolava. De outro, julgar ilegítimo *governo de fato*, que, mediante expediente extrajurídico, assume o poder e instaura estado de sítio, para restabelecer judicialmente o regime antecedente sugere comportamento que não se afeiçoa propriamente às atribuições do Poder Judiciário. Para o Ministro Orozimbo, *o que descabe ao juiz é também entrar no remoinho da ilegalidade e quebrar a lei vigente do sítio, ainda ao fito nobre e superior de tentar — posto baldiamente — restaurar a situação prística de legalidade*⁶².

De fato, saber se o juiz deve reconhecer ou combater rupturas institucionais vitoriosas não é indagação de simples resposta. Porém, ao se deparar com essa questão em concreto no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Orozimbo Nonato acabou, a exemplo de seus pares, por apresentar a sua.

62 Cf. voto proferido no MS n. 3.557/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, sessão de 14-12-1955.

Capítulo II

AS INSTITUIÇÕES POLÍTICAS

1. Considerações iniciais

A atuação do Supremo Tribunal Federal na defesa das instituições políticas e, por conseguinte, do regime constitucional configura uma de suas mais nobres funções. No período em que o Ministro Orozimbo Nonato teve assento na Corte, muitas questões de relevo para a definição e consolidação das instituições pátrias foram por ela julgadas. Sua intervenção foi decisiva para a definição do perfil de importantes aspectos da organização do Estado brasileiro, sobretudo no que se refere à forma federativa de Estado.

Este capítulo, portanto, é voltado à análise da participação do Ministro Orozimbo Nonato na definição de tais aspectos da vida político-institucional brasileira. O exame desenvolvido a seguir recai, assim, sobre precedentes do Supremo Tribunal Federal que contribuíram para a determinação (a) da estrutura federativa instituída pela Carta de 1937 e pela Constituição de 1946, (b) do regime da representação de intervenção federal como instrumento de controle de constitucionalidade, (c) da natureza do *impeachment* e de sua aplicabilidade em âmbito estadual, (d) do alcance da rejeição do veto presidencial pelo Poder Legislativo, (e) do cabimento de intervenção federal em caso de não-pagamento de condenações judiciais por parte dos Estados e (f) dos princípios e regras que informam a responsabilidade civil do Estado.

Desse modo, pretende-se perceber a contribuição do Ministro Orozimbo Nonato para a definição do perfil institucional do Estado brasileiro, bem como para o desenvolvimento do ordenamento jurídico pátrio.

2. O perfil da federação na Carta de 1937

Já se disse que a *flexibilidade constitucional* da Carta de 1937 converteu o *Estado Federal nominal em Estado unitário descentralizado e, consequentemente, o Estado-Membro desapareceu na*

*coletividade local*⁶³. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal naquele período revela, evidentemente, traços desse federalismo espécioso praticado no Brasil àquela época.

Sob essa perspectiva, a Corte, em 1944, julgou recurso de *habeas corpus* cuja controvérsia envolvia a definição do perfil da federação brasileira. O recorrente havia sido condenado por tribunal do júri pela prática do *crime de ferimentos graves*. Ocorre que, à época do julgamento impugnado, encontrava-se em vigor o Decreto-Lei n. 167, de 5 de janeiro de 1938, *que retirara ao júri o julgamento dos crimes capitulados no referido dispositivo penal*⁶⁴. A esse propósito, ponderou o Ministro Philadelpho Azevedo que, contrário sensu, *se poderia concluir pela revogação das leis locais que cometessesem ao júri o julgamento de quaisquer outros delitos*⁶⁵. Em seguida, o próprio Ministro delimitou a questão central da causa *sub judice*:

Surge, porém, a dúvida constitucional: a matéria é de processo ou de organização judiciária?

Neste último caso, ou não valeriam os textos citados, de 1938 e 1941, ou, pelo menos, continuariam de pé, até oportuna revogação, os preceitos de leis locais que também cometessesem ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes.⁶⁶

Era necessário decidir se a matéria seria de competência estadual — organização judiciária — ou federal — direito processual. Outro fundamento a examinar *in casu* era o relativo às atribuições implícitas dos estados-membros. Nessa linha, segundo o entendimento

63 Cf. Raul Machado Horta. *A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte, 1964, p. 206.

64 Cf. voto proferido pelo Min. Barros Barreto no RHC n. 28.695/MT, Rel. Min. Goulart de Oliveira, julgado em 31-5-1944.

65 Cf. voto proferido no RHC n. 28.695/MT, Rel. Min. Goulart de Oliveira, julgado em 31-5-1944.

66 Cf. voto proferido no RHC n. 28.695/MT, Rel. Min. Goulart de Oliveira, julgado em 31-5-1944.

expendido pelo Ministro Philadelpho Azevedo, *nada há a restringir o poder implícito, para o Estado, de organizar seu aparelhamento judiciário, respeitadas as garantias constitucionais; até mesmo, em relação ao processo existe competência local subsidiária que, aliás, na espécie não se justificaria*⁶⁷.

Os argumentos alinhados pelo Ministro Philadelpho Azevedo foram, porém, contestados pelo Ministro Orozimbo Nonato. Consciente do *federalismo nominal*⁶⁸ imposto pelo regime constitucional então em vigor, proferiu duras — mas verdadeiras — palavras sobre as características do modelo federativo brasileiro de então. As contundentes considerações formuladas por ocasião do julgado foram as seguintes:

Nosso regime não é federativo; pelo menos não é puramente federativo. Não se pode, em face da realidade constitucional vigente, afirmar, a meu ver, a autonomia dos Estados. Tal autonomia é desmentida em quase todos os capítulos da Constituição e na prática da vida constitucional.⁶⁹

Com base na crua realidade — por ele reconhecida — do desenho institucional do Estado brasileiro, indagou-se o Ministro Orozimbo Nonato: *se o regime não é federativo; se, no máximo, é semifederativo, como atribuir aos Estados poderes implícitos para fazer tudo aquilo que a Constituição não lhes nega?* E, em seguida, respondeu: *não se pode dar a esse dispositivo caráter definidor, no sistema político brasileiro*⁷⁰. Ou seja, descabia, ante a Carta de 1937 e sua prática, conferir amplitude significativa à cláusula que assegurava aos estados-membros o exercício de *todo e qualquer poder que lhes não*

67 Cf. voto proferido no RHC n. 28.695/MT, Rel. Min. Goulart de Oliveira, julgado em 31-5-1944.

68 Expressão adotada por Raul Machado Horta. *A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro*, p. 204.

69 Cf. voto proferido no RHC n. 28.695/MT, Rel. Min. Goulart de Oliveira, julgado em 31-5-1944.

70 Cf. voto proferido no RHC n. 28.695/MT, Rel. Min. Goulart de Oliveira, julgado em 31-5-1944.

for negado, expressa ou implicitamente⁷¹. Acresceu, ainda, o Ministro que, no caso, a lei não pode ser restrita a este ou àquele Estado; trata-se de atribuição federal e a lei que instituiu e organiza o Júri foi sempre federal⁷².

Em outro precedente da época, ao se debater sobre a aplicabilidade, na vigência da Carta de 1937, das garantias concedidas aos servidores públicos estaduais pela Constituição paulista de 1925, voltou o Ministro Orozimbo Nonato a examinar o perfil da federação brasileira naquele período. Em sua avaliação, *é justamente fortalecido nesse federalismo e nesse semifederalismo que a Constituição pôde dar uma regra geral a todo o país, incluindo funcionários de todos os Estados⁷³.* Admitiu, ainda, que o texto constitucional de 1937 *apagou essa autonomia dos Estados e reduziu a sua função legiferante⁷⁴.*

É interessante perceber, em tais julgados, a resignação do Ministro Orozimbo Nonato ao direito constitucional positivo e sua prática. Na condição de juiz, conformou-se em dar aplicação ao ordenamento em vigor, ainda que eventualmente divergisse de seus ditames. Sobre o federalismo praticado na vigência da Carta de 1937, suas considerações, de certo modo, coincidem com a avaliação apresentada por Raul Machado Horta: *é a fase do eclipse da autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro⁷⁵.*

3. A representação intervintiva após a Constituição de 1946

A Constituição de 1946 consagrou nova conformação normativa ao regime da intervenção federal, notadamente quanto à necessidade,

71 Cf. art. 21, II, da Carta de 1937.

72 Cf. voto proferido no RHC n. 28.695/MT, Rel. Min. Goulart de Oliveira, julgado em 31-5-1944.

73 Cf. voto proferido no RE n. 6.760-Embargos/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 4-10-1944.

74 Cf. voto proferido no RE n. 6.760-Embargos/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 4-10-1944.

75 Cf. *A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro*, p. 204.

em certas hipóteses, da participação do Supremo Tribunal Federal. Segundo o parágrafo único do art. 8º do texto magno de então, a decretação de intervenção estaria subordinada à declaração de inconstitucionalidade pela Corte de ato que violasse os denominados princípios sensíveis. A manifestação do Supremo Tribunal Federal decorreria de representação movida pelo Procurador-Geral da República.

Algumas das principais características da representação para intervenção federal instituída à época — que foram determinantes para o desenvolvimento do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil — foram definidas a partir dos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal nos primeiros anos que se seguiram à promulgação do texto constitucional. Nessa construção, teve o Ministro Orozimbo Nonato clara interferência.

Em representação manejada em face de preceito normativo da Constituição do Estado de Pernambuco, deparou-se o Supremo Tribunal Federal com circunstância singular. A questão havia sido levada perante o Procurador-Geral da República a partir de ofício encaminhado ao Presidente da República pelo Interventor no Estado, questionando sobre como proceder ante a iminente promulgação do texto constitucional pernambucano e a conseqüente aplicação do dispositivo em causa, que determinava a ocupação do cargo de Governador do Estado pelo Presidente da Assembleia Legislativa em caráter provisório. Em outro ofício, o Ministro da Justiça — encaminhando o expediente do Interventor — comunicou ao Procurador-Geral da República *ter decidido não pôr em execução qualquer providência sobre o caso, antes do devido pronunciamento do órgão do Poder Judiciário competente*⁷⁶, solicitando que a questão fosse, então, submetida ao exame do Supremo Tribunal Federal. Por sua vez, o Procurador-Geral da República, na representação, demanda o *pronunciamento do Tribunal, mas — conforme a peculiar narrativa do Ministro Orozimbo Nonato — desvela, sem ambages, a opinião, em que está, de achar-se o texto transrito imaculado da balda de inconstitucionalidade*. Sugeriu, assim, o Ministro que, à primeira vista, ostenta o caso aparência de simples consulta, a

76 Cf. relatado no voto do Ministro Orozimbo Nonato proferido na Rp n. 95/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 30-7-1947.

cuja resposta devia o Tribunal excusar-se, já que, sempre e em todos os casos, (...) sua declaração é sentença, seu pronunciamento é decisão⁷⁷.

Investido na condição de Relator do processo, ao Ministro Orozimbo Nonato coube, em primeiro lugar, apresentar solução à questão sobre o cabimento da representação. E, nessa tarefa, teve a oportunidade de assentar relevantes diretrizes sobre o perfil do instituto da representação intervintiva. Assim, ao tecer considerações sobre o caso, asseverou ser certo que se trata de declaração de inconstitucionalidade em tese, circunstância, porém, que não retira ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal conteúdo de verdadeira decisão, especificada de vera sentença⁷⁸. Considerou que não seria por amor ao torturado conceito da independência e harmonia dos poderes que se poderia fulminar a prática dos julgamentos em tese, embora reconhecesse que a competência para decidir in especie é que é própria do Poder Judiciário, como consectário da divisão dos poderes⁷⁹.

Ainda sobre o exame em abstrato da inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal, julgou o Ministro Orozimbo Nonato tratar-se de competência normativa, que é incomum, mas não avulta como anomalia⁸⁰. Segundo ele, não se cuida de função consultiva, fazendo mister surgir a situação a que Castro Nunes chamou “contencioso constitucional”⁸¹. Era exatamente a aparente ausência de controvérsia, de impugnação, que tornava o caso momentoso. A problemática suscitada foi assim descrita pelo Ministro Orozimbo Nonato:

77 Cf. voto proferido na Rp n. 95/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 30-7-1947.

78 Cf. voto proferido na Rp n. 95/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 30-7-1947.

79 Cf. voto proferido na Rp n. 95/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 30-7-1947.

80 Cf. voto proferido na Rp n. 95/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 30-7-1947.

81 Cf. voto proferido na Rp n. 95/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 30-7-1947.

E a aparência é, na hipótese dos autos, de inexistência desse “contencioso”, pois as comunicações dirigidas ao eminente Procurador-Geral da República revelam, como observei, mais uma atitude de dúvida que de impugnação, e o nobre Chefe do Ministério Pùblico não oculta seu parecer de inexistir constitucionalidade que reclame as fulminações do Poder Judiciário, os *anatemas maranatas* dos atalaias da pureza e da incolumidade da lei maior.⁸²

No entanto, tal aparência, conforme o eminente julgador, *evapora-se com o exame mais de fito do caso*⁸³. Em seguida, desenvolveu o raciocínio que serviria de paradigma no processamento de representações seguintes:

Não se desdobram, é certo, nas comunicações referidas, as linhas em que pode a controvérsia se expandir. Mas esse deslastro de argumentação legal mostra-se insignificativo e tem explicação em que basta expor o fato para que o Tribunal declare o direito: “*La Cour connaît le droit*”. De resto, o Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da República indica nitidamente o texto da Constituição pernambucana que estaria às testilhas com princípios cabedais da lei maior, de tudo resultando a ocorrência do “contencioso de constitucionalidade”. Demais disso, as dúvidas espelhadas nas comunicações não se perderão no vago de cogitações teóricas, senão que estão determinando uma atitude que caracteriza e afia os erices de um conflito. O Sr. Interventor pede instruções do Governo “caso pretenda aquele titular (o Presidente da Assembléia Legislativa) tomar posse no cargo” e o Sr. Ministro da Justiça anuncia, clara e inequivocamente, o seu propósito de “não pôr em execução qualquer providência, sobre o caso, antes do devido pronunciamento do órgão do Poder Judiciário competente (art. 8º, parágrafo único, da Constituição Federal). E aí está a iminência da bicefalia do Executivo (o que vale a acefalia), uma das gravíssimas formas do “tumulto constitucional”, de “teratogenia política”.⁸⁴

82 Cf. voto proferido na Rp n. 95/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 30-7-1947.

83 Cf. voto proferido na Rp n. 95/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 30-7-1947.

84 Cf. voto proferido na Rp n. 95/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 30-7-1947.

E, adiante, concluiu seu pensamento:

Não há, insistamos, no caso dos autos, simples consulta ao Supremo Tribunal Federal, que não é órgão consultivo, senão judicante, mas a exposição de um conflito de natureza constitucional, elementarmente constitucional, não ocultando a forma algo dubitativa das comunicações a ocorrência do tumulto, uma vez que, apesar de promulgada a Constituição, que defere a chefia do Executivo, no caso, e episodicamente, ao Presidente da Assembléia, o Interventor persiste em continuar a ocupar aquela Chefia, e o Governo Federal declara abster-se de qualquer providência antes da deliberação do Judiciário. Tais atitudes apenas encontram explicação em se haver por inconstitucional o texto aludido, embora essa convicção se desvele na forma discreta de hesitação e de dúvida. Por outro lado, a opinião do eminentíssimo Sr. Dr. Procurador-Geral da República constitui, sem dúvida, dado precioso à solução da controvérsia, por seu prestígio pessoal de publicista, por sua autoridade de doutrinador. Mas não exclui a postulação da controvérsia, uma vez que ele tomou formalmente a iniciativa a que alude o parágrafo único do art. 8º da Constituição Federal, isto é, submeteu ao Supremo Tribunal Federal o exame do ato argüido de inconstitucionalidade.⁸⁵

Passou, desse modo, o Supremo Tribunal Federal, a partir do entendimento assentado pelo Ministro Orozimbo Nonato, a admitir o cabimento da representação intervintiva, ainda que o Procurador-Geral da República — *dominus litis* na hipótese — oferecesse manifestação pela constitucionalidade do ato *sub judice*. Para o Ministro, *desde que uma dúvida em torno da Constituição seja levantada por quem tenha qualidade, pela posição que ocupe, pela situação de Governo, e o Dr. Procurador-Geral da República entenda de submetê-la ao Supremo Tribunal Federal, está desenhado o conflito constitucional, que exige o remédio constitucional correspondente. Não é necessário, data venia, que o eminentíssimo Procurador-Geral também opine no sentido da inconstitucionalidade*⁸⁶.

85 Cf. voto proferido na Rp n. 95/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 30-7-1947.

86 Cf. voto proferido na Rp n. 96/DF, Rel. Min. Laudo de Camargo, julgada em 3-10-1947.

Em suma, a orientação da Corte, segundo ensina Gilmar Ferreira Mendes, *atribuía ao instituto um duplo caráter, que permitia ao Procurador-Geral arguir a inconstitucionalidade do ato estadual, se dela estivesse convencido, ou encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o pedido de arguição, eventualmente, acompanhado de parecer no qual enfatizava a constitucionalidade do ato*⁸⁷.

A representação oferecida em face da Constituição pernambucana gerou, ainda, outra dificuldade quanto ao seu cabimento. Sabe-se que seu processamento tem a clara finalidade de autorizar a decretação de intervenção federal. Ocorre que o Estado já se encontrava sob intervenção previamente ao manejo da representação. Deduziu-se, então, o argumento de que não caberia o seu ajuizamento no caso, *porque intervenção já existe*⁸⁸. Tal consideração foi, de pronto, afastada pelo Ministro Orozimbo Nonato, que ponderou:

Se o constituinte, por evitar males de graveza inocultável, estabeleceu o remédio heróico da intervenção, a permanência desta, preexistente por outro motivo, vale a aplicação da providência excepcional. Em ambos os casos, o que se discute é o cabimento da intervenção. E a esse destrecho se chega naturalmente, sem torturar ou desfigurar o texto, mas apenas com o recolher as razões profundas do preceito e com o captar-lhe as altas finalidades.”⁸⁹

Para o Ministro Orozimbo Nonato, portanto, o estado de intervenção que vigorava não impedia nova autorização, por outro fundamento, para a expedição de outro decreto intervintivo. Compreender de modo diverso constituía, segundo a sua expressão, *inteligência farsaica da lei*⁹⁰.

87 Cf. Gilmar Ferreira Mendes. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993. In: *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 69.

88 Cf. voto do Ministro Orozimbo Nonato proferido na Rp n. 95/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 30-7-1947.

89 Cf. voto proferido na Rp n. 95/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 30-7-1947.

90 Cf. voto proferido na Rp n. 95/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 30-7-1947.

A prática instaurada pelo Supremo Tribunal Federal acabou por conferir aspecto singular ao instituto da representação. Admitida no texto da Constituição de 1946 como condição a que fosse decretada a intervenção federal em caso de violação dos princípios sensíveis, a representação acabou sendo manejada diversas vezes contra leis e Constituições estaduais, sem, porém, propiciar a edição de decreto intervencional, apesar do julgamento pela procedência⁹¹. *Em geral, registra Aliomar Baleeiro, ou os Estados promovem logo a revogação do dispositivo declarado inconstitucional, ou deixam sem execução, enquanto o Supremo remete cópia autêntica de seu julgado ao Senado, para os efeitos de suspensão do texto*⁹². A conformação jurídica da representação acolhida pela Corte acabou por *aplanar o caminho que haveria de levar à instituição do controle abstrato de normas no Direito Constitucional brasileiro*⁹³. Conforme a lição de Gilmar Ferreira Mendes, *na prática distorcida do instituto da representação intervencional, está o embrião da representação de inconstitucionalidade em tese, da ação direta de inconstitucionalidade e, naturalmente, da ação declaratória de constitucionalidade*⁹⁴. E, nesse sentido, contribuiu o Ministro Orozimbo Nonato.

4. Limites constitucionais às Constituições estaduais

A definição dos contornos do pacto federativo consagrado pelo texto constitucional passa necessariamente pelo reconhecimento dos poderes da União e das demais unidades da federação. Tema particularmente tormentoso, nesse sentido, é o relativo às limitações a que se sujeita o poder de auto-organização dos Estados-Membros, em face do texto constitucional em vigor. Cuida-se, na prática, de

91 Cf. Aliomar Baleeiro. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 95.

92 Cf. Aliomar Baleeiro. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 95.

93 Cf. Gilmar Ferreira Mendes. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993. p. 70.

94 Cf. Gilmar Ferreira Mendes. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993. p. 70.

identificar os princípios da Constituição Federal de observância obrigatória pelo constituinte estadual, permitindo vislumbrar, desse modo, as questões em que o Estado está autorizado a inovar em matéria de organização política.

Essa questão foi objeto de significativas controvérsias propostas perante o Supremo Tribunal Federal por ocasião do regime inaugurado a partir da Constituição de 1946. Em especial, a Corte examinou a constitucionalidade de preceitos estaduais que estabeleciam arranjos político-institucionais que não se amoldavam propriamente ao sistema político adotado para a esfera federal. Assim, as indagações recaíam sobre o caráter inovador do poder constituinte dos Estados-Membros e seus limites.

Ao examinar representação que impugnava dispositivos da Constituição do Ceará, esse assunto foi abordado com profundidade pelo Tribunal. Impugnava-se (a) comando de natureza transitória que conferia à Assembléia Legislativa a prerrogativa de eleger o Vice-Governador, bem assim (b) preceito do corpo permanente do texto da Constituição estadual que submetia os Secretários de Estado à confirmação pelo Poder Legislativo⁹⁵. Alegava-se, no caso, violação do princípio da *independência e harmonia entre os poderes*.

O Ministro Orozimbo Nonato, naquele julgado, esboçou lição basilar sobre a interpretação da cláusula da independência e harmonia dos poderes como limite ao constituinte estadual. Para ele, essa cláusula traduzia a imposição aos Estados-Membros do sistema político da esfera federal. Não se poderia *permitir*, conforme assinalou, *que quebrem os Estados o molde federal e estruturem os seus poderes em linhas que contrastem com o que, nessa matéria básica e essencial, dispõe a lex legem*⁹⁶. Em seguida, indicou como, no seu entender, deveria ser apurada a noção de independência e harmonia dos poderes:

95 Cf. Rp n. 93/DF, Rel. Min. Annibal Freire, julgada em 16-7-1947.

96 Cf. voto proferido na Rp n. 93/DF, Rel. Min. Annibal Freire, julgada em 16-7-1947.

De resto, trata-se de princípios que não são inéditos na vida constitucional do País e que, ao revés, já encontram o lastro de uma sólida tradição. As noções de presidencialismo e de harmonia e independência dos poderes não surgem, assim, entre nós, com a auréola dos princípios novos e, pois, algo misterioso a despertar o zelo excessivo e indiscreto e o ardor exagerado dos recém-iniciados.⁹⁷

A imposição do princípio da independência e harmonia dos poderes como adequação necessária do sistema político estadual às diretrizes básicas do modelo federal foi, então, seguida à risca pelo Ministro Orozimbo Nonato. Esse foi exatamente o argumento decisivo para que o Ministro julgassem constitucional a regra transitória da Constituição cearense que determinava a eleição do Vice-Governador pela Assembléia Legislativa. Disse o eminentíssimo julgador:

E, quando todas essas considerações não fossem poderosas a perlar o dispositivo da vila de potentermente inconstitucional, um só, a meu ver, bastaria a expungir-lhe essa coima. É que, no passo que se trata, a Constituição cearense teve como exemplar fonte, modelo, a própria Constituição Federal. Projeto-se no plano estadual preceito recebido no plano federal. O eminentíssimo Dr. Francisco Campos, cujos largos créditos de constitucionalista são de todos proclamados, disse com razão que a Constituição Federal é a base em que o poder federal e o dos Estados encontram a um só tempo o fundamento de sua legitimidade e a fonte de suas atribuições, assim como os limites de sua própria competência.

A Constituição Federal, como é sabido, em dispositivo transitório, art. 1º, determinou que a Assembléia Constituinte elegeria, no dia que se seguisse à promulgação do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o Vice-Presidente da República para o primeiro período constitucional. Pois bem. A Constituição do Estado do Ceará copiou também, em disposições transitórias, o dispositivo. Não se trata, aqui, de admitir ampliações incivis de dispositivo excepcional, mas de tolerar a sua reprodução, também em caráter excepcional e transitório, na Constituição estadual.⁹⁸

97 Cf. voto proferido na Rp n. 93/DF, Rel. Min. Annibal Freire, julgada em 16-7-1947.

98 Cf. voto proferido na Rp n. 93/DF, Rel. Min. Annibal Freire, julgada em 16-7-1947.

Claramente, o juízo emitido pelo Ministro Orozimbo tem como base a perfeita simetria entre o regime transitório constante da Constituição Federal e o dispositivo constitucional cearense. Ainda assim, no ponto, a maioria da Corte divergiu desse entendimento, declarando a inconstitucionalidade do comando normativo.

Sobre o preceito que submetia a nomeação de Secretários de Estado à Assembléia Legislativa, o Ministro Orozimbo Nonato manteve a coerência do argumento, porém para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo estadual. Para ele, *o secretário do Chefe do Poder Executivo é seu auxiliar de confiança direta e imediata e, a essa conta, é que a responsabilidade dos atos do Governo incide principalmente na pessoa do Chefe do Poder Executivo, ao revés do que passa no regime parlamentarista, em que ele reina e não governa*⁹⁹. A Constituição cearense, salientou, *adotou um parlamentarismo de linhas impuras e feição desconsertante*¹⁰⁰. Ao reconhecer tal característica no modelo político estadual, o Ministro Orozimbo Nonato manteve os mesmos argumentos para julgar presente vício insanável de inconstitucionalidade, *in verbis*:

O que, pois, fica por examinar é se a Constituição cearense seguiu, como lhe cumpria, a Federal na estrutura dos poderes e consagrou a “harmonia e independência dos poderes”, como ressalta dos dispositivos da lei maior. E a resposta exata é, a meu ver, desengonadamente negativa. E os eminentes colegas já o demonstraram que farte. Por ela, o Legislativo interfere direta e imediatamente em funções específicas do Poder Executivo, deslocando-se para o primeiro, e quebrando o modelo federal, a prevalência, a predominância dos poderes, que, assim, não guardam a harmonia e independência como a estabelece a Constituição Federal.¹⁰¹

99 Cf. voto proferido na Rp n. 93/DF, Rel. Min. Annibal Freire, julgada em 16-7-1947.

100 Cf. voto proferido na Rp n. 93/DF, Rel. Min. Annibal Freire, julgada em 16-7-1947.

101 Cf. voto proferido na Rp n. 93/DF, Rel. Min. Annibal Freire, julgada em 16-7-1947.

Ao final de sua manifestação nesse julgado, o Ministro Orozimbo Nonato acabou por reconhecer as limitações de seu argumento. Admitiu expressamente que o parlamentarismo também pode *apresentar uma versão do torturado conceito da independência e harmonia dos poderes*¹⁰². No entanto, manteve a interpretação formulada no sentido de que, no regime constitucional pátrio, a observância do princípio da independência e harmonia dos poderes está a depender, no caso dos Estados-Membros, da adoção do formato político federal.

Em outro julgado, ao examinar a constitucionalidade de dispositivos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul que estabeleciam modelo político de tendência parlamentarista¹⁰³, o Ministro Orozimbo Nonato tornou a utilizar-se da interpretação que conferia ao princípio da independência e harmonia entre os poderes.

Para desenvolver seu raciocínio, o Ministro Orozimbo tomou como pressuposto que o sistema político estabelecido pela Constituição rio-grandense tinha nítido caráter parlamentarista. Então concluiu: *a Constituição do Rio Grande do Sul contrasta, pois, com a Constituição da República, no que diz respeito à estruturação e funcionamento dos poderes políticos*¹⁰⁴. Cumpria, assim, verificar se pode esse contraste permanecer, por amor da autonomia do Estado e em face da própria lei maior, isto é, se a Constituição do Rio Grande do Sul mantém ou não mantém “a harmonia e independência dos poderes”.¹⁰⁵

Em face desse cenário, o Ministro Orozimbo Nonato retomou o fundamento de que a Constituição exige que o sistema político estadual observe, na prática, os moldes da organização dos poderes da União para, desse modo, atender à cláusula de independência e harmonia dos poderes. Sobre a questão, manifestou-se nos seguintes termos:

102 Cf. voto proferido na Rp n. 93/DF, Rel. Min. Annibal Freire, julgada em 16-7-1947.

103 Cf. Rp n. 94/DF, Rel. Min. Castro Nunes, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, março de 1948.

104 Cf. voto proferido na Rp n. 94/DF, Rel. Min. Castro Nunes, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, março de 1948.

105 Cf. voto proferido na Rp n. 94/DF, Rel. Min. Castro Nunes, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, março de 1948.

Mas o que interessa é o padrão adotado pela Constituição Nacional, e não o consagrado em leis políticas de outros povos ou preconizado por este ou aquele Doutor. E é o padrão da lei maior brasileira que não é permitido ao Estado reduzir a trociscos. A independência e harmonia de poderes da referência do art. 7º é a que se encontra modelada na própria Constituição.

E não é possível negar-se que a Constituição do Rio Grande do Sul quebrou esse molde.¹⁰⁶

E, voltando ao mesmo argumento, o Ministro Orozimbo Nonato acompanhou a maioria da Corte para declarar a inconstitucionalidade do arranjo parlamentarista instituído no âmbito da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. Voltou, porém, a admitir: *o regime parlamentarista pode conter harmonia e independência dos poderes*, mediante o desdobramento do Poder Executivo, por separação por cissiparidade, em Poder moderador¹⁰⁷. Ainda assim, manteve que a interpretação dessa cláusula na Constituição brasileira significa adequação compulsória dos Estados à fórmula política utilizada no plano federal.

É certo que a argumentação do Ministro Orozimbo Nonato produz reflexos até os dias de hoje, no que diz respeito à interpretação da federação brasileira. Não há como, *a priori*, recusar a idéia de que tal entendimento impôs figurino mais apertado ao poder constituinte dos Estados, restringindo, em muitas questões, o espírito inovador da política estadual.

No entanto, tal via interpretativa do modelo de 1946 recebeu o reconhecimento daqueles — como Raul Machado Horta — que mais a fundo estudaram, sob o ângulo constitucional, o Estado federal brasileiro. Segundo o constitucionalista mineiro, *a competência do constituinte estadual não poderia evidentemente transpor as limitações que decorriam da Constituição Federal e a técnica de 1946 estava*

106 Cf. voto proferido na Rp n. 94/DF, Rel. Min. Castro Nunes, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, março de 1948.

107 Cf. voto proferido na Rp n. 94/DF, Rel. Min. Castro Nunes. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, março de 1948.

*amparada em eficientes dispositivos de frenação*¹⁰⁸. Ou seja, o Ministro Orozimbo limitou-se, em sua função judicante, a meramente dar execução a essa frenagem.

5. A natureza do *impeachment* e sua aplicação nos Estados

Há muito se debate sobre a natureza jurídica do *impeachment*. Formou-se, de um lado, corrente no sentido de que o conjunto normativo que rege o tema situa-se no campo do Direito Penal e Processual Penal¹⁰⁹. De outro, tomou corpo a idéia de que os crimes de responsabilidade constituem, de fato, infrações de natureza político-administrativa¹¹⁰.

A questão foi suscitada por diversas vezes perante o Supremo Tribunal Federal. Assume, porém, especial relevo a representação movida pelo Procurador-Geral da República em face da Constituição do Estado de Alagoas de 1947. Foram impugnados, na oportunidade, seus arts. 57 e 58, que determinavam:

Art. 57. O Governador do Estado, depois que a Assembléia Legislativa, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, declarar procedente a acusação, será submetido a processo e julgamento, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, perante o Tribunal de Justiça do Estado.

§ 1º (...)

§ 2º A sentença condenatória importará perda do cargo e incapacidade para exercer qualquer função pública, na forma da lei.

Art. 58. São crimes de responsabilidade os atos do Governador do Estado que atentarem contra as Constituições Federal e Estadual, e especialmente contra:

I - a existência da União, do Estado e dos Municípios;

108 Cf. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 452.

109 Este o entendimento do Ministro Hahnemann Guimarães consagrado no voto que proferiu por ocasião da Rp n. 111/AL, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgada em 23-9-1948.

110 Ver, a propósito, Paulo Brossard de Souza Pinto. *O impeachment*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1965. p. 105.

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judi-
ciário e dos Poderes Constitucionais dos Municípios;

III - o cumprimento das decisões judiciais;

IV - a probidade na administração;

V - a lei orçamentária;

VI - a guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos;

VII - o exercício dos direitos políticos individuais e sociais;

VIII - a segurança interna do Estado.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Nesse caso, a polêmica sobre a natureza do *impeachment* veio à tona em virtude do argumento que nega legitimidade à Constituição estadual para dispor sobre o tema. Ocorre que, nos termos da Constituição de 1946, Direito Penal e Processual Penal já se encontravam na esfera de competência da União. Ademais, sob a vigência do texto constitucional anterior (1937), a definição dos crimes de responsabilidade de governadores de Estado, bem como de penalidades e da competência para julgamento foi regulada por diploma federal, no caso o Decreto-Lei n. 1.202, de 8 de abril de 1939, modificado pelo Decreto-Lei n. 5.511, de 21 de maio de 1943.

Esse o principal fundamento deduzido pelo Relator do processo, Ministro Hahnemann Guimarães, para declarar a inconstitucionalidade dos preceitos da Constituição do Estado de Alagoas que versavam sobre o assunto. Segundo ele, é *contrário à independência do Poder Executivo submeter quem o exerce a regime penal não admitido em lei federal, pois que somente à União compete legislar sobre o direito penal e o processo*¹¹¹. Considerou que os *preceitos constitucionais particularizam o regime penal a que, nos crimes de responsabilidade, ficam sujeitos o Presidente da República e os Ministros de*

111 Cf. voto proferido na Rp n. 111/AL, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgada em 23-9-1948.

Estado¹¹². Em seguida, questionou o Ministro Relator: podia o legislador que elaborou a Constituição do Estado sujeitar o órgão do Poder Executivo a um regime penal de exceção limitado a certos sujeitos de responsabilidade, com infração do princípio constitucional que dá privativamente à União competência para legislar sobre o direito penal e o processo?¹¹³ E respondeu, sem titubeios: o preceito do art. 18 da Constituição parece que impõe a resposta negativa¹¹⁴.

Desse argumento divergiu, porém, o Ministro Orozimbo Nonato. Entendeu-o um motivo radical¹¹⁵. O impeachment, sendo processo eminentemente político (juízo político), salientou, pode ser disciplinado pelo poder constituinte estadual, porque não se trata aqui de punir, criminalmente, alguém, o que seria função legislativa, mas de declarar incompatibilidades, desqualificações, destinações todas de ordem política admissíveis, assim no plano federal, como no estadual¹¹⁶. Em julgado posterior, tornou a assentar que é possível a transposição para o plano estadual da figura do impeachment como processo jurídico ou político¹¹⁷. Desse modo, sua manifestação, ao julgar legítimo que o constituinte estadual discipline a matéria, conferiu a devida atenção à autonomia dos Estados-Membros e, portanto, à própria federação.

112 Cf. voto proferido na Rp n. 111/AL, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgada em 23-9-1948.

113 Cf. voto proferido na Rp n. 111/AL, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgada em 23-9-1948.

114 Cf. voto proferido na Rp n. 111/AL, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgada em 23-9-1948.

115 Cf. voto proferido na Rp n. 111/AL, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgada em 23-9-1948.

116 Cf. voto proferido na Rp n. 111/AL, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgada em 23-9-1948.

117 Cf. voto proferido na Rp n. 102/DF, Rel. Min. Barros Barreto, julgada em 24-11-1948.

Nesse ponto, porém, ficou vencido o Ministro Orozimbo Nonato. Prevaleceu, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a idéia de que o *impeachment* situava-se no campo do direito criminal, centralizando o poder de legislar sobre a matéria.

Contudo, mesmo reconhecendo a legitimidade de a Constituição alagoana dispor sobre o *impeachment*, o Ministro Orozimbo Nonato acabou por alinhar-se à maioria da Corte, porém por fundamentos diversos. Para o Ministro Orozimbo Nonato, não se submeteu o constituinte estadual ao *molde da lei federal*. *Esse molde, esclareceu, é que foi quebrado pela constituinte alagoana, dando ao impeachment feição de processo penal, julgado, sobretudo, pelos órgãos do Poder Judiciário*¹¹⁸. Tal conformação, segundo seu entendimento, *está ao arrepião não só da índole mesma do instituto, senão do modelo fixado e regulado, irremovivelmente, pelo constituinte federal*¹¹⁹.

Ainda sobre o *modelo* a ser observado pelas Constituições estaduais ao disciplinar o *impeachment*, aduziu o eminentíssimo julgador:

Seria possível, sem dúvida, a um determinado país não atender a feição estrita do instituto e ainda desconsiderar a fonte de que houvesse provindo, se bem que, geralmente, esses velhos institutos devam guardar, através da sua evolução, os traços primordiais que assinalaram a sua aplicação em outros países. Mas, se seria possível ao constituinte brasileiro criar um *impeachment* especial, um modelo especial de *impeachment*, o mesmo não passa com o constituinte estadual, que não pode alongar-se, no caso, dos sulcos entalhados pela lei maior do País.

O art. 57 delira, absolutamente, desses sulcos. Logo, não poderia permanecer, e, como esse princípio capitalíssimo, a meu ver, guarda relação insestil com o que sucede, isto é, com o parágrafo 2º e o art. 58, a declaração da sua inconstitucionalidade torna, logicamente, inconstitucional o todo, devendo-se, quando se regular o instituto, atender, então, à norma do legislador federal.

118 Cf. voto proferido na Rp n. 111/AL, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgada em 23-9-1948.

119 Cf. voto proferido na Rp n. 111/AL, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgada em 23-9-1948.

A jurisprudência assentada a partir de 1946, segundo a obra clássica de Paulo Brossard, sugere indesejável limitação à diversidade institucional decorrente da estrutura federal. Na lição do mestre gaúcho, *a Corte perdeu a perspectiva nacional, vista através de critérios federativos. Foi desaparecendo, avalia, o colorido local, a variedade das províncias na unidade da nação. Decisões proferidas após a Constituição de 1946 revelam os estigmas que a centralização deixara nos espíritos e nos hábitos*¹²⁰. Para ele, *a legislação, a seguir elaborada, ressentiu-se dessa influência*.

À tendência flagrada por Brossard não aderiu, de pleno, o Ministro Orozimbo Nonato. Reconheceu ao constituinte estadual o poder de dispor sobre o instituto do *impeachment* em relação às autoridades locais. Não foi, como se viu, *centralista* a ponto de exigir que a disciplina da matéria fosse exclusivamente federal. No entanto, inadmitiu que a Constituição alagoana desse nova configuração ao instituto, deslocando a competência para o julgamento de autoridade estadual por prática de crime de responsabilidade a órgãos integrantes do Poder Judiciário. Ou seja, em sua interpretação da ordem constitucional de 1946, vislumbrou restrições à liberdade de conformação do constituinte estadual, impondo ao regime estadual do *impeachment* o padrão estatuído para as autoridades federais.

6. O alcance da rejeição congressual do voto

Ponto importante da relação entre os Poderes Legislativo e Executivo reside no exercício do poder de voto. Sabe-se, nesse particular, que o voto, na ordem constitucional brasileira, não assume caráter absoluto, conferindo-se ao Legislativo a prerrogativa de deliberar sobre ele. Caberá, pois, aos órgãos legiferantes decidir se mantêm o voto ou se o rejeitam, transformando, neste caso, a proposição recusada pelo Chefe do Executivo em lei.

O texto constitucional de 1946 já contemplava, de maneira expressa, em seu art. 70, § 1º, a possibilidade de o voto alcançar o

120 Cf. Paulo Brossard de Souza Pinto. *O impeachment*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1965. p. 103.

projeto de lei no todo ou em parte. Não havia, contudo, disposição quanto à abrangência do poder de rejeição do voto confiado ao Poder Legislativo. Ou seja, o regime normativo-constitucional dedicado ao tema não tornava explícito se a deliberação poderia resultar na rejeição apenas parcial do voto¹²¹.

Em 1º de junho de 1956, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão. Cuidava-se de representação oferecida pelo Procurador-Geral da República em que se impugnava a constitucionalidade da Lei n. 198, de 18 de dezembro de 1954, do Estado de Santa Catarina¹²². No caso, o Governador do Estado vetou integralmente o projeto de lei (PL n. 1.136) que lhe deu origem. Ao apreciar a manifestação do Executivo, a Assembléia Legislativa decidiu por decompor o voto, rejeitando-o somente em parte.

A controvérsia foi dirimida a partir do voto proferido pelo Ministro Orozimbo Nonato, que, escudado nas lições de Themistocles Cavalcanti, reconheceu ao Legislativo o poder de *reexame pelo Congresso, separadamente, de cada parcela do voto, da mesma forma por que o Executivo pode, através de voto parcial, deixar de aprovar apenas uma parte da lei já votada*¹²³.

A lição de Themistocles Cavalcanti, acolhida expressamente pelo Ministro Orozimbo Nonato, registra que é natural (...) não se procure dar ao reexame do voto (...) sentido muito restrito e limitado¹²⁴. Devolve-se, segundo ele, ao Congresso o exame pleno da lei, já agora enriquecido o seu processo com as razões do Poder Executivo. Se repugna admitir o restabelecimento de particularidades da lei,

121 Também a Constituição de 1988 não contempla comando normativo expresso que discipline o caso.

122 Cf. Rp n. 253/SC, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 1º-6-1956.

123 Cf. voto proferido na Rp n. 253/SC, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 1º-6-1956.

124 Cf. voto do Ministro Orozimbo Nonato proferido na Rp n. 253/SC, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 1º-6-1956.

*não contraria, entretanto, a boa técnica legislativa, que se reconheça a procedência do voto de certos preceitos e a nenhuma razão de outros*¹²⁵.

Desse modo, a prerrogativa do Poder Legislativo de apreciar os vetos apresentados pelo Poder Executivo assumiu contornos mais amplos. Assentou-se que o poder congressual de rejeição do voto não se resume meramente à simples adesão ou recusa à manifestação do Executivo. Cabe ao Legislativo, caso entenda conveniente e oportuno, desmembrar o voto, autorizando, assim, posições intermediárias. Portanto, passou o Supremo Tribunal Federal a admitir que o voto pode ser, em parte, mantido e, em parte, rejeitado, transformando em lei formal apenas parcela do conjunto normativo reprovado pelo Executivo.

7. A responsabilidade civil do Estado

A responsabilidade civil do Estado foi objeto de significativa controvérsia nos meios forenses brasileiros. Muito se discutiu se deveria ser observado o mesmo regime aplicável aos particulares ou se havia características próprias que justificassem tratamento diverso. Em trabalho publicado originariamente em 1958, Caio Tácito registrava a polêmica que, no País, tomava conta dos tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal, quanto ao tema:

Não se pacificaram, ainda, os debates sobre os fundamentos da responsabilidade civil do Estado à luz do direito positivo brasileiro. Embora a teoria do risco administrativo apresente entre nós, como no direito comparado atual, evidentes sinais de progresso, o observador dos pronunciamentos dos tribunais não deixará de anotar o largo fosso que ainda separa opiniões respeitáveis de ilustres autoridades judiciárias.

O Acórdão de 25 de abril de 1958 do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 20.732 é sintoma de dispersão opinativa que vai da conhecida preferência do Ministro Orozimbo Nonato pela teoria da responsabilidade objetiva do Estado à fide-

125 Cf. voto do Ministro Orozimbo Nonato proferido na Rp n. 253/SC, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 1º-6-1956.

lidade confessada do Ministro Nelson Hungria, “romanista até a raiz dos cabelos”, aos critérios civilistas da culpa, com a posição intermédia do Ministro Villas-Boas, filiado à “teoria dos franceses”, ou seja, à noção de falta de serviço.¹²⁶

Nessa controvérsia, conforme constata o jurista carioca, assumiu papel relevante o Ministro Orozimbo Nonato. Enquanto a maioria do Supremo Tribunal Federal insistia em submeter a responsabilidade do Estado aos mesmos ditames que regem a responsabilidade civil dos particulares, o Ministro sustentava a aplicação de regime jurídico diverso. Segundo ele, *o fundamento da responsabilidade civil do Estado não se encontra nos princípios da culpa civil, na medida em que, diferentemente dos demais casos, ela se inspira em critérios de política jurídica, na solidariedade social, na distribuição dos ônus entre os elementos que constituem o consórcio civil*¹²⁷. Assentou, nesse ponto, que *a responsabilidade do Estado por ato de seus funcionários atende a critérios ainda mais amplos que os estabelecidos em outros casos, pois suas raías se alargam em extensão muito maior da que baliza a culpa civil*¹²⁸.

A disciplina jurídica sobre a questão era, àquele tempo, bastante acanhada. Limitava-se basicamente ao disposto no art. 15 do Código Civil de 1916¹²⁹, no art. 158 da Carta de 1937¹³⁰ e, posteriormente, no

126 Cf. Caio Tácito. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 557.

127 Cf. voto proferido no RE n. 7.022/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 23-9-1947; no mesmo sentido foi o voto proferido no RE n. 4.707-Embargos/BA, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 26-5-1943.

128 Cf. voto proferido na ACi n. 7.750-Embargos/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 12-10-1943.

129 Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

130 Art. 158. Os funcionários públicos são responsáveis, solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos.

art. 194 da Constituição de 1946¹³¹. Desse modo, as soluções para as situações fáticas que se colocavam perante o Supremo Tribunal Federal exigiram expressivo esforço interpretativo por parte dos Ministros. Cada recurso que chegava à Corte suscitava, em face do direito aplicável, peculiaridades específicas sobre o tema. A pacificação da matéria levou tempo. Demorou alguns anos e foi construída de forma esparsa, a cada julgado.

a) A teoria da culpa e a responsabilidade objetiva

Nos casos levados ao Supremo Tribunal Federal, repetidas vezes foi debatida a questão referente ao elemento subjetivo contido na conduta do servidor público, na condição de preposto do poder público. Cumpria saber se a responsabilização do Estado dependia da presença de culpa do agente público — a exemplo do que se exige nos demais casos de responsabilidade civil — ou dela prescindia — impondo regime específico para a responsabilidade civil do Estado.

A maioria do Supremo Tribunal Federal sufragou a tese de que a responsabilidade do Estado era subjetiva, identificando-a com o regime aplicável às entidades privadas. Ou seja, a condenação do poder público ao ressarcimento dos prejuízos materiais sofridos tinha como pressuposto a comprovação da culpa do agente público.

Desse entendimento, porém, divergia o Ministro Orozimbo Nonato. A responsabilidade do Estado, para ele, não se pautava pela existência de culpa, mas por critérios outros. Sobre o assunto, manifestou-se nos seguintes termos:

O ilustre juiz *a quo*, na sentença de fls., filiou-se, declaradamente, na corrente dos que, ainda em hipóteses como a dos autos, apuram e medem a responsabilidade do Estado pelo critério da **culpa civil**. Ora, em votos já numerosos, já me manifestei em outro sentido, por tentando mostrar o deficiente e inadequado desse

131 Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

critério. E lembrei, entre outras, a palavra veemente e calorosa de Pedro Lessa, que realçava, com a vivacidade de seu temperamento, o quanto ele se desconvizinhava da realidade jurídica de nossos dias, e a de Hauriou, que — e só assim, a meu ver, não se chega ao remate desalentador de Wodon — assenta a responsabilidade do Estado, em tais casos, em “razões de *équité* e de *haute politique juridique*”. Daí a orientação moderna na procura de outros critérios mais justos e mais favoráveis ao equilíbrio da ordem jurídica — o da falha no serviço público, o da distribuição dos ônus e dos cômodos, inspirado no “solidarismo” social, o do risco, e aos quais, entre nós, já pagava tributo o livro notável de Amaro Cavalcanti.¹³²

Para o Ministro Orozimbo Nonato, em tais casos não se deve *pesquisar a culpa ou não da União ou do Estado, mas de verificar os prejuízos suportados por alguns em benefício de muitos. Estes muitos, a coletividade, devem reparações*¹³³. Em seus votos, argumentou que a ausência de responsabilidade sobre os danos materiais causados em virtude da não-comprovação de culpa *fere a justiça, quando, atualmente, a tendência, baseada no princípio do solidarismo, é a de repartir para todos vantagens e ônus*¹³⁴. A adesão do ordenamento pátrio ao solidarismo — que impõe a repartição de ônus e cômodos — é justificada por ele da seguinte forma:

A teoria dos ônus e cômodos, a do risco, a do acidente administrativo é que dominam atualmente. A meu ver, o nosso direito não consagra literalmente essas idéias, mas não as repele; porque o Código Civil não é completo a respeito e não pode abranger todas as hipóteses, nem completa é a Constituição.¹³⁵

132 Cf. voto proferido na ACi n. 7.448/SP, Rel. Min. José Linhares, julgada em 21-11-1947. No mesmo sentido foi o voto proferido na ACi n. 7.225/RN, Rel. Min. José Linhares, julgada em 5-1-1943; e o voto proferido no RE n. 4.549-Embargos/SP, Rel. Min. Bento de Faria, julgado em 22-4-1942.

133 Cf. voto proferido na ACi n. 7.225/RN, Rel. Min. José Linhares, julgada em 5-1-1943.

134 Cf. voto proferido na ACi n. 7.225/RN, Rel. Min. José Linhares, julgada em 5-1-1943.

135 Cf. voto proferido na ACi n. 7.264/RS, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgada em 13-4-1949.

De fato, ao abordar o alcance do art. 15 do Código Civil, admitiu o Ministro Orozimbo Nonato sua incompletude quanto à questão da responsabilidade do Estado. Nesse sentido, asseverou que a norma legal *trata do assunto, mas não o esgota inteiramente. Trata apenas de um de seus aspectos, afirmou, e fixa a responsabilidade em casos de culpa do funcionário. Não exclui, porém, outros casos em que dominam os princípios gerais de direito*¹³⁶.

Ponderou, ainda, que *o art. 15 do Código Civil proclama a responsabilidade do Estado por ato contrário ao direito de seu representante*. Segundo ele, a idéia de ato “contrário a direito” é *mais ampla do que a de ato “contrário à lei expressa”*¹³⁷. Ou seja, o texto legal traria a abertura necessária para caracterizar a responsabilidade civil do Estado, mesmo sem a presença de culpa. Ademais, *a disposição, ainda que inserta no Código Civil, é, conforme o Ministro, de direito público, e dominada pelos princípios deste*¹³⁸.

O ponto controvertido era justamente sobre o regime jurídico aplicável. A maioria da Corte julgava cabíveis as disposições do Código Civil, dirigidas aos particulares, de modo a suprir a falta de disciplina específica sobre o assunto. Por sua vez, o Ministro Orozimbo Nonato excluía o Estado do campo de incidência das normas típicas de direito privado. Se, por um lado, as leis de direito público não esgotavam o assunto, por outro, também não poderiam ser aplicadas as leis de direito privado, pois incompatíveis com a natureza das entidades públicas. Escorado em farta doutrina nacional e estrangeira, sustentou que outros ditames orientavam o caso — notadamente o princípio do solidarismo e a teoria do risco. Para ele, a responsabilidade do Estado não se pautava por critérios estritamente jurídicos, mas por razões de ordem política e social.

136 Cf. voto proferido na ACi n. 7.264/RS, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgada em 13-4-1949.

137 Cf. voto proferido na ACi n. 7.127/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 18-8-1942.

138 Cf. voto proferido na ACi n. 7.127/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 18-8-1942.

Vencido pela maioria, que aplicava, nos casos de responsabilidade do Estado, as normas de direito privado, passou o Ministro Orozimbo Nonato a examinar a existência de culpa em suas decisões sobre o tema. No entanto, não deixava de ressalvar que, em seu ponto de vista, era caso de responsabilidade objetiva. É o que se depreende das seguintes colocações:

O caso dos autos versa a questão tormentosa e fascinante da responsabilidade do Estado nos delitos resultantes de movimentos das multidões. A matéria tem provocado dissídios consideráveis de doutrina; enquanto alguns juristas se prendem a considerações de ordem social, vendo nessa responsabilidade um dos riscos inerentes à função do Estado e baseando-a em motivos de alta política, de eqüidade e de segurança, outros — como, entre nós, o eminentíssimo Sr. Ministro Hahnemann Guimarães — entendem que, ainda que no caso, força é que se examine a responsabilidade do Estado pelo critério civilístico da culpa.

No caso, porém, não se abre ensejo a que a discussão volte à tona e se examinem de novo os fundamentos da responsabilidade do Estado. Se houvesse possibilidade de reabrir a controvérsia, pediria permissão ao eminentíssimo Ministro Hahnemann Guimarães para divergir de S. Exa., de acordo com meus votos anteriores.¹³⁹

Cumpre, porém, observar que, em casos de descumprimento de contrato administrativo por parte de ente público, a responsabilidade do Estado assumia, para o Ministro Orozimbo Nonato, características diversas. Em tais circunstâncias, encontra-se o Estado, a seu ver, nas mesmas condições de qualquer particular, observados, contudo, os princípios e as regras atinentes à administração pública. Logo o poder público estaria, como regra geral, sujeito ao Direito Civil positivo. Sobre a nuance contratual da responsabilidade do Estado, ponderou o Ministro:

Os contratos administrativos, escreve Ruben Rosa (*Direito e Administração*, p. 37), regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acordo das vontades e ao efeito, observadas, porém, quanto à sua

139 Cf. voto proferido no RE n. 19.968/PB, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 26-12-1952.

estipulação, aprovação e execução, as normas de Direito Administrativo e de contabilidade pública. É que, então, como observa Amaro Cavalcanti, exerce o Estado função idêntica à que exerce o indivíduo, submetendo-se à mesma disciplina fundamental, sem embargo, como aludimos, de certos aspectos que impedem que a equiparação seja completa.¹⁴⁰

No caso específico, a União alegava a ocorrência de impedimentos supervenientes, força maior, como excludente de culpa e, portanto, de responsabilidade. Porém, restou provado pelos lesados que o ente estatal já tinha ciência dos óbices ao celebrar o contrato. Ou seja, aplicou-se à União o disposto no art. 1.056 do Código Civil à época vigente, condenando-a ao pagamento de perdas e danos¹⁴¹. O exame de sua responsabilidade não prescindiu, *in casu*, da verificação da existência de culpa.

b) A culpa concorrente da vítima

Outro ponto que concentrou a atenção do Supremo Tribunal Federal foi a concorrência de culpa da vítima ou do lesado. Importava saber se, em tais circunstâncias, a responsabilidade do Estado deveria ser mitigada ou mesmo eliminada. A questão foi objeto de erudita análise por parte do Ministro Orozimbo Nonato, *in verbis*:

A culpa da vítima, é certo, atenua a responsabilidade do réu, sem excluí-la (vide Cuturi, *Compensazioni*, n. 222; Elie Cassvan, *Les Clauses de non Resp.*, n. 291; Chironi, *Colpa Est. Cont.*, II, n. 537; Fromageot, *Faute*, 47, Cód. Austríaco, § 1.304; Cód. Fed. Suíço de Obrigs., art. 51; Cód. Alemão, § 254, etc.).

Nem a ausência de texto legal expresso, entre nós, a respeito serviria de fundamento à recusa de princípio, vogante na doutrina, como a propósito do direito francês, também no caso, omissio, concluiu Demogue (*Obligationes*, vol. IV, p. 510, n. 795 *in fine*).

140 Cf. voto proferido na ACi n. 8.403/CE, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 12-11-1946.

141 Cf. voto proferido na ACi n. 8.403/CE, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 12-11-1946.

Mas, no pesar a contribuição da vítima em comparação com a do A., tem o juiz natural a liberdade de apreciação que pode chegar, dadas as circunstâncias, a eliminar a responsabilidade do réu completamente como a não tomar em consideração a da vítima.¹⁴²

Mais uma vez, o direito positivo não oferecia, de modo expresso, solução para a questão. Ainda assim, sustentou o Ministro Orozimbo Nonato que a culpa concorrente da vítima pode, em face das circunstâncias, atenuar ou afastar a responsabilidade do Estado. Admitiu, porém, a liberdade da autoridade judicial para aferir os contornos da situação fática *sub judice* e, portanto, desconsiderar a responsabilidade do Estado ou mesmo da vítima.

Não comprovada a participação da vítima, julgou o Ministro Orozimbo Nonato, com o apoio de seus pares, que a União deveria — no precedente a que se refere o voto acima transcrito — ser condenada a indenizar o total do dano.

c) A responsabilidade por omissão do Estado

Ao examinar a questão da responsabilidade civil do Estado em face de conduta omissiva, o Ministro Orozimbo Nonato manteve-se fiel às suas idéias, inadmitindo a mera aplicação do regime do Código Civil. No entanto, cumpre observar que, embora continuasse sustentando a responsabilidade objetiva do Estado, reconheceu o Ministro algumas diferenças no tocante aos casos em que se discute a omissão do poder público. Nos precedentes em que se defrontou com a questão, o Ministro Orozimbo Nonato realçou elementos que devem ser avaliados para que se possa concluir pela responsabilidade do Estado por omissão, a saber: o nexo causal, o grau de cumprimento do dever legal e a possibilidade de fato de agir.

142 Cf. voto proferido na ACi n. 8.069/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 20-4-1943; no mesmo sentido o voto proferido na ACi n. 7.750-Embargos/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 12-10-1943.

No julgamento da Apelação Cível 7.907¹⁴³, a controvérsia centrou-se na responsabilidade da União em razão de não ter tomado providências ao ser notificada sobre irregularidades ocorridas em sociedade de economia coletiva. As ilicitudes cometidas pela empresa teriam, ao final, causado prejuízo a particulares. Vigorava à época o Decreto n. 24.503, de 1934, que confiava à União o dever de fiscalizar tais espécies societárias, determinando que essa fiscalização deveria ser *rigorosa, a bem da pureza do sistema de cooperação e associação e garantia dos interesses confiados à administração da sociedade*¹⁴⁴. O Ministro José Linhares, Relator do processo, decidiu pela ausência de responsabilidade da União em virtude de inexistir nexo de causalidade entre a omissão da fiscalização e o dano causado. Para ele, a lesão foi provocada por ato da sociedade, e não do poder público, cabendo àquela, e não a este, eventual responsabilidade.

No entanto, ficou vencido o Relator. O voto que acabou por conduzir o julgamento, convencendo a maioria, foi o proferido pelo Ministro Orozimbo Nonato. Demonstrou, ao examinar a questão, a existência de relação de causalidade entre a lesão ocorrida e a falha na fiscalização. Alegou, porém, que, no caso, descabe exigir comprovação da culpa de agente público, pois aplicável a doutrina da culpa administrativa, diferente da culpa civil. Nesse sentido, esclareceu o que segue:

A “falha” no serviço público aparece, no caso, com todos os característicos de negligência — e aqueles próprios que identificam a culpa administrativa com a civil, contrariando corrente que se vem fazendo caudal, descobrem, no caso, os elementos da responsabilidade do Estado por descumprimento do dever legal. E a verdade é que a doutrina da “culpa administrativa”, da “falha do serviço público” não exige a prova da culpa destacada deste ou daquele funcionário.¹⁴⁵

143 Cf. ACi n. 7.907/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 10-4-1945.

144 Cf. voto do Ministro Orozimbo Nonato proferido na ACi n. 7.907/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 10-4-1945.

145 Cf. voto proferido na ACi n. 7.907/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 10-4-1945.

Em julgado anterior, expôs o Ministro Orozimbo Nonato as linhas gerais que pautam a distinção entre culpa administrativa e culpa civil. Com base no magistério de Hauriou, explicou que a culpa administrativa guarda relação com o funcionamento defeituoso do serviço público. E, assim, sentenciou o Ministro:

Aliás, ao se falar em culpa administrativa, não se tem em vista a culpa civil. Ela ocorre quando existe acidente **imputável** à Administração. É neste sentido, esclarece Hauriou, que se fala em culpa da administração ou em **culpa administrativa** “*qui n'a plus rien de commun avec la theorie civile des fautes et qui, signifie simplement le mauvais fonctionnement d'un service*” (*Précis de Droit Admist.*, 5. ed. p. 244).¹⁴⁶

Nos casos de responsabilidade por omissão do Estado, cumpre reconhecer, o Ministro Orozimbo Nonato foi persuasivo em sua argumentação, convencendo a maioria de que, em caso de inércia da administração, cumpre condenar o Estado a ressarcir os danos causados. Para aqueles que, diferentemente dele, entendiam aplicável o regime jurídico do Direito Civil — identificando a culpa civil à culpa administrativa —, sustentou a tese de que a omissão do poder público configura conduta negligente. Estaria, portanto, caracterizada a culpa nos moldes do direito privado. Entretanto, para os que, como ele, vislumbram diferenças entre a culpa administrativa e a culpa civil, basta que a omissão implique a inobservância de dever jurídico para se verificar a culpa administrativa e, assim, a responsabilidade do Estado.

Em outra decisão, o Supremo Tribunal Federal analisou questão singular em que o prejuízo causado pela inércia da administração não implicou, por parte do poder público, violação de preceitos legais ou regulamentares. Cuidava-se de apreensão de carregamento de alimentos perecíveis em que a demora na sua liberação ensejou a perda das mercadorias¹⁴⁷. Em sua defesa, a União alegou que as autoridades federais

146 Cf. voto proferido na ACi n. 7.127/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 18-8-1942.

147 Cf. ACi n. 7.127/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 18-8-1942.

procederam dentro das normas regulamentares, não podendo ser-lhes imputados negligência, omissão ou abuso no exercício do cargo. O Ministro Orozimbo Nonato, contudo, entendeu ter havido omissão dos agentes públicos e, por conseguinte, responsabilidade do Estado. Em face da classificação do produto e de seu conhecido grau de perecibilidade, a administração deveria, segundo ele, ter atuado com maior agilidade ao realizar o procedimento de fiscalização constante da legislação.

Assim, eventual anormalidade da conduta dos agentes públicos — em que, segundo o Ministro, se enquadra o excesso de zelo no exercício da função — gera responsabilidade pelo prejuízo provocado, ainda que não tenha havido má-fé ou descumprimento formal de norma regulamentar. Em seu ponto de vista, trata-se de *temperamento* que sofre a teoria do risco, conforme se extrai da seguinte manifestação:

Dir-se-á que é perigosa e injusta a aplicação no caso, sem restrições da teoria do risco.

Na realidade, no direito comum, a solução puramente objetiva do problema da responsabilidade apresenta, em sua manifestação mais simplista, algo de brutal, como reconhece o insuspeito Gaudemet, de rude e de primitivo.

Ela, porém, deixa de apresentar esse aspecto quando temperada com a consideração da anormalidade da ação, da atividade do sujeito. É o temperamento oferecido à regra do risco objetivo por Geny e outros e que, de certo modo, concilia a noção do risco com a da culpa. No quadro de anormalidades coloca-se bem o “*trop de zèle*” do funcionário quando, por seus excessos, ainda que honestamente inspirado no sentido de servir com exação, cause prejuízos a particulares.

Só o cumprimento exato do dever legal deixa de render ensejo a indenização, ainda quando cause prejuízo.¹⁴⁸

Verifica-se, dessa forma, cumprimento faltoso de dever legal por parte da administração. Nas palavras do Ministro Orozimbo

148 Cf. voto proferido na ACi n. 7.127/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 18-8-1942.

Nonato, no caso, a exação deixou de se conter nos limites justos¹⁴⁹, gerando a responsabilização do Estado.

Julgou, também, o Supremo Tribunal Federal controvérsia sobre a responsabilidade do Estado em face dos saques efetuados pelas forças insurgentes que atuaram na Revolução de 1930. No caso, particulares lesados pelos aludidos saques pretendiam a obtenção de ressarcimento por parte dos governos federal e estadual¹⁵⁰. O dever de indenizar do Estado-Membro fundava-se na obrigação da polícia estadual de conter o movimento revolucionário e impedir os atos criminosos perpetrados por seus membros.

Ao apreciar o caso, o Ministro Orozimbo Nonato buscou aferir o impacto e as dimensões da rebelião ocorrida. Considerou tratar-se de movimento de graves proporções, *de uma revolução que dominou em toda a parte e de cujo seio saíram os dirigentes do País*¹⁵¹. Nesses termos, ponderou: *os prejuízos devem reparar-se, pois, pelos cofres da União*. Para ele, *não se cuidava de conflitos de dimensões exíguas a que a Polícia do Estado pudesse subjuguar*. Seria a *Polícia do Estado impotente para debelar esse movimento*¹⁵². A impossibilidade fática de o governo estadual, por meio do seu aparato policial, impedir o curso da revolta constituiu o fundamento adotado pelo Ministro para eximir de responsabilidade o Estado-Membro. Ainda que presente o dever legal de intervir, a incapacidade da administração para proceder dessa forma acaba por excluir o dever de indenizar.

d) O nexo de causalidade e a culpa administrativa

A relação de causalidade entre a conduta do agente público — enquanto preposto do Estado — e o prejuízo sofrido constitui requisito

149 Cf. voto proferido na ACi n. 7.127/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 18-8-1942.

150 Cf. ACi n. 7.225-Embargos/RN, Rel. Min. Annibal Freire, julgada em 3-5-1945.

151 Cf. voto proferido na ACi n. 7.225-Embargos/RN, Rel. Min. Annibal Freire, julgada em 3-5-1945.

152 Cf. voto proferido na ACi n. 7.225-Embargos/RN, Rel. Min. Annibal Freire, julgada em 3-5-1945.

essencial para a responsabilização do poder público. Esse ponto era consensual entre os membros do Supremo Tribunal Federal. A divergência residia no acréscimo ou não de outros elementos para a configuração da responsabilidade civil. Para a maioria, que julgava aplicável o regime de direito privado em tais casos, a responsabilidade do Estado era condicionada à presença do nexo causal juntamente com a conduta culposa do agente, isto é, dever-se-ia comprovar a sua negligência, imprudência ou imperícia.

No entender do Ministro Orozimbo Nonato, porém, bastava a constatação da culpa administrativa, ou seja, a demonstração do nexo de causalidade entre o dano e a conduta praticada pelo ente público. A imputabilidade caracteriza, segundo o Ministro, a culpa administrativa, dispensada, como regra, a demonstração de qualquer dos elementos da culpa civil. A identificação do nexo causal era, para ele, suficiente à responsabilização do Estado. Ao defender perante seus pares o caráter objetivo da responsabilidade civil do Estado, socorreu-se o Ministro Orozimbo Nonato, em suas considerações, de larga e culta produção doutrinária:

Amaro Cavalcanti, em seu famoso livro sobre a *Responsabilidade Civil do Estado*, publicado em 1905, sustentava preponderar na responsabilidade da Administração Pública o caráter objetivo, tendo como ponto de partida, na advertência de Vachelli a “causalidade do ato”, e não “a culpabilidade” (p. 280). E Duguit considera — um pouco exageradamente, aliás, em face da jurisprudência, como observa Demogue — a responsabilidade sem culpa direito comum, desde 1918.

Otto Mayer, cujo livro sobre direito administrativo alemão não pode ser considerado atual, dizia, às abertas, que essa responsabilidade dependia apenas do prejuízo causado pela administração. “Surtout, la cause une fois donnée, peu importe la qualification morale qui mérité rait l’agent par lequel cet effet est produit: qu’il ait voulu cet effet directement, en vertu d’une autorisation de la loi et **dans l’exercice régulier de ses pouvoirs**” (ed. fr. de 1906).

E Pedro Lessa, em um de seus votos neste Tribunal, declarou, com a habitual veemência, que o nosso legislador (tinha em

vista o Código Civil e a Constituição de 1891) perfilhara a doutrina da **responsabilidade fundada no direito público** e desprezava “a vetusta e injustificável teoria civilista, antiqualha que hoje só tem o préstimo de nos mostrar como os nossos antepassados eram atrasados nessa matéria”.

A teoria, pois, da culpa administrativa, a que se refere o juiz, correspondente à culpa civil, está longe de ser a única a dominar a doutrina. Ao lado dela, florescem a do risco integral e a do acidente administrativo, a que se referia Pedro Lessa, citando Tirard.

Aliás, ao falar em culpa administrativa, não se tem em vista a culpa civil. Ela ocorre quando existe acidente **imputável** à Administração. É nesse sentido, esclarece Hauriou, que se fala em culpa da Administração ou em **culpa administrativa** “qui n'a plus rien de commun avec la theorie civile des fautes et qui, signifie simplement le mauvais fonctionnement d'un service” (*Précis de Droit Admist.*, 5. ed., p. 244).¹⁵³

Desse modo, o Ministro Orozimbo Nonato, embora vencido, sustentou, com o apoio de copiosa doutrina, que a culpa administrativa — único pressuposto necessário à responsabilização do Estado — resumia-se à identificação da relação de causalidade entre o prejuízo e a conduta do agente público. A aferição da responsabilidade, nestes casos, prescindia da comprovação de negligência, imprudência ou imperícia por parte do poder público.

e) A responsabilidade por atos lícitos

A observância das leis por parte do poder público também foi argüida perante o Supremo Tribunal Federal como óbice à responsabilização do Estado. Isto é, pretendia-se afastar qualquer dever de indenização nos casos em que a administração pública não tivesse ofendido o direito positivo. A responsabilidade civil somente poderia ter lugar se houvesse ilicitude.

Tal argumentação encontrava, ademais, respaldo na literalidade do art. 15 do Código Civil então vigente, em que se estabelecia a

153 Cf. voto proferido na ACi n. 7.127/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 18-8-1942.

responsabilidade do Estado apenas em caso de atos contrários ao direito. Ao contestá-la, o Ministro Orozimbo Nonato retomou os fundamentos, acolhidos em outros votos, de que o preceito legal não exaure a matéria e tem natureza de norma de direito público. Assim, disciplinaria apenas a responsabilidade do Estado por atos ilícitos, sem afastar outros princípios e regras que indicassem outros casos de responsabilização do poder público. Seu entendimento foi assim exposto por ocasião do julgamento da ACi n. 7.448:

Contra essa conclusão, que tem constituído o fundamento de modestos votos meus em casos similares ao dos autos, levanta-se o argumento de entrar em enchaças com o art. 15 do Código Civil, que vincula a responsabilidade do Estado à ação ilícita de seu representante, quando procede este “de modo contrário ao direito”, ou “falta a dever prescrito por lei”. Já procurei em outros casos confutar o argumento. O art. 15 do Código Civil, posto inserido em uma codificação de direito privado, apresenta conteúdo de regra de direito público e nem é ele o único que, com esse caráter, se insinua naquele Código. De resto, essa penetração é inevitável e ocorre em outros códigos, como no B.G.B. Mas não exaure o assunto a que ele se refere. E, tomado *ad literam*, desfecharia em regra substancialmente igual ao “*the king can do no wrong*”, sustentável, aliás, em lógica pura e extremosa, mas que constituiria a negação do princípio da responsabilidade do Estado, golpeando profundamente os princípios de justiça e a sensibilidade jurídica, a consciência jurídica dominante. O que mira o art. 15 é estabelecer a solidariedade do Estado responsável pelo ato ilícito ou contrário ao direito de seu representante. É, assim, nele versado um aspecto do problema da responsabilidade do Estado sem que a solução trazida pela lei civil, neste particular, verse o problema em seus outros e variados aspectos e que se resolvem pelos critérios do direito público, pelos princípios gerais e pelas razões a que se refere Hauriou.¹⁵⁴

Em outro julgado, o Supremo Tribunal Federal analisou controvérsia acerca da responsabilidade do Estado ante o afundamento de dois vapores no Porto de Manaus, provocado pelas Forças Armadas

154 Cf. voto proferido na ACi n. 7.448/SP, Rel. Min. José Linhares, julgada em 21-11-1947.

em combate contra grupos revoltosos¹⁵⁵. Os proprietários das embarcações pleiteavam, assim, indenização por parte do poder público federal. Em sua defesa, sustentou a União que o dano material ao particular havia sido necessário para o restabelecimento da ordem, portanto, ato lícito e não indenizável.

Em seu voto, o Ministro Orozimbo Nonato — alinhando-se à manifestação do Ministro Waldemar Falcão, Relator do processo — afirmou ser irrelevante a legitimidade da ação do poder público, para efeito de responsabilidade do Estado. *Não importa, disse, que o dano fosse provocado pela necessidade de resguardar a ordem pública*¹⁵⁶. Segundo assentou o Ministro, *o patrimônio coletivo deve restaurar o patrimônio particular lesado, pois conclusão contrária ofenderia a eqüidade e a justiça, fundamentos da responsabilidade do Estado, sem se distinguir, como na velha opinião de Vattel, entre atos praticados na peleja ou não*¹⁵⁷. Ou seja, a justificação e a licitude das ações do poder público não o eximem da responsabilidade em face dos danos por elas causados.

f) A responsabilidade do Estado e a atuação dos agentes públicos

Os limites da responsabilidade do Estado em face dos atos praticados pelos agentes públicos também foi objeto de debate perante o Supremo Tribunal Federal. Em caso sobre a apropriação de bem por seu depositário judicial, a Corte teve que decidir sobre a existência de responsabilidade civil do poder público federal. Argumentou a União que os desvios cometidos por depositário não geravam responsabilidade do Estado, pois não se tratava de “funcionário”. Ocorre que o texto constitucional limitava-se a estabelecer a responsabilidade solidária do Estado juntamente com o “funcionário”. Alegou-se também que a União não respondia pelas infrações criminais cometidas por seus prepostos, nos termos do Decreto-Lei n. 24.216, de 1934.

155 Cf. ACi n. 7.546/DF, Rel. Min. Waldemar Falcão, julgada em 17-4-1942.

156 Cf. voto proferido na ACi n. 7.546/DF, Rel. Min. Waldemar Falcão, julgada em 17-4-1942.

157 Cf. voto proferido na ACi n. 7.546/DF, Rel. Min. Waldemar Falcão, julgada em 17-4-1942.

Quanto à condição de “funcionário” daquele a quem foi confiada a função de depositário judicial, o Ministro Orozimbo Nonato, com base na lição de Pontes de Miranda, advertiu *no sentido da amplitude, no caso, da palavra “funcionário”, que, para os efeitos versados, é a pessoa que exerce função pública, remunerada ou gratuita, permanente ou transitória, o que, aliás, está de acordo com o art. 156, letra a, da Carta Constitucional de 1937*¹⁵⁸. Já na Apelação Cível n. 6.934/SP, o Ministro Orozimbo Nonato esclareceu — acompanhando o voto do Ministro Relator — que mesmo o depositário judicial *estadual*, ao desempenhar tarefa ordenada por juiz federal, estaria no exercício da função de depositário judicial da União, impondo a responsabilidade apenas ao poder público federal¹⁵⁹.

Sobre a responsabilidade do Estado em face de delito cometido por agente público no exercício do cargo, o Ministro Orozimbo Nonato vislumbra clara contradição entre o disposto no texto constitucional e no Decreto-Lei n. 24.216, de 1934. Nesse sentido, asseverou que *este isenta o Estado de responsabilidade quando é criminoso o ato de que derivam os danos*. A seu turno, a *Constituição reconheceu a responsabilidade em todos os casos decorrentes de negligência, omissão ou abuso de exercício do poder, e que, evidentemente, podem tomar aspecto de crime*¹⁶⁰. O raciocínio desenvolvido a partir da identificação da antinomia apontada indica a ocorrência de revogação do Decreto-Lei em face da superveniência da Carta de 1937, conforme se depreende de sua manifestação sobre o caso:

O estabelecimento de norma incompatível, irredutivelmente incompatível com a anterior, constitui caso elementar de revogação tácita. Nem, *data venia*, será possível, na hipótese, manter os dois preceitos, o que levaria a essa consequência vitanda, por absurda: o

158 Cf. voto proferido na ACi n. 8.672/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 24-1-1947; no mesmo sentido o voto proferido no RE n. 4.707-Embargos/BA, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 26-5-1943.

159 Cf. ACi n. 6.934/SP, Rel. Min. José Linhares, julgada em 10-6-1941.

160 Cf. voto proferido na ACi n. 8.672/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 24-1-1947.

Estado é responsável nos casos menos graves, de simples omissão, e irresponsável nos mais graves, quando a anormalidade da conduta do funcionário avulta como crime.¹⁶¹

Assim, o Ministro Orozimbo Nonato considerou superado o Decreto-Lei n. 24.216, de 1934, em virtude da Carta de 1937, admitindo, nos casos de crime praticado por agente público no exercício da função, a responsabilidade civil do Estado. No mesmo sentido é o precedente firmado por ocasião do julgamento da Apelação Cível n. 7.907¹⁶².

g) A atualidade da responsabilidade civil do Estado

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — tanto na vigência da Carta de 1937 quanto na da Constituição de 1946 — consolidou-se no sentido de que o regime da responsabilidade subjetiva, típica do direito privado, aplicava-se também aos danos causados pelo poder público. A orientação sufragada pela maioria da Corte determinava que a responsabilidade civil do Estado deveria se pautar pelos comandos normativos do Código Civil que regiam a responsabilidade dos particulares.

Durante o período em que esteve no Supremo Tribunal Federal, foi o Ministro Orozimbo Nonato a voz discordante. Insistiu na prevalência de um regime próprio, diferente daquele oriundo do direito privado. Vislumbrava características e fundamentos peculiares do direito público, que justificavam o tratamento diferenciado do Estado. À luz de autorizadas lições doutrinárias, sustentou a existência de substancial diferença entre a culpa civil e a culpa administrativa, demonstrando que os pressupostos da responsabilidade civil do Estado não eram os mesmos em relação àqueles admitidos pelo Código Civil. Se, em muitas oportunidades, suas conclusões convergiam para o resultado do julgamento, na maioria delas as razões que oferecia não coincidiam com as adotadas pela maioria. A evolução do direito pátrio e estrangeiro, porém, acabou

161 Cf. voto proferido na ACi n. 8.672/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 24-1-1947.

162 Cf. ACi n. 7.907/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 10-4-1945.

por dar razão ao Ministro Orozimbo Nonato. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já em 1963 reconheceu a responsabilidade objetiva do Estado¹⁶³, modificando sua orientação anterior. Posteriormente, o direito constitucional positivo consagrou-a de modo expresso.

8. O pagamento das condenações judiciais e intervenção federal

A escassez de recursos públicos para fazer frente a todas as demandas e deveres do Estado é matéria controversa não só nos meios acadêmicos, mas também na rotina dos tribunais. Nessa perspectiva, assumem especial relevo os problemas gerados pela falta de pagamento de condenações judiciais pelo poder público. Em se tratando de governos estaduais, também não é novidade a cogitação, mediante o manejo de instrumentos processuais, sobre o cabimento de intervenção federal, medida de extrema gravidade, com o objetivo de que se ultimem os pagamentos devidos.

Em maio de 1955, o Supremo Tribunal Federal defrontou-se com questão com essas características. Cuidava-se de pedido de intervenção federal no Estado de Alagoas, movido pelo proprietário do jornal *Diário do Povo*. Reclamava-se, no caso, a falta de pagamento de dívida oriunda de sentença judicial que condenou o Estado a indenizar o jornal por danos causados em decorrência da ação de agentes públicos estaduais. Com o trânsito em julgado da decisão, procedeu o Tribunal de Justiça do Estado, em julho de 1952, a requisição ao Poder Executivo de numerário suficiente à satisfação do débito. Contudo, segundo o requerente, *nenhuma providência tomou o Poder Executivo estadual para cumprir a ordem emanada do Tribunal de Justiça, salvo a inclusão, em fins de 1953, na proposta orçamentária para o exercício de 1954, da verba de dois milhões de cruzeiros para atender ao pagamento de sentenças judiciais contra o Estado de Alagoas*¹⁶⁴. A reserva de recursos proposta pelo governo alagoano no projeto de lei orçamentária acabou suprimida no âmbito do Legislativo estadual. Já o

163 Cf. RE n. 52.311/RN, Rel. Min. Ribeiro da Costa, julgado em 30-4-1963.

164 Cf. relatório proferido na IF n. 22/AL, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 26-5-1955.

orçamento para o exercício de 1953 nem chegou a ser aprovado pela Assembléia estadual, renovando-se, para aquele ano, os termos da lei orçamentária de 1952.

Desse modo, pretendia o proprietário do jornal *Diário do Povo* que fosse realizada intervenção federal no Estado com a finalidade de assegurar o cumprimento da sentença judicial, com base no art. 7º, inciso V, da Constituição de 1946, que estabelecia:

Art 7º O Governo federal não intervirá nos Estados salvo para:

(...)

V - assegurar a execução de ordem ou decisão judiciária;

Das informações prestadas pelo Governador Arnon de Mello constaram esclarecimentos que tinham por finalidade justificar a falta do pagamento devido. Segundo o governante alagoano, *ao receber aquela requisição, a situação do erário estadual não permitia a abertura de crédito suplementar para atender a pagamento de tão vultosa indenização, tendo o exercício se encerrado, apesar das providências tomadas para o equilíbrio orçamentário, com um déficit de Cr\$ 4.396.277,80*. De outra parte, reiterou que *a Assembléia Legislativa suprimiu (...) da lei orçamentária para o exercício de 1954 aquela dotação, retirando destarte, ao Executivo, meios para satisfazer as requisições feitas pelo Poder Judiciário e relativas ao pagamento de condenações impostas ao Estado*¹⁶⁵. Ao concluir, salientou o Governador *não haverem sido atendidas as requisições do Presidente do Tribunal de Justiça em virtude da situação financeira do erário e, consequentemente, ausência da intenção de deixar de cumprir decisões do Poder Judiciário, não se pode falar em desrespeito ao aludido Poder ou desapreço às suas sentenças*¹⁶⁶.

165 Cf. relatório proferido na IF n. 22/AL, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 26-5-1955.

166 Cf. relatório proferido na IF n. 22/AL, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 26-5-1955.

Ao examinar o caso, o Ministro Orozimbo Nonato considerou relevantes as razões apresentadas pelo Governador do Estado. Ponderou, nesse sentido, que a grave situação financeira em que se encontrava o Estado e as dificuldades encontradas na tramitação da proposta orçamentária justificavam a inadimplência do Executivo e constituíam motivos suficientes a desautorizar a intervenção federal. Na prática, centrou seu argumento na falta de intenção das autoridades estaduais. Não se poderia imputar-lhes inobservância de ordem judicial em face das impossibilidades fáticas que imperavam no caso. É, a propósito, o que se depreende de sua manifestação por ocasião do julgamento do pedido:

Diz-se que, desde 1952, há sentenças inexequidas, no Estado de Alagoas, por falta de numerário nos cofres do Estado. Entretanto, o caso não é de intervenção federal, uma vez que foi explicada a dificuldade material do pagamento a ser feito.

O Exmo. Sr. Governador do Estado providenciou, aliás, para a abertura de uma verba de dois milhões de cruzeiros, mas a Assembléia suprimiu essa verba.

A intenção do Executivo não é a de descumprir os mandados do Judiciário, nem de procrastinar o pagamento. Ele atende, apenas, à situação de emergência do Estado. Em face das informações, e sendo que a execução das sentenças judiciais depende sempre das forças do Tesouro, não há, no caso, situação que autorize a intervenção solicitada.

Indefiro o pedido.¹⁶⁷

A atualidade do raciocínio do Ministro Orozimbo Nonato é manifesta. Além de coadunar-se com a solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Intervenção Federal n. 20¹⁶⁸, coincide com os fundamentos acolhidos pela Corte em recente julgamento sobre questão semelhante¹⁶⁹. Nesse caso, assinalou o Ministro

¹⁶⁷ Cf. relatório proferido na IF n. 22/AL, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 26-5-1955.

¹⁶⁸ Cf. IF n. 20/MG, Rel. Min. Nelson Hungria, julgada em 15-7-1954.

¹⁶⁹ Cf. IF n. 2.915/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 28-11-2003.

Gilmar Mendes em seu voto que, *consoante as informações apresentadas pelo Estado de São Paulo, este ente federativo tem sido diligente na tentativa de plena satisfação dos precatórios judiciais. Encontra, contudo, obstáculos, segundo o Ministro, nas receitas constitucionalmente vinculadas e na reserva do financeiramente possível*¹⁷⁰. *Em sentido inverso, advertiu ainda o Ministro Gilmar Mendes, o Estado que assim não proceda estará, sim, ilegitimamente, descumprindo decisão judicial, atitude esta que não encontra amparo na Constituição Federal*¹⁷¹. Portanto, as dificuldades financeiras que atravessa e, sobretudo, o zelo no cumprimento de suas obrigações estariam, ainda hoje, a exemplo do que sustentou o Ministro Orozimbo Nonato, a demonstrar ausência de ação dolosa do governo estadual, elemento necessário para o cabimento de intervenção federal.

170 Cf. voto proferido na IF n. 2.915/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 28-11-2003.

171 Cf. voto proferido na IF n. 2.915/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 28-11-2003.

Capítulo III

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1. Considerações iniciais

A proteção dos direitos fundamentais constitui, para muitos¹⁷², a mais importante atribuição das Cortes Supremas e demais órgãos responsáveis pelo exercício da jurisdição constitucional. Nesse sentido, busca-se, neste capítulo, refletir sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal e, mais especificamente, do Ministro Orozimbo Nonato no desempenho desta nobre função.

Assim, a análise proposta toma em consideração decisões que versam sobre (a) o exercício da liberdade de religião, (b) os contornos da liberdade sindical perante o poder do Estado, (c) a igualdade entre filhos naturais e adotivos e (d) o direito à indenização por danos morais. Examinam-se, também, julgados que envolvem a aplicação do (e) direito ao controle judicial dos atos administrativos em virtude de sua motivação.

Optou-se, nesta parte, por dar preferência a pronunciamentos que examinam direitos fundamentais de natureza tipicamente material, sem ingressar em decisões sobre o exercício de garantias constitucionais de índole processual, a exemplo de *writs* como o *habeas corpus* e o mandado de segurança. A adoção dessa linha metodológica visou separar as controvérsias que envolvem efetivamente a aplicação de direitos fundamentais de outras que cuidam de aspectos de natureza processual.

2. Liberdade de religião

Controvérsias que envolviam questões de ordem religiosa foram objeto de importantes decisões do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, viu-se a Corte diante do desafio de dar concretude prática à

172 Ver, por todos, Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2001. Tomo VI, p. 119.

liberdade de consciência religiosa, tanto em seu aspecto interno — a crença — quanto em seu aspecto externo — o culto. Tais dimensões foram, a propósito, devidamente sublinhadas pelo Ministro Orozimbo Nonato:

No antigo direito francês, ao tempo de Luiz Felipe, a Carta Constitucional trazia o seguinte conteúdo: “*Chacun professe sa religion avec um égale liberté, et obéissent pour son culte la même protection*”. Os autores que elaboraram comentários a esse dispositivo distinguiam entre o culto e a crença, para mostrar que esta seria inviolável, sendo o culto a prática externa da crença, protegido e tutelado. Quanto à primeira, seria violência que levantaria as pedras, impedir que alguém pudesse ser católico ou espírita ou descrente.

Mas o culto é manifestação externa da crença e, logo, interessa ao Estado, à sociedade, aos usos e costumes, ao consórcio civil.¹⁷³

Nessa linha, assinalou o Ministro Orozimbo Nonato que a liberdade religiosa é, *entre as garantias, a que mais cuidados inspira, a mais melindrosa e delicada*¹⁷⁴. Acolheu o magistério de Samapaio Dória, para deixar assente que *manifestar cada qual sua crença ou descrença em religião, pregar, propagar o seu credo, associar-se para cultuá-lo, e praticar em público sua fé, eis para a criatura racional o mais sagrado dos direitos*¹⁷⁵.

Quanto ao seu aspecto externo — a liberdade de culto —, o Supremo Tribunal Federal dirimiu questão em face de mandado de segurança impetrado contra ato policial que impediu a realização de cultos públicos pela Igreja Católica Apostólica Brasileira, com base em parecer da Consultoria-Geral da República aprovado pelo Presidente da

173 Cf. voto proferido no MS n. 1.114/DF, Rel. Min. Lafayette de Andrada, julgado em 17-11-1949.

174 Cf. voto proferido no MS n. 1.114/DF, Rel. Min. Lafayette de Andrada, julgado em 17-11-1949.

175 Cf. voto proferido no MS n. 1.114/DF, Rel. Min. Lafayette de Andrada, julgado em 17-11-1949.

República. Segundo o Relator, Ministro Lafayette de Andrada, o governo *proibiu, sim, o culto público, em lugares públicos, por entender que nessa prática havia manifesta confusão com os costumes, com as solenidades externas da Igreja Católica Apostólica Romana. Os ministros da Igreja Brasileira, suas vestes, suas manifestações em atos públicos eram perfeitamente iguais aos de outra Igreja*¹⁷⁶.

Em sua defesa, o impetrante — Dom Carlos Duarte da Costa, ex-bispo de Maura, da Igreja Católica Apostólica Romana, então Bispo do Rio de Janeiro, da Igreja Católica Apostólica Brasileira — alegou: *não existe confusão entre sua Igreja e a Igreja Católica Apostólica Romana, porque esta se pretende universal, e a Igreja Brasileira, Igreja nacional, exclui desde logo a noção universal*¹⁷⁷. Aduziu, ainda, que *as vestes sacerdotais, em todas as religiões que se separam de outra, a princípio são as mesmas: só com o correr dos tempos as religiões separadas adotam vestes sacerdotais características*¹⁷⁸. Ponderou também que *os Estatutos da Igreja Brasileira estão regularmente registrados, podendo praticar todos os atos não proibidos pela Constituição, inclusive culto externo, porque não são contrários aos bons costumes*¹⁷⁹.

Ao julgar o caso, o Supremo Tribunal Federal denegou a segurança requerida. À maioria juntou-se o Ministro Orozimbo Nonato, que, ao formar seu convencimento, atribuiu à situação *sub judice* a seguinte conformação:

Mas a meu ver, no caso, não se cuida, propriamente, de fundação de Igreja que apenas negue o primado de Roma. Esta Igreja quer viver através do culto, porque, sem culto, as Igrejas

176 Cf. voto proferido no MS n. 1.114/DF, Rel. Min. Lafayette de Andrada, julgado em 17-11-1949.

177 Cf. voto proferido no MS n. 1.114/DF, Rel. Min. Lafayette de Andrada, julgado em 17-11-1949.

178 Cf. voto proferido no MS n. 1.114/DF, Rel. Min. Lafayette de Andrada, julgado em 17-11-1949.

179 Cf. voto proferido no MS n. 1.114/DF, Rel. Min. Lafayette de Andrada, julgado em 17-11-1949.

não vivem, e as crenças, em geral, estiolam-se. Raros são os que, como os eremitas da antigüidade, podiam adorar a Deus sem os estímulos externos, que falam à imaginação, por meio de imagens, preces coletivas, manifestações exteriores.

O culto é indispensável aos crentes. Logo, é livre a Igreja Católica Brasileira ter seu culto e seu rito: negá-lo seria lacerar a Constituição. Mas, no caso, informa o Poder Público — e a informação tem fidedignidade, até prova em contrário — que essa revelação de crença em seu rito exterior tende a confundir-se com os ritos de outro culto, perturbando a liberdade deste, a proteção que ele também merece. É certo que inexistente, como disse o ilustre advogado, um registro de cultos e de ritos, mas a confusão de cultos deve ser evitada, por amor da ordem e da proteção que todos os cultos merecem. Se a Religião Católica Brasileira estabelecer este culto em linhas nítidas, nenhuma outra religião poderá adotá-lo, para o fim de se prevalecer de confusões vitandas.¹⁸⁰

Em face de tais considerações, chegou o Ministro Orozimbo Nonato ao âmago da controvérsia. Registrhou, primeiramente, que *assegura o impetrante inexistir essa confusão. Alega que as vestes são diferentes e que as insígnias e manifestações externas não se confundem*¹⁸¹. Ou seja, nesse ponto específico e fundamental, *as assertivas do impetrante e as informações do poder público se chocam*¹⁸². A resolução do *mandamus*, reconheceu o Ministro, passava necessariamente por dirimir questão de fato *complexa e suscetível de larga indagação*. Para ele, seria *desmudar a fisionomia desse remedium iuris*, cabendo à parte *suscitar a ação própria para, então, o juiz examinar a questão com a necessária minúcia, em face das provas*¹⁸³.

180 Cf. voto proferido no MS n. 1.114/DF, Rel. Min. Lafayette de Andrade, julgado em 17-11-1949.

181 Cf. voto proferido no MS n. 1.114/DF, Rel. Min. Lafayette de Andrade, julgado em 17-11-1949.

182 Cf. voto proferido no MS n. 1.114/DF, Rel. Min. Lafayette de Andrade, julgado em 17-11-1949.

183 Cf. voto proferido no MS n. 1.114/DF, Rel. Min. Lafayette de Andrade, julgado em 17-11-1949. Esta posição foi severamente criticada por Emília Viotti da Costa.

Ainda em relação à liberdade de culto — aspecto extrínseco da liberdade de religião —, o Supremo Tribunal Federal deu solução a conflito decorrente da condenação pelo Tribunal de Segurança Nacional de Tossaku Kanada, pastor da Igreja Adventista do Sétimo Dia. Sua infração decorreria do fato de ter *instigado a desordem e o não-cumprimento de ordens legais*, pois, *divulgando e explicando os cânones de sua religião, entre os quais o de não trabalhar aos sábados e o de não matar nunca, incutia (...) nos respectivos adeptos a obrigação de se recusarem ao cumprimento de qualquer serviço naqueles dias, salvo quando objetivasse um bem, ou o de repudiarem a defesa do solo pátrio e da honra nacional ainda quando agredido ou vilipendiado por atos de violência de seus inimigos*¹⁸⁴.

Ocorre que um soldado do Exército Nacional, obedecendo as normas adventistas, conforme declarou, se recusou, de modo irrevergível, a realizar serviços internos da sua unidade, em certo sábado, porque tal religião não lho permitia, o que lhe valeu a pena de um ano de prisão aplicada em processo regular¹⁸⁵. Assim, procedeu-se à abertura de inquérito a fim de apurar os efeitos da orientação tendenciosa das aludidas pregações no tocante aos elevados interesses da segurança nacional, assim comprometidos por motivos da consequente indisciplina militar já concretizada em vários casos determinados pela obediência àquelas normas adventistas, divulgados e aconselhados por forma a incitar a desobediência da lei¹⁸⁶. Em razão disso, foi o pastor condenado pelo Tribunal de Segurança Nacional.

O entendimento da Corte — sufragado pelo Ministro Orozimbo Nonato — foi qualificado pela autora de *interpretação pouco liberal da Constituição, característica — segundo ela — da maioria das decisões nesse período* (cf. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006. p. 122).

184 Cf. relatório proferido pelo Ministro Bento de Faria no HC n. 28.868/DF, Rel. Min. Bento de Faria, julgado em 29-11-1944.

185 Cf. relatório proferido pelo Ministro Bento de Faria no HC n. 28.868/DF, Rel. Min. Bento de Faria, julgado em 29-11-1944.

186 Cf. relatório proferido pelo Ministro Bento de Faria no HC n. 28.868/DF, Rel. Min. Bento de Faria, julgado em 29-11-1944.

A questão — submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal em sede de *habeas corpus* movido por Evandro Lins e Silva em favor do pastor — foi resolvida por voto de minerva do então Presidente da Corte, Ministro Eduardo Espinola. O deferimento do *writ* foi acolhido por apertada maioria, da qual participou o Ministro Orozimbo Nonato.

A controvérsia, segundo ele, estava em saber se a pregação religiosa poderia resultar em prática delituosa. Assim, conferiu à controvérsia a seguinte feição:

Cuida-se de saber se a pregação religiosa dos princípios mais puros, mais elevados, mais humanos, pode conduzir a crime e a delito. Como católico, tenho que a mais alta religião é que obedece à Igreja de Roma. E esta mesma Igreja prega, às declaradas, a necessidade de repouso hebdomadário e tem como diretriz à consciência dos povos o “não matarás”.¹⁸⁷

Posta a indagação, respondeu, de maneira desenvolta, o Ministro Orozimbo Nonato que *a pregação religiosa pode, assim, conforme a direção que tome, ser veículo de crime*¹⁸⁸. No entanto, afirmou que *indispensável se torna o exame das provas*¹⁸⁹. Passou, então, a examinar as circunstâncias do caso específico:

O fato de que é acusado o pastor japonês é de pregar o “não matarás” e o outro princípio do “descanso aos sábados”, de modo prejudicial aos interesses do Brasil. É muito possível que essa pregação derive para a prática de atos delituosos; é possível ainda que, no “ânimo delituoso do japonês, que os pregou, houvesse o intuito de diminuir a eficiência do trabalho de defesa do território nacional”; mas a pregação, em si, não constitui crime. Seria mister que a denúncia dissesse — e as provas o demonstrassem — que

187 Cf. voto proferido no HC n. 28.868/DF, Rel. Min. Bento de Faria, julgado em 29-11-1944.

188 Cf. voto proferido no HC n. 28.868/DF, Rel. Min. Bento de Faria, julgado em 29-11-1944.

189 Cf. voto proferido no HC n. 28.868/DF, Rel. Min. Bento de Faria, julgado em 29-11-1944.

essa pregação foi feita com o intuito de evitar a conscrição militar. Não basta que no ânimo de um ouvinte ela repercuta com essa intensidade. Se alguém for ouvir a prática de um padre católico romano, em que se diga “não matarás” e em que se apregoe o horror da guerra, e, exagerando e descompreendendo o alcance do ensino, rebelar-se contra o serviço de armas, nem por isso teria incidido o sacerdote em crime, pois que se limitara à predica dos mais sãos princípios.

O mesmo se passa no caso dos autos. O pastor adventista pregou esses princípios, que são das religiões civilizadas de todos os povos, e um soldado, que se recusara a serviço militar, dissera que foi ouvinte dessa pregação e que sua recusa se filiara na predica. Estabeleceu-se daí um nexo ideológico, uma relação causal, entre a pregação do princípio “não matarás”, entre a pregação do princípio “descansarás aos sábados” e a insubordinação do soldado, o não-cumprimento desse soldado às leis militares.¹⁹⁰

E, adiante, expôs seu juízo sobre o deslinde da questão:

Mas esta relação não existe, a não ser que o pastor adventista, às declaradas, pregasse, como exemplo da aplicação do princípio “não trabalharás no sábado” e como exemplo do princípio “não matarás”, a necessidade de cruzar os braços em face do inimigo atacante.¹⁹¹

No raciocínio do Ministro Orozimbo Nonato, é necessário, para a configuração da infração, que haja *indicação específica, exata, de que o japonês houvesse inculcado ao soldado a insubordinação, a inércia ante os cruéis inimigos da pátria. Não é a repercussão do ensino, advertiu, no ânimo enfraquecido de um ouvinte ou discípulo, que pode qualificar como criminoso o ato do pregador, porque as melhores lições, às vezes, dão péssimos frutos*¹⁹². Assim, ante a

190 Cf. voto proferido no HC n. 28.868/DF, Rel. Min. Bento de Faria, julgado em 29-11-1944.

191 Cf. voto proferido no HC n. 28.868/DF, Rel. Min. Bento de Faria, julgado em 29-11-1944.

192 Cf. voto proferido no HC n. 28.868/DF, Rel. Min. Bento de Faria, julgado em 29-11-1944.

ausência de elemento probatório específico sobre a pregação do pastor japonês, concedeu a ordem afastando a condenação do Tribunal de Segurança Nacional. Fez-se da liberdade de religião a regra, somente elidível pela prova cabal da incitação ao ilícito.

3. Liberdade sindical e intervenção do Estado

A liberdade de associação profissional e sindical foi reconhecida constitucionalmente desde o texto promulgado em 1934. Tradicionalmente, esse direito assume o caráter de *status negativus*: *nem se pode impor que o trabalhador se associe, ou sindicalize; nem que não se associe, ou sindicalize; nem se pode estabelecer que somente os associados ou sindicalizados exerçam determinada profissão, ou prestem determinado serviço, ou que os associados ou sindicalizados tenham preferência em matéria de trabalho*¹⁹³.

Certo é, porém, que a liberdade sindical permite, também, cogitar sobre outras implicações jurídicas. Uma delas corresponde à autonomia das entidades sindicais perante o Estado. Em outras palavras, cumpre saber se a Constituição, nesse ponto, confere também ao sindicato a condição de sujeito ativo desse direito, ou seja, se lhe assegura a prerrogativa de funcionar sem intervenção estatal.

Essa específica questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal em algumas oportunidades. É o caso do Mandado de Segurança n. 767/DF, em que se impugnava ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio que, após a promulgação da Constituição de 1946, manteve em regime de intervenção a administração de determinada entidade sindical. Alegava-se, *in casu*, que a autoridade coatora, ao arrepio do art. 159 do texto constitucional em vigor, acabava por obstar, *com graves riscos e prejuízos do requerente e de seus associados, a que a sua Diretoria, eleita e empossada, e, agora, com mandato ratificado em assembleia geral extraordinária, na conformidade de seus Estatutos, se desincumba de suas atribuições legais*¹⁹⁴.

193 Cf. Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 262.

194 Cf. relatório proferido no MS n. 767/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 9-7-1947.

Em sua defesa, sustentava o Ministério do Trabalho que *a intervenção foi perfeitamente legal em virtude dos arts. 521 e 525 da Consolidação das Leis do Trabalho, pois era tumultuária a situação da entidade sindical, o que cada dia mais se acentuava pela intromissão de elementos estranhos ao quadro social, em suas deliberações, com a propaganda de doutrinas incompatíveis com as instituições e os interesses da Nação, redundando, mesmo, em atos de desvirtuação da aplicação de suas rendas patrimoniais em fins outros que não os estabelecidos na lei e nos estatutos*¹⁹⁵.

O Ministro Hahnemann Guimarães, Relator do processo, entendeu que a *intervenção não foi ilegal, nem abusiva, justificada, como ficou, pelos relatórios dos contabilistas e dos procuradores do Sindicato*¹⁹⁶. Ao justificar a constitucionalidade da ação ministerial e do dispositivo legal que a embasava, asseverou que *a Constituição permite que a lei regule a forma de se constituírem as associações profissionais, de se fazerem representar nos contratos de trabalho coletivos e de exercerem funções delegadas pelo poder público, isto é, a liberdade das associações profissionais será exercida conforme o regime adotado em lei*¹⁹⁷. Reconhece o Ministro que do caráter público das entidades sindicais decorre a prerrogativa do legislador de limitar sua liberdade. A propósito, desenvolveu o seguinte raciocínio:

No sistema constitucional é possível que o sindicato exerça funções delegadas pelo poder público. Em virtude desse preceito, a lei dá ao sindicato o privilégio de perceber o imposto sindical; concede-lhe a situação de ser o sujeito ativo da obrigação tributária. Daí resulta a subordinação necessária do órgão sindical delegado ao poder público delegante. É inevitável a restrição da liberdade em consequência do privilégio adquirido com a delegação. Recebendo

195 Cf. voto proferido no MS n. 767/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 9-7-1947.

196 Cf. voto proferido no MS n. 767/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 9-7-1947.

197 Cf. voto proferido no MS n. 767/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 9-7-1947.

um mandato do poder público, exercendo soberania derivada, o sindicato aceita a subordinação ao poder público, que intervirá para assegurar o exercício normal da delegação.¹⁹⁸

Entreviu, ainda, o Relator caráter público no poder dos sindicatos de celebrar convenções coletivas de trabalho. Segundo ele, *no regime legal vigente, a convenção coletiva envolve o exercício de poder normativo, que constitui, sem dúvida, espécie de poder público de regulamentação*¹⁹⁹. Desse modo, reconheceu o Ministro Hahnemann Guimarães a legitimidade da intervenção ministerial.

Ao examinar o caso, no entanto, o Ministro Orozimbo Nonato adotou via interpretativa diversa da esposada pelo Relator. Sob a ótica, a questão se cingia à seguinte problemática:

Trata-se de saber se a liberdade sindical, proclamada com todas as letras na Constituição atual, é compatível com o regime em que o Ministro de Estado pode intervir na vida associativa do sindicato, destituir-lhe a diretoria e tomar-lhe a direção, a que tanto importa, como observou, com justeza, o Exmo. Sr. Ministro Ribeiro da Costa, o fato da intervenção por tempo indefinido e indeterminado.²⁰⁰

Em sua perspectiva, também o Ministro Orozimbo Nonato vislumbrava natureza pública na atividade desempenhada pelas entidades sindicais. Entretanto, inadmitia que o seu peculiar figurino institucional servisse de fundamento para sua plena submissão ao Estado. Sua compreensão, diferente — é certo —, deflui da seguinte passagem de seu voto:

198 Cf. voto proferido no MS n. 767/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 9-7-1947.

199 Cf. voto proferido no MS n. 767/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 9-7-1947.

200 Cf. voto proferido no MS n. 767/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 9-7-1947.

O sindicato é figura curiosa. Ainda que se queira compará-la com as instituições privadas, como fez o Sr. Dr. Procurador-Geral da República, aliás um especialista de merecida voga, não é possível negar a esse corpo privado uma função pública de evidente relevo. Os sindicatos cooperam com o poder público na ordem econômica do País, como demonstrou o eminentíssimo Sr. Ministro Relator. O reconhecimento de que essa cooperação existe não deve levar, porém, *data venia*, à concepção de sua completa subordinação ao poder público, pois, do contrário, essa consideração entraria em conflito manifesto com o princípio da liberdade, apregoado constitucionalmente. O sindicato é órgão de cooperação, mas em que vive o princípio da liberdade.²⁰¹

Dando seqüência à exposição do seu pensamento sobre a questão, registrou o Ministro Orozimbo Nonato que *a Constituição enuncia o princípio self-executing, da liberdade sindical, e do mesmo passo deferiu à lei ordinária as limitações que ela pudesse comportar em determinados casos. E, em nenhum deles, afirmou o Ministro, se acomoda o caso dos autos*²⁰². Para ele, *os sindicatos têm, em princípio, vida perfeitamente livre, ainda que exerçam, sob certos aspectos, funções delegadas do poder público, e tão importantes que, às vezes, essas associações (...) têm funções quase legislativas, através do poder de celebrar convenções nos dissídios coletivos do trabalho*²⁰³. Ainda sobre o alcance da liberdade sindical, pondera o eminentíssimo julgador:

Mas, se o Estado atribuiu a esses seres liberdade de movimentos, a regulamentação dessa liberdade não pode atingir senão aos pontos indicados pela Constituição mesma. A Constituição determina que a lei ordinária regulará a forma da constituição dos sindicatos — e não é este o caso dos autos —, a maneira de se

201 Cf. voto proferido no MS n. 767/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 9-7-1947.

202 Cf. voto proferido no MS n. 767/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 9-7-1947.

203 Cf. voto proferido no MS n. 767/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 9-7-1947.

fazerem representar nos contratos de trabalho coletivos — e também não é disto que se cuida — e na de exercerem funções delegadas pelo poder público, isto é, funções que os sindicatos cumprem não por direito próprio, mas por delegação do poder público. Trata-se, no caso, de coisa *toto coelo* diferente. Se é possível, sob a alegação de que se pregam idéias subversivas dentro da vida interna dos sindicatos, admitir-se a intervenção, essa intervenção somente seria possível para que, sem destituição de diretores, voltassem eles às suas naturais funções. De resto, o credo político de qualquer membro do sindicato não pode influir para que lhe seja vedado posto de direção.²⁰⁴

Reconhece, porém, o Ministro Orozimbo Nonato o poder do legislador para impor restrições à liberdade sindical. No seu entender, *esse princípio desenvolve-se dentro da lei*, ou seja, *essa liberdade há de ser temperada pelo exercício das restrições da lei ordinária; do contrário, a liberdade se hipertrófaria e perderia até sua expressão jurídica*²⁰⁵. *Se se impedem reuniões dos associados e se se destitui a Diretoria, assevera, essa liberdade representará um conceito enganoso e ilusório, sem realidade e sem vida*²⁰⁶.

A interpretação adotada pelo Ministro Orozimbo Nonato importa, sem dúvida, em reconhecer limites à atuação do Estado em relação às entidades sindicais. A liberdade é, nesse sentido, atribuída ao sindicato de modo a inibir eventuais intervenções estatais. A maioria da Corte, no entanto, apoiou orientação diversa, aprovando a posição manifestada pelo Relator. Assim, assentou-se que *a liberdade sindical, ou melhor, a autonomia sindical, não tem a ilimitação pretendida*²⁰⁷.

204 Cf. voto proferido no MS n. 767/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 9-7-1947.

205 Cf. voto proferido no MS n. 767/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 9-7-1947.

206 Cf. voto proferido no MS n. 767/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 9-7-1947.

207 Cf. voto proferido pelo Min. Edgard Costa no MS n. 767/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 9-7-1947.

Em julgamento posterior, em que se debatia a suspensão do funcionamento de várias organizações sindicais determinada pelo Decreto n. 23.046, de 1948, foi o Ministro Orozimbo Nonato coerente com seu ponto de vista. O ato presidencial impugnado no caso tinha como justificativa o fato de haver simulação de *personalidade sindical, mediante falsas declarações de suas finalidades*, tendo *fraudado a lei e obtido registro como sociedades civis*²⁰⁸. Ainda assim, o Ministro sustentou que *a liberdade sindical elimina a possibilidade da intervenção dos poderes públicos na vida interna dos sindicatos*. Segundo ele, *essa intervenção só se autoriza nos limites em que a Constituição a permite, o que não ocorre, na espécie*²⁰⁹.

Os mesmos fundamentos foram, ainda, repisados pelo Ministro Orozimbo Nonato por ocasião do exame do Recurso Extraordinário n. 24.908/DF. Tratava-se de caso em que a União havia requerido judicialmente a dissolução da Confederação dos Trabalhadores do Brasil, em face de supostas atividades ilegais desenvolvidas pela entidade. Em seu voto, trouxe o Ministro à colação as razões anteriormente utilizadas:

Na interpretação do art. 159 da Constituição Federal fui voto vencido neste Supremo Tribunal, por entender que a liberdade sindical somente podia sofrer restrições na parte mesma aludida na lei maior, sem autorizar o Governo a intervir, pura e simplesmente, tomando a direção dos Sindicatos. Argumentava-se que os sindicatos se transformavam em focos de perturbação da ordem pública, mas não faltariam à autoridade pública outros elementos para assegurar a ordem e a estabilidade das instituições.²¹⁰

O Ministro Orozimbo Nonato, em suas manifestações sobre o tema, empenhou-se em sustentar a liberdade de funcionamento das entidades sindicais, de modo a impedir a intervenção do Estado. Tal

208 Cf. voto proferido pelo Min. Barros Barreto no MS n. 848/DF, Rel. Min. Barros Barreto, julgado em 19-5-1948.

209 Cf. voto proferido no MS n. 848/DF, Rel. Min. Barros Barreto, julgado em 19-5-1948.

210 Cf. voto proferido no RE n. 24.908/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 7-5-1954.

autonomia restou, porém, atenuada pela maioria do Tribunal, seja em face da feição pública dos sindicatos, seja em virtude da compreensão de que a liberdade sindical não se dirige, como regra, às respectivas associações. Legitimou-se, de certo modo, a prática intervintiva, sob o argumento de eventuais práticas político-subversivas. Contra o voto do Ministro Orozimbo Nonato.

4. A igualdade entre filhos naturais e adotivos

Apesar do disposto no art. 1.605 do Código Civil de 1916, não era consensual a igualdade de direitos sucessórios entre os filhos naturais e os adotados. A matéria foi objeto de acesa controvérsia no Supremo Tribunal Federal. Nesse debate, sobressaíram os fundamentos deduzidos pelo Ministro Orozimbo Nonato, ao expor inabalável convicção em fazer prevalecer, *in casu*, o princípio isonômico.

Em 1947, a Corte deparou-se, em sede de recurso extraordinário, com controvertido caso em que se examinava a legalidade de cláusula testamentária em que se destinavam bens a determinada senhora, *para gozar de seus rendimentos durante sua vida*, e se, quando de sua morte, deixasse filhos, passariam tais bens e rendimentos à propriedade deles. Caso não tivesse filhos, os bens seriam transferidos para entidades benéficas. O falecimento da usufrutuária gerou a reclamação dos bens por seus filhos adotivos e pelas mencionadas entidades benéficas.

A questão cingia-se a definir a correta interpretação do art. 1.718 do Código Civil de 1916. Ao delimitar o problema, o Ministro Hahnemann Guimarães aduziu: *definindo a factio testamenti passiva, o artigo citado estabelece que é capaz de adquirir por testamento a prole eventual de pessoas designadas pelo testados e existentes ao abrir-se a sucessão*²¹¹. A solução acolhida pelo Ministro, porém, resultava na exclusão dos filhos adotivos. Seu voto, nessa linha, acolhia as seguintes razões:

A exceção que atribui à prole eventual capacidade de receber por testamento não comprehende os filhos adotivos das pessoas designadas pelo testador. Vitali discutiu, em face do art. 764 do Código

211 Cf. voto proferido no RE n. 8.028/RJ, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 5-9-1947.

Civil italiano de 1865, se a expressão “filhos” compreende os adotivos, e assim opinou, reportando-se ao art. 806, que correspondia ao art. 1.605 do nosso Código Civil, como o art. 764 valia pelo art. 178: “Embora o art. 806, com a palavra ‘filhos’ indique também adotivos, parece que não estão compreendidos (sc., na disposição do art. 764), quer porque a expressão ‘filhos’, empregada isoladamente pelo legislador, significa apenas os que estão ligados por vínculos de sangue, quer porque as palavras ‘filhos’ imediatos de pessoa viva’ supõem não relações artificiais, mas naturais. Daí resulta que, se o testador tivesse expressamente disposto em favor dos filhos adotivos de determinada pessoa, a disposição seria ineficaz, pois não se pode, pelo exposto, fazer aplicação extensiva do artigo citado (*Delle Successioni*, I, 1906, p. 673).²¹²

E, adiante, concluiu o Ministro Relator:

Prole, de que fala o art. 1.718, é a descendência natural, como se evidencia no art. 368 do Código Civil, quando diz: “Só os maiores de cinqüenta anos, sem prole legítima, ou legitimada, podem adotar”. A essa descendência, legítima, legitimada ou ilegítima, é que se dá capacidade de receber por testamento.²¹³

A argumentação expendida pelo Ministro Hahnemann Guimarães foi, de pronto, rebatida pelo Ministro Orozimbo Nonato. Ao se manifestar sobre o caso, admitiu: *é verdade que a lei fala em prole, palavra que se liga ao parentesco natural*²¹⁴. Advertiu, no entanto, *que a equiparação dos adotivos aos filhos consangüíneos é estabelecida, em muitos aspectos, sem qualquer restrição*²¹⁵. Em seguida, desferiu o Ministro seu contra-argumento em resposta à manifestação do Relator:

212 Cf. voto proferido no RE n. 8.028/RJ, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 5-9-1947.

213 Cf. voto proferido no RE n. 8.028/RJ, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 5-9-1947.

214 Cf. voto proferido no RE n. 8.028/RJ, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 5-9-1947.

215 Cf. voto proferido no RE n. 8.028/RJ, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 5-9-1947.

Mas como o legislador equiparou o adotivo ao filho mesmo, parece-me que, em tese, essa equiparação descomporta o encurtamento sobre o instituto cuja ampliação é geralmente recomendada. Aliás, as próprias restrições que o direito brasileiro estabelece não são aceitas pela orientação moderna, sendo curioso registrar que o Código Civil dos soviéticos, o Código Civil russo, não estabelece as limitações de idade a que alude o nosso Código Civil e até permite seja o adotado mais idoso do que o adotante. No direito *in fieri* cuida-se de alargar as bases do instituto, transformando-o em poderoso instrumento de solidariedade humana e em meio completo de satisfazer a instintos úteis à comunhão.²¹⁶

Assim, acabou por não aderir ao ponto de vista do Ministro Hahnemann Guimarães. Todavia, o Ministro Orozimbo Nonato, a exemplo do Relator, deu provimento ao recurso interposto. Em razão de outros fundamentos, porém. Segundo ele, *o testamento é ato em que domina, solitária, a vontade do testador, que não pode ser frustrada ou iludida pela ação de outra pessoa*²¹⁷. Na hipótese de existirem outros fideicomissários, observa, *eles seriam lesados por ato próprio do primeiro fideicomissário, contra os desígnios do testador. No caso, afirmou o eminentíssimo julgador, a vontade do primeiro beneficiário não é poderosa a, mediante ato próprio, ferir direito de terceiro contra a vontade do testador*²¹⁸.

Esse precedente chegou a ser utilizado, posteriormente, para insinuar que a Corte havia assentado a exclusão do direito dos filhos adotivos para herdar mediante testamento²¹⁹. No entanto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em várias oportunidades²²⁰, a equiparação

216 Cf. voto proferido no RE n. 8.028/RJ, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 5-9-1947.

217 Cf. voto proferido no RE n. 8.028/RJ, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 5-9-1947.

218 Cf. voto proferido no RE n. 8.028/RJ, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 5-9-1947.

219 Cf. RE n. 16.847/SP, Rel. Min. Ribeiro da Costa, julgado em 29-12-1952.

220 Cf. RE n. 16.847/SP, Rel. Min. Ribeiro da Costa, julgado em 29-12-1952; RE n. 23.584/SP, Rel. Min. Nelson Hungria, julgado em 10-9-1953; RE n. 32.462/DF, Rel. Min. Cândido Motta, julgado em 5-12-1956.

dos filhos adotivos aos filhos naturais, no que se refere à capacidade para receber por testamento, prevalecendo, desse modo, os fundamentos sustentados pelo Ministro Orozimbo Nonato.

5. Indenização por dano moral

O dever de indenizar em virtude da ocorrência de dano moral é, nos dias de hoje, matéria pacificada tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Constitui fundamento de diversas ações que tramitam nas instâncias judiciais do País. Sua expressa positivação no ordenamento pátrio²²¹ contribuiu para que fosse superada a discussão sobre a existência do dever de reparar pecuniariamente o dano moral.

A indenização por danos morais — materializada mediante o pagamento em bens suscetíveis de avaliação patrimonial — é decorrente de dor emocional causada pela violação de um direito. É, em resumo, medida reparatória de sofrimento pessoal, íntimo, psicológico, que independe do prejuízo patrimonial, provocado por infração à lei. Segundo o Ministro Orozimbo Nonato, *a noção de dano moral é negativa: é o que incide apenas na personalidade moral da vítima, consiste numa dor que não tem qualquer repercussão no patrimônio do lesado; como disse Pacchioni citado por Zulmira Pires de Lima, apud Aguiar Dias. Da Responsabilidade Civil, Volume III, p. 329, nota 1314*²²².

O direito ao resarcimento por dano moral foi, durante as décadas de 40 e 50, objeto de intenso debate. O Código Civil vigente à época (Lei n. 3.071/1916) não contemplava o instituto de forma expressa, gerando acirrada divergência entre juristas e operadores do direito. Em reiterados precedentes, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela improcedência do direito à indenização, sob o argumento de que não havia base legal que impusesse o dever de reparar danos morais. Em outras palavras, a lesão moral não era bem juridicamente protegido pela legislação brasileira. Descabia ao Poder Judiciário dar aplicação ao que o legislador não determinou.

221 Cf. art. 5º, V e X, da CRFB/88, e art. 186 do Código Civil/2002.

222 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

A corrente majoritária que se formou no Supremo Tribunal Federal àquele tempo somente admitia a reparação de danos morais nos casos em que deles decorressem prejuízos materiais. Segundo assentou, a propósito, o Ministro Hahnemann Guimarães, *para que exista dano reparável, é preciso que se verifiquem consequências patrimoniais*²²³. Em outro voto, o eminentíssimo Ministro tornou ainda mais clara sua posição a respeito do tema: *Acho indenizável o dano moral quando dele decorre prejuízo material. Mas o mero sofrimento moral é um sentimento íntimo, profundo e não me parece indenizável.*²²⁴

Foi o entendimento firmado pelo Ministro Hahnemann Guimarães, seguido pela maioria. Nesse sentido, os Ministros Edgard Costa, Lafayette de Andrada e Macedo Ludolf alinharam suas razões, *in verbis*:

(...) acompanho as razões aduzidas no voto do Senhor Ministro Hahnemann Guimarães, entendendo que o dano moral, nessas condições, em face da lei positiva, não é ressarcível.²²⁵

Já tenho voto sobre o assunto. Quando não há repercussão patrimonial, o dano moral não pode ser avaliado em dinheiro.²²⁶

Existe divergência judicial, é certo. Porém, a tese triunfante é a de que, à luz de interpretação segura do Código Civil, art. 1.537, não se pode admitir como indenizável o dano moral em si mesmo, segundo o ponto de vista em que se colocou o acórdão recorrido.²²⁷

223 Cf. voto proferido no RE n. 11.974/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 12-5-1953.

224 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

225 Cf. voto proferido pelo Ministro Edgard Costa no RE n. 11.974/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 12-5-1953.

226 Cf. voto proferido pelo Ministro Lafayette de Andrada no RE n. 11.974/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 12-5-1953.

227 Cf. voto proferido pelo Ministro Macedo Ludolf no RE n. 26.427/DF, Rel. Min. Macedo Ludolf, julgado em 21-9-1954.

A seu turno, o Ministro Orozimbo Nonato tornou explícita sua discordância em face de tal entendimento. No julgamento do RE n. 11.974/MG²²⁸, divergiu da posição *materialista*²²⁹ — assim por ele denominada — acolhida pela maioria da Corte. Segundo ele, ao se admitir a indenização apenas ao dano moral que gera prejuízo patrimonial, se está, na verdade, a reconhecer meramente a resarcibilidade de danos materiais. Para o Ministro, *o dano moral, que suscita consequências materiais, não é dano moral, senão material. O problema só se apresenta, pois, no dano puramente moral*²³⁰. Em outro julgado, esclareceu seu entendimento sobre a matéria, nos seguintes termos:

Se o dano moral tem repercussões no patrimônio do indivíduo, o problema toma aspecto diverso. A indenização aí não é pelo dano moral e não há, nesse caso, o reconhecimento de um “preço da dor”, senão a verificação de diminuição patrimonial em consequência de fato.²³¹

Na Apelação Cível n. 8.210/DF²³², foi o Ministro Orozimbo Nonato ainda mais radical quanto ao tema. Não reconheceu, *in casu*, a indenização por dano moral porque o autor a requeria com base em prejuízo material. Assim, em face de não ter argüido os fundamentos próprios do dano moral, desvinculados da perda material, não restou comprovada, a juízo do eminentíssimo Ministro, a ofensa emocional. Admitiu, por conseguinte, apenas a indenização por dano material, também reclamada pelo autor. Sua manifestação acolheu as razões seguintes:

228 Julgado em 12-5-1953.

229 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

230 Cf. voto proferido no RE n. 11.974/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 12-5-1953. Tal entendimento foi integralmente acolhido por Caio Mário da Silva Pereira, ao registrar que, *se acolhe a reparação do dano moral somente quando percutre no patrimônio, o que, em verdade faz é negar a reparabilidade do dano moral, e afirmar a do patrimonial exclusivamente* (cf. *Instituições de Direito Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. II, p. 340).

231 Cf. voto proferido no RE n. 12.039/AL, Rel. Min. Lafayette de Andrada, julgado em 6-8-1948.

232 Cf. ACi n. 8.210/DF, Rel. Min. Waldemar Falcão, julgada em 18-1-1944.

Mas certo é que o ilustre advogado, versando a hipótese, não alegou dano **puramente moral**; ao contrário, diz que esse dano se refletiu no patrimônio da vítima. Gabba separa cuidadosamente o dano puramente moral e o dano patrimonial. O dano puramente moral não seria, para muitos, indenizável: 1º porque é incalculável; 2º porque seria imoral, algumas vezes, pagar em moeda corrente danos dessa ordem. E aqui costuma vir à baila o exemplo do marido ultrajado.

Como quer que seja, a não ser em tais hipóteses, vai adquirindo cada vez maior consistência a opinião que admite moderada indenização do dano moral.

Mas essa questão não está nos autos; porque o que se alega é que, no caso, o dano moral incidiu no patrimônio.

O dano moral incide no patrimônio quando a parte deixa de produzir, trabalha menos, é obrigada a repouso e, no caso dos autos, segundo se alega, os menores agora postos sob tutela vão pagar quantia (aos tutores) que não pagariam se seus pais estivessem vivos. O dano é inquestionavelmente indenizável; é dano material, é prejuízo material.²³³

Não desconhecia o Ministro Orozimbo Nonato, contudo, os óbices ao reconhecimento do dever de indenizar danos de natureza imaterial. Com base na lição de Aguiar Dias, o próprio Ministro enumerou os principais fundamentos adotados por aqueles que negam a prevalência do dever de ressarcir em tais casos:

O tema é dos mais triturados, e Aguiar Dias põe em abreviado os argumentos adversos ao ressarcimento do dano moral: “a) a falta e efeito penoso durável; b) incerteza do direito violado; c) dificuldade em se desvelar a existência do dano moral; d) indeterminação do número de pessoas lesadas; e) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; f) imoralidade da compensação da dor com o dinheiro; g) extensão do arbítrio concedido ao pior” (liv. cit., vol. n. 227, p. 331).²³⁴

233 Cf. voto proferido na ACi n. 8.210/DF, Rel. Min. Waldemar Falcão, julgada em 18-1-1944.

234 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

Tais argumentos, porém, não impressionaram o Ministro Orozimbo Nonato. Ele os refutou um a um. Divergiu de seus pares. Foi a voz destoante da Corte, a que se manteve inflexível na defesa do direito à reparação dos danos morais.

Ao examinar (a) a falta de efeito penoso durável como impeditivo ao reconhecimento do direito à reparação em causa, o Ministro Orozimbo Nonato, transcrevendo a lição de Minozzi, assentou que *a duração maior ou menor de um efeito penoso poderia influir sobre a valoração maior ou menor do dano, mas não sobre sua existência*²³⁵. *Não convence*, segundo o magistério invocado, *que o efeito penoso, a diminuição de bem-estar, deva ser duradouro para se ter um verdadeiro dano*²³⁶.

Para o Ministro Orozimbo Nonato, não deve, do mesmo modo, prosperar a idéia de que há (b) incerteza do direito violado. Afirma que *o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito, e não a própria lesão abstratamente considerada*²³⁷. Ou seja, a lesão a direito pode gerar tanto danos materiais quanto morais. Recorreu o Ministro novamente ao magistério de Minozzi para, por derradeiro, asseverar que *o caso do dano não patrimonial não difere de qualquer outra espécie de dano*²³⁸.

Ao óbice que questiona a própria (c) existência de dano moral, o Ministro Orozimbo Nonato reconheceu ser *argumento de maior relevo*²³⁹. No entanto, rebateu-o com desassombro. *O fato danoso*,

235 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

236 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

237 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

238 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

239 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

contra-argumenta, *entende-se que tem repercussão na personalidade moral ou nos sentimentos da vítima, sem que se deva exigir, ao propósito, prova direta e palpável*²⁴⁰. Em seguida, concluiu seu pensamento:

A existência do dano resulta de um fato lesivo.

Desde que este ocorra, escreve Alcino Salazar (liv. cit., n. 44, p. 131), há de se admitir, em muitos casos, o sofrimento, porque isto é natural e normal.

“A dor se evidencia com o próprio motivo dela; é uma consequência do evento ruinoso”.

Dir-se-á que se trata de presunção. Sem dúvida, mas de presunção legítima, baseada no *quod plerumque fit*, no que é geral comum e verossímil: *praesumimos ea quao vera esse arbitramus dicit probabilibus argumentis*.²⁴¹

Nesse particular, entendeu o Ministro Orozimbo Nonato que a perturbação psicológica e o sofrimento emocional são, presumidamente, efeitos de determinada conduta, que, em caso de ser contrária ao direito, impõe ao seu agente o dever de indenizar.

Também o argumento da (d) indeterminação das pessoas lesadas foi refutado pelo Ministro Orozimbo Nonato. Segundo ele, *essa indeterminação abstrata não impede a determinação em hipóteses submetidas ao juiz*²⁴². Afirmou o eminentíssimo julgador que *a reparação deve ser dada aos que experimentaram o dano moral, o que o juiz determina pelas circunstâncias que envolvem cada caso*²⁴³. Quanto aos

240 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

241 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

242 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

243 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

familiares, ressaltou que *presunção se estabelece da ocorrência do dano*²⁴⁴. Já em relação a terceiros, *prova se exigiria, advertiu*²⁴⁵.

Em relação à (e) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro, o Ministro Orozimbo Nonato desferiu contundente crítica contra a idéia de que é impossível precisar o valor da dor. Assevera, nesse sentido, que *essa avaliação rigorosa inexiste ainda com respeito ao dano patrimonial*²⁴⁶. E, demonstrando que na mesma dificuldade incorre o dano material, prosseguiu em sua argumentação:

Quando se torna impossível a reposição das coisas ao *statu quo ante*, dá-se a substituição desse estado irrestaurável por certa compensação aproximada. Nunca existe, adverte Aguiar Dias (liv. cit., vol. cit., p. 334), perfeita correspondência entre o dano e o resarcimento.²⁴⁷

Ademais, admitiu o Ministro Orozimbo Nonato que a indenização patrimonial, ainda que padeça de alguma imprecisão, é o único meio de reprimir violação de direitos sem denominador econômico, de afirmar a existência da tutela jurídica²⁴⁸. De resto, concluiu o Ministro, sendo o dinheiro intermediário de todas as trocas, é ele o meio único de proporcionar à vítima certa sensação de bem-estar e de felicidade, que não apaga a dor experimentada, mas que pode contribuir para mitigá-la, quando mais não seja pelo castigo imposto ao ofensor²⁴⁹.

244 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

245 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

246 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

247 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

248 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

249 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

Ao contestar outro dos argumentos listados por Aguiar Dias, o Ministro Orozimbo Nonato rejeitou a idéia de que (g) o risco de arbitramento abusivo por parte do juiz seria justificativa suficiente para impugnar o direito à reparação de dano moral. Para ele, cumpre observar os critérios esboçados pela doutrina, que, se atenuam os riscos inerentes ao arbitramento, não os excluem de todo. Sua manifestação encontra-se vazada nos seguintes termos:

Quanto às dificuldades do arbitramento da indenização, é ela confessada, prevista a remediada pela doutrina, com a apresentação de critérios (vide Avio Brasil. *O Dano Moral ao Direito Brasileiro*, pp. 92 e seguintes; Gioia, in Wilson Melo da Silva, liv. n. 197) que, de resto, não excluem o *arbitrium boni viri do juiz*.²⁵⁰

Ao reconhecer certa dose de arbítrio judicial, o Ministro Orozimbo Nonato acabou por admitir que *o direito moderno, dada a complexidade das relações que disciplina, convoca continuamente esse arbítrio para a solução de questões complexas e delicadas*²⁵¹. Para ele, *o ideal baconiano da lei ótima* — optima esse legem quae minimum relinquit arbítrio indicis — é de realização cada vez mais difícil²⁵². Os eventuais inconvenientes de tal arbítrio assumem, segundo seu pensamento, contornos mais amplos, constituem *contingência inevitável da complexidade da vida moderna*²⁵³.

Foi, porém, ao refutar o argumento da (f) imoralidade em compensar a dor com dinheiro, que o Ministro Orozimbo Nonato

250 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950. Manifestou-se no mesmo sentido no RE n. 12.039/AL, Rel. Min. Lafayette de Andrade, julgado em 6-8-1948; e na ACi n. 7.526/MG, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 3-11-1942.

251 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

252 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

253 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

evidenciou, de maneira crua e chocante, a que necessidade humana responde a indenização por danos morais. Respaldado outra vez nos ensinamentos de Minozzi, sustentou que a reparação deve ser em *dinheiro porque é o modo através do qual se pode proporcionar a alguém uma alegria, que pode ser de ordem moral, para que possa, de certa maneira, não apagar a dor, mas mitigá-la, ainda com a consideração de que o ofensor cumpriu pena pela ofensa, sofreu pelo sofrimento que infligiu*²⁵⁴. Ainda discorrendo sobre a questão, assumiu que uma das principais finalidades da indenização do dano moral é aplacar o desejo humano de vingança. Sobre o tema, foi este, textualmente, seu entendimento:

O desejo de vingança não desapareceu do coração dos homens e não dar, no caso, certa expansão a esse desejo, por meio de de sentença, é acoroçar a vindita privada. O lesado dará ao dinheiro que receber destinação que lhe cause prazer e que pode ser de ordem puramente moral, como dar esmolas e praticar caridade. O dinheiro lhe proporcionaria, ao ofendido, o prazer que lhe fosse mais caro. Daí dizer Minozzi que as quantidades heterogêneas — dinheiro e dor moral — desaparecem, para dar lugar a duas quantidades homogêneas — dor moral, prazer moral.²⁵⁵

O desejo de vingança voltou, de maneira mais branda, a ser utilizado como fundamento da reparação patrimonial do dano moral em sua manifestação no julgamento do RE n. 26.427/DF, *in verbis*:

Por outro lado, deixar um culpado impune não pode pretender foros de moralidade.

De resto, deixar inteiramente impune o autor do dano moral seria um incentivo a outras ofensas e às vinditas particulares.²⁵⁶

254 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

255 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

256 Cf. voto proferido no RE n. 26.427/DF, Rel. Min. Macedo Ludolf, julgado em 21-9-1954.

O Ministro Orozimbo Nonato reconheceu, ainda, que, em determinados casos, *a indenização seria desencadernadamente imoral*²⁵⁷. No entanto, admitiu que, em outros, é possível dar indenização, dependendo do ofendido, o prazer que a indenização proporciona ou possibilidade: viagens, maior conforto ou prazer de ordem puramente moral²⁵⁸. E, ao final, arrematou com eloquência:

Evidentemente, uma pessoa santificada pelo sofrimento, sublimada de sentimentos, não procuraria nem este conforto; mas o direito não é feito para os anjos, mas sim, para o homem, com sua grandeza e suas mesquinharias, “*ni bete, ni ange*”, como disse Pascal.²⁵⁹

Rebatendo todos os fundamentos que negavam o dever de indenizar em caso de danos morais, o Ministro Orozimbo Nonato estabeleceu em seus votos, mesmo ficando vencido, as linhas mestras que inspiraram, tempos depois, a doutrina e a jurisprudência sobre o tema. Nos dias atuais, em que as discussões são outras, as idéias defendidas pelo Ministro Orozimbo Nonato lhe conferem, no âmbito da jurisprudência sobre o tema, ares de precursor. Foi a reparação de prejuízos imateriais admitida pelo Supremo Tribunal Federal mesmo antes que a legislação a consagrasse expressamente²⁶⁰.

6. Motivação e controle judicial dos atos administrativos

Constitui a motivação, como é sabido, aspecto elementar dos atos administrativos. Desse modo, cabe ao Judiciário, ao exercer o controle da administração pública, ter acesso às razões que levaram a autoridade

257 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

258 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

259 Cf. voto proferido no RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 7-11-1950.

260 Ver, entre outros, RE n. 59.111/CE, Rel. Min. Djaci Falcão, julgado em 15-5-1967; e RE n. 62.606/MA, Rel. Min. Thompson Flores, julgado em 17-4-1969.

administrativa a editar determinado ato. Ao interessado também é assegurada essa prerrogativa, sob pena de ser privado de seu direito constitucional de recorrer às instâncias judiciais. Segundo Caio Tácito, *negar ao juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle de legalidade por um processo de referenda extrínseco*²⁶¹.

Essa específica problemática foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de segurança impetrado por oficiais da Marinha contra resolução expedida pelo Conselho dos Almirantes, que os transferiu compulsoriamente para a reserva remunerada. No caso, os requerentes foram proibidos do uso dos recursos normais contra o ato impugnado, pois o Conselho de Almirantes, que não só escolhe, entre os capitães de mar e guerra, os que julgue menos aptos, indicando-os à transferência compulsória para a reserva remunerada, mas também decide, em definitivo e pelo mesmo processo, o recurso oposto à sua decisão. Os requerentes usaram esse recurso, privados, porém, de conhecer os motivos da decisão, e, assim, impedidos de refutá-los. Permaneceram também secretas as razões contrárias ao recurso²⁶².

Ao apreciar a controvérsia, a maioria formou-se no sentido de julgar legítima a resolução adotada pelo Conselho de Almirantes. Para o Ministro Luiz Gallotti, ao expor seu entendimento — que restou majoritário —, o *Tribunal não pode fazer a revisão desse pronunciamento do Conselho de Almirantes, para aferir do merecimento dos oficiais transferidos, por um critério diverso daquele que orientou aquele Conselho*²⁶³.

261 Cf. Caio Tácito. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 89.

262 Cf. relatório proferido no MS n. 1.103/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 1º-12-1949.

263 Cf. voto proferido no MS n. 1.103/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 1º-12-1949.

Resistiu à maioria, contudo, o Ministro Orozimbo Nonato. Percebeu ele abusos cometidos no caso, conforme se depreende de sua intervenção no julgamento:

É verdade que o critério da escolha cerca-se de indevassável sigilo. O eminentíssimo Sr. Ministro Relator demonstrou que os almirantes, juízes, no caso, referem-se a fatos que a ata não reproduz. Trata-se de deliberação que não envolve condenação criminal, mas um decesso. E o recurso contra essa deliberação é, como disse o ilustre advogado, uma irrisão, porque a parte desconhece as razões que a inspiraram e, assim, esgrime com um fantasma, com uma sombra, pois que não se lhe dão pontos de referência para o debate.²⁶⁴

Vislumbra, na espécie, o Ministro Orozimbo Nonato violação à garantia da inafastabilidade do controle judicial. A confidencialidade das razões subjacentes à decisão do Conselho de Almirantes em relação aos interessados acaba por obstar, no seu entendimento, o direito de recorrer às vias judiciais, pois, na prática, são ignorados os motivos que lhes caberia impugnar. Nesses termos, asseverou o eminentíssimo julgador:

A meu ver, o princípio ofendido é o de “controle” do Judiciário. Os oficiais que sofreram lesão em face da deliberação do Conselho não teriam recurso para o Judiciário.

Como disse o eminentíssimo Ministro Hahnemann Guimarães, presume-se que os altos oficiais que compõem o Conselho façam justiça. Nós, os homens, somos sujeitos a erro, em que também podem eles incidir.

Não havendo recurso para o Judiciário, a lesão de direito ficará invingada. O critério aqui não é tarifário, objetivo, mas, sim, subjetivo e indeclarado. Se o oficial é atingido pelo decesso, não sabe quais os motivos subjetivos que pelejaram em favor de sua transferência para a Reserva.

Na hipótese, o recurso administrativo seria inútil, já que a parte não tem ponto de referência para fundamentar o apelo.²⁶⁵

264 Cf. voto proferido no MS n. 1.103/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 1º-12-1949.

265 Cf. voto proferido no MS n. 1.103/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 1º-12-1949.

Desenvolveu o Ministro Orozimbo Nonato, em caso semelhante, raciocínio ainda mais aprofundado sobre o tema. Cuidava-se de ação judicial movida por servidor público contra a administração federal em face da decretação de sua demissão, resultante de regular inquérito administrativo. Cumpria, *in casu*, decidir se ao Judiciário era legítimo julgar a justiça do ato administrativo, apreciando os motivos que lhe serviram de fundamento, ou se o seu exame estaria limitado apenas aos seus aspectos formais. Nesse ponto, enfatizou o Ministro Orozimbo Nonato que não deve o Poder Judiciário limitar-se a apreciar o ato administrativo do ângulo visual de legalidade extrínseca e não de seu mérito intrínseco, ou seja, de sua justiça ou injustiça²⁶⁶. E, adiante, esclareceu seu ponto de vista:

Entendo, ao revés, que ao Poder Judiciário é que compete, principalmente, decidir o direito que a parte oponha à administração, baseada na lei do país. Quem dirá se o ato foi justo ou injusto: a própria administração, acobertada por inquérito formalmente perfeito, ou, ao cabo de contas, o Poder Judiciário?

A minha resposta é que cabe ao Poder Judiciário, porque a este compete, especificamente, resolver as pendências, as controvérsias que se ferem entre cidadãos ou entre cidadãos e o Estado.²⁶⁷

Ao examinar os fundamentos deduzidos na causa, contestou o Ministro Orozimbo Nonato argumento do Procurador-Geral da República no sentido de que o próprio texto constitucional legitima a sentença judicial e o inquérito administrativo como meios igualmente idôneos para a demissão de servidor público. Sobre a questão, alinhou as seguintes razões:

A esse argumento, opõe S. Exa. o Dr. Procurador-Geral da República que, neste caso, ficaria reduzido a um sopro de voz o texto da Constituição que, reproduzindo direito antigo, admite a demissão quer por sentença, quer como resultado de inquérito

266 Cf. voto proferido na ACi n. 7.307-Embargos/MG, Rel. Min. Castro Nunes, julgada em 20-12-1944.

267 Cf. voto proferido na ACi n. 7.307-Embargos/MG, Rel. Min. Castro Nunes, julgada em 20-12-1944.

administrativo. E que outro raciocínio levaria, ao cabo de contas, a se deferir ao Poder Judiciário todas as demissões, pois só a sentença final diria se o ato era justo ou injusto.

O argumento é especioso. Tem aparência de procedente, mas aparência pura é não-realidade; porque o argumento contrário é que se poderia retorcer contra S. Exa. Se, afinal, o inquérito administrativo é inexaminável no Judiciário, nesse caso, teríamos dificuldade flagrante de trazer o caso ao Poder Judiciário, entendendo-se o direito já declarado administrativamente. O poder do juiz apenas se limitaria a homologar a decisão administrativa, pelas formalidades extrínsecas de um ato emanado de outro Poder.

Isso é que importaria mutilação do Poder Judiciário; isso é que não tem assento em lei e em doutrina. E o eminentíssimo constitucionalista, Ministro Castro Nunes, acaba de demonstrar que a tese, verdadeira, é a que nós propugnamos; o que ao Judiciário é defeso é decidir da oportunidade do ato administrativo, de sua conveniência. Não pode o juiz determinar que tal funcionário preste este ou aquele serviço, mas pode e deve corrigir excessos, injustiças porventura perpetradas por essa Administração contra o direito do funcionário.²⁶⁸

Desse modo, esclareceu o Ministro Orozimbo Nonato que *o poder administrativo não exerce função judicante, e não pode, pois, ainda que baseado em provas formalmente perfeitas, decretar, em última análise, em última ratio, que teve razão o Estado ou o funcionário. Essa competência, segundo ele, será atribuída ao Judiciário*²⁶⁹. Sua compreensão sobre o conhecimento dos motivos da demissão alcança, também, as provas consideradas pela administração, admitindo o Ministro que o servidor ofereça outros elementos probatórios em juízo. Reconheceu, a propósito, que *as provas do inquérito administrativo são contrárias ao embargante, mas uma vez que não há prova alguma que não possa ser contrastada por outras*

268 Cf. voto proferido na ACi n. 7.307-Embargos/MG, Rel. Min. Castro Nunes, julgada em 20-12-1944.

269 Cf. voto proferido na ACi n. 7.307-Embargos/MG, Rel. Min. Castro Nunes, julgada em 20-12-1944.

provas — é princípio comezinho de direito —, procurou ele oferecer como contra-prova outra, produzida em juízo. E, no caso, entendeu que o confronto entre essas duas provas fez pender a solução em favor do funcionário público²⁷⁰.

Embora o Ministro Orozimbo Nonato tenha ficado vencido no julgamento, a maioria acabou por admitir o exame judicial dos motivos considerados na demissão, conferindo, porém, maior peso à prova produzida no inquérito administrativo. Não se limitou a Corte à análise meramente dos aspectos formais do ato administrativo. Prevaleceu, ao final, a tese asseverada pelo Ministro Orozimbo Nonato: *cingirmo-nos ao lado formal, seria contra a supremacia do nosso Tribunal, que é supremo*²⁷¹.

270 Cf. voto proferido na ACi n. 7.307-Embargos/MG, Rel. Min. Castro Nunes, julgada em 20-12-1944.

271 Cf. voto proferido na ACi n. 7.307-Embargos/MG, Rel. Min. José Linhares, julgada em 10-7-1942.

Capítulo IV

INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

1. Considerações iniciais

Este último capítulo tem a finalidade de realçar algumas manifestações do Ministro Orozimbo Nonato, no exercício de sua função judicante no Supremo Tribunal Federal, acerca de questões que envolvam a aplicação de critérios de interpretação e aplicação do direito. Cuida-se, na prática, de detectar os elementos formadores do raciocínio jurídico do Ministro em relação aos métodos de descoberta e aclaramento do sentido das normas jurídicas, bem assim aos cânones de resolução de conflitos de lei no tempo.

Assim, examinar-se-á o pensamento do Ministro e, também, do Supremo Tribunal Federal sobre tais assuntos a partir da observação de julgados que envolvem (a) a questão do desuso das leis, (b) o debate sobre a utilidade da vontade do constituinte na interpretação das normas constitucionais e (c) a admissibilidade da aplicação retroativa das leis.

2. Desuso e vigência das leis

A vigência das leis é tema recorrente nas discussões acadêmicas e judiciais. Sabe-se que uma norma perde vigência mediante revogação. Será ela tácita quando outra norma posterior discipline a mesma matéria de forma diferente, “substituindo” a anterior. Será expressa quando lei posterior impuser textualmente a revogação.

A temática referente à vigência das leis admite, porém, algumas polêmicas. Uma delas implica saber se o desuso é causa determinante para sua cessação. Essa matéria foi objeto de acesa controvérsia suscitada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, cabendo ao Ministro Orozimbo Nonato a sua condução na função de Relator²⁷².

272 Cf. AI n. 13.125/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 29-4-1947.

O caso referia-se ao Decreto n. 4.902, de 1942, que assegurava à pessoa empregada, que fosse convocada para prestar serviço militar, o direito ao pagamento de 50% de seus salários por parte de seu empregador. A inobservância dessa determinação ensejou que empregado devidamente convocado requeresse o seu cumprimento perante o Poder Judiciário. Foi o empregador condenado ao pagamento, levando-o a interpor recurso perante o Supremo Tribunal Federal.

A seu turno, o Ministério Público Federal emitiu parecer no qual argumentava que o Decreto n. 4.902/42 tinha como pressuposto necessário o “estado de guerra” em que se encontrava o País, por força da Segunda Guerra Mundial. Com o término do conflito, portanto, a aplicação do Decreto decairia, pois cessava o escopo da lei, deixando de ser devido o pagamento ao empregado convocado. Haveria, dessa forma, a cessação da vigência da lei, pois descabia ser aplicada em face do novo contexto fático consolidado: o fim da guerra.

O Ministro Edgard Costa aderiu, em linhas gerais, aos fundamentos deduzidos pelo Ministério Público. Segundo ele, o Decreto teria *caráter transitório, promulgado a atender a situação dos cidadãos convocados para o serviço militar em virtude do estado de guerra*. Avalia o nobre julgador que: *cessado, portanto, esse estado de guerra, deixou ele de produzir seus efeitos. Não importa*, para o Ministro Edgard Costa, *que o Decreto n. 4.902 tenha deixado de, expressamente, consignar o seu caráter de emergência ou de transitoriedade, a sua vigência durante apenas o estado de guerra, como de outros consta: atenta à época de sua promulgação e o seu objeto*²⁷³.

Os argumentos deduzidos pelo Ministro Edgard Costa foram, contudo, afastados pelos Ministros Orozimbo Nonato e Hahnemann Guimarães. Para este, o Decreto *não era de emergência, porque a nossa legislação sobre serviço militar sempre deu acolhimento a preceitos que dessem ao empregador a obrigação de manter seu empregado durante a prestação do serviço militar. Até a linguagem*

273 Cf. voto proferido no AI n. 13.125/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 29-4-1947.

*usada no Decreto n. 4.902, advertiu o Ministro Hahnemann Guimaraes, demonstra bem seu caráter permanente, porque não fala na prestação de serviços durante a guerra, mas de prestação de serviço de natureza militar*²⁷⁴.

Em suas razões — que obtiveram o apoio da maioria da Corte —, o Ministro Orozimbo Nonato invocou a aplicação *in casu* da Lei de Introdução ao Código Civil. Segundo registrou o eminentíssimo Relator do processo, cuida-se de lei geral de direito público aplicável a todas as outras leis, e não somente à legislação civil. Nesse sentido, asseverou, com base em erudita produção doutrinária:

O seu poder de irradiação, ainda quando apareça como lei anexa do Código Civil, despassa as raias desse Código.

Na opinião de Venzi — lê-se em Serpa Lopes (*Lei de Introd.*, p. 10) —, invocada por Eduardo Espinola, “o alcance da lei de introdução é vasto. Não se cinge ao Código Civil, mas protraí seus efeitos a todos os códigos e a todas as disposições legislativas, seja qual for a sua natureza, pública ou privada (...).”

E ao mestre Eduardo Espinola e seu ilustre filho pertencem estas considerações exatíssimas: “Como quer que seja, e sem que o rótulo, dado ao que a doutrina italiana vem denominando *le preleggi* influa para consideração diferente é nessa disciplina da matéria não se limita a regular o direito civil, ultrapassa-o para alcançar todo o direito privado, e o próprio direito público.”

Invocam os eminentes juristas o que, ao propósito da lei de sua pátria, pregoam os grandes mestres italianos.

E realmente Ferrara elucida tratar-se de “quasi un corpo di leggi delle leggi” (*Dir. Civil*, p. 173). Da própria antiga introdução, lei anexa ao Código Civil e publicada juntamente com ele para facilitar-lhe a execução, pôde dizer, frisando pontualmente com a verdade, Clóvis Beviláqua que os seus dispositivos compreendiam “matéria de direito público, de hermenêutica e de direito internacional privado” (*Cód. Civ. Com.* 1º, p. 85).²⁷⁵

274 Cf. voto proferido no AI n. 13.125/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 29-4-1947.

275 Cf. voto proferido no AI n. 13.125/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 29-4-1947.

A lei, contudo, não contemplava o desuso como forma de revogação das leis. As únicas formas de fazer cessar a vigência de uma norma legal seriam, nos termos da Lei de Introdução, (a) o decurso do período estabelecido na própria lei, editada para vigorar por tempo determinado, e (b) a revogação ou modificação por lei posterior. Esse, precisamente, o raciocínio expendido pelo Ministro Orozimbo Nonato:

Pois bem; o art. 2º da Lei de Introdução é claro em dispor que, não se destinando a lei a vigência temporária, “terá vigor até que outra a modifique ou revogue”. Não foi necessário declarar, como no projeto de Felício dos Santos, que “não se considera revogada a lei com o seu desuso” (art. 5º), pois a fórmula do art. 3º guarda, intacto, o mesmo princípio: a lei vigora até que outra a modifique ou revogue. É certo que, no anteprojeto da Lei de Introdução, fórmula contrária se inseriu, com a minha modesta oposição. Deixou, entretanto, de prevalecer para manter-se o princípio enunciado que pode apresentar em seu favor a quase geralidade das codificações e a torrente mais volumosa e caudal da doutrina. Sem dúvida que o desviantamento das leis, por larga e generalizada desprática de seu preceito, é fenômeno verificável em alguns casos. Ele interessa ao historiador, e registá-lo em diplomas legais e dar-lhe o caráter de ordem imposta coativamente apresenta sérios inconvenientes, sendo, demais disso, ocioso fique registado aquele fato histórico nos diplomas legais.²⁷⁶

Adentrando especificamente no caso, considerou o Ministro Orozimbo Nonato que o dever instituído pelo Decreto n. 4.902/42 tem aplicação independentemente da vigência de “estado de guerra”. Asseverou, nessa linha, que o diploma não estabelecia como fundamento a ocorrência de guerra ou conflito armado. Inaplicável, portanto, a máxima de que, cessando a razão da lei, cessa também a lei. Sobre a questão, aduziu, ainda, o Ministro Relator:

Este (“estado de guerra”) não constituía, forçosamente, a razão mesma da lei a termos de invocar se o “*cessante ratione legis, cessat ipsa lex*”. Aliás, a aplicação dessa regra há de fazer-se com muita circunspeção e cautela porque se evitam exageros e erros momentosos.

276 Cf. voto proferido no AI n. 13.125/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 29-4-1947.

Teixeira de Abreu, entre outros, nega a procedência da mesma, em qualquer caso, da regra *cessante ratione legis* pelo sólido fundamento de que, “como a força da lei deriva da vontade do legislador, e não das razões em que este se funda, é evidente que ela só pode ser derogada pela manifestação de uma vontade contrária” (*Curso*, n. 46, p. 128. Vide, ainda, Alves Moreira, *Instituição*, vol. 1, p. 22).

Prevaleceria, pois, ainda nesse caso, o princípio a que alude Josserand como “*l’opinion couramment admise*” — o de que “*l’abrogation ne peut être que l’œuvre de l’autorité créatrice*” (*Cours*, I, p. 57, n. 76).²⁷⁷

Em seguida, o Ministro Orozimbo Nonato trouxe à colação a distinção entre vigência e aplicação da lei. Com isso, acabou por demonstrar que é a aplicação — e não a vigência — *que se torna impossível quando se alterem as condições de fato de que dependa necessariamente a aludida aplicação, como no caso da lei que discipline a pesca ou a navegação de corrente de água desaparecida pela seca*²⁷⁸. Em face da diferença apontada, concluiu o Ministro que *o estado de guerra não constituía, no caso, evidentemente, circunstância de fato indispensável à aplicação da lei de que se trata*. Também não se tratava, segundo ele, *de disposição transitória que houvesse consumado seu próprio escopo, nem de diploma legal que apresentasse, prefixada, a data em que se extinguiria sua vigência*²⁷⁹. Não se cuidava, também, de revogação tácita, o que sugeria a plena vigência e aplicabilidade do Decreto.

Desse modo, verificando que, no caso, o estado de guerra não assumia relevância para a aplicação do diploma, assentou o Ministro

277 Cf. voto proferido no AI n. 13.125/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 29-4-1947.

278 Cf. voto proferido no AI n. 13.125/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 29-4-1947.

279 Cf. voto proferido no AI n. 13.125/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 29-4-1947.

Orozimbo Nonato que o desuso, no direito brasileiro, somente implicaria a cessação da vigência de comando normativo, em caso de expressa previsão legal.

3. A vontade do constituinte e a interpretação das normas constitucionais

A interpretação da Constituição a partir da vontade do constituinte é matéria recorrente no âmbito do Direito Constitucional. Cuida-se de temática que suscita, ainda, importantes divergências doutrinárias²⁸⁰. Sobre a questão, registra a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal significativo debate sobre sua adequação como diretriz relevante à interpretação constitucional. Destaca-se, no ponto, a contribuição legada pelo Ministro Orozimbo Nonato.

Foi objeto de apreciação pela Corte — em controvérsia já analisada — a interpretação da cláusula que assegurava a liberdade de associação sindical na Constituição de 1946. Cuidava-se de mandado de segurança impetrado contra ato do Ministério do Trabalho que determinou a manutenção de processo interventivo em entidade sindical. O Relator do processo, Ministro Hahnemann Guimarães, com a finalidade de alcançar o sentido do preceito constitucional, apresentou os seguintes esclarecimentos sobre a intenção dos constituintes a propósito de sua elaboração:

Dir-se-á, porém, que a discussão provocada na Assembléia Constituinte sobre o art. 164, § 27, do projeto de 27 de maio de 1946 e o art. 158 do projeto então examinado, mostra ser inadmissível a intervenção nos sindicatos, havendo ficado prejudicada pelo princípio de que é livre a organização sindical a emenda do Sr. Ferreira de Sousa, que, em casos excepcionais, admitia a intervenção (*Diário da Assembléia* de 1º de setembro de 1946, pp. 4550 a 4552).²⁸¹

280 Ver, a propósito, Charles D. Cole. *Interpretação constitucional: dois séculos de reflexão*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, RT, n. 90, pp. 26 e seguintes, abr./jun. de 1989; também Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. pp. 131 e seguintes.

281 Cf. voto proferido no MS n. 767/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 9-7-1947.

Aos apontamentos históricos trazidos pelo Relator, o Ministro Orozimbo Nonato reservou algumas considerações. Primeiramente, demonstrou que importantes contribuições doutrinárias concluem pelo caráter secundário da vontade do constituinte na atividade do intérprete:

Kohler e Wurzel, entre outros, demonstram, como Carlos Maximiliano, que a lei, uma vez feita, desprende-se da vontade do legislador e toma um conteúdo espiritual próprio. E é sobre esse conteúdo espiritual — diz Ferrara, na sua linguagem eloquente — que se desdobra o trabalho mental das gerações.²⁸²

Em seguida, ponderou que somente o desapego aos ideais originais de seus elaboradores permite que o mesmo texto normativo perdure após décadas de vigência. Recordou, nesse sentido, o expressivo exemplo do Código de Napoleão:

E esse trabalho diuturno de interpretação, esse labor incessante de adaptação da lei ao fato social foi que permitiu, por exemplo, que uma Nação civilizada e culta como a França, se regulasse, por dilargado tempo, por um Código antigo, como o de Napoleão, apenas com uma que outra reforma.²⁸³

No entender do Ministro Orozimbo Nonato, os trabalhos legislativos servem para *definir o momento histórico em que a lei apareceu e quais as correntes jurídicas que inspiraram certo instituto e a que tendências gerais dominantes obedeceu certo princípio legal*²⁸⁴. Aí, a opinião dos parlamentares vale, concluiu, *não como interpretação autêntica, mas como índice da existência dessa corrente, que preparou o surto da lei e que, de resto, pode ser surpreendida através*

282 Cf. voto proferido no MS n. 767/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 9-7-1947.

283 Cf. voto proferido no MS n. 767/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 9-7-1947.

284 Cf. voto proferido no MS n. 767/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 9-7-1947.

de outros elementos. Para ele, não é possível, realmente, dar aos trabalhos preparatórios da lei consistência de elemento terminativo para a interpretação²⁸⁵.

Considerou o Ministro Orozimbo Nonato de pouca valia o exame dos trabalhos legislativos ou constituintes para precisar o sentido das normas constitucionais. Os textos legais e constitucionais somente se mantêm em vigor durante longos períodos, segundo ele, se admitirem adaptação às novas realidades que se impõem à vida humana. Para isso, cumpre ao intérprete — sob pena de tornar anacrônico o direito positivo — relativizar a importância dos trabalhos e debates parlamentares. Maximiza-se o seu valor histórico, atenuando sua importância jurídica.

4. A irretroatividade das leis

A lei não é naturalmente retroativa²⁸⁶. Tal assertiva, de autoria do Ministro Orozimbo Nonato, retrata com fidelidade a máxima vigente nos ordenamentos jurídicos modernos de que a lei é, em regra, prospectiva, ou seja, não dispõe sobre fatos pretéritos. A aplicação retroativa das leis é cabível, porém, em casos específicos. A definição das hipóteses em que, de maneira excepcional, a lei pode retroagir deu ensejo a diversos questionamentos judiciais. Muitos deles acabaram chegando à apreciação do Supremo Tribunal Federal, a quem coube, ao final, pacificar a matéria. Alguns desses debates são reeditados de tempos em tempos, sob outras cores e formatos. Outros foram pacificados pela Corte, sem que novamente tenham sido reavivados em momentos mais recentes.

a) Retroatividade e cláusula expressa

Ao examinar o caráter retrooperante do Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933, assentou-se, a partir da Relatoria do Ministro

285 Cf. voto proferido no MS n. 767/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 9-7-1947.

286 Cf. voto proferido no RE n. 2.977/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 3-12-1941.

Orozimbo Nonato, que a retroação de dispositivo legal é admitida somente mediante determinação expressa de lei.

Para o Ministro Orozimbo Nonato, com apoio em sólida base doutrinária, *se a virtude retrooperante não lhe foi outorgada expressamente, o juiz não poderá reconhecê-la, aos melhores do direito. Quando o legislador entender de lhe atribuir essa virtude extraordinária, salientou, esse efeito incomum, deve declará-lo*²⁸⁷. Procurou, ainda, destacar a necessidade de disposição expressa como condição da retroatividade nas seguintes considerações:

Sem a declaração expressa em contrário pelo legislador, o que se presume é não haver ele querido praticar a exceção grave que é a lei retroativa, sendo indiferente, como afirma Alves Moreira, que se trate de lei de ordem pública ou de proteção individual (*Instituições*, vol. I, n. 36, p. 74). Vide ainda Faggella, in *Corso de Bianchi*, vol. 2º, p. 99; Roubier, vol. 2º, n. 87).

Como escreveu Coviello, “una legge qualsiasi può essere retroattiva per volontà del legislatore ma messuna è retroattiva per indole sua” (*Dir. Civ.*, § 36, p. 115).

No riquíssimo *Tratado de Espinola* — Espinola Filho, está, em apoio a Roubier, a lição de que a cláusula da retroatividade deve ser formalmente inscrita em lei (vol. II, n. 64, p. 231).²⁸⁸

Por outro lado, reconheceu que há na doutrina quem admite a retroatividade implícita. Contudo, alertou que aqueles *que a admitem, advertem que ela somente é possível quando da nova lei se deduz com segurança a intenção do legislador de regular também os fatos ocorridos anteriormente*. Assim, afastou o Ministro Orozimbo Nonato, *in casu*, qualquer possibilidade de retroação tácita ou implícita. Ainda sobre essa questão, ofereceu o Ministro novos esclarecimentos no julgamento do RE n. 4.298/PR:

287 Cf. voto proferido no RE n. 2.977/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 3-12-1941.

288 Cf. voto proferido no RE n. 2.977/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 3-12-1941.

Às vezes é necessário ao governo afrontar esse perigo de leis retroativas, mas, quando o faz, o governo o declara expressamente porque, como é corrente na doutrina, não se pode dizer que haja lei implicitamente retroativa. Há algumas que se consideram como tais, quando não se pode alcançar o objetivo por elas visado sem que sejam aplicadas retroativamente. Não se deve, porém, presumir a retroatividade da lei, pela sua índole ou pela sua própria natureza, tanto mais quanto, no caso, a lei, que deu efeito retroativo a uma parte, omitiu esse efeito quanto a outra.²⁸⁹

Desse modo, o Ministro Orozimbo Nonato acabou por definir, com o apoio de seus pares, o caráter extraordinário da retroatividade das leis. A lei somente poderia disciplinar fatos ocorridos antes da sua vigência, na hipótese de expressa determinação legal. Ressaltou, assim, que *sempre se entendeu que é má política legislativa decretar leis retroativas*²⁹⁰.

b) Retroatividade e fato consumado

Ao examinar questão de natureza fiscal, discutiu o Supremo Tribunal Federal a aplicação de texto normativo que determinava sua incidência sobre fatos já ocorridos. Tratava-se do Decreto n. 21.554, de 20 de junho de 1932, em que se exigia a revisão das declarações de renda, *porventura, já entregues*. Segundo o Relator, Ministro Castro Nunes, a *aplicação retroativa está, pois, em termos peremptórios*. Assim, afirmou o Relator não ver *como repelir a aplicação retroativa*²⁹¹.

O Ministro Orozimbo Nonato, contudo, inadmitiu a retroatividade *in casu*. Em seu breve voto, que acabou conduzindo a maioria da Corte, alegou que, tendo havido a extinção da respectiva obrigação tributária,

289 Cf. voto proferido no RE n. 4.298-Embargos/PR, Rel. Min. Cunha Mello, julgado em 9-7-1941.

290 Cf. voto proferido no RE n. 4.298-Embargos/PR, Rel. Min. Cunha Mello, julgado em 9-7-1941.

291 Cf. voto proferido no Agravo de Petição n. 7.480-Embargos/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 6-8-1941.

descabe submetê-la à lei nova. A consumação dos fatos afasta a incidência retrooperante de comando normativo posterior. Nesse sentido, pondera o Ministro:

Havendo sido pago regularmente o imposto, extinta se tornou a obrigação respectiva. Nenhuma lei, ainda que retroativa, pode reviver a obrigação morta. Os fatos inteiramente consumados escapam à lei nova, ainda que a esta se atribua virtude retrooperante.²⁹²

Suas ponderações, que foram seguidas pela maioria da Corte, indicam que a consumação da obrigação é óbice intransponível à retroação de lei posterior, ainda que imposta mediante cláusula expressa. Assentou, nesse sentido, o Ministro Orozimbo Nonato que vínculo obrigacional já extinto não se sujeita a preceito de lei a que se confere caráter retroativo. Em outro julgado, porém, foi ainda mais contundente o Ministro sobre a questão:

No caso dos autos, o apelado pagou o que devia pagar. Em face dessa situação, e de se compreender que as situações consumadas, em face da jurisprudência, devem ser respeitadas, e atendendo a que o devedor de boa-fé pagou o que era devido, não é lícito atribuir ao legislador a intenção de, contra a jurisprudência contra a *comunis opinio*, vir com uma lei fulminadora de situações já constituídas.²⁹³

A temática da retroação de lei em relação a fato consumado foi, também, retomada por ocasião do julgamento do RE n. 4.183/PR. No caso, questionava-se a aplicação do Decreto n. 39, de 1937, que limitava matéria de defesa cabível em sede de embargos de execução. Ocorre que os embargos já haviam sido oferecidos antes da edição do mencionado diploma. E, segundo o Relator, Ministro Orozimbo Nonato, era *ponto frio na jurisprudência que, anteriormente àquele decreto,*

292 Cf. voto proferido no Agravo de Petição n. 7.480-Embargos/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 6-8-1941.

293 Cf. voto proferido no RE n. 7.129/DF, Rel. Min. Bento de Faria, julgado em 30-1-1945.

*podia a defesa expandir-se normalmente, conhecendo a justiça comum do mérito mesmo das resoluções das juntas*²⁹⁴.

Ao expor seu juízo sobre a controvérsia, o Ministro Orozimbo Nonato, com base no magistério de Reinhardt, afirma *que o problema da retroatividade não tem propósito quando se trata de ato consumado, que já produziu todos os seus naturais efeitos*²⁹⁵. E, ainda, acrescentou:

E, quando assim não fosse, é sabido — e o “acordão” invoca, sobre o assunto, a lição do opinadíssimo Roubier — que a chamada retroatividade da lei processual não alcança os atos consumados, ainda que a lide não se tenha rematado, no regime da lei anterior.²⁹⁶

Portanto, oferecidos os embargos à execução antes da vigência da nova lei processual, descebe a pretensão de sua aplicação retroativa. A defesa do executado já havia se consumado, não sendo legítimo, segundo o Ministro Orozimbo Nonato, dispositivo normativo posterior impor-lhe regime mais restritivo.

c) Retroatividade e lei interpretativa

Em diversas ocasiões, o Supremo Tribunal Federal viu-se diante do debate sobre a retroatividade da lei interpretativa. A finalidade de meramente esclarecer o sentido de outro texto legal não revela, *a priori*, caráter de inovação do ordenamento jurídico. Assim, ao se restringir a declarar o conteúdo de preceito já em vigor, permitiria sua retroação, já que em nada acresce ao ordenamento vigente.

Ao analisar a questão, admitiu o Ministro Orozimbo Nonato que a retroatividade é efeito natural da lei interpretativa. Contudo, pode o

294 Cf. voto proferido no RE n. 4.183/PR, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 25-8-1942.

295 Cf. voto proferido no RE n. 4.183/PR, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 25-8-1942.

296 Cf. voto proferido no RE n. 4.183/PR, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 25-8-1942.

legislador optar por não lhe conferir tal eficácia. É o que deixa claro o Ministro a propósito do julgamento do RE n. 7.129/DF, *in verbis*:

Ainda que não se queira entrar no debate dessa questão, é exato que a lei interpretativa tem, via de regra, efeito retrooperante. Mas apenas em linha de princípio. Pode a lei ser interpretativa sem retroagir. Além de sua autoridade, invoca o eminentíssimo Sr. Ministro Goulart de Oliveira a de Piola, e eu lembraria mais a de Ferrara. O legislador pode respeitar as situações passadas, já definitivamente constituídas, e interpretar a lei para o futuro.

Quer dizer que não há vínculo indesligável entre a lei interpretativa e a retroatividade da lei. Se pudesse trazer uma contribuição a S. Exa., eu diria que, em geral, a lei interpretativa é retroativa. Em certos casos, não o será como no exemplo de Ferrara, tudo dependendo do exame da lei interpretativa, de saber se naquele caso ela é interpretativa, com o seu efeito comum, geral, retrooperante; se existe ou não existe esse efeito, que é próprio, em tese e em princípio, da lei chamada interpretativa.²⁹⁷

No entanto, reconheceu o Ministro Orozimbo Nonato que *não há, de feito, como aceitar, por inferência, o caráter interpretativo a uma lei*. Acolheu, nessa linha, a lição de Jean Raymond, que assevera: *Si les tribunaux ont un doute sur le but que le législateur a en vue ils devont s'abstenir de regarder la loi comme interpretative* (Se os tribunais têm dúvida sobre o objetivo que o legislador tem em vista, devem abster-se de tomar a lei como interpretativa)²⁹⁸. *Não basta*, segundo o Ministro, *que venha a lei nova dilucidar questão controvérsia ou texto obscuro de lei para que tenha caráter interpretativo*. Para Ferrara, em passagem expressamente referida pelo eminentíssimo julgador, *la legge interpretativa è quella che o per spressa statuizione o per la sua riconoscibile intenzione vuole determinare il senso d'una precedente legge, perchè sia in tal modo applicata* (a lei interpretativa é aquela que, ou por expressa disposição legal, ou por sua

297 Cf. voto proferido no RE n. 7.129/DF, Rel. Min. Bento de Faria, julgado em 30-1-1945.

298 Cf. voto proferido na ACi n. 7.530/RJ, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 9-1-1946. (Tradução do autor.)

reconhecível intenção, quer determinar o sentido de uma lei precedente, para que seja de tal modo aplicada)²⁹⁹.

Em julgados posteriores, contudo, o Ministro Orozimbo Nonato ofereceu visão mais restritiva da matéria. Para ele, *a chamada retroatividade da lei puramente interpretativa seria de simples aparência*. Nesse sentido, com base em Gaston Jèze, salientou que, *se a lei nada encerra de novo, é pura superfluidez, pois o que rege o passado é a lei antiga repetida ociosamente*³⁰⁰. Ainda sobre o tema, esclareceu o seguinte:

Se a lei é puramente interpretativa, se há no caso lei anterior, idêntica, se o seu fim único é dissipar dúvidas eventuais, se ela não tem nada de novo, então, em suma, pode-se aceitar a “ficação caridosa” a que aludia Pierre Teste.

A não ser nesse caso raríssimo, em que a lei se torna, ao cabo de contas, ociosa, não se pode falar em lei retroativa; a chamada lei interpretativa será lei nova, com efeito para o futuro: *lex prospicit, non respicit*.³⁰¹

Assim, cumpre observar que o Ministro Orozimbo Nonato reconhecia o caráter retroativo da lei interpretativa. No entanto, vislumbrava estreito figurino a caracterizar o perfil interpretativo da lei. Em sua opinião, a lei interpretativa assumia ares de ociosidade, pois se limitava a reiterar, com maior clareza e precisão, texto legal já em vigor.

d) Retroatividade e lei processual

Outra questão que foi levada perante a Corte Suprema do País foi a da aplicação retroativa da lei processual. Em vários julgados, tal problemática foi suscitada, sobretudo em face da transição entre as leis estaduais de processo e o Código de Processo Civil de 1939.

299 Cf. voto proferido na ACi n. 7.530/RJ, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgada em 9-1-1946. (Tradução do autor.)

300 Cf. voto proferido no RE n. 10.039/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 9-1-1946.

301 Cf. voto proferido no RE n. 29.573/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 8-11-1955.

No exame do RE n. 10.348/DF, foi objeto de controvérsia a propositura de ação rescisória com base em falsa prova. O debate cingia-se a verificar se a falsidade deveria ser apurada previamente em sede de juízo criminal ou poderia ser no âmbito da própria ação rescisória. No entanto, o problema não revelava polêmica de direito processual, mas de direito intertemporal. É o que deduz o Relator do processo, Ministro Orozimbo Nonato:

Mas nenhuma das questões ora mencionadas tão de abreviado influi no desate do problema dos autos. É certo e certíssimo que, no sistema do Código de Processo vigente, exigível é, no caso, a prova prévia de falsidade, produzida no juízo criminal; é certo e recerto que, no sistema do Código de Processo do Distrito Federal, a prova de que se trata podia ser produzida no discurso da rescisória, perante o juiz mesmo da causa. Nenhuma dúvida ou entredúvida remanesce a respeito, e qualquer debate que ao propósito se pudesse travar só encontraria atmosfera nas regiões da doutrina. É outro o nó frágio do caso dos autos. A dúvida bate em outro ponto. O v. acórdão recorrido aplicou ao caso o sistema do Código de Processo em vigor, e os recorrentes reclamam, alentados no douto voto vencido, que aplicável era ao caso do Código de Processo do Distrito Federal. É essa toda a questão dos autos, que, assim, concretiza um problema de direito intertemporal.³⁰²

Em outras palavras, cumpria definir se a lei processual do Distrito Federal mantinha-se aplicável ao feito ou se o Código de Processo Civil, editado posteriormente, passava a reger o rito. Nessa perspectiva, o Ministro Orozimbo Nonato reconheceu que se diz, *de comum, que as leis processuais possuem, naturalmente, a virtude extraordinária da retroatividade*³⁰³. No entanto, preferiu concepção mais branda, de acordo com a doutrina de Coviello, que afirma serem *as leis processuais de aplicação imediata a todas as lides que se iniciam ou estão pendentes ao tempo em que entram em vigor*. No entanto, esclarece o autor, *isso não importa retroatividade, porque a aplicação das leis*

302 Cf. voto proferido no RE n. 10.348/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 7-10-1947.

303 Cf. voto proferido no RE n. 10.348/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 7-10-1947.

processuais refere-se a fato atualmente existente, isto é, a lide, não um fato passado, como é o negócio jurídico³⁰⁴. O princípio, em suma, que prevalece, concluiu o Ministro, é o de que a lei processual, por sua natureza mesma, tem aplicação imediata, e ele ao fácil se justifica em face de qualquer das teorias relativas à aplicação das leis no tempo³⁰⁵.

Ao aprofundar-se na questão, porém, o Ministro Orozimbo Nonato, alegou que o ponto central da disputa estava, de fato, em saber acerca da natureza da lei que deve prevalecer, pois *o que constitui objeto da chamada retroatividade da lei processual é o “rito” da ação, é o complexo de formas internas e externas dos atos da causa*. Para ele, o caso é de aplicação de direito material, de direito à ação. Assim, passou a justificar, no raciocínio desenvolvido, o caráter de direito material da ação:

É certo que, em seu aspecto formal, a ação se confunde com o processo, com a série de atos e termos que constituem o “movimento processual”.

Mas, em acepção subjetiva, é um direito, é o “*ius persequendi in iudicio quod sibi debetur*”, da famosa definição de Celso, é, como disse Câmara Leal, verdadeira modalidade de *facultas agendi* e identifica-se com o direito mesmo. Daí a exata observação de Câmara Leal de que a ação, como direito, é de natureza substantiva, e, como processo, é de índole objetiva (*Teoria e Prática das Ações*, vol. I, p. 15, n. 7).³⁰⁶

Desse modo, na opinião do Ministro Orozimbo Nonato, ao disciplinar o próprio exercício de um direito, a lei não configuraria, no ponto, norma de direito processual, mas de direito material. E, assim, não seria cabível sua aplicação retroativa ou imediata, como convém às

304 Cf. voto proferido no RE n. 10.348/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 7-10-1947.

305 Cf. voto proferido no RE n. 10.348/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 7-10-1947.

306 Cf. voto proferido no RE n. 10.348/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 7-10-1947.

típicas leis de processo. Conforme salientou, em outra oportunidade, *as regras processuais propriamente ditas é que retroagem*³⁰⁷. No entanto, no caso específico, acabou o Ministro adotando solução diversa, por entender que a ação não tinha sido proposta antes da vigência da nova lei.

A análise, porém, do RE n. 3.610/DF implicou o exame de outro aspecto da suposta retroatividade da lei processual: a definição da lei aplicável em matéria recursal. Tratava-se de caso em que o julgamento do feito pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal ocorreu em 13 de janeiro de 1931, sendo publicado no dia 16 subsequente. Ocorre que não houve a devida intimação às partes logo após o julgamento. As partes foram intimadas, a pedido dos herdeiros dos autores — a quem o acórdão não favorecia — apenas em abril de 1938. Em maio do mesmo ano, foram opostos embargos de nulidade e infringentes contra a decisão do Tribunal de Justiça.

A controvérsia, *in casu*, residia no fato de que *o acórdão que reformou a sentença de primeira instância e houve a ação como improcedente não comportava embargos, segundo a lei do tempo em que proferido; logo não podiam ser os embargos conhecidos, apesar de autorizados pela lei vigente ao tempo de sua interposição*³⁰⁸. Em sua manifestação sobre a questão, o Ministro Orozimbo Nonato, Relator do processo, ponderou:

Ao se tratar de recurso, matéria adesa à da ação e, pois, maior do que os quadros estritamente processuais, a doutrina geralmente seguida não se prende ao princípio da chamada retroatividade das leis processuais. O que se opina comumente é que a parte tem direito a usar a sentença dos recursos facultados pela lei sob cujo domínio foi ela proferida.³⁰⁹

307 Cf. voto proferido na ACi n. 7.349/MG, Rel. Min. Waldemar Falcão, julgada em 11-11-1941.

308 Cf. voto do Ministro Orozimbo Nonato proferido no RE n. 3.610/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 2-12-1941.

309 Cf. voto proferido no RE n. 3.610/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 2-12-1941.

Nesse ponto, incorporou textualmente o Ministro Relator a lição de Gabba no sentido de que *nenhum recurso introduzido por uma lei nova pode ser admitido contra uma sentença produzida quando vigente a lei anterior que não o admitia; e, inversamente, qualquer remédio consentido pela lei que imperava ao tempo da sentença não pode ser retroativamente subtraído por lei posterior*³¹⁰. Descabido era, portanto, propor recurso que não tinha base legal à época da decisão judicial.

No entanto, o Código de Processo de 1939, segundo o Ministro, preferiu considerar o momento em que se manifesta o recurso. *Deixou, por motivos de ordem prática* — registrou o Ministro com apoio em Seabra Fagundes —, *de seguir pontualmente, no caso, a esteira da communis opinio*³¹¹.

e) Retroatividade e fraude à lei futura

Interessante questão, hoje pouco agitada nos tribunais brasileiros, diz respeito à figura da fraude à lei futura. Teve o Supremo Tribunal Federal a oportunidade de examiná-la no RE n. 13.139/DF, em que se discutia a legitimidade de rescisão de contrato de trabalho, com a devida declaração de quitação por parte do empregado, 24 horas antes da entrada em vigor da Consolidação das Leis do Trabalho. A nova lei trabalhista estabelecia requisitos que visavam assegurar a idoneidade de tal procedimento, tal como a assistência por parte de entidade sindical ou órgão público.

O recurso, no caso, foi interposto contra decisão do Tribunal Superior do Trabalho, que reconheceu a fraude ao novo diploma, declarando nula a quitação com base no art. 9º da própria Consolidação. Segundo o aresto da Corte Trabalhista, *não há como deixar de acreditar que o acórdão tenha sido efetivado com o fim de fraudar a*

310 Cf. voto proferido no RE n. 3.610/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 2-12-1941.

311 Cf. voto proferido no RE n. 11.100/SP, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 8-9-1950.

execução daquele diploma legal, tanto mais que a Consolidação foi publicada antes de sua vigência, de sorte que todos tiveram conhecimento da futura lei³¹². Sobre o caso, constatou o Ministro Orozimbo Nonato que tal decisão admitiu a possibilidade de fraude à lei ainda invigorante, por não se achar exausto o prazo vacationis³¹³.

Em seu exame sobre o caso, o Ministro Orozimbo Nonato, invocando o magistério de Paulo de Lacerda, ressaltou que, *enquanto a lei nova não começa a atuar, permanece em vigor a antiga. Não é possível que se configure ato in fraudem legis, salientou, quando o preceito que se diz fraudado ainda não lograra, com a obrigatoriedade, natureza de lei³¹⁴.* Ademais, asseverou, apoiado nas obras de Coville e Roubier, que não se pode inferir a retroatividade da natureza mesma das leis trabalhistas³¹⁵.

Em outro julgado, o Ministro Orozimbo Nonato voltou a enfatizar a inocorrência de fraude à lei futura em face da irretroatividade das leis. Para ele, *nos países que vedam, em preceito constitucional, a retroatividade das leis, não pode haver fraude à lei futura. Também é certo, reconheceu o Ministro, que em algumas hipóteses, a admisão da fraude à lei futura pela jurisprudência tem deparado aplausos, em nome da moral, por autores de porte de Baudry, Planiol e Capitant.* No entanto, afirmou o eminentíssimo julgador, tais autores *reconhecem sua fragilidade em face dos textos.*³¹⁶

312 Cf. voto proferido no RE n. 13.139/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 22-7-1952.

313 Cf. voto proferido no RE n. 13.139/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 22-7-1952.

314 Cf. voto proferido no RE n. 13.139/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 22-7-1952.

315 Cf. voto proferido no RE n. 13.139/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 22-7-1952.

316 Cf. voto proferido no RE n. 21.550/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 8-9-1953.

O Ministro Orozimbo Nonato retomou, ainda, a questão no julgamento do RE n. 24.154/DF. E, nessa ocasião, acrescentou:

Desde, porém, que a lei ainda não se acha em vigor, não se pode falar em fraude a uma lei que não encerra preceito obrigatório. Seria dar efeito retroativo à lei, o que, no nosso regime, pelejaria contra princípio de natureza constitucional. Não obstante, a questão foi versada nos Tribunais estrangeiros, onde o princípio da irretroatividade não tem, como no nosso direito, caráter constitucional. Alguns arrestos antigos citam-se que admitiam a fraude à lei futura. Veja-se, a propósito, o que esclarece Dubois. Hoje, porém, não se admite essa possibilidade que vale admitir infração de lei que não é lei.³¹⁷

Desse modo, contribuiu o Ministro Orozimbo Nonato para que fosse preservado o princípio da irretroatividade das leis. Apesar da sensação de antipatia que possa gerar a consecução de atos que visam contornar texto legal pouco antes de sua entrada em vigor, a figura da fraude à lei futura constituiria, por certo, significativa fragilização dos ditames da segurança jurídica. A ela não se curvou o eminentíssimo julgador.

f) A defesa da segurança jurídica

É possível concluir a partir dos casos acima mencionados que o Ministro Orozimbo Nonato admitia a retroatividade da lei somente com muitas ressalvas e restrições. Exigia cláusula legal expressa para que o diploma alcançasse fatos já ocorridos. Inadmitia a retroação da lei em relação a fatos já consumados. Concebia efeito retrooperante à lei interpretativa somente quando esta fosse praticamente ociosa por meramente reiterar, em outros termos, texto legal já em vigor. A lei processual, segundo ele, não retroagia propriamente, mas tinha simples aplicação imediata. E, também, negava aplicação à figura da fraude à lei futura. Combatteu, portanto, a ampliação das hipóteses em que se admitia a retroatividade da lei. Sua jurisprudência foi marcada — pode-se dizer — pela defesa da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais.

317 Cf. voto proferido no RE n. 24.154/DF, Rel. Min. Orozimbo Nonato, julgado em 27-8-1954.

O JUIZ E SUA OBRA: CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade desempenhada pelo Ministro Orozimbo Nonato no Supremo Tribunal Federal evidencia — segundo se depreende do exame constante do presente estudo — sua profunda consciência sobre os limites da função judicial. Suas manifestações demonstram a clara distinção que fazia entre as suas convicções pessoais e as soluções efetivamente consagradas pelo legislador. Sabia que as autoridades que integram o Legislativo e o Executivo é que têm a legitimidade e a missão constitucional de estabelecer os critérios e os padrões a serem observados pela sociedade em geral. Ao juiz cabe meramente dar aplicação às diretrizes fixadas pelos poderes políticos.

No julgamento sobre o impedimento do Presidente Café Filho — controvérsia de magnitude ímpar —, o Ministro Orozimbo explicitou, com clareza singular, o papel que competia ao Tribunal:

Tudo se acendeu ao calor das paixões partidárias, e o Tribunal sempre se esquivou, por um imperativo de decência e de fidelidade à sua vocação histórica, ao convite, às vezes tentador e mavioso, da subversão e das evasões da legalidade.

Com o proclamar, *ore rotundo*, não lhe faço o elogio. Registo, com orgulho de juiz e brasileiro, um fato incontendível, de fácil verificação.

Trata-se do cumprimento de um dever elementar, mas nem sempre compreendido pela opinião pública.

A natureza das funções, que exercemos, aliás, devia ser esclarecida e explicada ao público, em vez de obscurecida e deformada pela insinceridade de alguns e pela paixão de muitos.³¹⁸

Tal pronunciamento, em caso de tamanha relevância, reflete a compreensão do Ministro de que descabe ao juiz transgredir as fronteiras da interpretação, de modo a fazer prevalecer suas opiniões sobre a

318 Cf. voto proferido no MS n. 3.557/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, sessão de 14-12-1955.

solução mais justa para o caso. Essa tarefa refoge, segundo ele, ao âmbito da jurisdição, pois implica exercício de típica função legiferante.

Em ensaio sobre o Ministro Orozimbo Nonato, Hugo Mósca registra que tais idéias sobre a natureza da atividade judicial sempre foram sustentadas pelo eminente julgador de Sabará. Nesse sentido, o autor refere-se a Orozimbo, em determinada passagem, como *o jurista que surpreendeu a Nação, no dia de sua posse, ao se despedir de seus amigos, em Belo Horizonte, ponderando que não esperassem dele a prática absoluta da Justiça, mas apenas e tão-somente um mero e fiel cumpridor da lei, não lhe cabendo desaplicá-la por amor e convicções pessoais*³¹⁹. Em seguida, alude à manifestação do próprio Ministro em que reitera o mesmo ponto de vista:

Se a norma fosse iníqua, que o prejudicado batesse às portas do legislador em busca de soluções casuísticas. No seu discurso, ao receber o prêmio Teixeira de Freitas, reafirmou seu pontificado:

“A fidelidade do Juiz à Lei deve ser completa e sincera. O impulso mais profundo e violento de sua consciência não deve ser poderoso e assoberbar o mandamento da lei, que ele é apelidado a interpretar e aplicar”.³²⁰

No presente trabalho, esse aspecto do pensamento do Ministro Orozimbo Nonato pode ser encontrado em vários dos julgados analisados. Vejam-se, por exemplo, as decisões proferidas acerca da autonomia dos Estados-Membros no regime da Carta de 1937. Nesses casos, resignou-se o Ministro a impor o ordenamento em vigor, ainda que eventualmente divergisse de seus ditames. Em seus votos sobre o tema, empregou interpretação restritiva às normas que definiam as competências estaduais. Foi contundente ao reconhecer que o regime em vigor à época era *semifederativo*, afirmando que a autonomia dos Estados era *desmentida*

319 Cf. Hugo Mósca. *Orosimbo Nonato: apóstolo do Direito*. Brasília: Thesaurus, 1991. p. 11.

320 Cf. Hugo Mósca. *Orosimbo Nonato: apóstolo do Direito*. Brasília: Thesaurus, 1991. p. 11.

*em quase todos os capítulos da Constituição e na prática da vida constitucional.*³²¹ Sua análise retratava com fidelidade os termos da sistemática constitucional, sem qualquer impulso de distorcê-la para, eventualmente, ajustá-la às suas convicções pessoais.

Por outro lado, o Ministro Orozimbo Nonato também ousou inovar em sua passagem pelo Supremo Tribunal Federal. Sem tisnar a letra da lei, revelou construções interpretativas arrojadas, anunciando novas tendências a que o direito brasileiro somente iria aderir anos mais tarde. São elucidativos dessa faceta vanguardista seus pronunciamentos sobre a responsabilidade civil do Estado e o dever de indenizar em caso de dano moral.

Em relação à responsabilidade do Estado, o Ministro Orozimbo Nonato dissentiu da maioria da Corte em praticamente todos os julgados sobre o tema. Insistiu na prevalência de um regime próprio para o Estado, diferente daquele oriundo do direito privado, aplicável aos particulares. Entrevia elementos peculiares do direito público, que ensejavam tratamento diferenciado ao Estado. Mais tarde, no entanto, o desenvolvimento do direito pátrio e estrangeiro acabou por fazer justiça às idéias defendidas pelo Ministro. A responsabilidade objetiva do Estado é, nos dias de hoje, matéria pacífica, reconhecida, sem sobressaltos, pelos tribunais do País e do exterior.

Situação semelhante ocorreu em face da temática relativa ao cabimento de indenização por dano moral. Vencido nos julgados do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Orozimbo Nonato traçou, em seus eruditos votos, as linhas mestras que inspirariam, tempos depois, a doutrina e a jurisprudência sobre a matéria. Atualmente, a reparação de prejuízos imateriais encontra-se aceita pela jurisprudência e pela ordem jurídica vigente, evidenciando o acerto dos argumentos utilizados isoladamente pelo Ministro.

321 Cf. voto proferido no RHC n. 28.695/MT, Rel. Min. Goulart de Oliveira, julgado em 31-5-1944.

Desse modo, a obra de Orozimbo Nonato como Ministro do Supremo Tribunal Federal evidencia, de um lado, profundo compromisso com as leis e com os limites da função jurisdicional. De outro, encerra lições de notável valor e importância, que — senão acolhidas em sua passagem pela Corte — pautaram o futuro do direito no País. Assim, mostrou-se na vanguarda sem romper com a legalidade e com o Estado de Direito, prestigiando os termos e as formulações do direito legislado. Sabia das imperfeições da lei, contudo compreendia que sua correção dependia de nova atuação legislativa. Este, precisamente, foi o ensinamento que levou, na condição de professor paraninfo, aos formandos de 1958 da Faculdade de Direito Cândido Mendes: *Se o homem é imperfeito e as leis vigentes visam à perfeição, terão de se suceder umas às outras como “um mal eterno” como está no Fausto, de Goethe.*³²²

Sua trajetória como juiz do Supremo Tribunal Federal revela, assim, a apurada noção que tinha Orozimbo Nonato da diferença entre legislação e jurisdição, bem assim entre direito e política. Sabia dos limites que o sistema político impunha à atividade judicial. E, sem abdicar de novas perspectivas sobre a aplicação do direito, os cumpriu à risca.

322 Cf. Orozimbo Nonato. A crise do Direito e o dever dos juristas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 180, ano 55, p. 14, nov./dez. de 1958.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 131 e seguintes.

BEÇAK, Rubens. *Sucessão presidencial de 1955: aspectos políticos e jurídicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1965.

COLE, Charles D. Interpretação constitucional: dois séculos de reflexão. *Revista de Direito Público*, São Paulo, RT, n. 90, p. 26 e seguintes, abr./jun. de 1989.

COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006.

HORTA, Raul Machado. *A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte, 1964.

_____. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993. In: *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2001. Tomo VI.

MÓSCA, Hugo. *Orosimbo Nonato: apóstolo do Direito*. Brasília: Thesaurus, 1991.

NONATO, Orozimbo. A crise do Direito e o dever dos juristas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 180, ano 55, nov./dez. de 1958.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. II.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.

APÊNDICE

INTERVENÇÃO FEDERAL 22 — AL

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Presidente e Relator): O Dr. Lourival de Mello Motta, médico, residente em Maceió, expõe e requer o seguinte:

Lourival de Mello Motta, brasileiro, solteiro, médico, residente e domiciliado nesta cidade Maceió, capital do Estado de Alagoas, por seu advogado constituído nos termos do instrumento de mandato constante da certidão anexa, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Alagoas, sob o número 150 e com escritório à rua Jangadeiros Alagoanos 1.163, também nesta cidade, vem expor a final requerer a esse Supremo Tribunal Federal o seguinte: o suplicante propôs, perante o Exmo. Sr. Juiz de Direito da 3^a vara desta comarca de Maceió, uma ação ordinária para haver do Estado de Alagoas a reparação do dano causado, por agentes do poder público, na noite de 22 de dezembro de 1949, ao jornal *Diário do Povo*, de sua propriedade, tendo tido ganho de causa por sentença confirmada, em apelação, pelo acórdão n. 10.544, de 18 de março de 1952, do Tribunal de Justiça deste Estado de Alagoas.

Passada em julgado, sem dependência de qualquer “espécie de recurso, a decisão do Tribunal de Justiça foi, processada sua execução, com as formalidades legais, que culminou com a requisição ao Sr. Governador do Estado, em 28 de julho de 1952, da importância de Cr\$ 1.397.841,00 para reparação do dano e mais a quantia de Cr\$ 5.410,00 mensal, a partir daquela data e até final liquidação, conforme ordem de pagamento n. 47 do Des. Presidente do Trib. de Justiça que na mesma ordem de pagamento pediu, caso não houvesse verba para tal consignada no orçamento então vigente, que fosse providenciada a verba na forma da legislação.

Requisitado o numerário para satisfação da sentença em 28 de julho de 1952, nenhuma providência tomou o Poder Executivo estadual para cumprir a ordem emanada do Tribunal de Justiça, salvo a inclusão, em fins de 1953, na proposta orçamentária para o exercício de 1954, da verba de dois milhões de cruzeiros para atender ao pagamento de sentenças judiciais contra o Estado de Alagoas que totalizam, no momento, quantia superior à proposta, como se vê das ordens de pagamentos ns. 46, 47, 15, 16 e 17, de

28 de julho de 1952 as duas primeiras, e as três últimas datadas de 18 de março de 1953, passadas em favor da Sociedade Construtora de Obras Públicas Limitada, Lourival de Mello Motta, cia. Agro-Mercantil Pedro Carnaúba, Anderson, Clayton & Cia. Ltda. e d. Antonieta Valadares de Paula Gaia, ordens estas transcritas na anexa certidão fornecida pela secretaria do Tribunal de Justiça.

A verba de Cr\$ 2.000.000,00 pedida pelo Poder Executivo por meio da proposta orçamentária, após quase 2 anos de inação e de abusivo desrespeito ao “Poder Judiciário local, foi suprimida pelo Poder Legislativo sob fundamentos de natureza político-partidária visando objetivamente o suplicante e seus direitos líquidos, certos e reconhecidos pela justiça local, e prejudicando, também, direitos de terceiros habilitados a receber indenizações do Estado de Alagoas desde julho de 1952.

Apesar de datadas de **28 de julho de 1952**, as duas ordens de pagamento em favor da Sociedade Construtora de Obras Públicas Ltda. e do suplicante e que totalizam mais de Cr\$ 1.800.000,00, o Poder Executivo consignou, somente, **para o orçamento de 1953**, a verba de Cr\$ 50.000,00, que foi aprovada pela Assembléia Legislativa do Estado, destinada ao pagamento de sentenças judiciais.

A simples exposição dos itens anteriores deste petitório caracteriza o *ânimus*, tanto do Poder Executivo como do Poder Legislativo, de desobedecer às decisões do Poder Judiciário, quebrando a harmonia dos três Poderes com a agravamento dos desauros comentários da maioria parlamentar que se arrogou o direito de apreciar o mérito de uma decisão do Tribunal de Justiça de Alagoas passada em julgado, desrespeitando a Constituição que organiza o exercício do Poder de maneira a impedir que qualquer um de seus ramos se torne abusivo.

Aqueles fatos, protelando e impedindo a execução de uma sentença judiciária, fizeram com que o suplicante, em 12 de março do corrente ano, deles fizesse uma exposição ao Tribunal de Justiça de Alagoas para que este, usando de suas prerrogativas e fortalecendo seu poder e autonomia, tomasse as providências consubstanciadas pela Const. Federal em seu art. 7 inciso V.

O mais alto órgão da Justiça local preferiu, lamentavelmente, omitir-se pelo voto da maioria de seus membros, como se vê de seu acórdão n. 11.243, de 11 de junho do corrente ano, sob a alegação fundamental de que “não há na Constituição Estadual ou na lei de Organização Judiciária do Estado atribuição de encami-

nhar representação das partes interessadas” a esse Supremo Tribunal Federal, eximindo-se de pedir a essa E. Corte a intervenção Federal por todos os títulos cabível porque “ficou evidenciado a inexistência de recursos disponíveis do Estado para o pagamento imediato de tão vultuosas importâncias”. Esclareceu, ainda, o acórdão referido que: “Somente ao Legislativo e dentro de suas funções específicas compete encontrar os recursos necessários para o referido pagamento. Intervir para ditar novo orçamento, dentro dos recursos do Estado, poderá acarretar perturbação grave e imprevisível. Não compete ao Judiciário examinar e criticar os critérios porventura abertos no referido orçamento. Somente o Legislativo, em sua função específica, poderá providenciar nos termos da Lei Magna.”

O acórdão do Tribunal de Justiça de Alagoas reconhece, em suma, a hegemonia do Poder Legislativo quando da liquidação de suas sentenças executórias, aceitando uma espécie de voto, para suas decisão, não existente em nosso direito constitucional. Sua fundamentação, é verdade, parte de dados errados quando fala de “pagamento imediato de tão vultuosas importâncias”. Ficou, entretanto, provado, com os documentos anexados à representação e ora transcritos na certidão que a esta acompanha, que o Presidente do Tribunal de Justiça pediu os créditos em **28 de julho de 1952**, e somente deles tratou o Poder Executivo, e consequentemente o Poder Legislativo, em fins de 1953, quando do encaminhamento da proposta orçamentária para 1954. Nada foi feito para se consignar no orçamento de 1953 verba destinada à liquidação das sentenças, não se falando, sequer, nos pedidos de abertura de créditos possíveis nos segundos semestres de cada ano.

A Constituição é a lei maior, e sua superioridade resulta, inclusive, do fato de que ela organiza as competências. Os órgãos constituídos, os governantes, sejam eles chefe de Estado, assembleias legislativas, tribunais judiciários, etc., não têm nenhum direito próprio ao exercício de sua função, mas uma competência derivada da Constituição. (Georges Burdeau, *Traité de Science Politique*, vol. 111, p. 183). Compete constitucionalmente ao Poder Judiciário fazer cumprir suas ordens e sentenças; daí podermos dizer, digo concluir, com tristeza, que, adotada a tese da maioria do Tribunal de Justiça de Alagoas, este delegou ao Poder Legislativo estadual sua própria competência de fazer cumprir suas sentenças condenatórias contra o Estado de Alagoas, quando asseverou que “somente o Legislativo, em sua função específica, poderá providenciar nos termos da Lei Magna”. O que quer com sua decisão, o Tribunal

de Justiça de Alagoas é, em resumo, delegar suas atribuições à Assembléia Legislativa do Estado o que é, taxativa e terminantemente, proibido pelo § 2º do art. 36 da Const. Federal. As razões do direito que fundamentam este pedido de intervenção federal ora formulado são as constantes da petição dirigida ao Trib. de Just. de Alagoas e pedimos vênia a essa E. Corte para adotar o voto vencido do eminente Des. Meroveu Mendonça que, com sua cultura por todos reconhecida, esgotou o assunto, trazendo contribuições somente possíveis a um estudioso do direito de sua estatura.

Não nos fartaremos, entretanto, de referir o acórdão desse E. Supremo Tribunal Federal, proferido no Pedido de Intervenção Federal n. 7, em 22 de novembro de 1944, de autoria de D. Dulce Leite Pinto, quando a intervenção, em caso idêntico ao atual, não foi concedida pelos simples fato de já estar sob intervenção, decorrente da ditadura então vigente, o Estado do Rio de Janeiro (*Jurisprudência*, edição da Imprensa Nacional, vol. XXVIII, de 1945, p. 28/37). O fundamento do voto do ilustrado Des. Carlos de Gusmão, foi fruto, evidentemente, da falta de leitura do ofício do Presidente do Trib. de Justiça ao Sr. Governador. No citado ofício, transscrito às fls. 6/ da certidão que a esta acompanha, o Tribunal de Justiça pede o pagamento da quantia devida ao credor se houver depósito ou, “em caso contrário, seja consignada no respectivo orçamento a importância essencial à execução da coisa julgada”, ficando, assim, cumpridos os dispositivos da Const. e do Cód. de Proc. Civil, que regulam a espécie.

Pelo que, e juntando uma certidão de todo o processo do pedido de intervenção formulado ao Trib. de Justiça de Alagoas, **Lourival de Mello Motta** requer a esse E. Supremo Tribunal Federal se digne “requisitar ao Sr. Presidente da República a intervenção Federal para o Estado de Alagoas afim de que se cumpra a ordem de pagamento n. 47, de 28 de julho de 1952, emitida pelo Tribunal de Justiça local para liquidação de seu acórdão n. 10.544, de 18 de março de 1952, fixando-lhe, desde logo, a amplitude, a duração e as condições em que deverá ser executada, tudo na forma das arts. 7º, inc. V, 9º, §1º, inc. I, da Constituição da República.

Termos em que,

Pede deferimento.

Maceió para Rio de Janeiro, 21 de agosto de 1954.

Trouxe o pedido a documentação de folhas. Solicitei informações, e elas me vieram pelo ofício de fl. 69, enviado pelo Sr. Presidente da Assembléia Legislativa do Estado:

Sobre a solicitação que fez V. Exa. a respeito do pedido de intervenção federal formulado pelo Deputado Lourival de Mello Motta, tem esta Assembléia a informar que da Proposta Orçamentária para o corrente ano, enviada a este Poder pelo Governador do Estado, consta a dotação de dois milhões de cruzeiros à verba 28, sub-consignação n. 26, para pagamento de débitos do Estado por sentença judiciária.

A mencionada dotação foi excluída da proposta, em virtude da aprovação da Emenda Supressiva n. 123, de 18 de novembro de 1953, por maioria de votos, a 29 de novembro do mesmo ano.

Nesta oportunidade, aproveito o ensejo para apresentar a V. Exa. os meus protestos de apreço e consideração.

(a) **Olavo Omena** — Presidente.

O Exmo. Sr. Dr. Plínio de Freitas Travassos, D.D. Procurador-Geral da República, disse o seguinte:

O Dr. **Lourival de Mello Motta**, médico, residente e domiciliado na cidade de Maceió, capital do estado de Alagoas, alegando ter sido vencedor em uma ação que propôs perante o MM. Juiz da 3^a vara da Comarca de Maceió, para haver daquele Estado a reparação do dano causado por agentes do poder público, na noite de 22 de dezembro de 1949, ao jornal *Diário do Povo*, de sua propriedade e haver sido requisitada ao Exmo. Sr. Governador do dito Estado, em **28/7/1952**, a importância de Cr\$ **1.397.841,00**, para reparação do dano e mais a quantia de Cr\$ 5.410,00 mensais, a partir daquela data e até final liquidação, conforme ordem de pagamento n. 47, do Exmo. Sr. Des. Presidente do Trib. de Justiça do mesmo Estado, que na mesma ordem de pagamento pediu, caso não houvesse verba para tal consignada no orçamento então vigente, que fosse providenciada a verba na forma da legislação, afirma que nenhuma providência tomou o Poder Executivo Estadual para cumprir a mencionada ordem emanada do Tribunal de Justiça”, “salvo a inclusão, **em fins de 1953**, na proposta orçamentária para o exercício de

1954, da verba de **Cr\$ 2.000.000,00** para atender ao pagamento de sentenças judiciais contra o Estado de Alagoas, que totalizam, no momento, quantia superior à proposta...”, que foi, porém, suprimida pelo Poder Legislativo.

Em sua informação de fls. 69, o Sr. Presidente da Assembléia Legislativa esclarece que da proposta orçamentária para o corrente ano, que lhe foi enviada pelo Governador do Estado consta a dotação de Cr\$ 2.000.000,00 à verba 28, sub-consignação n. 26, para pagamento de débitos do Estado por sentença judiciária.

Acrescenta, porém, que a mencionada dotação foi excluída da proposta, em virtude da aprovação da emenda supressiva n. 123, de 18 de novembro de 1953, por maioria dos votos, a 29 de novembro do mesmo ano.

E tal procedimento decorre da má situação financeira do Estado, de vez que, como salienta o ilustre Dr. Procurador Geral do Estado em seu parecer (fls. 52), o orçamento do corrente exercício acusa o **déficit**, em números redondos, de **Cr\$ 32.000.000,00** como consta do *Diário Oficial* do Estado, de 6 de dezembro de 1953. Não estabelece a Constituição Federal que, em casos tais, promova o Governo do Estado uma operação de crédito a fim de atender ao pagamento de importâncias provenientes de ordem ou decisão judiciária.

Assim, parece-nos ter havido motivo relevante para não ter sido consignado no referido orçamento a dotação pedida pelo Sr. Governador, para pagamento de débitos do Estado por sentenças judiciais, por isso, somos pelo indeferimento do pedido de intervenção.

Distrito Federal, 16 de novembro de 1954.

O Exmo. Sr. Governador Arnon de Mello, a seu turno, enviou o seguinte ofício:

Atendendo à solicitação que me foi dirigida por V. Exa. no ofício 289-2, passo a prestar as informações relativas ao pedido de intervenção federal formulado pelo dr. Lourival de Mello Motta:

Em data de 28 de julho de 1952, requisitou o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado a entrega da quantia de Cr\$ 1.397.841,00, para atender ao pagamento da indenização devida

para reparação dos danos causados, na noite de 22 de dezembro de 1949, ao jornal *Diário do Povo*, de propriedade do Dr. Lourival de Mello Motta, e mais a importância mensal de Cr\$ 5.410,00, a partir daquela data até final liquidação.

O orçamento votado para o exercício de 1952 (Lei n. 1.584, de 30 de novembro de 1951), orçava a receita em Cr\$ 125.904.000,00, e fixava a despesa do Estado em Cr\$ 145.877.884,10, estando, portanto, previsto um **déficit** de Cr\$ 19.973.884,10.

A lei orçamentária de — digo — para 1952 consignava por outro lado a exígua dotação de Cr\$ 40.000,00 para atender ao cumprimento de sentenças judiciais (verba 31, sub-consignação 23).

Ao receber aquela requisição a situação do erário estadual não permitia a abertura de crédito suplementar para atender a pagamento de tão vultuosa indenização, tendo o exercício — digo — exercício se encerrado, apesar das providências tomadas para o equilíbrio orçamentário, com um **déficit** de Cr\$ 4.396.277,80. Não votou a E. Assembléia Legislativa do Estado orçamento para o exercício de 1953, tendo por dec. n. 573, de 19 de dezembro de 1952, sido prorrogado para aquele exercício a lei orçamentária de 1952.

A situação financeira do estado não se modificou durante o exercício passado mas, ao contrário, em virtude da majoração de vencimento do funcionalismo público, houve sensível acréscimo nas despesas.

Ainda assim, não foi possível ao Executivo obter recursos para atender às requisições feitas pelo Tribunal de Justiça do Estado e destinadas ao cumprimento das sentenças judiciais proferidas não só a favor do Dr. Lourival da Mello Motta mas as referentes a terceiros, tendo o exercício de 1953 sido encerrado com um **déficit** de Cr\$ 8.142.654,70.

Ao elaborar, porém, a proposta orçamentária para o exercício em curso, fiz consignar na mesma uma dotação de Cr\$ 2.000.000,00 para atender ao cumprimento de sentenças judiciais. A Colenda Assembléia Legislativa suprimiu, entretanto, da lei orçamentária para o exercício de 1954, aquela dotação, retirando destarte, ao Executivo, meios para satisfazer as requisições feitas pelo Poder Judiciário e relativas ao pagamento de condenações

impostas ao Estado. Em face das “Normas Financeiras” vigentes (lei estadual n. 1.454-A, de 24 de dezembro de 1948) a abertura de crédito especial somente poderá ser feita a partir de abril de cada ano e o crédito suplementar, no segundo semestre do ano financeiro, e, assim sendo, — digo — assim mesmo, dependente de existência de recursos disponíveis confirmados pela Contadoria Geral do Estado.

Os recursos disponíveis a que se referem as “Normas Financeiras” aludidas são os seguintes:

- a) os decorrentes de saldos disponíveis de exercícios anteriores;
- b) os provenientes de excesso de arrecadação, previsto mediante médias percentuais baseadas na execução orçamentária;
- c) os resultantes de real economia, obtida em virtude de anulação parcial ou total de dotações orçamentárias;
- d) o produto de operações de crédito (art. 9º da citada lei n. 1.454 de 24/12/1948).

Argúi-se não haver o Executivo tomado qualquer provisão para cumprir as decisões do Judiciário, salvo a inclusão, em fins de 1953, na proposta orçamentária para o exercício de 54, da dotação de Cr\$ 2.000.000,00, dotação esta insuficiente para atender ao pagamento todas as requisições expedidas pelo E. Tribunal de Justiça do Estado.

Explicados estão os motivos que impediram o Executivo de atender prontamente à solicitação do Judiciário, e repelida, assim, a mais leve intenção de ferir esse Poder ou desprezar as suas decisões.

A atitude do Executivo em face do Judiciário, como muito bem poderão atestar os membros daquele Poder, desde os primeiros dias do meu Governo, tem sido a de prestigiá-lo e assegurar-lhe as garantias devidas ao sublime mister de distribuir justiça.

Claudica o requerente do pedido de intervenção quando afirma, que, apesar de datadas de 28 de julho de 1952, as duas ordens de pagamento em favor da Sociedade Construtora de Obras Públicas Ltda. e em seu próprio, totalizando mais de Cr\$ 1.800.000,00, o Poder Executivo consignou, somente, para o orçamento de 1953, a verba de Cr\$ 50.000,00, que foi aprovada

pela Assembléia Legislativa do Estado, destinada ao pagamento de sentenças judiciais.

Ora, como já ficou dito, não tendo sido votada pelo Legislativo a lei de meios para o exercício de 1953, por força de imperativo constitucional foi prorrogado para aquele exercício o orçamento vigente no exercício anterior.

Equivoca-se ainda, o autor do pedido de intervenção, quando afirma que os Cr\$ 2.000.000,00, consignados na proposta orçamentária eram insuficientes para atender a todos os pagamentos a que **estava obrigado** o Estado. Cumpre acentuar que o Governo não estaria **obrigado** a incluir na proposta orçamentária o valor global de todas e sim, apenas uma quantia que coubesse dentro de sua disponibilidade financeira e sem prejudicar seus serviços essenciais.

Aliás, o Cód. de Proc. Civil, art. 918, § único, dispõe que caberá ao Presidente do Tribunal de Justiça, ou do Supremo Tribunal Federal, se a execução for contra a Fazenda Nacional, **expedir as ordens de pagamento, dentro das forças de depósito.**

Concede aquela lei processual ao credor apenas o direito de precedência de acordo com as datas de expedição das requisições, assegurando ao credor preferido no pagamento a faculdade de requerer o seqüestro da quantia necessária para satisfazê-lo. (art. e § citados) — Evidencia-se, destarte, que a lei não pode exigir e não seria justa exigisse da Fazenda Pública o pagamento de todas as condenações judiciais dentro de um exercício financeiro, prejudicando os seus serviços essenciais e impossibilitando o Governo da realização de obras administrativas.

Na proposta orçamentária para o exercício da 1955, apesar das dificuldades financeiras que atravessa não só este Estado, mas as diversas unidades da Federação, fiz consignar uma dotação da ordem de dois milhões de cruzeiros, afim de atender ao cumprimento de sentenças judiciais.

Desde que fique demonstrado, como está no caso presente, a sociedade, não haverem sido atendidas as requisições do Presidente do Tribunal de Justiça em virtude da situação financeira do erário e, consequentemente, ausência da intenção de deixar de cumprir decisões do Poder Judiciário, não se pode falar no desrespeito ao aludido Poder ou desapreço às suas sentenças.

São estas as informações que tenho a prestar, pondo-me à disposição de V. Exa. para novos esclarecimentos, se necessário.

Valho-me do ensejo para apresentar a V. Exa. os protestos de minha estima de consideração.

Em face das novas informações, V. Exa., o Sr. Dr. Plínio de Freitas Travassos, manteve o seu parecer, dizendo, então, o seguinte o requerente:

Lourival de Mello Motta, brasileiro, médico, residente e domiciliado nesta cidade de Maceió, por seu advogado, pede a V. Exa. se digne mandar juntar aos autos de seu requerimento de intervenção federal para o **Estado de Alagoas**, a anexa certidão fornecida pela Assembléia Legislativa desse Estado por onde se vê que o Poder Legislativo não encaminhou, dentro do prazo constitucional, para a sanção do Poder Executivo, a lei orçamentária estadual para o próximo exercício de 1955, impedindo assim, mais uma vez, que sejam cumpridas as sentenças judiciais proferidas contra o Estado de Alagoas e não pagas desde o ano de 1952. Termos em que,

Pede deferimento.

Maceió para Rio de Janeiro, 3 de dezembro de 1954.

Nova vista teve o Dr. Plínio de Freitas Travassos, que oficiou nestes termos:

A certidão de fls. 83 não altera o que já constava destes autos e que apreciamos nos pareceres de fls. 71/72 e 80, pois a não aprovação, pela Assembléia Legislativa Estadual, da proposta orçamentária para o corrente ano não piorou a situação do requerente, de vez que, como salientamos no primeiro parecer (fls. 72), a dotação de Cr\$ 2.000.000,00, para pagamento de débitos do Estado decorrentes de sentença judiciária foi excluída da proposta orçamentária.

À vista, pois, do exposto e mantendo os pareceres já referidos, somos pelo indeferimento do pedido de intervenção.

Distrito Federal, 1º de abril de 1955.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Presidente e Relator): A situação exposta nos autos é lamentável.

Diz-se que, desde 1952, há sentenças inexequidas no Estado de Alagoas, por falta de numerário nos cofres do Estado. Entretanto, o caso não é de intervenção federal, uma vez que foi explicada a dificuldade material do pagamento a ser feito.

O Exmo. Sr. Governador do Estado providenciou, aliás, para a abertura de uma verba de dois milhões de cruzeiros, mas a Assembléia suprimiu essa verba.

A intenção do Executivo não é a de descumprir os mandados do Judiciário, nem a de procrastinar o pagamento. Ele atende, apenas, à situação de emergência do Estado. Em face das informações, e sendo que a execução das sentenças judiciais depende sempre das forças do Tesouro, não há, no caso, situação que autorize a intervenção solicitada.

Indefiro o pedido.

REPRESENTAÇÃO 93 — DF

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, o representante da Assembléia do Ceará, ilustre Professor Mattos Peixoto, e o Exmo. Sr. Dr. Gabriel Passos, que tão fúlgida tradição deixou neste Tribunal, na chefia do Ministério Público, zelosamente e conservada pelo eminente Dr. Themistocles Cavalcanti, realçam o relevo e a gravidade da função que o Supremo Tribunal Federal ora desempenha, com o declarar o alcance de teses constitucionais, destinando-se seu julgamento a constituir não simples escólio da lei maior, senão a influir decisivamente na estrutura da vida constitucional e política do país.

É pensão do juiz fundamentar a sentença não só para desvelar ao vencido os pontos de referência a eventual recurso como para torná-la escorreita da aparência de ato de arbítrio, filho da vontade apenas, e não também do raciocínio e da inteligência. No caso, eu me exoneraria plena e invejavelmente desse dever se me abalizasse com aceder a qualquer dos votos aqui pronunciados, na sua fundamentação e conclusão.

Compreendo, entretanto, a necessidade que pesa em todos de trazer à solução do caso o seu escote, o seu tributo pessoal, ainda que de pobre e escasso teor, como o que ofereço.

São diversos os problemas que o caso suscita. A Constituição do Ceará adotou as já famosas “emendas parlamentares”, a que se deu repercussão tão larga, espertando comentários contraditórios. Essas emendas foram, segundo alguns, além da barra, além da marca, e caracterizam desmesurar de manobras políticas, desenvolvidas ao fito mesquinho de maior proveito partidário, com sacrifício da ordem nacional. Outros, ao revés, encantam-se, no caso, com a perspectiva de uma experiência fascinante, cujo êxito feliz constituirá precioso elemento na solução dos mais graves problemas nacionais, sem que, demais disso, se encontrem ao arreio dos princípios cabedais da Constituição Federal.

O eminentíssimo Dr. Mattos Peixoto lembrou que, com o advento da lei maior nacional, está-se criando um estado de espírito cheio de suspeitas e intransigências que levariam a considerar *more judaico* a Constituição Federal, tomando-se-lhe os dispositivos *ad unguem* e ao pé da letra, o que viria amesquinhá-la, impedindo que a vivifiquem aos insuflos de uma interpretação liberal e fecunda.

Mas é necessário não ir à voga desses acenos até permitir que quebrem os Estados o molde federal e estruturem os seus poderes em linhas que contrastem com o que, nessa matéria básica e essencial, dispõe a *lex legum*. De resto, trata-se de princípios que não são inéditos na vida constitucional do país e que, ao revés, já encontram o lastro de uma sólida tradição. As noções de presidencialismo e da harmonia e independência dos poderes não surgem, assim, entre nós, com a auréola dos princípios novos e, pois, algo misterioso a despertar o zelo excessivo e indiscreto e o ardor exagerado dos recém-iniciados.

São três os problemas que o caso dos autos suscita. O primeiro diz respeito à possibilidade de eleger diretamente a Assembléia do Estado o Vice-Presidente. Argúi-se que esse preceito infringe tratos de morte a um princípio orgânico, fundamental da lei maior, que pregoa a prevalência do sufrágio universal e direto. E é certa a prevalência desse princípio. Como observou o Exmo. Sr. Ministro Edgard Costa, o asserto nesse sentido é pontualmente verdadeiro. Mas força é reconhecer que, no caso, pelejam considerações de muito momento para que se não haja o dispositivo por evidentemente inconstitucional.

É uma delas a de que não se versa enunciado de ordem permanente, senão providência de caráter transitório para prevalecer em um só caso e no início da constitucionalização do Estado.

E desde logo se ostenta gravidade menor do que se se tratasse de dispositivo permanente que denunciasse mácula permanente e inapagável.

Demais disso, o princípio da eletividade do vice-presidente não avulta, na própria Constituição Federal, como princípio inteiriço, que não desvele trinca por onde se insinuem exceções ou temperamentos. Vale lembrar, no propósito, que a Constituição Federal, no art. 79, § 2º, dispõe:

Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição sessenta dias depois de aberta a última vaga. Se as vagas ocorrerem na segunda metade do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita, trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma estabelecida em lei. Em qualquer dos casos, os eleitos deverão completar o período dos seus antecessores.

E, em regime passado, Rui Barbosa, o grande, apregoava a possibilidade de elegerem as Assembléias Estaduais os componentes do Poder Executivo, como em um de seus substantivos livros sobre assuntos constitucionais, lembra nosso eminentíssimo colega Sr. Ministro Castro Nunes.

Outra consideração poderosa que impede pronta adesão à argüida inconstitucionalidade está em que o dispositivo incriminado

liga-se a uma tradição já antiga em nosso direito constitucional, pois deriva da implantação mesma do regime republicano no país, como realça o eminentíssimo Sr. Dr. Procurador-Geral da República e como observa o preclaro Sr. Ministro Annibal Freire, no seu memorável voto, exemplar inexcusável de clareza, elegância e concisão.

E, quando todas essas considerações não fossem poderosas a perlavar o dispositivo da vila de patentemente inconstitucional, um só, a meu ver, bastaria a expungir-lhe essa coima. É que, no passo de que se trata, a Constituição cearense teve como exemplar fonte e modelo a própria Constituição Federal. Projeto-se no plano estadual preceito recebido no plano federal.

O eminentíssimo Dr. Francisco Campos, cujos largos créditos de constitucionalista são de todos proclamados, disse com razão que a Constituição Federal é a base em que o poder federal e o dos Estados encontra a um só tempo o fundamento de sua legitimidade e a fonte de suas atribuições, assim como os limites de sua própria competência.

A Constituição Federal, como é sabido, em dispositivo transitório, art. 1º, determinou que a Assembléia Constituinte elegeria, no dia que se seguisse ao da promulgação do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o Vice-Presidente da República para o primeiro período constitucional. Pois bem. A Constituição do Estado do Ceará copiou, também, em disposições transitórias, o dispositivo. Não se trata, aqui, de admitir ampliações incivis de dispositivo excepcional, mas de tolerar a sua reprodução, também em caráter excepcional e transitório na Constituição estadual.

E tais circunstâncias assinalam a permanência, no dispositivo da Constituição cearense, da “presunção de legitimidade” a que alude o Exmo. Sr. Dr. Procurador da República, não se devendo, demais disso, lançar ao oblivio a sábia advertência de Willoughby, Montgomery e outros no sentido de que a decretação da inconstitucionalidade da lei demanda severa circunspeção e deve sempre ser feita *cum caute et iudicio*.

Estou assim, no particular de que se trata, de acordo com o eminentíssimo Relator.

O segundo problema é de maior graveza. A Constituição do Ceará determinou que os secretários de Estado sejam nomeados de acordo com a Assembléia Constituinte. Deve a Assembléia dar no caso o seu plácito, sem o qual não se constituirá ou não se manterá o secretariado.

A palavra “secretário” já argúi função de imediata confiança da pessoa que do seu auxílio se serve. E o Pe. Antônio Vieira dizia que, dos apóstolos que acompanhavam Jesus Cristo, era S. João “o mais íntimo secretário de seu peito”. O secretário do chefe do Poder Executivo é seu auxiliar de confiança direta e imediata, e, a essa conta, é que a responsabilidade dos atos do Governo incide principalmente na pessoa do chefe do Poder Executivo, ao revés do que passa no regime parlamentarista, em que ele reina e não governa.

O confronto, neste particular, entre a Constituição Federal e a Constituição cearense, que adotou um parlamentarismo de linhas impuras e feição desconsertante, desde logo argúi a ocorrência de vícios, que é necessário corrigir, e de graves desvios que clamam por emenda e retificação. A Constituição cearense não guarda o princípio adargável por via de intervenção da harmonia e da independência dos poderes.

Reconheço ser difícil apresentar um modelo nítido e fulgente desse conceito e traçar-lhe os contornos exatos e imodificáveis. É o que passa, aliás, com muitos dos grandes princípios e que, entretanto, são fundamentais na vida jurídica dos povos. A ordem pública, a eqüidade, os princípios gerais de direito, os bons costumes, a soberania são todas expressões de grande plasticidade, de maleabilidade visível, e cuja aplicação varia no tempo e no espaço. E é bem que assim seja.

Já dizia Ferrara que esses princípios são respiráculos do direito, arejam-lhe e ozanam-lhe o ambiente e constituem maravilhosos instrumentos de adaptação da norma abstrata à realidade da vida, uma vez manejados com destreza e mestria.

Não há, ao propósito da harmonia e da independência de poderes que afuroar demasiado no conceito que se liga ao problema “terrivelmente perturbador” da unidade ou da fragmentação do poder.

A expressão, examinada de fito, já pareceu traduzir até uma *contradito in terminis*.

Harmonia deriva de cooperação, de junção, de contigüidade; independência significa separação. Mas o conceito jurídico desconvinzinha-se desse apuro nívio de análise. As duas palavras, “harmonia, independência”, conspiram num conceito fundamental único: trata-se de uma “harmonia” que não implique dependência, e de uma “independência” de que não resulte desarmonia. “Il faut que le pouvoir arrete le pouvoir”, dizia Montesquieu. E, para atingir esse ideal é que se afanam os políticos, os juristas, os estadistas. Confessar a impossibilidade de alcançá-lo e proclamar a inutilidade desses esforços seria proclamar a ditadura como único sistema lógico, em sua simplicidade terrível.

E já Hello dizia, em livro que escreveu há quase um século, não ser possível transpor para a política as noções da metafísica ou da matemática. Não há um princípio geométrico de harmonia e independência de poderes. Trata-se de um sistema que procura incessantemente atingir a um acume distante.

Daí, as variações históricas que ele apresenta e a feição variável que ostenta por meio de cada sistema político positivo. Cada país politicamente organizado tem a sua versão desse conceito, sem cuja aplicação a democracia é um mito.

O que, pois, fica a examinar é se a Constituição cearense seguiu, como lhe cumpria, a Federal na estruturação dos poderes e consagrou a “harmonia e independência dos poderes”, como ressalta dos dispositivos da lei maior. E a resposta exata é, a meu ver, desenganadamente negativa.

E os eminentes colegas já o demonstraram que farte. Por ela, o poder legislativo interfere direta e imediatamente em função específicas do poder executivo, deslocando-se para o primeiro, e quebrado o molde federal, a prevalência, a predominância dos poderes que, assim, não guardam a harmonia e independência como a estabelece Constituição Federal.

Tenho, pois, o dispositivo como inconstitucional em face do direito constitucional positivo brasileiro, embora não negue, em princípio, que o parlamentarismo possa também apresentar uma versão do torturado conceito da independência e da harmonia dos poderes.

Quanto ao caso dos prefeitos, distingo, escolasticamente, como o fez o eminentíssimo Sr. Ministro Hahnemann Guimarães, entre os prefeitos cujas nomeações foram atribuídas ao Governador pela Constituição Federal e os outros, de que se trata, no caso. A nomeação dos primeiros faz-se livremente. A fonte originária dessa faculdade não encerra qualquer limitação, qualquer ressalva; logo, não poderá fazê-lo a lei menor, do Estado. O mesmo não passa quanto aos outros prefeitos, que vão ficar transitoriamente, até que assumam o poder os eleitos pelo povo. Aqui, a cooperação parece-me possível, sem quebra do essencial no regime. E, como, a meu ver, só se pode decretar a inconstitucionalidade de lei flagrantemente inconstitucional, acompanho o notável voto do Exmo. Sr. Ministro Annibal Freire, com a ressalva suscitada pelo eminentíssimo Sr. Ministro Hahnemann Guimarães.

É o meu voto.

REPRESENTAÇÃO 94 — DF

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, nem sempre é função que se possa cumprir, ao fácil, a de surpreender e fixar as características de determinar regimes políticos. Só de maravilha, a não ser nos regimes totalitários, cuja maior falha, na aguda observação de Ripert, é o seu excesso de lógica, só de maravilha haverá regime de características rígidas, de linhas inalteráveis, que denunciem, em fisionomia ostensiva, a adoção de um tipo determinado e puro de governo.

O nosso regime é presidencialista, mas apresenta, ao mesmo tempo, traços de judicariedade, tão extenso é o “controle” do Judiciário sobre os atos da administração pública e tão relevantes as funções do órgão supremo da Justiça.

Mas o regime fica essencialmente presidencialista. Eis uma afirmativa em que, com a ressalva aludida ao parecer, todos conspiram. Uma outra afirmativa, no caso, que está sobranceira a dúvidas, é a de que o regime estabelecido pela Constituição do Estado do Rio Grande do Sul é nitidamente parlamentarista. O eloquente e nobre advogado da Assembleia o declarou, *oro rotundo*, exprimindo, de resto, verdade pontual e inobservada.

Ora, o regime parlamentarista é preconizado exatamente para corrigir os argüidos males do presidencialismo, a hipertrofia do Poder Executivo. Logo são regimes dessemelhantes na estruturação dos Poderes, em seu funcionamento, em sua dinâmica. A constituição do Rio Grande do Sul contrasta, pois, com a Constituição da República, no que diz respeito à estruturação e ao funcionamento dos Poderes políticos.

Dir-se-á que o momento não é denunciar esse contraste, que é potente e potentíssimo, senão verificar se pode esse contraste permanecer, por amor da autonomia do Estado e em face da própria Lei Maior.

O artigo 7º, argumenta-se, não inclui a adoção, no Estado, do sistema parlamentarista entre as causas que permitem e impõem a providência gravíssima da intervenção.

Diz-se mais: que a democracia não é privilégio do presidencialismo e nem, ao menos, o famoso princípio da separação dos Poderes tem, no regime presidencialista a sua expressão mais depurada e primorosa.

Quanto ao primeiro argumento, o eminentíssimo Sr. Ministro Relator, no voto memorável que produziu, mostrou que é exato serem os casos de intervenção **taxativos**.

Mas, se é verdade que essa enumeração não pode sofrer dilgações por argumentos *a pari*, nem suportar extensão por analogia, terá, entretanto, cada um dos casos de ser visto a termos de abranger toda a sua natural extensão.

E entre eles avulta o princípio da harmonia e independência dos Poderes.

Trata-se de saber, por conseguinte, se a Constituição do Rio Grande do Sul mantém ou não mantém “a harmonia e independência dos Poderes” **a que alude o artigo sete citado.**

O problema da divisão do Poder é, como do da culpa no Direito Civil desse Duguit, “terrivelmente perturbador”.

Pela sua realização é que se procura atingir a forma mais perfeita de governo, pois reconhecer que o poder é uno e imparável é proclamar a ditadura como a única forma lógica de governo. O princípio é antigo. Mas foi o barão de Montesquieu quem lhe deu maior voga e difusão. Ele tem, entretanto, seus negadores e seus espíritos fortes, como dizia Hello. Para eles, todas as tentativas de dividir e harmonizar os Poderes malogram e desfecham na desordem e no caos.

Mas não é possível — lembrei ainda ontem — transportar para a política os termos da geometria e da metafísica. Se é exato que não podem os homens, foreiros ao erro inseparável de sua condição caduca, atingir a um regime de ideal perfeição, nem por isso se detêm em sua procura, às vezes ansiosa e desesperada.

Êça de Queirós dizia: “Meu mal é o amor da perfeição”. Mas esse não é só o mal dos estetas, dos torturados da beleza, dos apaixonados do ideal artístico. É o mal sagrado de todos os homens, é a vocação divina da humanidade para o sofrimento e para a luta.

Se não é possível um regime de completa perfeição, em que os “freios e contrapesos” joguem tão harmoniosamente que estabeleçam um equilíbrio áureo, uma perfeição absoluta, é possível, é forçoso procurar, através das contingências históricas, o regime que se aproxime desse ideal.

Ora, não nego que o regime parlamentarista possa traduzir um ato-padrão de democracia. Seria negar a história da humanidade, seria negar o exemplo famoso da Inglaterra, seria negar a nossa própria tentativa de estabelecer o regime parlamentarista no tempo da Monarquia.

Sem dúvida, vou além do Exmo. Sr. Ministro Castro Nunes, cujas lições sempre ouço com ânimo de discípulo.

O Sr. Ministro Castro Nunes (Relator): Muito obrigado a V. Exa.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Entendo que o regime parlamentarista pode conter a harmonia e independência dos Poderes. Pode contê-los, desdobrando-se o Poder Executivo, por separação, por cissiparidade, em Poder moderador.

O Sr. Ministro Castro Nunes (Relator): Permita V. Exa. que diga estar de acordo com o seu ponto de vista, no plano teórico-doutrinário.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: E esse Poder moderador comporta grandeamentos e hipertrofias que, outrora, entre nós, eram fulminados, ao tempo da Monarquia, por libelos famosos, como os de Timiandro. Não há um padrão, só um modelo único de “harmonia e independência dos Poderes”.

Mas o que interessa é o padrão adotado pela Constituição Nacional e não o consagrado em leis políticas de outros povos ou preconizado por este ou aquele doutor. E é o padrão da Lei Maior brasileira que não permite ao Estado reduzir a trociscos. A independência e harmonia de Poderes da referência do art. 7º é a que se encontra modelada na própria Constituição.

E não é possível negar-se que a Constituição do Rio Grande do Sul quebrou esse molde.

A Constituição autoriza a intervenção quando o Estado delira das diretrizes traçadas pela Constituição Federal, no que diz respeito, como no caso, ao essencial do regime. Estou, assim, inteiramente de acordo com a conclusão do doutíssimo voto do Exmo. Sr. Ministro Relator.

O eminentíssimo advogado da Assembléia do Rio Grande do Sul, no remate de sua eloquente oração, clama que a nenhum poder, por mais alto que troveje, é dado lacerar a Constituição e infligir-lhe tratos de morte. Sem dúvida, não o pode fazer, e praza a Deus que essa façanha sombria jamais seja perpetrada. Mas de força que a algum caiba o poder de pronunciar a palavra derradeira sobre o vero sentido do preceito constitucional. E esse poder se encarna no Supremo Tribunal

Federal. Seu pronunciamento salsa a questão e impõe-se a obediência dos ânimos mais recalcitrantes e obduros. Não por se atribuir a simples homens, que são os juízes, o dom celestial da inerrância. Mas por amor da paz pública e dos mais sagrados interesses do consórcio civil. E esse poder, ele o tem cumprido com dignidade e sobranceria, alteando-se ao fervor das paixões, às vezes elevadas e nobres, das contendas políticas e a interessículos mesquinhos que espervilhem na penumbra dos bastidores ou no raso dos conciliábulos.

O apelo de S. Exa. encontra em nossa consciência comovida e profunda ressonância. Apenas, enquanto que, no político, que se queima pela paixão da liberdade, esse sentimento se expande — quando traduzido por tribuno de seu porte — os *magna sonatorum* — em raptos magniloquentes, no juiz, pelo estilo de sua vida, pela serenidade que imprime aos seus julgamentos, pela despaixão com que procura solver problemas tormentosos, concentra-se em amor discreto, mas profundo e intenso. E, sobre o mais, acrisolado e puro.

Acompanho o voto do eminente Sr. Ministro Relator.

REPRESENTAÇÃO 95 — DF

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Relator): Por força do art. 2º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Pernambuco, assumirá o governo, enquanto se não verificar a diplomação do Governador Eleito, o Presidente da Assembléia Legislativa. Reza o citado art. 2º do Ato das Disposições Transitórias:

Se após a promulgação desta Constituição, não houver sido diplomado o Governador, assumirá o Governo do Estado o Presidente da Assembléia Legislativa.

Expõe o nobre Chefe do Ministério Público haver o Sr. Interventor no Estado de Pernambuco suscitado, em ofício telegráfico ao Sr. Presidente da República, como consta nos autos, fls. 7, certa dúvida ao propósito.

O aludido ofício vaza-se nos seguintes termos:

Levo conhecimento V. Exa. deverá ser proclamada, até dia 25 corrente, Constituição Estado e como acordo art. 59 projeto caberá Presidente Assembléia assumir Governo, enquanto não diplomado Governador, peço instruções V. Exa. de como poderei proceder, caso pretenda aquele titular tomar posse cargo (...)

O resto do ofício compõe-se da transcrição do art. 2º suso mencionado e do art. 59 da Constituição Pernambucana.

Por outro lado, o ofício do Sr. Ministro da Justiça à Procuradoria-Geral da República, *ut fl. 6*, trai, igualmente, certa perplexidade e encerra o seguinte conteúdo:

Tenho a honra de acusar o recebimento do ofício n. 265... em que V. Exa. me comunica a resolução unânime do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral de não tomar conhecimento, por incompetente, da indicação feita sobre a inconstitucionalidade do disposto no projeto de Constituição do Estado de Pernambuco, que determina seja o governo do Estado exercido pelo Presidente da Assembléia Legislativa até a diplomação do Governador eleito, segundo dispõe o art. 2º do Ato das Disposições Transitórias daquele diploma estadual. Tendo deliberado não por em execução qualquer providência sobre o caso, antes do devido pronunciamento do órgão do Poder Judiciário competente (art. 8, § único da Constituição Federal) venho solicitar a V. Exa. que se digne de submetê-lo à alta apreciação do E. Supremo Tribunal Federal, colocando, desde logo, ao alcance dessa Colenda Corte, para sua mais completa elucidação, as informações que se tornarem necessárias.

Como se vê, a “arguição de inconstitucionalidade”, antessuposto necessário da manifestação do Supremo Tribunal Federal, dilui-se, no caso, em linhas delgadas e incolores, denunciando, ao primeiro súbito

de vista, antes perplexidade e incerteza, do que opugnação direta, formal e nítida. Nenhuma das altas autoridades mencionadas rejeita com desempenho e vigor a viltade de inconstitucionalidade ao preceito da Constituição Pernambucana. Apenas, tomadas de escrúpulos quanto à sua legitimidade, retraem-se e denunciam as dúvidas em que labutam.

O eminente Procurador-Geral da República, na sua representação, vai além: pede o pronunciamento do Tribunal, mas desvela, sem ambages, a opinião, em que está, de achar-se o texto transscrito imaculado da balda de inconstitucionalidade. Assim, e à prima vista, ostenta o caso a aparência de simples consulta, a cuja resposta devia o Tribunal escusar-se, já que, sempre e em todos os casos, e ainda no previsto no parágrafo único do art. 8º da Constituição Federal, sua declaração é sentença, seu pronunciamento é decisão, como o demonstrou, que farte, o eminente Sr. Ministro Castro Nunes no luminoso voto que proferiu no julgamento da Representação n. 94. Disse, então, e entre o mais, S. Exa.:

Vem aqui, a propósito, esclarecer que, nos termos do assento constitucional e dos motivos de sua inspiração, o Supremo Tribunal não é convocado como órgão meramente consultivo, o que contraviria à índole do Judiciário, não se limita a opinar, decide, sua decisão é um arresto, um acórdão, põe fim à controvérsia como árbitro final no contencioso da inconstitucionalidade.

Certo que se trata de declaração de inconstitucionalidade **em tese**, circunstância, porém, que não retira ao pronunciamento do Supremo Tribunal conteúdo de verdadeira decisão, **especificidade** — de vera sentença. Falando pela via ordinária, o Poder Judiciário decide **hipóteses**. Daí a velha regra do direito francês: “*Il est defendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et règlementaire sur les causes qui leur sont soumises*”.

A competência para decidir *in specie* é que é o próprio e comum do Poder Judiciário, como consectário da divisão dos Poderes. Mas os regimes políticos não desvelam traços tão nítidos que não admitam certas alterações e mudanças no modelo, de resto rejeitável, de uma divisão estanque de poderes. O fenômeno de sua interpenetração é observável,

ao fácil, e não se faz mister formar entre os contemportes ou adversários da famosa “independência e harmonia dos poderes” para registrá-lo, e até, em certos casos, para lhe não recusar gabos e encômios. O nosso regime, que é presidencialista, encerra também traços coloridos de judiciarista e, assim, não seria por amor do torturado conceito da independência e harmonia dos Poderes que se poderia fulminar a prática de julgamentos em tese. E não é outro o magistério de Esmerin e Nèrand:

Le droit de faire des règlements ne revient pas nécessairement, ni même naturellement, au pouvoir législatif. Il droit être confié, naturellement au pouvoir exécutif: car étant chargé d’executer les lois, c’est lui qui peut plus utilement les compléter de cette manière. Notre droit public l’attribue, dans des proportions diverses, au Président de la République, aux préfets, aux maires. **Il aurait pu, sans aucune violation des principes, l’attributer aux corps judiciaires.** (*Éléments de Droit Constitutionnel français et comparé*, vol. I, p. 575.)

Trata-se de competência normativa, que é incomum, mas não avulta como anomalia, já que, como observa Carnelutti, é de separar-se, ainda que com circunspeção e cautela, o processo de “acertamento constitutivo” do “processo dispositivo”, para reconhecer que “se l’accertamento è tuttora un contenuto **normale** della attività del giudice”, não constitui, entretanto, seu “contenuto **necessario**”. Mas, como quer que seja, não se cuida, no caso, de exercício de **função consultiva**, fazendo mister surgir a situação a que Castro Nunes chamou “contencioso da inconstitucionalidade”. E a aparência é, na hipótese dos autos, de inexistência desse “contencioso”, pois as comunicações dirigidas ao eminente Procurador-Geral da República revelam, como observei, mais uma atitude de dúvida que de impugnação, e o nobre Chefe do Ministério Público não oculta seu parecer de inexistir inconstitucionalidade que reclame as fulminações do Poder Judiciário, os “anatemas maranatas” dos atalaias da pureza e da incolumidade da lei maior. Mas, a aparência a que aludi evapora-se com o exame mais de fito do caso, e em que despontam os ápices de grave questão constitucional posta neste acordo pelo Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral. Não se desdobram, é certo, nas comunicações referidas, as linhas em que pode a

controvérsia se expandir. Mas, esse desastro de argumentação legal mostra-se insignificativo e tem explicação em que basta expor o fato para que o Tribunal declare o direito “La Cour connaît le droit”. De resto, o Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da República indica nitidamente o texto da Constituição Pernambucana que estaria às testilhas com princípios cabedais da lei maior, de tudo resultando a ocorrência do “contencioso da constitucionalidade”. Demais disso, as dúvidas espelhadas nas comunicações não se perderão no vago de cogitações teóricas, senão que estão determinando uma atitude que caracteriza e afia os élices de um conflito. O Sr. Interventor pede instruções ao Governo “caso **pretenda** aquele titular (o Presidente da Assembléia Legislativa) tomar posse do cargo” e o Sr. Ministro da Justiça anuncia, clara e inequivocamente, o seu propósito de “não por em execução qualquer providência, sobre o caso, antes do devido pronunciamento do órgão do Poder Judiciário competente (art. 8º, parágrafo único, da Constituição Federal). E aí está a iminência de bicefalia do Executivo (o que vale sua acefalia) uma das gravíssimas formas do “tumulto constitucional”, de “teratogenia política”. Na *Jornada Revisionista* já o eminentíssimo Sr. Castro Nunes pleiteava a convocação do Judiciário para sorver esses casos admiráveis. Nem se diga, observava S. Exa., que repugna à índole do Judiciário essa função política. Não há função mais eminentemente política do que a verificação de poderes, e esta se vai deslocando sensivelmente ao influxo das tendências contemporâneas, das assembléias partidárias para os tribunais, ordinários ou especiais (*A Jornada Revisionista*, p. 62).

Não há, insistimos, no caso dos autos, simples consulta ao Supremo Tribunal Federal, que não é órgão consultivo, senão judicante, mas a exposição de um conflito de natureza constitucional, elementarmente constitucional, não ocultando a forma algo dubitativa das comunicações, a ocorrência do tumulto, uma vez que, apesar de promulgada a Constituição, que defere a chefia do Executivo, no caso, e episodicamente, ao Presidente da Assembléia, o Interventor persiste em continuar a ocupar aquela Chefia, e o Governo Federal declara abster-se de qualquer providência antes da deliberação do Judiciário. Tais atitudes apenas encontram explicação em se haver por inconstitucional o texto

aludido, embora essa convicção se desvele na forma discreta de hesitação e de dúvida. Por outro lado, a opinião do Eminente Sr. Dr. Procurador-Geral da República constitui, sem dúvida, dado precioso à solução da controvérsia, por seu prestígio pessoal de publicista, por sua autoridade de doutrinador. Mas não exclui a **postulação da controvérsia**, uma vez que ele tomou, formalmente, a iniciativa a que alude o parágrafo único do art. 8º da Constituição Federal, isto é, submeteu ao Supremo Tribunal Federal o exame do ato argüido de constitucionalidade. A objeção — de que se trata não de **ato**, senão de **lei** — confuta-se ao fácil, depois do julgamento da Representação n. 94, referente à Constituição do Rio Grande do Sul. E já por ela passou, espontando-a e alhanando-a, o acepilho minucioso e fino do nosso eminentíssimo colega Sr. Ministro Castro Nunes. Não se trata, como no mandado de segurança, de ato administrativo. O ato é aqui a lei, é o ato legislativo. O legislador constituinte, observou o Relator daquele julgamento, usou da palavra “**ato**” na sua acepção mais ampla e comprehensiva, para abranger, no plano legislativo, as normas de qualquer hierarquia que comprometam alguns dos princípios enunciados. Toda constituição é um **ato**, o ato constituinte da Nação ou do Estado, manifestação da vontade do povo por via dos seus representantes. Na linguagem do direito público, o elemento consensual, a manifestação da virtude é, como no direito privado, o primeiro elemento conceitual do ato jurídico.

No direito privado, o ato jurídico se traduz no contrato; no direito público pode ser também o contrato, mas é, precipuamente, a manifestação da vontade do Estado como Poder Público na forma legalmente estabelecida. Se se trata de Poder Legislativo, está consagrada até na linguagem corrente a locução “atos legislativos” e, no plano constitucional, “**ato adicional**”, “**ato das disposições constitucionais transitórias**”.

O ato, pois, a que alude o preceito constitucional é, principalmente, senão unicamente, o ato legislativo e, com relevância, o ato constituinte.

Vale, ainda, realçar que uma interpretação *ad quem*, grilhetada à literalidade do texto, mostra que a situação, que ele prevê, se reconhecida a constitucionalidade do ato, desfecha em **decretação de intervenção, verbis**: “(...) e se este a declarar, será decretada a intervenção”. E,

como seria isso impossível, no caso, porque **intervenção já existe**, o texto não seria adequado à espécie.

Recuso adesão a essa inteligência farisaica da lei. Se se entender que o ato se acha escorreito da vila da inconstitucionalidade, a permanência da intervenção constituiria manifestação de rebeldia à imponência da *res iudicata*, e se julgar que ele realmente se trinca dessa coima, a só permanência da intervenção valerá o decreto a que se refere o texto constitucional. Nem o asserto traduz imerecido desdém à expressão literal da lei, marco inicial inapagável de sua inteligência, senão o reconhecimento de que aqui, como em qualquer manifestação de vontade, não deve o sentido literal da expressão constituir, como observa Oertmann, a última palavra do raciocínio encaminhado à interpretação.

E, se esses princípios vogam sem empeços no que tange a quaisquer manifestações da vontade e em que, como adverte Ferrara, não se pode exaltar a onda sonora a potência jurídica, seu prestígio torna-se irrecusável no penetrar o vero sentido da lei que, despresa da vontade do legislador, adquire conteúdo espiritual próprio, para se transformar, por manejo delicado e destro, em instrumento plástico da realização do direito. A velha sentenciúcula *scire leges non est earum verba tenere, sed vim ac potestatem*, o famoso e trituradíssimo texto de Celso, encerra verdade perene. Se o constituinte, por evitar males de graveza inoccultável, estabeleceu o remédio heróico da intervenção, a permanência desta, preexistente por outro motivo, vale a aplicação da providência excepcional. Em ambos os casos, o que se discute é **o cabimento da intervenção**. E a esse desentrecho se chega naturalmente, sem torturar ou desfigurar o texto, mas, apenas, com o recolher as razões profundas do preceito e com o captar-lhe as altas finalidades. Há, ainda, porém, que indagar se o caso se situa entre aqueles para os quais é convocado o pronunciamento deste Tribunal, isto é, se a questão se enterreira entre as hipóteses do n. VII do art. 7º da Constituição Federal. Pelo verificar, o elemento terminativo é a própria Representação do Procurador-Geral da República; é a argüição mesma de inconstitucionalidade do ato que ele submete ao Supremo Tribunal Federal. Se essa argüição procede ou não, a questão é que deriva para o mérito, e extra-

passa as raias da preliminar aludida. Ora, ainda versando de resto a questão ligada à harmonia dos Poderes, profundamente convelida pela monstruosidade da acefalia ou da bicefalia do Poder Executivo, basta, para acomodar a hipótese na moldura do n. VII do art. 7º, o que se encerra nestas palavras da Representação, depois de transcrito o art. 2º do ato das Disposições Transitórias da Constituição de Pernambuco, pela qual assumirá o Governo do Estado o Presidente da Assembléia Legislativa, se não houver sido diplomado o Governador eleito:

Ora, segundo se alega, aquela, disposição eleva à governança do Estado, pelo voto indireto da Assembléia, o seu Presidente, violando, assim, o art. **134** da Constituição Federal.

Essa argüição de ofensa do art. 134, que enuncia ser o sufrágio universal e direto, prende-se, substancialmente, à previsão da letra *a* do n. VII do art. 7º: “forma republicana representativa”, o que não oferece dúvida ou entredúvida, tanto que, no caso do Ceará, de que foi Relator o preclaro Sr. Ministro Annibal Freire, que o tratou com mão prima de mestre, a matéria nem foi considerada objeto de qualquer discussão.

Passo a pronunciar-me, pois, *circa merita*.

Como já foi referido, o texto a que mira a argüição de inconstitucionalidade é do art. 2º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de Pernambuco, *verbis*:

Se após a promulgação desta Constituição não houver sido diplomado o Governador, assumirá o governo do Estado o Presidente da Assembléia Legislativa.

A hipótese dos autos não se germana à decidida no caso do Ceará. Fossem idênticas, e eu me abalizaria, sem necessidade de aludir a minha modesta contribuição no seu julgamento, a reportar-me ao voto exemplar do eminente Sr. Ministro Annibal Freire. Eles, porém, desvelam facetas diversas, só existindo identidade em tratar-se, em ambos os casos, de disposição transitória, o que tornaria menos profunda a lesão argüida, do que se se tratasse de preceito constitucional permanente. Mas essa

identidade não basta, de si só, ao desate da controvérsia, pois o argumento aludido produziu-se como adminículo, e de valia, realmente, es- cassa. Segundo o Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da República, írrito seria, na argüição exposta, o mencionado dispositivo, porque “eleva à governança do Estado, pelo voto indireto da Assembléia, o seu Presidente, violando, assim, o disposto no art. 134 da Constituição Federal”.

Alega-se, mais, que não se trata de mera substituição, “mas de um Governador Provisório, de mandato indefinido, até que seja diplomado o Governador legítimo daquele Estado da Federação, o que contraria um dos postulados da Constituição Federal”.

Não acolho a argüição. Antes de tudo, sua aceitação implicaria a continuação do regime atual de intervenção, que é inconciliável, às completas, com a constitucionalização do Estado. Promulgada, que se acha, a Constituição do Estado de Pernambuco, estruturados seus poderes, recuperada, que está, sua autonomia, conspícuia anormalidade fora a permanência do interventor, delegado imediato e direto do Sr. Presidente da República. Não seria necessário, para demonstrá-lo, amuar argumentos e cumular citas. Bastaria, para realçá-la, a circunstância de ficar o chefe do Executivo, como delegado de confiança do Presidente da República, sobranceiro à ação da Assembléia no que toca aos crimes de responsabilidade. E, assim, ainda na ausência de dados legais próximos ou remotos, teria o intérprete que extrair do sistema constitucional solução que eliminasse a possibilidade de um Estado autônomo e constitucionalizado mostrar, como Chefe do seu Poder Executivo, um interventor federal. Teria o intérprete, para fugir à absurdade, de se elevar do raso da aplicação de textos diretos e entregar-se a labor mais fino e delicado, mais curioso e penetrativo, a que tantas vezes é obrigado, em face do deslível entre o fato e a previsão do legislador. A este não é dado, por mais previsto que se mostre, criar uma ordem judiciária perfeita, o que tornaria leve de ser cumprida a função de julgar. É o que observa com justeza Max Rumpf:

Si on fait abstraction de l'impuissance de l'homme à créer un ordre judiciaire parfait, ou ne comprend pas de prime abord pourquoi il faut qu'à côté du législateur il existe encore un juge... Si le législateur pouvait prévoir et régler toutes les espèces

susceptibles de se presenter dans le présent et dans l'avenir, il pourrait ordonner la destruction des palais de justice, envoyer les juges en vacances perpétuelles et les remplacer par des automates qui, sur chaque question envisagée et tranchée d'avance par le législateur, feraient connaître sa réponse". (*Le Droit et L'Opinion*, trad. fr. do prof. Louis Hugueney, pp. 87-88.)

Mas a realidade é outra, e, como disse ainda o juiz de Oldemburgo, "l'art du législateur comme celui du juge a des limites que lui viennent, hélas!, de l'imperfection même de l'homme" (liv. cit. loc. cit.).

Verificada a lacuna da lei, exauridos todos os recursos — e mais são eles amplíssimos — da analogia, ascende o intérprete aos princípios gerais, que lhe rasgam prospectivas indefinidas, e em que sua atividade atinge as fronteiras da criação, segundo Nast:

Aujourd’hui on constate qu’en fait la jurisprudence a trois fonctions très nettes, que se sont peu à peu développées: une fonction, un peu automatique, consistant à “appliquer la loi”; une fonction “d’adaptation”, que consiste à mettre la loi en harmonie avec les idées contemporaines et les nécessités modernes; une fonction “créatrice” destinée à combler les lacunes de la loi et à établir, là où la loi est muette, “des règles juridiques nouvelles”.

Se a lei não é suficiente para revelar as regras jurídicas todas, e se a analogia, em qualquer de seus graus (e, na sua expressão mais elevada, a *analogia iuris*, ela forma, segundo Windscheid, a parte mais nobre da interpretação), falha, há que procurar solução em região ainda mais soberba e cuja designação varia — o direito natural, a unidade orgânica do direito (Savigny), a natureza das coisas (Stobie, Regelsberger), “Superallegalidade” (Josserand), princípios gerais, etc., tudo sem fazer da jurisprudência, como dizia Jhering, a matemática do direito e sem relegar a oblívio o fim social das leis e das instituições, o “bem comum”, que o Doutor Angélico inseria na noção mesma da lei. Para reconhecê-lo, não se faz mister atribuir tamanha preponderância à “jurisprudência de interesses” sobre a “construção conceitual”, que se chegue, com Stampe, a atribuir ao juiz a faculdade de alterar a lei, em nome do “salus populi”. O primeiro dever do juiz continua a ser o da fidelidade à lei. Mas, na inter-

interpretação desta, seria erro maior de marca olvidar que o direito é, do mesmo passo, uma expressão de justiça e, como diz Vander Eycken, uma “organização de utilidade social”, eliminar, enfim, entre os dados da interpretação, a idéia de causa final, o dado teleológico.

Se o aplicador da lei não deve tomar do “chemin glissant” do “bon juge”; se os delírios do “freies recht” levam a sorvedouros mortais; se a “sequitas cerebrina” é o veículo de formas extremas do arbítrio judicial, é certo que, exaurida a fonte mais próxima do direito, a lei, em sua letra e em sua lógica, terá o intérprete que tomar do alfazar dos princípios gerais, mundo maravilhoso em que vivem, para lembrar uma expressão de Geny, “inspirações e sugestões de todas as ciências sociais e até das ciências técnicas”. O direito, em suma, está principalmente na lei, que o exprime, e que traduz a vontade média dos cidadãos a que o juiz se acurva, ainda que haja de conter os impulsos de sua vontade pessoal. É um mal o excesso de subjetivismo na aplicação do direito; é ele vitando, ainda quando, por deficiência da lei, tenha o juiz, para guiá-lo, apenas suas noções de direito e de injusto (vide Benjamin Cardoso, *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito*, trad. de Lêda Boechat Rodrigues, pp. 70-71). Posto que deva e possa o juiz vitalizar a lei com as insuflações da “consciência social”, deve fazê-lo, na advertência de Degni, na medida em que eles receberam reconhecimento, ainda que indireto, no sistema da legislação. Em suma: o sacratíssimo dos deveres do juiz é transformar-se em guarda sereno e circunspecto, mas intransigente e indobrável, da lei. Deve amá-la com todas as veras, mas de um amor esclarecido, lúcido, e não com a inconsciência de um amouco, ou com a cegueira de um obsesso. É por isso mesmo que seus desvelos miram a dar-lhe a realeza, deve compreender-lhe a índole profunda e não se contentar com uma preeminência puramente nominal ou simbólica. Sem a elasticidade normal na aplicação da lei, não se realiza o verdadeiro direito. E já se disse que a legítima interpretação da lei apóia-se sempre no texto, mas ultrapassa-o, assaz de vezes, às mais das vezes. Não se pode, como dizia Saleilles, ver num código um todo que se basta a si mesmo, vazio de vida orgânica, uma construção abstrata, e que nada recebe da vida exterior. O juiz deve, em síntese, guardar fidelidade à lei, como expressão do direito, examinando-a em sua letra e procedendo a sondagens proferidas em seu espírito. Se a pesquisa é infrutuosa em

dada hipótese, restam-lhe as regiões nunca vindimadas à última, dos princípios gerais, como a apresenta Del Vecchio, sem relegar a olvido que, no direito, não troneja, apenas, o “demiurgo do princípio”, porque ele deve ser, antes de tudo, um instrumento da felicidade humana. E, quando se trata de interpretação constitucional, ganham esses princípios colorido mais vivo, conforme Carlos Maximiliano:

O direito constitucional apóia-se no elemento político, essencialmente instável; e esta particularidade atende, com especial e constante cuidado o exegeta. Naquele departamento de ciência de Papiniano preponderam os valores jurídico-sociais. Devem as instituições ser entendidas e postas em função de modo que correspondam às necessidades políticas, às tendências gerais da nacionalidade, à condenação dos anelos elevados e justas aspirações do povo. (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 2. ed., n. 361.)

É de todos lembrada a amplitude com que, nos Estados Unidos, se expandiu a hermenêutica constitucional “construtiva” a que aludem Willoulvy, Bryce e outros, a preeminência com que avulta o método realista, de Brandz, Pound, Holmes e outros que, como o último, vêem nos preceitos da lei maior um sentido “vital” e não, simplesmente, “formal”, e em que “a lógica das realidades prima à das palavras”.

Seria, entretanto, inútil, no caso, levantar apelo às tendências que essa escola traduz e que, às vezes, ostentam aspectos excessivos e audazes.

A interventoria no Estado de Pernambuco preexistia, sem aspecto de anormalidade, à recuperação de sua autonomia. Promulgada a Constituição, a figura do interventor não encontra mais espaço nos quadros constitucionais.

Dá-se que, até agora, não se verificou a diplomação do governador eleito. Mas, ainda assim, a permanência do Interventor seria desconcertante e perturbadora.

Posto não houvesse declaração legislativa dessa inconciliabilidade irredutível — a permanência do interventor na constitucionalização do estado autônomo —, ela se mostraria tangível e palpável. Mas nem a

ausência de declaração legislativa ocorre, pois está no art. 12 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal que os “Estados (...) enquanto não se promulgarem as Constituições Estaduais (...) serão administrados de conformidade com a legislação vigente na data da promulgação deste Ato.”

Seria baldio e vão o esforço de acurtar a generalidade e a amplitude do preceito, para dar-lhe como estreito encerro a referência ao regime do Código dos Interventores, quando de seu texto mesmo não ressai a evidência desse encurtamento e quando ele, ao cabo de contas, exprime verdade de tão irresistível poder persuasivo, que, ainda sem o texto, prosperaria, como resulta inafastável de princípios que formam a própria espinha dorsal do regime.

Reconhecida a impossibilidade da intervenção — fora dos casos de crise previstos pelo legislador constituinte — no Estado constitucionalizado e autônomo, a uma, porque a intervenção federal não encontra na vida autônoma constitucional do Estado atmosfera devida, ambiente existencial, “clima” para mais uma vez empregar a expressão que tanto se vulgarizou depois do livro de Maurois, à outra porque essa verdade pontualíssima e chã está proclamada no art. 12 citado, não seria possível admitir-se a acefalia do Executivo. E, assim, na ausência de previsão legal, seria adequado o apelo à *construction*, em toda a extensão de suas imensas possibilidades. Mas a previsão existe, porque o art. 2º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de Pernambuco dispõe que “se após promulgação desta Constituição não houver sido diplomado o Governador, assumirá o governo do Estado o Presidente da Assembléia Legislativa”.

Contra esse dispositivo seria inútil rejeitar todas as baldas se elas visassem a manter no Estado a intervenção inconjugável com sua autonomia.

Se exata fosse a increpação ao dispositivo, de maior graveza do que sua observância, ainda seria a permanência no Estado do “survival” de um regime exausto, necessariamente, com a promulgação de sua Constituição, como é patente e patentíssimo, e como o reconhece e declara o art. 12 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição

Federal. E a providência nele encerrada teria que ser tolerada, em obsequio à preocupação de evitar outra anomalia de traços mais salientes e perturbadores: a permanência do interventor. Mas, na real verdade, a increpação não procede. Ela consiste, principalmente, ao que se vê na representação do eminentíssimo Sr. Dr. Procurador-Geral da República, em que o preceito importa eleição, pelo voto “indireto”, de um governador provisório. Mas não se trata de eleição de governador provisório, senão de providência que tira ao alvo de remediar, de resto, em situação eventual, e, segundo todas as presunções, breve-duradoura, a inevitável acefalia do Executivo. O caso não assume aspecto nem natureza de eleição, mas de providência extraordinária para evitar a síncope de um dos Poderes, cuja chefia ficou entregue, episodicamente, ao presidente da Assembléia, ao chefe do Poder constituído imediatamente pela vontade popular. O que se estabeleceu, no preceito a que mira a argüição de inconstitucionalidade, não foi “eleição” realizada “por voto indireto”, ficando, assim, inatingido o princípio cabedal do art. 134 da Constituição brasileira.

Há, entretanto, no caso, uma circunstância que, a meu ver, adelgaçaria a argüição até torná-la impalpável e invisível. Pela Constituição de Pernambuco, no exemplar produzido nos autos pelo Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da República, é o Presidente da Assembléia Legislativa o substituto do Governador do Estado e, nessa qualidade, assumirá o governo enquanto não se expedir o diploma respectivo (art. 65, fl. 10). Não seria possível vislumbrar no preceito o mais tênue traço, a pinta mais sutil e descolorida de inconstitucionalidade. Ele guarda, ao revés, tradição sempre observada no direito constitucional brasileiro e, o que apresenta maior momento, catou absoluto respeito ao modelo da Constituição Federal, art. 79, § 1º.

Ora, ao que entendo, bastaria o preceito citado para solver o caso versado na representação. A essa luz, representa o art. 2º do Ato das Disposições Transitórias puro reflexo do art. 65 da Constituição pernambucana. A norma impugnada, raciocina lucidamente o nobre Chefe do Ministério Público, nada mais fez que concretizar o princípio da hierarquia dos Poderes no chamamento ao exercício do Poder Executivo.

Não valeria renitir em que o caso não é de **substituição de governador**, mas de estranha aparição da figura singular de um “ante-governador”, que toma a direção do Poder Executivo antes da posse do primeiro governador eleito depois do regime caduco. De certo que, na normalidade dos casos, o art. 65 terá aplicação quando ocorrer impedimento ou falta de Governador diplomado ou empossado. Mas o legislador prevê o que ocorre às mais das vezes — *quod plerumque fit* — e não o que se dá mais raramente — *quod per raro invenit*.

Quod raro fit, non observant legislatores. Essa omissão, de resto inevitável, é suprida pela aplicação analógica da lei, pelo argumento *a pari*, pelo raciocínio de semelhante a semelhante, de aplicação diuturna e vulgaríssima. E a analogia no caso teria aplicação de procedência integerrima. A hipótese é de falta “transitória e eventual” equiparável, para os efeitos de que se trata, ao de impedimento ou de vaga.

Dado o laconismo da letra da Constituição, observava o professor Queiroz Lima (*Teoria do Estado*, 2. ed., n. 92), e a infinita variedade dos casos concretos, a cujas necessidades o texto escrito é chamado a prover, e ainda quando, como muitas vezes acontece, a nova ordem de injunções não tenha podido ocorrer à mentalidade da época e do meio em que a constituição se elaborou, a interpretação constitucional toma, a cada passo, o aspecto de verdadeira **construção**, quer no terreno do direito, quer no campo do empirismo político”.

Mas a hipótese não é de fossilização da *regula iuris* nem ainda de deficiência manifesta ou de ausência total de preceito, casos em que se desenvolve a *construction*. É caso singelo de aplicação de analogia legal, que é, ao cabo de contas, e substancialmente (vide Teixeira de Abreu, *Curso de Dir. Civ.*, fl. 194), ao revés da analogia jurídica, interpretação lógica da lei, que o sólido bom senso do legislador das Ordenações do Reino mandava observar: “Porque não podem todos os casos ser declarados em lei, procederão os julgadores de semelhante a semelhante”. E, ainda: “E isto que dito é em estes casos aqui especificados haverá lugar em quaisquer outros semelhantes em que a razão pareça ser igual (L. 3º, tit. 81, § 2º).

Sem dúvida que a aplicação do argumento *a pari* demanda circunspeção e prudência, e já Bacon advertia que ele se fizesse *cum caute et iudicio*.

Mas, ao que me parece, o caso se mostra como elementar, como típico de aplicação da analogia, cujo fundamento não é, como dilucida Coviello, “la presunzione della volontà del legislatore”, “ma (...) piuttosto il sommo principio dell’uguaglianza giuridica, il quale esige che casi simili debbono essere regolati da norme simili”. (*Dir. Civ.*, pp. 82-83.)

Se, em todos os casos de impedimento ou vaga do governador, deve ser convocado a ocupar-lhe o lugar o Presidente da Assembléia Legislativa, o mesmo passará, por semelhança onipotente, quando o cargo estiver desocupado por demora no processo de diplomação e não for possível a permanência de interventor. O “sumo princípio da igualdade” a que alude Coviello não autorizaria, *data venia*, soluções desiguais para casos semelhantes. E assim a hipótese controvertida resolve-se *sans larmes* por interpretação que não exige incursões tentadoras, mas às vezes temerárias, nas regiões mais remotas a que pode levar o método sociológico.

Na interpretação de sua Constituição, escreve Oliveira Viana, “os americanos empregam (...) duplo método ou técnica. Ora, (...) encontram o sentido do seu texto aplicando as regras da interpretação, processo lógico-formal, à maneira do que fazemos quando buscamos a interpretação dos textos de nosso direito privado. Ora, (...) pesquisam o sentido do texto constitucional por um processo mais complexo, que (...) eles chamam de **construção**. Entre eles, ora a Constituição é **interpretada**, ora é **construída**. Os dois processos são distintos e visam objetivos também distintos. Há textos constitucionais que não exigem outro tratamento senão o da simples interpretação” (*Problemas de Direito Corporativo*, pp. 11 e 12).

Tenho que o caso dos autos se inclui na última categoria. Simples e vulgar consideração de analogia põe de manifesto ser válido e constitucional o que preceitua o art. 2º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de Pernambuco, consectário, aliás, do

mandamento encerrado no art. 65, de conteúdo irreprochável. E para concluir nesse sentido, dada a natureza do problema, bastam os elementos do processo lógico-formal. O dispositivo incriminado é constitucional e prestadio, verdade que se torna visível, ainda à luz mortiça dos critérios da *old school*.

E assim julgo.

REPRESENTAÇÃO 111 — DF

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, o eminent Sr. Ministro Relator, no seu lúcido voto, acabou pela inconstitucionalidade dos arts. 57 e 58 da Constituição Estadual de Alagoas, por um motivo radical a que S. Exa. deu sua magistral adesão, mas que, doutra feita, não teve a aceitação do Supremo Tribunal Federal. O eminent Sr. Ministro Relator entendeu que, sendo o *impeachment* forma também de processo penal, exorbitará das funções do legislador constitucional estadual.

S. Exa. deu aos argumentos emitidos a este propósito pelos professores Canuto Mendes e Noé Azevedo não só a adesão do seu luminoso voto, como também o acréscimo de novos argumentos, tendentes a esforçá-los. A conclusão a que chego, em meu modesto voto, é idêntica à de S. Exa., mas por outros motivos.

Entendo que o *impeachment*, sendo processo eminentemente político (juízo político), pode ser disciplinado pelo poder constituinte estadual, porque não se trata aqui de punir, criminalmente, alguém, o que seria função legislativa, mas de declarar incompatibilidades, desqualificações, destituições — todas de ordem política — admissíveis assim no plano federal como no estadual. Apenas, impõe-se ao legislador estadual constituinte o dever de não deixar de submeter-se ao molde da lei federal. Esse molde é que foi quebrado pelo constituinte alagoano,

dando ao *impeachment* feição de processo penal, julgado, sobretudo, pelos órgãos do Poder Judiciário. Essa noção, esse conceito que ressai do texto constitucional alagoano está ao arrepio não só da índole mesma do instituto, senão, ainda, do modelo fixado e regulado, irremovivelmente, pelo constituinte federal.

Seria possível, sem dúvida, a um determinado país não atender à feição estrita do instituto e ainda desconsiderar a fonte de que houvesse provindo, se bem que, geralmente, esses velhos institutos devam guardar através da sua evolução os traços primordiais que assinalaram o seu nascimento e revelaram a sua aplicação em outros países. Mas, se seria possível ao constituinte brasileiro criar um *impeachment* especial, um modelo especial de *impeachment*, isso não se passa com o constituinte estadual, que não pode se alongar, no caso, dos sulcos entalhados pela lei maior do país.

O art. 57 delira, absolutamente, desses sulcos. Logo, não poderia permanecer e, como este princípio, capitalíssimo, a meu ver, guarda relação insétil com o que sucede, isto é, com o § 2º e o art. 58, a declaração da sua inconstitucionalidade torna, logicamente inconstitucional o todo, devendo-se, quando se regular o instituto, atender, então, à norma de legislador federal. É exato, como observou o eminentíssimo Sr. Ministro Edgard Costa, que o art. 58 da Constituição alagoana é reprodução da Constituição Federal, que deferiu à lei especial a definição de crimes que autorizarão a declaração do *impeachment*. É exato. Dá-se, porém, que o dispositivo prende-se ao próprio instituto. Entre eles há relação indesligável, a meu ver, o que autoriza-o a ser declarado inconstitucional, sem quebra do reconhecimento de que é reprodução da Constituição Federal. Esta relação entre os dispositivos ainda guarda mais nitidez com o § 2º, que é acessório, do art. 57.

Resumidos, assim, os argumentos que tinha para fundar o meu voto, abreviadamente expostos, estou de acordo com o eminentíssimo Sr. Ministro Relator, tendo como inconstitucionais os dispositivos impugnados, ainda que o faça por fundamentos diferentes daqueles que constam no seu lúcido voto.

REPRESENTAÇÃO 253 — SC

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Presidente e Relator): A primeira questão que se apresenta à balha é a da possibilidade da rejeição parcial do veto total.

É sabido haver o clássico e opinadíssimo Barbalho se manifestado contra a possibilidade do veto parcial.

Após aludir ao exemplo — adverso ao seu magistério — da Constituição do Estado de Pensilvânia, disse:

Tais cláusulas, porém, não são comuns em atos constitucionais. Nada de semelhante se encontra em nossa Constituição Federal, nem do silêncio dela se pode concluir pela sanção fragmentada. Não cabe aqui a regra de direito — *non debet cui plus licet id quod minus non licere*. Em matéria de atribuições e competência, nem sempre se pode dizer que “quem pode o mais pode o menos”.

Com efeito, o poder que a Constituição deu ao Presidente da República foi o de sancionar ou votar os projetos votados pelas Câmaras, mas não o de emendá-los, o que é coisa diversa — e o veto parcial seria (...) verdadeira **emenda supressiva** de algumas disposições. Fora uma imissão nas funções próprias e exclusivas do Congresso e completo desvirtuamento do caráter da interferência do Presidente da República na formação da lei.

A lei é, deve ser, em sua contextura, um todo sistemático, coeso, harmonioso; a eliminação, ao arbítrio do Governo, de alguns dispositivos (...) desfiguraria (...)” (*Constituição Federal Brasileira*, Com., p. 146).

Entretanto, no direito constitucional brasileiro não prosperou a lição de João Barbalho, vindo a dispor o art. 70, § 1º, da Constituição Federal:

Se o Presidente da República julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional em contrário aos interesses nacionais, vetá-lo-á, total ou parcialmente (...)

Permitiu-se, pois, na lei maior brasileira, o **veto parcial**, cuja possibilidade, aliás, segundo Carlos Maximiliano, forte em D. D. nacionais e americanos, não se presume exigindo texto expresso permissivo. (*Constituição*, Com., vol. 2º, n. 365 e nota).

Aliás, o caso dos autos não é de veto **parcial**, mas de rejeição **parcial a veto total**.

Ora, Themistocles Cavalcanti admite também rejeição parcial, esforçado em razões mui persuasivas:

Na verdade se o ato do Poder Executivo é apenas um elo do processo legislativo que se prolonga através de novo exame da lei pelo Parlamento, é natural (...) não se procure dar ao reexame do veto (...), sentido muito restrito e limitado.

Na boa doutrina, devolve-se ao Congresso o exame pleno da lei, já agora enriquecido o seu processo com as razões do Poder Executivo.

Se repugna admitir o restabelecimento de particularidade da lei, não contraria, entretanto, a boa técnica legislativa, que se reconheça a procedência do voto de certos preceitos e a nenhuma razão de outros.

E ainda:

(...) nada impede que o Poder Legislativo, ao apreciar o veto, considere também a variedade dos preceitos por ele vetados e reconheça a procedência das razões do voto apenas em um ou mais artigos ou parágrafos, restabelecendo os outros infundadamente vetados.

Justifica-se, por tudo isso, também o reexame pelo Congresso, separadamente, de cada parcela do voto, da mesma forma por que o (...) Executivo pode, através do voto parcial, deixar de aprovar apenas uma parte da lei já vetada. (*A Constituição Federal*, Com., vol. II, p. 169.)

Desprevalece, nestes termos, a argüição examinada.

E, aceita a possibilidade da rejeição parcial, há que examinar as infrações alegadas a fls., ao propósito da Lei estadual n. 198.

Delas, a primeira diz respeito ao art. 96, § 1º, período final.

Reza o aludido preceito:

A substituição será automática ou dependerá de ato da administração.

§ 1º A substituição automática será gratuita; quando, porém, exceder de trinta (30) dias, será remunerada e por todo o período.

Desprocede a argüição de inconstitucionalidade ao propósito desse preceito.

Não só não faz ele rosto a qualquer princípio constitucional, como não envolve desconhecimento da ação do Executivo e não fixa proventos nem vencimentos.

O mesmo passa quanto ao art. 108 da lei malsinada, *verbis*:

O tempo em que o funcionário houver exercido mandato legislativo federal, estadual, antes de haver ingressado no funcionalismo estadual, será integralmente contado, para efeito de disponibilidade e aposentadoria.

O preceito não se acha ao arrepio de qualquer norma da Constituição do Estado, e até, como observa o Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral, afina com os arts. 14, 194 e 201 da Lei Maior catarinense.

O art. 137 da Lei n. 198 dispõe:

Será integral o vencimento ou a remuneração do funcionário para tratamento de saúde, acidentado em serviço, atacado de doença profissional ou das moléstias indicadas no art. 134.

Também a esse preceito rejeita o ilustre Governador de Santa Catarina a coima de inconstitucional.

É certo, porém, não se tratar, no caso, de proventos e vencimentos, cuja fixação e alteração devem derivar de projeto de lei de iniciativa do governador, nos termos do art. 27, n. III, da Constituição do Estado.

Outro preceito que serve de alvo à censura, por inconstitucional, do D.D. Chefe do Poder Executivo estadual é o do art. 139, §§ 1º e 2º, da citada lei, *verbis*:

À funcionária gestante será concedida, mediante inspeção médica, licença por quatro meses, com vencimento ou remuneração.

§ 1º Salvo prescrição médica em contrário, a licença deverá ser gozada de modo que assegure, quanto possível, dois meses antes do parto e dois meses depois.

§ 2º Verificado o parto, a licença será de dois meses.

Mas a norma se acha escorreita do víncio que lhe é irrogado e, ao revés, rima com o art. 200 da Constituição do Estado, *verbis*:

O funcionário público terá direito a trinta dias de férias anuais obrigatórias; e a funcionária gestante, licença **por prazo não inferior** a três meses, ambos com vencimentos integrais.

Prescreve o art. 174 da lei discutida:

Será concedida ajuda de custo ao funcionário que passar a exercício em nova sede.

§ 1º A ajuda de custo destina-se à compensação de despesas de viagem e da nova instalação.

§ 2º Correrá à conta da Administração a despesa de transporte do funcionário e de sua família, inclusive bagagem e mobiliário.

A exclusão de “mobiliário” é que constitui o alvo da representação; mas o Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da República obtempera ajuizadamente:

Não vemos por que considerar inconstitucional apenas a expressão “mobiliário”, sob fundamento de não haver a correspondente fonte de receita, o § 2º do art. 174 também se refere a outras despesas sem aludir a qualquer fonte de receita.

Outro preceito que desmerece a viltade de inconstitucional é o do art. 237, § 3º, da citada lei, *verbis*:

O funcionário que tiver mais de quinze anos de serviço público terá direito a requerer aposentadoria, com provento proporcional a trinta anos, por ano de serviço.

Examinada a natureza dessa aposentadoria, terá de ser classificada “por invalidez”, termos em que, em se tratando de moléstia grave, contagiosa ou incurável, a Constituição estadual concede até vencimentos integrais (§ 3º do art. 193).

A análise que desses preceitos faz na representação o eminent Sr. Dr. Procurador-Geral da República, posto sucinta, é bastante a demonstrar a improcedência da arguição de inconstitucionalidade suscitada pelo Exmo. Sr. Governador do Estado.

Passemos agora a considerar as normas que, no douto parecer do Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da República, realmente fazem rosto à Constituição do Estado.

Em primeiro lugar o § 6º do art. 203, *verbis*:

Em se tratando de serviço extraordinário noturno, o valor da hora será acrescido de vinte e cinco por cento.

E, realmente, no caso, sem iniciativa do Governador, legislou-se sobre fixação e ultimação de dispêndios.

Não importa se trate de princípio da aceitação geral: ele envolve alteração de dispêndios e não podia ser prescrito sem a iniciativa do Sr. Governador.

Em outro passo tem razão o eminent Chefe do Executivo catarinense: é quando impugna a constitucionalidade do § 1º do art. 21, que concede transporte à família do funcionário falecido fora do Estado, pois a esse encargo não responde a atribuição de recursos suficientes ao seu desempenho.

E mais o art. 38 da Constituição estadual dispõe desenganhadamente:

Nenhum encargo onerará o tesouro do Estado ou dos Municípios sem a atribuição de recursos suficientes para lhe custear as despesas.

Pela mesma razão está ao arrepio do art. 38 da Constituição estadual o disposto no § 6º do art. 239 da Lei n. 198, de 18 de dezembro de 1954, *verbis*:

Os lentes e professores dos ciclos normais ginásiais de estabelecimentos de ensino do Estado terão incorporado ao provimento da aposentadoria uma importância equivalente a um décimo do total das gratificações por aulas extraordinárias ministradas nos últimos dez anos.

Também aqui ocorre alteração de estipêndio sem iniciativa do governador e sem a atribuição dos recursos a que alude o art. 38 da Constituição de Santa Catarina.

Cabe, agora, considerar o art. 242 da Lei n. 198, *in verbis*:

O funcionário que contar mais de trinta anos de serviço público será aposentado:

a) com as vantagens da comissão ou função gratificada em cujo exercício se achar, desde que o exercício abranja, sem interrupção, os cinco anos anteriores;

b) com idênticas vantagens, desde que o exercício do cargo em comissão ou da função gratificada tenha compreendido um período de dez anos consecutivos ou não, mesmo que, ao aposentar-se, o funcionário já esteja fora daquele exercício.

§ 1º No caso da letra b deste artigo, quando mais de um cargo ou função tenha sido exercido, são atribuídas as vantagens do maior padrão, desde que lhe corresponda um exercício mínimo de dois anos; fora dessa hipótese, atribuir-se-ão as vantagens do cargo ou função de remuneração imediatamente inferior.

As mesmas razões acima enunciadas pelejam por se considerarem esses fins positivos como vogando ao arrepião do art. 27, n. III, da Constituição estadual.

O último preceito para ser examinado é o do art. 361 da lei:

São considerados estáveis os servidores do Estado que, integrando as forças armadas durante o último conflito mundial, participem de operações de guerra ou de atividades de comboio e patrulhamento.

Observa o Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral constituir o preceito uma ampliação do disposto no parágrafo único do art. 18 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a que responde o art. 11 do Ato (estadual) das Disposições Constitucionais Transitórias.

E, segundo S. Exa., essa ampliação do preceito da lei maior em lei ordinária é incurial, tanto mais quanto a Constituição estadual, no seu art. 190, considera estáveis apenas os funcionários efetivos, nomeados por via de concurso e depois de dois anos de exercício e os sem concurso depois de cinco anos de exercício.

Nesta parte dissinto do duto parecer. Cuida-se, a meu ver, sem dúvida, de ampliação da lei federal, mas ampliação curial e possível, uma vez que não é inconstitucional, porque a matéria é própria do Estatuto e, assim, não alcança o preceito constitucional e nem envolve despesa extraordinária.

O que voga a esse propósito é que a lei estadual pode, sem dúvida, ampliar direitos dos funcionários, pode até criar garantias que a lei federal não previu; o que não pode é angustiar, diminuir essas garantias.

Assim, conheço da representação, mas voto pela inconstitucionalidade apenas dos arts. 203, § 6º; 212, § 1º; 239, § 6º; e 242, letras *a* e *b* e seu § 1º. Quanto ao mais, estou em que desprocede a inconstitucionalidade argüida.

MANDADO DE SEGURANÇA 767 — DF
(Matéria constitucional)

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães: O Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários do Rio de Janeiro requer mandado para que seja assegurado à sua Diretoria o direito de administrar livremente o patrimônio social e de exercer todas as demais atribuições legais.

Esse direito, garantido pelo art. 159 da Constituição, estaria sendo violado por ato do Sr. Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, que, após a promulgação da Constituição, mantém a intervenção na administração do Sindicato requerente e, assim, obsta, “com graves riscos e prejuízos do requerente e de seus associados, a que a sua Diretoria, eleita e empossada, e, agora, com mandado ratificado em assembléia geral extraordinária, na conformidade dos seus Estatutos, se desincumba das suas atribuições legais”.

A Diretoria, reconhecida pelo Sr. Ministro do Trabalho, empossou-se em 25 de junho de 1945 e exerceu regularmente o mandato até 20 de maio de 1946. Valendo-se da faculdade conferida pelo art. 528 da Consolidação das Leis do Trabalho e “sob o infundado pretexto de haver a Diretoria do Sindicato impetrante infringido as normas dos art. 521, *a*, e 525 daquele mesmo Código de Trabalho”, determinou o Sr. Ministro, em ato que o *Diário Oficial* deu à publicidade em 22 de maio de 1946, a intervenção. A Diretoria transmitiu o patrimônio, sob protesto e com a ausência do presidente, aos interventores, que efetuaram “pura e simples ocupação, à qual não faltou sequer o requinte do aparato policial”.

Em portaria publicada pelo *Diário Oficial* de 12 de junho de 1946, o Sr. Ministro concedeu exoneração dos três primeiros interventores, nomeando, no mesmo ato, funcionários do Departamento Nacional do Trabalho para comporem a Junta Governativa.

Apesar do que dispõem a Consolidação das Leis do Trabalho, no art. 554, e a Constituição, no art. 159, a intervenção foi mantida.

Amparados pelos arts. 159 e 141, § 12, da Constituição, e na forma dos Estatutos (arts. 27, 28 e 30), associados do Sindicato requereram à Junta Governativa, em 3 de outubro de 1946, a convocação de assembléia geral extraordinária. Esgotado o prazo de 5 dias, fixado nos Estatutos, os mesmos associados, com audiência do Departamento Nacional do Trabalho e nos termos do art. 30, § 2º, dos Estatutos, convocaram a assembléia geral extraordinária, que se realizou na forma dos arts. 27 e 31 dos Estatutos, com a presença de 801 associados em pleno gozo de seus direitos. Por unanimidade de votos, a assembléia deliberou “ratificar o mandato da Diretoria arbitrariamente afastada por força da citada intervenção ministerial, e considerar ilegal, em face do aludido art. 159 da Constituição, essa mesma intervenção”.

O requerimento do mandato entrou na Secretaria em 23 de outubro de 1946.

Juntaram-se aos autos, em 18 de novembro, as informações do Sr. Ministro do Trabalho, que esclareceu não haver ainda exarado despacho definitivo no processo de intervenção, o qual se encontrava na Divisão de Organização e Assistência Social, aguardando a apresentação da defesa dos interessados, que para tal fim já haviam sido notificados (fl. 20).

Consistem as informações coligidas pelo Departamento Nacional do Trabalho no parecer do Diretor da DOAS (fls. 40 a 45) e na cópia autenticada do relatório da Junta Governativa (fls. 83 a 98), calcado, por sua vez, nos relatórios dos contabilistas (fls. 47 a 72) e dos procuradores do Sindicato (fls. 73 a 82).

O Ministério do Trabalho põe em dúvida a legitimidade processual de Antonio Luciano Bacelar Couto para, como presidente, representar o Sindicato, desde que a intervenção o afastou do exercício do mandato.

A intervenção foi perfeitamente legal, em virtude dos arts. 521 e 525 da Consolidação das Leis do Trabalho, pois que era tumultuária a situação da entidade sindical, “o que cada dia mais se acentuava pela intromissão de elementos estranhos ao quadro social, em suas deliberações, com a propaganda de doutrinas incompatíveis com as instituições e os interesses da Nação, redundando, mesmo, em atos de desvirtuação da aplicação de suas rendas patrimoniais em fins outros que não os

estabelecidos na lei e nos estatutos”. A ação do Estado obedeceu, assim, à disposição do art. 528 da Consolidação.

Esta disposição evidencia que a Junta Governativa não tinha de proceder à nova eleição, nos termos do art. 554 citado, que se refere à destituição de diretores.

O preceito do art. 159 da Constituição não veda a intervenção fundado no art. 528 da Consolidação.

O Sr. Procurador-Geral da República, depois de observar que “a liberdade sindical não é absoluta”, acrescenta, para afirmar a legalidade do ato censurado pelo requerente: “Não seria possível também, com a transformação do regime político, substituir **de plano** toda a organização sindical antiga, sem obedecer a normas legislativas que devem regulamentar o texto constitucional” (fls. 102 e 103).

Haviam sido os autos apresentados em mesa para julgamento, quando o Sr. Ministro do Trabalho me comunicou haver determinado que cessasse a intervenção, elegendo-se nova Diretoria.

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, o caso dos autos desvela importantes aspectos, assim do ângulo jurídico, como também do ponto de vista social. Como sempre, procurarei solvê-lo com absoluta preferência dos atos jurídicos.

Trata-se de saber se a liberdade sindical, proclamada com todas as letras na Constituição atual, é compatível com o regime em que o Ministro de Estado pode intervir na vida associativa do sindicato, destituir-lhe a diretoria e tomar-lhe a direção, a que tanto importa, como observou, com justeza, o Exmo. Sr. Ministro Ribeiro da Costa, o fato da intervenção por tempo indefinido e indeterminado.

O Sr. Ministro do Trabalho, na justificativa de seu ato, serviu-se da alegação de que o sindicato se desviara de seus fins, não só com admitir a intrusão de elementos estranhos, como também pelo fato de haver-se transformado em agremiação partidária, em instrumento dócil ao manejo de adversários da ordem social vigente.

Foram essas as razões da intervenção ministerial no Sindicato dos Bancários. Mas não importa a opinião política dos membros da diretoria, que a podem ter livremente até que o exercício desse direito ultrapasse as fronteiras da legalidade, e nem releva, *data venia*, o interesse publicamente ou sorrateiramente manifestado por essa ou aquela corrente política no sentido da sindicalização em massa de bancários ou empregados. O sindicato é figura curiosa. Ainda que se queira compará-la com as instituições privadas, como fez o Sr. Dr. Procurador-Geral da República, aliás um especialista de merecida voga, não é possível negar a esse corpo privado uma função pública de evidente relevo. Os sindicatos cooperam com o poder público na ordem econômica do país, como demonstrou o eminentíssimo Sr. Ministro Relator. O reconhecimento de que essa cooperação existe não deve levar, porém, *data venia*, à concepção de sua completa subordinação ao poder público, pois, do contrário, essa consideração entraria em conflito manifesto com o princípio da liberdade, apregoado constitucionalmente. O sindicato é órgão de cooperação, mas em que vive o princípio da liberdade.

Sem dúvida que esse princípio desenvolve-se dentro da lei. *Sub lege, libertas.*

Houve autor que disse, como a enunciar verdade paradoxa, que o homem moderno é menos independente que o antigo, e mais livre. A ordem jurídica é uma contínua limitação de movimentos, uma rede de inibições que possibilitam o consórcio civil e o desenvolvimento de poderes e faculdades.

E a liberdade, conceito jurídico, realiza-se no direito que tem a pessoa jurídica ou individual, o homem ou a pessoa jurídica, de praticar tudo aquilo que não lhe vede o direito. E o que se há de saber, no caso, é se é possível, em face da Constituição, que o poder público intervenha na própria vida íntima da associação, não apenas nos casos a que alude o texto constitucional, mas mesmo no seu funcionamento interno, na sua dinâmica própria e costumeira.

Este, a meu ver, o problema dos autos. A Constituição enuncia o princípio *self-executing* da liberdade sindical, e do mesmo passo

deferiu à lei ordinária as limitações que ela pudesse comportar **em determinados casos**. E em nenhum deles, *data venia*, se acomoda o caso dos autos.

O eminent Sr. Ministro Relator, ao referir-se ao elemento histórico, dá-lhe importância secundária. E, realmente, com S. Exa. estão mestres dos mais eminentes. Kohler e Wurzel, entre outros, demontram, como Carlos Maximiliano, que a lei, uma vez feita, desprende-se da vontade do legislador e toma um conteúdo espiritual próprio. E é sobre esse conteúdo espiritual — diz Ferrara, na sua linguagem eloquente — que se desdobra o trabalho mental das gerações.

E esse trabalho diurno de interpretação, esse labor incessante de adaptação da lei ao fato social foi que permitiu, por exemplo, que uma nação civilizada e culta como a França se regulasse por dilgado tempo por um Código antigo como o de Napoleão, apenas com uma que outra reforma.

Não é possível, realmente, dar aos trabalhos preparatórios da lei consistência de elemento terminativo para a interpretação. Mas, se os trabalhos preparatórios não apresentam grande momento considerado a essa luz — dizia Ferrara que o Parlamento é um mito, é um ser impalpável, ninguém sabe as razões que confluíram para a decretação de determinada lei; se isso é exato, tem alcance definir o momento histórico em que a lei apareceu e quais as correntes jurídicas que inspiraram certo instituto e a que tendências gerais dominantes obedeceu certo princípio legal. Aí, a opinião dos parlamentares vale não como interpretação autêntica, mas como índice da existência dessa corrente, que preparou o surto da lei e que, de resto, pode ser surpreendida por outros elementos.

Ora, a Constituição atual — disse o eminent Sr. Ministro Ribeiro da Costa — é impregnada de profundo senso de liberdade. Pode-se, talvez, reprochá-la — como juiz me cumpre tomar decisão no debate — de nem sempre atender à realidade brasileira e de não guardar unidade fundamental de direção. Mas não se pode deixar de concluir que, em linhas gerais, a corrente que a atravessa e lhe dá insuflos de vida é profundamente democrática. Por ela, a defesa da ordem pública só se faz em função da defesa da legalidade.

Ora, os sindicatos têm, em princípio, vida perfeitamente livre, ainda que exerçam, sob certos aspectos, funções delegadas do poder público, e tão importantes que, às vezes, essas associações, como disse o eminentíssimo Sr. Ministro Relator em seu brilhante voto, têm funções quase legislativas, por meio do poder de celebrar convenções nos dissídios coletivos do trabalho.

Mas, se o Estado atribuiu a esses seres liberdade de movimentos, a regulamentação dessa liberdade não pode atingir senão aos pontos indicados pela Constituição mesma. A Constituição determina que a lei ordinária regulará a forma da constituição dos sindicatos — e não é este o caso dos autos —; a maneira de se fazerem representar nos contratos de trabalho coletivos — e também não é disso que se cuida —; e na de exercerem funções delegadas pelo poder público, isto é, funções que os sindicatos cumprem não por direito próprio, mas por delegação do poder público. Trata-se, no caso, de coisa *toto coelo* diferente. Se é possível, sob a alegação de que se pregam idéias subversivas dentro da vida interna dos sindicatos, admitir-se a intervenção, essa intervenção somente seria possível para que, sem destituição de diretores, voltassem eles às suas naturais funções. De resto, o credo político de qualquer membro do sindicato não pode influir para que lhe seja vedado posto de direção.

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães (Relator): No regime atual, o sindicato exerce poderes delegados pelo poder público; celebra convenções coletivas do trabalho, matéria extensa, extensíssima mesmo, que envolve um poder público. A liberdade sindical é uma função dependente de três variáveis: a representação profissional, o direito de celebrar convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas do poder público. Se essas variáveis se reduzirem a zero, a liberdade crescerá indefinidamente; se essas variáveis aumentarem, evidentemente a função dependente sofrerá um decréscimo.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Ouvi, com o máximo acatamento, a ponderação do eminentíssimo colega, Sr. Ministro Relator, mas, a meu ver, ela, ainda que traduza valiosa lição de direito, não incide no que eu estava dizendo. É que as “variáveis” a que alude S. Exa. não guardam relação com o caso dos autos.

Sei bem que essa liberdade há de ser temperada pelo exercício das restrições da lei ordinária; do contrário, a liberdade se hipertrofaria e perderia até sua expressão jurídica. Mas também me parece que essas restrições não podem ser de tal monta que reduzam a um *flatus vocis* a liberdade pregada no dispositivo constitucional. Se se impedem reuniões dos associados e se se destitui a diretoria, a meu ver, essa liberdade representará um conceito enganoso e ilusório, sem realidade e sem vida. Não se trata de desvio da função do sindicato em nenhum dos três elementos a que se refere a Constituição: nem da constituição do próprio sindicato, nem questão ligada à convenção coletiva de trabalho, nem muito menos ainda se trata do exercício de funções delegadas da função pública. E essas funções delegadas não são todas as do sindicato, são as especiais, são as que o sindicato exerce em nome do poder público.

Se o sindicato abusa, como associação privada, e se torna fonte de insurreição, a polícia ou a Justiça intervêm e defendem a ordem e a lei, mas, a meu ver, em nome da liberdade, não se pode ir ao extremo de tirar a uma associação o direito de eleger a sua própria diretoria e de mantê-la pela vontade de seus associados.

Também concedo o mandado, *data venia* do Sr. Ministro Relator.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 1.032 — DF

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, como tudo tem o seu destino, também o têm as demandas.

O deste mandato de segurança foi o de ver correspondido o esforço dos advogados, que o impetraram, pelo dos magistrados, que o decidiram. Todos estes, desde os juízes de primeira instância, sem

exceção de quem quer que seja, armados de sobranceria moral, e de isenção, que, aliás, são condições elementares a todos os juízes que exercem dignamente seu mandato, cumpriram à altura sua tarefa. É de realçar o esforço e brilho de arrazoados e sentenças, que versaram a questão em todos os seus aspectos, matizes e ângulos.

O caso dos autos é interessante e diz respeito a princípios que, em si, são de índole quase universal.

Em nosso direito, é impossível a existência de imposto, sem lei anterior que o autorize. Não porque o tributo seja coisa odiosa. Já vai passando um pouco da moda o costume de fulminar, a qualquer propósito, o chamado “vampirismo fiscal para aludir a um conceito de Colmo. O imposto de outrora, destinado ao preito, ao tributo ao homem, ao senhor poderoso, deu lugar, hoje, a pagamento que se deve fazer em benefício dos serviços do Estado.

Muitos brocados que outrora manifestavam a antipatia aos impostos perderam de voga.

Não se pode, hoje, dizer que em matéria de imposto deve sempre o juiz interpretar contra o fisco e em favor do contribuinte. Na verdade, se, na dúvida, se decide contra a imposição do tributo, é apenas porque não se deve presumir a existência de vínculo obrigacional, de débito.

O vínculo obrigacional é sempre uma restrição à liberdade, como já observava Savigny. O *nexus* não se presume, de modo que, quando a dívida não se prova, não se deve condenar ao pagamento do imposto o contribuinte, e isso porque não se presume a existência de vínculo obrigacional.

Na hipótese, não pode haver imposto sem lei que o autorize. Não basta a previsão orçamentária. É princípio expresso na Constituição, em termos talvez não literalmente claros, mas enérgicos, todavia.

Pergunta-se: no caso dos autos, havia lei anterior autorizando a cobrança do adicional do imposto de renda?

Essa questão, que tem desdobramentos sedutores, foi versada com brilho e mestria pelos eminentes colegas preopinantes. O que convém, sobretudo, indagar, é se havia lei que autorizasse a cobrança do

tributo. A meu ver, a resposta é negativa. Não havia lei nesse sentido. Existia, sim, lei breve — duradoura, de prazo fixo de existência, lei que seria invigorável por lei orçamentária, pois que ela própria teria seu término marcado pelo tempo, e não dependia de revogação para não mais subsistir. As leis têm existência não infinita, mas indefinida. Subsiste, se não é revogada por outra lei. É o princípio da continuidade. Mas há leis especiais, que só se elaboram para vigorar em determinado período de tempo. É o caso presente. Havia lei, mas com prazo prefixo. A Fazenda não se podia basear em lei tributária anterior para cobrar o imposto. Tanto isso parece verdade e tanto impressionou os meios jurídicos e financeiros do país que, esclarecido, o governo veio com a Lei n. 81, sob cor de interpretar preceito anterior. Mas, em verdade, ela veio perturbar o problema e empaná-lo ainda mais. Rendo meu preito à interpretação dos eminentes colegas que entendem que a previsão orçamentária podia revigorar essa lei. Compreendo bem essa interpretação, *maxime* quando enunciada com as cautelas com que o foi, e por amor de circunstâncias históricas, e ao momento brasileiro. Se a previsão orçamentária era suficiente, para que a Lei n. 81?

Esta tem sido interpretada, como assinalou o eminentíssimo Sr. Ministro Annibal Freire, de modoário, pelos magistrados e comentaristas. Para uns, é lei interpretativa, segundo realçou o Sr. Ministro Luiz Gallotti; o Sr. Ministro Artur Marinho observou que era um índice de orientação interpretativa; outros disseram que era declarativa, mas, no caso, nenhuma definição se enquadra à lei.

Com a devida vénia do Exmo. Sr. Ministro Luiz Gallotti, a cujo brilhantíssimo voto rendo sinceras homenagens, essa lei não veio apenas interpretar. Nem pode pretender virtude retroativa, impossível nos regimes que exaltam como constitucional o princípio da irretroatividade.

E, em tese, nem compete ao Poder Legislativo interpretar as leis. Essa tarefa compete ao Poder Judiciário. De certa maneira há, pois, invasão de poderes quando o Congresso se arroga a competência de interpretar leis. De resto, a interpretativa não pode enumerar qualquer princípio novo à lei antiga. E, como quer que seja, a Lei n. 81 não podia ter esse efeito.

Dizer que ela tem **efeito imediato** não convence, porque é lei posterior ao orçamento. O certo é que lavra muita confusão entre aplicação imediata da lei e aplicação retroativa. Há três graus de retroatividade: a máxima, que não se aplica senão nos regimes ajurídicos e que impõe a restituição das situações anteriores e assoberba a própria *res iudicata*; a retroatividade média, que não obriga a volta ao *statu quo ante* e passa a disciplinar de sua data o negócio jurídico anterior; e a mínima, como se deu, entre nós, no caso da lei de usura. A aplicação imediata da lei não se pode confundir com sua retroatividade.

A Lei n. 81 quebraria o princípio de que não há tributo sem lei que o estabeleça: *nullus census sine lege*.

No caso, cuida-se de um dos princípios rígidos, básicos da Constituição, insusceptíveis de temperamentos e restrições.

São estes os argumentos, em síntese muito apertada e que procurei estreitar o mais possível, em vista do adiantado da hora e de estar a matéria superiormente estudada, que me levam a divergir dos eminentes Ministros até agora vencedores para formar na minoria e aceder aos fundamentos dos luminosos votos vencidos.

Dou provimento ao recurso.

MANDADO DE SEGURANÇA 1.103 — DF

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães: Em petição de 13 de julho último, os Capitães de Mar e Guerra Mário de Faro Orlando e Edgard de Paula Oliveira requereram mandado que lhes assegurasse o direito líquido e certo à permanência no serviço ativo, direito ferido pelos decretos do Sr. Presidente da República, de n. 475-J e 475-L, publicados em 17 de março p.p., pelos quais os requerentes foram

transferidos para a reserva remunerada, com fundamento no art. 51, c, do Estatuto dos Militares e nos arts. 10, 12, 18 e 22, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 2.173, de 6 de maio de 1940.

A lesão consistiu em haver a transferência violado o disposto no art. 141, §§ 1º, 3º, 4º e 25, da Constituição, porque, pelo art. 10, § 4º, do Decreto-Lei n. 2.173, os requerentes foram proibidos do uso dos recursos normais contra a iníqua resolução do Conselho de Almirantes, que não só escolhe, entre os capitães de mar e guerra, os que julgue menos aptos, indicando-os à transferência compulsória para a reserva remunerada, mas também decide, em definitivo e pelo mesmo processo, o recurso oposto à sua decisão.

Os requerentes usaram esse recurso, privados, porém, de conhecer os motivos da decisão, e, assim, impedidos de refutá-los. Permaneceram também secretas as razões contrárias ao recurso.

O critério de seleção aplicado aos requerentes é iníquo, não se estendendo aos oficiais generais (Decreto-Lei citado, art. 10, I).

O Supremo Tribunal Federal já estigmatizou, em acórdão proferido no Mandado de Segurança n. 876, o julgamento de consciência.

O ato do Conselho de Almirantes é, afinal, irrecorrível, pois que os requerentes ficaram impedidos, na alçada administrativa, de se dirigir ao Sr. Ministro da Marinha e ao Sr. Presidente da República.

Nem no Exército, nem na Aeronáutica, existe tão iníquo e aberrante processo de compulsamento de oficiais superiores, abolido pela Lei n. 602, de 28 de Dezembro de 1948.

Pedem, assim, a anulação dos atos de transferência e que se requisitem ao Sr. Ministro da Marinha os elementos em que se baseou a decisão do Conselho do Almirantado.

A petição foi apresentada com os seguintes documentos: original do Decreto n. 475-J, do ofício confidencial do Presidente do Conselho de Almirantes que comunica a rejeição do recurso do primeiro requerente, do Decreto 475-L, de ofício idêntico sobre o recurso do segundo requerente, cópia dos recursos dirigidos ao Conselho de Almirantes e p. 3841 do *Diário Oficial* (S.I.), de 17 de março p.p. (fls. 5 a 20).

As informações prestadas pelo Sr. Presidente da República mostram que, para completar as promoções necessárias pelo Decreto-Lei n. 2.173, em 1948, deviam ser transferidos, compulsoriamente, pelo art. 11 do mesmo decreto-lei, quatro capitães-de-mar-e-guerra (fl. 29). Entre esses quatro oficiais, o Conselho de Almirantes indicou, após meticoloso estudo, os requerentes para a transferência (fl. 31), conforme a ata da reunião de 26 de janeiro último (fl. 33).

O Sr. Consultor Jurídico do Ministério da Marinha, Dr. Camillo Raúl Prates, acentua, conforme o parecer dado em caso idêntico, do Capitão de Mar e Guerra da Reserva Ativa Eduardo Henrique Sisson, que o Decreto-Lei n. 2.173 adotou providências para a renovação periódica dos Quadros de Oficiais do Corpo da Armada. As promoções que o art. 6º do referido decreto-lei exige se façam anualmente seriam impossíveis sem a transferência compulsória, admitida no art. 9º, caso não ocorram as vagas necessárias. A transferência obedece, no caso, ao disposto no art. 10, II, e parágrafos. Os oficiais superiores assim transferidos constituem uma categoria da Reserva Remunerada, a Reserva Ativa (art. 12). O caso se distingue do que constituiu objeto do Mandado de Segurança n. 876 e foi apreciado no requerimento de Mandado de Segurança n. 947, unanimemente denegado (fl. 38).

De acordo com este parecer, o Sr. Procurador-Geral da República opina pela denegação da segurança impetrada (fl. 66).

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, o pedido procura esforçar-se em diversos motivos.

O ilustre advogado dos impetrantes alega que a lei de que se trata ofende a igualdade, princípio sumo do direito e que se insere na lei das leis, na Constituição. Alega, ainda, que vulnera o princípio da contraditoriedade no processo criminal, e o eminentíssimo Sr. Ministro Ribeiro da Costa ainda suscita outro fundamento: a de que ela desatenda à intangibilidade das patentes.

A meu ver, Sr. Presidente, nenhum dos motivos prevalece.

O contraditório no processo criminal não se aplicará, porque não há, no caso, aplicação de processo criminal. Há um decesso de função para atender à necessidade de renovação dos quadros.

É verdade que o critério da escolha cerca-se de indevassável sigilo. O eminente Sr. Ministro Relator demonstrou que os almirantes, juízes, no caso, referem-se a fatos que a ata não reproduz. Trata-se de deliberação que não envolve condenação criminal, mas um decesso. E o recurso contra essa deliberação é, como disse o ilustre advogado, uma irrisão, porque a parte desconhece as razões que a inspiraram e, assim, esgrime com um fantasma, com uma sombra, pois que não se lhe dão pontos de referência para o debate.

De modo que, a meu ver, posto não se trate de processo criminal sem o contraditório, configura-se processo que briga com o princípio constitucional, que defere ao Judiciário o decidir de todas as lesões de direito.

Também creio mostrar-se invulnerado o princípio da igualdade, princípio que não tem a feição e o conteúdo que o impetrante parece lhes atribuir.

E, com a permissão do eminente Sr. Ministro Ribeiro da Costa, ainda suponho se achar indilacerado o princípio da intangibilidade das patentes, que não pode, *data venia*, ser compreendida em termos de embarracar a indispensável renovação dos quadros das forças militares. Estas se definhariam se não fossem vitalizadas por constantes e repetidas renovações, pelo seu rejuvenescimento, que se tornaria impossível se se desse sentido demasiado rigoroso ao princípio da intangibilidade das patentes.

A meu ver, o princípio ofendido é o do “controle” do Judiciário. Os oficiais que sofram lesão em face da deliberação do Conselho não teriam recurso para o Judiciário.

Como disse o eminente Ministro Hahnemann Guimarães, presume-se que os altos oficiais que compõem o Conselho façam justiça. Mas os homens são sujeitos a erro, em que também podem eles incidir.

Não havendo recurso para o Judiciário, a lesão de direito ficará invingada. O critério aqui não é tarifário, objetivo, mas, sim, subjetivo e indeclarado. Se o oficial é atingido pelo decesso, não sabe quais os motivos subjetivos que pelejaram em favor de sua transferência para a Reserva.

Na hipótese, o recurso administrativo seria inútil, já que a parte não tem ponto de referencia para fundamentar o apelo.

Por este só fundamento, é que concedo o mandado.

MANDADO DE SEGURANÇA 1.114 — DF

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lafayette de Andrada: **Dom Carlos Duarte Costa** declarando-se ex-Bispo de Maura, da Igreja Católica Apostólica Romana, e atual Bispo do Rio de Janeiro, da Igreja Católica Apostólica Brasileira, impetra mandado de segurança a fim de lhe ser garantido e aos ministros de sua Igreja o direito líquido, certo e incontestável ao livre exercício do culto religioso da mesma Igreja, bem como para serem reabertos ao público os templos da referida Igreja, e, ainda, para ser entregue à freqüência dos seus alunos a Escola N. S. Menina, mantida pela Associação N. S. Menina, tudo nos termos da Constituição da República, arts. 31, II, 141, §§ 7º, 8º e 24, e do Código de Processo Civil — arts. 319 e seguintes (fl. 26).

Alega o impetrante que, por ato ilegal e violento da polícia, ficou impedido de realizar cultos em sua Igreja, impedidos os fiéis de a ela comparecerem, e os alunos privados das aulas na escola de que o impetrante é representante.

Examina o impetrante o parecer do Consultor-Geral da República, faz explanações sobre o direito líquido e certo que o ampara, procura

mostrar que houve evidente violação da liberdade de consciência e de crenças, além de atentado ao livre exercício dos cultos religiosos na forma admitida no art. 141, § 7º.

Saliente o impetrante que não existe confusão entre sua Igreja e a Igreja Católica Apostólica Romana, porque esta se pretende universal, e a Igreja Brasileira, Igreja nacional, exclui desde logo a noção de universal.

Esclarece: “As vestes sacerdotais, em todas as religiões que se separam de outra, a princípio são as mesmas: só com o correr dos tempos as religiões separadas adotam vestes sacerdotais características” (fl. 6).

Afirma que os Estatutos da Igreja Brasileira estão regularmente registrados, podendo praticar todos os atos não proibidos pela Constituição, inclusive culto externo, porque não são contrários aos bons costumes.

O mandado de segurança foi dirigido ao Tribunal Federal de Recursos, que, por decisão de 4 de março de 1949, deu-se por incompetente, por considerar que o ato de que se queixa o impetrante partiu do Presidente da República, quando aprovou o parecer do Consultor-Geral da República (fl. 249).

A inicial está acompanhada de numerosos documentos, notícias de jornais, entrevistas do impetrante, desenhos das vestes a serem usadas pelos ministros da Igreja Brasileira e das informações referidas.

Foram prestadas as informações seguintes pelo Presidente da República: ler fl. 258.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, segundo o conhecido conceito de Black, a Constituição é a lei fundamental de um país, que estrutura seus poderes políticos e define os direitos e as garantias individuais. Todos os mais dispositivos são acessórios ou dependentes ou conseqüentes, e, nesse sentido, pode-se dizer que o

direito constitucional é verdadeira conquista da democracia e que não são constitucionalizados os países que não adotam “um plano de vida do Estado”, para usar a expressão de Pontes de Miranda, que não outorgue ao indivíduo garantias contra a absorção e o arbítrio do Estado.

Entre essas garantias, a que mais cuidados inspira, a mais melindrosa e delicada, é a que alude à liberdade de consciência religiosa. Diz excelentemente Sampaio Doria que: “manifestar cada qual sua crença ou descrença em religião, pregar e propagar o seu credo, associar-se para cultuá-lo, e praticar em público sua fé, eis para a criatura racional o mais sagrado dos direitos”.

É que a liberdade de consciência ou de crença diz para coisas sobrenaturais e é afirmação do indivíduo de que a vida não se resume no plano material, transcendendo, ao contrário, para o plano eterno e divino. Daí exaltações que podem levar a renúncias e sublimidade e a intolerâncias cruéis. O Estado intervém, no caso, não para desconhecer o fenômeno da religião, que informa a vida espiritual da humanidade, mas para proclamar o seu laicismo, assegurando a todos idêntica liberdade de culto.

Este o sentido inequívoco do art. 141, § 7º, da Constituição: “É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes”.

No antigo direito francês, ao tempo de Luiz Felipe, a Carta Constitucional trazia o seguinte conteúdo: “Chacun professe sa religion avec une égale liberté, et obtient pour son culte la même protection”. Os autores que elaboram comentários a esse dispositivo distinguiam entre o culto e a crença, para mostrar que esta seria inviolável, sendo o culto, prática externa da crença, protegido e tutelado. Quanto à primeira, seria violência que levantaria as pedras impedir que alguém pudesse ser católico ou espírita ou descrente.

Mas o culto é manifestação externa da crença e, logo, interessa ao Estado, à sociedade, aos usos e costumes, ao consórcio civil. Os votos dos eminentes Srs. Ministros Hahnemann Guimarães e Lafayette

de Andrada tomaram de vias diferentes. Enquanto o Sr. Ministro Relator viu o caso através do exercício do poder de polícia, na espécie, entendendo que a prova dada pelo impetrante não era terminativa de que ocorresse excesso de poder, o Sr. Ministro Hahnemann Guimarães, tomado da alta gravidade e da elevação espiritual do pensamento positivista, desenvolveu lúcida história dos erros, heresias, cismas, apostasias, heterodoxias que, através da história, baldiamente tentam abalar os sólidos fundamentos da organização católica romana.

E citou S. Exa. as rebeldias de Bossuet. Lembrou-me o “si parva licet...”. E o exemplo não pode ser trazido à balha, *data venia*. Bossuet, o maior dos oradores sacros franceses, jamais rompeu formalmente contra o primado do Sumo Pontífice. A história das relações entre o poder espiritual e temporal desdobra-se, ao que se diz geralmente, em três fases. A primeira, em que predomina o poder espiritual, é a teocracia; a segunda, em que predomina o poder temporal, é o regalismo; e a terceira, finalmente, é a da independência dos dois poderes, que vivem paralelos e harmônicos. Nesta última fase estamos, e a ele reserva o eminentíssimo Sr. Ministro Hahnemann Guimarães, com justa razão, os mais largos encômios.

Bossuet viveu no tempo do esplendor material e militar da França, no grande século de seu poderio, e pagou tributo à imponência do poder temporal, sem que, entretanto, rompesse os vínculos com o Papado.

Mas, a meu ver, no caso, não se cuida, propriamente, de fundação de Igreja que apenas negue o primado de Roma. Esta Igreja quer viver por meio do culto, porque sem culto as Igrejas não vivem, e as crenças, em geral, estiolam-se. Raros são os que, como os eremitas da antiguidade, podiam adorar a Deus sem os estímulos externos, que falam à imaginação, por meio das imagens, preces coletivas, manifestações exteriores.

O culto é indispensável aos crentes. Logo, é livre a Igreja Católica Brasileira ter seu culto e seu rito: negá-lo seria lacerar a Constituição. Mas, no caso, informa o Poder Público — e a informação tem fidedignidade, até prova em contrário — que essa revelação de crença em seu rito exterior tende a confundir-se com os ritos de outro

culto, perturbando a liberdade deste, a proteção que ele também merece. É certo que inexiste, como disse o ilustre advogado, um registro de cultos e de ritos, mas a confusão de cultos deve ser evitada, por amor da ordem e da proteção que todos os cultos merecem. Cada religião tem um culto específico, próprio. Se a Religião Católica Brasileira estabelecer este culto em linhas nítidas, nenhuma outra religião poderá adotá-lo, para o fim de se prevalecer de confusões vitandas.

Assegura o impetrante inexistir essa confusão. Alega que as vestes são diferentes e que as insígnias e manifestações externas não se confundem.

Tudo isso, porém, se traduz em *questio facti*. Se as vestimentas não se confundem, se o culto é o mesmo ou não o é, em todas essas partes as assertivas do impetrante e as informações do poder público se chocam. Resolver por meio de mandado de segurança uma *questio facti* como esta, complexa, e suscetível de larga indagação, seria, a meu ver, *data venia*, demudar a fisionomia desse *remedium iuris*. A parte poderá suscitar a ação própria, e, então, o juiz examinará a questão com a necessária minúcia, em face das provas.

Denego o mandado, reservado o direito à parte de usar da ação própria.

EMBARGOS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 2.977 — SP

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Relator): O Decreto 22.626, de 7 de abril de 1933, em seu art. 2º, proíbe o recebimento de qualquer quantia que, sob cor, sob pretexto da comissão, implique majoração de juros. A comissão a que se refere a cláusula 4ª do contrato discutido é

atingida por essa proibição. Mas o contrato em que ela se insere é anterior ao Decreto 22.626, e este não tem efeito retroativo, certo que, no regime em que apareceu, lhe poderia ser dado esse efeito.

Mas, se essa virtude retrooperante não lhe foi outorgada expressamente, o juiz não poderá reconhecê-la aos melhores de direito. A lei não é naturalmente retroativa. Quando o legislador entender de lhe atribuir essa virtude extraordinária, esse efeito incomum, deve declará-lo.

Pierre Teste:

La retroactivité est quelque chose de trop grave pour que le législateur ne l'ait pas prévue d'une manière expresse. Et d'ailleurs faire dépendre d'influence anormale de la loi sur les faits passés de considérations toutes subjectives d'utilités sociales, c'est laisser, en fait, à l'arbitraire des tribunaux le soin de décider si la nouvelle doit ou non rétroagir. (*La Ret. de lois en matière d'état*, p. 9.)

Sem a declaração expressa em contrário pelo legislador, o que se presume é não haver ele querido praticar a exceção grave que é a lei retroativa, sendo indiferente, como afirma Alves Moreira, que se trate de lei de ordem pública ou de proteção individual (*Instituições*, vol. I, n. 36, p. 74). Vide ainda Faggella, in *CORSO DE BIANCHI*, vol. 2º, p. 99; Roubier, vol. 2º, n. 87.

Como escreveu Coviello: “una legge qualsiasi può essere retroattiva per volontà del legislatori ma messuna è retroattiva per indole sua” (*Dir. Civ.* § 36, p. 115).

No riquíssimo “tratado de Espinola — Espinola Filho, está, em apoio a Roubier, a lição de que a cláusula da retroatividade deve ser formalmente inscrita na lei” (vol. II, n. 64, p. 231).

É exato que falam alguns autores em “retroação tácita”. Os mesmos, porém, que a admitem, advertem que ela somente é possível “quando dalla nuova legge si desume **con sicurezza** l'intenzione del legislatore ne di voler regolare auchi i fatti sorti prima, quando ciò è dal tenore letterale o dallo spirito legislativo o da altre circostanze intrinseche risultti la volontà del legislatore di dare efficacia attuale e generale alla norma posta”.

E de que “la clausola di retroazione essendo norma eccezionale, deve interpetrarsi restrittivamente, equindi nel dubbio, non deve ammettersi la retroattività” (Ferrara, *Dir. Civ.*, p. 271).

Assim, ainda que se admitisse a possibilidade de retroação tácita, no caso ela não se verificaria, consoante a lição de Ferrara e tendo em atenção que, no particular dos juros, o legislador expressamente inseriu o mandamento da retroatividade, deixando, entretanto, de fazê-lo quanto às outras partes da lei.

Também não se pode falar em simulação a propósito da comissão incriminada, não só porque a lei em vigor ao tempo não a condenava e foi ela estabelecida às declaradas, como ainda porque, se ocorresse esse vício do consentimento, a argüição contra ele estaria coberta pela prescrição.

A comissão é, pois, insusceptível de restituição: o Decreto 22.626, entendido *civil modo* não a prescreve.

Proíbe, entretanto, os juros imodestos e manda que os contratos, ainda que celebrados no regime anterior, se ajustem à lei nova.

Ora, a comissão, aumentando a quantia realmente mutuada, não pode deixar de ser declarada nenhuma para o efeito de produzir juros, e isso desde a data da lei de usura. A majoração que ela representa não pode, depois da lei, produzir juros, pois estes, que devem incidir sobre a quantia realmente mutuada, seriam, realmente, mais elevados do que o permite a lei.

Seria, pois, a lei ferida realmente, ainda que indiretamente, posto que por via oblíqua. Nestes termos, rejeito os embargos, esclarecendo que a comissão e os juros pagos antes do Decreto 22.626, de acordo com o contrato, são irrepetíveis e que o contrato deve ser ajustado ao decreto, para que de sua data em diante os juros só incidam na quantia realmente mutuada, com abatimento da comissão.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Relator): Sr. Presidente, devo ligeira explicação ao Sr. Ministro José Linhares e aos demais ilustres

colegas: a questão de ser a comissão válida para uns efeitos e não válida para outros tem sido ferida no Tribunal. Quando, numa das últimas sessões, tive de responder a um dos eminentes colegas que me honrara com uma objeção, procurei demonstrar que a jurisprudência, em vez de se aferrar a princípios demasiadamente lógicos, deve atender à realidade dos casos concretos e inspirar-se no espírito de justiça prática.

A comissão que o “Lar Brasileiro” cobrava e que, afinal, representava, segundo ele, uma vantagem explicável pelo dilargado dos prazos contratuais, e, segundo outros, uma simulação para aumentar juros, essa comissão — dizia — relaciona-se com uma questão de que já não podemos mais cuidar, porque é verdade que a lei, ao tempo em que foi estabelecida, não a vedava, isto é, era ela lícita embora excessiva. Vindo a lei de usura, não teve esta efeito retroativo, porque, primeiro, nenhuma lei o tem, naturalmente; segundo, porque não houve disposição expressa em tal sentido; terceiro, porque a própria lei situou a retroatividade apenas quanto aos juros. Estou de acordo com o Sr. Ministro José Linhares quanto à não-retroatividade da lei.

Mas, se a lei visa à anulação de juros excessivos, imodestos, temos de fulminar qualquer expediente, qualquer prática que atinja semelhante objetivo, ainda que acobertada com nomes diferentes. Ora, é patente que uma comissão que aumenta o capital mutuado aumenta os juros. Como podemos, nestas condições, ajustar o contrato aos juros? Estabelecida a comissão, tem-se os juros sobre esta; resultado prático: os juros são maiores do que os permitidos pela lei. Tal comissão é, em parte, existente para produzir efeito de não ser repetida; é um fato consumado; e, em parte, não produz efeito, porque, do contrário, iríamos cobrar juros que a lei proíbe.

É uma jurisprudência aparentemente incongruente, mas que tem a seu favor não só um grande espírito realista de justiça como também o fito de evitar dúvidas em uma lei que foi feita com o objetivo de coibir juros excessivos. Não há, pois, na real verdade, qualquer incongruência.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 3.425 — SP

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: É sabido que o douto Tribunal de São Paulo negava aplicação à Lei 319 sob o fundamento de que, mantidos os códigos estaduais de processo, por força de preceito constitucional, até a decretação do Código único, não podia a União promulgar sobre o assunto leis esparsas e fragmentárias. Esse entendimento, por maior que fosse o realce trazido à controvérsia por alguns dos eminentes juízes paulistas, grilhetado que estava à letra da lei, não prosperou. E, *data venia*, não merecia medrar. Passada à União a competência para legislar sobre direito processual, e sem dependência daquela decretação, teria o direito processual pátrio, enquanto não aparecesse o Código, de entangular-se, desatendendo a necessidades, ainda que imperiosas e instantes, por amor de uma interpretação que rastreava a literalidade do texto, sem procurar, largando ao oblívio a lição multissecular de Celso, desvelar-lhe a força e o poder. Se a exegese puramente gramatical não basta, as mais das vezes, para penetrar o sentido da lei, é estranho que a ela se limitassem os juízes, em texto constitucional que, com maior amplitude, admite a interpretação construtiva. Desmerecido era, pois, o apego à literalidade da lei, que, aliás, dava à palavra decretação sentido que não tem e deixava, tomado *ad unguem*, sem leis processuais, os Estados que não as houvessem codificado.

Mas o acórdão recorrido não seguiu essa esteira que dizia para recifes a vista.

O que ele concluiu é que, competindo aos Estados a organização judiciária, inaplicável era a Lei 319, de fora parte seus três primeiros artigos. Discordo completamente. A matéria de recursos é de direito processual. Sem dúvida que influi na organização judiciária. Mas esse reflexo não se pode voltar contra a lei que irradia, para subordiná-la e dar-lhe situação ancilar e secundária.

Antes de 1934, cabendo ao Estado legislar, ao mesmo tempo, sobre processo e organização judiciária, era minguado o interesse de

assinalar as raias entre a lei de processo e a de organização judiciária. Esse interesse é agora que avulta, sendo justo reconhecer que, às vezes, tais lindes se mostram confusas e de difícil assinalação.

Como quer que seja, a lei de organização judiciária é que tem posição acessória.

O princípio que veio a se inserir no art. 1.049 do Código de Processo — o da prevalência da lei federal de processo sobre a estadual de organização judiciária — é imperativo indispensável à unificação do processo.

O recurso é, considerado em si mesmo, assunto de direito processual e, em certos aspectos, extrapassa as demarcações desse direito para alcançar os do direito substantivo, ligado que está ao *ius persequendi in indicio*.

A faculdade de embargos no agravo não interferia no campo da organização judiciária, a que podia, entretanto, impor certas modificações.

Entender o contrário seria admitir a quebra do princípio básico da **unidade processual** para permitir ou não certos recursos em face das organizações judiciárias dos Estados.

Como escreveu o Prof. Bilac Pinto, “em benefício da unidade do nosso direito processual seremos constrangidos a reduzir a organização judiciária a uma lei reguladora da composição de juízes e tribunais, da sua competência territorial, da investidura, exercício e aposentadoria dos magistrados, da disciplina da magistratura e dos preceitos definidores das garantias e direitos funcionais dos juízes” (*Recurso de Revista*, p. 32).

Conheço do recurso e lhe dou provimento para que o Tribunal de São Paulo julgue os embargos como de direito.

MANDADO DE SEGURANÇA 3.557 — DF

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães: João Café Filho requer mandado que lhe assegure o pleno exercício de suas funções e atribuições constitucionais de Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, pela evidente inconstitucionalidade das resoluções da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que, por manifesto e insuportável abuso de poder (46), determinaram que permanecia o impedimento (17) declarado pelo requerente em observância de prescrição médica (1). O suplicante tem direito de voltar à efetividade das funções presidenciais mediante a só comunicação de haver cessado o impedimento (11), conforme a atestação de eminentes e respeitados clínicos e especialistas (3). Não é possível que a temerária tarefa de alguns elementos rebelados das Forças Armadas de terra vingue por meio de uma resolução que implica emenda à Constituição, na qual não se conhecem outros meios de afastamento do Presidente da República além dos mencionados nos arts. 79, § 1º, e 88, parágrafo único (19, 20). A doutrina sobre o art. 2º, seção I, n. 6 da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte não admite a liberdade de as Câmaras do Congresso, ou este, virem pronunciar, como no caso, que o Presidente está impedido de exercer suas funções (24 a 35). A declaração de ambas as Casas do Congresso é ainda mais subversiva, porque não tem tempo determinado, mantendo-se até deliberação em contrário, condição potestativa, que é indeclinável e universalmente nula (36).

Se a Câmara (o que se contesta) tivesse a iniciativa, o caso seria para decreto legislativo (Constituição, art. 66; Regimento, art. 95), e não para resolução, com que se decidem situações concernentes à economia interna de cada ramo do Poder Legislativo, e este é exercido em conjunto, pela Câmara e pelo Senado, nos termos expressos dos arts. 37 e 69 da Constituição (39). O pedido versa sobre atos inconstitucionais das Câmaras que afetam relação jurídica consubstanciada no exercício de função eletiva (41 a 43). Compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer do pedido, segundo a Constituição, arts. 141, § 4º, e 101, I, *i* (44).

O requerente sustentou que se devia conceder a medida liminar referida pelo art. 7º, II, da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951 (45).

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal iniciam suas informações por uma ressalva de ordem moral, quanto ao zelo no resguardo da Constituição, porque o requerente se mostrara incurialmente desidioso na defesa da Constituição, evidentemente ameaçada (2). Alegam que não cabe ao Supremo Tribunal Federal apreciar pedido de mandado contra uma resolução legislativa, ato de soberania e de cunho eminentemente político (3,4). Ao Poder Legislativo é inerente a atribuição de decidir da subsistência ou da cessação do impedimento do Presidente da República (5). O requerente assevera que foi esbulhado do poder político. Sua pretensão implica típica questão política, insuscetível de solução judicial (10). Não cabe ainda o amparo judiciário, pois o que se sustenta é que a resolução legislativa afastou-se de princípios, fez má-interpretação, não foi sábia na inteligência do texto constitucional (11). O Congresso Nacional, além de ter agido patrioticamente, usou de poderes inerentes ao Legislativo, na interpretação do § 1º do art. 79 da Constituição, evitando o estado de necessidade (14,15). A resolução legislativa baseou-se em que o conceito de **impedimento** é mais amplo que o de *impeachment*, e em que o Congresso Nacional tinha a faculdade implícita de decidir da permanência, ou não, do impedimento em que espontaneamente se colocara o impetrante (17). Os constitucionalistas norte-americanos afirmam que cabe ao Congresso proclamar o estado de *inability* (23). Além do fundamentos jurídicos, a resolução legislativa teve por motivo fato público e notório, já agora selado pelo reconhecimento do estado de sítio. O perigo nacional foi criado ou, pelo menos, agravado pela óbvia *inability* do impetrante. Só a alegação de moléstia gravíssima poderia justificar a transmissão do exercício do cargo ao substituto. Quando, porém, as Forças Armadas impediram se consumasse um golpe contra o regime, o impetrante anunciou sua intenção de voltar ao exercício da Presidência da República, e estabeleceu, com esse gesto de notória incoerência, sua vinculação com a trama posta em começo de execução no dia 10 de novembro (25, 26). As informações terminam com a afirmação de que o Congresso cumpriu seu dever ao avocar a competência para manter o impedimento em que se

colocara o Presidente da República, salvando, nessa emergência, por meio de um ato de soberania política, as instituições e o regime (fl. 22).

O Vice-Presidente do Senado informou que assumiu a Chefia de Estado pelas razões que deram as Mesas das Casas do Congresso, e com o propósito de corresponder aos reclamos de ordem pública e aos imperativos de sobrevivência da democracia brasileira (fl. 20).

O Procurador-Geral da República opinou pelo não-conhecimento do pedido, em virtude da Lei n. 2.654, de 25 de novembro último, art. 2º, parágrafo único, e porque envolve matéria de fato controvertida; e, no caso de conhecimento, manifestou-se pelo indeferimento do pedido, visto que não há direito líquido e certo contra o ato do Congresso Nacional, decorrente de seus poderes implícitos, inerentes a sua soberania (fls. 39 e 55).

VOTO

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães (Relator): Julgo improcedente a alegação de que não cabe ao Tribunal apreciar pedido de mandado de segurança contra resolução legislativa de caráter político.

A competência dada na Constituição, art. 101, I, *i*, compreende os atos **não-legislativos** que pratique a Câmara ou o Senado e lesem direito individual. Assim entendeu o Tribunal no julgamento do mandado pedido contra resolução da Câmara que ordenara a publicação do chamado “Inquérito do Banco do Brasil” (Castro Nunes, *Do Mandado de Segurança*, 4. ed., p. 275, n. 135).

O cunho político da resolução não pode, em virtude da garantia da Constituição, art. 141, § 4º, excluir da apreciação do Poder Judiciário a argüida lesão do direito individual (Castro Nunes, o.c., p. 216, n. 101).

Sendo o ato impugnado anterior ao estado de sítio, o pedido não está sujeito à disposição da Lei n. 2.654, art. 2º, parágrafo único.

Resta, pois, indagar se a resolução causou a pretendida lesão de direito subjetivo.

Afirma a resolução que o Congresso tem o poder de, em situação de fato criada por graves acontecimentos, decidir sobre o impedimento previsto no art. 79, § 1º, da Constituição. No exercício desse poder, o Congresso declarou que permanece, até deliberação em contrário, o impedimento do requerente, “por ter sido envolvido nos mesmos acontecimentos sob imperativo de condições notoriamente irremovíveis, de ordem pública e institucional, sem possibilidade de reassumir o pleno exercício do cargo, assegurando a sobrevivência do regime e em consequência a tranqüilidade da Nação”.

A Constituição não define nem dispõe sobre como se verifica o impedimento de que cuida no art. 79, § 1º. A mesma omissão existe na Constituição dos Estados Unidos da América do Norte a propósito da “incapacidade para o desempenho dos poderes e deveres do referido cargo”, isto é, de Presidente, da qual trata o art. II, sec. 1, cláusula 6 (*inability to discharge the powers and duties of the said office*). O prof. John William Burgess, em *Political Science and Constitutional Law* (II, p. 24), sugeriu que caberia às duas Casas do Congresso determinar a existência da incapacidade (J. A. Woodburn, *The American Republic and Its Government*, 1916, p. 141).

O prof. John Randolph Tucker considera provável que o poder de remover por incapacidade em virtude de *impeachment* indique o método para decidir se existe incapacidade; mas admite que seja concebido qualquer modo (*The Constitution of the United States*, II, 1899, p. 712). Willoughby, no trecho citado pelo requerente, opina que, afinal, a Corte Suprema pode ser chamada a determinar se, de fato, houve uma incapacidade do Presidente que justificasse o exercício dos poderes presidenciais pelo Vice-Presidente.

Penso que cabe às duas Casas do Congresso verificar a existência de impedimento para o Presidente da República exercer o cargo. Tal poder está implícito no sistema constitucional, que dá à Câmara dos Deputados competência para declarar procedente ou improcedente acusação contra o Presidente da República, que, no primeiro caso, ficará suspenso de suas funções (arts. 59, I, e 88, parágrafo único); e atribui competência ao Congresso Nacional para autorizar o Presidente da República a se ausentar do país (arts. 66, VII, 85). Se o poder de

declarar o Presidente da República impedido, ou desimpedido, está sujeito a exame, este há de caber ao Congresso Nacional.

No caso, reconheceram a Câmara dos Deputados e o Senado Federal que o requerente estava impedido de reassumir o pleno exercício do cargo, assegurando a sobrevivência do regime e, em consequência, a tranquilidade da Nação. O Congresso Nacional verificou, pela maioria absoluta de seus membros, a existência desse impedimento (fl. 22, n. 2), e o Tribunal não pode rever a verificação neste processo, que não comporta a discussão de fatos.

A cessação do impedimento não está sujeita a condição potestativa que anule a resolução; não está sujeita ao mero arbítrio do Congresso, que, certamente, não se negará ao reconhecimento da possibilidade de reassumir o requerente o exercício do cargo.

A forma adotada é válida, porque a resolução tem por fim regular matéria de caráter político (Resolução n. 582, de 31 de janeiro de 1955, da Câmara dos Deputados, art. 96).

Rejeito a argüida constitucionalidade do ato do Congresso Nacional e nego o mandado requerido.

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Senhor Presidente, intensa expectativa, exacerbada em comentários, publicações e notícias, armou-se em torno do julgamento deste mandado de segurança. A atmosfera do Tribunal transformou-se. Em vez da serenidade, da moderação, da discrição característica de nossos julgamentos, o que se sente é um ambiente quase de procela, sonoro e eletrizado, próprio dos Parlamentos em seus dias de agitação e de tumulto e em que a espuma das paixões lhes invade os cancelos e o recinto, ao calor das opiniões e das contraditas exaltadas.

Tudo isso pode ser natural e dignificante como índice das reações da opinião pública, e explicaria os vozerios e as demonstrações, permitidos, em certos limites, é claro, pela longaminidade e pelo alto senso democrático do nosso egrégio Presidente Ministro José Linhares.

Mas, do mesmo passo, constituem tais demonstrações coisas contrárias, *ex diametro*, à feição, simples, mas severa, dos tribunais, na normalidade de sua vida e na austereza do estilo comum e habitual de seus trabalhos. E posto se trate de um julgamento histórico, sobre fato ao parecer, sem precedentes em nossa vida política, não há razão para que a calidez da atmosfera em que percutem os debates sobre os acontecimentos que inspiram o pedido deste mandado inspire o nosso julgamento e nem que, à voga das paixões desencadeadas, ele delire dos sulcos traçados pela nossa absoluta e inafastável fidelidade aos princípios e às leis.

Jamais entre nós penetrou o espírito sedicioso, a agitação de sentimentos partidários e jamais aqui se falou ou se pensou em golpes, contragolpes, antegolpes, antigolpes.

Tudo se acendeu ao calor das paixões partidárias, e o Tribunal sempre se esquivou, por um imperativo de decência e de fidelidade à sua vocação histórica, ao convite, às vezes tentador e mavioso, de subversão e das evasões da legalidade.

Com o proclamar, *ore rotundo*, não lhe faço o elogio. Registo, com orgulho de juiz e de brasileiro, um fato incontendível, de fácil verificação.

Trata-se do cumprimento de um dever elementar, mas nem sempre compreendido pela opinião pública.

A natureza das funções que exercemos, aliás, devia ser esclarecida e explicada ao público, em vez de obscurecida e deformada pela insinceridade de alguns e pela paixão de muitos.

Ainda no que é normal e comum às nossas atribuições, correm equívocos lamentáveis que levam a querer transformar o Supremo em terceira instância, golpeada de morte a autonomia da justiça estadual.

No recurso extraordinário pela letra *a*, pode a desjustiça de uma sentença, baseada em erro no exame de provas, prosperar, e ficar inulta a ofensa do *ius in hypothesi*, pois ao Supremo o que cabe é a guarda da incolumidade do **princípio** da lei federal, do *ius in thesi*.

Nos mesmos *habeas corpus*, foge-nos a revisão da justiça da condenação do réu para se apresentar apenas a da validade ou da nulidade do processo.

Neste próprio mandado de segurança, inexigível seria do Tribunal a palavra de aplauso ou de condenação ao ato do Congresso ao declarar o impedimento do Exmo. Sr. Presidente João Café Filho.

O Supremo Tribunal só é supremo nas questões de sua competência. Não é poder limitador, moderador, supervisor.

E deve não vulnerar, senão guardar, a todo poder que possa, o princípio supremo da divisão e harmonia dos poderes.

Princípio supremo e às vezes de difícil prevalência. As democracias vivem belamente, mas perigosamente. Seu equilíbrio depende da harmonia e da expansão normal dos poderes, tantas vezes irrisistentes às tentações de abusos e hipertrofias.

O jogo delicado dos freios e contrapesos só nas democracias de alto nível se mantém em equilíbrio e primor.

Possam os juízes guardar com inflexibilidade as arraias de sua competência, defendendo-as contra todas as invasões e contenham-se, a si próprios, no círculo constitucional de sua atividade.

Para o juiz não pode haver decisões históricas que o levem a quebrar o molde de seus julgamentos e alterar o critério de suas determinações.

De certo que, cidadão, não se acha o juiz em torre de marfim inatingível.

Convocará, entretanto, todas as energias de sua alma para nem ceder, envilecido, aos poderosos do Olímpio, nem se deixar colher nas malhas das seduções da popularidade.

Sua arma é a lei, a Constituição; o prêmio que deve ambicionar, supremo, é o testemunho de sua consciência, que é a glória dos justos, no dizer do Apóstolo.

A limitação ao Poder Judiciário desarmado desse espírito e desanimado dessa elevação e nobreza será precária e frustra.

O *impeachment* somente se dará nos casos mais graves. E a opinião pública, já o disse, nem sempre é conduzida com serenidade, despaixão e nobreza por muitos de seus guias.

Sua crítica vai ao sabor dos fumos de seu orgulho, de suas paixões e às vezes de sua malícia, criando-se para os juízes uma atmosfera de terror moral contra que deve ele se erguer e lutar até o extremo de sua energia.

E como, sem o equilíbrio dos Poderes, não há verdadeira democracia, tem a nossa sofrido rudes golpes e tratos de polé, num aprendizado acidentado e doloroso.

Pode o juiz contribuir para que essas agruras se mitiguem e as normas do viver democrático se apliquem e se guardem?

Pode e deve fazê-lo, não, porém, na medida de seus desejos ou de seus pendores pessoais, mas nas exatas linhas traçadas na lei maior.

Assim, nosso julgamento não vai exprimir, ao que penso, a palavra do Supremo sobre a regularidade e muito menos a conveniência ou o acerto da providência contra a qual se rebela o impetrante, na defesa de seus direitos.

O Poder Legislativo é, quanto ao *impeachment* previsto e regulado na Constituição, mediante processo — no caso, inobservado — e defesa — no caso- inconcedida —, discricionário e soberano. Decide aqui como poder supremo. O seu julgamento, posto se desenvolva dentro em normas impostergáveis (trata-se de processo “quase criminal”), é político e sobranceiro à revisão do poder judicial.

A sua discricionariedade, no caso, não depara limitações no Poder Judiciário, fato tão assinalável e conspícuo que, em razão dele, o Professor Pinto Antunes, em livro cuja segunda edição acaba de aparecer, considera o Legislativo o primaz dos poderes, e denomina o nosso sistema político de “congressualista”.

Dir-se-á que, no caso, não ocorreu o *impeachment* regular, dentro na previsão da lei maior, mas declaração baseada em simples “poder implícito”, e por muitos constitucionalistas e doutores inaceitável e repelida. E é verdade e reverdade. Mas, a obstar qualquer pro-

nunciamento nesse sentido e que desfeche na outorga do *writ*, ai está a lei 2.654 de 25 de novembro de 1955, que estabeleceu o estado de sítio, com suspensão de mandado de segurança contra atos emanados do Presidente da República, dos Ministros de Estado, do “**Congresso Nacional** e do **executor do estado de sítio**”.

Como realçou o eminentíssimo Sr. Ministro Lafayette de Andrada, a outorga do *writ* é incompatível, irreduzivelmente, com a vigência do estado de sítio. A razão é inconfutável, mas, a meu ver, deixa de levar ao não- conhecimento do pedido.

As providências suspensas consideram-se, quando judicialmente pedidas, para verificar se se enquadraram ou não na lei do sítio.

Está no art. 215 da Constituição Federal:

A inobservância de qualquer das prescrições dos artigos 206 e 214 tornará ilegal a coação e permitirá aos pacientes recorrer ao Poder Judiciário.

O preceito, posto aluda só a **pacientes**, alcança os mandados de segurança, como dilucida Castro Nunes.

O conhecimento, no caso, sempre se impõe para verificar se a providência discutida se relaciona à segurança pública ou à defesa nacional, isto é, para identificar o pedido, considerá-lo enquadrado ou não dentro nos limites da lei.

Daí, dizer Castro Nunes, no seu precioso livro sobre mandado de segurança:

Sem esse **conhecimento liminar** estaria proclamado o arbítrio da autoridade, livre de agir contra a liberdade e os direitos mais certos, mesmo quando à evidência se mostrasse e com apoio até em documentos oficiais, não se tratar de medida relacionada com a segurança pública ou a defesa nacional.

Ora, a esse resultado se chegaria se se dissesse que a suspensão das garantias constitucionais retira da tela judiciária o *habeas corpus* e o mandado de segurança.

Não me parece sutileza de técnica essa distinção necessária.

O “conhecimento”, pois, a que nos referimos não é aquela operação intelectual que, realizada, leva ao conhecimento *de meritis* do pedido. É a verificação preliminar e inafastável do enquadramento do fato, ou não, à lei de estado de sítio.

O *conhecimento*, pois, no caso não leva, necessariamente, à concessão ou à não-concessão do pedido.

Objeta-se com a constitucionalidade do estado de sítio e, ao propósito, exproba-se vivamente ao Congresso sua decretação.

Trata-se, porém, de ato da competência constitucional do Congresso, e as leis se impõem aos juízes, independentemente de seus móveis inspiradores, pela autoridade de que derivam.

E também a argüição de sua constitucionalidade não se mostra em condições de prosperar.

Entre outros colegas, o eminentíssimo Sr. Ministro Nelson Hungria ofereceu às razões nesse sentido produzidas confutração bastante, não se fazendo mister reiterá-la.

Arma-se, porém, contra a **sanção** da lei o argumento de ser ilegítima a autoridade que a despediu. O *mullus maior defectus quam defectus potestatis* tem no direito público ainda maior prestígio e imponênciaria do que em direito privado.

Tem-se como ilegítima a investidura do Exmo. Sr. Vice-Presidente do Senado, exatamente pela constitucionalidade do impedimento contra o Exmo. Sr. Presidente Café Filho. Mas é difícil fugir aos fains desse dilema: ou a investidura é legítima, termo que de si mesmo elimina o argumento, ou é ilegítima, e no país estabeleceu-se um **governo de fato**.

E a amplitude dos poderes deste absorveria o argumento e o tornaria desvigoroso e inane.

O estado de sítio é próprio da vida democrática. É uma sinaleira, um hiato, um aberto, uma suspensão na normalidade dessa vida, e daí afirmar Pelaez, em livro sobre estado de sítio e estado de direito editado no corrente ano, não deparar ele símiles nos governos autocráticos de outrora.

Se o governo é de fato e assume e exerce os poderes, o estado de sítio avulta como uma superfluidade.

E se ilegítimo é o título por que assumiu o Poder Executivo o Sr. Vice-Presidente do Senado, o governo que exerce é de fato, nos termos exatos da noção de Lecharny: “define-se governo de fato o que assume o poder em consequência de um golpe de Estado ou de uma revolução, sem deparar no direito existente título que lhe permitisse exercer a autoridade soberana”.

Não vai nessa verificação um epinício às revoluções e um tributo servil aos vencedores.

As revoluções, como disse creio que Tredelemburg, são, quase sempre, verdadeiras desgraças, se bem que constituem um direito moral do povo em casos excepcionais.

Via de regra, constituem malefícios, e o regime por elas instaurado não orna com o ideal de paz e de justiça dos magistrados.

Os D.D., não obstante, se afanam na procura de sua legitimação e aparecem as teorias da vigência, do fato consumado, da sanção pela vontade popular expressa na própria vitória do movimento e na permanência do mesmo governo, etc. Exato, porém, é que o acatamento ao governo de fato se dá por necessidade vital da ordem e para fugir ao flagelo maior da desordem permanente, da subversão, da anarquia, da acracia, da guerra de todos contra todos.

Por outro lado, a legitimação do governo de fato se dá por um processo histórico, a que o direito é estranho. O grande César, nos famosos versos de Gonzaga “consegue ser herói por um delito”. “Se acaso não vencesse, seria um vil traidor proscrito”.

Como quer que seja, se se trata de governo de fato, o mandado de segurança perderia seu sentido e teria sua execução garantida pela própria autoridade de fato contra a qual se volta.

Dir-se-á que o governo de fato pode manter a lei constitucional e as instituições.

Exato. Pode impor a si mesmo limitações.

Mas, dentro nessas e no pressuposto de sua vigência, terá o estado de sítio de prevalecer com todas as suas naturais consequências, entre as quais a suspensão de outorga de mandados de segurança contra atos do Congresso Nacional.

Impossível, assim, a outorga do *writ*. Se se abstrai do estado de sítio e se se reconhece a prevalência de um governo de fato, sua outorga avultaria como verdadeiro contra-senso.

Se o governo é de fato, mas de poderes auto limitados, com a prevalência do sítio, suspensa estará a segurança.

É certo, porém, que o sítio não suprime os direitos, suspendendo-lhes o exercício, e o contrário, como disse João Barbalho, somente poderia ser proclamado por uma Constituição suicida.

Assim, em face do sítio, o juiz não nega o direito pleiteado.

Reconhece a impossibilidade provisória de fazê-lo prevalecer.

O estado de sítio é limitado no tempo e no espaço.

E o elemento de **transitoriedade** penetra-lhe a própria definição, como demonstra Pelaez.

Nem se dirá que o reconhecimento dessa **suspensão** poderá tornar o *writ* que venha a ser concedido providência digna dos carabinieri de Offenbach. O “símile” seria pitoresco, mas injusto. A suspensão, no caso, deriva da lei, o que a torna sobranceira a qualquer ilogismo e ridículo.

Demais disso, por parte daquelas personagens de opereta, ocorria um dever descumprido de prevenção e, no caso, nenhum dever dessa categoria pesava em quem quer que fosse.

Assim, voto pela suspensão do julgamento do *writ* enquanto estiver vigente o sítio que impede sua concessão.

E deve ser posta em relevo, no caso, a posição de sacrifício do juiz que, acurvado à lei, deixa de reconhecer um direito que se lhe apresente em termos dignos de ser ouvidos, e atendidos.

Mas ao juiz não se lhe exige apenas o sacrifício *intellectus* da referência de Sauer; outros maiores cumpre para não desertar sua posição de mantenedor da ordem expressa na lei.

No caso, se o governo é de fato, ininteligível o pedido de segurança. Se de direito ou de fato, mas autolimitado, a vigência do estado de sítio impede a concessão do *writ*.

O que descabe ao juiz é também entrar no redemoinho da ilegalidade e quebrar a lei vigente do sítio, ainda ao fito nobre e superior de tentar — posto baldiamente — restaurar a situação prística de legalidade.

Voto pela suspensão do julgamento nos termos expostos.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 3.610 — DF

VOTO (Preliminar)

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: A questão de saber qual lei determinou o recurso está hoje direta e peremptoriamente resolvida em texto expresso de lei, o § 2º do art. 1.047 do Código de Processo Civil, *verbis*:

Este código regulará a admissibilidade dos recursos, sua interposição, seu processo e seu julgamento, sem prejuízos dos interpostos de acordo com a lei anterior.

Ao tempo, entretanto, em que se prolatou o acórdão de fl., que admitiu os embargos, o princípio que dominava era diverso: a lei aplicável era não a do tempo da interposição do recurso, mas a que imperava na data em que se proferira a sentença. Os embargos não eram admissíveis quando o acórdão se prolatou. Não poderiam mais ser opostos com fundamento em que a lei posterior os admitia, sendo verdadeira a tese do recorrente.

O princípio da retroatividade das leis processuais — geralmente proclamado — encontra explicações variadas aos autores.

O que, ao propósito, ensina Theodosiades é o que geralmente se lê nos tratadistas: “Nes lois de procedure (...) ne sont pas soumises au principe de la non-retroactivité” (in Bento de Faria, *Aplicação e Retroatividade da Lei*, n. 10, p. 33). Vide, ainda, entre outros, Baudry et Fourcade (*Delle Persone*, I, ed. Vallardi, p. 147, n. 175); Fagella, citando Gabba e outros (*Corso*, de Bianchi, p. 281); Capitant (*Introduction*, n. 40, p. 77).

Trata-se, aliás, mais propriamente de aplicação imediata do que de retroatividade, na lição de opinados autores.

Fagella:

(...) la legge processuale è di regola retroattiva, cioè è immediatamente applicabile tanto ai rapporti giuridici in controversia sorti dopo, quanto a quelli anteriori e alle procedure già iniziata (liv. cit., p. 281).

Coviello, ainda mais nitidamente:

Ma ciò non importa retroattività, perché l'applicazione delle leggi processuali concerne un fatto attualmente esistente, cioè la lite, non un fatto passato, quale è il negozio giuridico, e memmeno l'azione che s'esperisce (*Dir. Civ.*, p. 114).

Mas, ao se tratar de recurso, matéria adesa à da ação e, pois, maior do que os quadros estritamente processuais, a doutrina geralmente seguida não se prende ao princípio da chamada retroatividade das leis processuais. O que se opina comumente é que a parte tem direito a usar contra a sentença dos recursos facultados pela lei sob cujo domínio foi ela proferida.

Veja-se Paulo de Lacerda, *Man. Lacerda*, vol. I, 1ª parte, p. 221, n. 152; veja-se o art. 1º das Disposições Transitórias do antigo Código de Minas; veja-se o tratado de Espinola — Espinola Filho, vol. II, n. 70. Todos seguem a conhecida opinião de Gabba, que, depois de se referir ao assunto, lastreando-o e exornando-o de citos e considerações, assevera:

É cânon geralmente admitido pelos escritores, pelos legisladores e pela jurisprudência prática que os remédios contra as sentenças devem ser regulados exclusivamente pela lei sob cujo império as sentenças foram pronunciadas; por conseguinte, nenhum recurso introduzido por uma lei nova pode ser admitido contra uma sentença produzida quando vigente a lei anterior que o não admitia; e inversamente, qualquer remédio consentido pela lei que imperava ao tempo da sentença, não pode ser retroativamente subtraído por lei posterior. (In Espinola, *liv. cit.*, vol. *cit.*, p. 257.)

Em face do exposto, é exata a proposição do recorrente: o acórdão que reformou a sentença de primeira instância e houve a ação como improcedente não comportava embargos, segundo a lei do tempo em que foi proferido; logo, não podiam ser os embargos conhecidos, apesar de autorizados pela lei vigente ao tempo de sua interposição.

Mas, julgando o contrário, contra os princípios geralmente aceitos, não feriu o acórdão recorrido a letra de lei federal. Nenhuma existia consagrando, em seu enunciado verbal, a doutrina referida de Gabba. O recurso extraordinário, pois, não cabe com fundamento no art. 101, III, letra *a*, da Constituição Federal.

Também, a meu ver, não se questionou sobre a **vigência** ou a validade de lei **em face da Constituição Federal** ou de **lei federal**, mas de um princípio, consagrado geralmente na doutrina, mas sem **expressão legal**.

O assunto só no Código de Processo foi regulado e, aliás, não recebeu ele a doutrina referida.

Como, entretanto, o contrário já decidiu este Supremo Tribunal, conforme se vê das citações do conciso e lúcido parecer da Procuradoria-Geral da República, estendi-me nas considerações acima para fundamentar meu voto, não conhecendo, preliminarmente, do recurso, mas, *de meritis*, dando-lhe provimento.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 4.183 — PR

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: A alegação da insuficiência da instrução do recurso para o efeito de não ser este conhecido não encontra acolhida em meu voto, porque as peças de que se compõem os autos, inclusive as que produziu a própria recorrida, esclarecem a questão bastantemente, não sendo curial, assim, dada a índole da causa — que trata de questão trabalhista — e o espírito de nossa legislação processual, deixar o Tribunal de se inteirar do recurso, sob cor de não se achar ele convenientemente instruído.

É por outro fundamento que não conheço do recurso com base na letra *a* do n. III do art. 101 da Constituição Federal: é que o “acórdão” recorrido não violou letra de lei federal.

O caso, como se viu do relatório, é este: a execução foi proposta e os embargos se apresentaram antes da vigência do Decreto n. 39, de 3 de dezembro de 1937, que traça à defesa limites apertados, só admitindo que ela verse questões atinentes a nulidades ou pagamento ou prescrição da dívida. É ponto frio na jurisprudência que, anteriormente àquele decreto, podia a defesa expandir-se normalmente, conhecendo a Justiça comum do mérito mesmo das resoluções das juntas. Existe, nesse sentido, um rol de decisões divulgadas nas revistas de direito.

E essa jurisprudência caudal encontra sua fonte na lei e em princípios recebidíssimos de direito.

O art. 2º do Decreto n. 39 veio trazer limitações, restrições de direitos. E estas se não presumem, na melhor censura jurídica, desvinculando ainda, em face da índole do preceito, que comportava exceção, qualquer tentativa de aplicações analógicas.

Seria frustrâneo qualquer argumento derivado da virtude retrooperante das leis processuais.

O preceito que restringe defesa diz respeito à matéria mesma de ação e não se enquadra entre as regras puramente processuais.

E quando assim não fosse, é sabido — e o “acórdão” invoca, sobre o assunto, a lição do opinadíssimo Roubier — que a chamada retroatividade da lei processual não alcança os atos consumados, ainda que a lide não se tenha rematado, no regime da lei anterior.

Pode-se ver, no asserto, uma consequência da lição de Reinhardt de que o problema da retroatividade não tem propósito quando se trata de ato consumado, que já produziu todos os seus naturais efeitos.

Ou nele enxergar a exatidão da afirmativa de Coviello de que a lei processual não tem efeito propriamente retroativo, sendo, isso sim, de aplicação imediata.

É de admirável lucidez a lição do professor italiano, ao se referir às leis de processo:

Sono d'applicazione immediata a tutte le liti che s'iniziano o sono pendenti al tempo in cui entrano in vigore.

Ma ciò non importa retroattività, perché l'applicazione delle leggi processuali concerne un fatto attualmente esistente, cioè la lite, non un fatto passato, quale è il negozio giuridico, e nemmeno l'azione che s'esperixe. Invece, se un giudizio è già in corso, gli atti processuali compiuti conformità della vecchia legge conservano i loro effetti e continuano a produrre tutti quelli nuovi, negando i quali si verrebbe ad applicare la legge nuove al fatto compiuto anteriormente.” (*Dir. Civ.*, p. 114.)

A passagem sublinhada na lição de Coviello demonstra que a aplicação da chamada retroatividade da lei processual não abalaria os fundamentos da aludida jurisprudência.

Também não colheria argumentar que a lei de que se trata, dado o seu caráter, é **naturalmente** retroativa.

Valha-nos, ainda Coviello:

Una legge qualsiasi può essere retroattiva per volontà del legislatore; ma nessuna è retroattiva per indole sua (...). (Liv. cit., § 36.)

Não há leis natural ou tacitamente retroativas.

La retroactivité — disse ao propósito Pierre Teste — est quelque chose de trop grave pour que le législateur ne l'ait pas prévue d'une manière expresse. Et d'ailleurs faire dépendre l'influence anormale de la loi sur les faits passés de considérations toutes subjectives d'utilité, sociale, c'est laisser, en fait, à l'arbitraire des tribunaux le soin de décider si la loi nouvelle doit ou non rétroagir". (*La Ret. des Lois en matière d'état*, p. 9.)

O mesmo recorrente procura outro fundamento: o “acórdão” teria ofendido a letra do parágrafo único do art. 7º do Decreto 22.131, de 1932, *verbis*:

A matéria de defesa, estabelecida a identidade do infrator, não pode consistir senão na prova de quitação, da nulidade do processo ou prescrição da dívida.

Falha, entretanto, esse fundamento:

- a) não foi questionada, nos autos, a aplicação do dispositivo a que, por isso mesmo, não faz qualquer alusão o acórdão embargado;
- b) o Decreto n. 22.131 não teve em vista as resoluções das juntas estabelecidas posteriormente e o Decreto n. 22.132 não reproduziu o dispositivo;
- c) o Decreto n. 24.742, de 14 de julho de 1934, em seu art. 4º desfez quaisquer dúvidas que a respeito pudessem remanescer, pois estabelece que a execução das decisões das juntas se regeria pelos dispositivos do processo de executivo comum.

A derradeira: a invocação de outro acórdão do Tribunal recorrido não apresenta qualquer momento, pois, se as espécies fossem idênticas, o caso seria, apenas, de recurso de revista — que não foi manifestado.

Não conheço, assim, do recurso.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Relator): Sr. Presidente, o voto divergente do Exmo. Sr. Ministro Waldemar Falcão, fundamentado com a superioridade de sempre, me obriga a voltar aos argumentos já

expendidos, a fim de esclarecer, aos colegas, as razões por que não me rendo à argumentação de S. Exa.

Dos diversos fundamentos em que a parte procura amparar o recurso extraordinário, S. Exa., ao que me parece, só aceitou um: o de que o recorrente teria em seu prol para manifestar recurso extraordinário, o motivo da violação do parágrafo único do art. 7º do Decreto n. 22.131, de 1932.

Os demais argumentos parecem que S. Exa. repeliu, pelo menos tacitamente, e, eles, realmente, não prevalecem, à evidência. De fato, os julgamentos anteriores do mesmo Tribunal não justificariam o recurso pela letra *d*; justificariam, apenas, o recurso de revista, o que, de resto, não foi tentado.

O dispositivo citado é o de que a defesa, estabelecida a identidade do infrator, não pode consistir se não na prova de quitação, nulidade ou prescrição.

Em primeiro lugar, o acórdão, que se procura destruir em recurso extraordinário, não fez qualquer referência àquele dispositivo, que não foi discutido e cuja aplicação não foi questionada. O acórdão a ele não alude, nem direta, nem indiretamente. Bastaria isso para que o recurso não tivesse cabimento pela letra *a*.

Em segundo lugar, o Decreto n. 22.131 não teve em vista, na minha opinião, as decisões das Juntas de Conciliação, que foram instituídas posteriormente, através de decreto que não reproduziu aquele dispositivo.

Em terceiro lugar, o Decreto n. 27.142, de 1934, desfez, em seu art. 4º, qualquer dúvida a respeito, pois disse que a execução das decisões das juntas se regeria pelo processo do executivo comum, onde, como é sabida, a parte pode alegar qualquer matéria em sua defesa.

Por tais fundamentos, não adiro, a meu pesar, ao voto do Exmo. Sr. Ministro Waldemar Falcão.

EMBARGOS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 4.298 — PR

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, eu não conheceria, se fizesse parte da Turma, do recurso extraordinário. Não houve nenhuma lei federal violada em sua expressão literal, como se alega. O que se quer dizer é que houve violação do “espírito da lei” — mas isso é dar um âmbito que não comporta o recurso extraordinário.

De meritis, estou inteiramente de acordo com o Sr. Ministro Relator. A lei de usura tem efeito retroativo numa parte — quanto aos juros; não tem quanto à multa. E não o tem pelo seguinte fundamento: ainda que possam, no atual regime político, ser decretadas leis retroativas, sempre se entendeu que é má política legislativa decretar leis retroativas, como diz Salvat.

E Capitant põe em relevo os perigos, em tese, da lei retroativa.

Às vezes é necessário ao governo afrontar esse perigo de leis retroativas, mas, quando o faz, o governo o declara expressamente, porque, como é corrente na doutrina, não se pode dizer que haja lei implicitamente retroativa. Há algumas que se consideram como tais, quando não se pode alcançar o objetivo por elas visado sem que sejam aplicadas retroativamente. Não se deve, porém, presumir a retroatividade da lei pela sua índole ou pela sua própria natureza, tanto mais quanto, no caso, a lei, que deu efeito retroativo a uma parte, omitiu esse efeito quanto à outra.

Como juiz no Tribunal de Minas, sempre julguei na forma por que acabo de me pronunciar e, agora, neste Tribunal, continuo a assim entender.

Rejeito, por isso, os embargos.

EMBARGOS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 4.707 — BA

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Recebo, *data venia*, os embargos.

O “acórdão” recorrido, aplicando, como o fez expressamente, ao caso, o art. 15 do Código Civil, nem ofendeu a letra de qualquer lei federal e nem se pôs às testilhas com outros julgados, ao que conste dos autos. Não ofendeu o texto de qualquer lei federal, porque, evidentemente, o art. 15 aplicado não exige a prova da culpa direta, problema que só se apresenta nos casos dos arts. 1.521 e 1.523 do Código Civil.

A responsabilidade da pessoa de direito público aparece, sem outra indagação, do ato injustamente lesivo de seus representantes e empregados que desempenhem função pública.

O que a doutrina e a jurisprudência têm, ao propósito, consagrado, é o que está neste escólio de João Luís Alves ao aludido art. 15:

Direta ou indiretamente, a responsabilidade pelo dano causado importa para o Estado a obrigação de repará-lo; quer o ato seja praticado *iure imperii*, quer *iure gestionis*, quer o Estado proceda como pessoa pública soberana, quer como pessoa de direito privado, o dano causado deve ser por ele reparado.

E nem há que distinguir categorias de empregados, a não ser como elemento de utilidade para a Administração Pública. Mas dar a essa distinção, dizia Amaro Cavalcanti, o caráter de um sistema para, segundo a categoria do funcionário, declarar a responsabilidade ou a irresponsabilidade do Estado pelos atos desse funcionário é pretensão manifestamente descabida e fatalmente susceptível de erros e incongruências jurídicas.

No que diz respeito à responsabilidade, a expressão “representante” ou “funcionário” alcança grande latitude: abrange todo e qualquer exercício de função pública.

Critério estritamente objetivo e, portanto, mais largo, dizia Pontes de Miranda a propósito do art. 171 da Constituição de 1934, exige se considerem funcionários públicos todos os que praticarem ou incorrerem em omissão no exercício de uma função pública sem se dever entrar sequer na apuração da legalidade ou da ilegalidade da investidura.

Por outro lado, em mais de um voto forcejei por mostrar que o fundamento da responsabilidade do Estado, inspirado em critérios de simples política jurídica e em considerações de pura equidade, foge aos moldes do direito civil. A solução do problema não está no critério da culpa civil, mas nos princípios solidaristas, na noção do risco integral, no conceito de distribuição igual de cômodos e encargos.

E assim tem razão o Prof. Noé Azevedo quando proclama que procurar harmonizar a disposição do art. 15 com as dos arts. 1.521, 1.522, e 1.523 do Código Civil é o mesmo que tentar a soma de parcelas heterogêneas:

A questão da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público nunca se confundiu com a da responsabilidade das pessoas físicas e jurídicas de direito privado.

São problemas completamente diversos e que não podem ser resolvidos da mesma forma (in *Revista dos Tribunais*, vol. 50, p. 300).

Ao assunto aqui entremostrado já dediquei mais de um voto fundamentado.

E, como quer que seja, assim que não logre triunfo completo a doutrina neles esposada, certo é que, aplicando ao caso o art. 15 do Código Civil, o tribunal baiano não vulnerou qualquer texto de lei federal.

E, como as divergências denunciadas pela embargada não se referem ao aludido art. 15, aplicado, aliás, ao caso com pertinência e exatidão, no Tribunal da Bahia, mas aos arts. 1.521 e 1.523 do Código Civil, parece-me justiça reconhecer-se, como reconheço, a procedência dos embargos.

Ex abundantia, entretanto, direi que, ainda enterreirada a questão em sítio impróprio, como, *data venia*, o fez o venerando “acórdão” embargado, daria a veniência e plácito a conclusão do tribunal local.

Sempre entendi que, apurada a culpa do empregado, presumida se acha a do patrão, em face dos citados arts. 1.521 e 1.523, interpretados *civil modo*.

O sistema de nosso Código Civil não pode ser considerado apenas à luz do art. 1.523, que seria, então, quer em face do sistema italiano e do francês, quer em face do sistema alemão e do suíço, “uma inversão dos princípios”, como confessa Clóvis Beviláqua (*Código Civil Comentado*, vol. V, ao cit. art.).

Conjuntamente com o art. 1.523, há que receber e aplicar o art. 1.521, n. III, do mesmo Código Civil, que não pode ser lançado ao oblívio e que afirma o princípio central da responsabilidade do patrão.

A culpa a que se refere o art. 1.523, já se encontra provada pela presunção do art. 1.521. O art. 1.523 vale, assim, apenas por afirmar a vencibilidade dessa presunção. O assunto é dos mais versados em nosso direito; mas a interpretação a que aludi — e que, em mais de um voto, procurei esforçar — tem, sobre a virtude suprema de conciliar textos, ao parecer, antinômicos, a de não alongar nosso direito positivo das legislações dos povos civilizados e dos princípios que, no caso, dominam o problema da responsabilidade.

Assim, ainda que se pudesse transferir para outros termos a solução adotada no Tribunal da Bahia, ela se mostraria benemérita de aceitação.

Recebo os embargos.

EMBARGOS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 6.760 — SP

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Goulart de Oliveira: Adoto o relatório com que foi julgado o recurso extraordinário, de que foi prolator o Ministro Castro Nunes, em termos que passo a ler: fl. 182.

Este o teor do voto que S. Exa. proferiu então: (ler).

Votou nestes termos a seguir o Ministro Philadelpho Azevedo: (ler).

E o Ministro Annibal Freire, fl. 190.

Deu provimento ao recurso o Ministro Barros Barreto, negando o Ministro Laudo Camargo.

O acórdão lavrado a fl. 196 assim reza: ler.

Inconformado, o vencido ofereceu os seus embargos, fundando-o longamente no arrazoado de fl. 198, em que toda a matéria se discute, como a análise demorada das opiniões, dos julgadores, da doutrina e da jurisprudência.

Os autos foram devolvidos pela embargada sem razões escritas.

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, a situação do embargante é das mais simpáticas. A meu ver, está provado nos autos que foi demitido arbitrariamente, depois de 6 anos de serviço prestados à repartição estadual, não se alegando, sequer, qualquer motivo da demissão, o que implica, tacitamente, mas expressivamente, o reconhecimento de que sua folha de serviço é escoimada de qualquer incorreção.

Assim, vê-se o funcionário, depois de 6 anos de serviço público, exonerado das suas funções, sem se instaurar inquérito administrativo e sem se lhe dar direito de defesa.

Não posso, entretanto, deixar de rejeitar os embargos, atendo-me à lei que dominava, na época de sua demissão: a Constituição de São Paulo. Era esta a Constituição aplicável, e não a Constituição Federal. A Constituição de 1937 estabeleceu regra geral a todos os funcionários do país; a de 1934 não tinha esse alcance, porque, então, vigorava o regime federativo, que dava a cada Estado a liberdade de estabelecer regras para os seus funcionários. Mas a Constituição de 1937 tem âmbito mais vasto e, *data venia* do Sr. Ministro Philadelpho Azevedo, entendo que os Estados não podem, livremente, legislar para os seus funcionários. Que o regime é o federativo está expresso na Carta de 1937; mas será fácil rastrear, nesse regime, situação diversa da anterior. E é justamente fortalecido nesse federalismo atenuado e nesse semifeudalismo que a Constituição pode dar uma regra geral a todo o país, incluindo funcionários de todos os Estados.

O problema, a meu ver, deve ser visto de dois modos: ao tempo das constituições rígidas, que só cuidavam dos direitos políticos dos cidadãos e da estrutura dos poderes públicos, cada constituição, em tese, revogava a outra, porque nem se compreenderia, *data venia*, que novos órgãos políticos fossem compatíveis com os outros; mas, as modernas constituições, a par de seus dispositivos de ordem estritamente constitucional, essencialmente constitucional, rigorosamente constitucional, têm dispositivos de relevância social diversa, contendo preceitos de direito administrativo, de direito civil, de direito processual. E esses dispositivos, que são constitucionais, por extensão e não por índole, permanecem através da constituição, se com elas não existe incompatibilidade.

Quer dizer que o princípio da continuidade das leis e da sua não-revogação a não ser por lei expressa ou tácita também se aplica às constituições, naquilo em que os seus dispositivos não guardam a essência de regras constitucionais.

Mas, ao tempo em que foi promulgada a Constituição de 1937, desapareceram as constituições estaduais, desapareceu o Poder que as outorgava, surgiu nova carta política, emanando de outro Poder. De maneira que a permanência dessa regra, com poderes ordinários, só se

podia verificar se, depois da Carta de 1937, que apagou essa autonomia dos Estados e reduzia a sua função legisferante, novas leis tivessem surgido.

Também concordo em que a Constituição de 1937 traz o mínimo de garantias aos funcionários e que podem os estatutos locais, estaduais, ampliar essas garantias, não desvirtuando a Carta de 1937. Mas, é necessário que isto se desse depois da Carta de 1937, que eliminou aquele dispositivo, estacando a fonte do poder, de que elas promanavam.

Ora, ao tempo da demissão do embargante, a Carta de 1934 não lhe dava garantia de estabilidade: ele não tinha concurso nem 10 anos de serviços e, assim, aplicando estritamente a lei e entendendo que a Constituição de 1937 não lhe era aplicável, não posso, infelizmente, dar razão ao embargante.

O Sr. Ministro Philadelpho Azevedo (Revisor): O Governo Federal entendeu necessário, em abril de 1939, posteriormente à demissão, que era explicitamente declarado na Lei 202 que se aplicavam aos funcionários estaduais os direitos e deveres dos Estatutos dos Funcionários Públicos e, mais ainda, entendeu que todos os cargos públicos dos Estados estavam nele incluídos, comemorando nesse dia — 28 de outubro — o dia dos funcionários públicos. Logo, o próprio Governo Federal entendeu que não era aplicação automática; usou de duas determinações: a primeira — num texto de 1939; a segunda — insinuando que os Estados baixassem, cada um, os seus Estatutos.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Ouvi com o acatamento de sempre o longo aparte do Ministro Philadelpho Azevedo. Mas, apesar do respeito que guardo às opiniões de S. Exa., entendo que o argumento se reforce em meu favor, porque, se a União provocou novas leis estaduais, foi por entender que não subsistiam as anteriores. Do contrário, perpetuidade daquelas regras tornaria ociosos novos estatutos. Se o Governo reconheceu o poder de fazer esses novos estatutos, não contrariando o dispositivo constitucional, é porque teve por inexistentes as leis anteriores, que não mais vigoravam. As regras aplicavam-se, também, automaticamente, em todo o âmbito do território do país e, a meu

ver, não seria curial entender-se a permanência simultânea de duas regras diferentes, contra, aparentemente, a Constituição Federal.

A minha premissa subsiste e, apesar das razões do embargante, rejeito os embargos.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 7.022 — SP

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Presidente e Relator): Em diversos votos proferidos, quer nesta Segunda Turma, quer no Tribunal Pleno, manifestei a convicção, modesta mas profunda e arraigada, de que o Estado é responsável pelo dano decorrente de motins e revoltas, ainda quando estas desfechem em revolução triunfante. Entendo que é devida a indenização ao particular, até porque o fundamento da responsabilidade do Estado não se encontra nos princípios da culpa civil. Ela se inspira em critérios de política jurídica, na solidariedade social, na distribuição dos ônus entre os elementos que constituem o consórcio civil.

Não é possível, entretanto, neste recurso extraordinário, reagitar essa controvérsia. O Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento de revista, entendeu que os arrestos citados não proclamaram teses díssimas. Trata-se de recurso extraordinário sobre o acórdão que decidiu a revista.

Entendi sempre que, apesar da revista, podia o recurso extraordinário incidir no acórdão que suscitou esse recurso; mas, no caso dos autos, a parte, nomeadamente, recorreu do acórdão que decidiu a revista, tanto que, no caso de provimento ao recurso, teriam os autos que voltar ao douto Tribunal paulista para a fixação da tese eleita.

Mas o fundamento de que os acórdãos citados como divergentes não anunciam teses contraditórias não traduz ofensa de texto de lei, nem

autoriza o recurso extraordinário pela letra *d*. Trata-se de simples cotejo de arestos. A parte apregoa os seus direitos e clama como no conhecido verso: “J’ai pour moi la Justice, et je perds mon procès”. Mas o exame nesta instância confina-se na verificação de ofensa de texto legal.

E essa ofensa não ocorre com o reconhecimento de que o acórdão não consagrou tese contrária à de outros arestos, o que resulta do simples cotejo de julgados e não dá matéria a recurso extraordinário. Assim, dele não conheço, preliminarmente.

APELAÇÃO CÍVEL 7.127 — SP

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Relator): Está provado nos autos:

1º) que a mercadoria exportada era de procedência nacional e, pois, livre de direitos alfandegários (Decreto 8.547, de 1º de fevereiro de 1911), uma vez demonstrada, como ficou, sua identidade, pelos certificados de autoridades aduaneiras e consulares;

2º) que não obteve despacho livre porque — e só por isso — o conferente da Alfândega Santos, tendo, ao propósito, tomado parecer de um técnico — Sr. Frederico Sauerbraun —, concluiu que não se tratava de “Premier-Jus Extra”, *graxa vacum*, incluível como “sebo de qualquer qualidade”, senão de manteiga de margarina ou “gord-pure”.

3º) que, em face da impugnação, o Inspetor não só negou o despacho livre, como impôs multa por se tratar de mercadoria diferente daquela a que se referia o certificado de exportação emanado da Alfândega de Livramento;

4º) que, em consequência, ficou a mercadoria retida, por meio de demoras e vicissitudes das reclamações administrativas que tiveram na decisão do Conselho de Contribuintes de se achar perempto o recurso;

5º) que a mercadoria, afinal, se deteriorou e foi posta em almoeda;

6º) que, entretanto, nem houve substituição da mercadoria, sendo ela a mesma a que se refere o certificado de exportação da Alfândega de Livramento e estava certa a classificação recebida e que a enquadrava entre os “sebos de qualquer qualidade” a que se refere a Tarifa.

Não levam a outra conclusão o exame do Laboratório Nacional de Análises e o laudo de fl. 29.

Tais fatos, devidamente comprovados, levam à procedência da ação, ao revés do que concluiu o juiz *a quo*.

Segundo este, a responsabilidade do Estado por atos de seus funcionários é calcada na teoria da culpa administrativa, que encontra o seu semelhante na culpa civil; que os funcionários, no caso, não procederam culpadamente. Teriam errado, mas o erro era escusável, baseado em exame e sem qualquer eiva de iliciteidade. A demora ocorreu principalmente no Conselho de Contribuintes; que não se acha provada a relação de causa a efeito entre esses atos e o prejuízo alegado.

Não procedem, a meu ver, os fundamentos da sentença. Comecemos pelo último. Não há dúvida que um dos extremos da ação está no nexo ideológico de causa a efeito entre o ato e o dano ou prejuízo.

O que dizem, ao propósito, Gardenat e Salmon-Ricci, citando caudalosa jurisprudência, constitui verdadeiro *ius receptum*:

Il ne suffit pas qu'une faute ait été commise et un préjudice éprouvé pour que la responsabilité soit engagé; il faut encore qu'il existe une relation de cause à effet entre le préjudice et la faute, que le préjudice ait été causé directement et uniquement par la faute. Cette relation doit être établie par le demandeur et constaté e par le juge. (*De la Responsabilité Civile*, 1927, p. 47.)

A verificação dessa relação de causa a efeito, dessa “causal connexion”, para lembrar a linguagem do direito anglo-americano, torna-se particularmente difícil quando a causa é remota, a que o direito, falando pela via ordinária, não atende: *in iure civili non remota causa, sed proxima spectatur.*

A causa próxima o mesmo é que causa eficiente e a dificuldade da verificação desavulta quando o dano vem necessariamente com o fato inculpado.

Fromageot:

Il semble bien qu'on puisse dire qu'il en sera ainsi toutes les fois que le dommage sera la suite nécessaire de la faute, et qu'il ne pourra avoir d'autres causes. (*De la Faute*, p. 44.)

No caso o que se verificou foi a deterioração da mercadoria depois de, por exigências das autoridades, ter sido conservada em recipientes fechados longo tempo.

Não me parece possa ocorrer dúvida, dada a natureza da mercadoria, *graxa vacum*, de que sua deterioração, a rancidez que apresentava se liga diretamente ao fato aludido.

Não se dá, claramente, aqui, a hipótese formulada por Hudelot et Metman:

Il n'y a pas lieu d'allouer dis dommages et intérêts, et la demande doit être rejetée comme non justifiée, lorsque les incertitudes, les obscurités et les contradictions de la cause ne permettent pas aux juges de se former une conviction, suffisamment motivée sur l'existence d'une faute ayant causé le préjudice subi. (*Des Obligations*, n. 420.)

Nem houve contestação específica nesse particular e as razões não se detêm na consideração desse requisito da ação proposta.

Não procede, assim, a argumentação da sentença.

Também desprevalecem as outras considerações, já aludidas.

Sustenta o juiz que a responsabilidade do Estado por atos de seus funcionários é baseada na culpa administrativa, que encontra correspon-

dência na culpa civil. O asserto do juiz não se acha em singuralidade. Já o professor Lino de Morais Leme escrevia que o nosso Código Civil, segundo a esteira de Sourdat, Aubry et Rau, Massé, Giorgi e outros, reconhece a responsabilidade do Estado quando ocorrem fatos ilícitos, “porque dos termos do art. 15 se verifica que ele entra na regra do art. 159” (*Da Responsabilidade Civil fora do contrato*, p. 101). E Fleiner ensina, reportando-se ao Código Civil e à opinião de Schelhorn, que “el Estado se hace responsable respecto del perjudicado, solo en la medida en que exista una responsabilidad del funcionario mismo, reconocida en el D право vigente” (*Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. esp. de Goudin, p. 227).

Entretanto, Gaudemet afirma que as leis de caráter administrativo concernente à responsabilidade do Estado tendem, muito nitidamente, a estabelecer uma responsabilidade “objetiva” (*Obligations*, p. 336).

Amaro Cavalcanti, em seu famoso livro sobre a *Responsabilidade Civil do Estado*, publicado em 1905, sustentava preponderar na responsabilidade da Administração Pública “o caráter objetivo, tendo como ponto de partida, na advertência de Vachelli a ‘causalidade do ato’, e não ‘a culpabilidade’” (p. 280). E Duguit considera — um pouco exageradamente, aliás, em face da jurisprudência, como observa Demogue — a responsabilidade sem culpa direito comum, desde 1918.

Otto Mayer, cujo livro sobre o direito administrativo alemão não pode ser considerado atual, dizia, às abertas, que essa responsabilidade dependia apenas do prejuízo causado pela Administração. “Surtout, la cause une fois donné, peu importe la qualification morale qui mérité rait l’agent par lequel cet effet est produit: qu’il ait voulu cet effet directement, en vertu d’une autorisation de la loi et **dans l’exercice régulier de ses pouvoirs** (...)” (ed. fr. de 1906).

E Pedro Lessa, em um de seus votos neste Tribunal, declarou, com a habitual veemência, que o nosso legislador (tinha em vista o Código Civil e a Constituição de 1891) perfilhara a doutrina da **responsabilidade fundada no direito público** e desprezava “a vetusta e injustificável teoria civilista, antqualha que hoje só tem o préstimo de nos mostrar como os nossos antepassados eram atrasados nessa matéria”.

A teoria, pois, da culpa administrativa, a que se refere o juiz, corresponde à culpa civil, está longe de ser a única a dominar a doutrina. Ao lado dela florescem a do risco integral e a do acidente administrativo, a que se referia Pedro Lessa, citando Tirard.

Aliás, ao se falar em culpa administrativa, não se tem em vista a culpa civil. Ela ocorre quando existe acidente **imputável** à Administração. É neste sentido, esclarece Hauriou, que se fala em culpa da Administração ou em **culpa administrativa** “qui n'a plus rien de commun avec la theorie civile des fautes et qui, signifie simplement le mauvais fonctionnement d'un service” (*Précis de Droit Administr.*, 5. ed., p. 244) .

E os princípios inculcam na matéria grandes atenuações à regra da culpa como base da responsabilidade, que, aliás, ainda no direito privativo, apesar de dominante, não é o único. É que o problema da responsabilidade do Estado nunca pôde encontrar base segura no conceito de **culpa**.

Ele se acha insoluto, até hoje, no fundamento aludido. A soberania, que é inerente ao poder público, não se harmoniza com as limitações que formam o conteúdo da idéia de responsabilidade. Não são razões de ordem jurídica as que justificam a responsabilidade do Estado. São, como diz Hauriou (liv. cit., p. 239), “**raisons de haute politique te d'équité**”. A *naturalis ae quitas* é que dá vida e impõe à consciência jurídica a aceitação do princípio, ainda fortalecido por motivos de *haute politique*, de conveniência social.

O problema, pois, não pode ser examinado e resolvido só à luz dos princípios da responsabilidade civil.

E por isso Galcón y Marin observam que o princípio “ya abriéndose paso y extendiéndose más cada dia, dentro de las normas de derecho público...” (*Derecho Administ.*; I, p. 551).

Nem as nossas leis positivas repelem essa ampliação que aproxima o caso da solução dada em direito comum pelos teoristas da doutrina do risco.

O art. 15 do Código Civil proclama a responsabilidade do Estado por ato **contrário ao direito** de seu representante. A idéia de ato “contrário a direito” é mais ampla do que a de ato “contrário à lei expressa”. E a disposição, ainda que inserta no Código Civil, é de direito público e dominada pelos princípios deste.

Por outro lado, a Constituição de 1937, em seu art. 158, não dá ao problema solução contrária àqueles princípios.

Apenas afirma a responsabilidade solidária do funcionário com a Fazenda quando pratique omissão, negligência ou abuso no exercício do cargo.

Dir-se-á que é perigosa e injusta a aplicação no caso, sem restrições da teoria do risco.

Na realidade, no direito comum, a solução puramente objetiva do problema da responsabilidade apresenta, em sua manifestação mais simplista, algo de brutal, como reconhece o insuspeito Gaudemet, de rude e de primitivo.

Ela, porém, deixa de apresentar esse aspecto quando temperada com a consideração da anormalidade da ação, da atividade do sujeito. É o temperamento oferecido à regra do risco objetivo por Geny e outros e que, de certo modo, concilia a noção do risco com a da culpa. No quadro da anormalidade coloca-se bem o “trop de zèle” do funcionário quando, por seus excessos, ainda que honestamente inspirados no sentido de servir com exação, causem prejuízos a particulares.

Só o cumprimento exato do dever legal deixa de render ensejo a indenização, ainda quando cause prejuízo.

Mas, no caso, a exação deixou de se conter nos limites justos. E o resultado foi que mercadoria de procedência nacional, classificada como *graxa vacum*, não sujeita à retenção para pagamento de direitos, foi retida, o que lhe ocasionou a determinação, e, afinal, leiloada, impondo-se ainda multa ao dono por uma substituição que não ocorreu.

Tem, assim, a A. direito ao pagamento dos danos que se liquidarem na execução.

Quanto ao Inspetor da-Alfândega, A. Seabra, também chamado a juízo, a absolvição foi justa.

A ação deste, ainda que presa a erros verificados nestes autos, pode não ter sido a causadora direta do prejuízo — a deterioração, dada a demora verificada em outros setores da Administração, principalmente no Conselho de Contribuintes.

Dou, assim, provimento, em parte, ao recurso, para condenar a Fazenda Federal ao pagamento dos danos que se liquidaram na execução.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Relator): Sr. Presidente, como relator do processo, sou forçado a dar algumas explicações, a fim de tornar mais nítida a divergência em que, com pesar, me encontro com o Exmo. Sr. Ministro Waldemar Falcão.

Estou de acordo com S. Exa. na primeira parte do seu voto, referente à prescrição. Não me referi ao assunto, porque me pareceu que a sentença é de procedência íntegra e palpável.

Divirjo, porém, de S. Exa., com o devido respeito, quando aplica ao caso a teoria da culpa subjetiva do direito privado. Procurei demonstrar que à Administração não pode caber esse critério, sob pena de ser impossível, em qualquer caso, a responsabilidade do Estado, cujo conceito de soberania repele o de responsabilidade por culpa.

Modernamente, em Direito Administrativo, domina a teoria do risco integral ou objetivo, que, no caso, tem inteira aplicação.

Mas, ainda do ponto de vista da teoria da culpa subjetiva, não se pode deixar de nela enquadrar a ação excessiva da autoridade.

Ainda que se reconheçam, no caso, elevados propósitos na ação dos funcionários, está evidenciado nos autos, de modo iniludível a meu ver, que eles se excederam. Com efeito, não só o empregado da Alfândega se levantou contra classificação de mercadoria procedida por autoridade consular, em relação a mercadoria que transitou de porto nacional para porto nacional, passando por porto estrangeiro,

como também, à simples suspeita de erro de classificação, que não lhe competia corrigir, mandou examinar a mercadoria, por técnicos, mas particulares, apinhando-se, desde então, embaraços impostos aos recorrentes. E o excesso de zelo levou outra autoridade à imposição de multa, como se se tratasse de despacho clandestino, criminoso, de mercadoria, seguindo-se o leilão público.

Os prejuízos da parte são patentes e, aplicando ao caso não a teoria da culpa subjetiva, com base na culpa civil, mas a da culpa administrativa, ainda por manifesta deficiência do serviço público, pareceu-me justa a reforma da sentença.

Nesse sentido proferi meu voto, que mantengo.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Waldemar Falcão (Revisor): Sr. Presidente, ouvi, com o maior agrado, a explicação tão lúcida dada pelo eminentíssimo Ministro Orozimbo Nonato.

Mesmo admitido que se aplicasse, no caso, a teoria da culpa objetiva, à qual se reporta S. Exa., devo esclarecer que não me convenci, pelo exame dos autos, de que essa culpa objetiva se houvesse concretizado, na hipótese em julgamento.

E não me convenci porque todos os atos praticados pelos agentes aduaneiros encontram base no próprio regulamento alfandegário. Com efeito, eles podiam levantar suspeitas ou dúvidas quanto à classificação da mercadoria e deliberar sobre a conveniência de submetê-la à análise de laboratórios técnicos. Aliás, o laudo de um dos laboratórios mais autorizados — senão o mais autorizado — o Laboratório Nacional de Análises — foi, a princípio, claudicante, o que demonstra que, na hipótese, havia, de fato, razão para se suscitarem dúvidas a respeito da classificação da mercadoria.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Relator): Tais dúvidas foram desfeitas pelo próprio Laboratório Nacional de Análises.

O Sr. Ministro Waldemar Falcão (Revisor): Posteriormente, mas não no primeiro exame.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Relator): As autoridades aduaneiras deviam proceder de tal modo que não prejudicassem os direitos da parte. Foi verificado, pelo próprio laudo do Laboratório Nacional de Análises, e pela vistoria *ad perpetuam rei memorem*, que se tratava, realmente, de *graxa vacum*, e não de margarina. A verdade, porém, é que os exames se prolongaram de tal maneira, por anos, que a demora ocasionou a rancidez da mercadoria.

O Sr. Ministro Bento de Faria: Essa demora foi atribuída a quê?

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Relator): Ao exagero das autoridades, ao serviço administrativo, que responde por suas falhas.

O Sr. Ministro José Linhares: Ao serviço público mal organizado.

O Sr. Ministro Waldemar Falcão (Revisor): Mas V. Exas. hão de convir que, por se não tratar de coisa tão fácil de examinar, é que houve necessidade do exame levar um tempo mais prolongado. A suspeita, a dúvida levantada pelo agente aduaneiro não foi gratuita e infundada.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Relator): V. Exa. há de concordar em que houve falha ou deficiência por parte do serviço público em prolongar de tal forma o exame da mercadoria a ponto de ocasionar tais prejuízos.

O Sr. Ministro Waldemar Falcão (Revisor): Não vejo, porém, em que esse ato do funcionário aduaneiro — mandando proceder ao exame que se arrastou demoradamente — pudesse dar lugar à culpa objetiva. Não encontro essa convicção nos autos e, não a encontrando, não posso aceitar que esteja concretizada a culpa que daria azo ao abuso do direito. Era direito legítimo de a autoridade aduaneira levantar a dúvida.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Relator): Fazendo-o de modo a não prejudicar a parte.

A verdade é que o serviço público, porém, foi deficiente e essa deficiência ocasionou a rancidez da mercadoria e o consequente prejuízo da parte.

O Sr. Ministro Waldemar Falcão (Revisor): Não vejo em que haja, nisso, culpa apenas da Administração. Pode ter havido culpa concorrente, quiçá por não ter a outra parte facilitado os elementos necessários à análise integral da espécie controvérida.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Relator): Culpa concorrente não há. Que podia fazer a parte se está evidenciado que o serviço público é que foi moroso?

O Sr. Ministro Waldemar Falcão (Revisor): Mantenho o meu voto.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 7.129 — DF

VOTO (Preliminar)

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, o eminentíssimo Sr. Ministro Relator deu-me a honra de citar modesto parecer meu sobre a lei retroativa. S. Exa. conhece do caso como recurso extraordinário, aliás um pouco concessivamente, como que por ofensa formal ao Decreto-Lei n. 2.875, de 1940, mas negou provimento, fazendo interessantíssimas considerações e concluindo tratar-se da lei interpretativa.

Interpretativa por sua índole, por sua natureza, e é por disposição expressa do legislador, no preâmbulo, a lei de que se trata mas, apesar dessa índole interpretativa, entende S. Exa. que a lei não é retrooperante, porque nem toda lei interpretativa tem projeção para o passado.

Essa questão das leis interpretativas serviu sempre de fábula à controvérsia entre os juristas. O eminentíssimo Sr. Ministro Bento de Faria, em seu precioso livro sobre a aplicação das leis, nega eficácia à lei interpretativa, dizendo que é uma aberração nos regimes constitucionais, que proíbem a lei retroativa. Trata-se, pois, pela via oblíqua da lei interpretativa, de dar ao preceito virtude vedada constitucionalmente na-

queles regimes. É uma superfetação, uma superfluidade no nosso regime atual, em que a lei retroativa pode ser decretada pelo Poder competente, uma vez que contenha nesse sentido cláusula expressa.

Assim, S. Exa. nega eficácia à lei interpretativa. Entretanto, essa anomalia foi sempre usada, ainda que parcimoniosamente.

Ainda que não se queira entrar no debate dessa questão, é exato que a lei interpretativa tem, via de regra, efeito retrooperante. Mas, apenas em linha de princípio. Pode a lei ser interpretativa sem retroagir. Além de sua autoridade, invoca o eminentíssimo Sr. Ministro Goulart de Oliveira a de Piola, e eu lembraria mais a de Ferrara. O legislador pode respeitar as situações passadas, já definitivamente constituídas, e interpretar a lei para o futuro.

Quer dizer que não há vínculo indelegável entre a lei interpretativa e a retroatividade da lei. Se pudesse trazer uma contribuição a S. Exa., eu diria que, em geral, a lei interpretativa é retroativa. Em certos casos, não o será, como no exemplo de Ferrara, tudo dependendo do exame da lei interpretativa, de saber se naquele caso ela é interpretativa com o seu efeito comum, geral, retrooperante; se existe ou não existe esse efeito, que é próprio, em tese e em princípio, da lei chamada interpretativa.

No caso dos autos, para resumir, o efeito não pode ser retrooperante, porque, como lembram os autores, é necessário, para que a lei em geral tenha essa virtude, que a situação decorra da expressão imperativa do legislador, o que, no caso dos autos, não se verifica; e, ainda, mais, que essa dúvida que a lei possa não possa, como diz Roubier, vir a atingir situações já consumadas.

No caso dos autos, o apelado pagou o que devia pagar. Em face dessa situação, e de compreender que as situações consumadas, em face da jurisprudência, devem ser respeitadas, e atendendo a que o devedor de boa-fé pagou o que era devido, não é lícito atribuir ao legislador a intenção de, em oposição à jurisprudência contra a *communis opinio*, vir com uma lei fulminadora de situações já constituídas.

E, se a própria lei interpretativa, a própria lei expressamente retroativa, não pode atingir o caso consumado, como ensina Reinhardt,

e sim, apenas, as conseqüências derivadas do fato, impossível admitir a projeção para o passado, no caso, sem admitir do mesmo passo, uma retroatividade, *data venia*, incivil.

Se isso é verdade em relação a essa situação, ainda mais o é no caso dos autos, em que alguns pagaram segundo o entendimento dos tribunais, e pagaram completamente.

Se a lei encontra alguns com seu débito já solvido, extinta a obrigação respectiva, não pode a lei, posto retroativa, ressuscitar o caso morto.

Enfim, na hipótese, a lei não pode retroagir: primeiro porque encontra situação consumada; segundo, porque era diversa a jurisprudência caudal e pacífica àquele tempo; terceiro, porque não está expresso, no caso, que a lei, além de interpretativa, é também retroativa, o que às vezes se faz *mister* consoante a opinião, entre os nossos juristas, de Goulart de Oliveira, e, entre os estrangeiros, de Piola e Ferrara.

Nessas condições, não tomo conhecimento do recurso.

APELAÇÃO CÍVEL 7.225 — RN

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, a questão da prescrição já está suficientemente esclarecida. Realmente, como o Sr. Ministro Relator e V. Exa. informam, não decorreram dois anos e meio depois da interrupção.

Quanto ao mérito, divirjo, *data venia*, dos votos dos eminentes Ministros que me precederam.

Entendo que o caso é de responsabilidade da União. O fundamento dos votos divergentes reside em que, no caso, houve ausência de

culpa por parte da União Federal. Todavia, a responsabilidade destes órgãos, destas entidades de direito público não repousa na culpa. Se fôssemos procurar nesta o fundamento da responsabilidade, ela não ocorreria em qualquer caso, tornando-se o problema da responsabilidade da União absolutamente insolúvel. Mas essa consequência fere, profundamente, o espírito de justiça, a eqüidade e certos princípios de política jurídica, pelo que não se há de pesquisar, no caso, a culpa da União, mas o dever que lhe cabe de reparar o dano, fazendo-se prevalecer o princípio da solidariedade social, segundo o qual todos nós, membros de consórcio civil, temos os ônus e os cômodos desse consórcio.

Trata-se, no caso, de movimento popular que se tornou vitorioso. Não se deu, apenas, um revoltinho, mas uma revolução que afastou todos os governos, quer o da União, quer os dos Estados; não se trata de um caso policial, mas de um movimento que se alastrou em todo o país e remodelou, completamente, a ordem política e social. Os elementos revolucionários, pouco depois, passaram a constituir as autoridades legítimas que se implantaram no país e que até hoje perduram. Não se pode falar, no caso, de simples revolta popular.

O Sr. Ministro Bento de Faria: Não tinha havido, ainda, implantação de autoridade.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: É exato; mas, em virtude dessa vitória e do seio das forças revolucionárias, vieram os elementos que dominaram a vida do país. A conclusão de que não há ninguém responsável pelos danos sofridos por particulares em consequência do movimento vitorioso fere a justiça, quando, atualmente, a tendência, baseada no princípio do solidarismo é a de repartir para todos vantagens e ônus. Já se pensa, até, na Inglaterra, em dar indenização às pessoas vítimas dos bombardeios dos inimigos alemães; não há culpa de ninguém; o que há é a verificação de um estado de fato, de um sacrifício de alguns e a que todos devem ser solidários.

O Sr. Ministro Bento de Faria: Aí, havia Governo constituído.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Não pode um cidadão que vive sob a tutela das leis sofrer prejuízos para os quais não contribuiu e que fiquem sem reparação. Não é caso de pesquisar a culpa da União ou do Estado, mas de verificação de prejuízos suportados por alguns em benefício de muitos. Esses muitos, a coletividade, deve reparações.

O Sr. Ministro Waldemar Falcão: Indo ao encontro das razões do Sr. Ministro Orozimbo Nonato, tenho a ponderar o seguinte: o que houve, na espécie, foi uma força maior, um acontecimento irresistível, contra os quais foram importantes os elementos de que lançou mão o próprio Poder Público. Nessas condições, é de se aplicar, por analogia, a regra do art. 1.058 do Código Civil. Na verdade, não há como responsabilizar o Poder Público, que agiu, que reagiu, que lutou contra elementos que atuaram para a anulação da autoridade governamental: não há que responsabilizar um Poder Público pelos danos causados contra a sua vontade e apesar dos seus esforços em contrário a essa solução, a esse movimento de rebelião coletiva. É com essa inteligência que mantengo o meu ponto de vista.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Ouvi, com toda a atenção, o aparte do Sr. Ministro Waldemar Falcão, mas vejo que S. Exa. volta em torno do mesmo pressuposto. S. Exa. parte, no caso, da noção de culpa, em direito civil, inteiramente inadequada, *data venia*, à hipótese. As leis modernas caminham em outro sentido. O Sr. Ministro José Linhares admite até a responsabilidade por acidente na administração ou por falhas no serviço. A teoria do Sr. Ministro José Linhares é a do risco integral, e essa teoria já põe de parte a teoria da culpa, a que o Exmo. Sr. Ministro Waldemar Falcão ainda se apega, aliás, reconheço-o, com apoio em grandes autoridades. Mas verifica-se que essa teoria já não domina mais em direito público.

Reclama exame, ainda, o argumento que prende a responsabilidade da União à negligência ou à omissão do funcionário, derivado do texto constitucional.

Mas a Constituição apenas viu um ângulo do problema: o da responsabilidade por fato de seu representante, sem considerar casos como o dos autos. E é neles que prevalece o princípio da solidariedade social, independentemente da noção de culpa.

Nego, por isso, provimento ao recurso e às apelações.

EMBARGOS NA APPELAÇÃO CÍVEL 7.225 — RN

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, reafirmo, *data venia*, todos os conceitos que já havia manifestado sobre a matéria debatida. A meu ver, a responsabilidade é da União; não se cuidava de conflito de dimensões exígues e que a polícia do Estado pudesse subjugar, mas de uma revolução que dominou em toda a parte e de cujo seio saíram os dirigentes do país.

Os prejuízos devem reparar-se, pois, pelos cofres da União. De modo que responsabilizar a polícia do Estado, impotente para debelar esse movimento, no qual tomaram parte forças do Exército e de civis, não se justificaria, *data venia*.

Fico fiel aos meus pronunciamentos anteriores.

Recebo os embargos.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL 7.264 — RS

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, em matéria de responsabilidade do Estado, minha posição é mais radical que a do eminente Sr. Ministro Relator. S. Exa. acantoa esta responsabilidade aos termos escritos do art. 15 do Código Civil e na Constituição, que somente a considera quando representantes da União se desviam de seus deveres e causam danos a particulares.

Tenho, aliás, adotado nesta matéria idéias já defendidas desde o princípio do século por Amaro Cavalcanti e que vão abrindo margem larga na jurisprudência de todos os povos cultos. Não chego ao extremo de dizer, como Pedro Lessa, que só o apego demasiado à tradição pode impedir se tome daquelas diretrizes. Não. Até porque em favor da aplicação estrita do aludido critério manifestou-se mais de uma vez a maioria deste Egrégio Tribunal, e ele encontra, ainda entre os juristas, defensores de prol. Mas, a meu ver, ligar a responsabilidade do Estado ao conceito civil da culpa será, logicamente, negá-la *carrement*.

O Estado não pode incidir em culpa, quer *in vigilando*, quer *in eligendo*, se não ofende as condições legais de investidura.

O princípio, pois, estremoso, mas lógico, seria o da irresponsabilidade do Estado a proclamação da procedência, literalmente, do “*King do no wrong*”. Mas, na Inglaterra mesma, este princípio já foi repelido, e o que abre caminho cada vez mais largo é a idéia da ampla responsabilidade do Estado mediante critérios objetivos. Essa tendência se manifestou pelas decisões do Conselho Francês e atende a razões de justiça e de conservação do consórcio civil.

O Estado é responsável sempre que a ordem pública não se mantém e que daí decorra prejuízo para o particular.

O art. 15 do Código Civil trata do assunto, mas não o esgota inteiramente. Trata apenas de um de seus aspectos e fixa a responsabilidade em casos de culpa do funcionário. Não exclui, porém, outros casos, em que dominam os princípios gerais de direito.

Tenho aplicado um rol de vezes esse princípio, não só pelas razões políticas e jurídicas como pelo mandamento da própria justiça distributiva.

A teoria dos ônus e dos cômodos, a do risco, a do acidente administrativo é que dominam atualmente. A meu ver, o nosso direito não consagra literalmente essas idéias, mas não as repele; porque o Código Civil não é completo a respeito e não pode abranger todas as hipóteses, nem completa é a Constituição.

No caso não se torna, porém, necessário voltar àquele princípios para justificar a tese do eminentíssimo Sr. Ministro Relator. A força pública, que tem o dever de manter a ordem, perturbou-a. O argumento de que ela não se destinava a descumpri-la, de que não tinha outra vocação senão a de resguardá-la, a meu ver prova demais e, portanto, nada prova porque levaria a concluir-se, metodicamente, sempre pela irresponsabilidade do Estado por quaisquer danos causados por seus funcionários. Em todos os casos de desvio da função pública, os funcionários estariam operando contra as finalidades do Estado.

Entre nós houve decreto, ao tempo da Revolução, que fixou a responsabilidade do Estado apenas nos casos em que não houvesse **crime** da parte do funcionário. Mas foi um retrocesso violento na nossa evolução jurídica e que teve existência efêmera, como devia ter, porque dava a responsabilidade do Estado em casos menos graves e negava-a em casos mais graves.

No caso, como observa o eminentíssimo Sr. Ministro Relator, a guarnição federal descumpriu seu dever de velar pela ordem pública.

O Sr. Ministro Annibal Freire: Não descumpriu, foi além. Sendo de seu dever manter a ordem pública, rebelou-se contra ela.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Revisor): É exato. Mas não se cumpre o dever de dois modos: não só quando se age contra a função específica de manter a ordem como quando, em lugar de mantê-la, se fomenta a desordem.

O eminent Sr. Ministro Annibal Freire, cuja opinião sempre acato, há de concordar que raras vezes ocorreria ordem da autoridade maior da República para que o Exército fomentasse a desordem e se voltasse contra o poder constituído...

O Sr. Ministro Annibal Freire: Mas é necessário que haja o exercício da função. Se o poder público nega-se a intervir no Estado e a praticar os atos objetivos necessários à manutenção da ordem, evidentemente a União será responsável.

Mas, no caso de rebeldia, de revolução, a hipótese é diferente.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: A meu ver, *data venia*, o argumento de V. Exa., Sr. Ministro Annibal Freire, denuncia o contrário, que, na hipótese, é mais grave a desobediência, porque o dever existe não só quando há a ordem expressa, como pela função da força militar.

Mas ainda colocada a questão do ponto de vista da culpa civilista, acho que a razão está com o eminent Sr. Ministro Relator.

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães (Relator): Sigo a teoria da culpa.

O Sr. Ministro Annibal Freire: Mas é possível a caracterização da culpa no caso dos autos?

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães (Relator): Trata-se de agentes do poder público que exerceram mal suas funções.

O Sr. Ministro Annibal Freire: Houve omissão do poder público.

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães (Relator): O art. 15 não exige este elemento da parte do proponente. Só o mau exercício da função.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Revisor): Mas o exercício regular da função não podia dar ensejo a dano, em princípio. Daí dizer eu que o argumento do Sr. Ministro Annibal Freire prova demais e levaria sempre à conclusão da irresponsabilidade da União. Mas essa conclusão choca nossa sensibilidade, nossa consciência jurídica.

Data venia, acompanho o voto do eminent Sr. Ministro Relator, ainda por motivos de ordem mais radical daqueles que tiveram o alto prestígio do voto de S. Exa.

Recebo *in totum* os embargos.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL 7.307 — MG

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, o caso dos autos rendeu ensejo a brilhante sustentação doutrinária não só por parte do Dr. Procurador-Geral da República, como, agora, com o voto luminoso do Sr. Ministro Castro Nunes, e com argumentação do outro advogado do embargante.

A hipótese, no caso, torna-se ínfima em face da magnitude da tese. O que reclama pronunciamento não é problema despiciendo. Trata-se de saber se o inquérito, posto formalizado, na esfera administrativa, se a questão da justiça da pretensão da parte ou se pode ela, vencida naquela esfera, voltar-se ainda ao Poder Judiciário e demonstrar frutuosamente que a formalização do ato não se encontra ao mesmo nível de sua justiça intrínseca.

Disse muito bem o eminent Dr. Procurador-Geral da República que a presunção é em favor da isenção das autoridades administrativas e da justiça de seu ato. Concordo inteiramente.

Mas essa presunção é vencível, é *legis tantum*. Caberá à parte demonstrar que, na espécie, ela cede a prova contrária. Enfim, o que se discute é se o Poder Judiciário pode conhecer do ato administrativo de demissão do funcionário, apesar de coberto pelo inquérito administrativo, ou se, ao contrário, lhe é vedado fazê-lo.

O Dr. Procurador-Geral da República juntou à sua autoridade a de Carvalho Mourão e de Costa Manso, mestres respeitáveis e juristas de muita lição. Não me convenço, porém, de que, na apreciação do ato administrativo, deva o juiz limitar-se a verificar a formalização, não entrando no mérito da decisão impugnada. Não entendo que deva o Poder Judiciário limitar e apreciar o ato administrativo do ângulo visual de legalidade extrínseca, e não de seu mérito intrínseco, ou seja, de sua justiça ou injustiça.

A essa tese jamais darei meu invalioso apoio. Entendo, ao revés, que ao Poder Judiciário é que compete, principalmente, decidir o direito que a parte oponha à administração, baseada em lei do país. Quem dirá se o ato foi justo ou injusto: a própria administração, acobertada por um inquérito formalmente perfeito, ou, ao cabo de contas, o Poder Judiciário?

A minha resposta é que cabe ao Poder Judiciário, porque a este compete, especialmente, resolver as pendências, as controvérsias que se ferem entre cidadãos ou entre o cidadão e o Estado.

A esse argumento, opõe S. Exa. o Dr. Procurador-Geral da República que, neste caso, ficaria reduzido a um sopro de voz o texto da Constituição que, reproduzindo direito antigo, admite a demissão, quer por sentença, quer como resultado do inquérito administrativo. E que outro raciocínio levaria, ao cabo de contas, a se deferirem ao Poder Judiciário todas as demissões, pois só a sentença final diria se o ato era justo ou injusto.

O argumento é especioso. Tem aparência de procedente, mas aparência pura, e não realidade; porque o argumento contrário é que se poderia retorcer contra S. Exa. Se, afinal, o inquérito administrativo é inexaminável no Judiciário, neste caso, teríamos dificuldade flagrante de trazer o caso ao Poder Judiciário, entendendo-se o direito já declarado administrativamente. O poder do Juiz apenas se limitaria a homologar a decisão administrativa, pelas formalidades extrínsecas de um ato emanado de outro Poder.

Isto é que importaria mutilação do Poder Judiciário; isto é que não tem assento em lei e em doutrina. E o eminentíssimo constitucionalista,

Ministro Castro Nunes, acaba de demonstrar que a tese verdadeira é a que nós propugnamos; o que ao Judiciário é defeso é decidir da **oportunidade** do ato administrativo, da sua **conveniência**. Não pode o Juiz determinar que tal funcionário preste este ou aquele serviço, mas pode e deve corrigir excessos, injustiças porventura perpetradas por essa Administração contra o direito do funcionário.

Diz bem S. Exa. o Sr. Dr. Procurador que há restrições; mas são episódicas e é o que acontece com o art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934; outras vezes ocorrem restrições mais ou menos permanentes, no governo discricionário, mas se trata de anomalia.

Eu me rejubilo por ver que o eminentíssimo Sr. Ministro Castro Nunes, cujos largos créditos de constitucionalista são de todos reverenciados, trouxe à controvérsia elemento precioso de solução adequada e cabal.

O poder administrativo não exerce função judicante, e não pode, pois, ainda que baseado em provas formalmente perfeitas, decretar, em última análise, em última *ratio*, que teve razão o Estado ou o funcionário. Essa competência será atribuída ao Judiciário.

Uma vez que pode o funcionário, demitido por inquérito administrativo, trazer o caso ao Poder Judiciário — este ponto é pacífico e tranquilo, não oferece qualquer contestação —, e se o Poder Judiciário pode e deve, para julgar, pesar as provas, rastreá-las e sopesá-las, terá que verificar se a motivação do ato administrativo é justo ou injusto.

A tese é muito mais importante do que a hipótese dos autos; o embargante não é um modelo de funcionário; a sua folha de serviços não é limpa de faltas, como disse o Ministro Castro Nunes; teve 16 punições anteriores. Mas, apesar disso, apesar de não ter passado irrecrucável, parece que a razão está com ele. As provas do inquérito administrativo são contrárias ao embargante, mas, uma vez que não há prova alguma que não possa ser contrastada por outras provas — é princípio comesinho de direito —, procurou ele oferecer como contra-prova outra, produzida em Juízo. E o confronto dessas provas fez pender a solução em favor do funcionário público. O fato de ter incorrido em punições anteriores não o torna perpetuamente culpado. O cotejo das duas provas, a meu ver, no mínimo, estabelece dúvida no ânimo do Juiz.

Como garantia das partes, entendo que deve ter prevalência a prova produzida perante o Judiciário. Mas, ainda que se estabeleça essa dúvida no ânimo do Juiz, tratando-se de pena capital, pena última — a da exclusão do quadro dos funcionários públicos —, a decisão devia ser favorável ao funcionário. Entendo ser de unidade, no caso, não se dar ao funcionário inteiramente razão, tanto que, a meu ver, poderá considerar-se suspenso pelo tempo que a lei permitir, sem vencimentos. Mas acho que não se justifica a pena capital, porque tem o funcionário em seu prol prova produzida em juízo, capaz de neutralizar a prova administrativa.

Em resumo: o funcionário público foi demitido em face de provas administrativas; e depois oferece, contra a prova desse inquérito administrativo, uma prova judiciária. Eu pendo para a prova judiciária, *maxime* em se tratando de sentença que levaria à perda de todos os direitos do funcionário.

Data venia, mantendo meu voto e recebo os embargos.

APELAÇÃO CÍVEL 7.448 — SP

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Quanto ao agravo no auto do processo, minha concordância com o voto de V. Exa., Sr. Presidente, é inteira. No mais, porém, *data venia*, divirjo em parte, pelos seguintes motivos:

Foi a presente ação movida contra a Fazenda Nacional e o Estado de São Paulo, responsáveis, na versão da A., pelos danos, saques, depredações, destruições que esta sofreu em consequência da revolta que deflagrou na capital daquele Estado, em 1924. Deu o juiz como provado o dano, mas considerou que a responsabilidade do Estado ou da União inexiste na hipótese, fundada na culpa.

Lê-se na sentença recorrida:

O movimento subversivo de 1924 não pode ser imputado ao Estado ou a União, que para ele não concorreram. Se alguns elementos do exército e da força pública se insurgiram contra o Governo, depois de uma trama ardilosa e feita nas trevas, alterando a ordem pública e atentando contra as autoridades constituídas, agiram fora da órbita legal, e, portanto, (...) não na qualidade de representante dessas pessoas jurídicas de direito público interno. A União e o Estado, segundo depoimento das testemunhas militares que tomaram parte nesse movimento, quando da conjuração, procuraram por todos os meios evitá-lo, e, depois de deflagrado, agiram legalmente para reprimir-lo. Os revoltosos agiram criminosamente e as suas práticas devem ser consideradas como fatos pessoais, de exclusiva responsabilidade dos respectivos agentes (...). A União e o Estado não foram omissos e nem negligenciaram nos seus deveres (...)

A sentença sublinha o inopinado e impetuoso do movimento subversor e, ainda, a inferioridade da força de que dispunha o Estado de São Paulo com respeito às dos rebelionários.

Não obstante, e em parte, deu ganho de causa à A., forte no art. 1.519 do Código Civil, que concede ao dono da causa destruída ou deteriorada indenização do prejuízo que, inculpado, sofreu. O seu direito, derivado desse dispositivo, somente prevalece contra a União e em consequência dos bombardeiros levados por ela a efeito para subordinar os revoltosos, excluídos os honorários.

A A. e a União apelaram. As preliminares suscitadas pelos RR. encontraram merecido desacolhimento da parte do ilustre juiz *a quo* e a elas nem aludiu o parecer do Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da República, que, ainda agora, no brilhante discurso que proferiu, tratou de resto essas preliminares, que não podem vingar, na melhor censura de direito.

A prova de quitação de impostos federais pode ser produzida no discurso da lide, antes do julgamento. E nem é curial inutilizar-se todo o processado por amor do descumprimento de um satisfeito, afinal, mas ainda em tempo útil.

E, quanto à prescrição, foi o seu curso cortado mediante protesto em que foi citada a Procuradoria Fiscal da Fazenda, que, como observa o juiz, e nos termos do Decreto estadual 3.839, de 17 de abril de 1925, art. 146, era o órgão “da defesa jurídica da Fazenda”. E, assim, superáveis como são as preliminares, há que examinar o mérito mesmo da questão.

Por meu voto, será dado provimento à apelação da A., ficando, nestes termos, prejudicado o recurso *ex officio* e o manifestado pela União Federal.

O ilustre juiz *a quo*, na sentença de fl., filiou-se, declaradamente, na corrente dos que, ainda em hipóteses como a dos autos, apuram e medem a responsabilidade do Estado pelo critério da **culpa civil**. Ora, em votos numerosos, já me manifestei em outro sentido, pertentando mostrar o deficiente e o inadequado desse critério. E lembrei, entre outras, a palavra veemente e calorosa de Pedro Lessa, que realçava, com a vivacidade de seu temperamento, o quanto ele se desconvizinhava da realidade jurídica de nossos dias, e a de Hauriou, que — e só assim a meu ver não se chega ao remate desalentador de Wodon — assenta a responsabilidade do Estado, em tais casos, em razões de *equité* e de *haute politique juridique*. Daí a orientação moderna na procura de outros critérios mais justos e mais favoráveis ao equilíbrio da ordem jurídica — o da falha no serviço público, o da distribuição dos ônus e dos cômodos, inspirados no “solidarismo” social, o do risco — e aos quais, entre nós, já pagava tributo o livro notável de Amaro Cavalcanti.

Tornou-se memorável, a esse propósito, o fúlgido e erudito voto do eminente Ministro Philadelpho Azevedo na Apelação n. 7.264, Rio Grande do Norte, in *Direito*, vol. XXII, pp. 245 e seguintes, e ao qual se refere com justos e calorosos encômios Aguiar Dias (*Da Responsabilidade Civil*, vol. II, pp. 161 e seguintes).

A doutrina em que se esforça a sentença recorrida ainda não se pode dizer desamparada da aceitação de D.D. da maior suposição, indígenas e alienígenas, bastando, a esse propósito, citar os nomes de Morais Leme, Sourdat, Aubry et Rau, Giorgi, Fritz Fleiner e tantos outros. Mas, por meio das noções do risco, do acidente administrativo, da distribuição dos ônus e dos cômodos, vai prevalecendo a noção

objetiva, que a subjetiva, examinada sobre mão e curiosamente, é inadaptável à natureza mesma do Estado.

Contra essa conclusão, que tem constituído o fundamento de modestos votos meus em casos simílicos ao dos autos, levanta-se o argumento de entrar em chaças com o art. 15 do Código Civil, que vincula a responsabilidade do Estado à ação ilícita de seu representante, quando procede este “de modo contrário ao direito” ou “falta a dever prescrito por lei”. Já procurei, em outros casos, confutar o argumento. O art. 15 do Código Civil, posto inserido em uma codificação de direito privado, apresenta conteúdo de regra de direito público, e nem é ele o único que, com esse caráter, se insinua naquele Código. De resto, essa penetração é inevitável e ocorre em outros códigos, como no B. G. B. Mas não exaure o assunto a que ele se refere. E, tomado *ad literam*, desfecharia em regra substancialmente igual ao “*the King can do no wrong*”, sustentável, aliás, em lógica pura e extremosa, mas que constituiria a negação do princípio da responsabilidade do Estado, golpeando profundamente os princípios de justiça e a sensibilidade jurídica, a consciência jurídica dominante. O que mira o art. 15 é estabelecer a solidariedade do Estado responsável pelo ato ilícito ou contrário ao direito de seu representante. É, assim, nele versado um aspecto do problema da responsabilidade do Estado sem que a solução trazida pela lei civil, neste particular, verse o problema em seus outros e variados aspectos e que se resolvem pelos critérios do direito público, pelos princípios gerais e pelas razões a que se refere Hauriou.

A organização do Estado, a proteção da propriedade, a garantia dos direitos civis, aliás, constituem dados positivos à elaboração do conceito dessa responsabilidade fora dos quadros do direito civil. E o seu manejo hábil e justo e sua aplicação destra e completa dilargaram as bases daquela responsabilidade, que seria nenhuma se enraizada no princípio da culpa subjetiva. E libertar o problema dos grilhões dessa noção para considerá-lo e solvê-lo à luz de outros princípios que se encontram na força de coesão do consórcio civil, atende, do mesmo passo, à eqüidade e à conveniência, sublinhadas nesse lance de Duguit:

Ou ne peut edifier la responsabilité de l'Etat que sur l'idée d'une assurance sociale, supporté par la caisse collective, au profit de ceux qui subissent un préjudice provenant du fonctionnement des

services publics, lequel a lieu en faveur de tous. Cette conception se rattache elle-même à une idée qui a profondément pénétré la conscience juridique des peuples modernes, celle de l'égalité de tous devant les charges publics.

No caso dos autos, provou o A. a ocorrência dos danos derivados de atos da multidão, soltos os freios da disciplina e da ordem, do bombardeio a que teve o Governo Federal que recorrer para subordinar o levante e da ocupação de tropas no estabelecimento da normalidade. Tenho como certa a responsabilidade do Estado de São Paulo, pois, em princípio, é ao Estado que incumbe manter a ordem. E, no caso, ainda tenho como certa a responsabilidade da União, que interveio na repressão do movimento, à conta de sua importância e graveza. E nem excluo os honorários do advogado. Porque, se é certo que dispenso, no caso, a indicação da culpa à luz dos critérios civilistas, proclamo a necessidade de “reparação do dano”, por “indenização”, que ficaria incompleta sem a inclusão daqueles honorários.

Dou provimento à apelação de S. A. Indústrias Reunidas Mattarazzo e julgo as demais prejudicadas.

EMBARGOS NO AGRAVO DE PETIÇÃO 7.480 — SP

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, rejeito os embargos.

Havendo sido pago regularmente o imposto, extinta se tornou a obrigação respectiva. Nenhuma lei, ainda que retroativa, pode reviver a obrigação morta. Os fatos inteiramente consumados escapam à lei nova, ainda que a esta se atribua virtude retrooperante.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL 7.530 — RJ

VOTO (Antecipação)

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Relator): Sr. Presidente, como os eminentes colegas viram, o proponente advogado da embargante esforça seus embargos em três fundamentos capitais: 1º) da irretroatividade do Decreto n. 1.168, dizendo S. Exa., aliás, a propósito, que não podem os juízes ser mais realistas do que o rei, porque o próprio Ministro da Fazenda reconheceu que o decreto não tem efeito retrooperante e, mais ainda, não ser ele interpretativo; 2º) jurisprudência constante deste Supremo Tribunal, que não só tem a imponência daquelas tradições que se perpetuam, como chega a significar a *res iudicata*; 3º) o da *illegitimitatio ad causam*: o espólio é pessoa jurídica e, portanto, não pode ser tributado. Os titulares das ações são instituições filantrópicas e estão isentas do imposto.

Em vez de procurar responder aos argumentos do ilustre advogado, na ordem por que foram expostos, vou inverter, *data venia*, a ordem, para tratar, em primeiro lugar, da *res iudicata*.

Meu voto é o seguinte.

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Relator): Vigorosos são os embargos opostos ao v. acórdão, não lhes falecendo rico lastro de insinuantes argumentos.

Parece-me, entretanto, que não logram comover os fundamentos do aresto embargado.

Pela sua mesma índole, a alegação que avulta em primeiro plano e reclama a primazia de consideração é a referente à *res iudicata*.

Numerosos foram os julgados deste Supremo Tribunal que, em espécies simílicas à dos autos, acabaram pela intributabilidade dos juros de apólices.

E, como se cuida da mesmíssima relação de direito, como os litigantes se acham na mesma condição jurídica do embargante — são todos **possuidores** de apólices —, argumenta-se pela ocorrência da tríplice identidade que caracteriza a *res iudicata*.

Tenho opinião contrária à do embargante, porque, no caso, falece o extremo da *eadem conditio personaram*. Precedentes judiciais pode, sem dúvida, invocar o embargante. Estes, porém, ainda que numerosos a termos de se poder falar em *rerum perpetuo similiter iudicatarum*, não vinculam irremissivelmente. *Non exemplis sed legibus iudicandum*.

De resto, e em sua derradeira fase, tomaram os julgados de outra esteira, e a desuniformidade de votos e o vário das opiniões tornou, pelo menos, intransquila a jurisprudência.

Que não se pode invocar em prol do embargante a *exceptio rei iudicatae*, coisa é maior de qualquer dúvida, ao que me parece. Não se desvele, como disse, no caso, a *eadem conditio personaram*, nem o contrário se decidiu no julgado que os embargantes invocam.

Nele se terá afirmado a verdade de que nem sempre o extremo de que se trata exige a identidade física. Mas, em qualquer caso, força é a identidade de condição jurídica, a projeção da sentença a pessoa interessada na relação jurídica discutida e resolvida. O voto do eminentíssimo Sr. Ministro Castro Nunes elucida cabalmente o assunto.

Por força do princípio *res inter alios iudicata, nec aliis nocet nec prodest*, a coisa julgada só origina efeitos entre autor e réu. Se não se exige sempre a identidade física, a jurídica é sempre indispensável, vale dizer, certo liame que prende a pessoa ao litígio cuja solução, por isso, nela se projeta. É o caso do sucessor, a título universal e singular, do legatário, no caso de nulidade do testamento travada entre o herdeiro escrito e o *ab intestado*, do parente na causa da filiação, do coobrigado solidário, etc. São exemplos tirados ao mesmo João Monteiro, em cujo ensino se esforça o embargante.

O elenco de Cogliolo é mais vasto: mandante e mandatário, coobrigados na co-realidade, devedor principal e fiadores, pai e filho e credores reunidos de uma *actio adjecticia*, sucessores universais,

sucessores particulares, legatários e herdeiros, devedor e credor, co-herdeiros e condôminos, co-interessados secundários.

E ainda nele não encontra espaço o caso de estranhos que, em litígios diferentes, sem qualquer nexo ou ligação, pregoem a procedência da mesma tese jurídica.

Se assim fosse, como observa Lacoste, a sentença valeria como disposição imposta a todos, como lei ou regulamento (vide *La Chose Jugeè*, n. 472).

Não se tratando, no caso, de representação e não se incluindo o embargante, com respeito aos prejulgados, entre os *ayants cause* na formação de cujo elenco numeroso tanto controvertem os D.D. (vide Lacoste, liv. cit., n. 479 e seguintes), não procede, no caso, a alegação de *res iudicata*.

Não é o interesse abstrato, apenas, do reconhecimento de um princípio que caracteriza a identidade de que se trata, mas a posição processual da parte ou sua ligação jurídica *in concreto* com um dos litigantes.

É nesse sentido que diz Laurent, invocando, aliás, hipótese mais sugestiva que a dos autos:

Parfois plusieurs personne ont le même intérêt dans un débat judiciaire. Est-ce à dire que le jugement aura l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous les intéressés? Non, certes. Nous venon d'en donner un exemple. Les membres d'une société civile ou d'une congrégation religieuse ont tous, comme tels, les mêmes intérêts; nèan moins il n'y a aucun lieu juridique entre eux, donc l'un des associes n'a pas qualité pour représenter les autres. (*Princípios* 20, n. 113, 1876.)

Falece, pois, no caso, a identidade física e, igualmente, inexiste identidade jurídica. “Os julgamentos aludidos pelo embargante não atingem a demanda, prevalecendo o velho e incontestável princípio: *res inter aliis iudicatae neque emolumentum ajem hui qui indicio non interfuerunt, neque preindicum solent irrogare*”.

Sem dúvida que nem sempre a identidade de pessoas está na identidade de indivíduo. Mas mister se fez sempre uma “vinculação” com o litigante, já imediata, já por transmissão, o que abrange os sucessores, a título universal, das partes e, em certos casos, os sucessores a título singular (vide Jorge Americano. *Processo de Gusmão*, vol. III, pp. 225 e seguintes).

Improcede, assim, a todas as luzes, a alegação de coisa julgada.

Quanto ao asserto de que o Decreto n. 1.168 não é interpretativo, nem tem a virtude extraordinária da retroatividade, inclino-me às razões do embargante.

Não há, de feito, como aceitar, por inferência, caráter interpretativo a uma lei.

O mesmo Jean Raymond, o maior elogiasta da lei interpretativa, o reconhece:

Si les tribunaux ont un doute sur le but que le législateur a en vue ils devont s'abstenir de regarder la loi comme interpretative. (*Des Lois d'Interpretation*, p. 119).

Vide também Gobba, I, 26.

Não basta que venha a lei nova dilucidar questão controvertida ou texto obscuro de lei para que tenha caráter interpretativo.

Jean Raymond:

Resout-elle réellement une ambiguïté d'un texto ancien; en comble-t-elle une lacune; met-elle fin à des controverses qui s'étaient élevées sur son sens? Dans ces différentes hypothèses il est possible que le législateur ait agi par voie interpretative. Mais il est également possible que le législateur ait voulu procéder au moyen d'une loi innovative abrogeant la disposition ancienne obscure, et la remplaçant par une plus claire. (Liv. cit., loc. cit.)

Ferrara:

La legge interpretativa è quella che o per spressa statuizione o per la sua riconoscibile intenzione vuole determinare

il senso d'una precedente legge, perchè sia in tal modo applicata. Si noti che tale scopo della legge interpretativa è essenziale, perchè non ogni decisione legale d'una precedente controversia, non ogni illustrazione d'una altra legge è da considerarsi como interpretazione autentica, potendo il legislatore voler solo toglier dubbi **per il futuro**, senza pretender a che la nuova legge si consideri come contenuto d'una legge passata. (*Dir. Civ.*, p. 288 *in fine*.)

E não se fez mister, pelo menos do ângulo visual em que ponho a questão, desdobrar citas e argumentos, porque, nesse pouco, inteira é a minha concordância com os embargantes.

Nem por isso, entretanto, coincide o desfecho do meu voto com o remate dos embargos, porque, a meu ver, ainda no regime anterior ao do decreto aludido, vigia o princípio da tributabilidade dos juros de apólices.

É que não existia lei que traduzisse a isenção, tratando-se demais disso, de imposto de índole avassaladora e que veio, afinal, a atingir os vencimentos irreduzíveis dos próprios magistrados. As isenções, quanto às apólices, diziam respeito ao imposto de herança e legados e do selo e nem representa, no caso, o imposto de renda redução dos juros, levada a efeitos com deslealdade e infringência de pactos.

O possuidor de apólice, ao receber juros, aufere **rendas**, e sua situação de portador de apólices não elimina os deveres de cidadão e de contribuinte. Posso e devo, agora, versar o assunto à flor e perfuntoriamente, pois a ele já consagrei longo voto, fortalecido, entre outros, em aprimorado estudo de Sá Filho (*Estudos de Direito Fiscal*, p. 165). E, em sua derradeira fase, a jurisprudência deste Supremo Tribunal rima, à perfeição, com o v. acórdão embargado.

Não se exaurem, entretanto, com esses os argumentos embargados.

Ainda se alega que as apólices foram deixadas, no testamento com que faleceu d. Eufrásia, para obras pias, religiosas, humanitárias e científicas, vigorando, nestes termos, a isenção do art. 71, letra *a*.

A cobrança dirige-se contra o espólio. A este, porém, falece-lhe personalidade jurídica.

Não pertencem as apólices a d. Eufrásia, que passou da vida presente, não sendo, pois, titular de direitos; nem ao espólio, que não tem personalidade jurídica; pertence aos legatários, termos em que prevalece a isenção.

Com erudição e cópia de doutrina, demonstra-se, nos embargos, insubsistir no direito moderno a ficção da personalidade jurídica da herança, que prevaleceu em certa fase de direito romano.

Mas o esforço, com que brilhante, é frustro no caso dos autos. É que o Decreto-Lei 4.178, de 3 de março de 1942, autoriza a cobrança do espólio mesmo.

Indaga-se, porém: pode o espólio ser sujeito passivo de direito? Não importa que a parte, nesse lance de sua defesa, busque demonstrar que isso só se dá por uma ficção de direito. O direito romano, em certas fases, considerava o espólio como pessoa jurídica, como, do mesmo modo, o direito em sua fase atual dá ao herdeiro a propriedade por uma ficção, o *droit de saisine*.

O direito fiscal pode adotar categorias inaceitas no direito comum, como ensinam Mirbach e outros. Ele se integra no direito financeiro, que se compõe, como observa Giovanni de Santis, “da norme proprie o exclusive, ed inaltre da norme che appartengono a tutti rami del diritto pubblico e privato” (*Il Dir. Finanz.*, vol. I, pp. 21-22).

De resto, a categoria de que se trata não é estranha ao direito comum, uma vez que se reconhece às heranças capacidade processual, sendo elas partes **formais** na linguagem de Wach, *apud* Lopes da Costa, *Dir. Proc. Civ. Bras.*, vol. I, n. 216.

Não se tratando, demais disso, de herdeiros necessários, senão de legatários, o que a morte do autor da herança rende ensejo é ao direito de pedir o legado (art. 1.690 do Código Civil), verificando-se a entrega **depois da dedução do passivo e do julgamento da partilha**: *bona intelliguntur cuiusque quae deducto aer e alieno supersant.*

O legatário, depois da partilha, é que entra, falando pela via ordinária, na posse dos bens, solvido o passivo que se formar ainda no correr do inventário.

É que “les créanciers ont sur les biens de la succession en droit préférable aux legataires, et ces derniers ne peuvent recevoir leurs leges qu'autant que les premiers sont disintéressés” (*Trop long, Dir. et Test.*, vol. 3, n. 1895).

Não importa, pois, ao caso, a discussão da personalização jurídica da herança. Ela pode ser, no direito comum, **parte** em demandas, ter capacidade processual.

E no direito fiscal pode constituir-se devedora diretamente e ser, no caso, demandada.

Rejeito os embargos.

APELAÇÃO CÍVEL 7.546 — DF

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: O vapor “Jaguaribe”, de propriedade da recorrida, sucessora de Pereira Carneiro & Companhia Limitada, aprestado por militares revoltosos e transformado por eles em navio de guerra, foi, em local Cercão de Itacoatiara, no rio Amazonas, posto a pique, perdendo-se totalmente, com a carga respectiva.

A destruição do vapor foi levada a efeito por uma flotilha guarnecida de força federal e sob o comando do Capitão Lemos Bastos.

Daí a presente ação, intentada pela Companhia proprietária do vapor contra a União Federal.

A Companhia Itajaiense de Fósforos, a que pertencia parte da carga do “Jaguaribe”, compareceu como assistente.

Contra o alegado direito da assistente, foi levantada a argüição de se achar prescrito.

O juiz, considerando que o ato do comandante da flotilha, ainda que dirigido no sentido da preservação da ordem e do prestígio das autoridades constituídas, causou dano que deve ser reparado, nos melhores de direito, condenou a União a indenizar o que fosse arbitrado e houve como prescrito o alegado direito da assistente.

Recorreu o juiz de seu ofício e apelaram a União e a Companhia Itajaiense.

Mantenho a sentença recorrida, em todas as suas partes.

Quanto à prescrição:

O direito alegado pela assistente prescreve em cinco anos.

O afundamento de que se trata ocorreu em 24 de agosto de 1932 e só em 19 de abril de 1938 foi que a Companhia Itajaiense ingressou em juízo, já transcorrido, pois, o prazo de prescrição.

Contra a conclusão da sentença, objeta a recorrente:

a) houve reclamação administrativa e esta impede a prescrição, não importando deixe de consigná-la o Código Civil: a Lei de 1851 não foi revogada por esse diploma legislativo, e o Decreto 5.271 de 1930 é somente interpretativo do Código;

b) o art. 4º do Decreto 20.910, de 6 de janeiro de 1932, é expresso ao dispor que “não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou o pagamento da dívida, considera líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la.

Como já me tenho manifestado, o primeiro fundamento não me parece procedente.

O princípio consagrado no art. 7º — Lei de 1851, Decreto 857, de 1851 — foi revogado pelo Código Civil, que, em seu art. 1.807, declarou sem efeito “as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil” por ele reguladas.

De resto, havendo disciplinado completamente o instituto da prescrição e indicado **todos** os modos de sua suspensão e interrupção, é bem de ver que se trata de caso de revogação tácita da lei anterior (v. Bento de Faria, *Apelação e Retroatividade da Lei*, pp. 191 e 192; Espinola, *Tratado*, II, p. 128; Paulo de Lacerda, *Manual Lacerda*, I, 1ª Parte, pp. 320-21; Fiore, *II Dir. Civ. It.*, Parte Prima, vol. 2º, n. 1.085, p. 653; Coriello, *Dir. Civ.*, n. 48).

Os Decretos de 1930 e 1932 reataram a tradição do Decreto de 1851, não podendo, entretanto, ser havido, o primeiro, como interpretativo do Código Civil, que rompeu aquela tradição e não oferecia qualquer dúvida ao propósito, dúvida que constituiria a matéria da interpretação (v. J. Reymond, *Des leis d'interpretation*, 115-116). Colin-Capitant, com., I, n. 14, 3º, 8. ed.

O legislador não deu ao mencionado decreto, expressamente, caráter interpretativo, o que, na lição de Vescovi, Affolter e outros, já constituiria obstáculo insuperável àquela conclusão. E, ainda que se não receba o ensino desses opinados juristas e se conclua que pode a interpretação resultar da vontade tácita do legislador, ainda assim, seria possível, pelo menos, derivar de considerar duvidosa e equívoca essa vontade, no caso: o que bastaria para afastar a conclusão de tratar-se de lei interpretativa (v. Chironi e Abello, *Tratt.*, p. 59; Jean Reymond, *liv. cit.*, p. 119).

Quanto ao art. 4º do Decreto 20.910, de 6 de janeiro de 1932, ele não se aplica à hipótese.

A dúvida atribuída à União é por esta contestada e o seu *quantum* dependia de arbitramento. Não era, logo, dúvida considerada líquida.

Uma contestação frívola e abertamente improcedente não pode ter, é certo, a virtude de transformar em ilíquida a obrigação, ensina Lacerda de Almeida, e sua opinião lança raízes em fundamentos ponderáveis.

Mas, no caso — e o juiz tem, ao propósito, livre poder de apreciação —, a contestação não se deve reputar claramente vacua, e as circunstâncias do caso afastam a aplicação do art. 4º do citado Decreto 20.910.

Acho ainda razão ao juiz *a quo* quando conclui pela responsabilidade da União ao pagamento da recorrida “Companhia Comércio e Navegação”.

A responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público assenta-se em imperativos de justiça e dispensa demonstração lógica, que desafia, aliás, a argúcia dos juristas.

Reprimindo, pelo governo, a ação dos revoltosos, é claro que a força federal sob o comando do capitão Lemos Bastos procedia por ordem das autoridades federais, havendo até, pela eficiência de seus esforços, recebido felicitações da autoridade suprema do país.

Não importa que o dano tenha sido provocado pela necessidade de resguardar a ordem pública. O patrimônio coletivo deve restaurar o patrimônio particular lesado por amor do primeiro, e conclusão contrária ofenderia, a meu ver, a eqüidade e a justiça, fundamentos da responsabilidade do Estado, sem se distinguir, como na velha opinião de Vattel, se os atos foram praticados no ardor de peleja ou não.

Nego provimento nesses termos.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 7.866 — MG

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Relator): É o Banco do Brasil uma sociedade de economia mista que, de par com a expansão de atividades bancárias comuns, desempenha, também, serviços públicos. E alguns de assinalada relevância e grande momento, ligados à própria política financeira e econômica do Governo. Não constitui uma autarquia e, posto execute serviços públicos, não dispõe de faculdades próprias da administração pública. Não é, assim, rigorosamente, pessoa

jurídica de direito público, mas sociedade de economia mista, organização jurídica de traços singulares, como assinala Alexandre Bret, invocado em parecer do eminentíssimo João Neves da Fontoura:

On désigne sous ce nom une nouvelle formule d'organisation économique qui consiste essentiellement dans l'association d'une personne morale publique et d'une personne privée, dans le cadre un peu modifié de la société anonyme ordinaire, em vue de gérer une entreprise dont l'objet, tout en relevant de l'intérêt général, est cependant commercial par certains de ses aspetos. Il ne s'agit pas seulement d'une simple collaboration, mais d'une véritable société dans toute la force du terme. C'est la plus récente manifestation de la tendance à la compénétration de deux ordres de choses demeurés jusqu'ici distincts: le droit public et le droit privé.

Exatos pontualmente, quanto à classificação do Banco do Brasil, os conceitos de João Neves da Fontoura:

O Banco do Brasil é o tipo clássico da sociedade de economia mista. Obedece a todas as exigências gerais da lei sobre sociedade por ações, excetuadas aquelas de que foi dispensado expressamente pelo legislador; ao mesmo tempo, submete-se aos requisitos peculiares a sua instituição, assim como as normas inseparáveis de executor de serviços públicos, sem prejuízo de exercer, como qualquer outro banco, o comércio de dinheiro. Nunca perdeu a característica de pessoa jurídica de direito privado, mas, também, na sua organização se refletem evidentes influências de direito público, sobretudo, de direito administrativo. É, portanto, inequivocadamente, uma sociedade de economia mista.

De acordo com esse critério dominador, os serviços do Banco do Brasil não se sujeitam ao pagamento de impostos **quando de natureza pública**. E não gozam de imunidade se não encerram esse caráter.

Mas o argumento-aquiles contra essa distinção que deriva da natureza mesma da sociedade de que se trata está no art. 1º do Decreto n. 24.094, de 7 de abril de 1934, *verbis*:

Ficam os serviços e bens do Banco do Brasil isentos de todos e quaisquer impostos ou taxas federais, estaduais ou municipais, excluídos o imposto de selo federal e o imposto de transmissão, respeitado, quanto a este, o disposto neste decreto.

Acrescenta-se que o Banco do Brasil foi reconhecido, por uma série de leis, iniciada pela de n. 3.213, de 30 de dezembro de 1916, caráter de serviço público federal, tudo confluindo na conclusão de que o imposto a que ele se sujeita, sem restrições, é o de selo federal e, em parte, ao de transmissão.

Mas, a compreender-se a lei com essa amplitude, enferma-se ela do vício de constitucionalidade, como, de resto, já decidiu este Supremo Tribunal, em acórdão invocado pela recorrida e pelo arresto em que incidiu este apelo.

O que se pode compreender é que o Decreto n. 24.094 reconhece que o Banco desempenha, também, **serviços públicos**. E, no que tange a essa atividade e aos bens nela compreendidos, a isenção é de se reconhecer, se lei especial a determina, na conformidade do preceito constitucional. Dar à lei sentido mais amplo é que seria vulnerar os princípios constitucionais, na conformidade da decisão recorrida, com ofensa da autonomia dos Estados e municípios.

A limitação do poder constitucional de imposição de tributos dos Estados e municípios há de derivar em princípio da própria Lei Maior, como é evidente.

De resto, no caso dos autos, os tributos cobrados não incidem na atividade específica do Banco. Recaem em imóveis de sua propriedade, e que não são bens da União, como no acórdão trasladado a fls. observou o excellentíssimo desembargador Autran Dourado, e ainda em simples taxas remuneratórias, quando a isenção dos serviços públicos não alcança, como se decidido tem sempre, os tributos dessa natureza.

Se o Banco do Brasil é uma sociedade particular, posto de economia mista, somente quando procede como delegado de serviços da União pode pretender a isenção reclamada, e não é esse o caso dos autos.

O assunto, porém, aliás já versado em outros casos por este Supremo Tribunal, tem provocado divergências, menos no que diz para as taxas, em que é uniforme, ao que me parece, a jurisprudência: são elas devidas, indubiosamente.

Conheço do recurso ainda pela letra *d* e recordo que a E. Primeira Turma — vencidos os eminentes Ministros F. Barros Barreto e Philadelpho Azevedo e mesmo o Tribunal Pleno — já concluiu pela isenção dos impostos reclamados e obrigação de pagar as taxas (*Jurisprudência*, vol. XXV, 1945, p. 57).

O caso abre ensejo à revisão do assunto e, sem embargo das decisões anteriores e da contribuição que lhes houvesse eu oferecido, chego à conclusão de que, no caso, os impostos (que não incidem em serviços delegados e, nem sequer, em atividade bancária) e as taxas são, todos, devidos.

O Banco do Brasil é pessoa de direito privado, o que não impede possa ser investido de exercício de certos serviços públicos.

E, se assim é, isenção alcança, apenas, sua atividade nesses serviços mediante declaração legal. E nem o tratar-se de sociedade de economia mista, submetida em linha de princípio, as prescrições de direito privado, impede aquela conclusão que encontra ensejo de aplicação ainda quando se cuida de concessionários de serviços públicos. Reporto-me, d. v., ao longo e brilhante estudo do eminente Sá Filho (Parecer de 1940 — Procuradoria-Geral da Fazenda Pública, pp. 8 e seguintes) e negaria provimento.

Como o assunto, entretanto, reveste aspecto constitucional e a E. Primeira Turma concluiu pela isenção, proponho se defira ao Tribunal Pleno o julgamento do caso.

APELAÇÃO CÍVEL 7.907 — SP

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: A sentença apelada é benemérita de confirmação.

Nenhuma entredúvida, por delgada que seja, paira quanto à justiça da condenação da S. A. Lar Nacional.

Baste, para assim concluir, considerar estar que farte provado que aquela sociedade recebeu as quantias reclamadas e descumpriu, às escancaras, os preceitos do Decreto n. 24.503, de 29 de junho de 1934. Seu teor de proceder extrapolou, como se observa na sentença, as barreiras mesmas do ilícito civil.

O controvertido da causa concentra-se na condenação da União, solidariamente.

É contra essa condenação que irriminam os representantes da Fazenda e se levanta o veemente parecer do Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da República que encoima a sentença de absurda, assim na condenação da União “por atos de prepostos de sociedade particular”, como no reconhecimento de uma solidariedade “que não tem assento em lei nem em convenção das partes”. É certo e certíssimo que, em matéria civil, domina o princípio *obligatio inter plures ipso iure divisa est*, a que se referia Heinécio e que se acha consagrado no Código Civil (arts. 890 e 896 do Código Civil).

Mas esse princípio domina as obrigações que nascem do contrato ou derivam imediatamente da lei, isto é, as que as partes estabelecem por via de consenso, por declaração de vontade formulada para criar um vínculo *iuris* e aquelas que a ordem jurídica faz nascer de fatos humanos voluntários, que podem até constituir negócios jurídicos, mas cujo escopo não é o de produzir obrigação (vide F. Degni, *Studê sul Diritto delle Obbligazioni*, p. 24, n. 9).

As demais obrigações derivam de “ilícito”, cujo conceito se dilarga no direito civil moderno para senhorear todo o campo não tomado pela

convenção e pela lei, como criador, de vínculos jurídicos. Ora, no caso dos autos, o que se imputa à União é omissão culpada de dever legal. A obrigação, se existe, não será convencional e não derivará pura e imediatamente da lei. Será, pois, solidária, se realmente existe. Mas a defesa da União é mais extensa que o debate em torno da simples qualificação da *obligatio*. Nega a existência mesma da obrigação. É que a fiscalização a que estava, legalmente, submetida a S. A. Lar Nacional, empresa particular, entidade jurídica privada, não vincula a responsabilidade da União. Esta responde, e subsidiariamente, nas obrigações das Caixas Econômicas.

Trata-se, porém, então, de entidades **públicas**, de organismos criados pelo Poder Público, e a responsabilidade da União, aliás subsidiária, é proclamada em lei. Nada disso passa com o Lar Nacional, que é fiscalizado, como o são os bancos, as casas bancárias, as sociedades estrangeiras, sem que seu mau funcionamento vincule a responsabilidade solidária da União. A atividade criminosa das entidades é reprimida pelo Tribunal de Segurança Nacional, estando, aliás, a União isenta de responsabilidade **criminosa** de seus prepostos mesmos, por força do art. 1º do Decreto-Lei 24.216, de 9 de maio de 1934.

Não se pode negar haja o eminent e Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da República apresentado o problema de forma sedutora e raciocinado com lucidez e argúcia.

Mas os dados próprios da controvérsia não são, a meu ver, os que S. Exa. expõe.

Antes que tudo, merece apagada a referência ao Decreto-Lei 24.216, de 9 de maio de 1934, que isentou de responsabilidade a União por ato **criminoso** de seu preposto. Esse diploma legal, que marcou violento retrocesso nas tradições jurídicas brasileiras, teve existência brevidadoura. Fulminou-o a Constituição de 1934, como o reconhecem Pontes de Miranda, Philadelpho Azevedo, Carvalho Santos, e o tem afirmado com poder de vezes este Supremo Tribunal, não obstante a divergência de um dos mais autorizados de seus juízes: o eminent Sr. Ministro Bento de Faria.

Fulminou-o porque proclamou princípio que lhe é contrário, *ex diametro*: o da responsabilidade solidária dos funcionários com a Fazenda Pública “por quaisquer prejuízos decorrentes de **negligência, omissão ou abuso** no exercício dos seus cargos (art. 171), reproduzido, literalmente, no art. 158 da Carta Constitucional de 1937. Sabido e ressabido que a negligência, a omissão ou o abuso podem tomar o colorido e o porte de atos criminosos, a influência que se tira *sans larmes* e salta aos olhos do intérprete é a da irreduzível inconciliação entre o duro princípio do Decreto 24.216 e a norma límpida e jurídica dos preceitos constitucionais.

Tenho que se trata de caso manifestíssimo de revogação tácita.

Apagado esse elemento da controvérsia, também é de notar-se que a possibilidade da repressão penal da atividade criminosa dos particulares não elimina, em princípio, a responsabilidade civil da União, se esta concorre para o dano, omitindo dever legal de sua parte. A responsabilidade criminal alimenta-se de fonte diversa e apenas correspondente no exame a satisfação do prejuízo patrimonial verificado.

Assim, a sentença apelada situou a questão em suas lindes próprias, restando verificar se lhe deu solução adequada e justa.

Nenhuma dúvida subsiste quanto à ocorrência dos prejuízos. O que interessa é saber se para eles contribuiu a União, faltando ao dever de vigilância que, no caso, por lei, lhe competisse.

Existia esse dever legal. Cabia à União fiscalizar a sociedade de que se trata e que era de economia coletiva. E fiscalizar “rigorosamente” “a bem da pureza do sistema de cooperação e associação e **garantia** dos interesses confiados à administração das sociedades de economia coletiva”.

Tais palavras são de legislador mesmo; inserem-se no preâmbulo do Decreto 24.503, de junho de 1934.

E por isso mesmo o art. 19 do decreto armou o poder público de recursos adequados, indicando-lhe providências, no art. 19, mas que deixaram de ser tomadas, como concluiu o juiz em face dos documentos

de fls. 313 *usque* 315, 33, 335 e 335 a 337, apesar de amplamente noticiada a União das graves irregularidades existentes, inserindo-se no relatório do fiscal estas expressivas palavras:

(...) de tudo que consta do processo (...) depreende-se que a entidade em apreço continua a funcionar apenas para fraudar a lei e prejudicar seus prestamistas, como, aliás, já **está evidenciado** em vários outros processos anteriores, ainda **pendentes** de decisão por parte do Exmo. Sr. Ministro da Fazenda.

A “falha” no serviço público aparece, no caso, com todas as características de negligência — e aqueles próprios que identificam a culpa administrativa com a civil, contrariando corrente que se vem fazendo caudal, descobrem, no caso, os elementos da responsabilidade do Estado, por descumprimento de dever legal. E a verdade é que a doutrina da “culpa administrativa”, da “falha do serviço público” não exige a prova da culpa destacada deste ou daquele funcionário: “il suffit de relever un mauvais agencement général, anonyme, une mauvaise et terme du service, auquel le dommage peut être imputable” (Duez, *La Resp. de la puissance publique*, p. 12).

Ao assunto tenho, ainda neste Tribunal, dedicado modestas reflexões, e o eminentíssimo Sr. Ministro Philadelpho Azevedo, em voto memorando, deu-lhe desenvolvimento brilhante e cabal.

A sentença, em face das provas, concluiu, no caso e com justiça, pela imperfeição manifesta do serviço público.

A consequência é a condenação da União, que, por meu voto, será confirmada.

Nego provimento.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 8.028 — RJ

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Waldemar Falcão: No testamento com que faleceu o cidadão português José Pereira de Souza, figurava o seguinte:

Satisfeitos os legados que acabo de fazer instituo por herdeira dos remanescentes dos meus bens a ilustríssima senhora Dona Maria das Dores Pereira da Silva Rocha, para gozar de seus rendimentos durante sua vida, e se, por sua morte deixar filhos a eles passará em plena propriedade esses bens que constituem os remanescentes.

Este legado faz da minha livre e espontânea vontade pela muita amizade que consagro, por que a criei desde pequena, e a eduei como se fosse minha filha e a adoro como se assim fosse.

Os rendimentos desses bens, que constituem os remanescentes, pertencem privativamente à mesma senhora, não estando sujeitos a qualquer transação que seu marido sobre eles queira ou pretenda fazer, sendo nulo e de nenhum valor qualquer contrato sobre esse uso e fruto.

E, se a mesma senhora, a quem instituo usufrutuária dos remanescentes dos meus bens na forma já decretada, falecer sem deixar filhos, passará esses remanescentes em partes iguais à Santa Casa de Misericórdia da Capital Federal, ao Asilo de Santa Leopoldina desta cidade, à Santa Casa de Misericórdia da Cidade do Porto, e à Ordem Terceira de Nossa Senhora do Monte do Carmo daquele mesmo País de Portugal. (*ut cert. de fl. 36-36 v.*).

Falecida a usufrutuária em data de **14 de junho de 1942**, requereu a Irmandade de São Vicente de Paula, na qualidade de mantenedora do Asilo de Santa Leopoldina, a extinção do usufruto, pedindo a apensação de seu requerimento ao processo de inventário do *de cuius*.

Surgiu, porém, uma reclamação de Hernani Tavares de Souza contra a qualidade hereditária do referido Asilo e da Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro, pedindo ainda a citação não só dessas

entidades como também da Santa Casa de Misericórdia do Porto e da Ordem Teixeira do Monte do Carmo, da referida Cidade.

Igualmente reclamou Doralice de Araújo Magalhães. O fundamento de ambas as reclamações era o de que, sendo os reclamantes, conforme documentos que juntavam, filhos adotivos da fiduciária, dita usufrutuária, eram seus legítimos herdeiros, não havendo como se operar a sucessão pretendida pelos reclamados.

Estes, porém, comparecendo a juízo, impugnaram tal pretensão, alegando que a fiduciária falecera sem deixar filhos, isto é, sem que os houvesse concebido.

O juiz julgou improcedentes as reclamações, por entender que a cláusula testamentária sobredita era de ser interpretada como dizendo respeito unicamente “aos filhos havidos, isto é, concebidos, gerados pela fiduciária” (fl. 31 v.), tanto mais quanto, ao tempo da feitura do testamento (1894), não havia na legislação civil brasileira o instituto da **adoção**, com a feição que lhe empresta o atual Código Civil (sent. a fls. 29 v. — 32 v.).

Em grau de apelação, resolveu, por unanimidade, a Segunda Câmara do Tribunal do Rio de Janeiro, reformar essa sentença, por achar que, em face do art. 1.605 do Código Civil, eram os filhos adotivos equiparados aos legítimos, acrescendo que a capacidade para suceder deveria atender à legislação vigente ao tempo em que fosse aberta ou deferida a sucessão (acórdão transscrito a fls. 23 v. — 25 v.).

Manifestaram então os vencidos o recurso extraordinário, com base no art. 101, n. III, letras *a* e *d*, argüindo o referido aresto de contrário ao disposto nos arts. 739, n. I, 1.718, 1.733 e 1.739, do Código Civil brasileiro, além de que estava em divergência com o que decidiria, em instância definitiva, o Tribunal de São Paulo, conforme certidão que juntavam.

Denegados esses recursos por despacho do Desembargador-Presidente do Tribunal *a quo*, agravam-se os recorrentes desse despacho, formam-se a respeito dois agravos de instrumento: um, o de n. 11.143, em que era Agravante a Irmandade de São Vicente de Paulo, e outro, o

de n. 11.153, em que figuravam como Agravantes a Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro e outras, sendo Agravado, em ambos os processos, Ernani Tavares de Souza.

Distribuído o primeiro agravado à egrégia Primeira Turma, foi por esta provido, para mandar subir o recurso extraordinário, com fundamento na letra *d* do citado art. 101, n. III, da Constituição (v. fls. 55-60 do Agravo n. 11.143, em apenso), o mesmo acontecendo com o outro agravado, distribuído a esta Turma julgadora, que também lhe deu provimento para o mesmo fim e com idêntico fundamento (v. fls. 71-78 do Agravo n. 11.153, em apenso).

Processado então o recurso extraordinário (fl. 145), vêem-se as razões da Recorrente, Irmandade de São Vicente de Paula, a fls. 147-151 v., e as das recorrentes, Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro e outras, a fls. 153-166.

As razões da parte recorrida estão a fls. 168 a 174.

Neste Supremo Tribunal, assim opinou a douta Procuradoria-Geral da República (fl. 179):

O cabimento do recurso, com base na invocada alínea *d*, é ponto já decidido pelo Eg. Tribunal nos agravos em apenso.

De meritis, as razões das recorrentes convencem de que o recurso merece provimento.

É o nosso parecer.

Distrito Federal, 2 de agosto de 1944.

a) Luiz Gallotti, Proc. da República.

De acordo — a) Gabriel de R. Passos.

É esse o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Presidente): O caso dos autos é objeto de vivas discussões. É verdade que a lei fala em prole, palavra que se liga ao parentesco natural; mas, também é exato que a equiparação

dos adotivos aos filhos consanguíneos é estabelecida, em muitos aspectos, sem qualquer restrição.

De modo que o primeiro argumento de Vitale, doutor exímio e autor de riquíssimo tratado sobre sucessões, não me parece aceitável, porque a equiparação se faz sem que a lei abra exceção à sua generalidade ou deixe fenda por onde se insinuem restrições.

Se o legislador falou em prole, é que previu o que acontece as mais das vezes, o nascimento de filhos.

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães (Relator): A nossa lei fala dessa equiparação na sucessão *ab intestato*.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Presidente): Mas, como o legislador equiparou o adotivo ao filho mesmo, parece-me que, em tese, essa equiparação descomporta o encurtamento sobre o instituto cuja ampliação é geralmente recomendada. Aliás, as próprias restrições que o direito brasileiro estabelece não são aceitáveis pela orientação moderna, sendo curioso registrar que o Código Civil dos Sovietes, o Código Civil Russo, não estabelece as limitações de idade a que alude o nosso Código Civil e até permite seja o adotado mais idoso do que o adotante. No direito *in fieri* cuida-se de alargar as bases do instituto, transformando-o em poderoso instrumento de solidariedade humana e em meio completo de satisfazer a instintos úteis à comunhão.

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães (Relator): Pessoalmente sou pela abolição de todos as restrições, *de lege ferenda*.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Presidente): De modo que os argumentos a que aludiu o Exmo. Sr. Ministro Relator, e aos quais deu o prestígio de sua grande autoridade, não parecem terminativos, o que passa, igualmente, com o de Contardo Ferrini.

Mas um argumento há, no caso, que impressiona e leva-me a inclinar-me ao voto do eminentíssimo Relator. É o argumento da unipersonalidade do testamento. O testamento é ato em que domina, solitária, a vontade do testador, que não pode ser frustrada ou iludida pela ação de outra pessoa.

Alguns autores, como Cimbali, procuram ver certa bilateralidade no ato em que também se faz sentir a aceitação do legatário. Mas, como observa Grossi, vai, na observação, engano. Não se trata de bilateralidade, mas dos dois atos unilaterais: a liberalidade e a posterior aceitação.

Ora, o eminentíssimo Sr. Ministro Relator demonstrou bem que, em hipótese como na dos autos, de existirem outros fideicomissários, eles seriam lesados por ato próprio do primeiro fideicomissário, contra os desígnios do testador.

No caso, a vontade do primeiro beneficiário não é poderosa a, mediante ato próprio, ferir direito de terceiro contra a vontade do testador. E, assim, pedindo permissão para não aderir a todos os fundamentos do erudito voto do eminentíssimo Sr. Ministro Relator, também conheço dos dois recursos e dou-lhes provimento.

APELAÇÃO CÍVEL 8.069 — SP

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: A primeira questão que se oferece a exame — já que a apelação voluntária evidentemente veio a desoras e não podia ser, como não foi, recebida pelo juiz *a quo* — a primeira questão que se apresenta para ser resolvida é a de caber, no caso, recurso oficial, por haver a Estrada de Ferro Central do Brasil adquirido autonomia, transformando-se em entidade paraestatal.

Já, em agravo, e com algum desenvolvimento, dei as razões por que entendo caber, no caso, o recurso oficial.

São as autarquias entidades de direito público através das quais, dado o incessante desenvolvimento da ação do Estado, se desenvolvem atividade administrativa paralela à do Estado. São órgãos descentrali-

zados dos serviços públicos. Sua autonomia administrativa, aliás, em certos casos, limitada, não lhes altera a feição assinalada e que, em algumas delas, como no caso de que se trata, avulta ao primeiro súbito de vista. A direção da Estrada cabe a brasileiro nato, da livre escolha do Presidente da República e o interesse da União, na atividade dessa autarquia, transparece de diversos dispositivos do Decreto-Lei 3.306, de 24 de maio de 1941. E esse interesse justifica e impõe o recurso oficial, como no julgado a que me referi procurei demonstrar mais desenvolvidamente. Conheço, pois, do recurso oficial.

Nego-lhe, porém, provimento. A sentença foi justa. Frisa com o direito e orna com a prova dos autos.

O próprio maquinista deixa declarado que na porteira não existia guarda para fiscalização, o que é confirmado pelo foguista, por Bernardino França de Azevedo. O auto estava parado sobre os trilhos, havendo o motor faltado. As porteiras se achavam abertas.

Verificou a perícia judicial que o local em que ocorreu o sinistro é “passagem forçada” para pedestres e veículos e mais, ao passo que é boa a visão para as locomotivas para qualquer impedimento sobre os trilhos, a visibilidade para os motoristas é nula com referência à Estrada de Ferro, por motivo dos barrancos existentes.

E se bem que pusesse em realce a imprudência de cruzar um veículo a estrada quando — como se deu — estava a lâmina do poste sinal de arriada, também observou que as porteiras, que, aliás, se acham em péssimo estado de conservação, permaneciam abertas. A imprudência do maquinista em não prestar atenção ao local, sabendo da existência da passagem de nível, está peremptória e desenganadamente afirmada na perícia. A prova testemunhal produzida pela A. também lhe é favorável.

Uma delas, a terceira, afirma ainda que não havia na Estrada sinal a indicar a aproximação do trem na passagem do nível, o que também parece à segunda. A primeira fala desse sinal, a 50 metros da passagem do nível, acrescentando, porém, que, por divisá-lo, é necessário “chegar-se bem próximo da linha, quase encostado”. A quinta testemunha também refere circunstâncias que agravam a situação da Estrada. A culpa

desta e do maquinista se acha provada. Dir-se-á que a vítima também incidiu em culpa e razão era se aplicasse o princípio da compensação. Ainda que esse critério se pudesse aplicar à Estrada, em se tratando de dano a transeunte, de responsabilidade puramente delitual, e não contratual, como no caso de dano a passageiro, ainda assim não daria pela compensação para o efeito de desavultar a indenização respectiva.

A culpa da vítima, é certo, atenua a responsabilidade do réu, sem excluí-la (vide Cuturi, *Compensazioni*, n. 222; Elie Casevan, *Les Clauses de non Resp.*, n. 291; Chironi, *Colpa Est. Cont.*, II, n. 537; Fromageot, *Faute*, 47, *Código Austríaco*, § 1.304; *Código Federal Suíço de Obrigações*, art. 51; *Código Alemão*, § 254, etc.).

E nem a ausência de texto legal expresso, entre nós, a respeito serviria de fundamento à recusa do princípio vogante na doutrina, como a propósito do direito francês, também no caso, omissio, conclui Demogue (*Obligationes*, vol. IV, p. 510, n. 795 *in fine*).

Mas, no pesar a contribuição da vítima em comparação com a do A., tem o juiz natural liberdade de apreciação que pode chegar, dada as circunstâncias, a eliminar a responsabilidade do réu completamente como a não tomar em consideração a da vítima. E as circunstâncias dos autos, a debilidade das provas com respeito é contribuição da vítima para o sinistro, o exíguo porte dessa possível contribuição e até a pouquidade dos recursos da A., que está em juízo sob o patrocínio da Assistência Judiciária, inculcam a Justiça de se tomar o último alvitre. E é o que faço, negando provimento ao recurso.

APELAÇÃO CÍVEL 8.210 — DF

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, o ilustre advogado dos apelantes trouxe à baila a questão da vida provável da vítima, dizendo que ela devia ser calculada em mais de sessenta anos,

porque se tratava de pessoa que tinha saúde perfeita e até se dedicava a desportos mais ou menos violentos. Mas essa questão não tem importância no ângulo visual em que me coloco, porque a indenização deverá ser prestada em prestações mensais, mediante quantia que dê a renda mensal necessária, revertendo o capital à parte que indeniza quando ocorrer algum dos fatos que a lei menciona.

De maneira que a quantia deve produzir essa renda e ficará depositada, *sine die*, até que algum fato faça cessar a indenização.

Com esse critério da indenização, nos casos de morte, por meio de rendas mensais, que é o critério imposto pelo Código Civil e se irmana com a doutrina do Código de Processo, não posso atender a essa parte da argumentação do advogado.

Alegou-se da tribuna, também, que o dano moral é possível de ser indenizado, questão interessantíssima, a que nosso direito não dá solução direta, podendo os Tribunais, assim como os juízes, arbitrar em certos casos e moderadamente essa indenização, de acordo com o critério adotado no Anteprojeto do Código das Obrigações. Demogue menciona que essa corrente é vencedora em todas as legislações dos povos latinos e que apenas o direito germânico, informado de critérios materialistas, lhe nega entrada.

Mas certo é que o ilustre advogado, versando a hipótese, não alegou dano **puramente moral**; ao contrário, diz que esse dano se refletiu no patrimônio da vítima. Gabba separa cuidadosamente o dano puramente moral e o dano patrimonial. O dano puramente moral não seria, para muitos, indenizável: primeiro, porque é incalculável; segundo, porque seria imoral, algumas vezes, pagar em moeda corrente danos dessa ordem. E aqui costuma vir à baila o exemplo do marido ultrajado.

Como quer que seja, a não ser em tais hipóteses, vai adquirindo cada vez maior consistência a opinião que admite moderada indenização do dano moral.

Mas essa questão não está nos autos, porque o que se alega é que, no caso, o dano moral incidiu no patrimônio.

O dano moral incide no patrimônio quando a parte deixa de produzir, trabalha menos, é obrigada a repouso. E, no caso dos autos, segundo se alega, os menores agora postos sob tutela vão pagar quantia que não pagariam se seus pais estivessem vivos. O dano é inquestionavelmente indenizável; é dano material, é prejuízo patrimonial.

Entendo que deve ser, portanto, indenizado, como disse o eminente Sr. Ministro Waldemar Falcão, com cujo voto concordo inteiramente. Os meninos foram postos sob tutela; o tutor deve ser pago por esse encargo, e esse pagamento também deve caber à empresa.

Finalmente, quanto aos honorários, dou razão a S. Exa. o Sr. Ministro Goulart de Oliveira. Os honorários foram calculados mingaudamente em 10%. Não há motivo para fugir, no caso, à média dos 20%, como em outros casos seria possível. Também majoro, assim, para 20% esses honorários.

Quanto à apelação *ex officio*, entendo que se deve dar provimento, em parte, para que a indenização se efetive por meio de renda, depositando a empresa a quantia necessária a produzi-la. Não dispenso esse depósito no caso dos autos, por se tratar de autarquia, e não é justo que não se garanta o direito dos menores. As prestações devem ser mensais.

Finalmente, devo referir-me à aplicação, no caso, dos arts. 911 e 912 do Código de Processo. Ainda que não se chegue ao extremo de negar distinção entre culpa extracontratual e contratual, aplicam-se a esta culpa contratual dispositivos da culpa não contratual, como já se tem decidido, de acordo com a melhor doutrina. E é curioso observar que a extensão da culpa não contratual via de regra é mais ampla, sendo favorável ao ofendido a ampliação de que se trata. Veja-se, ao propósito, o que, entre outros, ensina Josserani.

Nesses termos, dou em parte provimento às apelações da parte e ao recurso *ex officio*, julgando prejudicadas as demais.

APELAÇÃO CÍVEL 8.369 — SP

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Bento de Faria: A Companhia Mecânica e Importadora de São Paulo foi notificada, em outubro de 1941, por mandado do Juiz da 7ª Vara Cível, a requerimento do liquidante da Banca Commercial e Italiana de Londres, Russell Kettle, a pagar-lhes a importância do débito que contraíra com aquele estabelecimento conforme a respectiva escritura transcrita (fl. 8 verso), por isso, na escritura de fl. 23, dito crédito teria sido atribuído ao mesmo Banco, na Itália (fl. 34).

Assim porque o governo inglês, em 25 de setembro de 1940, ordenara a terminação dos negócios do supra-referido Banco (fl. 83), ordenando sua liquidação.

A Companhia Mecânica, por motivo de tal notificação e para remover a dúvida sobre a quem cabia receber a importância devida, requereu, com fundamento no art. 318 do Código do Processo Civil, a respectiva consignação em pagamento, fazendo citar por editais a matriz daquele Banco, sediado em Milão, e demais interessados, nos termos da petição à fl. 6 (lê).

Compareceram não só o liquidante do Banco extinto e em liquidação em Londres como também a União Federal.

Aquele, sustentando ser o legítimo credor e reclamando o pagamento, apesar de declarar não ser o depósito integral (fl. 148), (fl. 90); e a União, a suspensão da instância por não se achar ainda o governo aparelhado a defender os seus interesses (fl. 78), no que foi desatendida pelo despacho de fl. 101 (lê), com o qual se conformou (fl. 157), e depois o mesmo pagamento, que, entretanto, deveria ser acrescido da bonificação a que alude a cláusula 16-a da escritura à fl. 23 (vide fl. 165).

Assim, porque se tratava de bens de pessoa jurídica italiana, passaram à administração do Governo Federal, nos termos do art. 11 do Decreto-Lei 4.166, de 11 de março de 1942, como medida

garantidora do nosso integral ressarcimento pelos prejuízos causados ao Brasil pelas forças de guerra da Itália e outras nações competentes do Eixo (fl. 78).

Conclusos afinal os autos, o juiz proferiu a sentença de fl. 203 (lê), atribuindo o pagamento consignado ao governo inglês, representado por seu procurador, o aludido liquidante.

Apelaram a Companhia Mecânica, pelas razões de fl. 210, e a União Federal, pelas que ofereceu à fl. 216.

O dito liquidante apresentou em resposta as alegações de fl. 224, nas quais, reafirmando seu ponto de vista, pede a confirmação da sentença apelada.

Remetidos os autos e ouvido o Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, que opinou nos termos do parecer à fl. 253 (lê).

VOTO (Preliminar)

O Sr. Ministro Goulart de Oliveira: Sr. Presidente, diante das informações, cuidadosamente estudadas nos autos pelo Sr. Ministro Relator, não encontro elementos para discordar do ponto de vista que S. Exa. mantém e sustenta.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Creio que não haveria inconveniência em ouvir o Tribunal Pleno sobre essa matéria.

O Sr. Ministro Goulart de Oliveira: É o meu voto.

VOTO (Preliminar)

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, já em ligeiro aparte denunciei meu modo de ver nesta questão.

A Constituição federal, com reflexos forçados no nosso Regimento, diz que compete ao Supremo Tribunal dirimir litígios entre entidades públicas, de direito externo, nações estrangeiras; e, se ao Supremo Tribunal compete dar solução nessas questões, também a ele compete identificar os casos, saber se qualquer deles é ou não de litígio, uma vez que uma das partes argúi, autorizadamente, que se trata de litígio.

Evidentemente, assim me pronunciando não estou comprometendo o meu voto, entendendo que o caso é de litígio. Mas penso que a votação, nesse sentido, é do próprio Supremo Tribunal. A Turma é Supremo Tribunal, mas não tem a mesma competência que o Tribunal Pleno. Sua competência é destacada em artigo do Regimento. E, se alguma das partes alegar que, na questão, há litígio entre nações estrangeiras, verificar, em espécie, se há esse litígio, para chegar, em tese, à conclusão de que ele existe ou não, também, a meu ver, compete privativamente ao Tribunal Pleno, se não se trata de alegação *prima facie* improcedente, o que não é o caso dos autos.

O ato do governo estrangeiro, na espécie, é ato de soberania.

Se não se pode identificar o liquidante do Banco com representante diplomático estrangeiro, é evidente, entretanto, que os atos que pratica provêm de poder extraordinário, emanado de governo estrangeiro. Bastaria essa consideração e a argüição da União para que, *data venia*, aceitasse eu a preliminar.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Bento de Faria (Relator): Sr. Presidente, V. Exa. nega provimento ao recurso *ex officio*. Devo dizer por que dei-lhe provimento em parte.

Assim fiz porque o juiz mandou entregar a importância ao governo inglês; não a mandou entregar ao liquidante.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Mas a entrega ao governo inglês se faz por meio de seu representante.

O Sr. Ministro Bento de Faria (Relator): O liquidante não está agindo como tal, mas como vigia de uma liquidação.

Por outro lado, o juiz não considerou integral o depósito, tanto que limita a quitação à importância depositada, mandando fiquem ressalvados os direitos do credor.

Julguei que, para modificar esse entendimento da sentença, havia de dar provimento, em parte, ao recurso *ex officio*.

Quanto ao mais, estou de acordo com a sentença.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro José Linhares (Presidente e Revisor): O depósito foi feito porque o devedor, não sabendo a quem pagar, depositou a quantia que confessava dever e que era representada por duas notas promissórias. Ora, a solução das dívidas só poderia importar no *quantum* das duas notas promissórias. Tudo mais era condicionado, dependente de ação posterior. Assim, a sentença que julgou o depósito falou por demais; a parte poderia propor esta ou aquela ação.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: O réu objetou que o depósito não era integral.

O Sr. Ministro José Linhares (Presidente e Revisor): Objetou mal.

O Sr. Ministro Bento de Faria (Relator): O Sr. Ministro Revisor considera o depósito integral.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: A consequência lógica, então, é a exoneração do devedor.

O Sr. Ministro José Linhares (Presidente e Revisor): Essa questão é por demais.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: A objeção é relevante. Era um dos modos de se defender o réu.

O Sr. Ministro José Linhares (Presidente e Revisor): Se deposito o valor de duas mil libras esterlinas e esse valor em dinheiro brasileiro não corresponde à quantia em dinheiro inglês, evidentemente o depósito não é integral; mas, se deposito quantia em dinheiro brasileiro perfeitamente correspondente à mesma quantia em dinheiro inglês, certamente o depósito é integral.

Se há outras dívidas do devedor para com o credor, isso não importa, no caso, pois tais dívidas não ficaram pagas com o depósito — que só se refere ao valor das duas promissórias.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Essa ressalva não tinha razão de ser. Por isso, o eminente Sr. Ministro Relator deu provimento, em parte, ao recurso *ex officio*.

O Sr. Ministro José Linhares (Presidente e Revisor): Estamos, pois, de inteiro acordo, mas o que há é que essa ressalva já está expressa na lei.

VOTO

O Sr. Ministro Waldemar Falcão: Sr. Presidente, a ação em apreço foi proposta pela Companhia Mecânica Importadora de São Paulo, mercê da inicial, que reza, entre outros pontos, o seguinte:

Acontece que, além de ter o banco credor sua sede em lugar, hoje, de acesso perigoso e difícil, tem a suplicante dúvida sobre quem deva legitimamente receber a importância em débito. Quer, por isto, proceder de acordo com o disposto em os números III e IV do artigo 973 do Código Civil e no artigo 318 do Código do Processo Civil.

E, no final, ainda diz a autora:

Do exposto, pede a Vossa Excelência, prefixados dia e hora para depósito da importância em débito, indicada, com a dos juros que se venceram até esse dia e feitas as deduções também indicadas, conforme conta e cálculo que deverão ser feitos pelo contador deste Juízo, sejam, na forma do que dispor o artigo 177, número 1, do Código do Processo Civil, citados, o Banco credor e os interessados, para, provado seu direito, levantá-las, por saldo, mediante entrega das notas promissórias representativas da dívida, na forma do disposto no § 2º do artigo 22 da Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, e restituição dos títulos dados em caução, ainda em seu poder, com os cupons acima indicados.

Vêem-se, por conseguinte, claramente expostos, nestes trechos da inicial, os objetivos da ação de depósito em pagamento proposta.

Correu a causa seus termos processuais. Depois de apreciar o debate travado entre o representante do Banco inglês em liquidação e a União Federal — sendo que este, com razões respeitáveis, disputava o direito de receber a importância depositada, por força de decreto-lei do governo brasileiro que mandou confiscar os bens dos débitos do

Eixo —, o juiz, em vez de proceder como manda o art. 318, II, do Código de Processo, preferiu julgar a ação, nos seguintes termos:

A isso se reduz a hipótese dos autos. Pelo que, deferindo o pagamento consignado ao Governo Inglês, neste processo representado por procurador bastante, mando que, oportunamente, em seu favor se expeça a necessária ordem de levantamento, mediante quitação à devedora, pela concorrente quantia.

Não seria possível a consignação em favor do recorrente quando a própria parte declarava a dúvida em que laborava para saber a quem efetuasse o pagamento.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Essa dúvida o Juiz considerou extirpada.

O Sr. Ministro Waldemar Falcão: O que o Código de Processo Civil determinou no art. 318 é o seguinte:

Se a ação tiver sido intentada por haver ignorância ou dúvida sobre quem deve receber, efetuar-se-á o depósito no dia prefixado para o recebimento, prosseguindo-se por esta forma:

E, então, enuncia o legislador como se deve proceder, dizendo no n. II:

Comparecendo mais de um pretendente, aplicar-se-á o processo estabelecido para o concurso de credores.

Tanto essa alegação não foi alheia ao ânimo do Juiz que ele aludiu na parte dispositiva de sua sentença a um concurso sobre a quantia consignada. Mas, examinados os autos, na parte referente à audiência de instrução e julgamento, fl. 150, não se encontra neles elemento capaz para afirmar que tenha havido concurso de credores. O concurso de credores tem o seu rito processual estabelecido.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Mas o sacrifício desse rito, no caso, não importa.

O Sr. Ministro Bento de Faria (Relator): O título do liquidante é a escritura de dívida que ele exibiu; o título da União é o decreto.

O Sr. Ministro Waldemar Falcão: O concurso de credores tem o seu rito determinado nos arts. 1.025 e seguintes do Código de Processo Civil. O que o Juiz deveria ter feito era, em face dessa dúvida, dessa concorrência de credores que disputavam o recebimento da importância questionada, mandar abrir o concurso, processá-lo e julgá-lo, como de direito.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: O sacrifício desse rito não importou ao caso: o título da União era um diploma legal, o do credor era o ato do governo inglês.

O Sr. Ministro Waldemar Falcão: Mas o Juiz não usou de um processo necessário e regular.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: E as partes não argüem essa irregularidade.

O Sr. Ministro Waldemar Falcão: O Juiz julgou a ação de uma maneira defeituosa, de uma maneira que não obedece aos preceitos legais. E, por força desse equívoco do Juiz, a causa chegou a um verdadeiro impasse, em que, de um lado, disputa a quantia um Banco, uma entidade cuja liquidação foi decretada pelo governo inglês, e, de outro lado, se pleiteia o direito da União Federal, decorrente de razões muito respeitáveis, escudadas num decreto-lei que todos sabemos teve alta inspiração patriótica, e, apesar de tudo, o Juiz se limita a dizer, na sua sentença, que defere o pagamento constante desse processo e manda que oportunamente, em favor de tal Banco, se expeça a necessária ordem de levantamento.

Quer dizer que, em face disso, estamos diante de uma sentença nula; e ainda mais me firmo nessa convicção, lendo o art. 273 do Código de Processo, *in verbis*:

Quando a lei prescrever determinada forma, sem a cominação de nulidade, o Juiz deverá considerar válido o ato:

I - se, praticado por outra forma, tiver atingido o seu fim;

II - se a nulidade for argüida por quem lhe tiver dado causa;

III - se a nulidade não for argüida pelo interessado na observância da formalidade ou na repetição do ato.

E também o art. 276, que diz:

A improcedibilidade da ação não importará nulidade do processo. O juiz anulará somente os atos que não puderem ser aproveitados, mandando praticar os estritamente necessários para que a ação se processe, quando possível, pela forma adequada.

De maneira que, diante dessas considerações que acabo de fazer, o meu voto é por que se dê provimento *in totum* ao recurso *ex officio*, para o efeito de, anulado o processo desde a audiência de instrução e julgamento à fl. 150, mandar que o Juiz aplique o rito processual dos arts. 318, n. II, 1.025 e seguintes do Código de Processo Civil, julgando afinal a causa como for de direito. Julgo prejudicadas, assim, as apelações da apelante e da União Federal.

PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, não tenho dúvida quanto à integralidade do depósito; V. Exa. e o Sr. Ministro Bento de Faria demonstraram que o depósito estava íntegro. Também não tenho dúvida de que o processo está escoimado de nulidades: o sacrifício de rito, a que se refere o Sr. Ministro Waldemar Falcão, não trouxe prejuízo às partes, nem foi essa nulidade alegada, estando, além disso, subordinada sua decretação a prejuízo, que inexistente.

Entretanto, a questão não se esgota com esses aspectos; há outras questões que demandam estudo, pelo que peço vista dos autos.

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Na questão da competência originária deste Supremo Tribunal, já me manifestei, ficando vencido.

Trata-se de litígio, de controvérsia judicial e, nesse ponto, divergências não ocorreram. Trata-se de litígio em que pretensão do governo inglês, forte em sua soberania, colide com pretensão do governo brasileiro, baseada, igualmente, em ato soberano.

Não importa — peço vénia para a discordância — que a pretensão do governo inglês venha postulada por um liquidante de estabelecimento bancário. A investidura deste é extraordinária. Não deriva de estatuto ou de declaração de vontade de particular, mas de ato do governo inglês, de quem é ele delegado na execução de uma lei de guerra.

Mas, se, com a devida vénia dos eminentes colegas, me apartei no particular discutido, votando por que fossem os autos ao Tribunal Pleno, com eles me achei ao concluir pela integralidade do depósito.

Pedi vista dos autos para mais curiosamente examinar a quem era devido o pagamento. Não pude — oprimido do poder de auto e pinha de casos que aguardam estudo — dar a meu voto a extensão que o assunto comporta — e exige.

Enuncio, pois, apenas, rápida e sumarissimamente, a conclusão a que cheguei. Concluo em favor da pretensão da União Federal. É que proclamar, no caso, o direito do governo inglês, aliás amigo e aliado e que encarna o poder do país glorioso, vanguarda dos direitos da civilização na luta mortal contra seus cruéis adversários, proclamar esse direito é reconhecer a extraterritorialidade de uma **lei de guerra**, contra princípios e manifestações jurisprudenciais que compõem o verdadeiro *ius receptum*.

As leis de guerra que determinem o seqüestro de bens do inimigo ou contenham disposições extraordinárias semelhantes constituem normas territoriais características, sem poder de irradiação para além das fronteiras do país que as decreta.

Providências excepcionais, tomadas contra o direito comum que vige em tempo de paz, acham-se tais leis, falando pela via ordinária, fora dos quadros do direito internacional privado.

Não oferece a jurisprudência pátria precedentes copiosos a respeito. Entretanto, em longo e eruditíssimo parecer dado pelo professor

Haroldo Valadão, tira S. Exa. a lume o acórdão da Corte de Apelação do Distrito Federal, de 4 de julho de 1918, in *Rev. de Dir.*, vol. 49, pp. 379 e seguintes, relatado por Geminiano da Franca e em que se decidiu que aquelas leis, que são de emergência e de exceção, deixam de impetrar em outros países, “porque atentariam contra a soberania nacional”. A possibilidade da aplicação extraterritorial das leis de guerra foi repelida formalmente. E o julgado afina com a melhor doutrina e com farta jurisprudência estrangeira que, segundo o professor Haroldo Valadão, guarda, a respeito, “unanimidade”. Na mesma Itália, foi negado efeito, ao que se lê no aludido parecer, às leis alemãs sobre divisas, em julgado de trinta de julho de 1937, in *Rev. de Dir. Com.* de Sraffa e Vivante, 11, p. 117, e in *Nouv. Revue*, 1938, p. 408.

Dir-se-á que a extraterritorialidade de tais leis é vedada porque atingiria a **neutralidade** do país, a sua ordem pública como país neutro. E neutro não é o Brasil, senão aliado da Inglaterra na luta contra um inimigo comum.

Mas há exemplos contrários na jurisprudência estrangeira, e na doutrina há lições radicais, como a de Niboyet, citado em Haroldo Valadão:

(...) une legislation d'exception touchant au droit public n'a jamais d'effet extraterritorial.

Não nego, entretanto, a relevância do argumento e vou até admitir a possibilidade daquela aplicação quando, como no caso da luta contra a Alemanha, o que se verifica é, na real verdade, um conflito de ideologias, e quando as nações aliadas defendem, de par com o respeito à sua soberania, a prevalência de certa ordem jurídica comum, a predominância de certos princípios jurídicos e políticos atingidos pela concepção jurídica e política do adversário comum.

Em tais casos, e rigorosamente, as leis de guerra decretadas por um país aliado podem não ser consideradas contra a ordem pública e a soberania por outro país que lute pela prevalência das mesmas concepções, dos mesmos princípios, da mesma ordem jurídica e social.

A guerra que agora empolga o mundo não se parangona às lutas do passado; tem sentido mais profundo e extensão de tão grande alcance que somente poderá ser medida ao depois, quando o tumulto do presente entrar no desaguadouro dos tempos. Pode, assim, um país, por ato próprio de sua soberania, e desconsiderando a categoria excepcional da lei de guerra, dar-lhe aplicação em seu território, não a considerando atentatória de sua ordem pública.

Mas, no caso dos autos, esse ato — que seria legítimo e acatável nos tribunais — de soberania do Brasil dando efeito em suas fronteiras à lei da Inglaterra contra o inimigo comum, não existe. Ao contrário. Visando aos mesmos fins das leis inglesas, leis brasileiras surgiram determinadoras de seqüestro dos bens do inimigo que tem causado ao Brasil, de par com ultrajes e ofensas à sua soberania, danos materiais para cuja imperiosa reparação podem aqueles bem concorrer, segundo velha prática internacional sancionada pelos tratadistas, conforme já se via da lição do sumo Lafaiete, transcrita no brilhante parecer do Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da República.

Dentro, pois, das nossas fronteiras, nos limites da nossa soberania, o que há de prevalecer é a lei brasileira.

O Banco liquidando tinha ramificações e negócios no Brasil. Era também aqui estabelecido e está, assim, compreendido nas leis nacionais de guerra.

Dou provimento para mandar que se defira o pagamento à União Federal.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, o voto do eminente Sr. Ministro Waldemar Falcão, agora reiterado, vem trazer notável prestígio à conclusão a que cheguei. Disse S. Exa. que estaria de acordo com as minhas considerações sobre a implicação extraterritorial de lei de guerra, e assim concluiria, se não fosse o vício de processo a que S. Exa. aludiu.

Rigorosamente falando, S. Exa. tem razão. O concurso de credores deveria ter sido instaurado, desde que duas entidades pretendiam

o pagamento da quantia depositada. Mas, no caso dos autos, por amor da economia processual e pelo princípio de que não há nulidade sem prejuízo, torna-se necessário temperar o rigor desse princípio. A solução da controvérsia jurídica, dados os títulos com que se presentaram os credores, independia de mais perquirições e desdobramentos, não ocorrendo, pois, possibilidade de prejuízo, e sem este a nulidade processual não deve ser decretada, por nua e sem fomento de justiça.

EMBARGOS NA APELAÇÃO CÍVEL 8.369 — SP

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, como observou o eminentíssimo Sr. Ministro Relator em seu claro voto, a questão da integridade da prestação no depósito perdeu, nesta fase do julgamento, qualquer relevo, assumindo caráter secundário.

Na Segunda Turma, esse aspecto da controvérsia não dividiu os votos — os argumentos do meu eminentíssimo colega, cujas lições tanto prezo, Exmo. Sr. Ministro **Annibal Freire**, contrários ao voto que pronunciei na Segunda Turma, desenvolvem-se no sentido declarado de que não ocorre litígio entre o Brasil e a Inglaterra. Eles, entretanto, *data venia*, dizem respeito exatamente à improcedência desse litígio, e não a sua inexistência.

A meu ver, é indiscutível que o governo inglês e o brasileiro nutrem a mesma pretensão e litigam neste pleito. É o que basta para realçar a existência de litígio.

O Exmo. Sr. Ministro Hahnemann Guimarães declarou, em seu lúcido voto, que os Bancos não se confundem e que os bens pertencem à Inglaterra.

Ainda que se aceite esse argumento por amor do debate, ele não leva à improcedência do litígio, porque é certo e recerto que o governo

brasileiro pretendeu e pretende, em embargos, haver a quantia que os eminentes colegas, salvo o eminente Sr. Ministro Relator, agora entendem deva ser entregue ao governo inglês.

Logo, o litígio existe, ainda que nas dobras de uma ação de consignação em pagamento. É certo que dois governos, cada qual fortalecido na sua soberania, ainda que S. Exas. entendam que a razão não está com a União Federal, empenham-se em litígio. Eis por que na Segunda Turma procurei tornar claro que a causa devia vir originariamente a este Tribunal Pleno.

Creio que em hipótese alguma podia caber ao governo da Inglaterra o direito pretendido; porque seria obrigar o Brasil a respeitar leis de guerra de outro país, ainda que aliado.

As leis de guerra, como acaba de realçar o Exmo. Sr. Ministro **Annibal Freire**, não têm irradiação extraterritorial. Foi esse o princípio que fundamentou meu voto, em que lembrei, fortalecido em ensinamentos do Exmo. Professor **Haroldo Valadão**, que, ainda na Itália de Mussolini, aliada da Alemanha, não se deu aplicação às leis de guerra alemãs, por não terem efeito extraterritorial.

É certo que o Brasil era aliado da Inglaterra, e eu próprio ressaltei o alcance dessa aliança **íntima**, que reuniu soberanias e ideologias no combate a inimigo comum, inimigo não só da nossa soberania, senão ainda da nossa cultura e das nossas tradições jurídicas e morais. A intimidade e a força dessa coligação de forças e sentimentos chegou a fazer desmaiar um pouco a noção mesma de soberania. Este Supremo Tribunal, em acórdão para o qual contribuí com o meu modesto voto, e que suscitou eruditos reparos ao eminente Embaixador **Hildebrando Accioli**, reconheceu aos Estados Unidos jurisdição em caso de crime praticado por soldado norte-americano em Recife. Verificou-se, então, que não era de considerar-se o território como ocupado, mas que se tratava de colaboração íntima em território nacional, e chegou-se a entregar ao governo norte-americano o julgamento do seu soldado, dando-se-lhe, assim, jurisdição para esse efeito.

Tudo isso é certo. Mas, apesar dessa união íntima das soberanias, as leis de guerra não tiveram projeção extraterritorial. E esse princípio inabalável impediria, a meu ver, que se aplicasse, no caso, a lei inglesa.

É exato que os Bancos não se confundem, mas também é exato que, no caso, havia dinheiro de súditos do Eixo no Brasil, provocando, em conseqüência, atrito entre o decreto do governo brasileiro e a lei inglesa. E, sendo esta de alcance puramente territorial, entendo que a União tinha direito, e, ainda agora, pedindo vênia aos meus eminentes colegas para persistir nos fundamentos do meu voto, recebo os embargos.

APELAÇÃO CÍVEL 8.403 — CE

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: No erudito parecer de fls., o Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da República (2º vol., fl. 437) enuncia que a responsabilidade da União pressupõe a culpa, a negligência, a imprudência (art. 159 do Código Civil). De certo que, quando ocorre culpa, existe a responsabilidade de que se trata. Mas o art. 159 do Código Civil não exauriu os casos de responsabilidade do Estado, senão que mencionou hipóteses em que essa responsabilidade existe. Mas, fora dessas hipóteses, não foge a União ao dever de indenizar e segundo os princípios de direito público que, no caso, não se deixam prender ao critério estreito da culpa civil, tendendo a apagar-se, no caso — como se eliminou a noção da inteira irresponsabilidade do Estado —, a doutrina de Lino Morais Leme, Sourdat, Abry et Rau, Massé, Giorgi, Fleiner e outros, presa aos conceitos tradicionais do direito privado.

Não dominam aqui razões de pura lógica jurídica, senão aqueles motivos “de alta política e de eqüidade” da alusão de Haurion.

O caso dos autos não exige, porém, o exame desse aspecto da questão e a referência que fazemos, *chémin faisant*, representa em homenagem ao lúcido parecer do Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da República.

A controvérsia enterreirou-se em outras lindes. O de que se acusa a União é de quebra injustificada de ajuste, é de inadimplemento de contrato, colocada a questão nos critérios mesmos do direito privado e sem que pretenda o A. servir-se dos dados da doutrina da culpa objetiva, da culpa administrativa, do risco integral, da equitativa distribuição de ônus e cômodos.

É certo que, quando contrata, põe-se a pessoa do direito público ao nível da pessoa natural ou da pessoa jurídica de direito privado. Há certos aspectos que, ainda aqui, mostram as influências do direito público. Eles, porém, não exoneram o Estado do dever de indenizar quando descumpre o convencionado.

Os contratos administrativos, escreve Ruben Rosa (*Direito e Administração*, p. 37), regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acordo das vontades e ao efeito, observados, porém, quanto à sua estipulação, aprovação e execução, as normas de direito administrativo e de contabilidade pública. É que, então, como observa Amaro Cavalcanti, exerce o Estado função idêntica à que exerce o indivíduo, submetendo-se a mesma disciplina fundamental, sem embargo, como aludimos, de certos aspectos que impedem que a equiparação seja completa.

Themistocles Cavalcanti adverte que é necessário “considerar o contrato administrativo dentro dos princípios que servem de base ao direito público”.

Mas, ao que me parece, o asserto do eminent publicista não se põe às testilhas com o que ele expende na primeira edição das *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro, verbis*:

O Estado quando se obriga, equipara-se, evidentemente, aos particulares no que diz como cumprimento das obrigações assumidas (Otto Mayer). Ele está obrigado a respeitar as cláusulas contratuais por motivo de ordem moral e de ordem econômica, que não precisam ser aqui salientadas, mas, ao assumir essas obrigações, ficam subentendidas certas restrições de ordem pública que não podem ser desconhecidas pelo particular que com ele contrata inerente à sua própria natureza de pessoa de direito público, cujos interesses confundem-se com os da coletividade.

Tais diferenças, entretanto, não subvertem o que há de fundamental no contrato, não desfigura essa “categoria jurídica” para usar a linguagem de Duguit.

Verdadeiro é o conceito de Goicon Y Marin:

En esencia, la índole jurídica de estas relaciones no puede ni debe ser diferente de las que son reguladas por el derecho civil; el derecho contractual es el que, en principio, debe tener aplicación. (*Derecho Administrativo*, vol. 2, p. 253.)

No caso dos autos, defende-se a União com a ocorrência de *vis maior*, “que se define como hecho extraño a la voluntad del devedor, y que no se ha podido prever ni impedir, pero que le coloca en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones” (Velasco, *Der. Adm.* 2, p. 350). Não se rastreia, porém, no caso, a pinta da *vis maior* que justificasse o inadimplemento do contrato e tornasse a União absolta do vínculo a que se prendera, depois, aliás, de dado ao ajuste começo de execução. Vê-se dos autos que as obras do açude “Nova Holanda” foram suspensas até que se dilucidassem dúvidas sobre questões de propriedade e que chegaram a ter expressão em embargo judicial. Mas a esses fatos faltam os característicos da força maior, sendo bastante considerar, como o faz o juiz, que, antes da assinatura do contrato, ficara a Inspeção noticiosa dessas questões e, não obstante, vinculou-se pelo contrato, tomando a iniciativa de elaborar e aprovar o projeto e orçamento do açude.

As dúvidas, pois, a que se alude eram anteriores a contratos e foram relegadas, não impedindo a formação do vínculo que a União não pode, agora, desatar, sem incidir no art. 1.056 do Código Civil, por força do qual, “não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devido, responde o devedor por perdas e danos”.

A sentença de fls., parece-me, é benemérita de confirmação. Nego provimento ao recurso oficial e à apelação de fls.

APELAÇÃO CÍVEL 8.606 — DF

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Nunes: Sr. Presidente, não se trata de embargos, conforme V. Exa. anunciou, mas de remessa feita ao Tribunal Pleno, de um caso submetido à Turma, em que a parte pediu viessem os autos ao Tribunal Pleno, por haver, segundo alega, divergência de jurisprudência.

Vou ler o relatório que fiz, para melhor compreensão da hipótese:

O Dr. José Sabóia Viriato de Medeiros, Procurador-Geral da Prefeitura do Distrito Federal, propôs ação para excluir da incidência do imposto de renda os seus vencimentos de titular daquele cargo, baseando-se na imunidade tributária recíproca que a Constituição assegura à União, aos Estados e aos municípios no tocante aos seus bens, rendas e serviços e sempre mantida por este Supremo Tribunal em torrencial jurisprudência, mesmo depois do Decreto de 1931, que expressamente mandara cobrar aquele tributo federal dos servidores dos Estados e dos municípios, inclusive do Distrito Federal, disposição inoperante porque havida como incompatível com a cláusula constitucional. E assim se entendeu em vários julgados, até que, pelo Decreto-Lei 1.564, de 5 de outubro de 1939, foi confirmado aquele texto legal para os efeitos do art. 96, parágrafo único, da atual Constituição, ficando sem efeito as decisões judiciais declaratórias da constitucionalidade.

O ilustre A., desenvolvendo, com grande erudição, os vários aspectos da controvérsia, argumenta que o Decreto-Lei 1.564, de 1939, não pode ter aplicação ao seu caso, uma vez que o imposto em questão é relativo ao exercício de 1935, não tendo alcance retrooperante o dito Decreto-Lei, que equivale a uma emenda aditiva à Constituição, no ponto citado, para o efeito somente de se entender que subsiste a cláusula constitucional com a possibilidade assegurada à União de exigir dos servidores dos Estados e dos municípios o imposto de renda.

O Juiz, Dr. Cunha Vasconcelos, em bem-elaborada sentença, reportando-se aos julgados mais recentes desta Primeira Turma, no sentido de tributabilidade, por aplicação retroativa do Decreto-Lei de 1939, e apurando, à vista dos pronunciamentos da douta

Segunda Turma em sentido oposto, votos que, todavia, formam maioria em contrário à pretensão ajuizada, julgou improcedente a ação, isentando, porém, da multa fiscal o A. E recorreu do ofício nessa parte. Não recorreu a Fazenda, apelando somente o A.

Coube o feito ao Exmo. Sr. Ministro Bento de Faria, que mandou ouvir a Procuradoria-Geral, cujo parecer, reportando-se a outro, exarado em 1936, a propósito de um mandado de segurança entre outras partes, é o seguinte: (lê).

Tendo afirmado suspeição o ilustre Relator, foi-me distri-
buído o recurso, suscitando eu a dúvida manifestada no meu des-
pacho de fl., mantendo, porém, o egrégio Presidente a nova distri-
bução.

Por petição que mandei juntar e se encontra à fl. 80, requereu-me o apelante que, nos termos do art. 24, n. V, do Regimento, seja o caso, depois de submetido a esta Turma, levado ao Plenário, uma vez que, conhecidos os votos, discrepam as decisões das duas Turmas.

É o relatório, a ser presente com os autos ao Exmo. Sr. Ministro Revisor.

Feito esse relatório, dei o meu voto e propus a remessa ao Tribunal Pleno, deferida, assim, a petição do apelante. No mesmo sentido se manifestou o eminente Sr. Ministro Revisor, Philadelpho Azevedo.

O Sr. Ministro Barros Barreto opôs-se à remessa. S. Exa. entendia que seria preciso, primeiro, proclamar o julgamento na Turma, para, depois, ser julgado o feito pelo Tribunal Pleno, em grau de embargos.

O Sr. Ministro Philadelpho Azevedo, pedindo a palavra, pela ordem, declarou:

Sr. Presidente, acho que, se proclamarmos o resultado, estará prejudicada a remessa. Como diziam a reforma judiciária local de 1924 e o Decreto-Lei n. 319, quando, pelo resultado da apuração, se verificar que a decisão será contrária à jurisprudência de outra Câmara, o julgamento ficará suspenso e terá de ser proferido pelo Tribunal Pleno. O art. 861 do Código de Processo, que se refere à revista, e este caso é, exatamente, de revista *ex officio*, diz o seguinte:

A requerimento de qualquer de seus juízes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou Turmas.

A espécie, aqui, é semelhante.

Estou dando notícia, muito resumidamente, do incidente, porque não importa praticamente para o julgamento, uma vez que os autos estão aqui.

Eu, por minha vez, fiz algumas considerações no mesmo sentido, isto é, sustentando a conveniência da remessa, uma vez que há decisão contrária da Segunda Turma.

O Sr. Ministro Annibal Freire concordou com a remessa, voltando a falar o Sr. Ministro Barros Barreto sobre o assunto.

A decisão foi no sentido da remessa, contra o voto do Sr. Ministro Barros Barreto.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Nunes (Relator): Sr. Presidente, como disse no relatório, a sentença de primeira instância concluiu, à vista dos votos que apurou a maioria neste Supremo Tribunal, pela improcedência da ação, dispensando, apenas, o autor da multa; e o meu voto foi no sentido de confirmar a sentença. Fundamentei-o sucintamente, em se tratando, como se trata, de questão muito debatida, muito conhecida, dizendo, apenas, o seguinte: (lê o voto proferido na Turma).

Devo dizer tão-somente, para melhor esclarecimento, uma vez que, da tribuna, o ilustre advogado teve a bondade de se referir à maneira pela qual estudei o mecanismo inaugurado pela Carta Política de 10 de novembro de 1937 quanto ao Poder Legislativo e ao Judiciário, relativamente à declaração de constitucionalidade que, de fato, as duas atribuições se situam em plano diferente, porque a atribuição

jurisdicional é exercida pelo Judiciário quando declara uma lei inconstitucional; a provocação feita ao Parlamento está no plano político, e o Parlamento pode até reconhecer o acerto da decisão judiciária. Sem a menor dúvida que poderá fazê-lo, não obstante validar a lei, por entendê-la necessária, embora inconstitucional, reconhecidamente inconstitucional, confessadamente inconstitucional. De fato, os dois pólos são diversos, os objetivos diferentes. Os tribunais cumprem seu dever, declarando a lei inconstitucional porque incompatível com o texto básico, porque impossível aplicar os dois textos, o constitucional e o legal. Todavia, se o Governo e, com ele, o Parlamento, na teoria da Constituição, entenderem que essa lei, apesar de inconstitucional, é necessária ao bem público, poderão, um provocando, outro deliberando, entender que a lei é válida e deve prevalecer.

Se se tivesse ficado o legislador da Constituição de 1937, eu penso que teria toda razão o ilustre autor da demanda. Não seria possível aplicá-lo retroativamente — quero referir-me ao Decreto-Lei de 1939 —; mas o legislador da Constituição acrescentou: “(...) ficando sem efeito as decisões judiciais proferidas”.

No caso, a controvérsia, muito antiga, muito conhecida, muito debatida, consiste em saber se os funcionários locais são tributáveis pela União, a título de imposto de renda. O assento legal vem da legislação de 1931, em que já se declaravam sujeitos ao imposto de renda os funcionários estaduais e municipais, mas o Supremo Tribunal entendeu sempre que essa tributabilidade era incompatível com a Constituição, com a cláusula da imunidade recíproca da União, dos Estados e dos municípios; entendendo o Supremo Tribunal, de acordo com o ensinamento da jurisprudência americana, não tributáveis os serviços locais, em nome da autonomia das entidades federais. Assim, sempre se entendeu inconstitucional essa tributação. O governo da República, usando do poder conferido no art. 96, parágrafo único, da atual Constituição, expediu, então, o Decreto-Lei de 1939, que declarou seriam tributáveis os vencimentos dos funcionários estaduais e municipais, ficando sem efeito as decisões judiciais em contrário. A dúvida, no presente caso, nos termos, aliás, em que situou a questão o nobre advogado, está somente nisto: S. Exa. reconhece que a disposição pode ser aplicada

de então por diante, como emenda aditada à Constituição. A dúvida está em saber se essa disposição do Decreto-Lei de 1939, do Decreto-Lei n. 1.554, se aplica retroativamente, em se tratando, como no caso, de funcionário cujos vencimentos tributáveis pelo imposto de renda são de 1935, quatro anos antes do Decreto-Lei em questão. A hipótese é, unicamente, saber se esse Decreto-Lei se pode aplicar retroativamente. Ele não tem cláusula expressa de retroatividade, mas eu penso que, dizendo “(...) ficam sem efeito as decisões judiciais proferidas”, cláusula que repete o texto constitucional, isso equivale a um texto explícito de retroação, e só por esse fundamento, embora reconheça a relevância da questão jurídica, eu o tenho aplicado retroativamente.

O Sr. Ministro Laudo de Camargo: Mas as decisões do Supremo Tribunal são em sentido contrário; não o aplicam.

O Sr. Ministro Castro Nunes (Relator): Exatamente. Por isso mesmo, a questão veio ao Tribunal Pleno, dada a divergência. A Segunda Turma teria decidido de modo contrário; lá não tem prevalecido o entendimento de que o Decreto-Lei seja aplicável retroativamente. Creio que, na Primeira Turma, tem prevalecido entendimento contrário. Assim, a questão continua em dúvida.

Estou, apenas, Sr. Presidente, procurando precisar bem o ponto fundamental da questão, que é somente este, porquanto não se discute, nem seria possível discutir, que o Decreto-Lei de 1939, equivalendo a emenda constitucional, prevalecerá. A dúvida está em saber se pode prevalecer quanto aos casos anteriores, quanto aos vencimentos anteriores a 1939; se mesmo estes são tributáveis.

Os meus votos reiterados têm sido no sentido de que essa cláusula “(...) ficando sem efeito as sentenças judiciais” não pode ser desconhecida, porque é cláusula que não é incompatível com a Constituição, pois repete o próprio texto constitucional. Não se pode discutir, pois, a constitucionalidade dela. E é bastante expressiva como cláusula retroativa.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Não se discute a constitucionalidade, mas a retroatividade.

O Sr. Ministro Castro Nunes (Relator): A retroatividade é inferida, pelo menos por mim. Ela se aplica aos casos julgados, já resolvidos anteriormente.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Mas não se aplica.

O Sr. Ministro Castro Nunes (Relator): Como não se aplica? É retroativa.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: O Executivo não pode fazer isto; só quanto a um caso.

O Sr. Ministro Castro Nunes (Relator): Mas se o Parlamento declara sem efeito as decisões judiciais?

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Uma decisão...

O Sr. Ministro Castro Nunes (Relator): E se houver mais de uma?

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Uma decisão específica. É contra toda técnica que o Executivo possa fulminar sentenças. Todavia, se, agora, o pode fazer, não pode fazê-lo, de modo algum, em globo.

O Sr. Ministro Castro Nunes (Relator): Figure V. Exa. a hipótese de haver mais de uma sentença. Ficaria paralisada a ação do Parlamento? Nada há de contrário ao interesse público na demanda nem na sentença. O que a própria Constituição figura como contrário ao interesse público é a lei.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Não é isso. O Parlamento poderá infirmar uma decisão do Supremo Tribunal, em nome do supremo interesse público. Esse interesse não pode, porém, justificar que se fulmine de um traço inúmeras sentenças do Supremo Tribunal.

O Sr. Ministro Castro Nunes (Relator): Penso, *data venia*...

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: A Constituição, até aí, não dá poder ao Parlamento.

O Sr. Ministro Castro Nunes (Relator): ...que não é possível estabelecer distinção. O que a Constituição diz é “ficando sem efeito as decisões judiciais”, pressupondo a normalidade de haver sentença que

declare uma lei inconstitucional. O Presidente provocará a ação do Parlamento e este declarará que a lei é necessária ao bem público. Todavia, a mim me parece claro que, se houver mais de uma decisão judicial, a situação não mudará.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Pode mudar.

O Sr. Ministro Castro Nunes (Relator): A ação do Parlamento continua subsistente. O Presidente pode, até com maioria de razão, provocar a ação do Parlamento para que se manifeste.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Assim como o Tribunal muda de jurisprudência, pode o Parlamento reconsiderar sua deliberação, até em face de outra decisão.

O Sr. Ministro Castro Nunes (Relator): Como disse, Sr. Presidente, estou, apenas, procurando precisar os termos da questão, mostrar o ponto essencial do debate, para justificar o meu voto, já tantas vezes manifestado.

Nestes termos, mantendo o meu voto proferido na Turma, negando provimento à apelação.

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, a Constituição Federal de 1891 vedava à União tributar serviços, bens ou rendas dos Estados e reciprocamente.

Esse dispositivo foi mantido na Constituição de 1934 e na de 1937, salvo quanto à concessão de serviço público, problema a que a Carta Constitucional deu solução feliz e justa.

De fora parte esta exceção, o princípio geral foi mantido.

O Supremo Tribunal sempre entendeu, em jurisprudência torrencial, caudal e sem desvios que a expressão “serviço público” abrangia também o serviço a cargo dos Estados.

O eminentíssimo Ministro Goulart de Oliveira, em voto proferido na Turma, trouxe, a propósito, a lição dos mais opinados escoliastes dos textos constitucionais, Aristides Milton, Carlos Maximiliano e João

Barbalho. Todos eles conspiravam neste sentido e não se tratava, *data venia*, de interpretação temerária, a velejar além da barra, porque ela estava ajustada à lição norte-americana, sempre invocada no assunto. É exato — e o Exmo. Dr. Procurador-Geral o demonstrou — que, posteriormente, outro curso tomou a orientação americana, mas também entre nós ela se desviou, pois que as leis posteriores firmaram claramente o princípio da tributabilidade.

Mas o certo é que essa interpretação estava fixada pela melhor doutrina e obediência às lições dos mais autorizados constitucionalistas. Não havia dúvida a respeito.

De modo que, em face da lição dos D.D., interpretada a Lei Maior pelo Supremo Tribunal, não se podia admitir que a União tributasse serviços dos Estados, através de rendas dos seus funcionários.

A situação era tranquila nesse ponto e não pairavam dúvidas.

Veio o Decreto de 1931, com a revolução, e subverteu esse princípio, determinando fosse possível a tributação. Alegou-se, então, que esse decreto se aplica aos casos anteriores, porque, àquele tempo, não havia lei constitucional a que obedecer: dominava o poder discricionário.

Mas, *data venia*, aí se olvida o fenômeno da autolimitação, porque o próprio governo discricionário, autolimitando suas atribuições, determinou que continuava em vigor a Constituição Federal em tudo quanto não contrariasse a nova ordem.

Assim, o princípio atravessou incólume o Decreto-Lei, ao qual não podia subordinar-se a Lei Maior, ainda em vigor, na interpretação do Supremo Tribunal. Neste particular, a jurisprudência continua e permanece o princípio, que ainda se mostra inalterável. Veio outro decreto posteriormente à Constituição, cancelando todos os julgados nesse sentido, partidos dos tribunais; e a ele se quer dar efeito retroativo.

É verdade que a lei retroativa não exige termos sacramentais; o que exige é a declaração inequívoca do legislador. Os autores, quase todos, são uniformes nesse ponto de vista. A não ser Ferrara e poucos mais, que admitem leis retroativas implícitas, quase sempre se exige, na

doutrina, a declaração expressa da retroatividade. Todos, porém, concordam em que essa expressão não obedece a termos sacramentais.

Basta que o intuito de atribuir à lei essa virtude extraordinária reponte; mas reponte, indiscutivelmente, da vontade do legislador. Na dúvida, nenhum dos doutrinadores admite leis retroativas, porque o que se presume é que não seja retroativa.

O próprio Jean Raymond, que é o defensor máximo da lei interpretativa, com o seu efeito retrooperante, assim o concluiu.

Pergunta-se: o decreto do Governo, que cancelou um julgado, pode ser aplicado retroativamente? Não hesito em responder pela negativa. O caso julgado está acima de leis posteriores. Aqui, o problema não é o da retroatividade da lei, é o da autonomia dos poderes, é o respeito que se deve à soberania dos poderes, cada um nos limites próprios das suas atribuições. E assim como compete ao Poder Legislativo, e só a ele, aquela atribuição que a lei lhe deferiu, compete ao Judiciário, e só a ele, o julgamento dos litígios. Assim, tais decretos-leis, em tese, não podem ter efeito retroativo contra o caso julgado, ainda nos regimes que admitem leis retroativas. A não-retroatividade desceu da categoria constitucional para ser preceito ordinário, isto é, direção imposta ao juiz, e não ao legislador.

A meu ver, o Decreto-Lei em apreço não podia cancelar de um traço todos os julgados até então proferidos sobre a questão. Excepcionalmente, naqueles problemas de encruzilhada a que referiu o eminentíssimo Ministro Francisco Campos, era possível ao Poder Legislativo manter uma lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário; mas fica sempre ao Supremo Tribunal a função, que não lhe tirou a Constituição de 1957, de ser o intérprete máximo da lei, o que sempre competiu e competirá ao Poder Judiciário. Excepcionalmente, quando o exija o *salus populi* por imposições de ordem política superior, pode, então, o Parlamento, em casos dados, manifestar-se contrário a um julgado. Mas, *data venia*, entender que essa função vai ao ponto de autorizar o Executivo — que faz, agora, as vezes de Parlamento — a cancelar de um traço todos os julgados dos tribunais seria a anulação, a atrofia, o apagamento de um dos poderes, seria reduzi-lo a proporções ínfimas.

Assim, a meu ver, só num caso dado, em caso singular, pode o Parlamento — e, logo, nas atuais contingências, o Presidente da República — determinar a não-aplicação de um julgado, em nome do supremo interesse público; não, porém, como fez o decreto, isto é, eliminar da História do País todos os julgados já proferidos.

Eis por que não dou a este Decreto-Lei a interpretação que lhe deu o eminentíssimo Sr. Desembargador Flamínio de Rezende, entendendo que é preciso decompô-lo em duas partes: a primeira, isto é, o cancelamento das decisões judiciais; a segunda, a retroatividade, hoje permitida. Como, porém, estas duas cláusulas estão anexas, como não podem ser separadas, porque a retroatividade só vem em função do poder que se reconheceu ao Legislativo, poder de eliminar os julgados, não tem este Decreto-Lei, a meu ver, efeito retroativo.

Afastado este ponto, a situação é a da legislação antiga e, em face da qual mantendo, *data venia*, pronunciamentos meus anteriores e dou provimento à apelação.

APELAÇÃO CÍVEL 8.672 — DF

RELATÓRIO (Aditamento)

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: À fl. 117-117v. dos autos encontra-se a seguinte petição:

Sizino Telles de Menezes, brasileiro, viúvo, comerciante, residente à rua Santa Sofia n. 93, na qualidade de cessionário do direito e ação à herança deixada pelo falecido Pedro Pereira de Carvalho da qual são cedentes Rubem Pereira de Carvalho e sua mulher D. Clélia Albuquerque de Carvalho, como faz certo o incluído documento, escritura de cessão de direito e ação à herança, assinada em 7 de maio de 1943, L. 311 fls. 98 verso, nas notas do tabelião do 6º ofício desta Cidade, vem apresentar a referida es-

critura e requerer a V. Exa. se digne de incluí-lo como **litiscon-sorte** na ação que o Dr. Floriano P. Reis de Andrade e sua mulher D. Carolina Meyer Pereira de Andrade e outros movem à União Federal para haver desta os aluguers dos prédios que pertenciam e pertencem aos Suplicantes, na qualidade de nús proprietários que eram dos imóveis deixados pelo citado *de cuius*.

A ação está em grau de apelação sob n. 8.672 e o direito do herdeiro Rubem Pereira de Carvalho é igual aos do Autor e dos demais **litisconsortes** que já se habilitaram na dita ação.

O direito dos A.A. promana do fato do ter o ex-depositário judicial da Justiça local se apropriado indevidamente dos aluguers por ele recebidos, cuja responsabilidade cabe à União em virtude do mesmo ex-depositário ser seu funcionário, e haver se valido do cargo que exercia para lesar aqueles que na justiça procuravam a defesa dos seus direitos. Trata-se do ex-depositário judicial Dr. Alfredo Paulo Ewbank.

Nestes termos:

P. deferimento.

Este relatório foi submetido ao Exmo. Sr. Ministro Hahnemann Guimarães, que lhe deu sua concordância.

Está feito o relatório.

Meu voto é o seguinte:

A ação é de íntegra procedência e a sentença recorrida mostra-se benemérita de confirmação total.

Trata-se de impor à União a obrigação de indenizar prejuízo derivado de apropriação de valores que pertenciam aos apelados e que estavam sob a guarda de depositário judicial.

À conta desse delito, tomou o depositário de rumo irrevelado, desconhecendo-se-lhe o paradeiro e foi condenado a 4 anos e 8 meses de prisão celular, na conformidade do art. 221, alínea *a*, combinado com o art. 62, § 2º, da Cons. das Leis Penais, ora caduca e então vigente.

A lei civil oferece paládio à pretensão dos AA.

Art. 15 do Código Civil:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que, nessa qualidade, causam danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito repressivo contra os causadores do dano.

E a lei constitucional ampara, igualmente, o pedido.

Art. 158 da Carta de 1937:

Os funcionários públicos são responsáveis, solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

No caso dos autos, nem é necessário invocar o princípio da solidariedade social e da distribuição de ônus e cômodos que formam a trama do consórcio civil para concluir pela responsabilidade da União.

A culpa do funcionário tomou vulto e forma de crime, atingindo, assim, a sua expressão mais grave.

Duas objeções armam-se contra o pedido do A.: a primeira nega ao depositário a condição de funcionário; a segunda invoca o Decreto 24.216, de 9 de fevereiro de 1934, que isenta de responsabilidade a entidade de direito público pelos atos criminosos de seus representantes, funcionários ou prepostos, salvo se mantidos nos cargos após a sua verificação.

Tenho por débeis e rúpteis os aludidos argumentos.

O primeiro já foi versado, mais de uma vez, neste Supremo Tribunal.

Assim no que tange à responsabilidade civil como no que diz para a responsabilidade criminal, funcionário público é o depositário judicial.

Lembra-me que o depositário mesmo cuja infidelidade originou os prejuízos de que se queixam os AA. pediu *habeas corpus* sob o

fundamento de que condenado fora como peculatário, e mais não era ele funcionário. Tocou-me relatar o caso e em longo voto procurei confutar a alegação, denegando-se a ordem, à unanimidade.

E quanto à responsabilidade civil já se me rendeu ensejo de invocar a opinião de Pontes de Miranda no sentido da amplitude, no caso, da palavra funcionário que, para os efeitos versados, é a pessoa que exerce função pública, remunerada ou gratuita, permanente ou transitória, o que, aliás, está de acordo com o art. 156, letra *a*, da Carta Constitucional de 1937.

Tratava-se, então, de depositário nomeado pelo juiz, mas, essa circunstância, em face do expedido, não foi cabal a exonerar de responsabilidade a União. E na hipótese dos autos, cuida-se de depositário, preposto do Governo Federal, por ele nomeado, empossado, suspenso e exonerado, como se observa na inicial de fls.

Aos casos de responsabilidade, desconvém o critério do “pagamento pelos cofres da União” do art. 3º do Decreto 1.713 e que encerra noção *strictu sensu* de funcionário.

Na hipótese, parece-me indubiosa a responsabilidade da União, ainda que se largue dos critérios da responsabilidade objetiva (vide Gaudenot, *Obligs.*, p. 336), da “causalidade do ato” (Vachelli, Amaro Cavalcanti) do “acidente administrativo (Tirard) da “culpa administrativa” (Hauriou) da “responsabilidade fundada no direito público” para aguilhoar-se à “teoria civilista”, à noção de “culpa civil”, fulminada neste Supremo Tribunal, ao propósito da responsabilidade do Estado, pelos prasmos veementes de Pedro Lessa.

De resto, na contestação de fls., a defesa da União cantona-se na isenção de responsabilidade do Estado por tratar-se de **ato criminoso** de seu preposto, nos termos do art. 1º do Decreto 24.216, de 9 de maio de 1934.

Mas, a defesa cede, ainda aqui, e opugná-la é trabalho leve de ser cumprido.

Não perdurou o Decreto 24.216, de maio de 1934, que, de resto, golpeou tradições que a Constituição de 1934 redinsegrou com estabelecer:

Os funcionários públicos são responsáveis, solidariamente, com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

E o preceito, como é sabido, repetiu-se no art. 158 da Carta de 1937.

Ora, o que ele estabelece é absolutamente inconciliável com o Decreto 24.216. Este isenta o estado de responsabilidade quando é **criminoso** o ato de que derivam os danos; a Constituição reconheceu a responsabilidade em todos os casos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício do poder, e que, evidentemente, podem tomar aspecto de **crime**.

O estabelecimento de norma incompatível, irredutivelmente incompatível com a anterior, constitui caso elementar de revogação tácita. Nem, *data venia*, será possível, na hipótese, manter os dois preceitos, o que levaria a essa consequência vitanda, por absurda: o Estado é responsável nos casos menos graves, de simples omissão, e irresponsável nos mais graves, quando a anormalidade da conduta do funcionário avulta como crime. Este Supremo Tribunal, registrando-se, embora respeitáveis votos vencidos, tem concluído pela revogação. E ao mesmo resultado chegou a doutrina, através das opiniões de Pontes de Miranda, Carvalho Santos, Seabra Fagundes e outros.

Nego provimento.

VOTO (Aditamento)

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Relator): Admito, também, o litisconsórcio requerido a fls., por se achar-se a parte nas mesmas condições dos Autores vencedores, aproveitando-lhe, pois, o meu voto com o negar provimento à apelação.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Presidente e Relator): Estou de acordo com o eminentíssimo Sr. Ministro **Edgard Costa**, quanto à exclusão dos honorários de advogado do último litisconsorte.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 10.039 — SP

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Relator): Sustenta a Procuradoria-Geral da República, no erudito parecer de fl. 708, o caráter **interpretativo** e, pois, a retroatividade do Decreto n. 22.785, de 31 de maio de 1933 que declara “os bens públicos, seja qual for a sua natureza, não sujeitos a usucapião”.

O problema da retroatividade da lei interpretativa, que é uma anomalia, como observa Capitant, e traduz “uma mala política legislativa”, na observação de Salvat, é considerado diversamente pelos D.D.

Nos regimes em que o preceito da irretroatividade é apenas uma determinação ao juiz e não ao legislador ela representa uma ociosidade, pois que pode a lei, mediante cláusula expressa, ter projeção retrooperante.

E nos regimes em que, como o nosso, aquele princípio troneja como preceito da lei maior, há que usar, ao propósito da maior circunseção e cautela para que se não burle a prescrição constitucional.

Bento de Faria, depois de trazer à colação o magistério de opinados D.D., remata clara e peremptoriamente, aludindo às leis interpretativas:

O sistema vigente da nossa lei civil não alude a decretações dessa natureza para, particularmente, emprestar-lhes a natureza

retroativa, mas subordina a extensão ou compreensão de toda a lei ao respeito pelas limitações das regras impedientes daquele efeito.

Conseguintemente, ainda quando a lei seja editada com **o efeito de interpretar**, não pode ser aplicada retroativamente se ofender direitos irrevogáveis (*Aplicação e Retroatividade da Lei*, n. 21, p. 56).

A chamada retroatividade da lei puramente interpretativa seria de simples aparência.

Como argumenta lucidamente Gaston Jèze, se a lei nada encerra de novo é pura superfluidade. E o que rege o passado é a lei antiga repetida ociosamente. Se contém algo de novo, é lei **nova**. E, então, quando é constitucional a vedação da retroatividade, não poderá ela ter projeção retrooperante.

Esta, aliás, a lição de Carlos Maximiliano, em seu *Direito Intertemporal*, depois de lembrar não só a observação de Gaston Jèze, como o ensino de Rui Barbosa, Clóvis Beviláqua, Duarte de Azevedo, Dias Ferreira e Visconde de Seabra. O douto jurista escreve que, nos países em que a irretroatividade das leis é postulado constitucional, generaliza-se a regra de não se estender ao passado o alcance de normas **interpretativas** (*Direito. Intertemporal*, n. 39). E mostra que a doutrina mais corrente, ao fito de reduzir os inconvenientes resultados da observância da doutrina antiga, a reduz, pelo conceito da lei **interpretativa**, “a quase nada”, aproximando-se tanto da boa corrente que, mais ou menos a confundem com esta (liv. cit. n. 41).

Demais disso, ainda nos regimes em que a vedação da lei retroativa é prescrição ao juiz, e não imposição ao legislador mesmo, nem toda lei que esclarece preceito anterior retroage.

É o que dilucida Ferrara, em lição que tenho invocado assaz de vezes: “(...) non ogni illustrazione d'un'altra legge è da considerarsi come interpretazione autentica, portendo il legislator e valor solo toglier dubbi **peril futuro**, senza pretendere che la nuova legge si consideri come contenuto d'una **legge passata**”. (*Dir. Civ.*, p. 208 *in fine*).

Nestes termos, e *data venia*, não conspiro com o douto parecer de fl. 708, quando argumenta com o caráter interpretativo e, pois, retroativo do art. 2º do Decreto 22.785, de 31 de maio de 1933.

Cedo, porém, ao remate a que chega o douto parecer: conheço do recurso, pela letra *d*, e dou-lhe provimento. É que, em face do Código Civil mesmo, tenho por insusceptíveis de usucapião os bens públicos, ainda os dominicais.

Assim venho votando desde que tive a honra de ocupar uma das cadeiras do Tribunal do Estado de Minas, em concerto com Hahne-mann Guimarães, Costa Manso, Sá Freire, Clóvis Beviláqua, Reinaldo Porchat e outros, ainda que haja de não me inclinar à lição contrária de Azevedo Marques, Laudo de Camargo, Spencer Vampré, Carvalho Santos, Philadelpho Azevedo, Virgílio de Sá Pereira, Castilho Cabral e tantos outros.

De acordo com o desenganado preceito do artigo 69 do Código Civil, não podem os bens do Estado sair do patrimônio da pessoa jurídica para o de particular senão pela forma que a lei prescrever. E a lei não prescreve, no caso, a possibilidade do usucapião, que antecipa um bem capaz de ser livremente alienado.

Os bens dominicais não podem ser objeto de posse dos particulares. Faltaria, no caso, o elemento “n”, da fórmula de Ihering.

E, se não podem ser **possuídos**, não podem ser usucapidos.

O que, a propósito, escreve Ozenet, aplica-se ao direito brasileiro:

(...) certains immeubles ne peuvent être possédés, parce qu'ils sont placés pour la loi hors du commerce et déclarés imprescriptibles.

Tels sont les immeubles faisant partie du domaine public. Ces biens, sauf des réserves ne sont pas susceptibles d'une possession utile. (*Les Actions Possessoires*, ed. 1923, n. 19 *in fine*).

Argumenta-se que, apesar do que preceitua o art. 67 do Código Civil, os bens dominicais não se colocam entre as “*extra-commencium*”. Podem, em determinados casos — o que é verdade e sob certas condições —, ser alienados. Mas o argumento não se mostra inconfutável.

É que a imprescritibilidade de tais se prende antes ao conceito de sua inalienabilidade **específica** do que ao conceito genérico de inalienabilidade.

Podem os bens inalienáveis, em certos casos, ser usucapidos (vide Almeida Oliveira, *Prescrição*, p. 253).

O que impede a prescritibilidade dos bens dominicais é a razão de ser, o fundamento de sua inalienabilidade.

Trata-se de inalienabilidade peculiar, como demonstra Porchat (*Rev. de Dir.*, vol. 49, p. 228), e que somente cessa “nos casos e forma que a lei prescrever”, como dispõe, desenganadamente, o art. 66 do Código Civil.

Ora, um dos fundamentos cabedais da decisão da justiça paulista está na afirmação de ser o bem dominical susceptível de usucapião.

Penso, como o egrégio Clóvis Beviláqua, na lição tantas vezes por mim invocada em casos semelháveis, que essa tese não pode ser aceita “sem formal desobediência a preceito de lei”.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 10.348 — DF

VOTO (Preliminar)

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Relator): Por força do n. II do art. 798, quando a ação rescisória funda-se em falsa prova, mister se torna que a apuração dessa falsidade se faça previamente no juízo criminal.

O voto vencido do eminentíssimo Sr. Desembargador Sabóia Lima contém censura a esse mandamento que veio alterar o que, ao propósito, dispunha o Código de Processo do Distrito Federal.

Mas a orientação do Código de Processo sobre a necessidade do prévio julgamento de falsidade tem a apadroá-la precedentes egrégios e opiniões autorizadas, como a de Ricci, *verbis*:

La dichiarazione di falsità deve precedere il giudizio di rivocazione, ni si può pretendere di dimostrare il falso nel corso del giudizio stesso di rivocazione (*Cod. di Proc. Italiano*, vol. 2, pp. 627-628).

O respeitável voto vencido tem, na parte doutrinária aludida, é certo, em seu prol a tradição derivada do direito português, de que nesse pouco se desviou o Regulamento 737, de 25 de novembro, de 1850, a opinião de autores do valor de d'Alessio, e ao assunto alude, longamente, Jorge Americano, e no mesmo sentido, apesar do texto do art. 680, § 3º, do Regulamento 737 (*Ação Rescisória*, n. 75 e seguintes).

Pontes de Miranda, para fugir, de certo, ao extremo evitando da *interpretatio abrogans*, reconhece que, em face do Regulamento 737, art. 680, § 3, a rescisória somente se podia propor após o julgamento da falsidade.

Quanto ao sistema do Código de Processo do Distrito Federal, registra e esclarece:

No Distrito Federal e as outras regiões de igual regra de pressuposto, como em S. Paulo, a falsidade pode ser demonstrada na própria ação rescisória, ou ressaltar de sentença criminal que a tenha apreciado, se bem que a sentença absolutória não obste à reapreciação da falsidade para as consequências e direito privado.

E mostra que, em face do Código de Processo do Distrito Federal, a prova da falsidade podia ser produzida assim por via de incidente de falsidade como independentemente deste, o que era até mais lógico, pois que, no caso, “os artigos da inicial já eram de falsidade”. “O juiz decidirá, assim, no próprio processo do valor, como prova, do documento atacado, sem dependência de qualquer julgamento anterior” (*Ação Rescisória*, pp. 218-219).

Mas nenhuma das questões ora mencionadas tão de abreviado influi no desate do problema dos autos. É certo e certíssimo que, no sistema do Código de Processo vigente, exigível é, no caso, a prova prévia de falsidade produzida no juízo criminal; é certo e recerto que, no sistema do Código de Processo do Distrito Federal, a prova de que se trata podia ser produzida no discurso da rescisória, perante o juiz mesmo da causa. Nenhuma dúvida ou entre-dúvida remanesce a respeito, e qualquer debate que ao propósito se pudesse travar só encontraria atmosfera nas regiões da doutrina. É outro o nó frígido do caso dos autos. A dúvida bate em outro ponto. O v. acórdão recorrido aplicou ao caso o sistema do Código do Processo em vigor, e os recorrentes clamam e reclamam, alentados no douto voto vencido, que aplicável era ao caso do Código do Processo do Distrito Federal. É essa toda a questão dos autos, que, assim, concretiza um problema de direito intertemporal. Diz-se, de comum, que as leis processuais possuem, naturalmente, a virtude extraordinária da retroatividade. Mas Coviello abranda e elucida o absoluto do asserto em excelentes termos:

Leggi di procedura. Sono d'applicazione immediata a tutte le liti che s'iniziano o sono pendente al tempo in cui entrano in vigore. Ma cioè non importa retroattività, perché l'applicazione delle leggi processuali concerne um fatto attualmente esistente, cioè la lite, non un fatto passato, quale è il negozio giuridico, e memmeno l'azione che s'esperisce. Invece, se um guidizio è già in corso, glitti processuali compiuti in conformità à della vecchia legge conservano i loro effetti e continuano a produrre tutti quelli nuovi, negando i quali si verrebbe ad applicare la legge nuova al fatto compiuto anteriormente. Ed ecco che il principio della irretroattività funziona anche in questo campo, prescindendo dal concetto di diritto, quesito. (*Manuale*, p. 114.)

O princípio, em suma, que prevalece é o de que a lei processual, por sua natureza mesma, tem aplicação imediata e ele ao fácil se justifica em face de qualquer das teorias relativas à aplicação das leis no tempo: a clássica, do direito adquirido, a do **fato passado**, de Coviello, a teoria finalística ou teleológica, que atende ao fim da lei nova, de Simonelli e Pacchioni, e a que distingue entre poderes legais e situações jurídicas subjetivas (vide José Alberto dos Reis, *Processo Ordinário e Sumário*, vol. 1º, 2. ed., pp. 32-34).

Por simples, entretanto, que se desvele o princípio, algumas dificuldades suscita a sua prática e pelas eliminar o Código de Processo, em disposição transitória, determina que, em primeira instância, e de fora parte o caso de nulidades, a lei anterior continuará a disciplinar as ações cuja instrução esteja iniciada em audiência. Se examinar, porém, de fito os autos, o que se conclui é que o debate não versa, propriamente, debate de direito intertemporal de lei de processo, senão que desenvolva os termos de controvérsia que diz respeito à natureza da lei que deva prevalecer. Para o respeitável voto vencido, fora a ação ajuizada antes da vigência do Código de Processo, e o caso é de aplicação de direito material, de direito à ação, ao passo que o art. 1049 diz respeito à parte processual, ao desenvolvimento regular da ação e não do direito a esta ou da configuração de um de seus requisitos ou extremos. A doutrina é verdadeira.

O que constitui objeto da chamada retroatividade da lei processual é o “rimo” da ação, é o “complexo de formas internas e externas dos atos da causa”.

As ações, diz Carlos Maximiliano, citando Giatenco, Roubier e Manresa y Navarro, regulam-se pela norma imperante quando nasceu o direito a que se referem: por quanto a ação é o direito em pé de guerra (*Direito Intertemporal*, n. 229 *in fine*). É o estudo da natureza íntima da ação, quer considerada como pretensão de tutela jurídica, quer como direito objetivo público, esforça aquele ensinamento. Qualquer hesitação a propósito apenas derivaria da inópia da linguagem jurídica, demasiado escassa para se pôr ao nível dos fenômenos e situações de direito. É certo que, em seu aspecto formal, a ação se confunde com o processo, com a série de atos e termos que constituem o “movimento processual”.

Mas, em acepção subjetiva, é um direito, é o “*ius persequendi in iudicio quod sibi debetur*”, da famosa definição de Celso é, como disse Câmara Leal, verdadeira modalidade da *faculta agendi* e identifica-se com o direito mesmo. Daí a exata observação de Câmara Leal de que a ação, como direito, é de natureza substantiva e, como processo, é de índole objetiva (*Teoria e Prática das Ações*, vol. I, p. 15, n. 7).

Aceito, pois, a doutrina do voto vencido do Exmo. Sr. Desembargador Sabóia Lima.

Não me parece, entretanto, que o caso se acomode na moldura da letra *a* e que o acórdão recorrido haja malferido letra de lei.

Em primeiro lugar, o caso é de ação rescisória. E no regime anterior sua estrutura mesma tinha sido largada à lei adjetiva, pois o Código Civil encerrava, a respeito, simples alusão. Essa circunstância determinou o entendimento de que legítimas seriam as disposições da lei adjetiva quanto aos extremos mesmos da ação, uma vez que não ficasse inutilizado o direito a que ela respondia.

A alusão se faz no Código Civil, como observa Pontes de Miranda (liv. cit., p. 85), “como se existisse conceito *a priori* de ação rescisória. Nenhum ponto de referência para se saber o que seja suscetível de rescisão, quais as sentenças rescindíveis e as *causae restitutionis*” (liv. cit., p. 85).

Nessa conjuntura, como ainda observa o erudito jurista citado, criou-se a alternativa: ter como inalteráveis pelos códigos estaduais o que, quanto aos casos e extremos da legislação, estabeleceram as ordenações do Reino, o Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, ou reputar-se de direito material apenas o disposto quanto ao prazo.

E esta foi, apesar das reservas que possa inspirar, a solução adotada e, segundo, ainda, pontes de Miranda, é ela a que se adapta às boas normas da interpretação, “a que livra o Código Civil de se divorciar da ciência jurídica”.

Daí a diversidade do que, ao propósito da apuração prévia da falsa prova, dispunham as leis adjetivas, com a tolerância da doutrina, como se pode ver desse lance, ainda de Pontes de Miranda: “Tratando-se de falsa prova, subordinar a rescisão à apuração prévia no juízo criminal: a coisa julgada penal, não constituiria ofensa a **princípio superior** de direito” (liv. cit., p. 89).

É exato que a concepção mesma de Pontes de Miranda de “ação rescisória”, o seu conceito desse *remedium iuris*, “instituto processual, ligado à estrutura dos serviços públicos de distribuição da justiça, portanto, de **direito objetivo público**”, e as variações que ele extrai desse princípio são adversadas, energicamente, por Nestor Diógenes (*Da*

Ação Rescisória, cap. XII, pp. 133 e seguintes). Mas o que aí fica e a própria natureza da controvérsia referida estão a desvelar que, não obstante estar o venerando voto divergente nutrido de poderosa subs-tância doutrinária, seria injusto, em se tratando de rescisória, argüir contra o v. acórdão recorrido a gravíssima balda de ofensor da letra da lei.

Em segundo lugar, o acórdão se funda em que a ação foi verdadeiramente proposta já no regime do Código de Processo atualmente vigente. A citação anterior, inacusada em audiência (e a acusação se exigia para que a ação fosse considerada proposta), foi anulada e nova citação inicial se fez já no regime do citado código.

Lê-se no acórdão recorrido: “nenhuma procedência têm os argumentos dos embargantes de que o novo Código de Processo teve vigência a partir de 1º de março de 1940, dia seguinte ao da citação do réu, e não tem procedência porque, no dia anterior (...), outra lei, o Decreto 2.035 modificara o processo e competência do juiz da instância, tornando, desse modo sem valor a citação aludida”.

E a citação foi, realmente, anulada, como se vê dos autos, circunstância que concorre, a meu ver, para tornar insuperável a preliminar do cabimento do recurso na base invocada, da letra *a* do dispositivo constitucional.

Não conheço preliminarmente do recurso.

VOTO (Aditamento)

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Presidente e Relator): Desejo acrescentar que, depois de escrito este voto, e como sabem os eminentes colegas, a lei alterou a situação e por ela se permite, já agora, que a apreciação da falsa prova se desenvolva no juízo mesmo da ação.

Trata-se, porém, de lei posterior ao julgamento e à manifestação do recurso extraordinário e, pois, desinfluente no julgamento do apelo, de que não conheço, preliminarmente.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 11.786 — MG

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Relator): A questão dos autos liga-se à da ressarcibilidade do dano moral, sem reflexo no patrimônio.

O v. arresto recorrido, posto que não se mostre inteiramente adverso, no ângulo doutrinário, à idéia de reparação do dano moral, concluiu-se, no *ius quod est*, impossível dar-lhe gasalhado.

Que razões ponderosas esforçam o conceito, é verdade e reverdade. E, se não são numerosos, já agora, os D.D. que negam a ressarcibilidade do dano moral, não se lhes pode recusar autoridade e valia.

A eles se refere Giorgi como sendo tanto “*pochi di numero, quanto ricchi d’ingegno*” (*Obbligazione*, vol. V., n 160, p. 271, 7. ed.). E cita, entre eles, Gabba Chironi, Marchesini e Mosca, a que se pode anumerar outro grupo dos D.D. de prol — Reiffel, Ferrini, Ascoli, Pedrazzi, Fublini, Massin, etc.

Consigna ainda o princípio dos obrigacionistas que a responsabilidade de que se trata “é ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza con tanta constanza, da rendere quasi inutile una discussione” (liv. cit., p. 270). E cita, em nota, para esforçar o asserto, Pothier, Demolombe, Larombière, Aubry et Rau, Laurent, Sourdat, Pacifici Mazzoni, Ricci, Borsari, Pescatore, Vidari, Sampolo, Gasca, Lozzi Carlo e numerosos arrestos. E outros e graves juristas conspiraram nas mesmas idéias — Huc, Willems, Labbè, Bosc, Bendant, Demogue, Josserand, Mazeaud, Savatier, Venezian, Colmo, Capitant, Lalou, Ihering, Kohler, Windscheid, etc.

Deve, desde logo, ser do tablado da discussão arredado o caso de dano que, posto de origem moral, se refletia, realmente, no patrimônio da vítima. Tem razão Wilson Melo da Silva quando observa que os D.D., como Dalloz, Meynial, Beaudry et Barde, Vergilio de Sá Pereira e outros que reconhecem ser o dano moral reparável apenas quando

incida no patrimônio, mesclam o efeito pela causa. “E, procurando ser ecléticos, não passam de negativistas” (*O Dano Moral e sua Reparação*, p. 11, n. 3).

A noção de dano moral é negativa: é o que incide apenas na personalidade moral da vítima, consiste numa dor que não tem qualquer repercussão no patrimônio do lesado, como disse Pacchioni, citado por Zulmira Pires de Lima, *apud* Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, vol. III, p. 329, nota 1314.

Por isso, Minozzi dá a sua conhecida monografia o título de *Danno non Patrimoniali*, e Demogue adverte: “Le véritable dommage moral est celui qui ne lese pas même ou atteignant des droits moraux, le patrimoine de la personne” (*Des Obligations*, 4, p. 45, n. 43).

Ainda, porém, quanto ao dano puramente moral, pode-se afirmar que a noção da reparabilidade vai lançando raízes e prosperando na legislação e na doutrina, a que, entretanto, se opõem os julgados dos nossos tribunais, ocorrendo a situação a que alude Alcino Salazar, de evidente contradição entre a tendência da doutrina e a resistência obstinada da jurisprudência numa atitude que Pontes de Miranda chamou de **patrimonialista**” (Alcino Salazar, *Reparação do Dano Moral*, Introdução).

O tema é dos mais triturados, e Aguiar Dias põe em abreviado os argumentos adversos ao resarcimento do dano moral: “a) falta de efeito penoso durável; b) incerteza do direito violado; c) dificuldade em se desvelar a existência do dano moral; d) indeterminação do número de pessoas lesadas; e) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; f) imoralidade da compensação da dor com o dinheiro; g) extensão do arbítrio concedido ao pior (liv. cit., vol. cit., n. 227, p. 331).

Todos eles, porém, não se mostram, ao parecer iconfutáveis. Para fazer rosto ao primeiro, invoca-se a autoridade de Alfredo Minozzi e, na certa verdade, o contra-argumento que ele arma é convencedor e terminativo:

Che all’idea di danno sia assolutamente connessa (...) l’idea de un effetto penoso, cioè, de una diminuzione di benessere sia morale, sia materiale, è innegabile (...)

Ma ciò che non persuade si è che l'effetto penoso, la diminuzione di benessere debba essere durevole per aversi un vero danno (...) Il dire che è la duvita della sensazione dolorosa e non la sensazione stessa che fa ritenere la esistenza giuridica di um danno non pare esatto. Tutt'al sin la durata maggiore o minore di un effetto penoso pottrebbe influire sulla valutazione maggiore o minore del danno, ma non sulla sua esistenza (...) (*Danno non Patrimoniale*, 3. ed, p. 56.)

Quanto à objeção fundada na “incerteza do direito violado”, formulado por Chironi, responde-se que o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito, e não a própria lesão abstratamente considerada (vide Aguiar Dias, liv. cit., p. 332).

Daí dizer Minozzi que o caso do dano não patrimonial não difere de qualquer outra espécie de dano.

A questão de direito violado é a mesma do dano patrimonial.

Argumento de maior relevo, ao que tenho é o da dificuldade extrema, ou impossibilidade, de se descobrir, de se estabelecer a existência do dano moral.

Mas essa impossibilidade inexiste. O fato danoso entende-se que tem repercussão na personalidade moral ou nos sentimentos da vítima, sem que se deva exigir, ao propósito, prova direta e apalpável.

A existência do dano resulta do fato lesivo.

Desde que este ocorra, escreve Alcino Salazar (liv. cit., n. 44, p. 131), há de se admitir, em muitos casos, o sofrimento, porque isso é natural e normal. “A dor se evidencia com o próprio motivo dela; é uma consequência do evento ruinoso”.

Dir-se-á que se trata de presunção. Sem dúvida, mas de presunção legítima, baseada no *quod plerunque fit*, no que é geral comum, e verossímil: *presuminnus ea quae vera esse arbitramus ducti probabilibus argumentis*.

Gabba, segundo Aguiar Dias (liv. cit., vol. cit., p. 333), considera argumento terminativo contra a resarcibilidade do dano moral o que diz para a indeterminação das pessoas lesadas.

Mas essa indeterminação abstrata não impede a determinação em hipóteses submetidas ao juiz. A reparação deve ser dada aos que experimentaram o dano moral, o que o juiz determina pelas circunstâncias que envolvem cada caso.

Com respeito aos do *entourage* familiar da vítima, aos seus mais propíquos parentes, presunção se estabelece da ocorrência do dano.

Com respeito a outros, prova se exigiria, merecendo acolhida, ao propósito, as observações de Wilson Melo da Silva (liv. cit., n. 198-199).

Ainda, porém, ficam na estacada outras objeções, geralmente consideradas como de maior momento — assim a que alude à impossibilidade da avaliação rigorosa em dinheiro do dano não patrimonial.

Mas essa avaliação rigorosa inexiste ainda com respeito ao dano patrimonial.

Quando se torna impossível a reposição das coisas ao *statu quo ante*, dá-se a substituição desse estado irrestaurável por certa compensação **aproximada**. Nunca existe, adverte Aguiar Dias (liv. cit., vol. cit., p. 334), perfeita correspondência entre o dano e o ressarcimento.

E acrescenta, citando Minozzi e Zulmira Pires de Lima: “A condição da impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo.” (Liv. cit. loc. cit.)

Trata-se, na impossibilidade de colocar em perfeito nível o dano e o ressarcimento, de conceder ao lesado satisfação que lhe é devida e que representa forma — imperfeita, sim, mas única possível — de reparação.

É antes forma de procurar assegurar a incolumidade dos bens morais do que indenização rigorosa; modo único de reprimir violação de direitos sem denominador econômico, de afirmar a existência da tutela jurídica, como disse Bonnard, na citação de Wilson Melo da Silva (liv. cit., p. 193).

De resto, sendo o dinheiro o intermediário de todas as trocas, é ele o meio único de proporcionar à vítima certa sensação de bem-estar e de felicidade, que não apagam a dor experimentada, mas que podem contribuir para mitigá-la, quando mais não seja pelo castigo imposto ao ofensor.

E aqui, e ainda um vez, vem a talho invocar Von Thur:

Cette prestation procure à la victime un accroissement de son patrimoine, accroissement qu'elle — peut affecter à des jouissances quelconques, matérielles ou idéales. La satisfaction qui en résulte et le fait de savoir que celle somme d'argent a été prise, au coupable doivent adoucir l'amertume de l'offense et assouvir en quelque mesure le désir de vengeance qui n'a pas disparu chez l'homme moderne, malgré le christianisme et la civilisation (*Partis Gen. du Cód. Fed. des Oblig.* trad. fr. de Torrenté e Thilo, vol. I, p. 106).

No acordão de fls. disse excelentemente Amílcar de Castro:

Dois são os modos porque é possível obter-se a reparação civil: a restituição das coisas ao estado anterior, e a reparação pecuniária quando o direito lesado seja de natureza não reintegrável. E a ofensa causada por um dano moral não é susceptível de reparação no primeiro sentido, mas o é no de reparação pecuniária. Com esta espécie de reparação não se pretende refazer o patrimônio, porque este não foi diminuído, mas se tem simplesmente em vista dar a pessoa lesada uma satisfação que lhe é devida pela sensação dolorosa, que sofrem e a prestação pecuniária tem, neste caso, função meramente satisfatória.

Minozzi, ainda uma vez, enerva e enfatua o argumento quando observa:

L'equivalenza fra dolore e danaro, a prima vista tanto impossibile scandalosa, diventa possibile e giusta se alla parola **dolore** si sostituiscono de sensazioni piacevole bastanti ad estinguere quel dolore, ed alla parola **danaro** si sostituiscono le sensazione piacevole che una data quantità di danaro è capace di produrre. Il paragone, in tal modo, si fa tra due quantità omogenee; così l'argomento del tutti sentimentale della non possibile equivalenza tra danaro e dolore resta completamente sfatato. (Liv. cit., p. 65.)

E tais considerações atendem, ainda, ao argumento da imoralidade da satisfação material, que Console, sobre um lance de Gabba, atribui a “fúria de sentimentalismo”.

Razão é que se diga que, em certos casos, a reparação melindraria o senso moral médio, como na hipótese que Gabba suscita e Demogue recorda:

Faut il aller jusqu'à accorder indemnité al mari trabi par sa femme? (Liv. cit., vol. n. 408)

Mas essa consideração não pode levar a eliminar, em todos os casos, a reparação do dano moral, senão a justificar a solução do anteprojeto do Código de Obrigações: **faculdade** ao juiz de outorgar indenização modera, cautelas necessárias a que, em casos como o aludido, se fale em reparação pecuniária e a evitar que, sob cor de legítimo resarcimento, venha o culpado a locupletar o patrimônio do ofendido com pagamentos exorbitantes pelos danos, que ele quimeriza.

De resto, em certos casos pode ser dada outra forma de indenização, que não a pecuniária direta, mas a honorária, a igual do que, de vedro ocorria na ação recontatória ou *ad palinodiam*.

Quanto às dificuldades do arbitramento da indenização, é ela confessada, prevista e remediada pela doutrina com a apresentação de critérios (vide Avio Brasil, *O Dano Moral ao Direito Brasileiro*, pp. 92 e seguintes; Gicia, in Wilson Melo da Silva, liv., n. 197) que, de resto, não excluem o *arbitrium boni viri do juiz*.

Os riscos desse arbítrio formam outro argumento contra a reparabilidade do dano moral.

Mas o direito moderno, dada a complexidade das relações que disciplina, convoca continuamente esse arbítrio para a solução de questões complexas e delicadas.

O ideal baconiano da lei ótima — *optima esse legem quae minimum relinquit arbitrio indicis* — é de realização cada vez mais difícil. E nem o apelo a esse carreia os descovinientes que alegam os negativistas e, como quer que seja, é contingência inevitável da complexidade da vida moderna.

Resta o argumento do direito positivo, da incompatibilidade da reparação do dano moral com o *ius quod est*, com o sistema do direito pátrio. Já tive, ao propósito, hesitações.

Mas consideração mais detida do art. 76 do Código Civil, os casos que este compreende, expressamente, de reparação do dano moral, o apelo aos princípios gerais fizeram-me transpor o obstáculo, por amor do qual o v. acórdão recorrido negou a reparação pedida.

Conheço do recurso pela letra *d* em face dos julgados adversos ao arresto recorrido e que existem (vide Wilson Melo da Silva, *liv. cit.*, pp. 85 e seguintes), embora escassamente constituindo as “peregrinas exceções” a que alude o v. arresto de fls.

O caso foi esmeradamente estudado na Justiça estadual, assim na sentença do m.m. juiz dr. Henrique de Paula Andrade, como nos acórdãos do duto Tribunal de Minas.

Conheço do recurso pela letra *d* e dou provimento para que o juiz conceda moderada indenização, que não é vedada pela nossa lei civil e que se esforça, a meu entender, nos melhores de direito.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 12.039 — AL

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Presidente): O problema da reparação do dano moral tem dificuldades indescrivíveis. Via de regra não é admitida entre nós essa espécie de indenização. As resistências ainda se mostram, neste particular, consideráveis e poderosas.

O acórdão dado como divergente nesse particular não torna muito nítido o dissídio quanto à indenização do dano moral. Antes de tudo, convém decantar o problema de elementos estranhos. Se o dano

moral tem repercussões no patrimônio do indivíduo, o problema toma aspecto diverso. A indenização aí não é pelo dano moral e não há, nesse caso, o reconhecimento de um “preço da dor”, senão a verificação de diminuição patrimonial em consequência de fato.

O problema aparece com nitidez quando se trata de dano puramente moral.

Este é que é o problema tormentoso, em que os autores dissentem, sendo que deles há, e eminentes, como Gabba, que negam a possibilidade dessa indenização. E surgem exemplos impressionantes, como o lembrado em Gabba, na hipótese de ultraje da honra conjugal. Mas o incomum de caso e a imoralidade do pedido, em tal hipótese, não infirmam a tese da reparabilidade do dano moral.

Todo dano é indenizável, como ensina Clóvis Beviláqua, e dessa regra não se exclui o dano moral, já que o interesse moral, como está no Código Civil, é poderoso a conceder ação. O grande argumento em contrário diz apenas respeito à dificuldade da avaliação do dano. E foi a essa conta que o anteprojeto do Código de Obrigações, lavrado pelos eminentes juristas Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, e a que levei morlestíssimo tributo, dá ao juiz o poder de arbitrar, no caso, indenização moderada. Em todo caso, o princípio da indenização do dano moral ficou expresso. E ele vai dominando a doutrina e as legislações, como observa Demogue. E ele atende a uma profunda inclinação da natureza humana, como realça Von Thur, representando também punição, valendo como uma pena.

Os eminentes colegas permitirão que, a propósito, volte a fundamentos já várias vezes manifestados em casos idênticos. *Data venia*, dou provimento.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 12.113 — DF
(Matéria constitucional)

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Barreto: Perante a justiça trabalhista, Luiz Antônio reclamou contra o Cassino Balneário da Urca S. A., pedindo indenização, aviso prévio e férias, por haver sido despedido em face do Decreto-Lei n. 9.215, de 30 abril de 1946, que cassou a concessão para exploração dos jogos de azar.

Vencedor o postulante, na 7^a Junta de Conciliação e Julgamento (fl. 5), o Tribunal Regional mandou excluir o valor do aviso prévio (fl. 27), decisão confirmada pelo Tribunal Superior do Trabalho, em grau de recurso interposto pelo Cassino Balneário da Urca, como se vê do acórdão à fl. 46, *in verbis*:

Constitucionalidade do Decreto-Lei n. 9.251, de 11 de maio de 1946. Sua aplicação não acarreta, entretanto, para a empresa a obrigação do pagamento do aviso prévio.

Vistos e relatados estes autos em que são partes, como recorrente Cassino Balneário da Urca S.A. e, como recorrido, Luiz Antonio:

A decisão recorrida julgou procedente a reclamação em que Luiz Antonio pediu contra o Cassino Balneário de Urca S.A. o pagamento de um mês de aviso prévio, indenização por dispensa injusta e férias.

A defesa da reclamada não foi acolhida pelo Tribunal *a quo* e consiste na alegação de que o reclamante trabalhava em uma atividade acessória, condicionada à existência da exploração do jogo, que foi proibida; que a responsabilidade pelo pagamento das indenizações reclamadas é da União, sendo manifestamente inconstitucional o Decreto-Lei n. 9.241, de 11 de maio de 1946, que transferiu aos cassinos a obrigação do pagamento das indenizações legais, quando a responsabilidade era do Governo Federal, *ex vi* do disposto no artigo 486 da Consolidação das Leis do Trabalho, com as modificações introduzidas pelo Decreto-Lei n. 6.110, de 16 de dezembro de 1943; e que o pagamento do pré-aviso é incabível, por não haver, no caso, responsabilidade subjetiva na dispensa.

O recurso da empresa deve ser conhecido, por estar fundamentado devidamente nas alíneas *a* e *b* do art. 396 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho para julgar a reclamação: A recorrente admite que, sobrevindo a Constituição de 1946, que integrou a Justiça do Trabalho no Poder Judiciário, perdeu o objeto a discussão em torno da incompetência desta Justiça específica para declarar a constitucionalidade da lei.

A afirmação de que somente agora ficou esta Justiça específica integrada no Poder Judiciário merece, aliás um reparo.

A Justiça do Trabalho, já no mecanismo da Constituição de 1937, era um órgão judiciário. O Egrégio Supremo Tribunal Federal, mais de uma vez, sufragou votos dos Ministros Castro Nunes e Orozimbo Nonato, concluindo que:

“Órgãos de Judiciário no atual regime são os enumerados no art. 90 da Constituição e os que representam a Justiça Especial e a do Trabalho, ambos estatuídos na Constituição com competência própria, que lhes ficou privativamente reservada” (acórdão de 5 de agosto de 1941, in *Diário da Justiça* de 25 de novembro de 1941, p. 2711).

Todavia, entende a recorrente que subsiste a questão do foro privativo para o debate do presente litígio, de vez que se trata de decidir sobre a responsabilidade da União pelos ônus da indenização aos empregados, dada a ocorrência do disposto no art. 486 da Consolidação das Leis do Trabalho, matéria cujo exame é da competência privativa das Varas dos Feitos da Fazenda Pública.

Admitida por este Tribunal Superior a constitucionalidade da lei impugnada, segundo adiante vai exposto e ficou decidido, a hipótese da responsabilidade da União ficou afastada e, aplicando o Decreto-Lei n. 9.251, a questão do invocado foro privativo perdeu, igualmente, objeto.

Rejeitada é, assim, a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho para julgar o presente feito.

Mérito: Conforme bem observa a recorrente, o mérito da questão subordina-se à solução que for dada à prejudicial da constitucionalidade do Decreto-Lei n. 9.251, de 11 de maio de 1946.

A inconstitucionalidade: A argüição se refere à falta de identidade com determinadas normas constitucionais primárias, ou seja, a inconstitucionalidade intrínseca.

No exame dessas alegações, cumpre conservar, à curta distância, a consideração de que a estrutura jurídico-política do país, pela Constituição de 1937, era a do Estado autoritário. Além do que o parlamento, segundo conceito do eminentíssimo Costa Manso, guardava latente, naquele regime, uma função, permanentemente constituinte. Ao mesmo tempo, tinha ele o poder de cassar as sentenças judiciais que declarassem a inconstitucionalidade da lei, nos casos do art. 96, parágrafo único.

O art. 180 da Constituição atribuiu, transitória, mas integralmente, ao Presidente da República todas as funções do Legislativo.

De jeito que, no exame da constitucionalidade, não é possível situar a controvérsia no plano da pureza de uma sistemática de que a carta de 10 de novembro muito se afastou.

Direito de propriedade: O direito de propriedade, no sentido invocado pela recorrente, foi em inúmeros casos atingido, e não menos profundamente, pela decretação das leis do inquilinato, do reajustamento econômico, da venda de imóveis a prestações, de renovações das locações mercantis, do imposto sobre lucros extraordinários, da própria lei de sociedades anônimas e outras, sofrendo seus titulares graves prejuízos patrimoniais, em consequência da aplicação retroativa de semelhantes diplomas, que os tribunais sempre cumpriram, nem de outra maneira fora admissível, quando a Constituição deixara ao legislador ordinário a definição do conteúdo e limites do direito de propriedade (art. 122, n. 14), o que, como garantia constitucional, reduziu o direito de propriedade à condição daquela faca da lenda, que não tinha lâmina, nem cabo...

Aplicação retrooperante da lei impugnada: Pode a lei merecer a mais severa crítica, sendo certo que a não-retroatividade é, no velho conceito de Grenier, “a moral da legislação”.

Mas, no regime da carta de 10 de novembro, a irretroatividade era uma regra de ordem puramente legal. E o princípio que facilita ao legislador dar a certas leis efeito retroativo se funda em que a irretroatividade é preceito apenas de utilidade social e, portanto, um preceito que nada tem de absoluto. A utilidade social pode exigir que o legislador acuda a casos anormais, a situações excepcionais e, sobretudo, aos interesses sociais do momento.

De resto, em pleno regime da Constituição de 1891, e não obstante o preceito de seus artigos 11, § 3º e 72, § 17, foram decretadas leis do inquilinato, de efeito nitidamente retroativo, e afetando o direito de propriedade, embora aparentemente só visassem os efeitos futuros dos contratos e o exercício futuro do direito de propriedade, porquanto, segundo adverte Cunha Gonçalves, “destruir os efeitos de um contrato é destruir o mesmo contrato, e restringir o exercício do direito de propriedade é restringir o mesmo direito, que nada é sem o seu exercício”.

No tocante à igualdade: Todos os proprietários de estabelecimentos congêneres foram tratados igualmente pelo impugnado decreto-lei.

A atividade exercida pelas empresas de semelhante natureza não pode ser posta em situação de igualdade com aquelas empresas de categoria diversa, exercendo atividade de âmbito legal, ao passo que os estabelecimentos de jogo funcionavam contra as conveniências morais e materiais da coletividade.

O art. 486 da Consolidação dispôs para os casos comuns de atividades, que se organizam normalmente em caráter efetivo e em benefício da economia nacional, jamais para explorações toleradas eventualmente, altamente nocivas, de todos os pontos de vista e que devem necessariamente arcar com os riscos de uma paralisação sempre iminente.

A inconstitucionalidade do impugnado diploma legal não é manifesta e, em última análise, seria apenas discutível. E para que a incerteza possa surgir e subsistir, preciso não é que os debates se elevem à altura de “controvérsia de sábios”.

Ensinam os tratadistas que se a inconstitucionalidade de uma lei não está acima de toda a dúvida razoável, resolve-se pela sua manutenção. E a lição de Carlos Maximiliano, apoiada em Brice, Clack, Cooley e outros de igual porte, concluindo que os tribunais só devem declarar a inconstitucionalidade da lei, quando esta é evidente, não podendo fazê-lo apenas por ser contrária aos princípios da justiça, as noções fundamentais do direito (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 1941 — pág. 363, 365).

Todos os atos do Congresso e do Executivo presumem-se constitucionais. Só se proclama, em sentença, a inconstitucionalidade, quando esta é evidente, fora de toda dúvida razoável — *beyond all reasonable doubt* (Cooley).

Na dúvida, mesmo na dúvida, portanto, e este Tribunal não a tem, aconselhado seria a manutenção da lei pela justiça específica.

Os tribunais inferiores advertiram Willoughbi, não julgarão inconstitucional um ato senão em casos muito claros; em geral, deixarão para os tribunais mais altos o pronunciamento final.

“A constitucionalidade das leis, ou dos atos do Executivo, deve ser sempre julgado pelo Tribunal mais alto; este é o espírito do art. 60 § 1º do Código Supremo, em plena concordância com o direito escrito e a jurisprudência norte-americana” (Carlos Maximiliano, *Comentário à Constituição Brasileira*, 1929 — página 596).

Na sistemática da Constituição vigente, este Tribunal é instância superior de uma jurisdição especial; porém, em matéria de declaração de inconstitucionalidade e em face do Supremo Tribunal Federal, corresponde a um tribunal federal inferior. Aquela Corte Excelsa é o intérprete máximo, guarde o oráculo da Constituição. É somente por decisão definitiva sua, declarando inconstitucional a lei, poderá ser suspensa a execução desta. (art. 64 da Constituição de 1946).

Ela é o árbitro final da constitucionalidade das leis e isso corresponde, na expressão do Ministro Orozimbo Nonato, à sua vocação histórica e constitucional.

Na conclusão: A lei impugnada não é inconstitucional, e, em absoluto, manifestamente inconstitucional. Seja passível de crítica severa, tenha o legislador agido por motivos inconstitucionais ou reprovados, se a lei não é, no texto, contrária ao estatuto básico, o Tribunal não a condena. Não se declaram inconstitucionais os motivos da lei (Cooley).

Nem outra coisa tem decidido o Egrégio Supremo Tribunal Federal:

“A lei só não deve ser aplicada ao caso a que se destina quando é manifestamente inconstitucional. A dúvida a esse respeito não basta para que o Juiz a ponha de lado; a discordância entre a Constituição e a lei deve ser tal, que se apodere do magistrado clara e viva convicção da incompatibilidade entre uma e outra” (acórdão de 12 de outubro de 1928 — in *Diário da Justiça* de 14 de agosto de 1931, p. 5275).

O pagamento do aviso prévio: Procede ao recurso, quanto a essa parte.

O pré-aviso não é devido, se o empregador deu causa ao rompimento do contrato, não o quis, conforme está expresso no art. 487 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não sendo imputável à empresa, a rescisão do contrato não lhe acarreta a obrigação do pagamento pedido. No caso, a extinção do contrato decorreu imediatamente do ato do Governo determinando o fechamento dos cassinos, intervindo, portanto, o justo motivo a que alude o citado art. 487 e que a resguarda da obrigação.

Improcede o fundamento do acórdão recorrido de que o fechamento do jogo não impedia que a empregadora mantivesse os contratos com os empregados que trabalharam no *grill-room*, atividade que não tinha conexão necessária com o estabelecimento que explorava o jogo.

A portaria da Diretoria-Geral da Fazenda, de 9 de março de 1936, regulando a concessão para exploração dos cassinos, impôs a manutenção de salões para danças, para música e restaurante.

Retirada a concessão, cessaram os encargos desta decorrente, além do que, desaparecida a fonte de renda que alimentava as demais seções, ficou a empresa impossibilidade de manter os contratos de trabalho dos músicos do *grill-room*.

Isto posto:

Acordam os Juízes do Tribunal Superior do Trabalho, preliminarmente, por unanimidade de votos, em tomar conhecimento do recurso, desprezando as preliminares de incompetência e de constitucionalidade do Decreto-Lei n. 9.251, de 11 de maio de 1946 e, *de meritis*, ainda por unanimidade, em negar-lhe provimento. Custas *ex-lege*.

Impedidos os srs. Juízes Edgard Ribeiro Sanches e Paiva Fernandes.

Rio de Janeiro, 27 de março de 1947.

Manoel Caldeira Neto — Vice-Presidente no exercício da Presidência.

Percival Godoy Ilha — Relator.

Batista Bittencout — Procurador.

Recorreu extraordinariamente a parte vencida, buscando abrigo no art. 101, n. III, letra *a*, da Carta Magna, sob fundamento de constitucionalidade do Decreto-Lei 9.251, de 11 de maio de 1946, que transferiu aos cassinos os ônus relativos às despedidas dos seus empregados, em virtude da proibição do jogo.

O remédio foi arrazoado e contra-arrazoado.

Emitiu o parecer de fl. 93 a Procuradoria-Geral da República:

O presente recurso é interposto com fundamento na letra *a* do artigo 101, III da Constituição porque a decisão recorrida aplicando o decreto-lei n. 9.251, fundou-se em disposição infringente do artigo 141, §§ 3 e 16 da Constituição vigente bem como do artigo 122 §§ 1 e 14 da Carta de 1937, vigente ao tempo em que foi executado o aludido diploma legal.

A invocação da Constituição atual é de todo inaceitável, por isso que o ato ou lei impugnados produziram os seus efeitos sob o regime da Carta de 1937.

Não trouxe, além do mais, violação dos seus preceitos, mas aplicação de uma lei que, de nenhuma forma, atingiu as garantias constitucionais, ali mencionadas e que se referem à igualdade de todos perante a lei e à garantia de direito de propriedade.

A medida legislativa tomada visou resguardar situações jurídicas criadas sob o regime de uma atividade tolerada a título precário; atendeu a um interesse social evidente, principalmente em se considerando o alto rendimento da exploração do jogo, fonte de lucros fabulosos.

A cessação do jogo obedeceu a elevados interesses coletivos e que não poderiam atingir também os empregados das empresas.

Tenho reiteradamente afirmado por isso mesmo, a competência da Justiça do Trabalho para solver as controvérsias daí oriundas, certo como é o nenhum interesse da União na relação de emprego, disciplinada por uma norma legislativa de cumprimento obrigatório (Rec. Extr. n. 10.599, Parecer 1.370; Conflitos de Jurisdição n. 1.670, Parecer n. 1.440 e n. 1.669, Parecer n. 1.499; Agravo n. 13.173, Parecer n. 1.537).

Não feriu a lei impugnada os princípios garantidores dos direitos individuais, antes os assegurou a uma categoria de indivíduos menos protegidos pelas condições sociais.

Humana a lei, não poderia ter atingido preceitos que vieram precisamente amparar os direitos individuais.

Não vejo, assim, como conhecer-se do recurso.

Rio de Janeiro, 14 de agosto de 1947.

Themistocles Brandão Cavalcanti.

Procurador-Geral da República.

Na sessão de 8 de setembro de 1947, a egrégia Primeira Turma decidiu remeter os autos ao Tribunal Pleno, unanimemente.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, devido ao adiantado da hora, e já se achando a questão dos autos superiormente dilucidada, vou tentar reduzir ao mínimo o meu modesto voto, evitando não ceder aos acenos que a controvérsia suscita e que rasgam largas perspectivas.

Ripert, em seu livro sobre o Regime Democrático e o Direito Civil Moderno, realça a proteção da lei ao *humilier*. Não sem ironia, aludiu Ripert a essa orientação, não apenas como expressão do desejo de outorgar melhores condições às massas, na defesa da democracia ou para prevenir o ímpeto das insurreições, senão, ainda, para captar simpatias e preferências.

É verdade que a inclinação ao mais fraco sempre existiu no direito, mas, através do estado de assistência e privilégio a incapazes. No direito moderno, entretanto, assume expressão mais profunda.

E é no direito trabalhista que ela ostenta colorido mais vivo. A outorga de 1937 já não admitia a dissolução do contrato de trabalho, contra o trabalhador, nem pelo caso fortuito, entendendo que sempre a indenização era devida, e em torno desse dispositivo o nosso eminent

colega, Sr. Ministro Annibal Freire, quando honrava o cargo de Consultor-Geral da República, despediu parecer que teve largo e extenso brado, não só pelas idéias que encerrava como pela riqueza substancial de seus conceitos.

Rendeu-se-me ensejo de considerar o assunto em caso submetido a este Supremo Tribunal. E cheguei à conclusão de que, ainda em face da força maior, indenização era devida ao empregado, que não motivara a ruptura do contrato. O direito espanhol, em casos tais, mandava dividir as consequências (indenização pela metade), mas, em face da Constituição de 1937, a indenização era devida ao empregado, parte presuntivamente mais fraca e menos aparelhada para suportar o prejuízo.

O art. 480 da Consolidação das Leis do Trabalho não se mostrou demasiado severo com as empresas. E, no caso em que a ruptura do contrato derivasse do “fato do princípio”, modalidade do fortuito mandava que o Governo pagasse a indenização. Ainda aqui se tutelava a situação dos empregados, mas deslocava-se o ônus da indenização do empregador para o Governo — preceito que tem a justificá-la a doutrina moderna, da solidariedade social, da distribuição dos ônus e cômodos em que se baseia, a meu ver e substancialmente, a responsabilidade do Estado.

Mas esse dispositivo se aplica, a meu ver, sempre que a cessação da atividade se impunha por motivo de determinação legal ou governamental. Nessa hipótese não era justo que a indenização coubesse ao empregador, que, por motivos de conveniência transitória ou permanente, determinava a cessação de atividade reconhecidamente legal.

E, por isso, o preceito se aplica às empresas de caráter normal.

Não é o caso dos autos, em que a atividade da empresa era apenas e precariamente tolerada.

Tratava-se de concessão anômala e cuja precariedade resultava de sua mesma natureza, além de ser claramente expressa.

Assim, a meu ver e *data venia* do eminentíssimo Sr. Ministro Armando Prado, a quem tanto admiro, não se cuidava, no caso, de contrato sinali-

lagmático, bilateral, entre essas empresas e o Governo. Tratava-se de simples concessão, declaradamente precária.

E dessa precariedade resultava para o Governo a faculdade de fazer cessar essa atividade anormal.

A situação, porém, dos respectivos empregados, dos que tinham serviços contínuos, com salários estabelecidos, não podia ser tratada de resto. Razão era fosse ela resguardada com indenização a ser paga, não pelo Governo, que exerceu uma faculdade e cumpriu um dever, senão pelas empresas que auferiram os lucros da concessão.

E nem, a essa conta, o ato incriminado ofendeu o princípio da igualdade, princípio sumo, como disse Coviello, e que se encontra nas nascentes mesmas do direito. Ele, entretanto, não tem caráter material e matemático. Deriva da justiça que impõe, às vezes, a desigualdade, e sua aplicação indistinta e indiscriminada traria graves perturbações ao consórcio civil.

De resto, ele antessupõe situações do mesmo nível, e incurial seria germanizar uma concessão a título precário a uma atividade permanente e lícita.

Nestes termos, tornando-se indispensável resguardar a situação dos empregados, o ônus da indenização pela ruptura, a que não deram causa do contrato, incidirá na empresa, uma vez que o poder público apenas usa da faculdade que a precariedade mesma da concessão lhe facultava.

Somente na hipótese da insolvência do empregador, poderia ser invocada a responsabilidade subsidiária do Governo.

A obrigação de pagar é da empresa, principalmente, a meu ver, porque ela é que explorava o serviço precário e obtinha os lucros. Não afasto, entretanto, a responsabilidade subsidiária do Governo, caso as empresas estejam insolváveis, porque, nesse caso, o proveito nacional que derivou para a coletividade do fechamento dos cassinos justificaria que o Governo também suportasse aquele ônus, derivado de providência tomada em benefício geral.

A lei discutida não é inconstitucional. E, a meu ver, o princípio que ela anuncia devia ser aplicado, ainda na ausência do dispositivo, porque a hipótese dos autos não cabe na previsão do art. 480 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não dou, assim, pela inconstitucionalidade argüida.

AGRADO DE INSTRUMENTO 13.125 — DF

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Presidente): O Conselho Nacional do Trabalho proferiu sobre o caso versado nos autos o acórdão de fls., que se transcreve com a respectiva ementa:

O direito assegurado ao empregado convocado para o Exército, pelo Decreto-Lei n. 4.902, de 1942, de receber, do empregador, 50% dos seus salários, cessa com a vigência do Decreto n. 9.500.

Vistos e relatados estes autos em que são partes: como recorrente Pedro Nascimento da Silva, assistido pela Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região e recorrido Café e Bilhares Éden Lmt.: Pedro Nascimento Silva, empregado do Café Bilhares Eden Lmt., reclamou perante a 1ª Junta de Conciliação e Julgamento do Distrito Federal contra a referida casa, por se negar a mesma a pagar-lhe a importância relativa aos 50% dos seus salários, visto ter sido convocado para o serviço ativo do Exército Brasileiro. O empregador alegou como excusa para o não pagamento dos 50% determinados no Decreto-Lei n. 4.902, de quarenta e dois, estar esse decreto revogado, porque “revogado” foi o estado de guerra, e mais que os 50% eram para o caso de sorteio e não para serviço militar obrigatório, pois assim, o ônus do empregador, pode ser o referente à totalidade dos seus empregados, acrescentando que, em face da Constituição, esse ônus de 50% cabe à União, e não aos particulares (fl. 7). A mencionada Junta, apesar de considerar relevantes os motivos apresentados pelo

empregador, entendeu que não há lei nova revogando o decreto citado, que da nova lei do sorteio militar não se infere que o pagamento venha a ser para todos os convocados e que há um decreto que não permite ao empregado pleitear coisa alguma sem estar quite com o serviço militar, resolvendo, assim, condenar o reclamado a pagar ao reclamante os 50% dos seus vencimentos desde a data da incorporação ao Exército (fl. 10). O Cons. Regional do Trabalho da 1^a Região, reconhecendo, embora, que não existia decreto-lei revogando o de nº 4.902, baseou-se, contudo, em um discurso do Sr. Ministro do Trabalho pronunciado ao microfone da “Hora do Brasil”, em julho de 1943, no qual o titular da pasta declara que o referido decreto é “de emergência”. No mais aceita a argumentação do empregador quanto a não ter de pagar metade do ordenado a todos os convocados obrigatoriamente para o serviço militar, reformando a decisão da Junta, pelo voto de desempate (fl. 29). Em grau de recurso extraordinário, vieram os autos a este Conselho. A Procuradoria-Geral da Justiça do Trabalho, opinando no sentido de que uma lei só se revoga por outra lei, e esta última não existe, entendeu que o Decreto n. 4.902 continua em vigor e, neste caso, o julgamento do Conselho Regional violou dispositivo expresso de lei, cabendo o recurso extraordinário nos termos do art. 846, *b*, da Consolidação das Leis do Trabalho e devendo o mesmo ser provido (fl. 42).

Isto posto — Considerando que o recurso tem cabimento nos termos do art. 896, *b*, da Consolidação das Leis do Trabalho; Considerando, *de meritis*, que este Conselho, por acórdão de 6 de agosto de 1946, proferido no Processo n. 4.175/46 decidiu que, não sendo o aludido Decreto-Lei n. 4.902, de 1942, lei de emergência, como de fato não o é, tanto que o legislador não limitou, absolutamente, a sua vigência à própria duração do estado de guerra, está o empregador obrigado, por força daquele diploma legal, a pagar ao seu empregado, convocado para o serviço militar 50% dos seus salários, até a vigência do Decreto-Lei n. 9.500, de 23 de julho de 1946 (Lei do Serviço Militar) — Acordam os Membros do Conselho Nacional do Trabalho, por unanimidade de votos, preliminarmente em tomar conhecimento do recurso e, no mérito, em dar-lhe provimento, para assegurar ao recorrente o direito de receber do empregador 50% dos seus salários durante o período em que estiver ao serviço do Exército até a vigência do Decreto-Lei n. 9.500, de 23 de julho do corrente ano (o acórdão é de 9 de agosto de 1946), garantindo, outrossim, o direito ao emprego, quando cessada a prestação do referido serviço.

A firma vencida, não se dobrando ao veredito, suscitou recurso extraordinário para este Tribunal procurando fundeadouro para o apelo nas alíneas *c* e *d* do art. 101 do n. III da Constituição de 18 de setembro de 1946. Mas o pedido deu de través com este despacho do Exmo. Sr. Presidente Bezerra de Meneses:

1. Alegando a inconstitucionalidade do Decreto-Lei n. 4.902, por caber à União organizar e, consequentemente, manter as forças armadas (art. 15, § 4º da Constituição de 1937), e argüindo contradição entre o referido decreto-lei e o de n. 1.343, de 26 de fevereiro de 1945, que proíbe celebrarem contrato de trabalho os indivíduos que ainda não tenham quitação do serviço militar, o Café e Bilhares Eden Lmt., manifesta recurso extraordinário para o E. Supremo Tribunal Federal, do acórdão de fl. 48 (*Diário da Justiça* de 3-10-46).

2. É manifesta a improcedência da alegação de inconstitucionalidade do Decreto-Lei n. 4.902, que se destina apenas a comparar os empregados titulares de um contrato de trabalho preexistente a sua convocação e não a regular a maneira de manter as forças armadas. Por outro lado, jamais tendo sido ela discutida no curso da lide, seria impertinente levantá-la agora como justificativa de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

3. No que se refere à pretendida oposição entre o que determina o Decreto-Lei n. 7.343 e o 4.902, cumpre evidenciar, antes de mais, a sua inexistência, já que aquele, privando das garantias do contrato de trabalho, estabelece uma sanção para os que não estejam quites com o serviço militar, esta, justamente, protege e assegura o reservista titular de um contrato de trabalho quando chamado ao serviço ativo das forças armadas.

4. Assim sendo, deixo de admitir o recurso extraordinário (...)

Daí, o presente agravo, em cuja petição — minuta endereçada ao Exmo. Sr. Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho — lê-se:

Os Suptes justificaram a interposição do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, invocando as alíneas *a*, *b*, *c* e *d* do n. III do art. 101 da Constituição da República (...)

Entretanto, V. Exa. houve por bem denegar o pedido, por entender, primeiramente, inexistir a argüida constitucionalidade do Decreto 4.902 face ao preceito do art. 15, § 4º da Constituição de 1937, quando é certo que, competindo à União, privativamente, organizar as forças armadas não se pode deixar de entender que, na obrigação de organizar, está compreendida a de manter.

Argumenta, nesse passo, o agravante que atribuir o encargo de manter as forças armadas a particulares constitui infração daquele preceito da lei básica. E tira a lume, ao propósito, parecer do Dr. Sobral Barcelos, *verbis*:

A meu ver, a partir da data em que entrou em vigor do Decreto n. 19.955, de 16 de novembro de 1945, que suspendeu o estado de guerra, cessou para os empregadores a obrigação que lhes era imposta pelo Decreto-Lei 4.902 de 31 de outubro de 1942, de pagar mensalmente 50% do salário respectivo aos seus empregados que fossem convocados para a prestação de serviços de natureza militar. Está expresso na Constituição, art. 15, alínea 4a, que à União Federal compete, privativamente, “organizar a defesa externa, as forças armadas, a polícia e segurança das fronteiras”, e nessa competência “organizar” as forças armadas comprehende-se, realmente, a obrigação de mantê-las, tanto assim que, como lembram, oportunamente, os recorridos, em todos os orçamentos gerais da República vem sendo consignada a verba da despesa de manutenção das forças armadas do país. Esse encargo, que o citado inciso declara competir “privativamente” à União, somente em condições excepcionais como as do estado de guerra o que nos encontramos, compete e pesa “privativamente” sobre a União (...)

Também o respeitável despacho recorrido não encontrou incompatibilidade entre o Decreto-Lei n. 4.902, de 31 de outubro de 1942 e o Decreto-Lei 7.343, de 26 de fevereiro de 1945. A incompatibilidade, entretanto, é incontestável; por isso que, o segundo dos citados decretos dando nova organização ao serviço militar, estabeleceu no art. 12 e suas alíneas que ninguém pode celebrar contrato de trabalho sem haver, antecipadamente, prestado o serviço militar, pois, a tanto equivale proibir que, sem o prévio cumprimento desse dever patriótico, o indivíduo tire carteira profissional de trabalho. Chega o legislador nesse diploma a não permitir que se pleiteie qualquer direito perante a Justiça do Trabalho sem a carteira de reservista. Ora, se assim é, como admi-

tir-se subsistente um outro decreto-lei que manda pagar salários ao indivíduo que se emprega sem ter prestado o serviço militar. Não é o salário uma contraprestação de serviço? Ora, serviço profissional resultante de infração da lei importa nulidade do contrato de trabalho. A partir de 26 de fevereiro de 1945, todos os que foram admitidos como empregados sem apresentar prova de quitação de serviço militar infringiram o art. 12 do Decreto 7.343 e, portanto, não podem reclamar salários.

Cita o agravante o art. 2, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, por força do qual a lei posterior revoga a anterior quando seja com ela **incompatível**, e, ainda, quando “regule inteiramente a matéria versada na lei anterior”, e prossegue:

Duas razões, aliás, militam contra a subsistência simultânea das duas leis, (...) a primeira, a da incompatibilidade, que é patente e incontrovertida. A outra tem apoio na última parte do artigo supra, porque o Decreto-Lei n. 7.347, abolindo o serviço militar, para consagrar a convocação por classes, **regulou inteiramente a matéria** de que tratava a lei anterior. É inequívoco, portanto, que, pelos dois motivos apontados, o Decreto 4.902, mesmo que não fosse, como evidentemente o era, uma lei de emergência, foi revogado pelo Decreto-Lei n. 7.343, de 26 de fevereiro de 1945.

O parecer do Exmo. Sr. Dr. Themistocles Cavalcanti, D.D. Procurador-Geral da República, encontra-se à fl. 27 e vaza-se nos seguintes termos:

Merece confirmação o despacho agravado que negou seguimento ao recurso extraordinário. Este recurso, efetivamente, não se justifica, na hipótese, porquanto o ilustre Tribunal recorrido deu apenas à lei, em sua expressão literal, a devida aplicação. Não houve violação de seus preceitos, antes o seu exato cumprimento. A revogação tácita da lei também não ocorreu, de momento que não se trata de diploma de emergência, mas de norma permanente, disciplinadora das obrigações dos empregadores para com os seus empregados convocados. A revogação tácita só se verifica pelo desuso, ou quando tem a lei prazo de aplicação predeterminado. Nestes casos, verifica-se a decadência automática do vigor da lei (ver Benjamin Aksin, *La désuétude en droit constitutionnel*). Ora, as hipóteses acima não ocorreram.

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Presidente e Relator): Como homenagem ao eminent Dr. Procurador-Geral da República, registro, *data venia*, a divergência em que me encontro com o erudito parecer transscrito quanto à possibilidade, em nosso direito, da revogação da lei pelo desuso.

A lei de introdução (Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942), que não guarda relação necessária com o Código Civil, tem conteúdo de lei especial, como, aliás, sugeria Demogue ao manifestar-se sobre os trabalhos de reforma do Código Civil argentino.

Na exposição de motivos do Ministro Marcondes Filho, ficou realçado que se tratava de lei especial, o que oferecia a “vantagem de permitir modificações últimas independentemente das transformações que se operarem nos institutos civis”.

O seu poder de irradiação, ainda quando apareça como lei anexa ao Código Civil, despassa as raias desse Código.

Na opinião de Venzi — lê-se em Serpa Lopes (*Lei de Introdução*, p. 10) — invocada por Eduardo Espinola, o alcance da lei de introdução é vasto. Não se cinge ao Código Civil, mas protraí seus efeitos a todos os códigos e a todas as disposições legislativas, seja qual for a sua natureza, pública ou privada (...”)

E ao mestre Eduardo Espinola e a seu ilustre filho pertencem estas considerações exatíssimas:

Como quer que seja, e sem que o rótulo, dado ao que a doutrina italiana vem denominando *le preleggi* influa para a consideração diferente é nessa disciplina da matéria não se limita a regular o direito civil, ultrapassa-o para alcançar todo o direito privado, e o próprio direito público.

Invocam os eminentes juristas o que, ao propósito da lei de sua pátria, pregoam os grandes mestres italianos.

E realmente Ferrara elucida tratar-se de *quasi un corpo di leggi delle leggi* (*Dir. Civ.* p. 173). Da própria antiga introdução, lei anexa ao Código Civil e publicada juntamente com ele para facilitar-lhe a execução pôde dizer, frisando pontualmente com a verdade, Clóvis Beviláqua que os seus dispositivos comprehendiam “matéria de direito público, de hermenêutica e de direito internacional privado” (*Código Civil Comentado*, 1º, p. 85).

Pois bem. O art. 2º da Lei de Introdução é claro em dispor que, não se destinando a lei à vigência temporária, “terá vigor até que outra a modifique ou revogue”. Não foi necessário declarar, como no projeto de Felício dos Santos, que “não se considera revogada a lei com o seu desuso” (art. 5º), pois a fórmula do art. 3º guarda, intacto, o mesmo princípio: a lei vigora até que outra a modifique ou revogue. É certo que, no anteprojeto da Lei de Introdução, fórmula contrária se inseriu, com a minha modesta oposição. Deixou, entretanto, de prevalecer para manter-se o princípio enunciado que pode apresentar em seu favor a quase geralidade das codificações e a torrente mais volumosa e caudal da doutrina. Sem dúvida que o desviamento das leis, por larga e generalizada desprática de seu preceito, é fenômeno verificável em alguns casos. Ele interessa ao historiador, e registá-lo em diplomas legais e dar-lhe o caráter de ordem imposta coativamente apresenta sérios inconvenientes, sendo, demais disso, ocioso fique registado aquele fato histórico nos diplomas legais. E seria empresa leve de cumprir apinhoarem-se citas de doutores para esforçar o asserto. E, como quer que seja, *de lege data*, a questão está solvida no sentido que indicamos.

Mas essa divergência doutrinária, que apenas sublinho pelo prestígio dos pareceres do eminente chefe do Ministério Público, não origina diversidade de solução, na hipótese. Pretende o agravante que a sua aplicação decaíra automaticamente pela cessação do “estado de guerra”, que era seu antessuposto necessário.

Mas o Decreto-Lei 4.902, de 31 de outubro de 1942, que fazia pesar no empregador a obrigação de pagar 50% do salário do empregado convocado a prestar serviços de natureza militar podia vigorar

com ou sem o “estado de guerra”. Este não constituía, forçosamente, a razão mesma da lei a termos de invocar se o *cessante ratione legis, cessat ipsa lex*. Aliás, a aplicação dessa regra há de fazer-se com muita circunspeção e cautela por que se evitam exageros e erros momentosos.

Teixeira de Abreu, entre outros, nega a procedência mesma, em qualquer caso, da regra *cessante ratione legis* pelo sólido fundamento de que “como a força da lei deriva da vontade do legislador, e não das razões em que este se funda, é evidente que ela só pode ser derogada pela manifestação de uma vontade contrária” (*Curso*, n. 46, p. 128. Vide, ainda, Alves Moreira, *Instituição*, vol. 1, p. 22).

Prevaleceria, pois, ainda nesse caso, o princípio a que alude Josserand como “l’opinion couramment admise”. O de que “l’abrogation ne peut être que l’oeuvre de l’autorité créatrice” (*Cours*, I, p. 57, n. 76). E parece curial distinguir-se, como o faz Teixeira de Abreu, a **vi-gência da aplicação da lei**. Esta é que se torna impossível quando se alteram condições de **fato** de que dependa necessariamente a aludida aplicação, como no caso da lei que discipline a pesca ou a navegação de corrente de água desaparecida pela seca (liv. cit., loc. cit.). O estado de guerra não constituía, no caso, evidentemente, circunstância **de fato** indispensável à aplicação da lei de que se trata, do Decreto-Lei 4.902 de 31 de outubro de 1942. E nem se tratava de disposição transitória que houvesse consumado seu próprio escopo (vide Serpa Lopes, *Lei de Introdução*, vol. I, p. 57) e nem, finalmente, de diploma legal que apresentasse, prefixada, a data em que se extinguiria sua vigência (art. 2º da Lei de Introdução).

O caso, pois, apenas poderia ser de revogação tácita, ou pela substituição **completa** de uma lei por outra, o que também não ocorre, ou de incompatibilidade entre a primeira lei e a lei posterior.

Como escreveu Josserand, irrealizável, que se mostre a aplicação simultânea das duas leis, “il faut choisir entre elles, et le choix s’exercera tout naturellement en faveur de la plus récente, présumée la meilleure; le passé peut être aboli pás l’avenir, mais le phénomène inverse serait inconcevable”.

Mas, no caso, essa incompatibilidade inexiste, como ainda, recentemente, em caso idêntico relatado pelo eminente Sr. Ministro Hahnemann Guimarães, a cujo prestigioso voto acedeu esta 2^a Turma, ficou reconhecido.

E vale observar que, para ocorrer a revogação, em tais casos, mister se faz seja a incompatibilidade irreduzível e só se dá no limite estrito do incompossível. O que, ao propósito, observou Josserand, exprime a *communis opinio doctorum*:

Il est à remarquer que l’abrogation tacite n’opere que dans la mesure du strict minimum, c’est à dire de la contradiction entre les deux textes; la loi ancienne subsiste dans la mesure où elle n’est pas contradite par la loi nouvelle. (Liv. cit., p. 57.)

E se, no particular de que se trata, razão desassiste ao agravante, ela também não o ampara quando pretende estabelecer-se da grave balda de inconstitucionalidade o decreto-lei citado, porque à União e nunca ao particular cabe **manter** (pois que lhe cabe organizá-las) as forças armadas. A obrigação especial do empregador de dar ao **empregado**, nas condições aludidas, **metade** do seu salário não constitui manutenção da força armada.

Não se cuida de regular a manutenção das forças militares, senão de estabelecer providência tutelar dos interesses do empregado que se convoca ao serviço militar.

Caso idêntico, como já foi referido, teve nesta 2^a Turma julgamento igual ao que, *data venia*, inculco neste voto. O despacho agravado merece confirmação. Nego provimento.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 13.139 — DF

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Consta nos autos, à fl. 33, o documento do teor seguintes:

Cr\$ 13.600,00 — Recebi da firma A. Faria & Cia. Ltda., estabelecida em Itajubá — Minas, com Fábrica do tecidos, da qual foi empregado a importância supra de Cr\$ 13.600,00 (treze mil e seiscentos cruzeiros) correspondentes a indenização referente à 17 anos de casa à razão de Cr\$ 800,00 (oitocentos cruzeiro) mensais, pelo que dou à empregadora plena e geral quitação de todos os meus direitos, confessando-me pago e satisfeito, não podendo nenhuma reclamação fazer com relação à qualquer outra indenização.

Por ser verdade firmo o presente selado com Cr\$ 2,20. As. Dermeval Barbosa.

Não obstante a declaração, propôs o recorrido ação contra a recorrente, alegando a sua ineficácia em face da Consolidação das Leis do Trabalho e estar eivada de coação.

O M.M. Juiz da primeira instância acabou pela improcedência da reclamação.

Porque nenhuma prova se produzira de sua declaração de fl. 33 originada de coação e ser inaplicável a exigência, no caso, de formalidades suscitadas pela Consolidação das Leis do Trabalho, que não vigia ao tempo da declaração aludida.

O Conselho Regional do Trabalho, no acórdão de fl., chegou ao mesmo remate da sentença, forte em que a quitação livremente outorgada isenta o empregador de indenização e em que, antes da vigência da Consolidação das Leis do Trabalho, não se fazia mister para a eficácia da renúncia à estabilidade a assistência do sindicato ou a realização do ato perante as autoridades indicadas no art. 500 daquele diploma legal.

Subiu a causa ao E. Tribunal Superior do Trabalho, que deu provimento ao recurso e acolheu pretensões do A. ora recorrente.

O aresto do E. Tribunal Superior do Trabalho não se fundou em prova de coação, fundamento que relegou inteiramente o oblívio.

O que constitui a base do julgado é a ocorrência de fraude à lei, que carreou nulidade ao acórdão.

Lê-se no v. aresto:

Considerando (...) que, embora o acordo celebrado entre os litigantes tenha sido assinado **24 horas antes** da promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, não há como deixar de acreditar que o mesmo (...) tenha sido efetivado com o fim de fraudar a execução daquele diploma legal, tanto mais que a Consolidação foi publicada (...) antes (...) de sua vigência, de sorte que (...) todos (...) tiveram conhecimento da futura lei (...)

Os atos praticados em fraude da lei trabalhista são nulos de pleno direito por força do art. 9º da citada Consolidação.

Como sevê dos dizeres mesmos do v. aresto, admitiu este a possibilidade de fraude à lei ainda invigorante, por não as achar exausto o prazo *vocationis*, o que não é civil. Enquanto não se esgota aquele prazo, o mandamento ainda não é lei por lhe falecer o caráter essencial da obrigatoriedade, que entra no conceito mesmo, na própria definição de lei que é ordem geral e obrigatória, emanada do poder competente e imposta à obediência de todos.

No voto que proferi no agravo em apenso, enunciei a doutrina corrente a esse propósito, por meio de autoridades prestigiosas — Clemente do Diego, Baudry Lacantineire et Fourcade, Merlin, Aubry et Rau, Demolombe, Duranton, Huc Laurent, etc.

Basta-nos, agora, invocar a copiosa lição de Paulo de Lacerda, pela qual, enquanto a lei nova não começa a atuar, permanece em vigor a antiga, **podendo** apenas ser atendido o novo mandamento se tratar-se de *ius permissivum* (in Manoel Lacerda, I, 1ª parte, n. 231).

E reiterar o conceito de Nicola Stolf:

In tale inttemporou non si puo a affatto dubitare *che essa non sia ancora diventatata legge* e quando non deve essare riguardata une obbligaturia (*Dir. Civ.*, n. 267).

E não é possível que se configure ato *in fraudem legia* quando o preceito que se diz fraudado ainda não lograra, com a obrigatoriedade, a natureza de lei.

Se se tratasse de lei de **efeito retroativo**, cujo prazo *vacationis estivesse* fluindo, ainda se poderia insistir na possibilidade da fraude à lei, realçado que ficaria o ânimo de subterfugir o agente ao império da lei pendente, mas destinada a reger a matéria, por sua retroprojeção.

Como lembrei no voto proferido ao agravo, poderia o caso se acomodar então no conceito de Valery, *Manual de Droit Priv. Int.*, n. 412:

Il y a fraude à la loi toutes les fois qu'un acte est fait avec l'intention de le soustraire à l'application des règles auxquelles le législateur a entendu le soumettre.

Mas as leis trabalhistas não têm efeito retroativo. O caso dos autos se enquadra no direito das obrigações, em que domina o princípio da irretroatividade, como ensina Fagella, citando numerosos e autorizadíssimos doutores (in *Corso de Bianchi*, de fl. 750).

Isso também se passa na lição de Espinola (*Sistema*, I, 217), citando Crime, Baudry, Fadda e Chironi.

E na de Gabba (IV, p. 7) e na de Ruggiero (*Dir. Civ.*, trad. de Ari Santos, I, p. 181), etc.

Nem se pode inferir a retroatividade da índole, da natureza mesma das leis trabalhistas (vide Goviello, *Manual*, § 36; Roubier, *Les Conflits de lei*, 1, pp. 529-536; § 2, n. 87, p. III; Alves Moreira, *Inst. I*, p. 74, etc.

É exato que, pelo art. 912 da Consolidação, os seus dispositivos de caráter imperativo têm aplicação **imediata**.

Esta, porém, não se baralha à retroatividade, como demonstra Roubier.

E, afastada a retroatividade, não me parece possível a admissão de fraude à lei futura.

Ainda em se tratando de princípio retroativo, Desbois alude a um acórdão que admitiu no caso a **fraude** à lei como *solus peregrinus* na jurisprudência, *verbis*:

(...) cette décision présente un caractère exceptionnel et demeure isolé au milieu d'une jurisprudence assez bondante, qui couronnent deux arrêts de la Chambre civile, l'un et l'autre franchement hostiles à l'idée de **fraude une loi future** (...) (*La Notion de Fraude a la Loi*, p. 134).

Em outro lance de seu livro, informa Desbois:

En un mot, le domaine de la fraude dite à la loi future, avant 1820, la Chambre civile reconnaît la légitimité de l'élimination de la loi par un procédé actuellement licite. Depuis lors, les recueils ne nous ont apporté aucune improbation de cette solution, car la question n'a plus été posée à la justice (liv. cit., p. 136).

Nem al podia ser em face do conceito mesmo de negócio realizado *fraus legis*, e que pressupõe ordem legal em vigor e que as partes violam, “non secondo il contenuto letterale, ma secondo lo spirito di essa” (Ferrara, *Simulazione*, p. 67). Nele, o que se vulnera é a lei, por via oblíqua (*circumvenire legem*) e lateral. E daí dizer Regelsbergar, repetido em Ferrara, ser seu elemento “*l'intenzione delle parti di sottrarsi al la forza coattiva del diritto*” (*Simulazione*, p. 68).

E a lei no período *vocationis* falece-lhe **força coativa**.

É exato que Alexandre Ligeropoulos é menos severo no repetir a possibilidade da fraude à lei futura.

Cita arrestos que a admitem e observa: “(...) il est (...) choquant qu'un acte puisse produire des effets, alors que les parties ont été d'accord pour le passar háitivement en prévision d'une loi nouvelle” (*Le*

Problème de la Fraude a la loi loi, n. 98). Ele próprio, entretanto, confessa que os arrestos tomados nessa orientação se dispensaram “d'une observation trop strict du principe de non-retroactivité” (liv. cit., loc. cit.) e é terminante ao declarar:

La sanction d'une telle fraude se heurte (...) à um obstacle fort grave; le principe de la non-retroactivité des lois interdit qu'une loi puisse être appliquée a des actes antérieurs à sa promulgation (liv. cit., loc. cit.).

Ora, não podem os tribunais tratar de resto o momentoso princípio (entre nós preceito constitucional), ainda quando o legislador possa, alquando, dispensá-lo. Será sempre uma regra endereçada ao juiz.

Coviello considerou o assunto diretamente, e o que ele diz é que orna com a melhor doutrina e com o respeito devido ao princípio da irretroatividade:

(...) gli atti compiati in conformità della legge vigente, ancorchè col l'intento di sottrarsi all'onerosità e allo sfavore provenienti dalla legge nuova, non ancora obbligatoria, sono leciti e validi. Chi li compie agisce secondo il diritto, perchè fintanto, che la nuova legge non entra in vigore, dura l'impero dell'antica; nè si può dire che in *fraudem legis*, poichè a prescindere della questione intorno all' nullità degli atti in frode allà legge, a certo e indubbiato che non si puo parlare di simile forde se non quando la legge ha forza obbligatoria, per sottrarsi alla quale persona ricorre ad especienti, non quando è ancora priva di quell'efficacia. (*Manuale*, p. 41).

Nas razões juntas por linha argumenta-se que o princípio do art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, que fulmina de nulidade os atos praticados ao fito de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos do direito trabalhista, já constava no art. 14 da Lei 62, de 5 de junho de 1935, e vogava na doutrina e na jurisprudência, não tendo sido, pois, aplicado retroativamente.

E é verdade. Mas eles pressupõem a ocorrência de negócio realizado *in fraudens legis*, o que, no caso, não se deu, como ficou demonstrado com as lições invocadas neste modesto voto e no proferido no agravo em apenso.

O que se aplicou retroativamente não foi o princípio do art. 9º, mas a exigência, inexistente ao tempo, de assistência do sindicato ou da presença das autoridades indicadas no art. 500 da Consolidação das Leis do Trabalho, que não vigora na data do ato discutido.

Nestes termos, conheço do recurso e lhe deu provimento para restaurar a sentença do Conselho Regional do Trabalho, às fls.

É o meu voto.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 19.968 — PB

VOTO (Preliminar)

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Presidente e Relator): O caso dos autos versa a questão tormentosa e fascinante de responsabilidade do Estado nos delitos resultantes de movimentos das multidões. A matéria tem provocado dissídios consideráveis de doutrina; enquanto alguns juristas se prendem a considerações de ordem social, vendo nessa responsabilidade um dos riscos inerentes na função do Estado e baseando-a em motivos de alta política de eqüidade e de segurança, outros — como, entre nós, o eminentíssimo Sr. Ministro Hahnemann Guimarães — entendem que, ainda no caso, força é que se examine a responsabilidade do Estado pelo critério civilístico da culpa.

No caso, porém, não se abre ensejo a que a discussão volte à tona e se examinem de novo os fundamentos da responsabilidade do Estado. Se houvesse possibilidade de reabrir-se a controvérsia, pediria permissão ao eminentíssimo Ministro Hahnemann Guimarães para divergir de S. Exa., de acordo com meus votos anteriores. Na hipótese, porém,

o Tribunal da Paraíba afirmou, à vista dos autos, a culpa do Estado, dizendo que, apesar das manifestações populares, a polícia se descuidou de exercer a vigilância necessária.

Reconheceu, em exame da prova, a ocorrência da culpa, segundo os critérios do direito civil.

Nem pode o acórdão recorrido estar em desacordo com outros acórdãos, nomeadamente os citados pelo recorrente, porque decidiram a questão da responsabilidade do Estado à luz do critério social, enquanto que, no caso, foram trazidos à balha fatos que, no entender do Tribunal local, provam a culpa da polícia.

Assim, não conheço do recurso.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 21.550 — DF

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Presidente e Relator): O despacho com que foi recebido o apelo extremo encontra-se à fl. 201. É do Exmo. Sr. Ministro Caldeira Neto e diz o seguinte:

Impugnado o acórdão de fls. 167/169, deste Tribunal, a Companhia Swift do Brasil S/A, em tempo hábil, manifesta recurso extraordinário para o Excelso Pretório, com fundamento no art. 101, inciso III, letras *a* e *d*, da Constituição Federal.

Dá como violado o art. 141, parágrafos 2º e 3º, da Carta Magna, apontando, outrossim, arrestos do Supremo Tribunal Federal colidentes com o proferido neste processo. O acórdão da lavra do eminente Ministro Delfim Moreira Junior, citado pelo recorrente às fls. 173 e seguintes, e confirmado pela Suprema Corte — certidão junta a fls. 197/198 v. — bem elucidou a questão, de vez para sempre. Demais disso, o erudito Ministro Orozimbo Nonato,

em arresto brilhante, citado, aliás pelo Ministro Delfim Moreira Junior no acórdão acima referido, esclareceu definitivamente a questão da admissão de fraude a um diploma legal invigorante.

Em recurso interposto pela mesma Empresa, versando matéria idêntica, esta presidência teve ocasião de proferir despacho, deferindo o apelo (v. fl. 181). O douto Procurador-Geral da República, pronunciando-se naquele caso, conclui pelo conhecimento (Parecer de 9-6-52 in Rec. Ext. n. 20.589).

Assim sendo, defiro o recurso extraordinário manifestado a fls. 171 *usque* 199, mandando se abra vista às partes interessadas pelo prazo de **dez** dias, sucessivamente, para oferecimento de suas razões de defesas na forma de lei, prosseguindo-se ulteriormente como de direito.

Conheço do recurso, pela letra *d*, porque o venerando acórdão recorrido, entre os seus fundamentos cabedais, expressamente admite que a providência tomada pela Companhia Swift, pouco antes da promulgação da Lei 605, durante a fase final da sua elaboração, também deve ser repudiada, quer dizer, admite uma fraude à lei ainda invigorante.

De parte esse fundamento de direito, há, igualmente, alusão, como diz o eminentíssimo Dr. Procurador-Geral da República, a uma alteração unilateral do contrato de trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho não conhece do recurso e expressamente entende que inexistem os seus pressupostos legais, deixo de conhecer — do recurso extraordinário. E no resultado de cotejo de acórdão não pode ocorrer violação de texto da lei.

Na hipótese, entretanto, o acórdão enuncia, como fundamento, tese que se acha *ex diametro* contrária a outra tese mais de uma vez afirmada por este Supremo Tribunal, isto é, de que em casos como o dos autos, *maxime* nos países que vedam, em preceito constitucional, a retroatividade das leis, não pode haver fraude à lei futura.

Os autores que têm versado a matéria não admitem, em geral, a fraude lei futura.

Assim, Henri Desbois, em seu livro *La Notion de Fraude a la loi e la jurisprudence française*, registra três acórdãos antigos sobre o assunto. Um deles chegou a reconhecer a possibilidade de fraude à lei futura, a lei no período *vacationis*.

No caso, a lei estava se elaborando. Mas, ainda que estivesse no prazo da *vacatio*, a afirmativa não podia prosperar, porque, como disse o próprio Desbois, “no domínio da fraude dita à lei futura, antes de 1820, a câmara civil reconhecia a licitude da eliminação da lei por um processo atualmente lícito. Desde então os repositórios não nos apontaram qualquer outro julgado, porque a questão nem sequer foi mais posta perante a Justiça”.

Ligeropoulos, em seu livro, *Le Problème de la Fraude a la Loi*, traz à baila arestos que admitem a fraude à lei futura, mas confessa expressamente:

La sanction d'une telle fraude se heurte, il est vrai, à un obstacle fort grave: le principe de la non retroactivité des lois interdit qu'une loi puisse être appliquée à des actes antérieures à sa promulgation.

Também é certo que, em algumas hipóteses, a admissão da fraude à lei futura pela jurisprudência tem deparado aplausos, em nome da moral, por autores do porte de Baudry, Planiol e Capitant que, entretanto, reconhecem sua fragilidade em face dos textos.

Como o acórdão do Tribunal Superior do Trabalho faz rosto a aresto deste Supremo Tribunal, conheço do recurso, pela letra *d* e lhe dou provimento, para que aquele ilustre Tribunal conheça da revista e a decida como de direito.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 24.154 — DF

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Presidente e Relator): A substituição do critério dos descontos se processou, no caso, antes do advento da Lei n. 605, de 1949 — processou-se em dezembro de 1948. Seria juridicamente impossível falar, assim, em fraude à lei, ainda invigorante. A questão de saber qual a eficácia da lei no *prazo vacationis* tem rendido ensejo, principalmente outrora, a grande controvérsia, sendo que certos autores aludiam à possibilidade de se atribuir alguma força, nesse período, à lei independente, à lei em via de ser aplicada. Essa opinião, como o demonstram Nicola Stolfi e Baudry-La Cantinerie, está modificada; antes da *vacatio legis*, a lei é nada; antes de exaurido o prazo *vacationis*, o princípio novo não pode ser executado **como lei**.

Não se tratava, aliás, de eficácia de lei *in fieri*, nem de império da lei no prazo *vacationis*, mas de lei atendida por não se tratar de *ius cogens*. Nessas condições, podia a parte, se o quisesse, atender à lei ainda invigorante. Desde, porém, que a lei ainda não se acha em vigor, não se pode falar em fraude a uma lei que não encerra preceito obrigatório. Seria dar efeito retroativo à lei, o que, no nosso regime, pelejaria contra princípio da natureza constitucional. Não obstante, a questão foi versada nos Tribunais estrangeiros, onde o princípio da irretroatividade não tem, como no nosso direito, caráter constitucional. Alguns arrestos antigos citam-se que admitiam a fraude à lei futura. Veja-se, ao propósito, o que esclarece Dubois. Hoje, porém, não se admite essa possibilidade, que vale por admitir infração de lei que não é lei.

E assim têm decidido este Tribunal, em diversos acórdãos, e o próprio E. Tribunal Superior do Trabalho. Lembra-me haver o Exmo. Sr. Ministro Delfim Moreira Jr. versado o tema, examinando-o em todos os seus ângulos, em voto que prevaleceu.

No caso, há uma dificuldade para ser dominada. É que o v. acórdão deixou de conhecer da revista, havendo como de simples aparência o dissídio alegado. Ora, qualquer equívoco em comparação

de acórdãos não incidirá em *federal question*, capaz de abrir ensejo ao apelo extremo.

Dá-se, porém, que o v. aresto, sem o admitir a alteração discutida e repelir a divergência alegada, fez frente a arestos da justiça comum, a julgados deste próprio Supremo Tribunal, caso que rende ensejo ao recurso extraordinário pela letra *d*.

Assim, conheço do recurso e dou-lhe provimento para que o Tribunal Superior do Trabalho conheça da revista e a julgue como de direito.

RECURSO EM HABEAS CORPUS 28.695 — MT

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, o eminentíssimo Sr. Ministro Philadelpho Azevedo versou proficientemente a questão, que é de grande realce e do maior interesse constitucional. Segundo S. Exa. é lícito ao Estado organizar o Júri, fixando-lhe a competência, e é lícito por dois princípios: primeiro, porque o regime que temos é federativo e, segundo, porque a própria Constituição outorga ao Estado tudo aquilo que não lhe veda expressamente.

Ambas essas proposições, *data venia*, não podem ser recebidas sem temperamento.

Nosso régimen não é federativo; pelo menos não é puramente federativo. Não se pode, em face da realidade constitucional vigente, afirmar, a meu ver, a autonomia dos Estados. Tal autonomia é desmentida em quase todos os capítulos da Constituição e na prática da vida constitucional. O dispositivo, que deu aos Estados poderes implícitos, tem sido argüido, a meu ver com muita felicidade, como em contradição com o próprio sistema constitucional.

Já o Sr. Otto Prazeres, se não me engano, desenvolveu, ao propósito, observação de muita agudeza e exatidão.

Se o regímen não é federativo, se, no máximo, é semifederativo, como atribuir aos Estados poderes implícitos para fazer tudo aquilo que a Constituição não lhes nega? Não se pode dar a esse dispositivo caráter definidor no sistema político brasileiro.

Além desse aspecto, há que atender, também, como lembrou o eminente Sr. Ministro Goulart de Oliveira, à evolução do Júri no Brasil.

O Júri era tido, nas velhas declamações oratórias, como o paládio das liberdades populares. O direito de ser julgado pelos seus pares era direito essencial do cidadão.

O Sr. Ministro Philadelpho Azevedo: Foi degradado.

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Rui Barbosa apregoava a intangibilidade da instituição, transformada em “tabu”, como disse o eminente Sr. Ministro Goulart de Oliveira. Entretanto, as realidades nacionais, as necessidades inevitáveis da defesa contra o crime, os abusos constantes do Júri, as absolvições escandalosas, a falta de técnica nos julgamentos e outros motivos dessa ordem deram origem a uma reação fortíssima que, ainda antes da Constituição, começou por mutilar o Júri, por minguar-lhe as atribuições, passadas em grande parte ao juiz singular.

O que se vê, na linha dessa evolução, é que a lei não pode ser restrita a este ou àquele Estado; trata-se de atribuição federal, e a lei que instituiu e organiza o Júri foi sempre federal.

Por outro lado, *data venia* dos que entendem de maneira contrária, penso que não podemos relacionar na questão das fronteiras do direito processual federal o problema da competência do Júri, porque, se é verdade que grandes autores — e entre eles o eminente Ministro Castro Nunes — entendem que, em princípio, a competência é matéria de organização jurídica, certo é que S. Exa., com a lealdade com que versa as questões jurídicas, reconhece trata-se de opinião ondulante e algo indefinida. Assim, não devemos tomar dessa situação dúbia para caracterizar um instituto eminentemente nacional, como o Júri.

Rapidamente anuncio minha opinião, declarando que o juiz era incompetente *ratione materiae* e, assim, anulo a decisão e dou pela prescrição.

Nesse sentido, o meu voto.

HABEAS CORPUS 28.868 — DF

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Bento de Faria: Tossaku Kanada, de nacionalidade japonesa, foi condenado pelo Tribunal de Segurança Nacional como incursão na sanção do art. 3, n. 20, do Decreto-Lei n. 431, de 18 de maio de 1938, porque, como pastor da Igreja Adventista do Sétimo Dia, em suas prédicas, instigara a desobediência coletiva ao cumprimento da lei.

Divulgando e explicando os cânones da sua religião, entre os quais o de **não trabalhar aos sábados** e o de **não matar** nunca, incutia assim nos respectivos adeptos a obrigação de se recusarem ao cumprimento de qualquer serviço naqueles dias, salvo quando objetivasse um bem, ou o de repudiarem a defesa do solo pátrio e da honra nacional ainda quando agredido ou vilipendiado por atos de violência de seus inimigos.

Adormecendo, por essa forma, na consciência dos brasileiros, seus sequazes, o sentimento do dever pela superposição de regras religiosas ao seu devido cumprimento, daí resultava o conselho ou a imposição da desobediência às exigências legítimas do Estado, ainda quando fundadas na lei ou quando devessem ser espontaneamente acudidas para desagravar a dignidade da Pátria, a integridade de seu solo e a liberdade e a vida dos que compõem a nossa nacionalidade com o orgulho de ser brasileiros e o direito de ser homens livres.

Apostolando por essa forma, sem distinguir entre as obrigações civis e o dever militar, com o efeito de abalar os alicerces da educação moral e cívica em nosso país, que se acha em guerra com o Japão e a cuja nacionalidade pertence o Reverendo predicante, teria ele instigado a desobediência coletiva ao cumprimento de preceitos legais, pelo menos nos casos em que os questionados mandamentos da crença propagada colidissem com os imperativos da lei, concretizados no ato ou na atividade legitimamente exigida.

Assim é que um soldado do Exército Nacional, obedecendo às normas adventistas, conforme declarou, recusou-se, de modo irrevogável a realizar serviços internos da sua unidade em certo sábado, porque tal religião não lho permitia, o que lhe valeu a pena de um ano de prisão aplicada em processo regular, pelo Conselho Permanente de Justiça da 9ª Região Militar.

Esses fatos determinaram a abertura de inquérito a fim de apurar os efeitos da orientação tendenciosa das aludidas pregações no tocante aos elevados interesses da segurança nacional, assim comprometidos por motivo da consequente indisciplina militar já concretizada em vários casos determinados pela obediência àquelas normas adventistas, divulgados e aconselhados por forma a incitar a desobediência à lei.

Resultou evidenciado, pelos depoimentos de vários devotos, que os adventistas:

- a) só obedeciam às autoridades se as ordens não contrariavam os princípios de sua religião;
- b) só trabalhariam aos sábados quando o serviço se destinasse a fazer um bem;
- c) não praticariam qualquer ato de violência contra outrem, não distingindo mesmo a legítima defesa nem a defesa do solo pátrio.

Tais são, em resumo, os motivos que deram causa ao processo do Paciente e a sua condenação pelo Tribunal de Segurança Nacional, que o considerou incurso na sanção penal acima referida por ter, em prédicas e conselhos, como pastor dos Adventistas do Sétimo Dia, instigado a desordem e o não-cumprimento às ordens legais aos sábados, no que se refere à vida da caserna.

Inconformado com essa solução, o Bacharel Evandro Lins e Silva impetrou a este Tribunal ordem de *habeas corpus* em favor do condenado, alegando não haver justa causa para condenação.

Justificando o pedido, alegou que:

a) os questionados postulados da religião adventista não são subversivos da ordem pública;

b) os seus preceitos têm base nos Evangelhos Sagrados, sendo que a respectiva pregação e interpretação são assegurados por dispositivo da Carta Constitucional vigente, que reproduz garantia idêntica já consagrada pelos anteriores Estatutos Políticos;

c) o Paciente, assim, não incitou a prática de desobediência coletiva ao cumprimento da lei, tanto mais quando a Igreja Adventista prega o respeito às autoridades constituídas, difunde a instrução cívica entre os seus adeptos, impondo o amor a Deus e ao próximo.

Aliás, não se aponta um fato concreto contra o aludido Pastor, nem foi indicada a lei cuja desobediência teria sido incitada;

d) o soldado referido, em virtude de errada compreensão dos seus deveres religiosos, levou ao extremo ou preceitos que devia guardar, sendo que a sua recusa ao serviço, nos termos referidos, quando muito determinaria a perda dos seus direitos políticos;

e) e finalmente apoiou suas afirmações no que se observa nos Estados Unidos da América do Norte, onde são respeitadas essas objeções de consciência, como se infere do Regulamento a respeito, baixado pelo Presidente Roosevelt, e da Circular n. 2 do General Marschall, Chefe do Estado Maior do Exército americano, documentos esses cujo teor o Impetrante transcreveu às fls. 7 a 9 dos autos apensos.

O Tribunal, conhecendo de tal súplica, denegou, entretanto, a ordem, contra os votos dos srs. Ministros Laudo de Camargo, Waldemar Falcão, Orozimbo Nonato e José Linhares.

Renovando agora idêntico pedido de *habeas corpus* para o mesmo Paciente, apresenta o seu esforçado Patrono como argumentos novos:

1º) que a investigação policial era menos contra o Pastor do que contra a Igreja, visando apurar a nocividade da sua influência supostamente perniciosa no espírito dos convocados para as fileiras do Exército, chegando as autoridades policiais à conclusão de que nenhuma parcela de culpa se podia debitar aos Adventistas do Sétimo Dia.

Entre os Ministros evangélicos dessa Igreja se encontrava o Paciente, e a sua nacionalidade, como elemento de ordem psicológica, teria sido habilmente explorada pela acusação.

Ele, entretanto, é cristão e, portanto, pela sua religião, está distanciado dos métodos políticos de sua terra.

2º) a recusa do soldado ao trabalho teria ocorrido aos 8 de novembro de 1941, e o Reverendo Tossaku Kanada só pregou no templo de Presidente Prudente durante o ano de 1937, sendo que por essa época dito militar não era ainda adventista, mas ouvia apenas suas prédicas.

Demais, essas pregações feitas em 1937 não podem incorrer na censura do Decreto-Lei n. 431, de 18 de maio de 1938.

3º) pelo Relatório da Comissão da questionada Igreja incumbida de organizar o anteprojeto para criação do Departamento de liberdade religiosa no Brasil, cujos trechos se encontram transcritos às fls. 7 e 8 (lê), evidencia-se que só a incompreensão dos princípios adventistas poderia acarretar indisciplina ou desobediência por parte de um soldado.

Nenhuma culpa cabe ao padre, seja qual for a sua nacionalidade, mas ao próprio fiel se os preceitos religiosos por ele pregados não são interpretados com a maleabilidade adequada.

Continuando em suas considerações, o Impetrante passa a apreciar, com argumentos que declara serem novos, o aspetto do problema embora já alegado no pedido anterior.

E assim insiste em que:

a) não se apontou a lei que a pregação do Paciente instigasse a violar e menos ainda a sua vontade consciente de açular a desobediência;

- b) o Paciente não praticou qualquer crime, mas exerceu um direito garantido pelo art. 122, n. 4, da Carta Constitucional vigente;
- c) o ato do soldado condenado, para o qual não concorreu o mesmo Paciente, não significou desobediência, mas apenas a livre manifestação de uma convicção religiosa;
- d) e repete afinal o que sucede a respeito nos Estados Unidos, citando de novo o Regulamento do seu Presidente e a Circular do General Marschall.

E assim espera que o Tribunal faça cessar o constrangimento ilegal que sofre o Reverendo Tossaku Kanada, concedendo-lhe o *habeas corpus* impetrado.

Isso posto:

Preliminarmente, não conheço do pedido, não só por considerar suspensa a garantia do *habeas corpus* durante o estado de guerra, máxime em se tratando de infração objetivada em atentado contra a segurança nacional, como também porque não são novos os argumentos aduzidos pelo digno Impetrante.

As considerações agora formuladas constituem apenas a demonstração de uma inteligência aprimorada e de apreciável e elevado esforço no cumprimento do dever profissional, sem a virtude, porém, de disfarçar a reprodução do que já foi trazido ao conhecimento do Tribunal e foi por ele apreciado e julgado.

O colorido da forma não influiu para modificar a substância.

Basta confrontar o texto da petição anterior com o que ora se alega em razões de maior extensão.

Senão vejamos:

Afirmando agora que, tendo sido o objetivo do inquérito policial a influência nefasta da religião adventista no espírito dos seus adeptos, sem a preocupação principal de apurar a criminalidade dos atos do Paciente, o Impetrante defende este e aquela com as mesmíssimas alegações de ser cristão esse sistema religioso, calcado nos Evangelhos

Sagrados, e assim a interpretação dos seus textos e a pregação dos respectivos mandamentos que constituem a lei de Deus não podem constituir crime. Que, conseguintemente, os seus predicantes, e entre eles o Paciente, sendo cristãos e procedendo por essa forma, não poderiam também infringir a lei para aconselhar a sua desobediência. Essas questões já foram, entretanto, examinadas pelo Tribunal, que as julgou sem desconhecer a sua relevância.

Certo que os seus Julgadores não estão impedidos de apreciá-las de novo, para reconsiderar ou manter os seus votos anteriores, num e noutrou caso, sempre em benefício da verdade jurídica e em segurança da liberdade.

Mas esse poder que reconheço não exclui a norma do art. 123 do Regimento, que observo, por entender trata-se dos mesmos fundamentos, não ser manifestamente procedente o pedido reiterado, não assentar em novos documentos ou apresentar relevância que não tivesse sido já discutida e apreciada.

Também não foi conceituada acertadamente a finalidade atribuída à investigação da polícia.

Basta ler o voto, aliás, vencido, do Sr. Ministro Laudo de Camargo, no passo em que S. Exa. esclarece com acerto e sem contestação não se achar em jogo a simples prática do culto adventista, que poderia ser exercido nos termos da lei, mas a insubordinação, a desobediência ao cumprimento da lei (fl. 40 do apenso).

E o que considerou o Sr. Ministro Goulart de Oliveira, voto vencedor: o problema não é de liberdade de culto, desde que a prática apontada não se choca rigorosamente com o preceito constitucional (fl. 45).

Não desconhecendo, então, que o Paciente fosse cristão, entendeu, entretanto, o Tribunal que nem a ele nem a qualquer sacerdote mesmo brasileiro poderia ser assegurado o direito de pregar como proibida a atuação do soldado no domingo ou de prestar o serviço necessário à sua Pátria, por não ser possível a transgressão a preceitos do Decálogo ou a infringência a determinações da Igreja Católica.

Por aí se vê que essas indagações não foram estranhas ao julgamento anterior.

Para não alongar o fastio destas minhas considerações, tenho por suficiente dizer que, vencido que seja nas minhas preliminares, não concederia a ordem sem, entretanto, entrar no merecimento do pedido, porque, pondo de parte o que se diz ocorrer em outros países e as invocações feitas aos ensinamentos dos grandes Doutores, cujo acerto não discuto nem contesto, entendo que as demais alegações não poderiam ser acolhidas sem o exame da prova suficiente para invalidar um decreto condenatório.

Assim, havia de depender dessa perquisição verificar:

- a) quando o Paciente realizou as questionadas pregações;
- b) se a esse tempo o referido soldado era ou não adventista;
- c) se as prédicas foram produzidas de molde a incitar ou a estimular sentimentos já inclinados à desobediência à lei, porque, convém acentuar, o instigador não cria a resolução, mas arrima ou estima a paixão ou os sentimentos do instigado, mediante conselhos ou argumentos, reforçando ou ajudando a determinação da vontade criminosa.

E podem revestir essa forma as exortações dirigidas não só a uma como a várias pessoas, ou ao público, por meio de discursos ou impressos.

- d) as determinações formuladas pela direção superior da Igreja Adventista, no aludido Código, já elaborado ou a organizar;
- e) a inexistência de dolo ou culpa da parte do Paciente.

Esses fatos, para excluir a responsabilidade criminal e invalidar a sentença condenatória hão de resultar evidentes.

E a essa evidência não posso chegar sem o exame dos elementos probatórios, o qual, consoante as lições repetidas deste Tribunal, não pode ser feita em processo desta natureza.

O Tribunal melhor dirá em sua alta sabedoria; eu, porém, por essa razão e tão-somente por ela, nego a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, a questão dos autos, sem dúvida, apresenta dificuldades, não só porque, para seu julgamento, temos nós que vencer aquilo que o eminentíssimo Sr. Ministro Philadephio Azevedo chamou de “preconceitos”, como, também, o aspecto jurídico do caso é curioso, apto a despertar os brilhantes debates que aqui se desenvolveram.

Uma das maiores dificuldades do caso dos autos está no exame das provas. O Exmo. Sr. Ministro Bento de Faria não conheceu do *habeas corpus*, por ser repetição do anterior, concluindo S. Exa. que as brilhantes razões apresentadas são desdobramentos daquelas que se apresentaram anteriormente, não havendo qualquer aspecto novo a ser considerado. Mas, dado o ponto de vista em que me coloquei, entendendo inaplicável o art. 126 do Regimento do Supremo Tribunal Federal, que pressupõe coisa julgada em *habeas corpus*, o que se não admite, tenho de eliminar esse motivo para verificar se é possível, sem o exame da prova, que, em tese, é defeso em *habeas corpus*, admitir este *habeas corpus*.

A proposição pura e simples de que não se examina prova em *habeas corpus* merece temperamentos, que se fazem quase diariamente. Ainda na última sessão, procurei mostrar que o Supremo Tribunal não pode, em exame do *habeas corpus*, verificar a intensidade das provas, isto é, a severidade ou a benevolência que, em face daquelas, toma o Juiz de primeira instância. É, porém, forçado a provas quando se cuida de critério jurídico, de classificação do fato. E ainda agora, em aparte que tive a honra de dar ao Sr. Ministro Waldemar Falcão, lembrei o caso de se aplicar o princípio da irretroatividade da lei penal, para o qual é indispensável que se fixe o tempo em que se cometeu o delito, matéria essencial à determinação do fato delituoso.

Em casos tais, é necessário julgar não o valor da prova, a intensidade da prova como elemento de convicção, mas sua influência na qualificação do fato mesmo da aplicação da lei.

Hipótese evidente de apreciação da prova dos autos, parece-me que é a dos autos. Cuida-se de saber se a pregação religiosa dos prin-

cípios mais puros, mais elevados, mais humanos, pode conduzir a crime e a delito. Como católico, tenho que a mais alta religião é que obedece à Igreja de Roma. E essa mesma igreja prega, às declaradas, a necessidade de repouso hebdomadário e tem como diretriz a consciência dos povos, o “não matarás”.

Essa própria Religião, porém, ensina e prega que em certos casos é possível a morte do semelhante, não como fato louvável, mas como necessidade indeclinável; é o fato da legítima defesa. Obtidos os seus requisitos, a morte se justifica, não como ato glorioso, mas como inevitável. E a própria ação coletiva à mão armada está, às vezes, justificada na lição do doutor angélico.

De modo que a pregação do preceito “não matarás” e “descansarás” poderá ser ou não crime, conforme a orientação que lhe imprima o pregador.

O próprio Jesus Cristo deu exemplo de que o caso do descanso hebdomadário tem exceções e o provou, censurando o farisaísmo de seus adversários, quando fez uma cura durante o dia destinado ao descanso. Alguns trabalhos fazem-se, por conseguinte, nos próprios domingos ou sábados. E não há trabalho maior do que o que se dirige à defesa da pátria. A religião romana nunca pregou aos soldados — e há muitos que são católicos — que não trabalhassem aos domingos, em serviço da Pátria. Jamais vedou a prática desses atos.

A prestação religiosa pode, assim, conforme a direção que tome, ser veículo de crime. E, para saber se assim é, indispensável se torna o exame das provas. O fato de que é acusado o pastor japonês é de pregar o “não matarás” e o outro princípio do “descanso aos sábados” de modo prejudicial aos interesses do Brasil. É muito possível que essa pregação derive para a prática de atos delituosos; é possível ainda que, no “ânimo delituoso do japonês, que os pregou, houvesse o intuito de diminuir a eficiência do trabalho de defesa do território nacional; mas a pregação, em si, não constitui crime. Seria mister que a denúncia dissesse — e as provas o demonstrassem — que essa pregação foi feita com o intuito de evitar a conscrição militar. Não basta que, no ânimo de um ouvinte, ela repercuta com essa intensidade; e se alguém

for ouvir a prática de um padre católico romano em que se diga “não matarás” e em que se apregoe o horror da guerra, e, exagerando e descompreendendo o alcance do ensino, rebelar-se contra o serviço de armas, nem por isso terá incidido o sacerdote em crime, pois que se limitara à preédica dos mais sãos princípios.

O mesmo se passa no caso dos autos. O pastor adventista pregou esses princípios, que são das religiões civilizadas de todos os povos, e um soldado, que se recusara ao serviço militar, dissera que foi ouvinte dessa pregação e que sua recusa se filiara na preédica. Estabeleceu-se daí um nexo ideológico, uma relação causal entre a pregação do princípio “não matarás”, entre a pregação do princípio “descansarás nos sábados” e a insubordinação do soldado, o não-cumprimento, por esse soldado, das leis militares.

Mas essa relação não existe, a não ser que o pastor adventista, às declaradas, pregasse, como exemplo da aplicação do princípio “não trabalharás no sábado” e como exemplo do princípio “não matarás”, a necessidade de cruzar os braços em face do inimigo atacante.

É necessária, para que esse fato se qualificasse como crime, tal prova. De modo que o exame da prova, assim, não é para verificar a intensidade da impressão produzida no juiz, é para a qualificação do fato como delituoso, porque pode ser ele delituoso ou não, conforme as circunstâncias. Não é a repercussão do ensino no ânimo enfraquecido de um ouvinte ou discípulo que pode qualificar como criminoso o ato do pregador, porque as melhores lições, às vezes, dão péssimos frutos.

E como, no caso dos autos, não houve qualquer indicação específica, exata, de que o japonês houvesse inculcado ao soldado a insubordinação, a inércia entre os cruéis inimigos da pátria, não se desenha a ocorrência de fato criminoso.

Sou forçado, assim, vencendo relutâncias íntimas, a ser coerente com voto em caso anterior e a conceder a ordem.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 29.573 — DF

VOTO

O Sr. Ministro Orozimbo Nonato (Relator): Como realçou o eminente Dr. Procurador-Geral da República, o caso comporta o apelo extremo com base na letra *d* do art. 101, III, da Constituição, pois que, ao propósito da questão federal versada nos autos, lavra dissídio na jurisprudência.

Quanto ao mérito, a questão parece de certo interesse, pois que se trata de saber se a lei, no caso, é interpretativa, e se, sendo interpretativa, deve ter efeito retroativo.

A meu ver, a questão da retroatividade da lei interpretativa tem sido mal posta. Nos sistemas como o nosso, em que a lei não pode ter efeito retroativo, é, *data venia*, impossível dizer que a lei interpretativa tem projeção retrooperante.

Se a lei é **puramente** interpretativa, se há no caso lei anterior, idêntica, se o seu fim único é dissipar dúvidas eventuais, se ela não tem nada de novo, então, em suma, pode-se aceitar a “*ficção caridosa*” a que aludia Pierre Teste.

A não ser nesse caso raríssimo, em que a lei se torna, ao cabo de contas, ociosa, não se pode falar em lei retroativa; a chamada lei interpretativa será lei nova, com efeito para o futuro: *lex prospicit, non respicit*.

No caso, trata-se de interpretar a Lei n. 1.095 no tocante à expressão “serviços autônomos” e à extensão dos favores da Lei 403 às autarquias.

Ora, se a lei anterior já mandava estender aos tesoureiros dos demais Ministérios e serviços autônomos as vantagens nela asseguradas, a lei posterior tornou-se ociosa, como disseram no Tribunal Federal de Recursos os Exmos. Srs. Ministros Aguiar Dias e Elmano Cruz. Ela é apenas invocada como subsídio para mostrar que a expressão “**serviços autônomos**” abrange as autarquias e está de acordo com a interpretação do próprio legislador.

Se, ao contrário, a expressão “**serviços autônomos**” não abrangesse as autarquias, a lei posterior não poderia contemplar o caso dos autos; seria uma lei nova.

Mas, a meu ver, posta de lado essa questão, os recorrentes têm razão. Conheço do recurso e lhe dou provimento.

Entendo que a expressão “**serviços autônomos**” também abrange as autarquias.

É verdade que não abrange todas as autarquias, mas abrange necessariamente aquelas que têm patrimônio próprio e autodireção.

Nesses termos conheço do recurso e lhe dou provimento.

RECURSO EM HABEAS CORPUS 30.256 — PR

VOTO

O Senhor Ministro Orozimbo Nonato: Sr. Presidente, o privilégio de que se trata — a imunidade parlamentar — encontra entre os publicistas calorosos elogiastas e pindarizadores. Sempre se apregoa que se trata de outorga indispensável à independência do Poder Legislativo, em face do ímpeto avassalador do Executivo.

Mas a verdade é que esse problema argúi desconfiança no livre jogo dos poderes; denuncia a suspicácia na ação de um dos órgãos constitucionais; porque se todos se movessem na alta esfera que lhes compete, sem interpenetrações descabidas, sem interferências molestas, sem invasões usurpadoras, ela não se faria necessária. Não o tenho, a esse privilégio como consequência necessária do princípio da harmonia e independência dos Poderes, embora ele se explique e justifique amplamente.

Estou plenamente convencido de que se trata de um princípio natural ao regime, sem alçar-se, porém, logicamente, à categoria de necessário, virtual ou implícito.

Deve constar, pois, como no art. 25 da Constituição, de textos legal e expresso. Sem a sua tradução em texto de lei, não existiria por derivação necessária do sistema constitucional.

O eminent Sr. Ministro Hahnemann Guimarães, cujo luminoso voto suscitou a elevada réplica do preclaro Sr. Ministro Castro Nunes, coloca o problema em outros termos. Entende S. Exa. que essa imunidade é, por assim dizer, adesa ao exercício do mandato legislativo e em todos os seus ramos, em todas as suas manifestações, assim na vida federal, como na vida estadual, e até na vida municipal.

Guardo, nesse particular, pesarosamente, divergência *ex diâmetro*, quando S. Exa. entende que se trata de privilégio que resulta necessariamente do regime.

Ora, o art. 45 só atribuiu, especificamente, ao Congresso Nacional essa imunidade, conferindo-a desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte. Não ampliou, entretanto, o privilégio aos deputados estaduais, sequer e muito menos ainda aos vereadores, que fazem obra de legislação através de dispositivos de âmbito simplesmente municipal.

Já se admitiu que as Constituições estaduais, possam também outorgar a imunidade aos deputados estaduais. Mas este colégio Judiciário já decidiu, aliás com brilhantes votos divergentes, que essa imunidade não se alteia até a órbita dos poderes federais, não assoberba a atividade dos órgãos federais. Contra os votos de eminentes colegas, foi assim deliberado e, a meu ver, e *data venia* dos que votaram de modo contrário, com acerto, em face dos motivos enunciados.

O privilégio não pode prevalecer senão quando os Poderes estão no mesmo nível, no mesmo plano ou quando a imunidade se imponha a Poder de menor hierarquia. Mas o problema apresenta, neste caso, certa diferença de matriz porque a Constituição paranaense outorgou, expressamente, o privilégio aos vereadores. E o eminent Sr. Ministro Edgard Costa, cuja concordância com o Exmo. Relator é apenas na conclusão, entende que, no caso, lei existe que outorga o privilégio, e não vulnera qualquer dispositivo da lei maior. A meu ver, porém, *data venia* de S. Exa., a ofensa é contra a própria sistemática da Constituição

Federal, a harmonia orgânica do sistema, uma vez que a função legislativa dos vereadores está em patente desnível com a que exerce o Congresso. E essa imunidade a um corpo legislativo sem comando político cerceia e perturba a natural, a livre atividade do Poder Judiciário.

Ao propósito da vida municipal, travaram os colegas interessantíssimo debate que alcançou aspectos históricos e desvelou tendências de regresso à exuberância da vida política local dos velhos tempos. Mas o eminentíssimo Sr. Ministro Castro Nunes explicou, lucidamente, que a atividade política do homem do município, dos burgos, das comunas era intensa porque outra lhe faltava. E em muitas das manifestações dessa exuberância revelaram-se antes insurreições e protestos contra a agravamento das fintas e das coimas, do que florescimento de vida política democráticas.

Como quer que seja, o prestígio da vida política municipal não se pode dar com o cerceamento da atividade normal dos poderes do Estado. A atividade legislativa municipal é pobre de conteúdo político. As disposições edilícias têm zona de influência restrita. E, se em matéria de direito de construir elas assumem relevo maior, trata-se de contingência prevista pelo próprio Código Civil, atendendo-se às peculiaridades dos municípios e das cidades que, no particular de que se trata, não podiam obedecer aos mesmos preceitos. Mas a atividade legislativa do vereador, por sua mesma índole, não exige nem explica razoavelmente a outorga de imunidade.

De resto, e sobretudo, a atividade do vereador, que se desenvolve no plano **municipal**, não pode atingir o exercício normal de poder político **estadual**. Nem há no município a trilogia de poderes, e, pois, faltaria moldura ao privilégio pretendido.

Data venia do eminentíssimo Relator, nego provimento ao recurso, de acordo com o eminentíssimo Sr. Ministro Castro Nunes.

ÍNDICE NUMÉRICO

| | | |
|----------------------------------|--|-----|
| IF 22 | Rel.: Min. Orozimbo Nonato..... | 151 |
| Rp 93 | Rel.: Min. Annibal Freire..... | 161 |
| Rp 94 | Rel.: Min. Castro Nunes..... | 167 |
| Rp 95 | Rel.: Min. Orozimbo Nonato..... | 171 |
| Rp 111 | Rel.: Min. Hahnemann Guimarães..... | 187 |
| Rp 253 | Rel.: Min. Orozimbo Nonato..... | 189 |
| MS 767 | Rel.: Min. Hahnemann Guimarães..... | 196 |
| RMS 1.032 | Rel.: Min. Hahnemann Guimarães..... | 202 |
| MS 1.103 | Rel.: Min. Hahnemann Guimarães..... | 205 |
| MS 1.114 | Rel.: Min. Lafayette de Andrada..... | 209 |
| RE 2.977-Embargos | Rel.: Min. Orozimbo Nonato..... | 213 |
| RE 3.425 | Rel.: Min. Orozimbo Nonato..... | 217 |
| MS 3.557 | Rel.: Min. Hahnemann Guimarães..... | 219 |
| RE 3.610 | Rel.: Min. Orozimbo Nonato..... | 231 |
| RE 4.183 | Rel.: Min. Orozimbo Nonato..... | 234 |
| RE 4.298-Embargos | Rel.: Min. Cunha Mello..... | 238 |
| RE 4.707-Embargos | Rel.: Min. Orozimbo Nonato..... | 239 |
| RE 6.760-Embargos | Rel. p/ o ac.: Min. Orozimbo Nonato..... | 242 |
| RE 7.022 | Rel.: Min. Orozimbo Nonato..... | 245 |
| ACi 7.127 | Rel.: Min. Orozimbo Nonato..... | 246 |
| RE 7.129 | Rel. p/ o ac.: Min. Bento de Faria..... | 255 |
| ACi 7.225 | Rel.: Min. Bento de Faria..... | 257 |
| ACi 7.225-Embargos | Rel. p/ o ac.: Min. Annibal Freire..... | 260 |
| ACi 7.264-Embargos | Rel.: Min. Hahnemann Guimarães..... | 261 |
| ACi 7.307-Embargos | Rel.: Min. Castro Nunes..... | 264 |
| ACi 7.448 | Rel.: Min. José Linhares..... | 267 |
| Agravo de Petição 7.480-Embargos | Rel. p/ o ac.: Min. Orozimbo Nonato..... | 271 |

Memória Jurisprudencial

| | | |
|--------------------|--|-----|
| ACi 7.530-Embargos | Rel.: Min. Orozimbo Nonato..... | 272 |
| ACi 7.546 | Rel.: Min. Waldemar Falcão..... | 278 |
| RE 7.866 | Rel.: Min. Orozimbo Nonato..... | 281 |
| ACi 7.907 | Rel. p/ o ac.: Min. Orozimbo Nonato..... | 285 |
| RE 8.028 | Rel.: Min. Hahnemann Guimarães..... | 289 |
| ACi 8.069 | Rel.: Min. Orozimbo Nonato..... | 293 |
| ACi 8.210 | Rel.: Min. Waldemar Falcão..... | 295 |
| ACi 8.369 | Rel.: Min. Bento de Faria..... | 298 |
| ACi 8.369-Embargos | Rel. p/ o ac.: Min. Annibal Freire..... | 309 |
| ACi 8.403 | Rel.: Min. Orozimbo Nonato..... | 311 |
| ACi 8.606 | Rel.: Min. Castro Nunes..... | 314 |
| ACi 8.672 | Rel.: Min. Orozimbo Nonato..... | 323 |
| RE 10.039 | Rel.: Min. Orozimbo Nonato..... | 328 |
| RE 10.348 | Rel.: Min. Orozimbo Nonato..... | 331 |
| RE 11.786 | Rel. p/ o ac.: Min. Hahnemann Guimarães..... | 337 |
| RE 12.039 | Rel.: Min. Lafayette de Andrade..... | 343 |
| RE 12.113 | Rel.: Min. Barros Barreto..... | 345 |
| AI 13.125 | Rel.: Min. Orozimbo Nonato..... | 355 |
| RE 13.139 | Rel.: Min. Orozimbo Nonato..... | 364 |
| RE 19.968 | Rel.: Min. Orozimbo Nonato..... | 369 |
| RE 21.550 | Rel.: Min. Orozimbo Nonato..... | 370 |
| RE 24.154 | Rel.: Min. Orozimbo Nonato..... | 373 |
| RHC 28.695 | Rel. p/ o ac.: Min. Goulart de Oliveira..... | 374 |
| HC 28.868 | Rel. p/ o ac.: Min. Waldemar Falcão..... | 376 |
| RE 29.573 | Rel.: Min. Orozimbo Nonato..... | 386 |
| RHC 30.256 | Rel. p/ o ac.: Min. Castro Nunes..... | 387 |