

ISSN 0007-9071

Revista do

*Fundação  
Centro de Formação  
do Servidor Público*

*Ano 39 V.110 N.3 Jul./Set. 1982*

João Baptista de Oliveira Figueiredo  
*Presidente da República*

José Carlos Freire  
*Diretor-Geral do Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP*

Jackson Guedes  
*Presidente da Fundação Centro de Formação do Servidor Público – FUNCEP*

REVISTA DO SERVIÇO PÚBLICO, Ano 1- n.1-  
nov. 1937-1974, Brasília, DASP; 1981- Brasília, FUNCEP.  
v. trimestral.

De 1937 a 1974, periodicidade irregular e editada pelo DASP. Publicada no Rio de Janeiro até 1959.

ISSN: 0007-9071

CDD: 350.0005  
CDU: 35(05)



Editada pela Fundação Centro de Formação do Servidor Público — FUNCEP, registrada no cadastro da Divisão de Censura de Diversões Públicas do Departamento de Polícia Federal sob o número 2.326, p. 209/73.

**Redação e Administração:**

Setor de Áreas Isoladas Sul  
Telefone: (061) 244 7488  
70610 Brasília, Distrito Federal

**Comercialização:**

Setor de Diversões Sul — SDS  
Ed. Miguel Badya - sala 310  
Telefone: (061) 2269594 e  
2265018  
70300 Brasília, Distrito Federal

**Conselho Editorial**

Corina Pessoa de Abreu Jardim  
Glauco Lessa de Abreu e Silva  
Guilherme Marcos de La Penha  
Henrique Fonseca de Araújo  
Jarbas Passarinho  
José Guilherme Merquior  
José Maria dos Santos Araújo  
Cavalcanti  
Leyla Castello Branco Rangel  
Lynaldo Cavalcanti de  
Albuquerque  
Marcelio Marques Moreira  
Roberto Cavalcanti de  
Albuquerque  
Roberto Lyra Filho

**Editora - Chefe**

Corina Pessoa de Abreu Jardim

**Coordenação Editorial**

Cícero Silva Júnior

**Diagramação e Arte**

Lavoisier Salmon da Silva Neiva

Os conceitos emitidos nos artigos são da exclusiva responsabilidade dos autores. É permitida a reprodução da matéria aqui contida, desde que citada a fonte.

# Sumário

Carta do Editor	3
Princípios de direito administrativo, a obra de Ruy Cirne Lima <i>Geraldo Ataliba</i>	5
<b>Pareceres de Ruy Cirne Lima</b>	11
Abono de Natal a empregados privados	13
Acidente de trabalho e afecção cardíaca	15
Acionista em S.A. — direito de voto	17
Ações preferenciais — recesso	18
Atividade comercial e sociedade civil	19
Ato administrativo e instrumento público	19
Ato administrativo — executoriedade	25
Ato administrativo — motivação	27
Ato administrativo — motivo determinante (exclusão de concorrente)	28
Auxiliar de justiça — efetivação	29
Cartel — natureza jurídica	30
Cheque — a contra-ordem como medida cautelar	35
Cheque de caixa	37
Competência estadual — antecedente sobre polícia do ensino superior	38
Concessão administrativa — modificação	40
Concessão e <i>locatio censoria</i>	41
Concorrência pública — natureza jurídica	51
Concorrência pública — obrigatoriedade	57
Contas correntes — prescrição	59
Controle acionário — suas conseqüências jurídicas	65
Corporações profissionais — natureza jurídica da OAB	68
Crime de injúria — quando se verifica em assembléia geral de acionistas	69
Desapropriação — natureza jurídica	72
Desapropriação territorial indevida	74

Despachante aduaneiro e posto de oficial de reserva — possibilidade de acumulação de funções	75
Direito de preferência	76
Direito de trabalho e competência municipal	77
Distribuição de fundo de reserva em proporção ao capital realizado	78
Fundação Católica de Medicina — natureza jurídica de decreto-lei que autoriza seu funcionamento como fundação	81
Fundação e Associação — aspectos tributários	83
Imunidade tributária — entes e bens eclesiásticos	84
Junta comercial — Diretor secretário	85
Lagoa de águas privadas	90
Legítima defesa e propaganda política	92
Lei de correção monetária e cláusula escalar — competência da União	92
Locação comercial	96
Marca de comércio	97
Ordem dos Advogados — natureza jurídica	100
Participação nos lucros	101
Reivindicação em falência	103
Revendedor autorizado — natureza jurídica	104
Salário — décimo terceiro	106
Salário — desconto de alimentação	110
Sigilo administrativo	114
Sociedade anônima estrangeira	115
Sociedade em comandita (art. 311 do Código Comercial)	116
Sociedade em comandita simples — arrendamento de empresa	121
Sociedade limitada — denominação	123
Sociedades coligadas	124
Sociedades de economia mista — natureza jurídica	129
Título de livre docente	132
Transferência e remoção	133
Índices	135

## Carta do Editor

Marcou época, no nosso direito, a obra de Ruy Cirne Lima, por suas excepcionais qualidades científicas e, sobretudo, rigor expositivo. Na verdade, a emergência do pensamento deste notável cientista corresponde à fase adulta do nosso direito administrativo, significando mesmo a mais decisiva contribuição para que alcançássemos a maturidade nessa matéria. Essa é uma obra que se impôs à admiração e ao respeito da nacionalidade e que, ainda hoje, goza do mais alto prestígio, perante os pensadores do Direito.

Ainda recentemente, saiu a quinta edição do seu modelar *Princípios de direito administrativo* (Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982) livro esse cuja reedição tem merecido a mais positiva reação nos nossos meios jurídicos.

A obra de Ruy Cirne Lima é representada por inúmeros livros, bem como artigos e estudos diversos. Boa parte de seus pareceres foi reunida pela Editora Sulina, em volumes separados, que tiveram, à sua época, grande divulgação e enorme influência no nosso pensamento jurídico. Esses trabalhos estão todos esgotados.

Da fecundíssima e intensa atividade de parecerista do notável mestre, resultaram inúmeros pareceres inéditos que, agora, a *Revista do Serviço Público* tem a honra de divulgar, para beneficiar o pensamento crítico brasileiro e incentivar os estudos dessa matéria. Muitos artigos e pareceres de Ruy Cirne Lima são encontráveis nas principais publicações jurídicas periódicas do país, como é o caso da *Revista dos Tribunais*, *Revista Forense*, *Revista de Direito Administrativo*, *Revista de Direito Público* etc.

Inúmeros pareceres do emérito professor gaúcho não foram remetidos à publicação, à época em que elaborados. Estes foram agora reunidos e selecionados pelo professor Geraldo Ataliba, para o fim de serem publicados por esta *Revista*.

Lendo-se, aprende-se não só a metodologia para encontrar soluções adequadas para os problemas concretos, como, ainda, se cria um espírito de estímulo ao aprofundamento das meditações sobre os princípios jurídicos, exatamente por sua notável fecundidade, como instrumento de esclarecimento e de orientação dos intérpretes.

Foi uma decisão editorial fácil a que adotamos, de publicar estas excelentes páginas de nossa literatura jurídica. Esta *Revista* cumpre seu papel de instrumento, sobretudo para a Administração Pública, no aperfeiçoamento de seus conhecimentos. E também serve à cultura jurídica brasileira, promovendo esta divulgação. Em anexo, publicamos — como homenagem ao autor, o último comentário propedêutico aos estudiosos que não tiveram a oportunidade de travar conhecimento com a obra e o pensamento do mestre sulriograndense — breve apreciação bio-bibliográfica assinada pelo professor

Geraldo Ataliba. Essa foi a nota que antecedeu a quinta edição (1982) dos *Princípios* de Ruy Cirne Lima. Mas, pareceu-nos servir de útil introdução deste número especial.

Adotando iniciativas como esta, a *Revista do Serviço Público* está certa de cumprir a função que lhe corresponde no nosso cenário bibliográfico.

## *Princípios de direito administrativo, a obra de Ruy Cirne Lima<sup>1</sup>*

1. Texto originalmente preparado para a quinta edição da obra *Princípios de direito administrativo*, Ruy Cirne Lima, São Paulo, Editora dos Tribunais, 5 ed., 1982.

Nossa bibliografia de direito administrativo, desde a década de trinta, tinha, como um de seus clássicos, o pioneiro *Princípios*, de Ruy Cirne Lima.

A Editora Revista dos Tribunais acaba de tirar a quinta edição, em primorosa brochura. Há muito tempo esgotada a edição anterior, era imperioso providenciar no sentido de permitir que os novos estudiosos tivessem fácil acesso a esse livro tão sintético quanto claro e abrangente.

O notável mestre gaúcho de tantas gerações compendiou, com invejável sistematicidade, a essência básica do direito administrativo, dando ao leitor instrumentos para dominar todo esse vasto campo, de crescente importância, assim para os agentes públicos, como para os particulares que com ele — forçosamente — têm que travar relações.

Ao contrário de expor cumpridamente todos os institutos e discorrer sobre a farta legislação, fixou os princípios e diretrizes que o informam e — com fidelidade às balizas constitucionais — explica os fundamentos gerais aplicáveis a todos seus institutos. Nesse precioso livro, sintetiza todo seu lúcido pensamento e lança as bases de uma construção científica de inextinguível fecundidade. Não tem a mínima preocupação de mostrar erudição. É direto e incisivo, na linguagem e na seqüência de idéias. Produz, assim, a mais ampla e abrangente — embora enxuta — obra especializada jamais saída em língua portuguesa.

Seu tranqüilo domínio, assim de teoria geral do direito, como do direito constitucional, torna esse livro edificante modelo para qualquer estudioso ou escritor.

Quando Ruy Cirne Lima iniciou sua contribuição para a ciência do direito, já havia significativo acervo de exposições críticas valio-

sas, de autores brasileiros que, já no período monárquico, começaram a descrever o nosso direito administrativo. Nesse livro, o autor timbra em valorizar a nossa literatura juspublicística. Esta, porém, padecia de insuficiência, traduzida nos escritos à época existentes, provocando reflexo na jurisprudência, que se foi desenvolvendo de modo assistemático, caracterizada por indisfarçável falta de coerência e organicidade.

Aplicação de técnicas privatísticas, alheamento ao espírito do direito público, transposição acrítica e apressada de institutos, problemas e soluções do direito alienígena (especialmente francês e italiano) comprometiam a funcionalidade, a eficácia e a harmonia do sistema, que crescia materialmente, em velocidade assustadora, sem direção.

Este livro traduz as notáveis qualidades do autor, celebrado sobretudo por sua formidável erudição, posta a serviço de aguda inteligência crítica, dedicada a plasmar um verdadeiro sistema científico. Este haveria de servir de poderoso conjunto de critérios, para melhor elaboração legislativa, com reflexos na jurisprudência, fixando rumos definidos e sólidos para os estudiosos, carentes de uma visão global e orgânica, compadecente com os quadros do direito constitucional. Em linguagem às vezes hermética, mas sempre sintética, Ruy Cirne Lima fixa, em definitivas pinceladas, os alicerces de uma construção de incomparável solidez e notável consistência. Estes seus *Princípios* marcam uma nova fase, de maturidade, no nosso direito administrativo, com significativas repercussões na doutrina do direito público brasileiro, em geral.

Seu pensamento — luminosamente sintetizado nesta obra se caracteriza por duas principais marcas típicas, que não haviam sido devidamente valorizadas por nossos autores: o culto às nossas raízes culturais, às nossas origens ibéricas, e o fiel apego às diretrizes do direito constitucional positivo, com adequada valorização da *Carta Magna*. Aí as duas balizas da linha de preocupação que dão à sua genial construção a singeleza e a coerência que — ao lado de outras qualidades — conferem à sua obra o cunho excepcional que a peculiariza. Repelindo visão superficial e preocupação expositiva, centra seus esforços na fixação das diretrizes fundamentais de um pensamento fecundo, plasmado, em estilo compacto e monolítico, que fixa definitivamente, com redação invejável, os princípios básicos que dão sentido ao direito positivo e significado a seus institutos. Embora dedique o livro a seus alunos, sua genial pena elaborou um 'sistema' construtivo, em lugar de um longo e minucioso sistema expositivo, fazendo com que o livro transcenda de muito o círculo de seus alunos, para atingir beneficentemente todos os seus discípulos: os estudiosos do direito público.

Deteve-se longamente no expor a 'relação de administração', seus critérios informadores, seu conteúdo, sua teologia. Nesse instituto universal, põe a chave de abóbada do seu sistema, a pedra de toque de sua proposta de explicação radical do direito administrativo. E o faz de modo vigoroso, denso e eficaz. E, dos postulados que fixa, vai extraindo consequências firmes, robustas, pródigas, que iluminam a compreensão de todos os institutos, que fecundam as

virtualidades dos preceitos particulares e explicam os princípios e as normas do direito administrativo.

Poucos estudiosos souberam, como Celso Antônio Bandeira de Mello, valorizar tanto o instrumental científico e o aparato crítico contidos nas concepções de Ruy Cirne Lima. A ele se dê a palavra, para sintetizar o fulcro do pensamento do velho jusfilósofo e juspublicista: "É sempre oportuno lembrar a magistral lição de Cirne Lima a propósito da relação de administração. Explica o ilustrado mestre que esta é "a relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente". Nela não há, apenas, um poder em relação a um objeto, mas, sobretudo, um dever, cingindo o administrador ao cumprimento da finalidade, que lhe serve de parâmetro.

Na administração, o dever e a finalidade são predominantes, no domínio, a vontade. Administração é a "atividade do que não é senhor absoluto". O mestre gaúcho pondera acertadamente que "a relação de administração somente se nos depara, no plano das relações jurídicas, quando a finalidade, que a atividade de administração se propõe, nos aparece defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros.

Em suma, o necessário — parece-nos — é encarecer que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela" (*Natureza e regime jurídico das autarquias*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1967, pág. 296).

Apreendidas as categorias do mestre, Celso Antônio constroi toda a teoria das autarquias, define-as, explica-as, identifica seu regime jurídico, expõe sua natureza. E, subsequentemente, erige notável obra — que se expande por todos os domínios do direito administrativo —, guardando admirável unidade, precisamente em razão da constante referibilidade a um magno critério básico: a relação de administração, tal como exposta por Ruy Cirne Lima.

Pela 'relação de administração' se explica todo o direito administrativo, se compreendem seus institutos, entendem-se seus princípios, desvenda-se o sentido de suas regras. Como critério explicador, a relação de administração informa o direito positivo e fixa as pautas para interpretação de toda norma, de cada ato administrativo. Nela se vai encontrar o 'sentido' — objetivo de tanto cuidado de Recasens Siches — do sistema do direito administrativo e de cada um de seus institutos.

A contribuição de Ruy Cirne Lima — ensinando-nos a conhecer e manipular as categorias por que a relação da administração se expressa — surge, assim, na evolução da nossa ciência, como momento decisivo. Daí se começa a marcar a maturidade do direito administrativo brasileiro. Ganhamos, assim, o instrumental que permite a afirmação de uma ciência com personalidade própria e fisionomia peculiar.

Este livro é uma preciosidade, não só pelo conteúdo material,

rigor dos conceitos, perfeição das definições, primor das colocações e cunho científico da construção que propõe, mas também e principalmente pela riqueza inesgotável do método de exame e exposição crítica do direito positivo. Quem o apreende detém instrumento definido de análise, do mais largo alcance. A adequada valorização das raízes históricas do nosso direito permite-nos desvendar a linha jurídica e sociológica, segundo a qual veio evoluindo a legislação. E Cirne Lima mostra, com argúcia e exímio senso de equilíbrio, como tal consideração é útil na investigação e estudo dos institutos expostos. Por outro lado, a correta estimação do nosso direito constitucional dá a exata medida das relações entre o direito administrativo e seus fundamentos básicos contidas na *Carta Magna*.

Estes *Princípios* constituem a primeira exposição sistemática da matéria, elaborada a partir de esquemas plasmados em função do Texto Constitucional. A própria visão categorial do mestre sulriograndense tem, como ponto de partida, as propostas constitucionais. A pedra de toque de cada meditação setorial — é sempre um princípio (ou preceito que o encerra) constitucional.

Até o surgimento de sua obra, nossos escritores expunham o direito administrativo brasileiro com abstração das implicações do princípio federal e da autonomia municipal. À semelhança de seus paradigmas franceses, italianos ou espanhóis, nossos autores expunham um direito uno, linear, simples e simplista.

O insigne jurista gaúcho timbra em sublinhar que o direito administrativo "é um direito de aplicação exclusiva" o que, pois, exclui o direito civil, o comercial, o trabalhista etc., e que a aplicabilidade do direito administrativo municipal exclui o estadual e federal; o estadual exclui o municipal e o federal e assim por diante. Seu estudo das pessoas administrativas é sintético, claro, didático e magistral. Suas colocações são clássicas, porque firmadas no texto constitucional e iluminadas pelos mais sólidos postulados da teoria geral do direito.

Nesse sentido, fixa diretrizes exegéticas insuperáveis, que não podem ser ignoradas. Dessarte — com o vigor de sua pena enxuta e incisiva —, lança contribuições definitivas, também para os estudiosos do direito constitucional. Aliás, em nenhum instante, Cirne Lima deixa de considerar a refração das exigências do *nosso* direito constitucional sobre o direito administrativo. Consciente da supremacia da *Constituição*, tem seus princípios e regras aplicáveis presentes a todo o momento a cada instante, com raro sentido de oportunidade. Por isso, esta obra transcende a modesta proposta didática que lhe serve de pretexto, para aparecer como uma das mais formidáveis criações da nossa literatura jurídica.

O portentoso talento desse professor é reconhecido no Brasil e além de suas fronteiras. Suas lições são celebradas por publicistas e privatistas, dada a sua universalidade. Não obstante sua familiaridade com a bibliografia alemã e européia, de modo geral, bem como a americana (do norte ou qualquer outra), fez questão esse jusfilósofo e jurista de prestigiar a 'prata da casa' nestes *Princípios*, valorizando ao máximo nossos autores.

Nisso, também, nos dita lição superior e exemplo vigoroso, exatamente pelo sentido brasileiro do seu pensamento de cidadão-jurista.

Este livro precisa ser divulgado, pela insuperável afirmação do espírito nacional que nele se encerra. A restante obra desse grande pensador é eloquente atestado de sua impressionante erudição e cultura, que se não circunscrevem ao direito ou à filosofia, mas vão a quase todas as províncias das ciências sociais revelando um cérebro que mais pareceria europeu que brasileiro. Renunciando — no redigir estes princípios — a apoiar-se ou mesmo citar os autores alienígenas, Cirne Lima dá-nos exemplo de modéstia e de acendrada brasilidade.

Tal característica se nos apresenta como deliberada proposta de valorização cultural de nossa tradição.

Gozando-se sua nobre intimidade, posso testemunhar o apreço que tem Ruy Cirne Lima pela tradição do nosso direito constitucional, expressado nas reiteradas homenagens intelectuais que rende a Ruy Barbosa e a Pontes de Miranda. A admiração afetuosa por Seabra Fagundes. O entusiasmo por Baleeiro e sua dinâmica personalidade.

De sua casa — (que é nossa, por sua carinhosa e paternal generosidade), ninho, fortaleza, templo, quartel e academia —, mantém estreitas relações epistolares com os mais expressivos vultos das letras jurídicas europeias, americanas e brasileiras. Acostumei-me a vê-lo recebendo cartas do Dr. Jellinek, de Bobbio, de Santi Romano, de Hauriou, de Pontes de Miranda, de Baleeiro, de Seabra Fagundes etc. Em sua mesa de trabalho, manuseados e gastos, estão o *corpus iuris civilis*, as *pandectas*, o *digesto*, bem como à mão, nas prateleiras mais acessíveis à escrivaninha, os glosadores lusos, que ele cita de memória e que só folheia para edificar o interlocutor.

Ruy Cirne Lima é dotado da mais prodigiosa memória de que tenho notícia. Fala correntemente meia dúzia de línguas vivas; conhece o grego e o latim, como expressões de culturas com que tem familiaridade. E, a despeito de seu intelecto de *scholar* europeu — pela vastidão da erudição e vigor da cultura —, tem o espírito mais autenticamente gaúcho que se possa encontrar. Daí seu ascendra do brasileiro, transparente em toda sua obra jurídica.

A reedição desta obra, a nós encomendada pelo mestre, é — temos consciência disso — um serviço que prestamos à cultura jurídica brasileira. Este livro, muito mais que informador, é eminentemente formador. Mais do que ensinar ciência, ensina a fazer ciência. Cirne Lima não se contenta em dar-nos peixes; ele nos ensina a pescar.

O querido professor Ruy Cirne Lima (o Doutor Ruy, como é chamado no Rio Grande, com respeitoso afeto e admiração), esse estadista que se tornou — como o disse, em discurso, Seabra Fagundes — uma instituição gaúcha, está abatido numa cama, prisioneiro num quarto, algemado por brutal moléstia, que o impede de persistir espalhando suas lições e impulsionando, com sua energia, a seus entes queridos e as seus discípulos.

A quarta edição deste livro de há muito se esgotou. Esta quinta edição é uma homenagem que a Editora Revista dos Tribunais presta ao eminente professor e um assinalado serviço à cultura juspublicista brasileira, pelo significado da divulgação, entre as novas gerações de juristas, do vigoroso pensamento do notável mestre.

# *Pareceres de Ruy Cime Lima*

*privados*



# Abono de Natal a empregados privados

1. Ver art. 153 § 22 da *Constituição Federal*, de 1967.

Salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, a propriedade privada é inviolável. No artigo 141, § 16<sup>1</sup>, da *Constituição Federal*, declara-se: "É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social".

A propriedade, assim garantida pela *Constituição*, é mais que o domínio e os direitos reais, definidos e regulados pelo direito civil. A tal respeito, sobre a *Constituição de 1891*, deixou-nos Ruy Barbosa lição definitiva: "A tradição, uma longa tradição que traz as suas raízes desde o antigo regime, positivamente nos mostra que, na carta orgânica do País, a garantia da propriedade a encara sob a sua forma mais lata. Não assegura só o senhorio dos objetos materiais, senão, ainda, todos os direitos, de que se compõe o patrimônio privado" (*Comentários à Constituição Federal*, coligidos e ordenados por Homero Pires, t. V, São Paulo, 1934, p. 404). Na *Constituição de 1934*, o conceito não se modificou. Excelentemente disse, sobre o artigo 113, 17, da segunda *Constituição republicana*, Pontes de Miranda: "No inciso 17, propriedade é toda patrimonialidade" (*Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*, t. II, Rio de Janeiro, s.d., p. 185).

Não é lícito ao Estado, pois, dispôr a seu arbítrio do patrimônio privado, como se fosse seu, qualquer que seja a hipótese. A imunidade constitucional defende o patrimônio privado contra todos os atos de disposição do Estado, salva a desapropriação. Aí, porém, — repitamos o velho ensinamento de Pedro Autran da Matta Albuquerque, — "o Estado obra em virtude do seu direito de soberania, e não porque seja senhor universal de todos os bens existentes no seu território" (*Elementos de direito público universal*, Recife, 1860, p. 100).

Nem se pretenda, ao demais, que o imposto envolve um ato de

disposição do Estado, quanto ao patrimônio privado. Nem jurídica, nem economicamente isso corresponde à realidade. Juridicamente, o imposto presume-se consentido pelos contribuintes. Barbalho fixou a noção jurídica: "É da índole e essência dos governos democráticos que os cidadãos não paguem impostos, em que não tenham consentido" (*Comentários à Constituição Federal Brasileira*, Rio de Janeiro, 1902, p. 335). Sobre o aspecto econômico, fale De Viti de Marco: "Nos Estados antigos, o imposto podia ser pago e arrecadado a título de sujeição pessoal do súbdito ao soberano, ou do vencedor; ou, ainda, a título de concessão patrimonial que, como é visto, é uma forma atenuada de servidão; mas, no direito constitucional dos Estados modernos, ao dever ou à obrigação dos cidadãos de pagar tributos corresponde o dever ou a obrigação do Estado de prestar serviços públicos. Em conclusão, o imposto é o preço que cada cidadão paga ao Estado, para cobrir o custo dos serviços públicos gerais que consome" (*Scambio tra imposta e servizi pubblici generali*, scritti in onore de Antonio Salandra, Milano, 1928, p. 310-311).

O de que se cuida no projeto sob exame, não é evidentemente um tributo. Mas constitui, com igual evidência, um ato de disposição do Estado, relativamente ao patrimônio privado. Por esse motivo, o projeto traz consigo a eiva, aqui obstativa, da inconstitucionalidade, na medida em que transpõe e viola a garantia constitucional da propriedade (art. 141, § 16, *Constituição Federal*).

Como o ato de disposição do Estado despoja o empregador privado para beneficiar os empregados deste, pode, quiçá, arguir-se que nele se contém princípio de legislação do trabalho ou de previdência social. Mas a arguição é vã. A *Constituição Federal* adota o princípio da liberdade de ajuste do salário, embora lhe aponha as restrições decorrentes do salário mínimo (art. 157, I), da proibição de discriminação de pessoas (art. 157, II), da maior remuneração do trabalho noturno (art. 157, III), do repouso semanal remunerado (art. 157, VI), das férias anuais remuneradas (art. 157, VII), do direito da gestante a descanso, antes e depois do parto, sem prejuízo do salário (art. 157, X) e do reconhecimento das convenções coletivas de trabalho (art. 157, XIII).

Em conseqüência, se o projeto examinado se destina à imposição legislativa de um sobre-salário compulsório, inconstitucional novamente se mostra, agora por violar o princípio de liberdade de ajuste do salário que, contra o texto do projeto, pode ser invocado *ex vi* do artigo 144<sup>2</sup> da *Constituição*: "A especificação dos direitos e garantias expressas nesta *Constituição* não exclui outros direitos e garantias, decorrentes do regime e dos princípios que ela adota".

Se, de outra parte, postulado fôr que se trata simplesmente de uma antecipação legislativa à participação nos lucros, prescrita pelo art. 157<sup>3</sup>, IV, da *Constituição Federal*, caberá responder-se que, ainda assim, a inconstitucionalidade persistirá. Senão, vejamos:

a. é certo que o inciso IV do art. 157 não contém disposição *self-executing*. A sua aplicação depende, pois, da regulamentação legislativa;

2. Ver art. 153 § 36 da *Constituição Federal de 1967*.

3. Ver art. 165, V, da *Constituição Federal de 1967*.

b. a jurisprudência americana assentou claramente a condição dessas disposições constitucionais, dependentes de regulamentação legislativa. "*The Constitution does not enforce itself, but requires legislative action to make its provisions effective*" (De Turk v. Com. of Pennsylvania, 5. R. A. 854). Antes da regulamentação legislativa, na verdade, a disposição constitucional carece de efetividade: não obriga;

c. portanto, a obrigação do empregador, no tocante à atribuição e entrega de uma parcela de lucros aos empregados, surgirá somente com a regulamentação legislativa daquela disposição constitucional; e não antes;

d. Conseqüentemente, impor-se-lhe, antes dessa regulamentação, a prestação antecipada, parcial ou total, da obrigação que ainda não surgiu, é manifestamente fazer-lhe violência ao patrimônio.

Inconstitucional será a lei que lhe impuser essa execução antecipada de uma obrigação patrimonial ainda não nascida, porque essa lei, na medida em que lhe exigir esse sacrifício patrimonial gratuito, importará, do mesmo passo, uma violação à imunidade constitucional do patrimônio privado.

## *Acidente de trabalho e afecção cardíaca*

*Consulta* — Faleceu, a 24 de agosto de 1951, o Desembargador Hugo Candal no recinto do Tribunal de Justiça, a que presidia, enquanto atendia aos deveres de seu cargo, vitimado por infarto cardíaco fulminante.

Cabe à família desse juiz a pensão, de que se cuida no art. 333 do *Estatuto da Magistratura* (Lei nº 3.119, de 14 de fevereiro de 1957)<sup>1</sup>?

*Parecer* — Prescreve-se, no art. 333 do *Estatuto da Magistratura* (Lei nº 3.119, de 14 de fevereiro de 1957): "A família do juiz, falecido em conseqüência de acidente de trabalho, ou de agressão não provocada no exercício ou em decorrência de suas funções, o Estado assegurará... uma pensão equivalente aos vencimentos que o mesmo percebia".

Acidente de trabalho, segundo o conceito legal, é "todo aquele que se verifique pelo exercício do trabalho, provocando, direta ou indiretamente, lesão corporal, perturbação funcional, ou doença que determine a morte, a perda, total ou parcial, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho" (art. 1, Decreto-lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944).

1. Código de Organização Judiciário do Estado.

A noção de acidente do trabalho envolve (a) a de subitaneidade ou violência, com que é provocada a lesão, perturbação funcional, ou doença, de que a morte ou a incapacidade veio a resultar; e (b) a causalidade, direta ou indireta, entre essa lesão, perturbação funcional, ou doença, é fato concernente ao exercício do trabalho. A violência ou subitaneidade da repercussão interna, *in homine*, do evento danoso, e não, a subitaneidade ou violência deste externamente, sinala já o acidente de trabalho delineando-se a figura jurídica correspondente, ainda quando seja, apenas, "*violenta la reazione orgànica alla di per sè non violenta causa esterna*" (conforme Peretti Griva, *Infortuni del lavoro*, Torino, 1937, p. 144; De Litala, *Diritto delle assicurazione sociale*, Torino, 1951, p. 87). De outro lado, a causa externa, direta ou indireta, da lesão, perturbação funcional, ou doença, de que resultou a morte ou incapacidade, pode ser o próprio exercício normal do trabalho, sempre que o acidente "*sia scorso al lavoratôre in seguito ad uno sfôrzo, sia pure a lui abituale, ma che determini una condizione morbosa (malattia, lesione o morte)*" (De Litala, obra citada, p. 88). Como fez ressaltar, o ilustre juiz Desembargador Décio Pellegrini, no acórdão, de 19 de março de 1959, da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, basta, nesse particular, caracterizar o acidente do trabalho, "*a influência do trabalho na eclosão ou agravação do mal*" (*Revista Jurídica*, v. 38, Porto Alegre, 1959, p. 42).

Aquele que, fulminado por afecção cardíaca, morre, no local do trabalho, dentro no horário do trabalho e no exercício deste, há de reputar-se, por isso mesmo, vítima de acidente do trabalho. As exigências físicas ou psíquicas da prestação do trabalho sobre um organismo combalido pelas tensões, defluentes da natureza e continuidade do trabalho mesmo, desenham, de si próprias, a figura jurídica do acidente do trabalho, pela (a) subitaneidade e violência da reação orgânica, e (b) pela causalidade manifesta entre fato concernente ao trabalho e a lesão, ou perturbação funcional, de que a morte veio a resultar. No respeitante a esse último particular, expressivo é o Acórdão, de 8 de julho de 1943, da 5ª Câmara do então Tribunal de Apelação do Distrito Federal: "*Foi (o trabalhador) fulminado (por um colapso cardíaco), no momento exato em que se esforçava para cumprir as suas obrigações... (de trabalho), — certamente um esforço maior para cumprí-las... Esse esforço foi, certamente, causa direta do mal que ocasionou a morte...*" (*Direito*, v. 22, Rio de Janeiro, 1943, p. 366).

Determina, à sua vez, o art. 429 do *Estatuto da Magistratura* (Lei nº 3.119, de 14 de fevereiro de 1957), que se estenda "*às atuais viúvas de magistrados*" a pensão instituída na Seção VI do capítulo II, do título II, deste livro, no qual se inclui o art. 333, do qual *in hypothesis* se cuida. Trata-se de operação retroativa da lei que não ofende, *in thesi* "*direito adquirido*", "*ato jurídico perfeito*" e "*coisa julgada*" (art. 141, § 3, *Constituição Federal*), acorde, pois, com os princípios constitucionais do nosso sistema jurídico.

Respondemos, pois, afirmativamente, à consulta formulada, restritamente, porém, à viúva do ínclito magistrado falecido, a partir

da vigência da Lei n.º 3.119, de 14 de fevereiro de 1957 (art. 429, parágrafo único, Lei n.º 3.119).

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 30 de novembro de 1961.

## *Acionista em S.A.*

### — *direito de voto*

Inclui-se o direito de voto do acionista, na sociedade anônima, entre os poderes que promanam de seu *status* de sócio (Tulio Ascarelli, *Teoria geral dos títulos de créditos*, São Paulo, 1943, nota 2, p. 185; etc.) — poderes que, não obstante a sua natureza especificamente corporativa, integram o patrimônio daquele (Wieland, *Handelsrecht*, t. I, München u. Leipzig, 1921, § 21, p. 244; etc.), complementares que são dos direitos, de conteúdo patrimonial, inerentes à ação. Não pode o Estado como acionista de sociedade anônima, limitar a si próprio, *in futurum*, o exercício do direito de voto que lhe caiba, senão por ato legislativo. Somente a lei (art. 67, *Código Civil*) lhe pode permitir dispor de qualquer direito pessoal (art. 66, III, *Código Civil*) incorporado ao patrimônio público.

De outro lado, somente se tolera vincule, o acionista, na sociedade anônima, o exercício de seu direito de voto quando vise, a vinculação, ao interesse da sociedade e tenha endereço preciso e circunscrito, quanto à matéria e à duração (Henri Mazeaud, *Le Vote privilégié*, Paris, 1929, n.º 88, p. 116 e 117, n.º 90, p. 117 e 118, Valverde, *Sociedades anônimas*, Rio de Janeiro, 1937, n.º 380, p. 334, Valverde, *Tratado das sociedades anônimas*, Rio de Janeiro, 1953, t. II, n.º 402, p. 61, etc.). Não se poderá, conseqüentemente, admitir a vinculação do exercício do direito de voto, do acionista, por forma geral e permanente.

Ineficaz, *ex forma*, é, pois, o Decreto n.º 14.928, de 29 de janeiro de 1963, pelo qual o Poder Executivo limitou a si próprio, no Rio Grande do Sul, o exercício do direito de voto, competente ao Estado como acionista do Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A.; e nulo, quanto ao conteúdo, por ilicitude de objeto (art. 145, II, *Código Civil*), atentas a generalidade e a permanência das restrições que põe ao exercício daquele direito, de que é titular o Estado, como acionista do mesmo Banco.

Este é o nosso parecer, s. m. j.

Porto Alegre, 7 de fevereiro de 1963.

# Ações preferenciais

## — recesso

1. Ver art. 125 da Lei 6.404/76

2. Ver art. 136, § 1º, da Lei 6.404/76

3. Ver art. 137, da Lei 6.404/76

Têm, os possuidores de ações preferenciais sem voto, não só a faculdade de "comparecer à assembléia geral e discutir a matéria submetida a deliberação" (art. 109, parágrafo único, *Lei das Sociedades por Ações — L. S. A.*) senão, também, a de dissentir ou discordar da decisão adotada pela maioria do capital com direito de voto. Somente quando se trata de alteração nas preferências ou vantagens conferidas a uma ou mais classes de ações preferenciais, ou da criação de nova classe de ações preferenciais mais favorecidas, reveste, essa faculdade de dissentir ou discordar, a forma específica de uma assembléia especial (art. 106, *L. S. A.*)<sup>2</sup>.

Cuida-se, não do exercício do direito de voto (que não lhes cabe), mas da faculdade de reclamação e dissidência, com respeito à decisão que a maioria do capital com direito de voto houver já adotado. "Quaisquer acionistas têm interesse nas deliberações da assembléia geral" (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. I, Rio de Janeiro, 1965, § 5321, n.º 1, p. 271).

O voto é dado pelo acionista, com direito a votar, à matéria em deliberação; a reclamação ou dissidência opõe-se à decisão, resultante da deliberação. Dissídio, etimologicamente, não mais é que "sentar-se em lugar diferente" (Pontes de Miranda, *Questões forenses*, t. IV, Rio de Janeiro, 1958, p. 302). À sua vez, dissidentes — define J. X. Carvalho de Mendonça — são "os que não concorreram com seus votos para a deliberação", presentes, embora, à assembléia geral (*Tratado de direito comercial brasileiro*, t. IV, Rio de Janeiro, 1934, n.º 1162, p. 37).

A faculdade de dissentir, discordar ou reclamar é inerente à condição de sócio e, de regra, se exercita com o "reclamar verbalmente ... aos gerentes ou administradores o que ... pareça de interesse social, ou em assembléia geral" (Waldemar Ferreira, *Tratado de direito comercial*, t. III, São Paulo, 1961, n.º 402, p. 153) — reclamação, de resto, que, nalguns casos, pode corporificar-se em ação específica (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. LI, Rio de Janeiro, 1966, § 5356, n.º 2, p. 82).

Quanto aos possuidores de ações preferenciais sem voto, essa faculdade de reclamação ou dissidência é, de modo particular, meio para assegurar-lhes o direito de recesso, que a lei lhes defere, nos casos que enumera (art. 107, *Lei das Sociedades por Ações — L. S. A.*)<sup>3</sup>, e, como tal, lhes não pode ser tolhida ou elidida por qualquer órgão ou decisão social, nem mesmo pelos estatutos (art. 78, parágrafo único, *L. S. A.*)

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 18 de outubro de 1972.

# Atividade comercial e sociedade civil

Como excelentemente refere Cunha Gonçalves, "ao passo que as sociedades civis podem adotar a forma externa de ... sociedades comerciais, nenhuma destas poderá adotar a forma civil" (*Tratado de direito civil*, v. VII, t.I, São Paulo, s.d., n.º 969, p. 261). Na verdade, salva a exceção posta pelo art. 2.º, parágrafo único, da *Lei das Sociedades por Ações — L.S.A.*, essa é, quanto às sociedades civis, a regra estabelecida pelo art. 1364 do *Código Civil*; e, quanto às sociedades comerciais, o princípio aceito pelo art. 291 do *Código do Comércio*, que veda se recorra, em tal matéria, às leis civis, "senão na falta de lei de uso comercial".

Os sócios de uma sociedade civil, de natureza particular (art. 1371, *Código Civil*), conseqüentemente, não poderão fazê-la órgão ou instrumento de uma empresa mercantil; e, se isso ocorrer, há de entender-se terem criado, assim, sociedade comercial, nova e distinta, cuja existência poderá provar-se até mesmo por presunções (art. 305, *Código Comercial*). A sociedade, como pessoa jurídica, não poderá dar-se, igualmente, a operações comerciais a título de profissão habitual (art. 4, *Código Comercial*), ainda que acessória ou secundariamente a seu objeto específico (art. 1371, *Código Civil*), já que não lhe é dado propor-se a mercância como objeto social, em seu caráter de sociedade civil particular, reservada, aquela atividade, pelo próprio *Código Civil*, às sociedades mercantis (art. 13, I, II, *Código Civil*).

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 23 de fevereiro de 1966

# Ato administrativo e instrumento público

*Consulta* — Promove a Comissão Estadual de Energia Elétrica — C.E.E.E., contra a Companhia Elétrica Rio-Grandense — C.E.E.R, ação executiva, para cobrar-se de um crédito de cerca de Cr\$ 66.000.000,00, proveniente de fornecimento de força elétrica.

Estriba a ação nos incisos XII e XIV do artigo 298<sup>1</sup> do *Código de Processo Civil* — C.P.C.; no primeiro, por entender que as contas extraídas dos assentamentos da autarquia, por funcionários seus, constituem "instrumentos públicos administrativos"; e no segundo, porque, em seu modo de ver, representam tais documentos verdadeiras "faturas, ou contas assinadas".

Entretanto, nesses papéis — impende esclarecer — nenhuma

1. Ver art. 585, II e VII do Código de Processo Civil.

assinatura existe de representante da Companhia, ou de qualquer funcionário seu, recognitiva da exatidão dos respectivos valores em dinheiro.

Deles consta, apenas, a seguinte declaração de funcionário técnico encarregado de conferir a exatidão do consumo: "Confere quanto ao consumo. Roberto Vasques".

Isto posto, pergunta-se:

1. as contas mensais de fornecimento de força elétrica, remetidas pela Comissão à Companhia, constituem "instrumentos públicos administrativos"?

2. ao vender energia elétrica à Companhia, desempenha a Comissão função pública ou exerce atividade de natureza privada?

3. a declaração lançada pelo funcionário da Companhia, nas contas em apreço, conferindo apenas a exatidão da grandeza do consumo, é suficiente para atribuir-lhes o caráter de autênticas "faturas, ou contas assinadas", no sentido em que a locução é empregada pelo inciso XIV do artigo 298, do *C.P.C.*?

*Parecer* — São funções dos instrumentos, públicos ou particulares, a. "darem forma aos atos jurídicos, para os quais a forma instrumental houver sido exclusivamente decretada"; b. "darem forma aos atos jurídicos, a que, por arbítrio das partes, se tiver dado a forma instrumental"; c. "darem fé, como prova preconstituída, da existência dos atos jurídicos, neles exarados" (Teixeira de Freitas, *Esboço*, Rio de Janeiro, 1952, t. I, art. 679, p. 300).

Somente haverá, portanto, instrumento, quando uma dessas três funções lhe possa ser atribuída, de modo explícito, de conformidade com as enunciações legais pertinentes. É o que João Mendes estabelece, quando assevera que "instrumento é a forma especial, dotada de força orgânica para realizar, ou tornar exequível um ato jurídico" (*Direito judiciário brasileiro*, Rio de Janeiro, 1954, p. 184). É expressiva, nesse texto de João Mendes, a iteração da mesma idéia na definição de instrumento: "forma especial, dotada de força orgânica"; o que equivale a defini-lo como "forma especial, dotada de força instrumental", de vez que instrumento e órgão são meramente vocábulos diversos a exprimirem a mesma noção (conforme Forcellini, *Lexicon totius latinitatis*, Patavii, 1940, t. III, verb. organum, p. 518).

Nem sempre, na verdade, instrumento é o papel escrito e subscrito na forma da lei. "*Instrumentum voluntatis velut organum*" chamou-se já ao nuncio ou mensageiro, utilizado como meio de transmissão da vontade (conforme Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, 2. ed., t. III, Rio de Janeiro, 1954, § 323, n. 1, p. 313; Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, t. III, Firenze, 1891, n.º 165, nota 1, p. 159 e 160). Ao papel havido como instrumento, a força instrumental advém-lhe das funções que lhe são atribuídas, semelhantes às do nuncio: as de meio a dar expressão à vontade e existência formal ao ato jurídico, ou dar-lhe fé, a este, de sua existência e conteúdo. Não se provam cabalmente com instrumentos, senão os atos ju-

rídicos. Quanto a fatos jurídicos, certo, o instrumento, constituído para prova de um ato jurídico, pode conter, enunciativamente, prova de fatos, alheios ao ato, ou com este indiretamente conexos, sem que se lhe reconheça, entretanto, a tal propósito, força orgânica ou instrumental. Essa, a regra do artigo 131, parágrafo único, do *Código Civil Brasileiro*: "não tendo relação direta... com as disposições principais, ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados do ônus de prová-las". Tal a regra, entre nós, indubiamente aplicável a todos os instrumentos, públicos ou particulares (E. Espínola, Dos Fatos jurídicos, *Manual do Código Civil Brasileiro*, de Paulo de Lacerda, v. III, parte III, Rio de Janeiro, 1929, n.º 10, p. 119). Quanto aos fatos, alheios ao ato jurídico ou sem direta conexão com este, os instrumentos têm de tal sorte, a sua eficácia probante reduzida à de um começo de prova por escrito (E. Espínola, obra citada, v. III, parte III, n.º 45, p. 380), ficando, a tal respeito, equiparados a quaisquer escritos, ainda os de natureza puramente casual (E. Espínola, obra citada, v. III, parte III, n.º 45, p. 374).

O instrumento público, é essencialmente instrumento ou órgão de uma expressão de vontade, endereçada à criação de efeitos jurídicos, em juízo ou fora deste. A sua eficácia probatória não é simplesmente um dado formal, senão, e simultaneamente, um dado formal e causal. A certidão de instrumento particular, junto a autos judiciais (art. 139, *Código Civil*) evidentemente não o muda, àquele, em instrumento público, embora instrumento público seja a certidão do instrumento público (art. 139, *Código Civil*). Pontes de Miranda observou ao ensejo: "o princípio da mesmidade da prova, por certidão..., do instrumento público junto aos autos, é paralelo ao da mesmidade da prova... pela certidão..., do instrumento particular junto aos autos" (obra citada, t. III, § 350, n. 5, p. 435). Além da forma, requer-se, pois, ao instrumento, matéria ou causa material. São, essa causa, ou autos judiciais ou declarações de vontade, privada ou pública, mas extrajudiciais, endereçados, aqueles e estas, à criação de efeitos jurídicos. "*Causa materialis*, — advertia já Antônio Perez, — *causa materialis, circa quam versatur instrumentorum confectio, sunt actus omnes tam contentiosae... quam voluntariae jurisdictionis... etiam actus qui pendent a libera hominum voluntate*" (*Praelectiones in Duodecim Libres Codicis Justiniani*, ad. lib. IV. t. XXI, n.º 9, Opera Varia, Venetiis, 1738, t. I, p. 173). Daí, com relação aos atos extrajudiciais, o comentário do nosso Manuel Barbosa à ordenação do liv. I, tit. 78, § 7.º: "*tabellio nisi rogatus instrumentum conficere nequit*" (*Remissiones Doctorum in Librum Primum, Secundum et Tertium Ordinationum, Ulyssipone Occidentali*, 1732, p. 82). Têm os instrumentos, por conseguinte, não somente forma legalmente constituída, senão, também, matéria legalmente determinada, ou genérica ou especificamente. Nem de outro modo se explicaria qualquer divisão de competências, quanto à confecção de instrumentos públicos, e a conseqüente nulidade desses instrumentos, "quando versarem sobre algum ato jurídico que, pelo seu objeto ou natureza, não competir ao funcionário reduzir a instrumento" (Teixeira de Freitas, obra citada, t. I, art. 693, 4.º, p. 304; Giorgi, obra citada. t. I, Firenze, 1894, n.º 304, p. 337).

A legislação brasileira não prefixa, em enumeração consecutiva, as diferentes matérias, suscetíveis de se tornarem conteúdo de instrumentos públicos ou particulares.

O *Código Civil* inculca-os, à rubrica do capítulo IV, do livro III, título I, como 'forma' ou 'prova' dos atos jurídicos, definidos, no artigo 81, anteriormente, como abrangendo "todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos". Disposições especiais prescrevem o instrumento público como da substância do ato, (e.g., art. 133, 134), ou prescrevem como forma do ato, alternativamente, o instrumento público ou particular (e.g., art. 243). O *Código de Processo Civil*, à sua vez, dispõe acerca dos instrumentos públicos judiciais, enunciando-lhes requisitos extrínsecos (e.g. art. 14, 15, 17 e 18), ou especificando-lhes a matéria e requisitos extrínsecos em casos discriminados (e.g. art. 8º, 509, 890, §§ 1º e 2º). A legislação administrativa, de sua parte, define, individualizadamente, alguns instrumentos públicos, fixando-lhes a matéria e os requisitos extrínsecos. Assim, o *Regulamento Geral de Contabilidade Pública* (Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922): "os contratos estipulados pela forma prescrita no presente *Regulamento* e registrados pelo Tribunal de Contas têm força de título autêntico para todos os efeitos legais, e então por isso sujeitos a todas as formalidades estabelecidas pelas leis gerais para os atos públicos" (art. 794). Mas, talvez, a tradução do texto europeu imitado; inequívoco, porém, o propósito.

Dessa sistematização legislativa, decorrem, como contraparte, os elencos enumerativos que, quanto aos instrumentos públicos, a tradição e a doutrina têm elaborado, tornando patente, por tal modo, a cogência da determinação legal, insita em nosso direito positivo, quanto à matéria dos 'instrumentos', especialmente dos instrumentos públicos. Entre outros, deram-se a esta tarefa: Moraes Carvalho, *Praxe forense*, Rio de Janeiro, 1850, t. II, § 462, p. 76 e 77; Teixeira de Freitas, obra citada, t. I, art. 688, p. 302; Ramalho, *Praxe brasileira*, São Paulo, 869, § 164, p. 251 e 252; Souza Pinto, *Primeiras linhas sobre o Processo Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1875, § 1153, p. 33 e 34; Paula Batista, *Teoria e prática do Processo Civil comentado*, t. I, Rio de Janeiro, 1921, ao art. 133, p. 379, t. II; Gusmão, *Processo Civil*, São Paulo, 1924, § CLXIII, p. 121; E. Espínola, obra citada, v. III, parte III, n. 15, p. 157).

A fim de constituir-se o instrumento público, será mister, conseqüentemente, que forma e matéria concorram a integrá-lo. A matéria há de ser, segundo o princípio geral, expresso pela lei civil e salva disposição específica, o ato jurídico, dilatado, por compreensão, de sorte a abranger o ato judicial. "Recorre-se ao direito privado, porque é de entender-se que o direito público e o direito privado, pertencendo ao mesmo sistema jurídico, são inspirados pelos mesmos temas e fins; Portanto, que o igual é tratado igualmente. É o que se passa em todos os compartimentos em que há vazios: o que é de um deles se comunica" (Pontes de Miranda, obra citada, t. I, Rio de Janeiro, 1954, § 21, n. 2, p. 72).

Sinal distintivo, quanto à forma do instrumento público, será o

emanar de autoridade pública, ou de pessoa com fé pública. Mas essa caracterização, *quod subjectum*, não será, por si só, decisiva. Além de ter autoridade pública ou pessoa com fé pública por sujeito (e dentro nos lindes da competência, a este, atribuída), o instrumento público há de ter a sua forma legalmente estabelecida. Se a lei silencia, quanto à forma, embora atribua competência, quanto ao sujeito, o escrito será documento público (art. 136, III, *Código Civil*); não será, porém, instrumento público. Johannes Voet assim definiu o instrumento público: "*publica instrumenta sunt, quas forma solenni a persona publica ...conscribuntur*" (*Comentarius ad Pandectas*, Venetiis, 1775, t. I, ad lib. XXII, tit. IV, n. 3, p. 551). Forma solemne supõe disciplina legal, "que vai além do ofício de manifestar exteriormente a vontade" (E. Espínola, *Sistema do direito civil brasileiro*, t. I, Bahia, 1908, p. 455); supõe disciplina legislativa da forma mesma como tal, de vez que "*solemnitates requisitae ...non pendent a voluntate privata*" (Cabedo, *Decisiones*, Antuerpiae, 1734, pars I, dec. 129, n. 4, p. 130); supõe, de conseguinte, normação jurídica, endereçada, não somente às partes, senão também ao confeccionador da forma, como se diz na Ordenação do liv. I, tit. 78, § 24: "e o tabelião que não cumprir todo o conteúdo desse regimento... perderá o ofício e pagará o dano e perda às partes" (conforme Mendes de Castro, *Pratica lusitana*, Conimbricae, 1680, t. II, lib. V, cap. I, n. 6, p. 252).

Não é possível, em tais termos, reconhecer-se a condição de instrumentos públicos às contas ou faturas de fornecimento de energia elétrica, extraídas e expedidas pela Comissão Estadual de Energia Elétrica, entidade autárquica criada pelo Estado do Rio Grande do Sul. De um lado, conquanto inquestionável, a nosso juízo, que a entidade autárquica tenha e exercite, em maior ou menor porção, autoridade pública, o nosso direito positivo não lhe concede, em princípio, quanto aos documentos que dela emanam, a condição de documentos públicos, senão, meramente, para os efeitos penais (art. 297, *Código Penal*). De outro lado, a legislação administrativa silencia acerca das formalidades que poderiam constituir esses escritos, contas ou faturas, em instrumentos públicos. Por fim, a Lei n.º 1.522, de 26 de dezembro de 1951, define, inequivocamente, a fatura, para o efeito de controle de preços, como escrito particular, simplesmente assinado "pelo vendedor ou fornecedor, ou pelo empregado" (art. 8.º), impondo-lhe, para aquele fim, requisitos indispensáveis (art. 8.º, parágrafo único), seja a matéria, a compra e venda mercantil privada, ou seja o fornecimento de serviço essencial (art. 8.º), ainda quando o serviço, de cujo fornecimento se cuida, se inclua entre os "explorados por concessão, autorização ou permissão pela União, Estados, Municípios ou entidades autárquicas" (art. 9.º, parágrafo único). Como escrito particular, de forma não legalmente regulada, inculca-a, igualmente, a Lei n.º 2.308, de 31 de agosto de 1954, concernente ao imposto único sobre energia elétrica (art. 4.º, § 3.º), sem quebramento de uma tradição que, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, remonta ao Decreto n.º 15.996, de 31 de março de 1923, (art. 7.º).

Pela forma, que o nosso direito positivo lhe designa, a conta ou fatura é documento particular; ou, se expedida por pessoa adminis-

trativa, de natureza não-autárquica, salva disposição especial, documento público. Nunca, porém, instrumento público. Pela matéria, valeria se separassem a extração ou emissão da conta ou fatura e a expedição ou apresentação dela ao destinatário (Saleilles, *De la Déclaration de volonté*, Paris, 1929, n. 40, p. 147). O discripe, ainda que não excluísse a possibilidade da emissão debaixo da forma do instrumento público, excluiria, fora de dúvida, a necessidade dessa forma para eficácia do ato jurídico, somente realizável à chegada ou apresentação do escrito (conforme Pontes de Miranda, obra citada, t. II, Rio de Janeiro, 1954, § 223, n. 7, p. 411, t. II, § 223, n. 1, p. 403; t. I, Rio de Janeiro, 1954, § 32, n. 1, p. 95).

São, entre nós, serviços públicos de eletricidade:

a. a produção de energia elétrica, destinada a serviços públicos, ou de utilidade pública, ou ao comércio dessa mesma energia (arg. ex. art. 18 e 19, Decreto-lei n.º 852, de 11 de novembro de 1938), ressalvada a produção de usinas termoelétricas, destinada a serviços de utilidade pública (art. 10 e 11, Decreto-lei n.º 2281, de 5 de junho de 1940; conforme art. 170, *Código de Águas*);

b. o suprimento de energia elétrica a serviços públicos ou de utilidade pública (arg. ex. art. 2.º e 4.º, Decreto-lei n.º 1345, de 14 de junho de 1939; art. 1.º, Decreto-lei n.º 3.796, de 5 de novembro de 1941);

c. o transporte ou transmissão e a distribuição da energia elétrica (arg. ex. art. 151, c, e, *Código de Águas*; art. 21, Decreto-lei n.º 852, de 11 de novembro de 1938).

A duplicação de executores, quanto a serviços públicos conexos e a produção da C.E.E.E.; e distribuição: C.E.E.R.G. (a inversão das posições entre a administração pública e o particular) (este prestando o serviço ao público; e a administração pública a servir o particular, concessionário do serviço) são, no caso, a expressão presente de passados erros de nossa política econômica acerca da eletricidade, não despercebidos, e de há muito, aos nossos juristas (conforme J. X. Carvalho de Mendonça, *Os Problemas das sociedades anônimas*, São Paulo, 1931, p. 27 e 28).

As faturas, a que se refere o art. 298, XIV do *Código de Processo Civil*, manifestamente, são as que se refere também a Lei n.º 187, de 15 de janeiro de 1936. O favor da ação executiva responde aos propósitos desta última lei, que representa "o ponto de encontro entre as tendências da legislação cambiária, em tornar obrigatório o uso da cambial. . . e o desenvolvimento do instituto da fatura" (Tullio Ascarelli, *Teoria geral dos títulos de crédito*, São Paulo, 1943, nota 6, p. 462).

Pode argüir-se, contra essa conclusão, que a ação executiva cabe, e caberia em consonância com a Lei n.º 187, à duplicata, ou conta assinada, excluída a fatura. Duplicata e fatura nascem, porém, unidas (art. 1.º, § 4.º, Lei n.º 187), como, unidos, nascem o conhecimento de depósito e o *warrant* (art. 15, Lei n.º 1.102, de 21 de novembro de 1903). E, posto que o conhecimento de depósito, separadamente, confira tão-só "a faculdade de dispor da mercadoria,

salvo os direitos do credor, portador do *warrant*, e o *warrant*, sim, "o direito do penhor sobre a ... mercadoria" art. 18, § 2º, Lei nº 1.202), o *Código de Processo Civil* menciona-os conjuntamente também, ao atribuir ao portador do *warrant* o favor da ação executiva (art. 298, XV);

Tal é, de resto, acerca da fatura, ou conta assinada, a doutrina corrente (conforme J. M. Carvalho dos Santos, *Código de Processo Civil interpretado*, t. IV, Rio de Janeiro, 1940, n. 22, p. 220; Amorim Lima, *Código de Processo Civil Brasileiro comentado*, t. II, São Paulo, 1941, nº 60, p. 68; Machado Guimarães, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV, Rio de Janeiro, 1942, n. 119 e 120, p. 122 e 123). Pontes de Miranda assim se exprime, a propósito: "É certo que o Reg. 737 falava, no art. 152, § 5º, de 'contas comerciais ou, não reclamadas, ou escritas, ou assinadas pelas partes contra as quais se produzem; mas o art. 152, § 5º, apenas pertencia ao capítulo sobre provas. Na parte sobre ação executiva, não se cogitara de tais contas; na parte sobre ação de dez dias, apenas de 'faturas e contas e gêneros vendidos em grosso, não reclamados no prazo legal, sendo assinadas pelas partes'. Seria errado entendermos que se deu ação executiva a tudo que toma forma gráfica de dever e haver, seguida da soma das respectivas parcelas e saldo" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, t. I, n. 52, p. 69).

A vista do exposto, passamos, pois a responder às questões formuladas: À primeira: não. À segunda: executa serviço público. À terceira: Não

Este é o nosso parecer, s.m.j.

## Ato administrativo

### — executoriedade

*Comentário* — "Atos executórios são os que independem de apreciação prévia do Poder Judiciário, para serem executados coercivamente contra o particular" (Ruy Cirne Lima, *Princípios de direito administrativo brasileiro*, 2. ed., Porto Alegre, 1939, § 9, nº 5, p. 77; conforme Tito Prates da Fonseca, *Lições de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1943, nº 222, p. 372). Não-executórios, ao revés, serão os atos administrativos, sujeitos, para serem executados coercivamente, à censura prévia do Poder Judiciário.

Inexata é, entre nós, a asserção da executoriedade como regra (conforme Alcides Cruz, *Direito administrativo brasileiro*, 2. ed., Rio de Janeiro, 1914, p. 40), com relação à generalidade dos atos administrativos. Nem mesmo quanto ao direito administrativo francês a asserção valeria: "... la décision exécutoire n'est possible que lorsque la loi la prévoit" (Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1953, nº 327, p. 177). Entre nós, princípio análogo vige:

a lei dirá, explícita ou implicitamente, sempre, porém, inequivocamente, da executoriedade do ato administrativo.

Qual a lei, entretanto, se, em matéria administrativa, legislação federal, legislação estadual e legislação municipal podem, não raro, entrar em conflito (conforme Ruy Cirne Lima, *Sistema de direito administrativo brasileiro*, t. I, Porto Alegre, 1953, § 10, III, n.º 25 a 32, p. 79 a 83)?

Se a executoriedade se considerar derrogação a princípio processual, a competência legislativa caberá necessariamente à União (art. 5, XV, a, *Constituição Federal*). Se for havida como consectário peculiar a algumas figuras do ato administrativo, a legislação federal ou a legislação estadual, ou a legislação municipal poderão prescrevê-la, na respectiva órbita de aplicação. É esta última, diga-se desde logo, a solução a adotar.

A executoriedade não é concomitância da cognição judiciária. Pode haver cognição e excluir-se necessariamente a executoriedade, como acontece às sentenças proferidas em ação declaratória. De outro lado, ainda as sentenças de condenação, em nosso direito positivo, supõem, para serem executadas, relação processual nova. A disposição do art. 882 do *Código de Processo Civil* não mais é do que a indicação dos lindes da ação executória, imagem vigente da antiga *actio iudicati* (conforme Liebman a Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, trad. de J. Guimarães Menegale, t. I, São Paulo, 1942, n.º 88, nota 17, p. 426 e 427). Donde, *in hypothesis*, a coexistência de duas ações: uma, para a cognição; outra, para a execução.

A executoriedade do ato jurisdicional, quaisquer que sejam os seus pressupostos, não será contudo, senão, e sempre, uma expressão do poder estatal, — do mesmo poder estatal que informa o ato administrativo. Chiovenda, que propugnou, com ardor, o caráter jurisdicional dos atos de execução, observa, a propósito, oportunamente: "... não devemos contrapor império e jurisdição, como qualitativamente; a jurisdição não é, ao contrário, mais que um complexo de atos de império reagrupado por determinado escopo que o caracteriza..." (obra citada, t. II, São Paulo, 1943, n.º 141, p. 27).

A executoriedade pertence, pois, igualmente, ao ato administrativo e ao ato jurisdicional. É em ambos consectário não-essencial, mas consectário conatural a ambos, enquanto expressões, ambos, do mesmo poder estatal.

Parecerá, talvez, demasia política que, a par da União, ao Estado e ao Município se reconheça competência para legislar acerca da executoriedade dos atos administrativos que lhes incumbem. Por certo, "ninguém pode ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei (art. 141, § 2, *Constituição Federal*); mas lei, em face da *Constituição Federal*, são também as leis estaduais (art. 18, *Constituição Federal*) e as mesmas leis municipais (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, Rio de Janeiro, s.d., t. I, p. 481; Ruy Barbosa, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por Homero Pires, t. V,

São Paulo, 1934, p. 62 e 63; Pimenta Bueno, *Direito público brasileiro*, Rio de Janeiro, 1857, t. I, n.º 450, p. 318). De outra parte, o ato administrativo executório pode *a posteriori*, por iniciativa do destinatário, vir a ser submetido à censura do Poder Judiciário. A iniciativa desse gênero, deve-se, precisamente, o aresto comentado. Além disso, o mandado de segurança (art. 7, II, Lei n.º 1533, de 31 de dezembro de 1951) pode, quando cabível (conforme L. Eulálio Vidigal, *Do Mandado de segurança*, São Paulo, 1953, n.º 135, p. 199 e 200) obstar-lhe suspensivamente os efeitos, antes da cognição judiciária.

Induvidoso é, afinal, que a extensão da ação cominatória a hipóteses análogas não justifica o desconhecimento de executoriedade ao ato administrativo, do qual se cuida. O *Código de Processo Civil* dispõe simplesmente sobre a ação e o processo, a serem desenvolvidos, quando, em casos tais, se não tratar de atos administrativos executórios.

À sua vez, a revogação da autorização administrativa ou licença, para a exploração de estabelecimento industrial, é, à evidência, ato independente daquela primeira seqüência de fatos, embora se lhe filie, no caso, pela aparência de uma conexão causal.

Tratar-se-ia, aqui, de averiguar separadamente quais os pressupostos legais e os efeitos da outorga e revogação de tais licenças, máxime, tendo-se em vista que a expedição delas constitui, não raro, meramente ponto de apoio ou oportunidade para a cobrança do tributo, dito de licença, reservado pela *Constituição Federal* aos municípios (art. 29, II). “A expressão ‘licença’ — escreve Pontes de Miranda, — liga-se a um dos seus traços mais constantes, o de constituírem tais impostos ou taxas, condição ao exercício das atividades indicadas na lei fiscal” (obra citada, t. I, p. 489). Transcende, porém, essa averiguação, e manifestamente, aos limites deste comentário.

## Ato administrativo

### — motivação

Ainda que não-obrigatória a motivação do ato administrativo, invalida-se este se os motivos nele enunciados como razão de praticá-lo não correspondem à realidade (G. Gèze, *Les Principes généraux du droit administratif*, t. III, Paris, 1926, p. 224, etc). A enunciação do motivo, ainda que desnecessária, integra-o, a esse, na organicidade do ato (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. III, Rio de Janeiro, 1954, § 269, n.º 6, p. 102), invalidando-o, àquele, se a enunciação é inverídica, assim no direito privado (art. 90, *Código Civil*) como no direito público (Victor Nunes Leal, *Problemas de direito público*, Rio de Janeiro, 1960, p. 245, etc.)

Por isso mesmo, não há de cogitar-se, a tal propósito, da conveniência, ou da oportunidade do ato, senão, apenas, da legalidade

deste, sujeita como tal, e inequivocamente, à apreciação do Poder Judiciário (J. Cretella Junior, *Do Desvio de poder*, São Paulo, 1964, n.º 91 p. 122, etc).

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 16 de outubro de 1967.

## *Ato administrativo*

### *— motivo determinante (exclusão de concorrente)*

O motivo, dado para a exclusão da consulente, quanto à concorrência pública, de que se cuida, é o ter solicitado, aquela, — antes da abertura da concorrência — se protraísse esse ato, por alguns minutos, além da hora prefixada a fim de permitir a chegada de alguns volumes, que lhe faltavam, da proposta a ser apresentada. O diferimento da abertura da concorrência teve, à sua vez, a anuência de todos os demais concorrentes, oralmente consultados a respeito.

Foi, a solicitação da consulente, mero gesto de cortesia. Após a abertura da concorrência, a recepção ou recebimento das propostas não é ato instantâneo. “No dia e hora estabelecidos no edital da concorrência, prescreve-se, no *Regulamento Geral da Contabilidade Pública — R.G.C.P.*, — a autoridade que a presidir, declarará, a mesma, aberta, e passará a receber as propostas dos licitantes que se apresentarem” (art. 747). Essencial, apenas, é que, à hora indicada no edital, o concorrente esteja presente (art. 747, alínea II). O tempo, para a recepção ou recebimento das propostas, quer, de resto, a tradição italiana, seja de uma hora: “*L’asta deve rimanere aperta per un’ora per la presentazione delle offerte*” (Cianflone, *L’Appalto di Opere pubbliche*, Milano, 1950, n.º 199, p. 252; Cuneo, *Appalti di opere pubbliche*, Milano, 1914, n.º 35, nota I, p. 56). Fica visto, pois, e claramente visto, que, ainda depois da abertura da concorrência, ao fim dos trinta minutos imediatamente subseqüentes, a proposta da consulente poderia ter chegado ao local devidamente lacrada (art. 748, *R. G. C. P.*), para ser apresentada e recebida, e oportunamente descerrada e lida (art. 750, *R. G. C. P.*) a par das dos demais concorrentes.

Não foi, portanto, a consulente, especialmente favorecida com o atendimento de sua solicitação. Antes, formulando-a, pôs de relevo o seu acatamento ao princípio da igualdade entre os concorrentes, que é o termo básico de contraste, para a apuração da regularidade do procedimento (G. Péquignot, *Des Contrats administratifs*, Paris, 1954, n.º 215, p. 24). Nenhuma razão, *iuris* ou *facti*, senão a da cortesia para os demais concorrentes, justifica, realmente, a so-

licitação da consulente, com endereço ao protraimento da abertura da concorrência.

Descabe, pois, a exclusão, fundada em motivo determinante (art. 90, *Código Civil*), inexistente (art. 2, parágrafo único, d, Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965), — sempre inexistente, “quando a matéria de fato..., em que se fundamenta o ato, é... juridicamente inadequada ao resultado obtido” (art. 2.º parágrafo único, d, Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965). Um gesto de cortesia não é matéria adequada para, como resultado, conduzir a uma sanção administrativa (art. 741, § 1.º, *R.G.C.P.*).

De outro lado, a argüição contra a consulente, levantada por outro concorrente, é, antes expressão de um interesse privado, que de um interesse público: “... *les concurrentes évincés n’agissent pas dans l’intérêt du public, quoique le public puisse profiter de la décision qui serarendue, ils ont un intérêt personnel à faire tomber l’adjudication prononcée au profit d’un de leurs concurrents, dont ils auraient pu prendre la place si la soumission avait été écartée pour cause d’irregularité*” Aucoc, *Conférences sur l’administration et le droit administratif*, Paris, 1879, t. II, n.º 637, p. 291). Reclamaria, a presença do interesse privado, *in hypothesi*, tomasse o processo administrativo, que a regra jurídica determina (art. 741, § 1.º, *R.G.C.P.*), feição contenciosa, perfeitamente admissível quando interesses, e não direitos, estão em causa (J. Cretella Júnior, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1967, n.º 359, p. 399), e, mais do que isso, indispensável quando interesses privados, conexos com o interesse público, entram em conflito, a propósito de uma situação administrativa. A inviolabilidade dos direitos individuais supõe a garantia da intangibilidade deles, a não ser pelas vias de direito, isto é, a garantia do *due process of law*, do “*Rechtsweg*” (Ruy Cirne Lima, *Pareceres, direito público*, Porto Alegre, 1963, p. 92). Tal garantia há de estender-se a todo o interesse legítimo, diante da administração pública (Seabra Fagundes, *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, 1967, n.º 52, nota 6, p. 105). Se, no inquérito levado a efeito, não se abriu, à consulente, oportunidade para a postulação e a prova, a exclusão, resultante desse procedimento, é ainda, além de descabida, formalmente inválida.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 29 de janeiro de 1970.

## Auxiliar de justiça

### — efetivação

Consulta — Conforma-se à Constituição a disposição do artigo 318 do Código de Organização Judiciária do Rio Grande do Sul,

assim redigido: "art. 318: Os servidores públicos que exerçam há mais de um ano, e a qualquer título, função ou cargo de auxiliar de justiça, e contam cinco anos, no mínimo, de serviço público, são considerados efetivos em sua função ou cargo"?

*Parecer* — A disposição do artigo 318 do novo *Código de Organização Judiciária do Rio Grande do Sul* abrange, na generalidade de seus termos, três hipóteses distintas:

a) a do extranumerário;

b) a do ocupante de cargo de confiança ou provido em comissão;

c) a do ocupante de cargo não qualificado por lei como de confiança, ou de provimento em comissão.

Quanto às duas primeiras hipóteses, a disposição parece-nos inútil. A efetividade opõe-se à interinidade. Temístocles Brandão Cavalcanti sinala, acertadamente: "... interino, de um modo genérico, é aquele que não efetivo" (*O Funcionário público e o seu estatuto*, Rio de Janeiro, 1940, p. 179). Ora, a noção de interinidade não é, a rigor, aplicável nem ao extranumérico, nem aos cargos de comissão ou de confiança. A temporariedade é, nesses casos, conotação essencial da prestação do serviço, como legalmente definida (conforme Tito Prates da Fonseca, *Lições de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1943, p. 149 e 146), e não meramente uma cláusula accidental da investidura, como ocorre com respeito ao provimento interino. Nos cargos de confiança, a cláusula de interinidade pode aparecer, é certo, mas simplesmente como forma de evasão *pro tempore* a exigências inerentes à investidura, tal, *exempli gratia*, a exigência de aprovação do Senado Federal ou da Assembléia Legislativa à nomeação, respectivamente, do Procurador-Geral da República ou à do Procurador-Geral do Estado (art. 63, I, *Constituição Federal* art. 46, XVII, *Constituição Estadual*).

Quanto à terceira hipótese, a disposição é inconstitucional. Importa ela a dispensa de concurso como requisito da investidura definitiva, prescrito pelo artigo 201 da *Constituição do Estado*.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 14 de abril de 1950.

## Cartel

### — natureza jurídica

Não é difícil de precisar a natureza do convênio submetido a nosso exame. Trata-se de um cartel destinado a controlar "o comércio de banha nos mercados nacionais e à manutenção do mercado estrangeiro tal como tem sido conquistado pelo extinto Departa-

mento Comercial do também extinto Sindicato de Banha Sul-Rio-grandense" (cláusula 1ª do Convênio). Esse controle é alcançado graças às obrigações decorrentes do Convênio para os respectivos signatários, produtores ou comerciantes de banha. Outro não é, realmente, o mecanismo de operação do cartel.

*"Kartell — ensina Karl Gareis — ist jede zu irgendeinem wirtschaftlichen Zwecke auf die Produktions — oder Markt verhältnisse einwirken sollende Vereinbarung selbständiger Produzenten oder Handelbetreibenden, welche sich damit zu einem bestimmtem wirtschaftlichen Verhalten in ihrem Geschäftsbetriebe verpflichten"*. (*Systematische Rechtswissenschaft, Die Kultur der Gegenwart, Teil II, Abteilung VIII, Leipzig-Berlin, 1931, p. 167 e 168*).

Além das obrigações impostas aos respectivos signatários, o Convênio, que é celebrado com prazo certo, de duração relativamente longa, cria órgãos próprios, destinados, segundo expressão textual, "a administração do Convênio". Tais órgãos são, também, comuns aos cartéis de maior duração.

*"Die Kartelle von längerer Dauer — ensina, ainda, Karl Gareis — pflegen eigene Organe zu haben."* (documento citado).

O próprio expediente técnico-jurídico utilizado (cláusula 17ª, parágrafo único do Convênio) para garantir a execução da pena convencional, aposta ao Convênio, figura entre os elementos integradores da figura econômica usual do cartel (G. Schmoller, *Principes d'économie politique*, t.II, Paris, 1905, p.578).

Assente que se trata de um cartel, mister é definir-se a sua natureza jurídica. São os cartéis, geralmente, definidos como a mais laxa forma de associação (*"die losstete Verbindung"*) entre comerciantes e empreendedores (C. Dieckmann, *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931, p. 232). Devem, em consequência, ser incluídos no número das pessoas jurídicas? Não. Os cartéis enquadram-se no grupo das associações imperfeitas (*"unvollkommene Assoziationen"*); daí que os seus estatutos ou normas tenham unicamente a natureza, não de convenções constitutivas de pessoas jurídicas, mas, de convenções meramente contratuais: — *"so haben diese (Statuten) nur die Natur von vertragstässigen Vereinbarungen"* (Rudolf Herrnit, *Oesterrichisches Verawaltungsrecht*, Tübingen, 1925, § 57, p. 181).

Isto posto, qual a figura jurídica, em que se enquadra essa convenção?

Atente-se, primeiramente, ao que se passa em tais casos: *"Deux ou plusieurs personnes — segundo a observação de Duguít — entren en relation et s'accordent sur un point déterminé; mais à la, suite de cet accord on ne voit point apparâitre... un rapport particulier individuel et momentané de créancier et de débiteur; on aperçoit, au contraire, la naissance d'une règle permanente..."* (*Traité de droit constitutionnel*, t. I, Paris, 1927, § 40, p. 409). *"Ce sont ces conventions — adverte Duguít — que certains auteurs allemands appellent des Vereinbarungen"* (obra citada).

Estes, os fatos; qual, porém, a denominação latina e o conceito corrente de tais convenções?

À pergunta, assim responde René Demogue:

*"On peut grouper sous le nom général de contrats de réglementation ou comme le disent MM. Duguit et Jèze, de lois-conventions, tour les contrats extrêmement variés par lesquels un certain nombre de personnes s'entendent, non pour passer actuellement un acte pur et simple ou conditionnel, mais s'accordent sur la façon, dont plus tard elles passeront un contrat, si elles jugent à propos d'en passer un. Aucune d'elles n'est obligée de contracter..." (Traité des obligations en général, t. II, Paris, 1923, n. 891, p. 839).*

Tal é a natureza do cartel e, especialmente, a natureza do Convênio submetido a nosso exame. Nesse Convênio, fixam-se as quotas de participação dos signatários nas vendas de banhas, tanto aos mercados internos como aos externos (cláusula 3<sup>a</sup>); precisam-se as bases para as compras de banha a revender (cláusula 4<sup>a</sup>); determinam-se as condições das vendas que os signatários realizarão, sob a inspeção dos órgãos do Convênio (cláusula 5<sup>a</sup>); definem-se as providências necessárias à compensação das restrições e sacrifícios impostos pelo Convênio (cláusula 7<sup>a</sup>); estabelecem-se a forma e a época das operações de reajustamento, que constituem a finalidade e o benefício último do Convênio (cláusula 6<sup>a</sup>). Mas em nenhuma de suas cláusulas se encontra inscrita a obrigação de qualquer dos signatários, seja de efetuar compras de banha, seja de produzir banha, seja de revender banha. Pelo contrário, implícita, em todas as suas cláusulas, parece-nos estar a reserva: assim se procederá se os signatários efetuarem compras, produzirem, ou realizarem vendas de banha, ao que, entretanto, não se acham obrigados; se o fizerem, sim, estarão obrigados à observância das prescrições do Convênio. Isto decorre, de resto, da própria natureza dos cartéis, que não consistem em exigências, senão em limitações convencionais ("*Vertragsmäßige Beschränkungen*") à livre iniciativa, industrial ou comercial (O. Gierke, *Grundzüge des Handelsrechts*, na *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, de Holtzendorff, t. III, Leipzig-Berlin, 1913, p. 20).

Em conseqüência, Emílio Selbach & Cia. não precisava, a nosso ver, de licença dos demais participantes do Convênio para alienar o seu estabelecimento, sito em Venâncio Aires — por isso que o Convênio não lhe criara a obrigação de produzir ou vender banha e, ainda menos, de o fazer em um estabelecimento determinado.

Emílio Selbach & Cia. dirigiu-se à assembléia dos componentes do Convênio e solicitou essa permissão. Nem por isso, entretanto, se modificou a sua situação jurídica, desde que não viciada por fraude.

Na ata da reunião dos participantes do Convênio, em a qual obteve solução, contestada embora, o pedido de Emílio Selbach & Cia., declara-se, porém, ainda o seguinte:

"Ventilada amplamente a comunicação do sr. Emílio Selbach & Cia., todos os presentes, em face do exposto, manifestam, unanimemente e sem restrições, nada terem a opor à transação que esses associados pretendem efetuar com sua conseqüente retirada do Convênio..."

Naquela ocasião, portanto, já se considerava a venda do estabelecimento de Emílio Selbach & Cia. ("o qual — acrescentava-se — em 30 de maio corrente cessará sua atividade") como importante a retirada, do Convênio, de Emílio Selbach & Cia. "Dias após — informa a consulta — o contratante Costi Irmãos Ltda., baseado na alínea *a* da cláusula 8.<sup>a</sup>, denunciou o Convênio". O fundamento dessa, assim chamada, denúncia é a disposição seguinte do Convênio (alínea *a* da cláusula 8.<sup>a</sup>): "Retirando-se um dos contratantes, será isto motivo de dissolução do Convênio, salvo se a unanimidade dos demais contratantes resolver em contrário, os quais, todavia, assinarão novo contrato. Em que consiste, pois, a retirada, do Convênio?"

Trata-se de uma convenção, adscrita a prazo certo (cláusula 8.<sup>a</sup>), prazo esse que ficará automática e sucessivamente prorrogado — "caso nenhum contratante o denuncie por escrito à diretoria, noventa dias antes de terminação legal". A denúncia da parte não é, neste caso, pois, senão a causa impediante da prorrogação. Denunciado embora, a convenção somente se dissolverá por terminação do prazo e, nesta hipótese, simultaneamente desobrigados ficarão os estipulantes todos. Em conseqüência, se na alínea *a* se faz referência à retirada de um dos estipulantes como causa de dissolução do Convênio, é fora de dúvida que se não pretende fazer referência àquela denúncia, que não poderia dar causa senão a que o prazo convencional expirasse e, por expiração do prazo, se dissolvesse a convenção.

A circunstância de vir a aludida alínea *a* subordinada à cláusula 8.<sup>a</sup> que trata do prazo e da denúncia, impediante da prorrogação daquele, não nos parece que deva conduzir à conclusão de que seja a alínea mero complemento explicativo da cláusula anterior. Na alínea *c*, repete-se: "Havendo denúncia por parte de qualquer contratante..." — o que claramente indica que, nas duas alíneas superiores (*a* e *b*), se trata de matéria diversa, posto que conexa.

De outra parte, em se tratando, como se trata, de uma convenção com prazo certo, ao usar da expressão 'retirada' não poderiam ter querido as partes referir-se à possibilidade de rompimento unilateral daquele. Em tal hipótese, realmente, a que viria o prazo?

Em um cartel, porém, da natureza do submetido ao nosso exame, é visto que a porção nuclear, no que toca às relações dos estipulantes entre si, é a que se refere às quotas de participação daqueles, no reajustamento convencionalmente estabelecido.

Na cláusula 3.<sup>a</sup> do Convênio, fixam-se essas quotas, por percentagem a saber:

S. de B. S. R., Ltda. ....	74.0000%
J. R. & Cia., Ltda. ....	7.4418%
A. E. & Cia., Ltda. ....	2.4186%
S. de B. S. C., Ltda. ....	2.2325%
C. T. & Cia. ....	2.0465%
E. S. & Cia. ....	1.3023%
E. D. & Cia. ....	0.5583%
A. F. & Cia., Ltda. ....	2.0000%

C. I., Ltda. ....	4.0000%
O. & Cia. ....	2.0000%
A. de A. ....	2.0000%
	100,0000%

Ora, já ficou esclarecido que o Convênio — mero contrato de regulamentação — não impõe a seus signatários a obrigação de comprar, produzir ou vender banha; apenas, fazendo-o, deverão adstringir-se às normas convencionadas. Suposto, pois, que um dos signatários do Convênio cessasse por completo suas atividades, deixasse, esgotar-se, sem renová-lo, o seu estoque, é certo que os demais participantes do Convênio, apurado tratar-se de resolução séria, e não fraudulenta, não poderiam constrangê-lo a adotar atitude diversa. Continuaria ele, entretanto, em tal caso, a usufruir os benefícios do reajustamento assegurado pelo Convênio? Evidentemente, não. Mas, nessa hipótese, a quem caberia a sua quota de participação no mesmo reajustamento? Seria, sem dúvida, necessário um novo acordo, entre os participantes remanescentes do Convênio, a fim de estabelecer-se uma nova distribuição, entre eles, das percentagens fixadas.

A esta situação é que nos parece querer referir-se a alínea A da cláusula 8ª, quando estipula que "retirando-se um dos contratantes, será isto motivo de dissolução do Convênio, salvo se a unanimidade dos demais contratantes resolver em contrário, os quais, todavia, assinarão novo contrato".

Não ficará, nesse caso, dependente a retirada de qualquer dos estipulantes de sua só e exclusiva vontade? Não. A cessação de uma atividade habitual lucrativa não é manifestação de puro arbítrio; fatores objetivos vários deverão, forçosamente, influir em tal resolução. A hipótese figurada assemelha-se, portanto, à das condições simplesmente potestativas, sobre cuja admissibilidade não existem dúvidas, na doutrina corrente (E. Espínola, no *Manual do Código Civil Brasileiro*, de Paulo de Lacerda, vol. III, parte II, Rio de Janeiro, 1926, p. 160).

Isto posto, a retirada a que se refere a mencionada alínea a da cláusula 8ª parece-nos dever consistir no alheamento completo, sério, e não fraudulento, de qualquer dos estipulantes, aos negócios compreendidos na esfera de aplicação do Convênio.

Unicamente, pois, uma detida apreciação das circunstâncias de fato poderá esclarecer se Emílio Selbach & Cia. se "retirou" do Convênio, nos termos da aludida alínea a, por ocasião da venda de seu estabelecimento, sito em Venâncio Aires.

Órgão competente para decidir, a respeito, seria a unanimidade dos demais componentes do Convênio. Mas essa unanimidade não se verificou. O procurador de um dos componentes do Convênio recusou-se a assinar a ata da sessão em que lhe foi comunicada a situação de Emílio Selbach & Cia. A circunstância de não haverem os procuradores daquele componente do Convênio — quando tivessem poderes bastantes — impugnado a validade da dissolução levada a efeito, tendo, ao contrário, agido em consonância com esta, não é, a nosso ver, suficiente para suprir a falta decorrente da-

quela anterior recusa: falta-lhe o requisito da concludência. Mas poderá, conforme o caso, sujeitar o mandante, componente do Convênio, por este último aspecto, à imposição da pena convencional cabível.

Claramente estabelecida, porém, a "retirada" de Emílio Selbach & Cia., parece-nos conforme ao Direito que se houvesse o Convênio por dissolvido.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 21 de julho de 1933.

## Cheque

### — a contra-ordem como medida cautelar

A oposição do eminente ao pagamento do cheque, após o decurso do prazo legal de apresentação deste, é manifestação de vontade endereçada a excluir que, permanecendo em poder do sacado provisão de fundos suficiente, o portador utilize o cheque como meio de exercício do direito regressivo, que ainda, lhe assiste contra o mesmo emitente (art. 5, alínea II, Lei do Cheque), sem dependência da ação judicial cabível. Trata-se de eleição, a arbítrio do emitente, entre a execução voluntária e a execução coativa daquele direito regressivo.

O cheque, no direito brasileiro, é irrevogável. Trata-se de regra legal, e não de opinião doutrinária. "É irrevogável o mandato... nos casos... em que for... meio de cumprir uma obrigação..., como nas letras e ordens o mandato de pagá-las" (art. 1317, II, *Código Civil*).

A contra-ordem, contemplada no art. 6 da Lei n.º 2.591, de 7 de agosto de 1912, há de reputar-se, ao menos depois do *Código Civil*, simples medida cautelar, de natureza extra judicial, *ad instar* da tomada, pelo credor, do penhor legal (art. 778, *Código Civil*) ou do uso, pelo credor, do direito de retenção (art. 102, § 2º, III, Lei de Falências).

Medida cautelar, a contra-ordem destina-se a impedir *pro tempore* o pagamento do cheque, "nos casos legais" (art. 6, Lei do Cheque), ou, seja, nos casos de extravio do cheque, de falência ou incapacidade do portador (art. 23, parágrafo único, Lei n.º 2.044, de 31 de dezembro de 1980), devendo a Lei Cambial, que assim dispõe, haver-se como aplicável ao cheque, "em tudo que lhe for adequado" (art. 15, Lei do Cheque). Em tais casos, realmente, a medida cautelar é plenamente justificável: a) no caso de extravio, como prévia manifestação do processo, do art. 36 da Lei Cambial; nos de-

mais casos, como antecipação, legalmente autorizada (art. 936, *Código Civil*), à execução das disposições legais, pertinentes às pessoas e bens dos falidos e incapazes.

Quanto à forma escrita, a exigência dela responde a interesse de prova, explícito, no art. 23, 2, do *Código Comercial*.

De acordo. Encaminha-se.

Porto Alegre, 04 de outubro de 1974.

Ao Departamento Jurídico (Matriz)

O cheque, no direito brasileiro é irrevogável. Trata-se de regra legal, e não de opinião doutrinária. "É irrevogável o mandato... nos casos... em que for... meio de cumprir a obrigação..., como nas letras e ordens o mandato de pagá-las (art. 1317, II, *Código Civil*).

A contra-ordem, contemplada no art. 6 da Lei nº 2.591, de 7 de agosto de 1912, há de reputar-se ao menos, depois do *Código Civil*, simples medida cautelar, de natureza extra judicial, *ad instar* da tomada, pelo credor, do penhor legal (art. 778, *Código Civil*) ou do uso, pelo credor, do direito de retenção (art. 102, § 2º, III, Lei de Falências).

Medida cautelar, a contra-ordem destina-se a impedir *pro tempore* o pagamento do cheque, "nos casos legais" (art. 6, Lei do Cheque), ou, seja, nos casos de extravio do cheque, de falência ou incapacidade do portador (art. 23, parágrafo único, Lei nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908), devendo a Lei Cambial, que assim dispõe, haver-se como aplicável ao cheque, "em tudo que lhe for adequado" (art. 15, Lei do Cheque). Em tais casos, realmente, a medida cautelar é plenamente justificável: a) no caso de extravio, como prévia manifestação do processo, do art. 36 da Lei Cambial; nos demais casos, como antecipação, legalmente autorizada (art. 936, *Código Civil*), à execução das disposições legais, pertinentes às pessoas e bens dos falidos e incapazes.

A oposição ao pagamento, por princípio, independe de processo especial (J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, t. V, parte II, Rio de Janeiro, 1934, nº 850, p. 376). Tal é a condição da contra-ordem, quanto ao cheque. Cuida-se, aqui também, de medida cautelar, somente cabível nos casos legais. Fora dos casos legais, a contra-ordem importa delito (art. 171, § II, VI, *Código Penal*), do qual o sacado poderá ser considerado coautor (art. 25, *Código Penal*), se a houver cumprido.

Sem avançar-se ao extremo de reclamar, à contra-ordem, processo judicial, no caso de extravio do cheque, admitindo, entretanto, a carta registrada, nos demais casos (J. X. Carvalho de Mendonça, obra citada), indúbio é que o sacado não poderá cumprir a contra-ordem, senão nos casos legais e como antecipação ou concomitância das providências processuais invocáveis. No caso de extravio, este há de provar-se com a notificação à autoridade policial, incoação, ainda que no plano policial, daquelas providências pro-

cessuais; nos demais casos, há de provar-se documentalmente a incapacidade ou falência do portador, supostos, pois, os atos públicos ou judiciais correspondentes. Fora desses lindes, o cumprimento, pelo sacado, da contra-ordem é ilegalidade flagrante, respondendo, ele, quando menos, pelas perdas e danos conseqüentes (art. 159, *Código Civil*).

Atentas as divergências, conviria fosse fixada, a respeito, orientação uniforme para todo o Banco, ouvido o Professor Lélío Campos.

Banco Sul Brasileiro S.A. — Departamento Jurídico.

(a) José Fernando Cirne Lima Eichenberg.

## Cheque de caixa

O cheque de que se cuida inclui-se no número dos assim chamados 'cheque de caixa', ou, seja, no número dos que o emitente saca contra a própria caixa, ou as de suas filiais e agências (art. 1, Decreto n.º 24.777, de 14 de julho de 1934). A Lei Uniforme (Decreto n.º 57.595, de 7 de janeiro de 1966) proíbe seja "o cheque passado sobre o próprio sacador, salvo no caso em que se trate de um cheque sacado por um estabelecimento sobre outro estabelecimento, ambos pertencentes ao mesmo sacador" (art. 6). A essa disposição, porém, o Brasil opôs reserva, deixando, pois, em vigor o direito anterior.

"O Banco ou casa bancária saca, nessa espécie, contra si mesmo (a própria caixa)" (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 37, Rio de Janeiro, 1962, § 4.103 n.º 6, p. 75). Análoga é, não raro, a condição do cheque circular e do cheque turístico: "em verdade, trata-se de cheques sobre si mesmo, ou diferentes estabelecimentos do mesmo sacador" (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 37, § 4.126, n.º 3, p. 182).

Sacador e sacado, simultaneamente, ao Banco, em tais circunstâncias, não lhe é dado recusar o pagamento do cheque, exceto se falsidade ou falsificação do endosso ou de um entre os endossos, ou irregularidade na ordem desses, houver sido verificada, no momento da apresentação, e à vista do título, ressaíndo deste (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 37, § 4.124, n.º 3, p. 174; art. 35, Lei Uniforme).

Não variaria a solução se o cheque houvesse sido sacado com a cláusula de pagamento a prazo. Essa cláusula, ainda que explícita no título, não desnaturaria: seria meramente reputada não-escrita (art. 28, Lei Uniforme). "Sem razão os que consideram inexistente (não-cheque) o título, ... e os que têm o cheque por existente e nulo" (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 37, § 4.139, n.º 1, p. 216).

Nem variaria a solução se o cheque houvesse sido transmitido em garantia, sem translatividade plena do endosso (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 37, § 4.123, n.º 2 p. 160) sempre que o endosso não se enunciasse como pignoratício, "porque então a posse imediata... (seria) indiscernível da posse plena" (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 37, § 4.123, n.º 2, p. 170).

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre,

## *Competência estadual*

### *— antecedente sobre polícia do ensino superior*

*Consulta* — Tem o Estado competência para determinar as condições de funcionamento dos estabelecimentos particulares de ensino superior, não reconhecidos oficialmente?

Prescritas essas condições, pode o Estado, verificada a inobservância delas, com relação a estabelecimento determinado, preexistente as mesmas, ordenar o fechamento deste?

*Parecer* — Assim denominada liberdade de ensino comporta, como todas as liberdades públicas, limitações ao seu exercício. Nalgumas das antigas constituições estaduais brasileiras, essa possibilidade de limitação é explicitamente indicada. Assim, nas *Constituições dos Estados do Amazonas* (art. 91, § 8), do *Ceará* (art. 85, § 4) e do *Rio de Janeiro* (art. 64, § 4).

Não devemos, de resto, adscrever-nos, no presente à noção de liberdade de ensino coetânea dos primórdios do liberalismo. "Os nossos tempos — escreve Pontes de Miranda — sugerem a dissociação de conceito de liberdade de ensino em liberdade de ensinar a liberdade de comerciar com o ensino" (*Direito à educação*, Rio de Janeiro, 1933, p. 92).

Está sujeita a liberdade de comerciar com o ensino a regulamentação diversa da de que é suscetível a liberdade de ensinar. "As constituições modernas — ainda observa Pontes de Miranda — submetem a vigilâncias, certamente falíveis, a liberdade de comerciar com o ensino: — é o regime das autorizações com fundamento na suficiência didática e nas condições de moralidade" (obra citada, p. 92 e 93).

A limitação, consistente na exigência de aptidão didática, em relação à liberdade de ensinar, constituiria absurdo evidente. Mas, a suficiência didática, exigida a quem se faz pagar pela instrução que

ministra e tem no ensino a sua profissão lucrativa, é, ao contrário, restrição aconselhada pelo bem público

Cedo se reconheceu, na prática, a necessidade de tal restrição. Na Alemanha, uma "Kabinettsordre", de 1834, e instruções ministeriais, de 1939, submeteram ao regime das autorizações as escolas e institutos educacionais privados (*private Schul — und Erziehungsanstalten*), — autorizações essas, em cada caso, dependentes da aptidão moral e científica do respectivo dirigente (F. Dieckmann, *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931, p. 450). Na Austria, já em 1850 se reclama aos institutos privados de instrução secundária que a sua direção ofereça garantias de aptidão moral e científica, iguais às exigidas ao magistério dos institutos oficiais (R. Herrnritt, *Oesterreichisches Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1925, p. 310).

Outros fatores, igualmente, podem influir na formulação de tais restrições. Na França, sob a lei de 12 de julho de 1894, a liberdade quase absoluta, estabelecida quanto ao ensino superior, atenuava-se, admitia restrições, em se tratando do ensino da medicina e da farmácia. "*Aucun titre, — sinala Esmein, — aucun grade-maucun diplôme n'étaient exigés de ceux qui voulaient ainsi donner l'enseignement supérieur libre, sauf lorsqu'il s'agissait d'enseigner la médecine ou la pharmacie*" (Esmein Nézard, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, 1928, t. II, p. 654).

No nosso regime constitucional, a competência do Estado, para, em concorrência com a União, prescrever limitações ao exercício da liberdade de comerciar com o ensino, decorre, iniludivelmente, da disposição do artigo 150, parágrafo único, letra c<sup>1</sup> da *Constituição Federal*, in verbis: — "liberdade de ensino em todos os graus e ramos, observadas as prescrições da legislação federal e da estadual".

A competência do Estado, nesta matéria, não é meramente supletiva, como se poderia pretender inferir do artigo 5, n. XIV, da mesma *Constituição*, em combinação com o disposto pelo respectivo § 3<sup>2</sup>.

A liberdade de ensino é postulado, que o plano nacional de educação respeitará; a regulamentação do exercício dessa franquia é, pois, exterior àquele plano, para cuja elaboração à União ficou assegurada preferência legislativa.

Pode, portanto, o Estado determinar, por via legislativa, que os estabelecimentos particulares de ensino superior, não reconhecidos pelos poderes públicos, somente possam funcionar, em seu território, quando oferecem garantias de moralidade e de suficiência didática, ainda na ausência de lei federal a respeito.

Prescritas por lei limitações ao exercício da liberdade de comerciar com o ensino superior, pode o Estado proceder, na forma da mesma lei, contra os estabelecimentos particulares de ensino superior, não reconhecidos oficialmente, que, àquelas limitações, se não adscrevem, ainda quando já os tenham elas encontrado em funcionamento. As leis, que põem limitações ao exercício das liberdades públicas, recebem aplicação imediata (G. Zanobini, *Corso di diritto*

1. Ver art. 176, § 2º da *Constituição Federal*.

2. Ver art. 8º parágrafo único da *Constituição Federal*.

*amministrativo*, t. I, Milano, 1936, p. 102). Não poderia, pois, na hipótese, subtrair-se ao império da nova lei a situação de tais estabelecimentos.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 7 de outubro de 1937.

## Concessão administrativa — modificação

Nenhuma dúvida paira acerca da modificabilidade dos contratos administrativos, por acordo entre os contratantes, sem novação do vínculo jurídico existente. Marcelo Caetano assinalou, a tal propósito: "Um dos elementos essenciais do contrato é o seu objeto: nele nasce uma relação jurídica que se traduz em poderes e deveres originando prestações. O objeto individualiza o contrato, de tal forma, que a sua substituição corresponderia à extinção de uma relação contratual e à formação de outra nova. Mas desde que se respeite o objeto do contrato é juridicamente possível modificar as prestações em que ele se resolve, nem sempre, de resto, especificadas desde o início, visto poderem ser genericamente indicadas. Naturalmente que tal modificação pode fazer-se por acordo das partes, mediante um contrato adicional ou suplemento ao contrato" (*Tratado elementar de direito administrativo*, t. I, Coimbra, 1944, n.º 143, p. 331). Semelhantemente Velasco: "*el contrato administrativo mantiene su inflexibilidad en tanto en cuanto el servicio público no exija que se modifique... Las modificaciones se encuentran prevenidas en la Ley de Contabilidad, y además con carácter general todas aquellas que se exijan para el me joramiento del servicio público, pudiendo el contratista cobrar las diferencias de gastos que se hubieren producido. De aquí se desprende la facultad administrativa de modificar estes contratos, sin que por eso se estime que se ha producido una novación en los mismos*" (*Resumen de derecho administrativo y ciencia de la administración*, t. II, Barcelona, 1931, p. 347 e 348).

Não é diversa, sobre o ponto, a doutrina do direito privado. Domat observa já: "*si le créancier et le débiteur font entr'eux quelques changements à une première obligation... tous ces changements... ne font pas novation, parce qu'ils n'eteignent pas la première dette, à moins qu'ils fut dit expressement qu'elle demeuroit nulle*" (*Les Lois civiles*, Paris, 1756, t. I, liv. IV, t. III, sect. I, III, p. 290). Sem discrepância exprime-se, a respeito, o grande Lacerda de Almeida: "toda vez... que, sem mudar o objeto da dívida, se praticarem atos que não importem na destruição dela, embora a transformem, não há novação, mas convenças posteriores e adicionais à obrigação preexistente" (*Obrigações*, 1897, § 84, p. 293).

Essa é, de resto, a tradição de nosso direito. Assim, Gabriel Pereira de Castro: "*quando id quod de novo additur, est accessorium ad praecedentem obligationem, nunquam videtur inducta novatio*" (*Decisiones, Conimbricae, 1745, dec. 17.115, p.70*). Item, Miguel de Reynoso: "*Non dicitur novus actus, quando substantialia primi non alterantur licet aliquid de accidentalibus alteretur*" (*Observationes, Conimbricae, 1734, obs. 72, n.º 8, p. 525*). Item, Corrêa Telles: "o fazer novo título da mesma dívida, o dar ao credor mais ou menos espera ao devedor, obrigando o devedor a pagar juros da dívida, que até aí era gratuita, ou a dar novos fiadores ou hipotecas, nada disto constitui novação (*Digesto português, 5 ed. Coimbra, 1860, t. I, n.º 1213, p. 192*). Item, Coelho da Rocha: "a simples mudança na obrigação sem ânimo de novar... não extingue a obrigação antiga; pelo contrário, reforça-a" (*Instituições de direito civil português, 8 ed., Lisboa, 1917, t. I, § 160, p. 95*).

Nada obsta, pois, em termos de direito, a que a administração pública e o concessionário de serviço público, ainda que a título precário (em consequência da expiração do prazo da concessão primitiva) regulem entre si, mediante acordo, a situação em que se encontram, modificando-lhes os aspectos acidentais, salva a essência.

À concessão originária, ainda que findo o prazo primitivo ou inexistente prazo, pode ser-lhe aposto termo certo que lhe prefixe a duração ulterior, em face da administração concedente. A cláusula correspondente terá a natureza e o efeito de um "pacto de não pedir.... antes do tempo certo" (conforme Pereira e Souza, *Primeiras linhas sobre o processo civil, Lisboa, 1825, t. I, § 128, p. 94 e 95; Moraes Carvalho, Praxe forense, Rio de Janeiro, 1850, t. I, § 253, p. 136*), quer dizer, tolherá somente, durante o prazo, a faculdade de por fim, a administração concedente, de seu arbítrio, à situação primitiva: "*qualis est pacti conventi, quum ita convenerit ne intra certum tempus ageretur...; nem finito eo tempore non impeditur actor rem exequi*" (*Institutas, lib. IV, tit XIII, de exceptionibus, § 10; conforme Van Wetter, Les Obligations en droit romain, t. III, Grand Paris, 1886, § 229, p. 473*).

Podem ser modificadas as condições de execução do serviço, estipulada a ampliação deste, contanto que se modifique o objeto da concessão originária nem se quebre o equilíbrio econômico, a equação financeira, que é parte da essência mesma da concessão (conforme Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif, Paris, 1953, n.º 810 e nota 1, p. 446*).

Este é o nosso parecer, s.m.j.

## Concessão e locatio censoria

Exposição — A Sociedade Abastecedora de Gasolina e Óleos Ltda — Sagol, em virtude de contrato celebrado com a Prefeitura

Municipal de Porto Alegre, ocupa diversos terrenos de seu domínio e logradouros públicos, onde tem edificadas 'Postos de Serviço', para venda de gasolina e óleo a veículos automotores, lavagem e lubrificação destes.

Além da renda anual fixa, percebe o município renda adicional, calculada percentualmente sobre o preço de venda de gasolina e óleo; realizada mensalmente em cada um dos aludidos 'Postos'. A edificação destes 'Postos' foi levantada nos locais designados pela Prefeitura, tendo as construções respectivas, todas de alvenaria, observado os requisitos de ordem técnica, arquitetônica e estética. São, em suma, construções de valor urbanístico e de elevado custo.

Nos termos do contrato já aludido e alterações subseqüentes, esses diversos 'Postos de Serviço' reverterão ao município, sem ônus algum, findo o prazo de sua exploração pela consulente. Esse prazo, entretanto, sendo contado de datas diferentes, a partir das em que entraram em funcionamento, sucessivos os 'Postos', expiraria em dois momentos diversos, a saber: 4 de setembro de 1962 e fins do ano de 1972, respectivamente. Ao término do primeiro prazo, dar-se-ia a reversão de um certo número de 'Postos'; ao fim do segundo, concluir-se-ia a reversão do grupo de 'Postos' restantes.

Essa era a situação contratual, quanto ao lapso de tempo de exploração, assegurado à Sociedade consulente, quando o Prefeito Municipal, por ofício de 27 de setembro de 1954, pediu-lhe que removesse para outros locais, que lhe seriam indicados, diversos desses mesmos 'Postos'. Essa medida era inspirada nas razões apontadas nesse ofício. E, como de sua execução adviriam prejuízos, apreciáveis para a consulente, pedia-lhe o Prefeito que, em sua resposta, já formulasse as condições compensatórias, mediante as quais anuiria. Com este objetivo, a Sociedade Abastecedora de Gasolina e Óleos Ltda., após acentuar o alcance dos prejuízos que teria de suportar com a perda dos aludidos 'Postos' e subseqüente construção de outros, propôs ao município uma solução conciliatória. Desistiria de qualquer indenização pelo prejuízo imediato e cessação de lucros, derivados da providência alvitada pelo Prefeito, desde que, unificando-se numa só a mesma data o termo final, para a total reversão de todos os 'Postos' existentes, essa data viesse a ser a 4 de setembro de 1967. Desse modo, a contratante, ora consulente, podia formular cálculo preciso sobre a periódica amortização do capital fixo reversível, ao mesmo passo que o município podia, também, contar com toda a cadeia de 'Postos' e sua organização, para, em tempo certo, explorá-la, por si, ou através de concessionário.

Acolhida essa proposta, impunha-se alterar cláusula do aludido contrato, nela inserindo redação nova, consentânea com o novo ajuste. De posse dessa proposta da consulente, o Chefe do Executivo Municipal, após pareceres favoráveis dos órgãos administrativos, 'aceitou-a irrestritamente'. E, por isso, em ofício de 29 de janeiro de 1955, à Câmara Municipal, não só encarecia a conveniência e justiça da proposta, senão que já submetia ao exame e aprovação da mesma Câmara a minuta de alteração da cláusula contratual, que fixava o vencimento do contrato na data sugerida, isto é, 4 de setembro de 1967.

Após tramitação regular no corpo legislativo municipal, este aprovou a modificação do contrato, nos termos precisos propostos pelo Prefeito, autorizando-o a formalizar a alteração. Isso se deu em 31 de março de 1955, conforme comunicação oficial do presidente da Câmara Municipal ao Prefeito.

Ocorre, porém, que, por motivos vários, dentre os quais as substituições sobrevividas de pessoas na chefia do Executivo Municipal, não foi, até hoje, ou seja, desde 31 de março de 1955, assinada pelos contraentes (Município e Sociedade consulente) a predita alteração contratual. Não foram sequer indicados, e, menos ainda, entregues os novos terrenos ou logradouros públicos, onde deveriam ser construídos os novos 'Postos', que viriam substituir aqueles a serem demolidos. Nada disso se fez, por parte da Prefeitura, apesar das instantes e repetidas solicitações por escrito, que lhe vem fazendo a consulente.

Em face do exposto, e juntando à presente cópias fiéis de todas as peças elucidativas dos fatos narrados, a Sociedade Abastecedora de Gasolina e Óleos Limitada consulta:

a. está ou não substancialmente consumada a alteração da cláusula contratual, nos termos da proposta da consulente irrestritamente aceita pelo município, por seus poderes Executivo e Legislativo?

b. em caso de resposta afirmativa, a demora na simples formalização da aludida alteração contratual, por fato imputável exclusivamente à Prefeitura, poderá ser por esta alegável em detrimento da consulente?

c. poderá a consulente valer-se da ação prevista no art. 1.006 do *Código de Processo Civil*?

*Parecer* — A questão sujeita, nos termos em que é enunciada, supõe se determine previamente se o Prefeito teria, ao solicitar e promover o pronunciamento da Câmara de Vereadores a respeito, manifestado o consentimento da Municipalidade à formação de acordo de vontade contratual.

Dirigir-se o Prefeito à Câmara de Vereadores, a fim de solicitar pronunciamento legislativo acerca da celebração ou alteração de um contrato; sancionar o Prefeito e promulgar e publicar a lei acaso votada a propósito pela Câmara, — nenhum desses atos em princípio pode reputar-se como manifestação do consentimento da Municipalidade para a formação do acordo contratual. São, esses atos, em geral, negócios jurídicos paralelos à proposta ou oferta contratual, à ocasião da qual vieram a efetivar-se. Entre esses negócios jurídicos e o negócio da proposta, ou oferta, falta, porém, o nexu jurídico, capaz de uní-los e integrá-los no contrato. Pontes de Miranda advertiu, agudamente: "o contrato é a concordância de duas declarações de vontade, que produziram, por si sós, negócios jurídicos interintegrativos" (*Tratado de direito privado*, 2 ed., t. III, Rio de Janeiro, 1954, § 251, n.º 8, p. 26). O nexu que não existe, em tal caso, é o que resultaria do encontro no tempo das duas vontades: "comunicação de futura vontade não é manifestação de vontade" (Pontes

de Miranda, obra citada, t. II, Rio de Janeiro, 1954, § 233, n.º 2, p. 456). Todos os negócios jurídicos de direito público apontados são, de regra, simplesmente preparatórios da manifestação de vontade da Municipalidade para a formação do acordo contratual; e, porque a preparam, necessariamente a antecedem, constituindo, pois, apenas, comunicações ou declarações de vontade futura, e não, manifestação do consentimento *in actu*, capaz de encontrar-se no tempo com a da proposta, ou oferta contratual. Kant sinala o encontro de vontades no tempo, para a formação do contrato, como uma recíproca tomada de posse do arbítrio individual de uma parte pelo arbítrio da outra (Immanuel Kant's *Sämtliche Werke*, herausgegeben von J. H. von Kirchmann, t. III, *Metaphysik der Sitten*, Berlin, 1870, § 19, p. 82); e, nesse entrelaçamento simultâneo, porque recíproco, das duas vontades, pelo seu conteúdo atual e presente, está, na verdade, um dos pressupostos essenciais da formação do contrato.

De resto, a questão sujeita não é nova. Rafael Bielsa examinou-a *in hypothesi*, em controvérsia concernente ao Município de Nogoyá, na República Argentina. Assim se exprime a respeito o grande jurista argentino: "*Cuando el poder órgano ejecutivo realiza el trámite reglamentario de la promulgación de la ley u ordenanza, no por eso solo contrata. Aprobar una ley u ordenanza es función colegislativa. La promulgación, pues, no modifica el carácter de acto unilateral de la ley ni la ordenanza que solamente crea derechos y obligaciones cuando el órgano competente o que legalmente debe representar a la entidad y el particular (concessionario, contratista de obra, etc) perfeccionan el contrato con la expresión del consentimiento (in idem placitum et consensus) de las partes, cumpliendo, así, las formas substanciales. La promulgación, sea de una ley, sea de una ordenanza, integra la voluntad del Poder u órgano ejecutivo, pero es siempre la voluntad de una sola parte: la Nación, la provincia o la voluntad interna que solamente obliga a los terceros o administrados cuando ordena o manda tratándose de actos de poder (actos unilaterales); y que obliga a los particulares como contratantes cuando éstos concurren con su voluntad a la formación del acto si se trata de un contrato (actos bilaterales). Esas voluntades y aquí está el quid de la cuestión — deban manifestarse en forma legal y expresa; no basta la manifestación tácita*" (*Derecho administrativo*, 5, ed., t. II, n.º 272, p. 174).

O contrato, de cuja alteração se cuida, é, entretanto, essencialmente, um contrato de arrendamento, — arrendamento de Direito Administrativo, certo, mas arrendamento indubiamente tal.

A propósito, escrevemos já, em parecer, de 6 de dezembro de 1950: Resolveu a Prefeitura Municipal de Porto Alegre criar um sistema próprio de fornecimento a varejo de gasolina e óleo, por meio de aparelhos de subministração, "em postos de serviço, edificados nas propriedades públicas municipais, de uso comum ou dominicais" (art. 1.º, Regulamento expedido com o Decreto n.º 289, de 14 de julho de 1934). O sistema de fornecimento, insituído, pode qualificar-se como próprio da Municipalidade, de vez que

a. distribuído, por iniciativa da Municipalidade, em propriedades municipais, ainda que admitida a concorrência de postos idênticos em propriedades particulares (art. 13, Regulamento citado.)

b. adscrito a regulamentação municipal minuciosa (art. 4º, Regulamento citado), excludente de outra forma qualquer de desenvolvimento da mesma atividade (art. 12, Regulamento citado);

c. produtivo, para a Municipalidade, além da retribuição pela ocupação do solo público, de uma participação na receita bruta da respectiva exploração (art. 5º, Regulamento citado);

d. destinado, após a expiração dos contratos mantidos com particulares para a sua exploração, ou rescindidos aqueles, a reverter, independente de indenização à Municipalidade, no que toca, ao menos, às edificações mais benfeitorias (art. 7º e 11, Regulamento citado).

Certo, o fornecimento ou a venda, a varejo de gasolina e óleo constitui mercancia. Mas, de um lado, à Municipalidade, como às demais pessoas administrativas, não é vedada a atividade mercantil (J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, t. II, 2 ed. Rio de Janeiro, 1933, n.º 125 e 127, p. 101 e seguintes; Russel, *Curso de direito comercial brasileiro*, t. I, 2 ed., Rio de Janeiro, 1928, n.º 155, p. 107 e 108; Vampré, *Tratado elementar de direito comercial*, Rio de Janeiro, s.d., t. I, § 26, IV, p. 114 e 115; etc); e, de outro lado, o propósito que àquela, a moveu a criar o novo sistema, teria a necessidade de substituir o regime, então existente, de fornecimento, "adotando-se outro mais compatível com o desenvolvimento da cidade" (Considerando o Decreto n.º 289 citado), no que se encerra, fora de dúvida, o interesse público (conforme Giorgi, *La Dottrina delle persone giuridiche*, t. II, Firenze, 1891, n.º 97, p. 235 e 236).

Na criação do sistema que resolveu instituir, de fornecimento de gasolina e óleo, a Prefeitura desdobrou em duas linhas de penetração a ingerência da Municipalidade na órbita da iniciativa privada. De um lado, regulou a iniciativa privada, de sorte a coordená-la com o sistema a instituir. É o que os norte-americanos chamam o controle legal: "*in legal method of control the government lays down rules of conduct which business must follow, and then provides for the enforcement of these rules*" (Ford P. Hall, *Government and business*, New York — London, 1939, p. 39). De outro lado, entrou diretamente em concorrência com os particulares, no mesmo gênero de atividade, utilizando os bens de propriedade do Município, como base espacial para a implantação de seu sistema próprio de fornecimento. É o que os norte-americanos chamam *control through government ownership* (Ford P. Hall, obra citada, p. 50).

Quando, portanto, o Regulamento Municipal (Expedido com o Decreto n.º 289 citado), alude a "locação do espaço ocupado", estipulando-lhe como renda "uma importância anual fixa de dois contos de réis (Rs. 2.000\$000), bem como mensalmente... de vinte (20) a quarenta (40) réis, respectivamente, por litro de óleo e gasolina vendido (art. 5, Regulamento citado), do que se trata, evidentemente-

te, não é uma simples locação de imóvel, feita pela Prefeitura ao particular. O que a Prefeitura arrenda, no caso, não é meramente o solo municipal; é, principalmente, a exploração do fornecimento de gasolina e óleo, segundo o sistema criado pela Prefeitura. E tanto é assim que, a par de uma retribuição fixa, módica na quotidade, e assemelhável ao *solarium* romano (conforme Lucci *Del Diritto di superfficie*, Napoli-Torino, 1927, p. 19), a Municipalidade arrecada, pelo mesmo título, uma participação mensal na receita bruta, resultante do fornecimento mesmo.

Nem a expressão 'locação' briga com esse conceito da relação jurídica, a estabelecer-se, com tal endereço, entre a Municipalidade e o particular. *Conductores, ad instar da locatio conductio*, eram os publicanos ou contratadores de impostos no direito romano (*Digesto*, lib. XXXIX, tit. IV, de publicanis, fr. 12, § 3). "arrendatários das Rendas Reais", no nosso velho direito (Almeida e Souza, *Tractado práctico do processo executivo summario*, Lisboa, 1817, § 105, p. 89).

A qualificar, porém, contrato de tal natureza como locação, seria de incluí-lo sob a rubrica da *censoria locatio* romana, na qual, igualmente, mais que o solo, o que se arrendava era o direito a fruir a retribuição, devida pelos que se encontravam na posse e exploração do solo mesmo (conforme G. Humbert, *Dictionnaire des antiquités grecques et latines* (de Daremberg et Saglio), Paris, s.d., t. I, parte II, verb. *censoria locatio*, p. 1001). Aqui, também, o que se arrenda não é somente o solo, mas, principalmente, o proveito da exploração do fornecimento de gasolina e óleo, segundo o sistema instituído pela Prefeitura.

Trata-se, na verdade, de uma transferência, feita pela Prefeitura ao particular, de um tipo de atividade, incumbido, pela criação do novo sistema de fornecimento, à iniciativa municipal em concorrência com a iniciativa privada. Não se trata, sem embargo, de um serviço público. Vender gasolina e óleo, a varejo não constitui atividade, suscetível de caracterizar-se como serviço público, ao menos entre nós (conforme Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3 ed., Berlin, 1931, § 23, p. 526).

A relação, de que se cuida, não se purifica, pois, à que deflui da concessão de serviço público. O contrato que a estabelece, deve, entretanto, parece-nos, classificar-se como contrato de direito administrativo. Por esse contrato, a Municipalidade transfere ao particular o exercício de uma atividade, a qual, embora mercantil, nem por isso torna mercantil a pessoa administrativa que resolveu exercitá-la (conforme La Torre, *Elementi di diritto amministrativo*, t. III, Padova, 1937, p. 79 e seguintes Lentini, *Instituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1939, t. I, n.º 5, p. 16; etc.), nem qualifica como mercantil a mesma resolução que conduz ao seu exercício (Cino Vita, *Diritto amministrativo*, Torino 1937, t. I, n.º 72, p. 279).

Ora, se a pessoa administrativa não se desnatura, comercializando-se, pelo exercício de atividade mercantil; se o ato legislativo ou administrativo, pelo qual essa atividade foi determinada ou autorizada não se transforma *eo ipso* em ato de comércio antes conserva

a sua natureza publicística, visto é, e claramente visto, que a transferência pura e simples dessa iniciativa ao particular há de caber também nos lindes do direito público, nomeadamente do direito administrativo. De uma parte, a pessoa administrativa não se modifica em sua natureza pelo exercício de atividade mercantil. De outra parte, objeto da resolução que lhe determina ou autoriza essa atividade, é meramente o criar-lhe aos órgãos executivos, a competência, de que, aliás, careceriam para tais matérias. Objeto, enfim, do contrato, pelo qual a iniciativa se transfere ao particular, não mais é, à sua vez, senão a realização, legalmente prevista, de uma das virtualidades daquela competência, a saber, a virtualidade de exaurirem-na, em cada caso, os órgãos executivos, *primo actu*, sem executar-lhe o conteúdo, pela transferência, precisamente, da iniciativa ao particular. Trata-se, assim, nas duas hipóteses, de atos jurídicos de uma pessoa administrativa, cujos efeitos se concretizam pela prestação de fatos, que inequivocamente reparam o exercício de atividade administrativa *qua talis*: ali, a criação de uma competência; aqui, a exaustão dela *in hypothesi*, sem execução de seu conteúdo, pela transferência da iniciativa ao particular. Mais não é preciso pôr, a fim de que contratos de tal natureza hajam de connumerar-se entre os contratos de Direito Administrativo (conforme o nosso *Os contratos do Estado e o direito administrativo*, Justiça, t. XXII, Porto Alegre, 1943, p. 5 e seguintes).

Não mudamos de opinião acerca do conceito e natureza do contrato, de que se cuida. Manifesta é a afinidade de sua estrutura com o arrendamento (*affermage*) das taxas municipais de ocupação de bancas (*stalles*) nas *halles* e nos mercados públicos franceses (conforme G. Pêquignot, *Des Contrats administratifs*, Paris, 1954, *Les Contrats de l'administration*, n.º 79, p. 14), sublinhada essa afinidade pela circunstância de que aquelas taxas, segundo a jurisprudência do Conselho de Estado, podem ser proporcionais ao valor da mercadoria vendida (De Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1953, n.º 1531, p. 789).

A situação jurídica que se nos depara *in hypothesi*, reproduz o *agrum fruendum locare* da antiga *ensoria locatio* (G. Humbert, *loc. cit.*), ou seja, revela-se análoga ao arrendamento de rendas públicas do direito romano, delineada, pois, segundo a estruturação publicística dessa *ensoria locatio*, pela qual a locação do direito privado vem, afinal, a modelar-se, — “*die das Muster auch der privatrechtlichen geworden ist*”, na expressão de Mommsen (*Römisches Staatsrecht*, t. I, parte I, Leipzig, 1887, nota 1, p. 458). Como locação, o arrendamento das rendas públicas entende-se que configura um *locatio rei* (Mommsen, obra citada, t. I, parte I, p. 441), dela gerando-se, porém, uma relação publicística, inteiramente alheia ao direito privado (Kasser, *Römisches Privatrecht*, t. I, München, 1955, § 132-2, nota 19, p. 472), sem embargo de que sobre as múltiplas figuras de *ensoria locatio* (conforme Jors, Kunkel, Wenger, *Römisches Recht*, Berlin, 1949, § 146, nota 5, p. 237; Sohm, Witteis, Wenger, *Institutionen des römischen Privatrechts*, Berlin, 1949, § 71, nota 15, p. 433; Kasser, obra citada, t. I, § 132-2, p. 471), veio a formar-se a concepção unitária do contrato de locação, segundo o direito privado romano. Matéria de locação é, nessa espécie, e fruição, —

'frui' é o termo, pelo qual o arrendamento de rendas se caracteriza (Mommssen, obra citada, t. I, parte I, nota 1, p. 441), — a fruição das rendas, objeto da locação, as quais, a seu turno, representam retribuição da fruição direta da coisa rentável, corpórea ou incorpórea, singular ou coletiva.

No caso vertente, coisa rentável é o serviço de fornecimento, a varejo, de gasolina e óleo, criado pela Municipalidade, enquanto asentado e operante sobre solo municipal. O que a Municipalidade arrenda são as rendas desse serviço, — e, aqui, a discrepância de pormenor com a "*affermage des taxes d'occupation des halles et marchés*", — conjuntamente com o próprio solo municipal, sobre o qual as unidades operativas do serviço se prevê que sejam instaladas para funcionamento. A exploração do serviço criado pela Municipalidade supõe a utilização de solo municipal. A Municipalidade, conseqüentemente, arrenda o solo municipal, indispensável à exploração do serviço, e arrenda, do mesmo passo, por igual, as rendas deste, que somente a ela, à Municipalidade mesma, como criadora do serviço e senhora do solo, por isso mesmo, primariamente caberiam.

A figura jurídica correspondente é, no direito pátrio, a do arrendamento. Ao arrendamento de rendas reais, somente cláusula legislativa especial impede se aplique incondicionalmente a regra da remissão da pensão, à ocorrência de caso fortuito (Mendes de Castro, *Practica Lusitana*, Conimbricæ, 1680, t. II, lib. IV, cap. 8, n.º 40, p. 226; Macedo, *Decisiones*, Conimbricæ, 173, dec. 86, p. 284 e seguintes; Almeida e Souza, obra citada, Dissertação em apêndice, § 1.º, p. 175, § 87, p. 249). Aplica-se-lhe, igualmente, com limitações de feição excepcional, a regra de que o direito do arrendatário contra terceiros finda, findo o prazo do contrato (Almeida e Souza, obra citada, § 119, p. 97). Enfim, a arrendatário de rendas não se reputa investido, nessa qualidade, de dignidade pública, ou poder estatal; ao contrário, o nobre, como tal, nos casos de prisão, gozava, quanto às causas civis, do benefício da menagem, salvo, porém, se fosse arrendatário de rendas reais, — "*nisi ipse fuerit conductor tributorum regis*" (Mendes de Castro, obra citada, t. I., lib. V, cap. 1, n.º 18 p. 172). Por isso mesmo, enumerando os privilégios da Fazenda Real, que as leis pátrias haviam como concedidos aos arrendatários das rendas reais, Almeida e Souza acrescenta: "confesso que não sei discorrer como a estes rendeiros se possam comunicar os mais favores da Fazenda Real...; não é pouco comunicarem-se-lhes os privilégios e favores, que lhes tenho sustentado" (obra citada, § 107, nota, p. 90 e 91). Como arrendamento, refere-se, aos contratos sobre rendas públicas, Teixeira de Freitas (*Consolidação das leis civis*, 3 ed., Rio de Janeiro, 1876, nota 11 ao art. 657, p. 439; art. 1276, p. 745), e aos arrendatários de rendas públicas, aludem, pela tradicional designação de 'rendeiros' ou 'contradores de rendas', não só o Decreto n.º 169 A, de 19 de janeiro de 1890 (art. 3, § 1), como o nosso mesmo *Código Civil* (art. 827, V).

Descabe, entre nós, portanto, diante desta uniforme tradição, a opinião recente que intenta descobrir, nos contratos dessa natureza, a figura da concessão de serviço público (conforme Santi Roma-

no, *Princípio di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912, n.º 162, p. 195; Jèze, *Les Principes généraux du droit administratif*, t. III, Paris, 1926, p. 500; etc).

Se de arrendamento se trata, entretanto não poderia ter o Prefeito no caso, aceito a proposta, ou oferta, da co-contratante para alteração do contrato vigente. Nem poderia, de resto, o Prefeito, aceitá-la, quaisquer que fossem as circunstâncias. Na verdade, em se tratando de arrendamento de bens municipais, a competência para decretá-lo é da Câmara de Vereadores, e não do Prefeito. Lê-se no art. 154 da *Constituição do Estado*: "São atribuições da Câmara Municipal... (VII) decretar, pelo voto da maioria dos vereadores, o arrendamento, o aforamento ou a venda de próprios municipais". A essa disposição da Constituição do Estado, corresponde a do art. 32, VI, da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre, em termos idênticos.

Decretar, significa que a Câmara de Vereadores, e não o Prefeito, embora com a sanção deste (art. 32, Lei Orgânica do Município de Porto Alegre) declarará, prevalente e decisivamente, naquelas matérias, a vontade da Municipalidade. Com essa acepção, a expressão depara-se nos artigos 8.º, 9.º, 10, 15, 19, 21, 28 II.º, 87 XIII da *Constituição Federal* e 6.º, 7.º, 12, 13, 46, XXI, 87, XIII, da *Constituição do Estado*. A denominação 'decreto legislativo' aplica-se, de resto, precisamente, às declarações de vontade sem conteúdo normativo, — "medidas de caráter administrativo ou político, de interesse individual e transitório" (art. 40, Decreto n.º 3191, de 7 de janeiro de 1891).

Vinha-lhes, às Câmaras Municipais, essa competência do art. 44 da Lei de 1.º de outubro de 1828, no qual se explicita que "estes contratos poderão as Câmaras celebrar por deliberação sua". Salva a competência da Assembléia Legislativa Provincial. (art. 10, § 5, Ato Adicional), estendia-se, nesse endereço, a competência das Câmaras, de acordo com a tradição (conforme Borge Carneiro, *Direito civil de Portugal*, Lisboa, 1867, t. III, § 316, p. 260 e 261), virtualmente ao menos, ao arrendamento das rendas Municipais (conforme Lafayette, *Direito das coisas*, Rio de Janeiro, 1877, t. II, § 203, n.º 5, p. 139 e 140). A *Constituição do Estado*, na organização manteve às Câmaras essa competência tradicional.

De passagem, ocorre elucidar-se que "próprios municipais" são todos os bens, de propriedade ou do patrimônio da Municipalidade, por oposição aos antigos baldios ou maninhos, característicos do município lusitano, de co-propriedade dos "moradores ou munícipes de cada povoação" (conforme Teixeira de Freitas, obra citada, art. 61 e nota 39, p. 68). Inteiramente alheia à noção de próprios municipais, é a conceituação de próprios nacionais. Nessa expressão, podem compreender-se, igualmente, todos os bens, de propriedade ou do patrimônio da Nação (Pereira do Rego, *Elementos de direito administrativo brasileiro*, Recife, 1860, § 261, p. 208). Distinguindo-os, porém, dos bens que pertencem à Nação, somente porque é nação soberana e independente", chama-se "próprios nacionais", "especialmente aos bens de raiz... que a Fazenda Nacional adquire por diferentes títulos, em virtude de lei ou de contra-

to" (Pereira do Rego, obra citada). Próprios municipais, ao revés, são todos os bens, de propriedade da Municipalidade, isto é, os que (lhe) constituem o patrimônio, com objeto de direito pessoal ou real" (art. 66, III, *Código Civil*).

A competência da Câmara de Vereadores, para decretar o arrendamento de bens municipais, corpóreos ou incorpóreos, singulares ou coletivos, além de requerer a sanção do Prefeito (art. 32, Lei Orgânica do Município de Porto Alegre), ato colegislativo, não exclui a redução ulterior do contrato, pelo Prefeito, a instrumento público ou particular (art. 158, VII, *Constituição do Estado*; art. 64, VII, Lei Orgânica do Município de Porto Alegre). Ao Prefeito não competirá, porém, declarar novamente a vontade da Municipalidade, senão documentar a declaração anterior de vontade, de competência da Câmara, e o contrato, daquela declaração resultante. A declaração de vontade, — observa egregiamente Emílio Betti, — é essencialmente um evento psíquico, ao passo que a documentação, um evento físico, destinado tão-somente a fixar, de modo permanente, a representação verbal ou figurativa do evento psíquico (*Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, n.º 13, p. 89). Solução análoga, menos justa, contudo, é a segundo a qual "*la stipulazione formale del contratto coincide sostanzialmente, in tal caso, con quel fenomeno che nel diritto privato è indicato con il nome di riproduzione del negozio giuridico, e cioè di nuova dichiarazione di volontà emessa dagli stessi soggetti e che ha la stessa natura ed il medesimo contenuto della dichiarazione precedente*" (Cianflone, *L'Appalto di opere pubbliche*, Milano, 1950 n.º 231, p. 282 e 283).

A documentação, enquanto fase distinta da declaração da vontade, depara-se-nos nitidamente definida, quanto à *stipulatio* romana, — acordo de vontades puramente oral, válido, ainda que celebrado sem testemunhas, mas, sem embargo, desde os primeiros tempos da República, reduzido posteriormente a escrito (Schulz, *Classical Roman law*, Oxford, 1951, n.º 807, pag. 475).

Quanto aos contratos solenes, porém, a Câmara e não o Prefeito, antes de consumada a documentação deles, poderá arrepender-se, salva as limitações legais, "ressarcindo... as perdas e danos resultantes do arrependimento" sem prejuízo do prescrito acerca das arras (art. 1088, *Código Civil*). Fora dessa hipótese, o contratante da Municipalidade terá indubitamente direito à documentação do contrato, concluído por manifestação originária da Câmara de Vereadores, — direito tão líquido e certo como o direito do acionista, perante a sociedade anônima, à entrega dos títulos ou certificados a serem emitidos pela sociedade, correspondentes às ações de propriedade dele (conforme Wieland, *Handelsrecht*, t. II, Die Kapitalgesellschaften, München M. Leipzig, 1931, p. 194), pelos quais se documentem a sua qualidade jurídica e os seus direitos como acionista (conforme J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, 2 ed. VIII, n.º 1051, p. 412).

Diante do exposto, passamos a responder às questões formuladas.

À primeira. Sim, pelos motivos aduzidos na exposição prece-

dente e nos termos desta. A resolução legislativa, aprovando a alteração contratual proposta, declarou ser perfeita e acabada a vontade da Municipalidade a respeito. A autorização ao Prefeito para assinatura do instrumento correspondente toca tão somente à documentação do contrato.

À segunda. Não. "*Neque enim debet nocere factum alterius ei qui nihil fecit*" (*Digesto*, lib. XXXIX, tit. I, fr. 5, § 5). Devem ser ressalvadas, entretanto, as conseqüências jurídicas do fato, alheias à influência da culpa.

À terceira. Não, pelos motivos aduzidos na exposição precedente. A ação cabível, endereçar-se-ia a alcançar a documentação do contrato celebrado, nos termos da exposição.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 14 de agosto de 1958.

## Concorrência pública

### — natureza jurídica

Em termos empíricos, pela concorrência pública pretende a administração, eleger o co-contratante e fixar *in hypothesi* o conteúdo de contrato determinado, que, *in thesi*, já deliberara celebrar. Em termos jurídicos, com a concorrência pública, formula, a administração, um convite público a propostas de contrato ou, seja, uma *invitatio ad offerendum*.

Não suscita, o convite público a propostas de contrato, a obrigação de contratar. Voet (J.) negava já se criasse, para alguém, a obrigação de vender, — "*etiamsi forte res suas tanquam venales jam proscrisisset*" *Commentarius ad Pandectas*, Venetiis, 1775, ad lib. XVIII, tit. I, n.º 3, p. 440). "Os indivíduos — advertiu Planiol — que estacionam em lugares nos quais, segundo o uso, se vêm obrigados a contratar criados ou operários, não fazem a ninguém oferta precisa e se reservam plena liberdade de escolher a parte com a qual tratarão" (*Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, 1926, n.º 971, p. 352). Reversamente, como observou Pontes de Miranda, quem anuncia "querer uma criada" não está obrigado a contratar com qualquer das candidatas que se apresentarem, ainda que responda às condições acaso indicadas no anúncio (*Da Promessa de recompensa*, n.º 57, *Manual do Código Civil Brasileiro*, de Paulo de Lacerda, t. XVI, p. II, *Manual do Código Civil Brasileiro*, de Paulo de Lacerda, t. XVI, p. II, Rio de Janeiro, 1927, p. 156). Analogamente, uma empresa industrial que solicita propostas para o levantamento de um empréstimo não está obrigada a perdas e danos pelo fato de haver recusado qualquer das que lhe tenham sido apresentadas (J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, 2 ed., t. VI, p. I, Rio de Janeiro, 1934, n.º 550, nota 2, p. 466 e 467).

Da peculiar natureza jurídica da concorrência pública, como *invitatio ad offerendum*, resulta que pudesse Gaston Jèze haver asseverado reduzir-se, ela, substancialmente, a um fato, a um fato preparatório do contrato (*Revue de droit public*, t. XXIII, Paris, 1906, p. 672). Mais nitidamente definiu, porém, Pequignot a feição jurídica da concorrência pública, como *invitatio ad offerendum*, com a qual se alcança " pôr em presença da administração a empresa que lhe ofereça condições mais favoráveis", a fim de que, com ela, a administração contraça, "se perseverar (esta) em sua intenção de contratar" (*Des Contrats administratifs*, Paris, 1954, *Conclusion des contrats de l'administration*, n.º 172, p. 20). O acesso à concorrência pública é, fora de dúvida, quando menos, uma oferta de preços (De Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. I, n.º 283, p. 287).

A *invitatio ad offerendum* não é, entretanto, predominantemente, um fato, ou um procedimento técnico. Não é, como pensou Neumond, o conteúdo normal da oferta ao público, por oposição às ofertas *ad incertam personam* (*Der Automat, Archiv für die civilistische Praxis*, t. 89 Freiburg i. B., 1899, p. 182), senão, simplesmente, "impulso para a conclusão do contrato" (Cosack, *Lehrbuch de deutschen bürgerlichen Rechts*, t. I, Jena, 1903, § 58, p. 173), "comunicação de vontade", "ato jurídico *stricto sensu*" (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. II, Rio de Janeiro, 1954, § 235, n.º 10, p. 471); e, quando obrigatória, por lei ou convenção, *conditio sine qua* da eficácia de contrato que venha a seguir-se-lhe. Tal é, hoje, por exemplo, entre nós, o efeito da *invitatio ad offerendum, ad certam personam* (art. 313, *Código de Processo Civil*), quando decorrência obrigatória do pacto de preferência, no contrato de compra e venda (art. 1149, *Código Civil*), e de *invitatio ad offerendum* se cuida, já que antes, ao menos, de exercida a prelação, ao vendedor, anuindo o comprador, é lícito desistir da venda (Kayser, *Vorkaufrecht, Holtzendorff's Rechtslexikon*, t. III, Leipzig, 1881, p. 1173). Na verdade, a ordem jurídica não se manifesta, apenas, quando já envolvida em direitos formalmente concretos, senão também já quando algo de jurídico emerge, capaz de influenciar sobre a formação futura de um direito (Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, Berlim, 1906, p. 152).

O procedimento jurídico em que a concorrência pública consiste, conseqüentemente, ou será regulado, precisa e minuciosamente pelo direito administrativo, ou se este o não regular, ou no em que o regular, há de regular-se pela normação jurídica concernente à *invitatio ad offerendum*, de que a mesma concorrência pública é expressa. Aplicar-se-ão, portanto, à formação dos contratos administrativos, mediante concorrência pública, — salva regra específica de direito administrativo, — os princípios jurídicos, reguladores da formação dos contratos em geral. De modo particular, aplicar-se-ão à formação dos contratos administrativos, mediante concorrência pública, as regras jurídicas, pertinentes à formação dos contratos entre ausentes. A esse ensejo, a administração pública, de feito, só criar-se, a si própria, embora presente a posição do ausente, — anomalia que, se é aqui legal e regulamentar, poderia ser, aliás, convencional (E. Brodmann die Handelsgeschäfte, *Allgemeine Grundsät-*

ze Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelrechts, t. IV, p. II, Leipzig, 1918, § 3, p. 14). A recepção das propostas opera-se, quase universalmente, pelo ministério, — *ministerium tantummodo* (*Digesto*, lib. XIII, tit. V, de pecunia constituta, fr. 15), — de um anúncio, servidor, ou *litterarum minister*, que é a comissão ou autoridade designada para presidir à concorrência, e a essa, tocará inteirar o órgão competente do conteúdo das propostas, previamente classificadas segundo a gradação aritmética dos preços oferecidos.

Nos contratos entre ausentes, dois momentos são de importância capital: (a) o da emissão da proposta, a partir do qual se torna, esta, obrigatória (art. 1080, *Código Civil*); e (b) o da recepção da proposta, a contar do qual se torna, esta, irratratável (art. 1081, IV, *Código Civil*). Completa-se a emissão da proposta, quando o proponente se tem despojado ou separado dela, para que chegue ao destinatário: "*elle est réalisée dès que l'expéditeur a mis en oeuvre le procédé de transmission choisi par lui, en se dessaisissant de la déclaration*"; compete-se a recepção da proposta, quando perfeito e acabado o processo, pelo qual a proposta há de ser colocada em poder do destinatário: "*la réception est la conclusion définitive, si l'on peut dire, des procédés choisis par l'expéditeur*" (Saleilles, de *La Déclaration de volonté*, Paris, 1929, n.º 14, p. 128; n.º 10, p. 125). Quando um núncio, ou servidor, é utilizado, *ex parte accipientis*, a recepção somente se completa com a entrega, àquele, da proposta, oral ou escrita (conforme Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. II, Rio de Janeiro, 1954, 313, n.º 7, p. 267).

Pode, certo, estabelecer a lei que a proposta de contrato seja irratratável desde a emissão. Regra jurídica específica assim dispõe, *exempli gratia*, na França, acerca das propostas de contrato emitidas com endereço a concorrência pública (De Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, t. I, n.º 283, p. 287; Georgin, *Cours de droit administratif*, t. III, Paris, 1952, p. 261; Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, 1945, p. 226). Na ausência, porém, de regra jurídica, especial, somente a recepção da proposta a torna irratratável. Assim, a Corte Suprema do Uruguai, a 4 de abril de 1914, decidiu, a respeito, que "*todo concurrente a una licitación tiene perfecto derecho a la inalterabilidad de las propuestas de los demás, una vez que se ha procedido a su presentación y apertura*" (Sayagues Laso, *La Licitación pública*, Montevideo, 1940, n.º 95, nota 2, p. 137), sinalando, expressivamente, o complemento da recepção, através da abertura, da perceptibilidade do conteúdo das propostas. Na Itália, tradicionalmente, também somente a ocasião de completar-se a recepção das propostas, ou, seja, a *apertura dell'asta*, do contraste competitivo, é que as propostas apresentadas ou enviadas se reputam irratratáveis: *l'apertura dell'asta, segna un momento importante nella procedura d'incanto, poichè, dopo la relativa dichiarazione, le offerte mandate o presentate non possono essere più ritirate*" (Cianflone, *L'Appalto di opere pubbliche*, Milano, 1950, n.º 199, p. 252; conforme Cuneo, *Appalti di opere pubbliche*, Milano, 1914, n.º 37, p. 59).

Regem, entre nós, a concorrência pública, além de disposições especiais esparsas (e. g., o Decreto n.º 41.019, de 26 de feverei-

ro de 1957. Art. 73 e seguintes), o *Código de Contabilidade da União* (Decreto Legislativo nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922) e o *Regulamento Geral de Contabilidade Pública* (Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922), ambos aplicáveis, nesse particular, à administração do Rio Grande do Sul, por força do art. 42 do *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*, anexo à *Constituição Estadual*. Nessa disposição constitucional transitória, prescreve-se observe a administração estadual as normas jurídicas que disciplinam a contabilidade pública da União "quanto... à realização das despesas". À sua vez, o *Código de Contabilidade da União* (art. 49) determina que "ao empenho da despesa deverá preceder contrato, mediante concorrência pública, ... para fornecimentos, embora parcelados, custeados por créditos superiores a Cr\$ 5.000,00" e "para execução de quaisquer obras públicas de valor superior a Cr\$ 10.000,00", regulando, ao demais (arts. 50 e 51), o procedimento administrativo em que a concorrência pública há de consistir.

A disciplina jurídica da concorrência pública, entre nós, caracterizando-a, embora, e inequivocamente, como *invitatio ad offerendum*, limita, entretanto, a liberdade de contratar da administração, quando se utilize, ela, desse procedimento jurídico: (a) não lhe permitindo, efetuada a concorrência, desistir do contrato, *in thesi* deliberado, senão suposta justa causa, expressa em ato motivado (art. 51, § 4, *Código de Contabilidade da União*; art. 740, *R. G. C. P.*), quer se trate de desistência, definitiva, quer se cuide tão somente de desistência à oportunidade (art. 755, *R. G. C. P.*); (b) não lhe permitindo outra escolha, dentre os concorrentes, salvas razões de preferência especial *ab initio* anunciadas (art. 755, *R. G. C. P.*), senão a resultante do confronto entre os preços oferecidos (art. 743, *R. G. C. P.*). Não obrigando, porém, a administração a contratar, ainda que lhe reclame a motivação dessa decisão, e justa causa para tanto, a disciplina jurídica da concorrência pública, entre nós, insere-a, fora de dúvida dentro dos lindes característicos da *invitatio ad offerendum*. Justa causa para não contratar é, nesse caso, o interesse público, o mesmo interesse público atendendo ao qual se permite à administração, encerrada a concorrência e celebrado o contrato a que se endereçava, ela, "abster-se de tornar exequível" o mesmo contrato, "embora... regular" (art. 788, *R. G. C. P.*). Trata-se, pois, meramente de limitação ao conceito de *invitatio ad offerendum*, posta pelo direito administrativo, em obediência ao princípio fundamental, segundo o qual "*l'activité des agents publics, l'exercice de leur compétence ne peuvent avoir pour motif déterminant que le bon fonctionnement des services publics*" (Jèze, *Les Principes généraux du droit administratif*, t. III, Paris, 1926, p. 218 e 219). Análoga pela inspiração, a limitação da escolha, dentre os concorrentes, salva preferência especial *ab initio* anunciada, ao só critério do contraste entre os preços oferecidos.

A fim de significar que pode a administração *ex justa causa* desistir do contrato, para celebração do qual abriu concorrência pública, o *Código de Contabilidade da União* — CCP (art. 51, § 4) emprega a expressão "anular qualquer concorrência". Não se faça cabe-

dal dessa expressão, ao propósito de interpretar a disposição legislativa, como se cogitasse, ela, da invalidação da concorrência pública, por defeito jurídico ingênito. O sentido técnico da expressão 'anular', na linguagem jurídica, não é somente esse: anula-se o título cambiário, quando extraviado ou, total ou parcialmente, destruído (art. 36, Decreto legislativo nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908); anula-se o título ao portador, de que o proprietário foi desapossado por motivo estranho à sua vontade (art. 1, Decreto nº 149 B, de 2 de julho de 1893; conforme Tullio Ascarelli, *Teoria geral dos títulos de crédito*, São Paulo, 1943, p. 241). Anular a concorrência pública significa torná-la sem efeito, como anular o título cambiário ou o título ao portador significa, por igual, torná-los sem efeito, — *ex justa causa* certamente, mas, justa causa alheia à ordem jurídica. Com essa mesma acepção metajurídica, de resto, a noção de justa causa depara-se-nos como excludente da mora, na doutrina das obrigações: "*valetudine... aut alia justa ex causa*" (*Digesto*, lib. IV, tit. VIII, de receptis, fr. 23, § 1).

Adotando a estrutura da *invitatio ad offerendum* e a normação dos contratos, por escritos, entre ausentes (art. 748, *R. G. C. P.*), a disciplina jurídica da concorrência pública, em nosso país separa e discrimina a admissão à concorrência, mediante a apresentação ou depósito das propostas e da documentação habilitante correlata, "para poderem os proponentes ser admitidos à concorrência" (art. 745, d, *R. G. C. P.*), e a recepção das propostas propriamente tal (art. 747, *R. G. C. P.*). Somente se opera a recepção das propostas depois da solenemente aberta a concorrência: "no dia e hora estabelecidos no edital de concorrência, a autoridade que a presidir declarará a mesma aberta, e passará a receber as propostas" (art. 747, *R. G. C. P.*). A apresentação das propostas e da documentação habilitante pode ser, porém, consideravelmente anterior à recepção: as propostas podem ser remetidas, através dos Correios (art. 751, *R. G. C. P.*), ou trazidas, com antecedência, à mão dos concorrentes, ou meros portadores, — pelo que se reclama e somente pelo que, se pode reclamar sejam entregues 'lacradas' (art. 748, *R. G. C. P.*), isto é, invioladas, à autoridade que presidir à concorrência. A entrega, pois, de proposta, antes da abertura solene da concorrência (art. 747, *R. G. C. P.*), importa simplesmente o depósito daquela. A recepção somente poderá operar-se depois de aberta solenemente a concorrência.

Nenhum relevo merece, quanto a descaracterizar o simples depósito, a circunstância de que a proposta seja entregue à própria autoridade encarregada de presidir à concorrência, se a entrega se faz antes da abertura solene daquela. O processo de transmissão da proposta, escolhido, querido ou aceito pelo emissor, somente por este pode ser substituído, ou mudado. Saleilles sinalou, ao ensejo: "*ainsi, qu'une lettre cachetée soit confiée à un messenger qui la perde en route, si ce dernier, grâce à la transparence du papier, avait lu le contenu du message et qu'il rapport au destinataire les termes mêmes de la déclaration, il n'y a pas réception; car cette arrivée à destination ne se fait pas par le moyen voulu de l'expéditeur*" (*De La Déclaration de volonté*, Paris, 1929, nº 20, p. 133 e 134). Nem em se tra-

tando de procedimento administrativo poderia ter o mesmo acordo de vontade, a tal respeito, entre o concorrente e a administração, eficácia para tolher a aplicação das disposições legais e regulamentares atinentes, salvo norma permissiva específica (Jèze, *Les Principes généraux du droit administratif*, g. III, Paris, 1926, p. 209).

Ao consumir-se a recepção, depois da abertura solene da concorrência (art. 747, *R.G.C.P.*), as propostas apresentadas podem ser retratadas, nos termos do art. 1081, IV, do *Código Civil*. Até esse momento conseqüentemente, podem ser corrigidas, se erros contiverem aditadas ou, por outra forma, modificadas, guardada a forma especial, prescrita para a elaboração e apresentação das propostas originais.

Da exposição que acompanha a consulta infere-se: (a) que a comissão encarregada da concorrência pública de que se cuida acolheu as propostas dos concorrentes, meramente em depósito, pois que as acolheu anteriormente à abertura solene da concorrência; (b) que a abertura solene da concorrência somente ocorreu, depois de verificada a idoneidade dos concorrentes; (c) que, aberta solenemente a concorrência a consulente, em envelope lacrado, tanto que a comissão recusou a recepção (melhor diria: a admissão) de algumas dentre as demais propostas, apresentou complemento à proposta que precedentemente apresentara.

Nada há de anômalo na entrega das propostas pelos concorrentes, em depósito, antes da abertura solene da concorrência (ver acima). À sua vez, a verificação da idoneidade dos concorrentes não é materialmente indispensável que suceda à recepção das propostas; pode antes reputar-se requisito para a só admissão à concorrência (art. 745, d., *R.G.C.P.*). Na elencação do art. 51 do *Código de Contabilidade da União — CCP*, de resto, às reclamações acerca da idoneidade dos concorrentes se alude em parágrafo anterior (§ 2) àquele em que se faz referência à recepção das propostas, propriamente tal: "as propostas serão entregues, lacradas, abertas e lidas, diante de todos os concorrentes". Aberta, porém, solenemente a concorrência, e declarado pela comissão que não deveriam ser 'recebidas' (ou, melhor, admitidas) algumas das demais propostas entregues, a consulente, sem mais detença, apresentou, guardada a forma prescrita, complemento à sua proposta original, usando da faculdade, que lhe cabia, de retratar-se (art. 1081, IV, *Código Civil*), e dela usando antes de se haver consumado a recepção da mesma proposta original. Em tais circunstâncias, o comportamento, à ocasião, da consulente mostra-se, de todo em todo, conforme ao direito.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 8 de dezembro de 1960.

# Concorrência pública

## — obrigatoriedade

São aplicáveis à administração do Estado do Rio Grande do Sul "as disposições das leis de contabilidade pública da União, quanto à arrecadação das receitas, à realização das despesas e à responsabilidade no emprego do erário e na guarda dos dinheiros públicos" (art. 42, *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*, anexo à *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul*).

Inclui-se no *Código de Contabilidade Pública da União — C.C.P.* (Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922), a disciplina legal da concorrência pública como integrativa do processo ou regime legal da despesa pública (cap. IV; conforme art. 50 e 51 *C.C.P.*). Como parte, pois, do regime federal de realização da despesa, a disciplina jurídica da concorrência pública adotada pela União, aplica-se, fora de toda a dúvida, à administração estadual do Rio Grande do Sul.

A invocada regra constitucional transitória é, na verdade um "preceito em branco", a ser materialmente preenchido pelo ordenamento federal a que remete (Santi Romano, *L'Ordinamento giuridico*, Firenze, 1951, § 40, p. 177), remissão, de resto, não incomum nas organizações federativas, a qual, no caso, incorpora, em bloco, toda a regulação federal da matéria, presente ou futura, ao ordenamento jurídico estadual (W. Jellinek, *Gesetz und Gesetzanwendung*, Tübingem, 1913, § 5, p. 95).

À sua vez, advertiu excelentemente Aliomar Baleeiro: "Do ponto de vista financeiro... o fato (da concessão de serviço público) assume caráter de operação de crédito, porque o concessionário adianta os fundos necessários ao investimento e cobra-se deles e dos juros pelo lucro da exploração" (do serviço) (*Uma introdução à ciência das finanças*, Rio de Janeiro, 1955, t. I, nº 98, p. 143). O produto dessa operação de crédito, em favor do Estado, é, porém, diretamente aplicado pelo concessionário à execução do serviço concedido e, (obra citada, I, nº 49 p. 68), não exclui a essência mesma da despesa estatal, que é "o emprego de dinheiro para objetivos públicos" (Aliomar Baleeiro, obra citada, t. I, nº 47, p. 66).

Se, portanto, de conformidade com o *Código de Contabilidade Pública da União — C.C.P.*, "ao empenho da despesa deverá preceder contrato mediante concorrência pública" (art. 49) *a fortiori* a concorrência pública deverá preceder o contrato, quando este envolver despesa *lato sensu* que, por independente do processo da despesa pública, prescindirá de empenho.

A concorrência pública, como antecedente necessário da concessão de serviço público, depara-se-nos já na primeira lei brasileira sobre obras públicas, — a Lei de 29 de agosto de 1928. Prescrevia-se nesta que "aprovado o plano... imediatamente será a sua constru-

ção oferecida a empresários por via de editais públicos e, havendo concorrentes, se dará preferência a quem oferecer maiores vantagens" (art. 5º). Analogamente, dispunha-se na *Constituição rio-grandense, de 1891*: "Nos serviços e obras do Estado, será adotada a concorrência pública, sempre que for possível" (art. 71 § 21). A *Constituição Estadual, de 1935*, manteve a enunciação (art. 126 n.º 30). Diga-se, de passagem, que a cláusula "sempre que for possível" não destrói a vinculatividade do preceito, de vez que a impossibilidade *in hypothesi* da concorrência é fato suscetível de verificação meramente material, que não supõe liberdade ou discricção da administração no apreciá-lo (conforme Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, Paris, 1943, p. 78 e seg.). Com esse conteúdo, o preceito de 1891, incorporado à legislação ordinária do Estado pelo Decreto n.º 2.432, de 14 de julho de 1919 (art. 123), revigorado pelo Decreto n.º 7.340, de 28 de junho de 1938 é, ainda hoje, no Rio Grande do Sul, direito vigente.

A concorrência pública, de outro lado, não encontra obstáculo na acepção de pessoa, no *intuitu personae*, característico da concessão. Rafael Bielsa observou a esse propósito: "*El contrato de concesion se celebra siempre intuitu personae. Bien que las ofertas en la terminología administrativa son licitaciones — se hagan ad incertam personam, em la adjudicación y formalización del contrato, la personalidad del concesionario entra como elemento particular*" (*Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1955, n.º 288, p. 225).

A disciplina federal da concorrência pública, segundo o Código de Contabilidade Pública da União, somente tolera seja ela dispensada, dentre outros casos, "quando não acudirem concorrentes à primeira concorrência" (art. 51, e; art. 246, e; *R. G. C. P.*, Decreto n.º 15.783, de 8 de novembro de 1922. Idêntica é a formulação do artigo 38, g, do Decreto 2.206, de 20 de maio de 1941 (conforme Rubem Rosa, Portaria n.º 85, do Presidente do Tribunal de Contas da União, n.º 12, *Direito*, v, XVI, p. 108). Diverge nesse aspecto, o nosso direito positivo de outros direitos estrangeiros (conforme Réguirot, *Des Contrats administratifs*, Paris, 1954, *Conclusion des contrats administratifs*, n.º 157, p. 18 e 19; Sayagues Laso, *La Licitación pública*, Montevideo, 1940, n.º 62, p. 83), não considerando como fundamento para dispensa da concorrência pública, a inaceitabilidade ou a rejeição das propostas, acaso apresentadas, senão e, exclusivamente, o não-aparecimento de concorrentes à primeira concorrência.

O não-aparecimento de concorrentes à primeira concorrência torna, segundo o direito, dispensável nova concorrência para celebração do contrato em perspectiva. Resolvendo, entretanto, a administração abrir segunda concorrência e, a esta, acudindo concorrentes, não mais lhe é lícito, rejeitadas todas as propostas da segunda concorrência, ter-se como dispensada de mais outra concorrência para a conclusão do contrato a celebrar.

A segunda concorrência, de si, dispensável, vale, já então, como primeira (e tendo suscitado concorrentes), de vez que, não-obrigatória, envolve inequivocamente a repetição voluntária, ainda

que, talvez, em condições diversas, do anterior procedimento frustrado, assim reputado por nenhum. Se alguma relevância jurídica *in futuro* tem a concorrência pública, a que não acodem concorrentes, é precisamente a de dispensar segunda concorrência para a celebração do contrato. Ao abrir segunda concorrência a administração pública desconhece-lhe esse só efeito prospectivo: tem-na, de conseguinte, por inexistente.

Não parece, pois, juridicamente admissível que o Estado do Rio Grande do Sul:

a. outorgue concessão de serviço público independente de concorrência pública;

b. que esta se haja por dispensada quando, realizadas duas concorrências sucessivas para tal fim, somente à primeira não tenham acudido concorrentes, posto rejeitadas todas as propostas suscitadas pelo segundo chamamento.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

## Contas correntes

### — prescrição

Contém no art. 445 do *Código Comercial*, enquanto se refere a contas correntes, uma enunciação restritiva, que lhe limita a aplicabilidade: é a alusão a "contas correntes dadas e aceitas".

É essa uma verdadeira condição, a que se subordina a aplicação do dispositivo.

Assim o diz o Acórdão unânime do Supremo Tribunal Federal de 9 de novembro de 1916, *in verbis*: "A prescrição invocada, a do art. 445 do *Código Comercial*, não se operou, porque a conta ajuizada não foi aceita pelo correntista devedor... condição exigida pelo referido artigo para a prescrição de quatro anos..." (*Revista do Supremo Tribunal Federal*, t. LXIX, p.86 e 87).

Assim o diz, também, o Acórdão de 12 de janeiro de 1917 do Superior Tribunal do Estado, relatado pelo desembargador André da Rocha: — "A condição de ter sido 'dada e aceita' a conta, para se tornar prescritível no prazo de quatro anos, realizou-se indubitavelmente." (André da Rocha, *Pareceres e decisões*, p. 502).

Trata-se, na realidade, de uma verdadeira *conditio juris*, de uma das tantas condições estabelecidas pelo Direito, sem o preenchimento das quais, assim como nenhuma manifestação da vontade pode vir a constituir ato jurídico (Hölder, *Pandekten*, § 47, *in fine*), nenhum evento ou fato pode vir a produzir efeito jurídico.

1. *Revista de Jurisprudência*, t. VIII, p. 238: "É da data desse reconhecimento que se deve contar o prazo de prescrição das dívidas demonstradas pelas contas-correntes, pois só desde então existe a *actio nata*, um direito verdadeiro, atual, e suscetível de ser reclamado em juízo... As dívidas provadas por contas-correntes somente aparecem depois do reconhecimento do saldo, ou melhor, depois da aceitação dessas contas."

Não poderá, portanto, o curso dos quatro anos, a que o dispositivo alude, consumir a prescrição extintiva sem que se tenha verificada previamente a *conditio juris*: ter sido a conta corrente "dada e aceita".

Pensar-se, ao revés, com Carvalho de Mendonça<sup>1</sup>, que a alusão a contas dadas e aceitas visa assinalar que a respectiva aceitação caracteriza o instante da exigibilidade da dívida, a *actio nata*, e, por conseguinte, o momento inicial da prescrição, é entrar em conflito com o mesmo Carvalho de Mendonça, porquanto, como é indubitável e ele próprio ensina, a extinção do contrato de conta corrente produz, também, uma *actio nata*, independente do reconhecimento expresso ou tácito do respectivo saldo: — "A parte que enviou a conta e que tem o maior interesse na liquidação, por ser credora, chama a juízo a outra... para reconhecimento e pagamento deste saldo, se está extinto o contrato de conta corrente." (*Tratado de direito comercial brasileiro*, t. VI, parte II, n.º 1006).

São, em princípio, pois, perfeitamente compatíveis com a referência legal a contas "dadas e aceitas" os quatro sistemas, propostos pela doutrina brasileira, para contagem do prazo de quatro anos: o de Teixeira de Freitas (*Aditamentos ao Código de Comércio*, ao art. 445) e Silva Costa (*Contrato de conta corrente*, n.º 131), fazendo começar a prescrição da data do fecho ou extração da conta; o de Carvalho de Mendonça, dando-a por iniciada somente a partir da aceitação expressa ou tácita; o de Paulo de Lacerda (*Do Contrato de conta corrente*, n.º 215), fazendo-a principiar da data da aceitação, se for expressa, ou da data da extração, se aquela não se verificar ou verificar-se tacitamente; e o de Ribas (*O Direito*, t. V, p. 162), pondo-lhe o início no momento da exigibilidade da dívida, de acordo com o artigo 137 do *Código Comercial*.

A verdadeira significação do artigo 445 é, realmente, que, no prazo de quatro anos, prescrevem exclusivamente as contas correntes "dadas e aceitas", com exclusão de todas as mais que não reúnem esses requisitos; de todas as mais que, para serem reclamadas judicialmente, hão de ser ainda liquidadas previamente, em juízo ou fora dele.

Percebem-se, claramente, de resto, os intuitos da lei, abreviando, neste caso, o prazo da prescrição comum: trata-se de um contrato do número daqueles de que se alimenta e com que se acelera o giro constante do comércio; daqueles que, por sua essência mesma, se destinam ao movimento incessante das riquezas e fogueira, por definição, às aplicações imobilizadoras. (vide Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, t. VI, parte II, n.º 984).

Normalmente liquidada a conta corrente, pois, o respectivo saldo deve ser prontamente satisfeito, ou reincorporado à conta como parcela inicial da do período subsequente, ou reembolsado em dinheiro ao correntista credor, se assim ficou convencionado ou se está extinto o contrato.

Tanto não se dá, porém, com a conta corrente que não é aceita por um dos correntistas; a exigibilidade desta passa a depender da

verificação e do reconhecimento judicial do saldo, bem se podendo dizer que a dívida dela decorrente nasce já em juízo, fora do círculo das relações comerciais.

Daí concluímos, com Paulo de Lacerda (*Do Contrato de conta corrente*, n.º 213): "1) — se a conta corrente foi liquidada, isto é, dada e aceita, expressa ou tacitamente, a dívida do saldo prescreve em quatro anos, porque a hipótese incide na disposição do art. 445 do *Código Comercial*; 2) — se a conta corrente comercial não foi liquidada, isto é, não foi dada e aceita, lhe não toca a prescrição do art. 445 do *Código Comercial*, porque não satisfaz as exigências deste, "mas é a comum".

Tem decidido o Superior Tribunal do Estado — ainda é de acrescentar-se — que a disposição do artigo 445 do *Código Comercial* se aplica a toda espécie de contas correntes, inclusive a conta corrente bancária (*Decisões de 1917*, p. 597).

A questão de precisar o efeito e a extensão da prescrição cambial é, conseqüentemente, a de saber se o curso de quinquênio opera, assim, a extinção da ação cambiária, como a de qualquer ação civil ou comercial porventura competente à relação jurídica consubstanciada no título, pertence ao número das questões que bem se poderiam denominar questões de limites jurídicos, tanto que, não reguladas dispositivamente em nenhum dos institutos confinantes, nos quais se originam, ficam a ser resolvidas pelo intérprete, mediante a aplicação dos princípios gerais que, diferenciando-os, aos variados institutos do Direito, lhes imprimem rumos e direções peculiares.

Antes, porém, de nos darmos a essa tarefa, mister se faz que claramente determinemos até que ponto as relações jurídicas contidas nos títulos reagem à ação cambiária.

"Entre as pessoas que trataram diretamente — ensina Carvalho de Mendonça (*Tratado de direito comercial brasileiro*, t. V, parte II, n.º 579) — aplicam-se decerto as regras sobre a validade e os efeitos da relação jurídica, da qual se originou ou resultou o título, como oportunamente veremos e o diz o art. 51 da Lei n.º 2044 de 1908."

Porém — acrescenta o insigne comercialista (*Ibidem*) — "se o credor transmite a propriedade dos título a terceiro que não foi parte no negócio fundamental, o título é arma formidável contra o devedor; a este não restará outra defesa que a fundada no defeito de forma do título ou de falta de requisito essencial para a ação cambial, salvo, bem entendido, se se tratar de relações jurídicas pessoais entre o devedor e o credor que aciona".

Desta sorte, entre as pessoas que trataram diretamente, à ação cambiária se opõe, por via de exceção, a ação protetora (*reus in exceptione actor est*) da relação jurídica subjacente à obrigação cambial, assecuratória do negócio jurídico de que se originou a obrigação consubstanciada no título; entre o terceiro endossatário e o devedor originário, ao revés, se exterioriza, sem contraste, pela ação cambiária, o vínculo cambial, a obrigação abstrata lançada com o título à circulação.

É de si mesmo evidente que a essa diversidade de reações à ação cambiária não de ficar condicionados a extensão e os efeitos desta, pelo transcurso do quinquêncio legal.

Assim é que, no tocante à extensão e efeitos da prescrição cambial, preciso se faz distinguir o título ainda em poder do tomador originário do título em poder de terceiro endossatário.

1. *O título em poder do tomador originário* — Segundo ficou, de início, assentado, a questão proposta não é suscetível de solução senão mediante a aplicação dos princípios gerais, diferenciadores, do instituto em que se origina; este, no caso, devendo ser, acima do grupo específico dos títulos cambiários, o dos títulos de crédito em geral.

E, nesse terreno, com efeito, a exposição, transcrita a seguir, de Mário de Figueiredo resolve perfeitamente a questão.

Ei-la: "Em regra, o título de crédito aparece como garantia de uma obrigação anteriormente constituída: é um documento dado pelo devedor ao credor, pelo comerciante ao seu fornecedor para exteriorizar e salvaguardar os direitos destes. Sob a obrigação resultante da subscrição do título há, pois, outra obrigação, a que pode dar-se o nome de fundamental, originária, ou subjacente. É lícito, por isso, perguntar se com a subscrição se produz a novação desta obrigação ou se, ao contrário, ela persiste ao lado da primeira... Nos títulos de crédito em geral que fazem referência expressa à causa ou que, pelo menos, a pressupõem não nos parece que possa falar-se de novação da relação fundamental. A obrigação em que pela sua subscrição se constitui o emitente é uma obrigação, causal, sendo precisamente, a causa dela e relação originária. Em uma guia de transporte, por exemplo, o que aparece de característico e decisivo da sua classificação entre os títulos de crédito é a obrigação em que se constituiu, para com o destinatário, ordinatário ou portador, o transportador de lhes entregar, mediante a apresença, as mercadorias que, pelo contrato do transporte, se comprometeu a transportar. Esta obrigação não se compreende sem a correlativa de fazer o transporte em que reside a sua causa. Sendo assim, é evidente que não pode falar-se de novação da relação originária, produzida pela constituição da obrigação cartular. As duas obrigações subsistem, uma ao lado da outra, extinguindo-se ambas com a extinção de uma. O mesmo deve dizer-se do conhecimento de depósito e de todos os títulos de crédito, em que se faz menção da causa. Nas letras e livranças, o raciocínio é ainda, se é possível, mais conclusivo. A obrigação incorporada nesses títulos é, como adiante veremos, abstrata, independente da causa. Nestas condições não pode evidentemente influir na relação fundamental, extinguindo-a no mesmo momento em que surge. Se assim fosse, o fato determinativo da sua existência seria a extinção da relação originária e estaríamos em frente de uma obrigação causal e não abstrata. As duas obrigações vivem, pois, uma ao lado da outra, extinguindo-se ambas com a extinção de uma, como há pouco. Nem isto representa uma situação repugnante com os bons princípios de lógica jurídica. Representaria, as duas obrigações tivessem causas diferentes, pois

que, então, havendo-se constituído em vista de fins diversos, só poderiam extinguir-se com o preenchimento desses fins, que, sendo diversos, exigiam prestações diversas. Mas como uma das obrigações é abstrata, independente da causa, não repugna que as prestações que lhes formam o conteúdo coincidam de uma maneira absoluta, vindo afinal a reduzir-se a uma. ... Quando a obrigação cartular se não constitui por faltarem ao título os requisitos formais que a lei exige... não obstante, o documento pode, desde que satisfaça às determinações do Código Civil, servir de elemento de prova da relação jurídica que lhe deu origem. Agora, porque esses requisitos não faltam, o título incorpora uma obrigação, originada na subscrição. Esta obrigação não extinguiu, ao constituir-se, a relação fundamental, mas sobrepôs-se-lhe, continuando as duas a viver, uma ao lado da outra. Deste modo, nada não há que se oponha a que essa relação seja provada pelo título de crédito, que então desempenhará funções mais modestas do que aquelas para que nasceu e que, normalmente, lhe são destinadas. Se a obrigação originária pode ser provada, por um título incompleto, que motivos hão de opor-se a que o seja, também, por um título incompleto? Repugna, na verdade, que se atribua valor, como escrito particular, a um documento que possui menos requisitos do que outro; não se compreende que o primeiro desempenhe funções de que o segundo é desacompanhado, não obstante revestir mais formalidades e dever, por isso, representar, perante o direito, uma mais completa afirmação de seriedade, sendo, como é, um indício mais seguro da vontade de obrigar-se. Nestas condições parece dever concluir-se que o título revestido das formalidades essenciais pode ser utilizado como documento probatório de uma obrigação existente fora dele. Se, portanto, o seu possuidor estiver impossibilitado, por qualquer motivo, de tornar efetiva a obrigação cartular, pode fazer valer o seu direito com base na relação fundamental, exteriorizada no documento. Assim, se o possuidor de uma letra houver perdido, pela falta de protesto e decurso de cinco anos sobre o vencimento, os seus direitos cambiários, pode ainda exigir a totalidade do seu crédito, efetivando a relação subjacente. Decerto que então tem menos garantias, visto que não pode acionar qualquer dos signatários da letra, mas só aquele com quem entrou em relações imediatas e que é sujeito passivo da obrigação fundamental, absolutamente desconhecida e, por isso, irrelevante para com os outros subscritores. Não se opõe a esta doutrina a disposição do art. 339 do *Código Comercial*, que diz: "Todas as ações relativas a letras prescrevem em cinco anos a contar do seu vencimento ou do último ato judicial, se a respeito delas não houve sentença condenatória, ou se a dívida não foi reconhecida por documento autêntico ou autenticação, feita em separado." Na verdade, o que neste artigo afinal se afirma é que, volvidos cinco anos sobre o vencimento, falta ao possuidor da letra ação por meio da qual possa tornar efetiva a obrigação resultante da subscrição do título. Além desta obrigação existe, porém, a originada na relação subjacente, que pode efetivar-se por meio de uma ação que, como é óbvio, não é relativa à letra. Relativas à letra são só as ações por que se faz valer a própria obrigação cartular e não aquelas por que pretende efetivar-se a relação fundamental. É verdade que as duas obrigações têm por objeto a mesma prestação e que a extinção de uma arrasta consigo

também a da outra. Mas a obrigação cambiária não se extinguiu, pela razão bem compreensível de que as obrigações não se extinguem pela prescrição; o que se extingue é a possibilidade de exercitá-las, é a ação por que se efetivam. ... Destas palavras se deduz, de uma forma bem palpável, que o decurso da prescrição cambiária não extingue a obrigação derivada da subscrição do título e, portanto, a relação fundamental continua a viver ao lado dela, sem prejuízo da afirmação que fizemos de que a extinção de uma envolve também a da outra. (*Caracteres gerais dos títulos de crédito e seu fundamento jurídico*, Coimbra, 1919, n.º 9 e 10).

Tal é, igualmente, a doutrina entre nós sustentada por Octávio Mendes.

Se é fora de dúvida — ensina o nosso comercialista (*Títulos de crédito*, n.º 327) — que, em uma transação qualquer, quando o devedor entrega, ao credor um título cambial representativo do preço ajustado, esse título, como diz muito bem Camillo Banchedi, não é mais do que o envólucro que recobre a substância, a qual consiste na obrigação que lhe deu origem. Nada mais natural, portanto, que, perdendo esse título a validade jurídica, caia o envólucro, deixando a nu a obrigação que ele revestia. A *causa debendi* é, consequentemente, uma só — a relação fundamental, que jamais cessou de existir, e vigorar, mesmo através de título cambial. Não tendo, portanto, este qualquer dos requisitos exigidos pela lei para a sua validade, perderá o credor o direito à ação cambial, que resultava do título, mas conservará o direito à ação que lhe resultar da relação fundamental, pois que essa ação lhe cabe em virtude de uma relação extracambiária, a qual nunca cessou de existir.

“Assim (*Títulos de crédito*, n.º 326), por exemplo, em relação à prescrição, a transação originária prescreveria em vinte anos. O credor, aceitando o título cambial das mãos do devedor, teria consentido em reduzir a cinco aquele prazo de vinte anos, e isso com intuito de garantir e reforçar o seu direito creditório? Pode-se imaginar maior absurdo?”

2 — *O título em poder de terceiro endossatário* — Neste caso, prescrição da ação cambial envolve, por igual, a extinção (do ponto de vista juspersecutório) de toda e qualquer obrigação derivada do título.

Surge, entretanto, a favor do portador, com a desoneração cambial dos co-obrigados, a obrigação *ex-lege* (Jorge Americano, *Do Enriquecimento sem causa, passim*) do sacador ou do aceitante de lhe restituirem o *quantum* com que se locupletaram à custa dele.

Surge, para o portador, a “*Bereichrugnsklagen*” do artigo 32 da Lei Alemã, a ação de locupletamento do artigo 48 da Lei Brasileira.

Discordante, embora, dentre as de maior vulto, a opinião de Margarinos Torres, a orientação dominante da nossa doutrina e da nossa jurisprudência é, com efeito, no sentido de que a essa ação se aplica o prazo comum da prescrição, sobrevivendo ela, pois, à extinção da ação cambial.

Assim, Saraiva, *A Cambial*, § 257; Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, t. V., parte II, n.º 945; Paulo de Lacerda, *A Cambial*, n.º 417; Waldemar Ferreira, *Manual do comerciante*, p. 170; Arruda, Ação de enriquecimento, na *Revista dos Tribunais*, t. XXIX; E. Stradelli, Das Letras de câmbio e das notas promissórias, § 387, na *Revista de Direito*, t. LIII.

Assim, os acórdãos do Superior Tribunal do Estado de 12 de agosto de 1930 (*Revista do Monitor Riograndense*, n.º 2) e de 11 de junho de 1931 (*Justiça*, t. I, p. 46).

Julgamos, deste modo, ter respondido às questões propostas.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 18 de dezembro de 1934.

## Controle acionário

### — suas conseqüências jurídicas

O poder da maioria absoluta de votos, ou, seja, o controle acionário da sociedade não é, hoje, tão só figura econômica, ante o direito positivo brasileiro. A "sociedades controladas" refere-se já, em 1939, a *Lei das Sociedades por Ações — L.S.A.* (art. 135, § 2); a "controle", em tal acepção, a *Consolidação das Leis do Trabalho — C.L.T.*, de 1943 (art. 2, § 2). Define-se, a seguir, o conceito jurídico de controle acionário: "cinquenta e um por cento (51%), no mínimo", das ações com voto (art. 60, Lei n.º 4.738, de 14 de julho de 1965), ou, com maior exatidão, "a maioria... do capital votante" (art. 178, Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967).

O controle acionário de uma sociedade anônima, detido por pessoa física ou jurídica, modifica-lhe, àquela, o regime legal. Quanto às relações de emprego, disciplinadas pelo direito do trabalho, prescreve, a lei, a solidariedade, entre "a empresa principal e cada uma das subordinadas" (art. 2, § 2, *C.L.T.*). Quanto às relações internas, sabido é que o acionista "responderá por perdas e danos... (se), tendo, em uma operação, interesses contrários aos da sociedade, votar deliberação em que determine com seu voto a maioria necessária" (art. 95, *L.S.A.*); e se for ele diretor, "vedado... (lhe é) intervir em qualquer operação social em que tenha interesse oposto ao da companhia" (art. 120, *L.S.A.*). Tais disposições, concernentes às relações sociais internas, supõem o princípio segundo o qual, na eventualidade de conflito de interesses, entre o acionista e a sociedade, aquele é obrigado a sotopor os próprios interesses aos inte-

resses sociais (Wieland, *Die Kapitalgesellschaften*, München u. Berlin, 1931, § 113, p. 249). Tratando-se, porém, de acionista, senhor do controle acionário, a maioria de votos, da qual dispõe, permitir-lhe-á elidir, aparentemente, ao menos, o conflito surgido, determinando, ele, a favor dos próprios interesses, através do poder jurídico de maioria de votos, a manifestação *in hypothesis* da vontade social. Alhures, escrevemos: "A identidade econômica, maior ou menor, entre a sociedade-mãe e a sociedade-filha (Isay, *Das Recht des Unternehmens*, Berlin, 1910, p. 87), a dependência jurídica desta última para com a primeira (Kronstein, *Die Abhängige juristische Person*, München, 1931, *passim*), ou a dominância da sociedade-mãe sobre a sociedade-filha (Hausmann, *Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen*, Mannein, 1926, p. 81), ou a subsunção jurídica desta última naquela primeira, como órgão de operações (Hamburger, *Die Organgesellschaft, Gedächtnisschrift für Seckel*, 1927), fundamenta, não sem razão, apesar da independência aparente entre ambas as sociedades, a suspeita de uma colusão, ou confusão de interesses e, pois, a suspeita de uma intenção fraudulenta na separação, senão oposição externa destes" (*Pareceres, direito privado*, Porto Alegre, 1967, p. 128). A suspeita, fundada nesse tipo de relacionamento econômico-jurídico, é suficiente para que "acionista, representando, pelo menos, um vigésimo (1/20) do capital social", demande "a exibição integral dos livros de escrituração da sociedade" (art. 57, L.S.A.).

O controle acionário, de outro lado, pode trazer como consecutivo o "não poder... (a sociedade controlada) preencher o seu fim" (art. 138, d, L.S.A.), fazendo-a inane como estrutura societária, endereçada a "certa empresa, ... certa indústria" (art. 1731, *Código Civil*). Cesare Vivante fixou o problema, sinalando essa consequência do controle acionário, quanto às sociedades que se votam à inanidade pela adscrição de seus interesses à propriedade de ações de outra ou outras sociedades. "*Les actionnaires, dit Vivante, ayant placé leur épargne dans la société-mère, qui possède des status, un siège, un personnel administratif en qui ils ont mis leur confiance, ne doivent pas assister, dans une grave mesure, à des utilisations détournées de leurs capitaux sans avoir été consultés. Il ne faut pas, ajoutez-il, que la société devienne un consortium financier, vivant seulement pour les Bourses et dans les Bourses en vue de négocier les actions... des autres*" (Vanhaecke, *Les Groups de sociétés*, Paris, 1959, p. 36). Quando essas ações, subscritas ou adquiridas pela sociedade engendram o controle acionário de outra sociedade, a aquisição delas não se pode, é visto, reputar meramente ato de gestão ordinária da respectiva administração, a não ser que os estatutos, a essa, lhe atribuam especificamente a competência correlata. Donde, "*toute acquisition... d'une participation engendrant contrôle doit être préalablement autorisée, soit par le conseil d'administration, soit même par l'assemblée générale, selon que les status prévoient ou non cette opération*" (Vanhaecke, *Les Groupes de sociétés*, Paris, 1959, p. 39). Em tais casos, realmente, faz-se-lhe impossível, à sociedade, preencher o seu fim, se esse fim se não restringe, única e exclusivamente, à aquisição e conservação dessa participação no capital de outra ou outras sociedades. A impossibilidade de

preenchimento do fim social reforça-se pela invencível resistência, a toda e qualquer atitude diversa, do acionista, senhor do controle, posto, então, a serviço da mesma inanição da sociedade.

A inanição da sociedade, pela restrição de sua função ao exercício de direitos de propriedade sobre ações de outra ou outras sociedades — se não prevista nos estatutos essa restrição —, caracteriza materialmente, embora não formalmente, a mudança do objeto essencial da sociedade. Não se operando essa mudança, *de iure*, senão simplesmente *de facto*, a situação que daí se gera importa, não obstante, fora de dúvida, a impossibilidade de consecução do objeto social originário, uno ou múltiplo, ou, seja, a impossibilidade de preenchimento do fim social (art. 138, *d L.S.A.*).

Certo, "a causa de dissolução pode ser afastada, se afastável é, por deliberação da assembléia geral extraordinária, inclusive pela atribuição de outro fim, ... se a sociedade... não o poderia atingir" (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 51, Rio de Janeiro, 1966, § 5350, n.º 3, p. 37). Mas, nessa hipótese, terão os acionistas que dissentir, direito ao recesso, que a lei lhes assegura (art. 105, *d*; art. 107, *L.S.A.*). Ter-se-á tornado, então, formal, a mudança do objeto essencial da sociedade, antes só materialmente caracterizada.

Nas sociedades de pessoas, diversamente, quanto ao objeto social, — "a diminuição ou o aumento, ou a diminuição e o aumento (desse) não detróem o que inicialmente se construíra, mas a unanimidade dos sócios é de exigência legal" (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 49, Rio de Janeiro, 1965, § 5239, n.º 2, p. 390).

Do que ficou exposto, resulta:

a. A sociedade SIBISA não poderia ter subscrito ações, que lhe assegurariam o controle da CREFISUL, sem autorização da assembléia geral. Tendo-as subscrito, e vestido o capital correspondente, pode ser compelida, por qualquer de seus acionistas, a "restituir as partes ao estado em que antes... se achavam, e, não sendo possível restituí-las, ... (a indenizá-las) com o equivalente" (art. 158, *Código Civil*), salvo o complemento daquele ato pela assembléia geral. Quanto à sociedade, a posição é análoga à que decorreria, em tais termos, de ato nulo, embora não se possa falar em nulidade (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. III, Rio de Janeiro, 1954, § 320, n.º 4, p. 297; J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, t. VI, parte I, Rio de Janeiro, 1934, n.º 224, p. 205). A assembléia geral de que aqui se cogita é, sempre, a do art. 105 de Lei das Sociedades por Ações, atendendo-se ao que foi enunciado no n.º 3 e no n.º 4 de exposição. Cuidando-se de inexistência de deliberação, a respeito, da assembléia geral, não se há de pensar no prazo prescricional do art. 156 de Lei das Sociedades por Ações.

b. Da mesma forma, a SIBISA não poderia ter renunciado à preferência para a subscrição de ações da CREFISUL sem autorização da assembléia geral extraordinária. Também, e por identidade

de razão, a alienação do controle acionário depende dessa autorização (Vanhaecke, *les Groupes de sociétés*, Paris, 1959, p. 39).

c. Qualquer acionista, representando mais de um quinto (1/5) do capital da Sociedade SIBISA, poderá promover-lhe judicialmente a dissolução e liquidação por impossibilidade de preenchimento do fim social (art. 138, d, *L. S.A.*), atentos os motivos indicados no n.º 4 da exposição.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 7 de março de 1972.

## *Corporações profissionais* — *natureza jurídica* *da OAB*

Inclui-se a Ordem dos Advogados do Brasil entre as entidades autárquicas federais (Ruy Cirne Lima, *Princípios de direito administrativo*, Porto Alegre, 1964, § 8, n.º 7, p. 67). Serviço público, fora de dúvida, é o serviço de disciplina e seleção profissional (art. 17, Decreto n.º 19.408, de 18 de novembro de 1930), que, à Ordem, lhe foi atribuído, por disposição legal, de modo imediato, no ato mesmo de sua constituição. Explicitamente, de resto, assim a própria lei a define: "A Ordem dos advogados do Brasil constitui serviço público federal..." (art. 139, Lei n.º 4.215, de 27 de abril de 1963).

Entidade autárquica, a Ordem dos Advogados do Brasil, configura, entretanto, uma forma de descentralização extremamente rara, na administração pública: a descentralização perfeita. "A descentralização administrativa, para ser completa, supõe necessariamente: I) que os atos do agente, órgão, ou pessoa jurídica, oriunda da descentralização, não sejam revogáveis pelo Estado, ou administração central; II) que o conteúdo desses atos não seja fixado pelo Estado ou administração central, mas pelo próprio agente, órgãos, ou pessoa jurídica, oriundo da descentralização (obra citada, § 17, n.º 3, p. 147). Essa forma de descentralização importa a exclusão, *in hypothesi*, da relação de subordinação, entre a unidade descentralizada e a administração central, a que se chama, usualmente, tutela administrativa (obra citada, § 17, n.º 3, p. 148). Por isso, exatamente, prescreve-se, no § 1.º, do art. 139, da lei n.º 4.215, de 27 de abril de 1963: "Não se aplicam à Ordem as disposições legais referentes às autarquias ou entidades paraestatais".

No mais, excetuadas a nota específica da forma federativa (art. 1.º Lei n.º 4.215, de 27 de abril de 1963), de que resulta a personalidade jurídica de suas múltiplas Secções (art. 4.º, § 2.º, Lei n.º 4.215, de

27 de abril de 1963) e, *a pari* a feição local destas (obra citada, § 17, n.º 6, p. 149), a Ordem dos Advogados do Brasil é expressão, debaixo da estrutura autárquica, de um tipo nitidamente delineado de descentralização administrativa. "A influência, cada vez mais extensa e mais profunda das classes sociais e dos fatores econômicos na vida do Estado, e, de outra parte, a conseqüente necessidade da intervenção deste em tal setor, conduziu à formação de corporações de direito público, entre profissionais, confiando-se-lhes o desempenho das funções sobrevindas ao Estado, nesse particular" (obra citada, § 17, n.º 5, p. 151).

Nesse tipo de descentralização administrativa, "os instrumentos da ação do Estado são os próprios interessados da intervenção deste", característica, pode acrescentar-se, "que singulariza essa forma de descentralização" (obra citada, § 17, n.º 5, p. 151), e a singulariza, precisamente, pela exclusão que sugere, da relação de subordinação, denominada tutela administrativa, intercedente, de regra, entre a unidade descentralizada e a administração central (obra citada, § 14, n.º 5, p. 111).

"Análoga estrutura foi dada ao Conselho Federal e aos Conselhos Regionais de Medicina, órgãos de disciplina profissional dos médicos, pela Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957" (obra citada, § 8, n.º 7, p. 68). Os mesmos princípios, salvas as peculiaridades legais, hão de ser-lhes, pois, a estes aplicados, não obstante as disposições do decreto n.º 60.900, de 26 de junho de 1967 (*Pareceres do Consultor-Geral da República*, t. 77, 1969, p. 531).

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 15 de julho de 1970.

## *Crime de injúria*

*— quando se verifica  
em assembléia geral  
de acionistas*

A inexistência de delito, na hipótese, é a conclusão que dimana de três diferentes premissas:

- a. a de ter sido o fato praticado no exercício regular de direito;
- b. a de ter sido o fato, praticado pelo imputado, indispensável à defesa de direito próprio e de outrem;
- c. a de ter sido o fato praticado sem dolo.

A primeira premissa — Ao declarar a inexistência de crime, quando o fato é pratico “no exercício regular de um direito” (art. 19, III, *Código Penal*), a lei penal reproduz conceito da lei civil. Também esta declara que “não constituem atos ilícitos os praticados... no exercício regular de um direito reconhecido” (art. 160, I, *Código Civil*). Em face desse conceito, o ilícito civil caracteriza-se, porém, objetivamente (conforme Pontes de Miranda, Das Obrigações por atos ilícitos, *Manual do Código Civil Brasileiro*, de Paulo de Lacerda, t. XVI, parte III, Rio de Janeiro, 1927, n.º 83, p. 161; Espínola, *Sistema do direito civil brasileiro*, v. II, t. II, p. 245, nota 56, p. 146, etc.). Ao contrário, em contraste com o mesmo conceito, o ilícito penal caracteriza-se subjetivamente. A lei penal, expressamente, isenta de pena “quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima” (art. 17, *Código Penal*). Daí, refira Pier Eugenio Frola se tenha julgado que “non può esistere libello famoso, quando siasi ritenuto in fatto, che l'imputato non ebbe il disegno, di nuocere, e denunciò i fatti querelati coll'intima persuasione della verità di essi, o colla coscienza di esercitare un proprio diritto” (*Delle Ingiurie e diffamazione*, Torino, 1890, p. 25).

Daí também a jurisprudência brasileira tenha acolhido, nesses precisos termos, o mesmo princípio: “não (não existe)... libelo difamante, quando se mostra que o imputado não teve desígnio de prejudicar, e denunciou com a persuasão íntima da verdade... ou com a consciência de exercer um direito próprio” (Acórdão, de 14 de junho de 1922, da 3ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, conforme Galdino Siqueira, *Direito penal brasileiro*, parte especial, Rio de Janeiro, 1924, n.º XXVIII, p. 683).

Daí, igualmente, reconheça a jurisprudência brasileira se deva admitir ainda, no caso de injúria, a prova dos fatos, dos quais induziu o imputado que, conduzindo-se pela forma por que veio a conduzir-se, não mais fazia que exercer regularmente direito próprio. Entre as mais, em tal sentido, a decisão que se segue: “... na apreciação do dolo, elemento subjetivo do delito, embora seja proibida a prova da difamação, quando se trata de crimes particulares, os tribunais podem, tomando conhecimento dos documentos e peças de defesa do imputado, decidir, não do fundamento de suas imputações, mas de sua boa fé” (conforme Sentença de 3 de agosto de 1910, *Revista de Direito*, t. 19, p. 199).

Ora, no caso, o imputado, qualificando como “impropérios e injúrias” as acusações, dirigidas pelo querelante contra diretores e acionistas da sociedade, dentre os quais o mesmo imputado, nada mais fez do que intervir, a bem da ordem e do decoro da assembléia, no exercício regular de um direito que incontestavelmente lhe competia como acionista. Certo, “o presidente encaminha os trabalhos da Assembléia e deve manter a ordem do recinto” (Valverde, *Sociedades anônimas*, Ri de Janeiro, 1937, n.º 406, p. 361); mas, igualmente certo é que “constituída a Mesa, a Assembléia não aliena, ainda que temporariamente, as faculdades que investe nos mesários” (J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, t. IV, 2 ed., Rio de Janeiro, 1934, n.º 1141, p. 26), como

não menos certo é que "o acionista é uma fração do poder encarnado na Assembléia Geral" (J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, t. III, 2 ed. Rio de Janeiro, 1933, nº 1110, p. 456). Não se pode conceber, na verdade, que intervenção daquela natureza, visando à ordem e ao decoro da assembléia geral, perfeitamente autorizada como expressão de direito do imputado enquanto acionista, tenha resultado senão de fundada e legítima convicção do regular exercício desse mesmo direito a prol do bem comum da sociedade. Nem mesmo objetivamente, de resto, pode caracterizar-se a situação de forma diversa.

*A segunda premissa* — Entre nós, Campos Maia assentou lucidamente os princípios a aplicar: "O *animus defendendi* é outra dentre as causas que excluem o crime de injúria. O princípio em que se baseia o direito natural de defesa de algum modo tem aqui igualmente sua aplicação. Se mesmo o homicídio se justifica pelas imposições inexisteveis da legítima defesa, na injúria, com maioria de razão, o crime não pode deixar de ceder a motivo de natureza idêntica; e cede ficando, não justificando, mas excluindo" (*Delitos de linguagem contra a honra*, São Paulo, 1921, nº 265, p. 126).

Veio juntar-se-lhe, sob a vigência do *Código Penal de 1940*, Basileu Garcia, que assim se manifesta: "O *animus defendendi*, excluindo o *animus injuriandi*, encontramos no artigo que declara não constituir injúria ou difamação a "ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou seu procurador. . . . ora, essas hipóteses assim previstas deixam entrever outras similares, não expressamente contempladas ao texto, em que a aplicação da teoria dos *animi* será a mesma. Se não é crível, por exemplo, a ofensa, irrogada em juízo na discussão da causa, pela parte ou seu procurador, será o caso de perguntar-se se constitui injúria punível a ofensa, irrogada, nas mesmas condições, em processo administrativo. A resposta só poderá ser negativa. Por força, não constitui crime, e para que não constitua crime, é necessário invocar o *animus defendendi*, embora não conceituado os textos com a conveniente amplitude" (conforme influência dos motivos determinantes, *Revista Forense*, t. 93, p. 248).

No caso, ao imputado tornara-se indispensável, para defesa desse direito próprio como acionista e dos direitos da administração, o qualificar, com verdade, como "impropérios e injúrias", as acusações endereçadas pelo querelante a acionistas, entre os quais o imputado, e aos diretores da sociedade. Atento ao conteúdo das acusações formuladas, o não qualificá-las como injúrias e impropérios seria aceitá-las como críticas legítimas e fundadas. Nessa defesa de direito próprio e de outrem, tinha, ao demais, o imputado a orientá-lo o bem da sociedade. J. X. Carvalho de Mendonça observou, oportunamente: "Se os direitos de sócios são respeitáveis, não menos importa conservar a sociedade e preservá-la dos ataques de uma minoria turbulenta e facciosa (*Tratado de direito comercial brasileiro*, t. II, 2 ed., Rio de Janeiro, 1933, nº 1115, p. 460).

Analogamente, Villemor do Amaral: "... é preciso amparar as maiorias contra as tendências, sempre alerta, das minorias facciosas

e turbulentas..." (*Código das sociedades anônimas*, Rio de Janeiro, 1936, p. 96).

Não há, portanto, como reconhecer delito na ação de defesa, indispensável e moderada, adotada pelo imputado, em face do querelante.

A terceira premissa — "Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente (art. 15, parágrafo único, *Código Penal*).

Na hipótese, se o dolo não se encontrasse já excluído pela convicção do regular exercício de direito próprio, ou pelo *animus defendendi* do imputado, excluído ficaria pela justa ira.

Gravemente ofendido, acusado de haver participado em uma espoliação, ao imputado aplica-se, com justeza, a lição, ainda uma vez, de Pier Eugênio Frola: "*In tale evento, si sa e si vuole ancôra dire quello che si dice, eche è offensivo, ma ben lungi de voler lèdere o di pensare a lèdere l'incolumità dell'onore altrui, noh si fà che reagire a l'offesa ricevûta, credendo do dire cosa vera e giústa e non vi è reato...* (p. 24)" ... "*come avverebbe nella fattispèce di alcuno il quale accusasse altri credendolo autore di un reato commesso a suo danno: giacchè in tal caso, il dolo é paralizzato dalla giusta ira per l'offesa ricevûta, e dallo osdegno naturale contro chi vien creduto colpevole*" (*Delle Ingiurie e deffamazioni*, Torino, 1890, p. 24).

Pela convergência das três premissas postas e pelas circunstâncias da espécie, força é ter-se como afastada a emergência de qualquer figura delituosa. O imputado não praticou delito nenhum. Houve-se, ao contrário, no caso, digna e corretamente, de resto, em todo os atos de sua vida.

## Desapropriação

### — natureza jurídica

Quando a *Constituição Federal* "assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade" (art. 141, *caput*)<sup>1</sup> do mesmo passo que estabelece a desapropriação "por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro" (art. 141, § 16)<sup>2</sup>, deixa evidente e fora de toda a dúvida que a faculdade estatal de desapropriar somente se poderá exercer, através de procedimento, no qual se julgue *a priori* da justiça da indenização, e pelo qual se compila a entidade pública desapropriante a pagá-la previamente, em dinheiro. Sem esse procedimento anterior à sua consumação, a desapropriação importaria violação do direito de propriedade, que, em tais termos, é garantido pela *Constituição*; transformando-se a desapro-

1. Ver art. 153, *caput* da *Constituição Federal de 1967*.

2. Ver art. 153, § 22 da *Constituição Federal de 1967*.

3. Ver art. 153, § 4º da Constituição Federal de 1967.

priação mesma, contra todos os princípios, num ilícito jurídico, cujas conseqüências, à entidade pública desapropriante, incumbiria indenizar, a par e independentemente da indenização devida pelo bem desapropriado. Esse procedimento, além do julgamento acerca da justiça da indenização, abrangerá, também, a censura prévia dos pressupostos constitucionais ou legais da desapropriação. Nenhuma lei ou ato estatal lhe poderá retirar essa abrangência. Vedá-lo-ia a *Constituição*, ao prescrever que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual" (art. 141, § 4º)<sup>3</sup>.

Requer, conseqüentemente, a desapropriação, a fim de executar-se, procedimento, no qual e pelo qual (a) se julgue da sua constitucionalidade ou legalidade; (b) se julgue da justiça da indenização; e (c) se compila a entidade pública desapropriante a pagar a indenização devida, previamente em dinheiro.

Somente o processo judicial reúne esses requisitos. Nenhum procedimento administrativo, no regime constitucional brasileiro, pode conduzir, senão a uma decisão: as autoridades administrativas decidem, mas não julgam. Somente o Poder Judiciário julga (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, Rio de Janeiro, s.d., t. II, p. 155). Nem, de outra parte, o juízo arbitral poderia substituir-se, para execução da desapropriação, aos juízes e tribunais estatais. Na verdade, não encontra, o juízo arbitral, o título ou causa de seu poder decisório, ou sentencial, na *Constituição* mesma (Ruy Barbosa, *Comentários à Constituição Federal Brasileira, coligidos e ordenados por Homero Pires*, t. IV, São Paulo, 1933, p. 53 e 54), e, à sua vez, as *Constituições* são e têm de ser auto-suficientes, na organização do poder: consiste nisso a essência da soberania (conforme A. Hänel, *Deutschesstaatsrecht*, t. I, Leipzig, 1892, § 15, p. 113).

4. Ver art. 153, *caput*, da Constituição Federal de 1967.

Ao demais, o juízo arbitral, na execução da desapropriação, importaria infringência direta da "inviolabilidade dos direitos", concernentes à propriedade (art. 141, *caput*, *Constituição Federal*)<sup>4</sup>. Inviolabilidade quer dizer intangibilidade, fora das vias de direito. A garantia da inviolabilidade, dos direitos concernentes à propriedade é a garantia das vias de direito, para a vulneração *de facto* da propriedade pelo Estado, — a garantia do "*due process of law*" (conforme W. Gelhorn e C. Byse, *Administrative law, cases and coments*, Brooklyn, 1954, p. 715 e seguintes), do "*Rechtsweg*" (T. Maunz, *Deutschesstaatsrecht*, München u. Berlin, 1958, § 15, p. 111). A garantia constitucional das vias de direito é, a seu turno, inerência tradicional, e inerência sinalada, do instituto da desapropriação. Entre nós, o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, a propósito, determina que (a) "somente os juízes que tiverem garantia de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, poderão conhecer dos processos de desapropriação" (art. 12), (b) "não se permitindo... (nos processos de desapropriação) outros termos e atos, além dos por ela (a lei) admitidos, nem o seu processamento por forma diversa da que por ela é regulada" (art. 41). O juízo arbitral, ao revés, "no fundo, ... é renúncia ao juízo estatal, à processualidade estatal da relação jurídica entre as partes e a pessoa que tem,

em virtude de seu estatuto, a cognição" (Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. VI, Rio de Janeiro, 1949, p. 543; conforme C. Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, trad. de J. Guimarães Menegale, t. I, São Paulo, 1942, p. 132)

Do exposto, as conclusões seguintes:

(a) A desapropriação, ainda, que executável por acordo (art. 10, Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941) não é suscetível de juízo arbitral. O processo de desapropriação é, em qualquer hipótese (acordo ou procedimento judiciário) a execução de um ato de *imperium* (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XIV, Rio de Janeiro, 1955, § 1.621, n.º 1, p. 230; § 1.621, n.º 4, p. 238). Execução de ato de *imperium* o processo de desapropriação manifestamente não poderá ser deferido a órgão não criado ou previsto pela *Constituição*.

(b) Autorização legislativa para 'acordo' (art. 10, Decreto-Lei n.º 3.362) não importa autorização para firmar compromisso. "O poder de transigir não importa o de firmar compromisso" (art. 1.295, § 2.º, *Código Civil*), conforme Pontes de Miranda, obra citada, t. XXVI, Rio de Janeiro, 1950, § 3.180, n.º 2, p. 323.

(c) "O Poder Executivo, só por si, não pode assinar compromisso" (Pontes de Miranda, obra citada, t. XXVI, § 3.181, n.º 5, p. 327) que, de resto, para execução de desapropriação, ainda com autorização legislativa estadual ou municipal (conforme o caso), — salva disposição de lei federal que o legitimasse previamente e de alteração constitucional que, a esta última, a permitisse, — seria, de todo em todo, nulo e de nenhum efeito.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

## *Desapropriação territorial indevida*

Trata-se de desapropriação irregularmente decretada e irregularmente executada pela Municipalidade.

O Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, se abrange, entre os casos de desapropriação, "o loteamento de terrenos edificados, ou não, para sua melhor utilização econômica, higiene ou estética" (art. 5, *l*), não admite, entretanto se desaproprie para 'reloteamento'.

O reloteamento supõe a redução a unidade de lotes já constituídos, e a ulterior distribuição, entre os mesmos proprietários da unidade resultante, em novos lotes a constituir. Em conseqüência, — havido como desapropriação (contra, E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, t. I, München, u. Berlin, § 17, p. 283; Hans J. Wolff, *Verwaltungsrecht*, t. I, München u. Berlin, 1958, § 62, p. 313) — o reloteamento implicaria desapropriação com indenização a ser satisfeita com parcela nova do total dos imóveis desapropriados

(W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931, § 18, p. 408), e a desapropriação, entre nós, reclama, hoje por disposição constitucional (art. 141, § 16, *Constituição Federal*), indenização em dinheiro, não admitindo o mesmo Decreto-lei n.º 3.365 fosse, já então, a indenização satisfeita, senão "em moeda corrente" ou, precedendo autorização do Poder Legislativo, "em títulos da dívida pública federal, .... de acordo com a cotação" (art. 32).

Na verdade, o loteamento não pode caracterizar-se (entre nós, ao menos) como desapropriação. É visto, e claramente visto, que não pode reputar-se implicitamente incluído entre os casos do desapropriação, previstos em lei, os quais, se abrangem o 'loteamento', não se poderá entender, por isso mesmo, que abrangem mais que o 'loteamento', simplesmente tal.

Foi, igualmente, irregular a execução da desapropriação assim irregularmente decretada. Fez-se, ela, sem processo judicial nem convenção amigável (art. 10, Decreto-lei n.º 3.365), sem indenização, nem sequer *in natura*. Tomou, destarte, o comportamento da administração, no caso, e caracterizadamente, a feição da desapropriação indireta (conforme De Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1953, n.º 1.592, p. 810; M. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, s.d., p. 423; etc.)

Cabe, ao proprietário assim despojado do que lhe pertence, enquanto não delida por prescrição a ação correspondente, indenização do valor da propriedade, do uso e fruição, de que, entretentes, foi privado, do dano extraordinário, acaso afligido às suas propriedades contíguas (art. 37, Decreto-lei n.º 3.365) além da dos prejuízos que o duplo ilícito administrativo (irregularidade da desapropriação e irregularidade da execução desta) lhe haja imposto a seu patrimônio.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 12 de abril de 1960.

## *Despachante aduaneiro e posto de oficial de reserva — possibilidade de acumulação de funções*

*Consulta* — Pode oficial do Exército Nacional transferido para a reserva exercer a função de ajudante de despachante aduaneiro?

*Parecer* — Declara-se no artigo 11 de Decreto-lei n.º 4.014, de

13 de janeiro de 1942, que "as funções de despachante aduaneiro e de ajudante são incompatíveis com qualquer função pública". Essas funções, entretanto, compreendem-se entre as dos agentes auxiliares do comércio, e não no número das funções públicas (art. 29, Decreto-lei n.º 4.014). Trata-se pois, realmente, de incompatibilidade pura e simples, que se não complica com o problema da acumulação de cargos e funções públicas (art. 185 *Constituição Federal*). A aplicabilidade aos despachantes aduaneiros e seus ajudantes, em suas relações com o fisco, das leis e regulamentos atinentes aos servidores públicos não se pode, com efeito, estender àquelas disposições como as pertinentes à acumulação de cargos e funções, que têm como pressuposto, exatamente, a qualificação legal do sujeito em causa como servidor público, de vez que a lei, com respeito aos despachantes e seus ajudantes, explicitamente declara que "não são (eles) servidores públicos" (art. 29, Decreto-lei n.º 4.014). Ora, somente aos militares da ativa e aos da reserva ativa da Marinha são vedados as atividades de natureza mercantil, como "fazer parte de firmas comerciais, de empresas industriais de qualquer natureza, ou nelas exercer função ou emprego remunerado" (Decreto-lei n.º 9.698, de 2 de setembro de 1946, art. 30). Não mais sendo o oficial do Exército Nacional, transferido para a reserva, "militar da ativa", e, de outra parte, achando-se o militar da reserva em "situação de inatividade" (art. 5, § 1 e § 2, Decreto-lei n.º 9.698), parece-nos que não é vedado ao oficial do Exército Nacional transferido para a reserva o exercício das funções de ajudante de despachante aduaneiro.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 28 de outubro de 1949.

## *Direito de preferência*

O direito de preferência para a subscrição de ações novas, na hipótese de aumento de capital, é um direito corporativo (Wieland *Handelsrecht*, t. II, *Die Kapitalgesellschaften*, München V. Leipzig, 1931, § 104, p. 169; § 107, p. 185), cujo exercício se determina "na proporção do número de ações" de propriedade de cada acionista (art. 111, *L. S. A.*). É o direito corporativo de ingresso na sociedade, à ocasião da dilatação desta, por aumento do capital, direito recusado aos não-acionistas, que os acionistas, entretanto, podem ceder a terceiros.

Esse direito corporativo é condicionado, inteiramente, em seu exercício, pela propriedade de uma ou mais ações, e de tal sorte que o exercício desse direito segue, *quoad finem*, a condição da propriedade a que se subordina (Croizat, *La Notion de fruits en droit privé et de revenus en droit fiscal*, Paris, 1926, p. 197). Se a propriedade é inalienável, inalienável é o direito de preferência, salvo se o contrário resultar da instituição da cláusula; se a propriedade, está sujeita a usufruto, o usufrutuário não o poderá exercer, senão se o nu-

proprietário o não exercer (art. III, § 4, L. S. A.); se a propriedade está gravada por fideicomisso, o direito de preferência somente passa ao fideicomissário se o fiduciário o não exercer (art. 111, § 4, L. S. A.).

Não é, contudo, o direito de preferência, uma acessão da ação, encontra-se, antes, com respeito a esta, numa relação de paraper-tinencialidade (conforme Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. II, Rio de Janeiro, 1954, § 149, n.º 2, p. 132), quer dizer, numa relação de pertinência, dita paraper-tinencial, porque estabelecida entre direitos, e não entre coisas corpóreas.

As pertenças "não são acessórios" (Pontes de Miranda, obra citada, t. II, § 142, n.º 1, p. 110), mas coisas, com existência independente, a serviço de outra coisa, havida como principal (Pontes de Miranda, obra citada, t. II, § 145, n.º 1, p. 124). Entre o direito de preferência e a ação primitiva, a mesma lei estabelece a relação paraper-tinencial (art. 111, L. S. A.): o direito de preferência é o direito de ingresso no espaço social livre que o aumento do capital da empresa abre o grupo societário — direito do acionista, a serviço dos direitos que a propriedade das ações primitivas lhe assegura, para permitir-lhe o distendê-los a número proporcional de ações novas.

Em consequência, subscritas as ações novas, em virtude do exercício do direito de preferência, extinta fica a relação de paraper-tinencialidade, restrita àquele, tão-somente: as ações novas que não são subscritas por virtude de acessão nascem livres da inalienabilidade, do usufruto ou do fideicomisso, acaso incidentes sobre as ações primitivas.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

## *Direito de trabalho e competência municipal*

A matéria, que é conteúdo do projeto n.º XVII/59, apresentado à Câmara Municipal de Caxias do Sul, escapa, e manifestamente, aos lindes da competência legislativa municipal.

Quanto aos servidores públicos, se deles se cogitasse, a lei municipal teria de adscrever-se à disciplina do trabalho público, observadas as 'normas mínimas', prescritas na *Constituição do Estado* (art. 145, *Constituição Estadual*), as quais, a despeito da diretiva programática da mesma *Constituição* (art. 218), não supõem nem comportam a recepção integral da legislação do trabalho na regulação do trabalho público. Quanto ao trabalho privado, e às garantias do trabalhador, o campo de aplicação da legislação do trabalho é cogentemente delimitado pela Introdução (art. 7.º) da *Consolidação*

1. Ver art. 8º, XVII, b, da Constituição Federal de 1967.

das Leis do Trabalho, e somente à lei federal compete dispor a respeito (art. 5º, XV, a, Constituição Federal)<sup>1</sup>.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 28 de dezembro de 1959.

## *Distribuição de fundo de reserva em proporção ao capital realizado*

*Consulta* — Desrespeita a norma do artigo 78, a, da *Lei de Sociedade por Ações L. S. A.* a distribuição de dividendos, calculados a uma taxa uniforme para todas as ações, mas em função do capital realizado, quando embora todas da mesma classe ou categoria, nem todas se encontram liberadas?

Desrespeita a norma do artigo 78, a, da *Lei de Sociedade por Ações L. S. A.* a atribuição aos acionistas de parte de um fundo de reserva, em quantia igual para cada ação, todas da mesma classe ou categoria, fazendo-se, porém, vinculativamente a atribuição às ações não liberadas por crédito para integração delas?

Têm os acionistas primitivos, possuidores de ações liberadas, relativamente a acionistas novos, possuidores de ações não liberadas, decorrentes de ulterior aumento de capital, direito adquirido sobre as somas levadas a reservas até a data da emissão das novas ações?

*Exposição* — Pela disposição do artigo 78, letra a, da *Lei de Sociedades por Ações — L. S. A.*, o direito, reconhecido ao acionista, de participar dos lucros sociais subordina-se “à regra da igualdade de tratamento para todos os acionistas da mesma classe ou categoria”.

Desavisada interpretação dessa disposição legal poderia conduzir à conclusão de que a distribuição dos lucros sociais devesse fazer-se sem atenção ao capital realizado ou, seja, à importância da contribuição de cada acionista realmente vertida no acervo social.

Na verdade, porém, a inteligência do disposto na letra a do artigo 78 elucida-se com a disposição da letra b do mesmo artigo. Aí se estabelece que ao acionista cabe o direito de participar do acervo social, no caso de liquidação da sociedade, “nas mesmas condições da letra a”

Ora, não é possível admitir-se que o acionista possuidor de ação com prestações de capital ainda a realizar receba, no acervo

social, uma quota igual à do acionista possuidor de ação liberada, sem deduzir-se previamente daquela quota a soma das prestações então ainda devidas. A igualdade de tratamento para com os acionistas, quanto à partilha do acervo social, supõe necessariamente a igualdade de situação entre eles, no tocante à realização do capital social. E se assim é, também a igualdade de tratamento quanto à partilha anual dos lucros, *a pari*, "nas mesmas condições", segundo a expressão do texto legal, há de apoiar-se no mesmo pressuposto.

É certo que, para o cálculo do valor de reembolso, caível ao acionista cedente, a lei determina, sem atenção ao capital realizado, seja como tal tomado "o resultado da divisão do ativo líquido... pelo número de ações em circulação" (art. 107, § 1). Mas, de outro lado, o pagamento dessa quantia não poderá fazer-se sem dedução prévia das prestações de capital acaso ainda a realizar, por isso que, se não vierem a ser colocadas pelo valor de reembolso as ações reembolsadas, "o capital social considerar-se-á reduzido em importância correspondente ao valor nominal daquelas ações" (art. 107, § 2). De feito, não liberada a ação, computar-se-lhe no valor de reembolso a cifra nominal do capital e, depois, reduzir-se este de importância correspondente, equivaleria a fazer-se uma dupla doação, a cargo da sociedade e em proveito de acionista, que, por tal modo, teria remitida a obrigação de realizar o que faltava à integração da ação e, ao mesmo tempo, receberia, em restituição, essa mesma parte não realizada, como se a houvesse vertido no acervo social. Ora, "*donationis causa societas recte non contrahitur*" (*Digesto*, lib. X, tit. III, pro socio, fr. 5, § 2): — "*nec dissolvitur*", poderia acrescentar-se.

No sistema, pois, do Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, a igualdade de tratamento para com os acionistas tem como medida de aplicação concreta as respectivas contribuições já realizadas para a formação do capital social.

Não admitidas em nosso direito ações industriais, ações de trabalho *et alia*, à sociedade anônima brasileira aplica-se com justeza o velho brocardo: "*non est societas sine communione*"; donde, como corolário, aplicarem-se-lhe também as regras próprias da comunhão, segundo as quais a distribuição de frutos (*Digesto*, liv. XXII, tit. I, de usuris, fr. 25) e a partilha do acervo (*Código*, liv. III, tit. XXXVII, *communi dividundo* 22.1) se hão de operar em proporção às quotas de co-propriedade ou, seja, em proporção ao capital realizado.

Esse é, de resto o princípio acolhido, com respeito às sociedades mercantes em geral, pelo art. 330 do *Código do Comércio* (conforme Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, t. III, 2 ed., Rio de Janeiro, 1933, nº 558, p. 45) e reiterado, quanto às sociedades civis, pelo artigo 1.381 do *Código Civil* (conforme Clóvis Bevilacqua, no *Manual do Código Civil Brasileiro*, de Paulo de Lacerda, t. XIV, Rio de Janeiro, 1918, nº 80, p. 70 e 71).

Resulta do que fica dito que, coexistindo, na mesma sociedade, ações liberadas e ações com entradas ainda a realizar, aos possuidores destas últimas não se poderia, sem violação do sistema le-

gal, atribuir-lhes, a título de frutos, mais do que pudesse caber-lhes, segundo uma taxa, igualitária para todas as ações da mesma classe ou categoria, referida, porém, para o efeito de cálculo, ao capital realizado de cada ação; nem, a título de antecipação ou restituição de capital, qualquer quantia, igual para todas as ações da mesma classe ou categoria, de que previamente se não deduzisse, a fim de assegurar a igualdade de contribuições entre todos os acionistas, a soma das prestações a realizar em cada ação.

A primeira conclusão endereça-se à partilha dos lucros anuais: a segunda, fora do caso de liquidação da sociedade, às atribuições extraordinárias de reservas, feitas durante a existência da sociedade.

Particularmente quando creditadas, por deliberação da assembléia geral, à conta de acionistas para integração de ações ainda não liberadas, as importâncias assim atribuídas refogem duplamente à qualificação jurídica como frutos: pela origem e pela destinação.

Quanto à origem, as reservas nunca constituem frutos, mas, sim, capital; daí que a mesma distribuição delas em numerário se considere como antecipação de partilha do acervo social (Croizat, *La Notion de fruits en droit privé et de revenus en droit fiscal*, Paris, 1926, p. 143 *et passim*). Quanto à destinação, o crédito de tais importâncias à conta de acionistas para integração de ações, em virtude de deliberação da assembléia geral, importaria, em qualquer caso (ainda quando fossem elas consideradas frutos), uma capitalização, no mais perfeito sentido da palavra; e, nas sociedades, os frutos, capitalizados por obra da lei, dos estatutos ou da assembléia geral, o direito não os conceitua como frutos, mas como capital (conforme Vavasseur, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, Paris, 1910, t. I, n.º 521, p. 463).

Ao demais, creditadas a acionistas para integração de ações ainda não liberadas, tais importâncias preenchem diretamente a condição essencial a uma distribuição dessa natureza, a saber: o completamento da versão do capital de cada ação, antes de qualquer distribuição em efetivo, por antecipada partilha do acervo social.

Enfim, no conceito legal de igualdade de tratamento para com os acionistas da mesma classe ou categoria, faz-se abstração do tempo ou, seja, da prioridade cronológica dos acionistas, segundo a data de emissão das respectivas ações.

Se a acionistas primitivos vêm juntar-se acionistas novos, por virtude de ulterior emissão de ações em consequência de aumento do capital social, a precedência cronológica daqueles sobre estes não produz qualquer prelação de direitos, no tocante à partilha dos lucros sociais ou, em caso de liquidação da sociedade, à do próprio acervo social. Aos acionistas primitivos, em tais circunstâncias, não se lhes pode reconhecer qualquer 'direito adquirido' sobre os lucros retidos como reservas no patrimônio social (Croizat, obra citada, p. 140), de vez que não se pode estabelecer entre eles, face ao crescimento progressivo das reservas e do patrimônio social, qualquer distinção *ratione temporis*.

Na verdade, o direito do acionista sobre as reservas sociais, ainda mesmo sobre as destinadas a distribuição, é "um direito coletivo, subordinado a todas as decisões contrárias que viesse a tomar uma assembléia gera": "un droit collectif, soumis à toutes les décisions contraires que viendrait à prendre une assemblée générale" (Copper Royer, *Traité théorique et pratique sur les sociétés anonymes*, Paris, s.d., 3 ed., t. II, n.º 361, p. 168).

Este é o nosso parecer, s,m,j.

Porto Alegre, 3 de dezembro de 1948.

## *Fundação Católica de Medicina* — *natureza jurídica* *de decreto-lei que autoriza* *seu funcionamento* *como fundação.*

Pelo Decreto-Lei n.º 781, de 22 de agosto de 1969, regulou, *speciali modo*, a União, a instituição de uma fundação, de direito privado (art. 1.º), tendo como "fins... a formação de profissionais de medicina, a realização de estudos e pesquisas e a divulgação científica e tecnológica, especialmente aplicadas, em bases nacionais, à cito-oncologia" (art. 2.º). Denominar-se-ia, a fundação, Faculdade Católica de Medicina de Porto Alegre (art. 1.º).

A dotação da fundação (art. 24, *Código Civil*) abrangeria os "bens móveis e imóveis, de que atualmente a Faculdade Católica de Medicina tivesse o uso e posse, e que lhe seriam doados pela Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre" (art. 3.º, I), prescrevendo-se, para logo, que, "no caso de extinguir-se a fundação, ou se (houvesse) mudança de suas finalidades, ou de localização, ou, ainda, se o hospital geral da Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre (deixasse) de ser utilizado no ensino de clínicas da instituição, ... (aqueles) bens (reverteriam ao patrimônio da doadora" (art. 3.º, § 2).

Os recursos financeiros, para manutenção da instituição, derivariam, primariamente, das "dotações orçamentárias anualmente consignadas no orçamento geral da União" (art. 4.º, I), criando-se, correlatamente, para a instituição, a obrigação de garantir: "a) retribuição pecuniária, no nível dos padrões federais correspondentes, ao corpo docente e administrativo; b) manutenção, renovação e a ampliação das instalações e equipamentos, segundo as exigências

do ensino e da pesquisa; c) o funcionamento do Instituto de Pesquisas Cito-Oncológicas" (art. 4º I). Tal obrigação, imposta à instituição, prefixava, do mesmo passo, por antecipação, o montante das dotações orçamentárias, a serem consignadas, à instituição, no orçamento geral da União. Destinavam-se, estas, a 'assegurar' a execução da obrigação, naqueles termos, imposta à instituição (art. 4º I).

Tem, o Decreto-lei nº 781, de 22 de agosto de 1969, nessa parte, o caráter de uma lei em sentido meramente formal e é, na verdade, um ato jurídico em forma de lei, — um ato jurídico, do qual dimanam obrigações justapostas, incumbentes, de um lado, à União, e, de outro, à instituição. A distinção entre leis em sentido formal e leis em sentido material, remonta, quiçá, ao direito romano (Pernice, *Formelle Gesetze im römischen Rechte*, Berlin, 1888), mas, remonte, ou não, à antiga fonte clássica, a realidade é que não se pode, hoje, ignorar a distinção. Excelentemente, disse Pontes de Miranda: "O que a *Constituição* faz, quando inclui atribuição que não é legiferante (*juriferante*) nas atribuições do Poder Legislativo e a submete ao mesmo rito, é impor a feitura à semelhança da legislação, em forma de lei (*Comentários a Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*, Rio de Janeiro, 1970, t. I, p. 573). Aquelas disposições de Decreto-lei nº 781, de 22 de agosto de 1969, hão de ser interpretadas e aplicadas, conseqüentemente, como expressão de um ato jurídico, em forma de lei.

O ato jurídico, de que se cuida, é, segundo a classificação do direito privado, uma doação em forma de subvenção periódica, à conta do orçamento geral da União, gravada do encargo, consistente na obrigação, de que já se deu notícia, concomitantemente imposta à instituição. Tal doação somente se exinguiria, desaparecendo o doador (art. 1172, *Código Civil*) e, ao demais, gravada por encargo, haveria de ter-se por irrevogável (art. 1187, II, *Código Civil*). Recebe, a figura jurídica equipolente, no direito público, a designação de 'assistência financeira' dentre cujas modalidades se inclui, precisamente, a subvenção periódica (Marcelo Caetano, *Manual de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1970, t. II, nº 418, p. 1043). Nenhuma dúvida há, portanto, acerca da exigibilidade, pela donatária do objeto da doação, excluídos, tão-somente, os juros moratórios (art. 1179, *Código Civil*), como, igualmente, acerca da exigibilidade à mesma donatária, do cumprimento do encargo, que grava a doação (art. 1180, *Código Civil*). O encargo (*modus*), à sua vez, limita o alcance da doação, modificando-lhe a feição de liberalidade para dar-lhe, *in hypothesi*, o efeito de contribuição ao interesse geral, ou, seja, restringido a doação à só finalidade de "pagar... tal benefício geral" (Marcelo Caetano, *Manual de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1970, t. II, nº 418, p. 1043).

Indúbio, pois, é o direito da fundação a reclamar da União a subvenção periódica, a que aquela se obrigou (art. 4º, I), em correlação com o encargo que, à mesma instituição, impôs, e tem, esta, fiel e rigorosamente, cumprido.

Não se argua que o Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969 (art. 3º, art. 4º) derogou as disposições do Decreto-lei nº 781,

de 22 de agosto de 1969, no que concerne aos aspectos financeiros da questão, de que se trata. Já ficou estabelecido que, nessa parte, o Decreto-lei n.º 781, de 22 de agosto de 1969, é simplesmente um ato jurídico em forma de lei, ou, diga-se novamente, lei em sentido formal. Basta, já agora, se assinale que a lei não prejudicará... o ato jurídico perfeito" (art. 153, § 3.º *Constituição Federal*), — com o que repelida fica, desde logo, toda e qualquer possibilidade de derrogação daquelas disposições, meramente negociais, do Decreto-lei n.º 781, de 22 de agosto de 1969, pelas regras jurídicas, lei em sentido material, editadas pelo Decreto-lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 2 de dezembro de 1971.

## *Fundação e Associação*

### *— aspectos tributários*

A fundação está subordinada à inspeção do poder público, exercitada através do Ministério Público (art. 26, *Código Civil*). Livre, somente, é a associação (art. 141, § 12, *Constituição Federal*), ressalvada a intervenção do poder público, para salvaguarda, quanto a algumas formas associativas, de interesse público relevante (art. 20, § 1.º, *Código Civil*, etc).

Tanto as associações como as fundações, "de educação e assistência social", gozam de imunidade tributária, desde que suas rendas sejam aplicadas no país para os respectivos fins (art. 31, V, b<sup>1</sup>, *Constituição Federal*; art. 1.º, Lei n.º 3193, de 4 de julho de 1957)<sup>2</sup> ou, seja, "desde que não remunerem seus diretores, não distribuam lucros a qualquer título, e apliquem integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos sociais" (art. 17, b, Decreto n.º 55.866, de 25 de março de 1965)<sup>3</sup>. São, de outro lado, dedutíveis da renda, tributável ao contribuinte, os donativos feitos a instituições dessa natureza, aí compreendidas fundações e associações, contanto que reconhecidas de utilidade pública pela União, o Estado ou o Município (art. 51, e, Decreto n.º 55.866, de 25 de março de 1965).

Nada obsta, pois, a que a associação seja preferida à fundação, para as realizações da iniciativa privada, no campo da educação e da assistência social, desde que não aspire, essa, à inspeção imediata do poder público, reservada tão-somente às fundações. Não é mister se acrescentar que a disciplina jurídica, de que aqui se cuida, respeita, apenas, à pessoa jurídica, que se propõe a iniciativa, e não à obra ou estabelecimento em que esta venha a corporificar-se.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 29 de outubro de 1965.

1. Ver art. 19, c, da *Constituição Federal de 1967*.

2. Ver art. 14, do *Código Tributário Nacional*.

3. Ver. art. 14, § 3.º do *Código Tributário Nacional*.

# Imunidade tributária

## — entes e bens eclesiásticos

A Igreja Católica é, no Brasil, pessoa jurídica de direito público. Alhures, escrevemos: "A personalidade jurídica de direito público era já aceita ao nosso direito positivo, sob a vigência da *Constituição de 24 de fevereiro de 1891* (conforme Lacerda de Almeida, *A Igreja e o Estado*, Rio de Janeiro, 1924, p. 83), tornando-se evidente ao advento da *Constituição de 16 de julho de 1934* (conforme Levi Carneiro, *Conferências sobre a Constituição*, Rio de Janeiro, 1936, p. 96) (*Pareceres, direito privado*, Porto Alegre, 1963, p. 212).

No Brasil "o mesmo diploma político, que separou a Igreja do Estado (Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890), reconheceu a personalidade jurídica da Igreja, e reconheceu-a fora e acima de qualquer intervenção do poder público" (*Preparação à dogmática jurídica*, Porto Alegre, 1958, p. 87).

"Tal reconhecimento trouxe, para logo, como implicação necessária, o reconhecimento, já da multiplicidade de pessoas jurídicas que se subordinam e articulam como expressão jurídica da Igreja Católica, já da faculdade, que a esta, lhe é peculiar, *ad instar* do Estado, de gerar, em seu seio, novas pessoas jurídicas, por desmembramento ou subdivisão" (*Preparação à dogmática jurídica*, Porto Alegre, 1958, p. 87-88).

Em conseqüência, a criação de uma nova diocese, por desmembramento de outra, no seio da Igreja, é, diante de ordem civil, meramente um fato, por esta reconhecido, e não regulado (conforme *Princípios de direito administrativo*, Porto Alegre, 1964, p. 127). A personalidade jurídica da nova diocese é um fato de direito público, a ser simplesmente aceito como tal, na ordem civil, independentemente de qualquer providência específica.

Quanto aos bens imóveis, trasladados, pelo desmembramento, da diocese originária para a nova, há de ser o fato averbado à margem das transcrições correspondentes, no Registro de Imóveis, como se precederia, quanto a "quaisquer outras circunstâncias, que (afetassem) o registro ou as pessoas nele interessadas" (art. 285, Decreto-lei nº 5.860, de 30 de setembro de 1943). A averbação far-se-á, de conformidade com certidão expedida pela Câmara Eclesiástica da diocese em nome da qual os mesmos imóveis se encontrarem transcritos.

Certidão da bula de criação da nova diocese e da ata de sua instalação, levada às repartições competentes, será o bastante para alcançar-lhe seja assegurada a imunidade tributária, que a *Constituição* lhe espacia, a par da faculdade de postulação, no que concerne a subvenções e auxílios, previstos em lei.

Acerca da imunidade tributária, é de observar-se que casa paroquial há de reputar-se pertença-imóvel do tempo paroquial, mantendo, aquela, "a sua independência como coisa, posto que ajude a coisa principal, entrando, de algum modo, no lugar que essa ocupa no espaço geográfico e econômico" (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. II, Rio de Janeiro, 1954, § 143, n.º 2, p. 118) e não obstante à sua condição de pertença, a circunstância de ser imóvel (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. II, Rio de Janeiro, 1954, § 143, n.ºs 2 e 3, p. 120-121). Pertença do tempo paroquial, à casa paroquial estender-se-á, indubiamente, a imunidade do art. 19, III, b, da *Constituição Federal*.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 4 de julho de 1972.

## *Junta comercial*

### *— Diretor secretário*

Foi o Governo, pelo Decreto n.º 2.662, de 9 de outubro de 1875, autorizado a "suprimir os Tribunais e Conservatórios do Comércio, passando a ser exercidas por juntas e inspetorias comerciais... as respectivas atribuições" (art. 1). O decreto n.º 6.384, de 30 de novembro de 1876, deu organização às juntas e inspetorias comerciais e, quanto àquelas, salva a da capital do Império, prescreveu que seriam compostas de um presidente, um secretário letrado, quatro deputados e dois suplentes, ao passo que na da capital do Império haveria seis deputados e três suplentes (art. 3.º).

Acerca dos secretários, dispunha o Decreto n.º 6.384 (art. 4.º al. III): "os secretários serão nomeados pelo Governo Imperial e poderão ser removidos, quando o bem do serviço público o exigir". Acrescentava a propósito, o mesmo Decreto n.º 6.384 (art. 10): "os secretários das juntas comerciais serão nomeados dentre os bacharéis formados em direito".

As expressões do Decreto n.º 6.384, acerca das condições de permanência dos secretários das juntas comerciais assemelham-se às da *Constituição Imperial*, de 1824, acerca dos presidentes das províncias: "haverá em cada província, um presidente nomeado pelo Imperador, que o poderá remover quando entender que assim convém ao bom serviço do Estado" (art. 165). Assemelham-se, por igual, às da disposição do Decreto n.º 120, de 31 de janeiro, de 1842, acerca dos chefes de polícia que, nomeados pelo Imperador, dentre os desembargadores e juizes de direito, seriam "conservados nos lugares enquanto bem servissem e o Governo julgasse conveniente" (art. 22). Daí poderia concluir-se que os secretários das juntas comerciais segundo o Decreto n.º 6.384, de 30 de novembro de 1876, seriam meramente funcionários da confiança do governo, pendente

a sua permanência nos cargos respectivos do arbítrio ou plácito daquele último.

Quando eram eles, porém — anteriormente à supressão dos tribunais no comércio, — nomeados dentre os membros destes, de acordo com a disposição do art. 37 do Decreto n.º 738, de 25 de novembro de 1850, determinava-se que serviriam “por todo o tempo de sua eleição” (art. 37), isto é, pelo tempo de quatro anos (art. 4, Tit. único, *Código comentado*). Ora, tradição de nosso direito é que, nomeado o funcionário *ad certum tempus* ou *ad vitam*, — quer dizer, sem cláusula de interinidade ou sem implícita transitoriedade na função e sem limitação de prazo, — não pode ser ele demitido sem causa que lhe seja imputável. Jorge de Cabedo disse, excelentemente: “*officium si princeps alicui concessit ad vitam vel ad certum tempus non potest sine justa causa ante tempus illi auferre*” (Decisiones, Antuerpiae, 1734, pars. II dec. 20, n.º 1, p. 30). De outro lado, a cláusula “*ad beneplacitum*”, os nossos velhos doutores a entendiam como equivalente à cláusula “*ad vitam*”. Assim, Domingos Antunes Portugal: “*si princeps alicui officium concessit vel Ad Beneplacitum et illud officium aufert sine causa vel etiam ex causa Privatae utilitatis seu publicae absque demerito possidentis tenetur ad satisfactionem*” (*Tractatus de donationibus jurium et bonorum regiae coronae*, Lugduni, 1726 t. I lib. II cap. XII, n.º 12, p. 191). Fiel a essa tradição, manteve-se a fórmula de Ruy Barbosa, sobre as condições de permanência dos funcionários nos respectivos cargos, durante a primeira República: “por via de regra, o poder que livremente nomeia, livremente demite. Mas esse arbítrio pode sofrer restrições, e as sofre. Esse poder se restringe, em primeiro lugar, se a função está colado ... o privilégio da vitaliciedade. Restringe-se, em segundo lugar, se a nomeação estipula, como cláusula, a ela inerente, um prazo... de serviço. Em terceiro lugar, ainda se restringe, se a lei estabelece os casos de exoneração..., prescrevendo que o funcionário tem direito a ser mantido, enquanto bem servir” (*Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por Homero Pires, t. III, São Paulo, 1933, p. 239). Em harmonia com a mesma secular tradição, o aresto do Supremo Tribunal, de 16 de agosto de 1914: “a cláusula legal de ser conservado o funcionário enquanto bem servir exclui o arbítrio na sua demissão, que, para se justificar, é preciso se funde em faltas que denotem que o funcionário servia mal o cargo, em que foi investido (conforme Araújo Castro, *Estabilidade de funcionários públicos*, Rio de Janeiro, 1917, p., 93 e 94). Onde, dever corretamente concluir-se que, substituída a antiga nomeação “*ad certum tempus*” dos secretários das juntas comerciais, pela nova “*ad vitam ou ad beneplacitum*” e — a inexistente “*in casu*” o pressuposto da confiança inerente às funções dos presidentes das províncias e dos chefes de polícia, — não visou o decreto n.º 6.384, de 30 de novembro de 1976, a alterar a natureza jurídica do cargo de secretário de Tribunal do Comércio, e, já agora, de secretário de junta comercial, conferindo-lhe “*ex novo*” a feição de cargo de confiança, suscetível de livre demissão, ao arbítrio governamental.

Com essa mesma natureza jurídica, foi o cargo de secretário de junta comercial recebido pela legislação republicana. O decreto n.º 596 de 19 de julho de 1890, reproduziu nesse particular, as disposi-

ções do Decreto nº 6.384, de 30 de novembro de 1876. O secretário de junta comercial será nomeado "dentre os cidadãos graduados em direito e será conservado enquanto bem servir" (art. 5º). Em tais termos, o cargo passou à legislação estadual do Rio Grande do Sul. Assim o acolheram (sem qualquer modificação, acerca de seu regime jurídico) o decreto nº 42 A, de 2 de janeiro de 1895, provendo-o, este, com um bacharel em direito (art. 1º), apesar da aversão oficial da época aos diplomas científicos (art. 71, § 5 e § 6, *Constituição Estadual* de 1891), e o Decreto nº 3.534, de 31 de outubro de 1925 (art. 3º e parágrafo único), salva, quanto a este último, a discrepância de não exigir ele, em harmonia com a *Constituição Estadual* vigente, fosse a escolha do secretário circunscrita ao número dos formados ou graduados em direito.

A atribuição à União de competência privativa para legislar sobre juntas comerciais (art. 5º., XV, e, *Constituição Federal*), excluída a competência legislativa estadual, supletiva ou complementar (art. 6º, *Constituição Federal*), diversamente do texto constitucionai, de 1934 (art. 5º, § 3) — não revogou a legislação estadual anterior sobre a matéria, tornou-a meramente revogável por lei federal ulterior, e irrevogável, do mesmo passo, por disposição normativa, emanada do Estado.

Enquanto não sobreviver legislação federal a respeito, a legislação estadual continuará a ser aplicada e executada. Pontes de Miranda, a propósito de contingência análoga, advertiu, com a agudeza habitual: "enquanto isso não acontecer, viver-se-á a época de transição, que mantém sob a competência única a situação efetiva da pluralidade das legislações" (*Comentários à Constituição de 1934*, Rio de Janeiro, s.d., t.I, p. 220).

Fica visto, porém, e claramente visto que, — irrevogável desde 18 de setembro de 1946, data da promulgação da *Constituição Federal* vigente, a legislação estadual sobre a matéria por disposições normativas emanadas do Estado, — inaplicáveis são ao cargo, de que se cuida, as prescrições do Título VIII da *Constituição Estadual*, do Rio Grande do Sul, promulgada a 8 de julho de 1947, e quaisquer outras disposições normativas do Estado, ulteriormente editadas.

O cargo de diretor da Junta Comercial do Estado, — nome dado ao cargo de secretário pelo Decreto nº 261, de 20 de maio de 1941 (art. 1º), — é cargo de provimento efetivo, de livre nomeação do Governo do Estado, já que a legislação estadual suprimiu o requisito da escolha do respectivo ocupante dentre os graduados ou formados em direito (art. 71, §§ 5 e 6, *Constituição Estadual*, de 1891). Certo, a *Constituição Estadual*, de 14 de julho de 1891, determinava o concurso como via de ingresso no serviço público, mas indubiamente limitava essa exigência aos cargos, hoje ditos de carreira. O § 6º do art. 71 da *Constituição Estadual*, de então, é, a respeito inequívoco: "os cargos públicos civis serão providos, no grau inferior, mediante concurso... O provimento dos cargos médios será feito em virtude de acesso, por antigüidade e, excepcionalmente, por mérito. Os cargos superiores serão de livre nomeação do Governo..." "À sua vez, o cargo de secretário da Junta Comercial nunca se incluiu na estrutura orgânica dos serviços administrativos em termos

de gradação hierárquica ou de avanço profissional; foi, sempre, o que hoje se denomina cargo isolado.

Tratando-se de cargo de provimento efetivo, o seu preenchimento não poderia fazer-se em comissão, senão "ad interim", e quando fosse, o interino servidor público de outra entidade administrativa, transitoriamente, à disposição do estado. Ter-se-ia, nessa hipótese, a figura do funcionário em omissão (art. 89, *Estatuto Federal*), distinta da do cargo em comissão (e, g., art. 82, *Estatuto Federal*) delineada, aquela, pelo afastamento do funcionário, da entidade administrativa de origem mediante prévia autorização do Chefe do Executivo, "para fim determinado e prazo certo" (art. 34, parágrafo único, *Estatuto Federal*).

Fora dessa hipótese, a cláusula "em comissão" importaria fraude à disciplina legal de provimento do cargo. Verificada, portanto, essa situação, terá a cláusula de haver-se por ilícita, como inoperante ou não-aposta, quando não se prove que, sem ela não teria sido feita a nomeação. Conforme Ferrara, *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1914 n.º 127, p. 295): "*quod illicite adjectum est por non adjecto haberi*" (Marciano, *Digesto*, lib. XXII, tit. I, de usuris et fructibus, fr. 29).

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 29 de janeiro de 1959.

Porto Alegre, 5 de outubro de 1960.

Exm.º Sr.  
Dr. Marcus Soibelman Melzer.  
Nesta Capital.

Prezado Colega,

Acerca do parecer, que, a seu pedido, exarei sobre a situação jurídica do Diretor-Secretário da Junta Comercial do Rio Grande do Sul, impende-me o dever, atendendo ao pronunciamento judiciário a respeito, de dilucidar os motivos da omissão, no curso de minha exposição, de qualquer referência ao Decreto Estadual n.º 7.637, de 28 de dezembro de 1938.

Esse ato governamental, embora com conteúdo reservado aos atos legislativos, não passou de mero decreto do Poder Executivo, sem outra eficácia, senão a das disposições regulamentares em geral. Foi ele expedido pelo então Interventor Federal do Rio Grande do Sul, no uso das atribuições, a ele, conferidas pela *Constituição da República*. Ora, pela *Constituição de 1937*, então vigente, ao Interventor cabiam, primacialmente, as funções tocantes ao Poder Executivo (art. 9.º) e, entre essas funções, notadamente, a de expedir decretos e regulamentos para a execução das leis (art. 74, *a*, *Constituição de 1937*).

Certo, competia-lhe, por igual, enquanto Governo do Estado,

e até que a Assembléia Legislativa, então dissolvida (art. 178, *Constituição de 1937*), novamente se reunisse, o exercício das funções desta, nas matérias da competência estadual (art. 181, *Constituição de 1937*). Mas, indubitavelmente, não lhe era dado exercer essa competência, sob a forma de decretos. O mesmo Presidente da República enquanto às matérias da competência federal somente poderia exercer a sua competência legislativa, e somente a exercitava por via de decreto-leis (art. 180, *Constituição de 1937*).

A forma não prevaleceria, ou não deveria prevalecer, talvez, sobre o conteúdo, se o preâmbulo do ato governamental explicitasse a fonte da qual emanava o poder, em virtude do qual era expedido: e.g., se o Interventor Federal, no Rio Grande do Sul, invocasse, no preâmbulo do ato expedido, — não, o uso das atribuições a ele conferidas pela Constituição da República, — porém o das atribuições a ele conferidas pelo art. 181 da mesma Constituição. A *Constituição* conferia-lhe, concomitantemente, as funções do Poder Executivo (art. 9º) e as do Poder Legislativo (art. 181).

Essa questão, que suscitou controvérsia, durante os Governos Provisórios de 1889 a 1891 e de 1930 a 1934 (Costa Manso, Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 10 de Janeiro de 1934, Jurisprudência, t. XVI, p. 173), não se propõe, entretanto, à data em que o Decreto estadual nº 7.637 foi expedido, no plano das questões a serem resolvidas pelos esforços da doutrina ou pela autoridade dos arestos. Pelo Decreto-lei nº 1.202, de 8 de abril de 1939, a União dispõe acerca da organização da administração dos Estados. Essa disposição teve o caráter e os efeitos de uma modificação constitucional, — matéria, de regra, excluída da competência legislativa do Presidente da República (art. 13, *a*, *Constituição de 1937*), mas abrangida na competência legislativa, assegurada ao Presidente da República, até a instalação e reunião do Parlamento, pelo art. 180 da *Constituição*. Prescreve-se, realmente, nesse texto: "enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União", — não excluídas, pois, as indicadas no art. 13 entre as quais (a), a de modificar a *Constituição*, hipótese diversa, na técnica de 1937, da emenda ou da reforma constitucional (art. 174, *Constituição de 1937*). Ora, o Decreto-lei Federal nº 1.202 tornou insubsistentes, revogando-os, todos os atos estaduais anteriores, em discrepância com a *Constituição*, determinando que somente continuassem em vigor "as leis, os decretos, os regulamentos... dos Governos dos Estados," no em que não fossem "contrários à *Constituição* e às leis federais" (art. 55).

À sua vez, o Decreto estadual nº 7.637, fora de dúvida, pela forma, discrepa da *Constituição*, vestindo, com a forma do regulamento ou do decreto executivo, o que deveria revestir a forma da lei, ou, seja, do decreto-lei. Em conseqüência, tem de haver-se como revogado pela disposição do art. 55 do Decreto-lei Federal nº 1.202, de 8 de abril de 1939, em tudo quanto encerra do conteúdo legislativo e, particularmente, no que concerne à situação jurídica (que alterou profunda e substancialmente, como se lei fosse) do Diretor-Secretário da Junta Comercial do Estado.

Na verdade, trata-se de forma constitucional, e a violação das formas constitucionais acarreta inevitavelmente a invalidade da lei mesma (conforme Ruy Barbosa, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por Homero Pires, t. II, São Paulo, 1933, p. 507; conforme Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, Rio de Janeiro, 1957, n.º 369, nota 1 p. 383).

Revogado, por inconstitucionalidade formal, três meses após a sua expedição, o Decreto estadual n.º 7.637, de 28 de dezembro de 1938, não merecia, por conseguinte, e à evidência, qualquer menção na definição da situação jurídica do Diretor-Secretário da Junta Comercial do Estado, enquanto à sua feição e características atuais, felizmente restituídos, por aquela revogação, aos lindes de uma secular tradição jurídica.

Com este esclarecimento, valho-me do ensejo para renovar-lhé a segurança de meu alto apreço e particular consideração.

## Lagoa de águas privadas

A assim chamada Lagoa..., no litoral do Rio Grande do Sul, é uma lagoa morta, ainda que em comunicação com o mar. "Vivas são as que se comunicam com o mar e recebem dele a ação do fluxo e refluxo; mortas são as que não sofrem aquela ação, movendo-se as suas águas unicamente pelo regurgito e intumescência" (A. D. Gama, *Das Águas no direito civil brasileiro*, São Paulo, 1928, n.º 3, p. 15; N. I. Carvalho de Mendonça, *Rio e águas correntes em suas relações jurídicas*, 2 ed., Rio de Janeiro, 1939, n.º 2, p. 19).

A comunicação com o mar, entretanto, não a inclui *eo ipso* entre os lençóis d'água federais. Em comunicação com o mar, encontra-se também as camboas ou gamboas, tradicionalmente conumeradas, não obstante, entre as águas privadas (Voto do Ministro Edmundo Lins, no Acórdão, de 28 de junho de 1924, do Supremo Tribunal Federal, *Revista de Direito*, v. 73, p. 528 e seguintes; conforme Teixeira de Freitas, *Consolidação das leis civis*, 3, ed., Rio de Janeiro, 1874, art. 56, p. 63; Carlos de Carvalho, *Nova consolidação das leis civis*, Porto, 1915, art. 203, § 2, b, p. 72; Ribas, *Curso de direito civil brasileiro*, 4 ed., Rio de Janeiro, 1915, p. 441; Rodrigo Octavio, *Do Domínio da União e dos Estados*, 2 ed., São Paulo, 1924, n.º 91, p. 147, etc.).

Não se comunica, ela, de outro lado, com curso d'água, de qualquer natureza, nem brota de nascente, aparente ou conhecida; é *aqua quae pluvia crescit* (D. 39, 2, 1, 15). Não é, além disso, navegável ou flutuável. Trecho nenhum de sua extensão total comporta, em águas médias, navegação, com embarcação, de qualquer natureza, inclusive jangadas, em percurso não inferior à sua largura (art. 6.º, Decreto-Lei n.º 2.281, de 5 de junho de 1940). Trecho nenhum permite, em águas médias, o transporte de achas de lenha por flutuação em percurso, igual ou superior a cinquenta vezes a largura

média do lençol d'água no local (art. 6º, parágrafo único, Decreto-lei nº 2.281, de 5 de junho de 1940), acrescentando que, em águas paradas, o transporte por flutuação suporia, ordinariamente, o concurso de embarcação, ou de meio terrestre de tração, aquela, excluída pela inavegabilidade das águas, este, pela inexistência de servidão pública, em tal caso, às margens destas (art. 11, 2º, 14, *Código de Águas*).

Não existindo caminho público, que a torna acessível a todos, capaz de caracterizá-la como água comum de todos (art. 39 *Código de Águas*); não compreendida entre as águas públicas de uso comum (art. 2º, *Código de Águas*); nem entre as águas públicas dominicais, por isso que situada em propriedades privadas (art. 6º, *Código de Águas*), — a assim chamada Lagoa... deve qualificar-se como água privada, embora comum a mais de um proprietário (art. 7º, *Código de Águas*), e suscetível de transformar-se em água particular (art. 2º, § 3; 8º, *Código de Águas*), se substituídos por um só os múltiplos proprietários presentemente em causa.

O leito da assim chamada Lagoa... é, de resto, solo privado, como tal abrangido pelos títulos de propriedade das terras marginais, os quais, não raro, a estas, lhes fixam o limite "até à metade da lagoa". Essa circunstância reforça a convicção de que privadas deverão considerar-se as águas, de que, aqui, se cuida. O solo subjacente aos lagos e lagoas, até prova em contrário, presume-se de propriedade pública, se públicas são as águas que o recobrem, *ad instar*, diga-se, entretantes, do conjeturado critério romano (E. Codovilla, *Del Diritto delle acque*, t. I, Torino, 1905, nº 10, p. 37) de discriminação entre lagos públicos (D. 43, 1, 6, 7) e lagos privados (D. 18, 1, 69; D. 8, 3, 23, 1; D. 50, 16, 112). De outra parte, tendo sido as terras da região, em que a assim chamada Lagoa..., se situa, concedidas, originariamente, por sesmaria, a concessão, se abrangeu, explicitamente, o solo subjacente à lagoa, teria abrangido, também, implicitamente, as águas desta. De sesmaria, então se concediam terrenos submersos, para salinas ou azenhas, ou, seja, em atenção à finalidade da concessão, unidos à propriedade das águas sobrejacentes. Teixeira de Freitas observou, ao propósito: "Na antiga legislação, a palavra 'marinhas' designava os lugares na praia, onde se faziam salinas... antigamente, elas davam-se de sesmaria, e aforavam-se com o nome de salgados e sapais — Cabedo, Part. 2º, *Decisiones* 53, Alv. de 17 de julho de 1769" *Consolidação das leis civis*, 3 ed., Rio de Janeiro, 1874, art. 52, § 2, nota 16, p. 53). Jorge de Cabedo, na decisão mencionada, transcreve, à sua vez, uma carta de sesmaria, de 13 de fevereiro de 1435, na qual se concedem, a Fernando Esteves e Pero Vicente, na comarca de Ribatejo, "terra é rio por onde se elles podessem aproveitar, e ouvessem logradouros, entradas e saídas para dita acenha", que projetavam estabelecer (*Decisiones*, Antuerpiae; 1734, pars II, dec. 53, nº 5, p. 80). O velho diploma sinala, inequivocamente, a extensão do instituto da sesmaria, não só às marinhas para salinas, como a terrenos sub-fluviais e às águas sobrejacentes, aproveitáveis para azenhas ou moinhos. A concessão ou concessões, de sesmaria, da assim chamada Lagoa... teriam, ainda hoje, de haver-se como válidas, e só elidíveis por desapropriação em forma regular, a exemplo das concessões, pluri-

seculares sobre os lagos de Bracciano e Oggiono, na Itália (E. Guicciardi, *El Remanio*, Padova, 1934, nota 2, p. 94 e 95).

Deve, pois, a assim chamada Lagoa... no litoral do Rio Grande do Sul, reputar água privada, embora comum, e, enquanto comum, sujeita às restrições conaturais à comunhão (Almeida e Souza, *Tractado pratico e compendiário das águas*, Lisboa, 1827, § 73, p. 43 e seguintes).

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 26 de junho de 1961.

## *Legítima defesa e propaganda política*

Como resulta, a obrigatoriedade da irradiação de propaganda política, de um dever de direito público, a regra a aplicar-se é a que se exprime pela sentença romana: "*(est) iniquum damnosum cuique esse officium suum*" (*Digesto*, lib. XXIX, tit. III, fr. 7). Por aplicação dessa regra, escusa-se o jornal ou periódico de cumprir o dever de publicar a resposta de quem se julgue acusado por publicação anterior, se aquela resposta "contiver expressões caluniosas, injuriosas ou difamatórias para o jornal ou periódico" (art. 23, *b*, Lei nº 2.083, de 12 de novembro de 1953). Nesse sentido, e já de longa data, a doutrina (conforme Froja, *Delle ingiurie e diffamazioni*, Torino, 1890, p. 309).

Parece-me, pois, que, não obstante o dever de direito público que a lei lhe impõe, a qualquer estação de radiodifusão é lícito suspender a irradiação de programa de propaganda política, no curso do qual, à própria estação ou à empresa que lhe é a proprietária, sejam dirigidas expressões injuriosas ou difamatórias. Trata-se, e inequivocamente, de um ato de legítima defesa (art. 21, *Código Penal*; art. 160, II, *Código Civil*), como tal perfeitamente conforme ao direito.

Porto Alegre, 24 de setembro de 1962.

## *Lei de correção monetária e cláusula escalar — competência da União*

O curso legal proíbe se tome, nas obrigações de dinheiro, a

moeda corrente nacional por valor superior ou inferior ao que o Estado lhe atribui. Manifesta-se, de tal sorte, o princípio da igualdade de valor do meio legal de pagamento (conforme Enneccerus - Lehmann, *Schuldrecht*, Tübingen, 154, § 11, p. 44), que não exclui, entretanto, se estipule o pagamento em moeda diversas da nacional (art. 847, § 1, *Código Civil*), embora suponha ou, ao menos, possa supor (J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, 2 ed., t. V, parte II, Rio de Janeiro, 1934, n.º 446 ver, p. 20) a conversibilidade, a arbítrio do devedor, da moeda estrangeira em moeda nacional à taxa de câmbio aplicável (art. 947, § 2, *Código Civil*). Na verdade, — *"autre chose est en effet de stipuler qu'un paiement sera fait en telle ou telle monnaie, soit française, soit étrangère, ce qui est très licite; autre chose est de stipuler que la monnaie française, avec laquelle le paiement doit avoir lieu, sera prise por une valeur inférieure ou supérieure à celle qui lui attribuera le cours légal"* (Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, Paris, 1871, § 318, nota 12, p. 160).

O curso forçado supõe a inconversibilidade da moeda fiduciária, nas relações, a respeito, entre o público e o Estado. Elide-se, dessarte, com o curso forçado, o fundamento mesmo do curso legal ou, seja, o princípio da igualdade de valor do meio legal de pagamento, já que não poderão reputar-se nunca por equivalentes, em termos econômicos, ouro ou papel conversível em ouro, e papel fiduciário inconversível, a circularem simultaneamente. Dessa desigualdade de valor do meio legal de pagamento, provém a consequência que se enuncia pela assim chamada lei de Gresham: *"the worse coins will tend to drive the better from circulation"* (conforme Thompson's, *Dictionary of banking*, London, 1957, p. 304). Mas o princípio, sem embargo, por autoridade do Estado, continua a prevalecer, e a moeda fiduciária inconversível, a ter curso legal (conforme Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Paris, 1926, n.º 423, p. 153). É força, então, se obste à estipulação, nas obrigações de dinheiro, de espécie determinada de moeda, ou quantidade de ouro correspondente (art. 1.º, Decreto n.º 23.501, de 27 de novembro de 1933), e se não mais tolere, como objeto da prestação, em tais obrigações, "moeda que não seja a corrente, pelo seu valor legal" (art. 2.º, Decreto n.º 23.501 obra citada). Esse o estado presente de nossa legislação. O problema e a solução, certamente, não são novos. Salgado de Somoza, *exempli gratia*, faz já alusão a disposição régia, de Filipe IV, da Espanha, no século XVII, pela qual se regula e limita a estipulação de ágio sobre as moedas de metal nobre, 'los premios de trueco' das 'monedas de vellon, oro o plata' (*Labyrinthus creditorum*, Lugduni, 1654, t. I, pars II, cap. VIII, n.º 92, p. 426).

Longos períodos de moeda má impõem, realmente, ao Estado, a necessidade de interferir, na estrutura mesma da obrigação de dinheiro, a fim de promover, primeiro, a eficácia financeira do curso forçado, depois, e contraditoriamente, o restabelecimento do equilíbrio econômico, assim destruído — necessidade que alcança o máximo de cogência, quando se trata de papel fiduciário, de curso forçado, pelo qual se faz, do curso legal, ficção total, ostensiva em sua irrealdade. Nascem, dessa necessidade, — a par das leis restritivas, por motivos financeiros, da liberdade de convenção, já apontadas, — as

leis interventivas, aplicáveis às situações vigentes, ditas de revalorização, de reajustamento ou de correção monetária (conforme Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXVI, Rio de Janeiro, 1959, § 3173, n.º 1, p. 295) Entre nós, com tal endereço, a Lei n.º 4537, de 16 de julho de 1964, a Lei n.º 4494, de 25 de novembro de 1964, etc. Já muito antes, porém, no tocante às relações patrimoniais entre o Estado e seus funcionários, a *Constituição*, de 18 de setembro de 1946, prescrevera, explicitamente: "os proventos da inatividade serão revisitos, sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade" (art. 193). Tal é, na verdade, o sentido, também, dessa disposição constitucional (conforme Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, 3 ed., Rio de Janeiro, 1960, t. VI, p. 362).

O particular, entretanto, e o homem de negócios, especialmente, soem antecipar-se ao Estado na defesa do próprio patrimônio; contra a espoliação coletiva, advinda da desvalorização da moeda. Previnem-se, eles, contra os efeitos *in futurum* das oscilações de valor da moeda, "com cláusulas chamadas de correção, ou de reajustamento, ou de adaptação, ou de dívida adaptável (*adaptable debt*), cláusulas escalares (*escalator clause*), ou de escala móvel (*clause d'échelle mobile*), expressão menos feliz, ou cláusulas de índice" (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXVI, Rio de Janeiro, 1959, § 3.º, 3172, n.º 1.º, p. 291). Pode, a lei, proibir essas cláusulas (conforme Enneccerus-Lehmann, *Schuldrecht*, Tübingen, 1954, § 11, p. 49), ou pode limitar-lhes o alcance e o conteúdo (e.g. o art. 20, da Lei n.º 4494, de 25 de novembro de 1964); Não proibidas, contudo, hão de haver-se, elas, como lícitas, porque, sem restringir, nos seus efeitos, o curso forçado (art. 1.º, Decreto n.º 23.501, de 27 de novembro de 1953), previnem meramente os efeitos do curso legal da moeda desvalorizada, e isso, mediante prestação, ainda, em "moeda corrente, pelo seu valor legal" (art. 2.º, Decreto n.º 23.501 obra citada). São, elas, como correspectivo à estipulação de prazo para o pagamento, consentida pelo credor em favor do devedor (art. 126, *Código Civil*), função que, por igual, se atribui aos juros: *qui in futurum usurarius a debitore acceperat tacite pactus videtur ne intra id tempus sortem pedat* (*Digesto*, lib. II, tit. XIV, de pactis, fr. 57). Por isso mesmo, cláusulas tais, no em que excederem aos lindes da finalidade que se propõem, poderão reputar-se usurárias (conforme Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, ed., Rio de Janeiro, 1960, t. V, p. 528). De qualquer maneira, tais cláusulas nada têm com as disposições de direito positivo, ditas de revalorização ou de correção monetária (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXVI, Rio de Janeiro, 1951, § 3173, n.º 1, p. 295). Serão, quando muito, antecipações convencionais delas, que somente sobrevêm, de regra, "quando ... (as) circunstâncias chegam à insuportabilidade e, pois, à injustiça social" (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXIV, Rio de Janeiro, 1959, § 2920, n.º 3, p. 154).

Carecem, os Estados, no regime brasileiro, de competência legislativa para disporem acerca da moeda e do sistema monetário (art. 5.º, VIII, XV, *m*, *Constituição Federal*)<sup>1</sup> e acerca do direito civil e comercial (art. 5.º, XV, *a*, *Constituição Federal*)<sup>2</sup> como, ainda, para in-

1. Ver art. 8.º, XVIII, *j* da *Constituição Federal* de 1967.

2. Ver art. 8.º, *ú*, da *Constituição Federal* de 1867.

tervirem no domínio econômico (art. 146 *Constituição Federal*)<sup>3</sup>. Descabe, portanto, aos Estados, qualquer competência para a edição de leis, ditas de revalorização ou correção monetária. Cabe-lhes, porém, e fora de dúvida, quando credores por dívidas de valor, entre as quais as resultantes de obrigações tributárias, a indenização, em caso de mora, também do equivalente à desvalorização da moeda (art. 4º, Lei n.º 4757, de 9 de julho de 1964, do Rio Grande do Sul). Tem, a prestação tributária, como objeto o dinheiro, e não, necessária, ou conaturalmente, — senão, somente, porque enderçada, como efeito de vinculação legal, à cobertura de despesas públicas, que, estas, hão de ser satisfeitas em dinheiro (conforme Herrnit, *Grundlehren des Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1921 § 34, p. 436). Aqui, o dinheiro opera simplesmente como meio para criação, na Fazenda Pública, de um valor determinado (conforme Röscher, *System der Finanzwissenschaft*, t. II, parte II, Stuttgart, 1901 § 109, p. 136). Tem, à sua vez, a dívida de valor, a expressão pecuniária da prestação, determinada somente no dia de ser adimplida (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXVI, Rio de Janeiro, 1959, § 3111, n.º 5, p. 49; § 3173, n.º 2, p. 297 e 299). A *mora debitoris* acrescenta-lhe, aos juros moratórios sobre a estimação pecuniária, a diferença do valor em dinheiro da prestação mesma, entre a data em que deveria ser, aquela satisfeita sem mora e a data do adimplemento. Nada disso, contudo, ultrapassa os lindes do direito comum.

A lei estadual, que determina se mantenha, sempre, o proporcionamento entre a escala de retribuição dos servidores públicos estaduais e a quantia do salário mínimo regional vigente, não é, conseqüentemente, lei de revalorização ou de correção monetária. Se cuidasse da aposentadoria aos servidores públicos estaduais inativos, poderia ser (art. 193, *Constituição Federal*), Cuidando dos servidores públicos estaduais em atividade, é mera concretização, por via legislativa, de relação jurídica, intercedente entre o servidor público estadual e o Estado, — concretização, por certo, vinculativa, mas sem qualquer conexão com a disciplina jurídica interventiva da moeda e das obrigações, — essa, privativamente reservada à competência federal. Define-se, de tal sorte, o título jurídico do servidor público estadual a direito subjetivo, de conteúdo patrimonial, contra o Estado, segundo a justiça distributiva e em forma estatutária, — ao invés de definí-lo, como se faria entre particulares, segundo a justiça comutativa e em forma de ato jurídico singular (conforme Georges Renard, *Le Droit, la logique et le bon sens*, Paris, 1925, p. 394). Nada, na lei estadual, com esse endereço, poderá, — é claro, infringir ou sequer, ultrapassar o direito comum, de elaboração federal. Não poderá, ela, dispor além do que, por contrato, se poderia, a respeito, estabelecer. Por isso mesmo, não se poderá ela, confundir, de nenhum modo, com as leis, ditas de revalorização ou de correção monetária, exorbitantes, aos demais, da competência legislativa estadual.

Não se abrange, pois, na compreensão do art. 25 do Ato Institucional n.º 2, a disposição do art. 3º da Lei n.º 4937, de 22 de fevereiro de 1965, do Rio Grande do Sul.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 14 de março de 1966.

# Locação comercial

“A fixação do ... aluguel” “de prédio destinado a fins comerciais ou industriais” “continua regida pelo Decreto nº 24.150, de 20 de abril de 1934”, dispõe-se explicitamente no art. 1º, § 2, da Lei nº 1300, de 28 de dezembro de 1950.

Conquanto essa disposição legal comece por fazer referência “À renovação da locação”, nem por isso o seu conteúdo a esta se limita. Antes, se meramente de renovação de locação cuidasse, inteiramente supérflua seria a referência subsequente “a fixação do ... aluguel”, de vez que a renovação da locação envolve, necessariamente, a fixação do aluguel a prevalecer durante o novo prazo (art. 5º, *d*; art. 8º, parágrafo único, Decreto nº 24.150). A referência ulterior expressa “à fixação do aluguel” estabelece, pois, acima de toda a dúvida, que, sem embargo das disposições da Lei nº 1300 e das que lhe são conexas, a fixação do aluguel, enquanto aos prédios destinados pelo locatário a fins comerciais ou industriais, continua a obedecer às disposições do Decreto 24.150, ou seja, à livre convenção inicial (art. 8º, *e*, Decreto nº 24.150), ou à determinação em juízo do aluguel, à ocasião da renovação (art. 5º e seg., Decreto nº 24.150).

Indaga-se, porém, se prédio destinado pelo locatário a fins comerciais ou industriais, locado, entretanto, segundo as disposições do direito comum, pode, por convenção das partes, passar a reger-se pelas disposições do Decreto nº 24.150.

O paralelismo entre os dois regimes, o do direito comum, constringido temporariamente por medidas de exceção, e o do Decreto nº 24.150, está a indicar a possibilidade da opção voluntária entre um e outro, sempre, contudo, que, na opção, se não traduza uma fraude à lei. Situação análoga depara-se nos em matéria de nacionalidade. A nacionalidade, conquanto regulada por disposições de ordem pública, pode mudar-se por naturalização voluntária (art. 22, I, Lei 818, de 18 de setembro de 1949). A naturalização, sem embargo, pode ter obedecido ao propósito da fraude à lei (conforme Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, t. I. Grenoble, Paris, 1923, nº 107, p. 223, etc). Por que feita *in fraudem legis*, ainda que insuscetível de censura pelos tribunais brasileiros (*par in pari non habet jurisdictionem*), a naturalização, nesse caso, importará o efeito de obstar definitivamente à requisição da nacionalidade brasileira pelo naturalizado, provado que este, “ao eleger outra nacionalidade, o fez para se eximir de deveres, a cujo cumprimento estaria sujeito, se se conservasse brasileiro” (art. 36, § 2, Lei nº 818).

Tratando-se, como se trata, de mudança de regime legal ou de estatuto, o elemento subjetivo é dominante para a caracterização da fraude à lei (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. I, Rio de Janeiro, 1954, § 17, nº 2, p. 44). Perquire-se, aqui, a intenção que seria dispensável se perquirisse no ato diretamente contrário à lei cogente, “*la dove nell’illecito la intenzione delle parti è inutile, perchè il loro operato, in urto alla lege, è per se stesso riprovato*” (Ferrara,

*Teoria del negozio illecito*, Milano, 1914, n.º 9, p. 20). E elide-se a suspeita à fraude se a intenção que se demonstra, fundada e inequivocamente, não traduz “l'intenzione di sfuggire al dettato legislativo, o con una falsa interpretazione verbale di esso, snaturando il negozio nella sua apparenza esteriore” (Ferrara, obra citada; conforme *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, n.º 6, p. 68).

No caso de que se trata, propósito declarado do locatário é o de submeter-se às disposições do Decreto n.º 24.150, para alcançar as vantagens delas decorrentes, como proteção legal do fundo de comércio, entre as quais, sinaladamente, a indenizabilidade deste (art. 20, Decreto n.º 24.150). À sua vez, propósito declarado da locadora é o de fugir à ambigüidade jurídica da situação presente, interpretável de modo quicá prejudicial a seus interesses. Cuidca-se de feito de locação celebrada oralmente, segundo o direito comum, porém de prédio destinado *ab initio* pelo locatário a fim comercial, e com duração já aproximada de 20 anos. Resulta a ambigüidade da situação assim concretizada de pronunciamentos judiciários, pelos quais se têm dilatado, ou tentado dilatar, os lindes de aplicação do Decreto n.º 24.150 a situações semelhantes ou próximas da em que a locadora se acha presentemente. Em declaração de voto, no Acórdão de 3 de março de 1942 da 5.ª Câmara do então Tribunal de Apelação do Distrito Federal, assim se exprimiu a respeito o ilustre desembargador Saboia Lima: “A Lei 24.150, de 1934, deve ser interpretada de modo que proteja completamente o interesse por ela visado em relação aos estabelecimentos comerciais e, segundo a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, devem ser somados os prazos da locação ou o tempo em que o locatário ocupou o imóvel para fins comerciais e, desde que completem cinco anos, está preenchida a finalidade da lei” (*Direito*, t. 17, p. 376).

Não se presumindo ânimo enganoso nesses propósitos, porque dolo não se presume (J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, 2 ed., t. VI, parte I, Rio de Janeiro, 1934, n.º 76, p. 80), não nos parece se possa cogitar, na hipótese, de fraude à lei.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 20 de maio de 1957.

## Marca de comércio

O vocábulo ‘borbonha’, com que se constitui a marca cujo registro postula a consulente, é denominação de fantasia, não correspondendo a voz conhecida da língua portuguesa. Denota, ele, afinidade morfológica com a voz ‘borboinha’, o mesmo que borborinho (Cândido de Figueiredo, *Novo dicionário da língua portuguesa*, 4 ed., Lisboa, s.d. t. I, *sub verbo*, p. 301). Afinidade fonética associada já a ‘borbônia’, gênero de plantas leguminosas (Cândido de Fi-

gueiredo, *Novo dicionário da língua portuguesa*, t. I, *sub verbo*, p. 301), já a 'borbone', que, em italiano, designa, variedade de café (Battistialessio, *Dizionario etimológico italiano*, t. I, Firenze, 1950, *sub verbo*, p. 561) e equivale ao português 'burboni', com a mesma acepção (A. Buarque de Holanda, *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*, 10 ed., Rio de Janeiro, s.d. *sub verbo*, p. 198). Semelhança sônica próxima tem, ainda, o vocábulo, com alguns nomes geográficos: com "Borbona, aldeia da Itália, na província de Áquila e distrito de Cittaducale" (Espassa-Calpe, *Enciclopédia universal*, Madrid, s.d., t. IX, *sub verbo*, p. 88); com 'Bourbonneles-Bains', cidade do distrito de Langres, no Departamento de Haute Marne (*Grand Larousse encyclopédique*, Paris, s.d., t. II, *sub verbo*, p. 292), e outras cidades francesas, em cuja denominação se insere o apelativo 'Bourbon' (conforme *Der Grosse Brockhaus*, t. II, Wiesbaden, 1953, *sub verbo*, p. 273).

Remota similaridade de forma e de som é já, porém, a que resulta do confronto entre 'borbonha' e 'Borgonha' (Bourgogne), como entre 'borbonha' e 'Dordonha' (Dordogne) (conforme Pinheiro Chagas, *Dicionário popular*, t. V, Lisboa, 1879, *veb.* Dordonha, p. 111), ou, ainda, entre 'borbonha' e 'Bordonhos', freguesia do concelho de São Pedro do Sul, distrito de Vizeu, em Portugal (Lello universal, Lisboa, s. d., t. I, *sub verbo*, p. 350).

Não é de entender-se que, na eleição desse vocábulo, para a constituição da marca, tenha, a consulente, adotado um nome geográfico por denominação de fantasia. Esta, em tais circunstâncias, somente seria admissível: (a) supostos os requisitos do art. 101, § único, do *Código de Propriedade Industrial — C.P.I.*; (b) suposta a coincidência entre o nome geográfico escolhido e a verdadeira proveniência dos artigos e produtos a que fosse, a marca, destinada (art. 101, *caput CPI*, conforme T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e Dei Beni immateriali*, Milano, 1957, p. 364; C. Chenevard, *Traité de la concurrence déloyale*, t. 9, Paris, 1914, n.º 713, p. 591; etc); e (c) suposta, enfim, a reprodução do nome geográfico adotado, sem deformações nem transformações, ao menos na parte a ser instituída em marca. Certo, deformações e transformações dessa natureza podem deparar "marcas com que se procura obter confusão com o nome de localidade ou região: 'Catarina' (= Santa Catarina) ... em vinhos de Goiás ..." (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XVII, Rio de Janeiro, 1956, § 2013, n.º 7, p. 36). Mas, nesse caso, não mais se cuida do nome geográfico, assumido como denominação de fantasia, senão de falsa indicação de proveniência (arg. ex art. 102, 1.º *CPI*: conforme T. Ascarelli, *Teoria della e Dei Beni Immateriali*, p. 417).

Não é, por igual, de supor-se tenha, a consulente, procurado, com o vocábulo 'borbonha', induzir a confusão com o nome geográfico 'Borgonha' (Bourgogne), nem com o do vinho que nessa província francesa se produz, exceto se houverem de reputar-se por suscetíveis de gerar confusão "marques, noms inscriptions, illustrations ou signes quelconques évoquant des appellations d'origine", como se enuncia no texto de convenção comercial franco-húngara (conforme M. Plaisant, *Traité de droit conventionnel international concernant la propriété industrielle*, Paris, 1949, p. 263). Esse é, en-

tretanto, o fulcro da questão aqui proposta: excluída a confundibilidade das denominações e dos artigos ou produtos que designem, elas, não poderia haver-se como concorrência desleal "o mero aproveitamento da notoriedade de ... sinais (distintivos)". (T. Ascarelli, *Teoria della Concorrenza e Dei Beni immateriali*, p. 184).

Cuida-se aqui de vinho produzido no Brasil, a que se pretende pôr marca com a denominação 'borbonha', em confronto com vinho produzido na França, dentro dos lindes da região de Borgonha, e por esse nome genericamente designado. Entre os dois produtos, ou artigos, a confusão é impossível. Os vinhos de produção brasileira hão de trazer, no rótulo, não somente a marca, senão, também, a indicação do "local e ano da produção" (art. 2º, a, d, Decreto-lei nº 3.582, de 3 de setembro de 1941), e diferencia-os dos de produção estrangeira, desde logo, o preço. Quanto às denominações, é mister se não esqueça que o confronto não se estabelece entre duas marcas denominativas, senão entre marca a registrar e nome geográfico, ainda que possa, esse, quando legalmente protegido, constituir segundo a legislação francesa, por exemplo, e a nossa, direito privativo, em sentido próprio (P. Roubier, *Le Droit de la propriété industrielle*, Paris, 1952, nº 107, p.496; contra, T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e Dei Beni immateriali*, p. 419). Não se tratará, portanto, de determinar em que extensão a marca de que se cogita penetra e invade o campo de individualização de outra marca, mas, simplesmente, de fixar em que medida, pela confundibilidade da denominação adotada, pode, a marca implicar falsa indicação de proveniência. Não se poderá descer, conseqüentemente, a contrastes de fatos e circunstâncias como os que, àquele propósito, se praticam, e com resultados não raro surpreendentes, tais os que Greco refere: contrafação de marca em "Tersobrill", com relação a 'Brill'; inexistência de contrafação em "Endoiodio", com relação a "Endoiodina" (*Lezioni di diritto industriale*, Torino, s.d., nº 42, p. 74).

'Borgonha' (Bourgogne) é nome geográfico protegido. Os nomes geográficos protegidos são, tão só, os de "cidade, localidade, região ou país ... notoriamente conhecidos como o lugar de extração, produção ou fabricação das mercadorias" (art. 100, CPI), ou insiste-se, "de notório conhecimento como centro de fabricação ou extração dos produtos" (art. 95, 7º CPI). De conseguinte, o nome geográfico notório, "sabido por todos" (Constâncio, *Novo dicionário da língua portuguesa*, Paris, 1868 *sub verbo*, p. 720), não poderá reputar-se *ad hypothesim* confundível com outros, senão em circunstâncias especialíssimas, elas, somente, capazes de se sobreporem à *notoriedade*, que é pressuposto da proteção legal, àquele concedida. Não se há de considerar, assim, o juízo a respeito, — como quanto à disputa entre duas marcas, — do consumidor médio, desatento e crédulo (conforme P. Roubier, *Le Droit de la propriété industrielle*, nº 81, p. 361; T. Ascarelli, *Teoria della Concorrenza e Dei Beni immateriali*, p. 186; etc.). O que se terá de considerar é como, por que modo, poderá suscitarse confusão entre o 'notório', o conhecido de todos, e algo que se lhe possa comparar ou assemelhar, ou, seja, como e por que modo configurar-se a 'exceção' à regra geral, da inconfundibilidade *ad hypothesim*, subentendida na notoriedade do nome geográfico protegido.

Se 'Borgonha' com endereço a vinhos, pelo menos, é nome geográfico e, enquanto nome geográfico, inconfundível, pela notoriedade, cm 'Borbona', 'Bourbonne', 'Dordonha' ou 'Bordonhos' ou, de modo geral, com 'borbônia', 'borbone', ou 'borboinha', manifesto fica que se há de tê-lo, igualmente, por inconfundível *ad hypothesim*, enquanto nome geográfico protegido, com 'borbonha', denominação de fansatia, ainda que aplicada a vinho. Não é, por outro lado, sequer de suspeitar-se haja, no caso, qualquer probabilidade de falseamento da indicação de proveniência do produto, ou artigo, com relação às mais regiões, cidades e localidades cujos nomes revelam afinidade próxima com a denominação 'borbonha'. Inútil seria o artifício, frustro, ainda aqui, o resultado. A marca com a denominação 'borbonha' é, pois, registrável.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 29 de julho de 1963.

## *Ordem dos Advogados* — *natureza jurídica*

A Ordem dos Advogados do Brasil é uma entidade autárquica e, especificamente, uma corporação de disciplina profissional (*Princípios de direito administrativo*, Porto Alegre, 1964, § 8, ° 7, p. 67). A descentralização administrativa de que a entidade autárquica é uma expressão, supõe, entretanto, para ser completa: I) que os atos... da pessoa jurídica oriunda da descentralização não sejam revogáveis... pela administração central; II) que o conteúdo desses atos não seja fixado pela... administração central, mas pela própria pessoa jurídica, oriunda da descentralização. Nem sempre, é certo, esses dois requisitos da descentralização perfeita se verificam, quanto às pessoas jurídicas nascidas da descentralização. Antes a regra é a de se subordinarem, elas, à assim chamada tutela administrativa da administração central (obra citada, § 17, n° 3, p. 147-148). A Ordem dos Advogados do Brasil, contudo, por disposição expressa de lei (art. 139, § 1, Lei n° 4.215, de 27 de abril de 1963), segundo a qual não se aplicarão à Ordem dos Advogados do Brasil "as disposições legais referentes a autarquias e entidades paraestatais", foge aos limites de compreensão da regra. Inclui-se, pois, em tais termos, a Ordem dos Advogados do Brasil, entre as formas de descentralização, completa ou perfeita, acolhidas pelo direito positivo nacional.

Não se muda, por isso, a sua condição de entidade autárquica. A Ordem dos Advogados do Brasil, assim estruturada, é serviço público federal (art. 139, Lei n° 4.215 cit.), "com personalidade jurídica" (art. 1°, Lei n° 4.215), abrangida, como tal, ou, seja, como "serviço estatal descentralizado", na noção de entidade autárquica aceita ao nosso direito positivo (obra citada, § 8, n° 2, p. 62).

Não lhe foi essa regulação especial retirada pelo Decreto-lei nº 968, de 13 de outubro de 1969. Pelo contrário, esse diploma legal determina continue a aplicar-se-lhe a sua "legislação específica" (art. 1º). Em tais circunstâncias, não há de entender-se restritiva ou modificativa dessa legislação a alusão, naquele texto legal, a que lhe não serão aplicáveis "as normas legais sobre pessoal e demais disposições, de caráter geral, relativas à administração interna das autarquias federais" (art. 1º). Da mesma forma, preservada a legislação específica de cada uma das entidades a que o Decreto-lei nº 968 se estende, fora de dúvida é que não poderão elas entender-se sujeitas à supervisão ministerial prevista no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, senão quando já anteriormente sujeitas, por disposição daquele "legislação específica", a qualquer modalidade da assim chamada tutela administrativa da administração central. O disposto no parágrafo único do art. 1º do Decreto-Lei nº 9678, de 13 de outubro de 1969, tem de haver-se meramente como instrumento de substituição de uma variedade, por outra, de tutela administrativa preexistente. Nunca, porém, as corporações de advogados comportaram essa tutela, que, ao exercício da profissão, poderia tolher-lhes ou embaraçar-lhes a independência indispensável à administração de justiça.

Ineficaz, portanto, diante das disposições legislativas, a que não lhe é dado sobrepor-se, a disposição do art. 1º, II, nº 23, do Decreto nº 74.000, de 1º de maio de 1974.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 20 de junho de 1974.

## *Participação nos lucros*

Pelo projeto constitucional, no tocante às relações entre empresa e empregados, são, a estes últimos, assegurados dois direitos fundamentais:

- a. participação obrigatória nos lucros;
- b. indenização por despedida (que o texto constitucional se abstém de qualificar, ficando, pois, abrangidos pelo princípio o recesso voluntário do empregado e a despedida propriamente tal, justa ou injusta).

Durante a discussão do projeto na Comissão de *Constituição*, aludiu-se a mais um direito, a ser conferido aos empregados, conexo com os dois já indicados: o de participarem da gestão da empresa (alguns membros da Comissão fizeram referência a participação na direção ou gerência, o que não é a mesma coisa que participar da gestão *lato sensu*).

Já de há muito, um forte movimento de idéias pleiteia, em favor dos empregados, uma tríplice participação na empresa: no lucro, na propriedade e na gestão.

Esses três direitos constumam, de resto, apresentar-se articulados entre si em uma fórmula unitária, a aceitação de um deles vindo, geralmente, a trazer a aceitação ulterior, próxima, dos demais.

Não há que iludir-se, sobre o curso da evolução jurídica nesta matéria, a inclusão em texto jurídico-positivo de um desses direitos acarreta, quase inevitavelmente, mais cedo ou mais tarde, o reconhecimento dos outros dois.

Não se poderá deter a tendência que se traduz nesse movimento de doutrina social. Nem haveria, a meu ver, razão de justiça que, considerado teoricamente o problema, pudesse induzir a fazê-lo. O que importa, sim, é, diante dessa realidade, eleger-se um de dois caminhos:

a. ou procurar orientar essa revolução no sentido de preservar-se a noção tradicional da empresa;

b. ou arriscar-se a que ela se defina como antagônica àquela noção e acabe por extingui-la.

Georges Gurvitch propõe uma revisão total do conceito de empresa, assegurando ao empregado, além do salário, ações de trabalho intransmissíveis, reembolsáveis quando cessada a relação de emprego, por virtude das quais o empregado passaria a participar da propriedade, do lucro e da gestão da empresa, de modo direto e imediato, como sócio ou acionista (*La Déclaration des droits sociaux*, N. York, 1944, p. 97 e 99). Solução semelhante vinha indicada no *Código Social de Malines* (§ 115).

Tal sistema determinaria, pelo crescimento constante das ações de trabalho, a dispensabilidade, afinal, das ações iniciais de capital que, resgatadas ou reembolsadas, acabariam por ser eliminadas; donde, como conseqüência, o paulatino desaparecimento da associação permanente entre capital e trabalho, porque um empréstimo inicial, de investimento, a longo prazo, poderia desempenhar perfeitamente a função transitória, que a versão pura de capital teria em tal empresa. Se o contrário se verificasse, — se as ações de trabalho não aumentasse em volume, progressivamente, — a inclinação natural do empregado seria a de obter-lhes o reembolso, retirando-se da empresa que, às demais causas, acaso existentes, de entorpecimento econômico, teria que ajudar mais essa. Ou se modificaria, pois, a estrutura clássica da empresa, — associação permanente entre capital e trabalho, — ou se lhes promoveria o aniquilamento, a pouco e pouco.

O conceito clássico de empresa vem-nos do sistema capitalista; mas o sistema capitalista em si mesmo nada tem de intrinsecamente injusto ou de moralmente condenável. O próprio *Código Social de Malines* o diz (§ 162).

E os vícios do sistema capitalista não podem obscurecer o fato de que a nossa experiência econômica as baseia totalmente sobre ele. A ele, sabemos-lo, ao menos, manejar com relativa eficiência.

Cumpra, pois, que procuremos conciliar a ordem dos novos fatos (*rerum novarum*) com o arcabouço do velho sistema.

Podem ser conhecidos todos aqueles direitos, a qualquer deles, aos empregados, sem subversão do conceito capitalístico de empresa, desde que, ao atribuí-lo, coloquemos os empregados, não na posição de sócios ou acionistas, mas na de credores da empresa.

Não se frustraria, de tal forma, nenhuma daquelas aspirações.

Como credor, o empregado participará da propriedade da empresa. Credor é aquele que tem, no patrimônio alheio, coisa própria. Devedor, a seu turno, o que tem, no próprio patrimônio, coisa alheia. *Debere* vem de *de-habere*, enfim, de *ter*. Dívida é *aes alienum*, bem alheio.

Como credor, o empregado pode participar dos lucros da empresa, na proporção do crédito que lhe assista. No direito comum, depara-se, com freqüência, o caso do chamado empréstimo com participação.

Finalmente, como credor, o empregado pode participar, indiretamente ao mesnos, da gestão da empresa. Assim acontece, já hoje, em relação a certos credores, *exempli gratia*: a comunhão dos debenturistas.

Credor de que, seria, porém, o empregado? Segundo o direito vigente, o empregado já é credor da empresa: tem contra ela um crédito condicional, qual o que consiste na indenização por despedida injusta. Na prática, de outro lado, numerosas são já. Também, as empresas, que consigam em seu passivo uma larga provisão para tais indenizações.

Sobre a base desse crédito, concebido em limites algo mais amplos que os atuais, aqueles três direitos dos empregados ou dois deles (excluída a participação na gestão que, no momento, me pareceria demasiado avançada ou prematura) poderiam enxertar-se, sem abalo, fundamental, na estrutura da empresa.

De resto, o cálculo da participação global dos empregados no lucro das empresas poderia fazer-se, tomando-se como base a aplicação de um coeficiente prefixo à receita bruta da empresa, para apuração do lucro líquido, — excluindo-se, destarde, salvo se tal conviesse à própria empresa, — a *vexata quaestio* das verificações de balanços, tão sujeitas ao influxo perniciosos de pequenas quere-las entre subalternos e superiores no seio das empresas.

O projeto constitucional permitiria, nos termos em que está redigido, a adoção ulterior da orientação, aqui preconizada. Mas conveniente seria explicitar, ainda mais, esse rumo, a tomar na solução do problema.

## Reivindicação em falência

Na falência do vendedor a reivindicação do comprador é incontestável desde que, por meio da tradição, se tornou proprietário

da coisa comprada. Referimo-nos à tradição simbólica (art. 200 do *Código Comercial*), cujo efeito imediato é deixar a coisa comprada na detenção do vendedor (J.X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, t. VIII, 3 ed., Rio de Janeiro, 1939, n.º 1.035, p. 314 e 315).

Na verdade, "pode suceder que, no dia da falência do vendedor, já tenha havido a tradição simbólica, ou pelo constituto possessório, da coisa vendida, que existe, individuada, certa, no patrimônio falido. Nesse caso, tem o comprador o direito de pedir a restituição da coisa, que já lhe pertence, ainda que não pago o preço, se a venda foi efetuada a crédito" (Trajano Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências*, t. I, Rio de Janeiro, 1948, n.º 507, p. 461).

Ora, de conformidade com o artigo I do Decreto n.º 22.061, de 9 de novembro de 1932, a emissão de duplicatas supõe a tradição ou entrega, real ou simbólica, da mercadoria vendida. Existindo, pois, a duplicata, cuja emissão "é obrigatória no ato da entrega, real ou simbólica, da mercadoria", provada fica, por esse fato, apenas, a efetivação daquela entrega ou tradição.

É o que se verifica no caso, além de que a mercadoria se encontra no armazém do vendedor falido, com a marca do comprador, outra indicação de tradição mercantil simbólica. (art. 200, n.º 2, *Código Comercial*).

A situação é, conseqüentemente, a seguinte:

1. o comprador pode pedir a restituição ou, seja, reivindicar da massa a mercadoria comprada;
2. reciprocamente, cumpre à massa fazer normalmente o embarque da mercadoria, que lhe pode ser tirada coativamente pelo comprador no processo da falência;
3. se o síndico recusar-se a efetuar o embarque da mercadoria, indicar, no inventário da massa, a mesma mercadoria, como "de propriedade de terceiros" (art. 70, § 6, IV, *Lei de Falências*); se o não fizer incorrerá na pena criminal prevista no artigo 189, IV, da mesma *Lei de Falências*.

A situação aqui descrita leva a aconselhar a que o Banco obtenha procurações dos compradores para promover o pedido de restituição das mercadorias compradas, limitando-se, por ora, o advogado, na falência, a sugerir a síndico o embarque desde já das mesmas mercadorias.

## *Revendedor autorizado* — *natureza jurídica*

O assim chamado 'revendedor autorizado', — dissemos, em

parecer, de 30 de janeiro de 1970, — “não mais é que ‘vendedor intercalar’, faz intercomércio, é intercomerciante (Zwischenhandler), compra e venda com todos os riscos”, com o acréscimo de titulação especial, ou ‘autorização’, que lhe estabelece o *status* (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XLIV, Rio de Janeiro, 1963, § 4775, n.º 2, p. 74).

Em tais termos, o ‘revendedor autorizado’ não se confunde com o representante de comércio. “Quem adquire para si permanentemente, ou somente para si, não é representante. ... O que adquire para si é vendedor intercalar, faz intercomércio, é intercomerciante” (Zwischenhandler). Compra e vende, com todos os riscos. A cláusula de exclusividade no negócio intercomercial pode existir, porém de modo nenhum se trata de contrato de representação de empresa, de “Agenturvertrag” (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XLIV, citado, § 4775, n.º 2, p. 74).

A figura do ‘revendedor autorizado’ supõe o conceito econômico do alto comércio, ou comércio atacadista. Neste, escreveu Waldemar Ferreira: “A sua intervenção nos mercados é eficientíssima, mercê das normas que implanta e das iniciativas que desenvolve” (*Tratado de direito comercial*, t. I, São Paulo, 1960, n.º 191, p. 490). O que os contratos entre o ‘revendedor autorizado’ e a empresa vendedora estabelecem são, na verdade, as normas através das quais aquele, ainda que limitadamente, entre a participar do *status* econômico do alto comércio, ou comércio atacadista. Esse, todo o conteúdo da titulação especial ou ‘autorização’, conferida ao ‘revendedor autorizado’. Compreende-se, plenamente, a significação desse *status*, quando se considera que, historicamente, o vendedor intercalar e o vendedor a varejo exercitam ofícios sórdidos, ao passo que o comerciante atacadista ou em grosso exercita ofício nobre (Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, Lisboa, 1867, t. I, § 45, n.º 29, p. 110-111; Montesquieu, *L’Esprit des lois*, Paris, 1849, Liv. XX, ch. IV, p. 273-24 etc).

Não representa, o ‘revendedor autorizado’, a empresa vendedora. É-lhe, apenas, economicamente, cooptado, participando, restritamente embora, da condição desta como atacadista. Tal cooptação entre pessoas diversas pelas condições, o direito romano a conhecia como relação de clientela (Schulz, *Principles of Roman law*, Oxford, 1956, p. 231-232; Kunkel, *Römische Rechtsgeschichte*, Münster-Köln, 1952, p. 12; Kaser, *Altrömisches Ius*, Göttingen, 1949, § 11 p. 90-91; etc).

Não assume, a empresa vendedora, por essa ‘autorização’, qualquer responsabilidade ou co-obrigação pelos atos do ‘revendedor autorizado’. Assegura-lhe simplesmente o acesso ao mercado atacadista, quanto aos produtos da empresa vendedora, garantindo-lhe, pela prestação da assistência técnica continuada, criar-se, a si próprio, mercado permanente para a revenda daqueles produtos. A posição do ‘revendedor autorizado’, ante a empresa vendedora, é análoga à do *cliens* romano. De tal sorte, o contrato que se celebra entre o ‘revendedor autorizado’ e a empresa vendedora, não mais é que um ‘acordo normativo’ (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. III, Rio de Janeiro, 1954, § 300 n.º 1, p. 198), no qual se re-

gulam meramente as relações entre ambos, no que concerne a esse *status* e aos contratos que, nesse *status*, o 'revendedor autorizado' vier a celebrar com a empresa vendedora, ou terceiros quanto aos produtos dessa.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 22 de janeiro de 1975.

## Salário

### — *décimo-terceiro*

Reclama, a regra jurídica, a disciplina lógica do pensamento discursivo. Reclama, pois, a uniformidade terminológica e a identidade conceitual correspondente, que lhe impõem o princípio de não-contradição. Identidade conceitual e uniformidade terminológica são, à sua vez, meramente aspectos de uma só qualificação. Rudolf Stammler observou, egregiamente, ao propósito: "Linguagem e pensamento reduzem-se...a unidade. Não é possível enunciar uma palavra, sem exteriorizar um pensamento; é impossível exprimir um pensamento, sem utilizar uma palavra. Quem, portanto, faz apelo a uma palavra, para deixar manifesto o pensamento que, através dela, se expressa, apóia-se, na verdade, a este último, ele próprio; já não pode libertar a palavra do pensamento, por ela manifestado, — tratá-la por si mesma, como uma quantidade independente, que houvesse de ser determinada, já agora, em separado do pensamento, nela recebido". "*Ad literam*", no original: *Dann fällt aber Sprache und Denken in eins zusammen. Es geht nicht an, ein Wort zu nennen, ohne einen Gedanken zu äussern, — es ist unmöglich, einen Gedanken auszudrücken, ohne ein Wort zu gebrauchen. Wer sich also auf ein Wort beruft, um den dadurch ausgedrückten Gedanken klarzustellen, stützt sich in Wahrheit auf den letzteren selbst; er kann ja das Wort gar nicht von dem dadurch mitgeteilten Gedanken loslösen und als eine selbstständige Grösse für sich betrachten, von der aus der wieder getrennt angenommene Gedanke zu bestimmen wäre"* (*Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, p. 602). Diversamente, não opina Emilio Betti, quando sugere a aplicação de três processos lógicos distintos à tarefa de entendimento da regra jurídica (lógica da linguagem, quanto ao direito escrito, ou dos comportamentos, quanto ao direito consuetudinário; lógica da matéria disciplinada ou, seja, a da natureza das coisas; e lógica do direito, quer dizer, da tratção jurídica, enquanto tal). "*Essendo, — escreve o insigne jurisconsulto italiano, — essendo i vari aspetti del senso della legge inscindibili l'uno dell'altro, come inscindibile é la parola (o il contegno) dal pensiero chevi é espresso e, a sua volta, il pensiero dal proprio oggetto, ben si comprende che anche le corrispondenti fasi del processo interpretativo no vanno considerate siccome 'mezzi' indipendenti l'uno dell'altro e adoperabili indifferente-*

mente o secondo accidentalì criteri di preferenza, ma debbono invece considerarsi legate fra loro da un ordine di sequenza quali successivi momenti di un processo inscindibile, che non attinge il suo risultato se non é messo in opera nella sua interezza" (Interpretazione della legge e degli atti giuridici, Milano, 1949, § 49, p. 174).

A esse dado essencial da elaboração jurídica, enquanto obra de inteligência e de pensamento, prendem-se, fora de dúvida, os característicos que sinalam a linguagem dos jurisconsultos romanos do período clássico: simplicidade, uniformidade e homogeneidade (Schulz, *Principles of Roman law*, Oxford, 1956, p. 80), "*simplex dumtaxat et unum*", como escreveu Horácio na sua *Arte poética* (*Ars poetica*, V. 23, conforme Schulz, obra citada, p. 66 e 82; Kunkel, *Römische Rechtsgeschichte*, Münster-Köln, s.d.p. 72). Da simplicidade da dicção jurídica, nasce, espontaneamente, a univocidade dos textos, advertia já, elegantemente, Denis Godefroi: "*simplici oratione utentis simplex aut unicus est intellectus*" (Corpus Juris Civilis Romani cum Notis Integris Dyonissi Gothofredi, t. II, Venetiis, 1843, ad Digesto, lib. L, tit. XVI, fr. 125, nota 15, col. 2635). Entre os romanos, de resto, a guarda da univocidade, nos termos de direito, é mais do que um mandamento lógico: é um dever moral. A constância, ou uniformidade na locução jurídica, é, para Cícero, manifestação da "*fides*", a virtude romana por excelência: "*fundamentum autem este justitiae fides, id est dictorum... constantia et veritas*" (*De Officiis*, 1, 7); como, reversamente, vício há de reputar-se a inconstância, enquanto oposta à constante e perpétua "*ratio vitae: sic constans et perpetua ratio vitae, quae virtus est, itemque inconstantia quod est vitium, judicabitur*" (*De Legibus*, 1, 17). Onde, quanto à interpretação, a regra: "*in ambigua voce legis, ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret*" (*Digesto*, lib. I, tit. III, fr. 19). Donneau explica-nos o cânon exegético, segundo o colorido ético: "*Lex est virorum prudentium consul tum... quorum prudentiae non convenit quid vitiose scripsisse*" (*Commentaria de jure civili*, lib. I, cap. XV, n.º 7, Opera Omnia, t. I., Romae, 1828, p. 122). Perez, diversamente, atende-lhe ao aspecto lógico: "*vitio caret ea quae sumpta est ex lege tota*" (*Commentarius in Quinque et Viginti Digestorum Libros*, lib. I tit. III, Opera Varia, Venetiis, 1738, t. III, p. 4). De qualquer maneira, observada a tradição romana, por fidelidade ética ou respeito à lógica, nunca se deverá presumir que, em regra jurídica ou texto de lei, se inscreva o mesmo termo, com duas ou mais acepções distintas. Missão precípua dos que legislam é, precisamente, a de sobreporem-se, na edição da lei, às ambigüidades e às dissensões: "*omnes ambiguitates decisae, nullo seditioso relicto*" (*Constituição Tanta*, § 1).

Ainda hoje, o uso da anfibologia, sem razão suficiente, conumera-se entre os defeitos morais (Zalba, *Theologia e moralis summa*, t. II, Matriti, 1953, n.º 988, p. 1013). Defeito moral, entretanto, hoje e sempre, porque defeito quanto à verdade ou, seja, defeito quanto à lógica. A anfibologia, resultante do emprego do mesmo termo no contexto, com duas acepções diferentes, é vício lógico inescusável, com o qual se viola a estrutura básica do silogismo, acrescentando-lhe, a este, com a dualidade de significações de um só termo, mais um aos três de que ele, necessária e exclusivamente,

há de compor-se: "*terminus esto triplex, medius, majorque minorque*". Princípio elementar de lógica é o de que, no discurso do pensamento, os termos não de conservar, repetidos, o mesmo conteúdo conceitual; ou, segundo a frase de Caldara, nos lindes já da Ciência Jurídica, — "*norma elementarissima di lógica per cui i concetti espressi dai nomi si compendiano in una parola o si esplicano in parecchie a seconda dei rapporti tra le varie propozioni che si trovano in uno o più articoli di legge... conservano sempre l'identica significazione*" (*Interpretazione delle leggi*, Milano, 1908, n.º 117, p. 106). Nem seria possível, quanto ao direito, posição diversa. "Os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida... As proposições jurídicas não são diferentes das outras proposições: empregam-se conceitos, para que se possa assegurar que ocorrendo A, se terá A'" (Ponte de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. I, Rio de Janeiro, 1954, p. IX). De outro lado, porque as suas proposições se referem a situações da vida, os sistemas jurídicos, pelas suas mesmas repercussões no plano da vida moral, repelem, mais vivamente que qualquer outra expressão conceitual, qualquer cavilação de palavras, quer na intenção, quer na enunciação.

Não admira, pois, que a nossa tradição jurídica encareça aos legisladores, na elaboração das leis, o emprego uniforme da mesma palavra, sempre com a mesma acepção. Borges Carneiro, *exempli gratia*, direta e incisivamente: "Deve... o redator... tomar uma palavra na lei sempre na mesma acepção" (*Direito civil de Portugal*, Lisboa, 1867, t. I, § 12, n.º 24a, nota 2, p. 42). Donde, para o intérprete e aplicador de lei, a presunção de univocidade dos vocábulos no contexto: "se a lei observa uma terminologia fixa e adequada, o vocábulo corresponde sempre àquela mesma palavra, indicada pela terminologia da lei" (Paulo de Lacerda, *Manual do Código Civil Brasileiro*, t. I, Rio de Janeiro, 1929, n.º 276, p. 546). Tal, na verdade, entre nós, a lição corrente, assim com respeito aos que legislam (conforme Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. I, p. XVI; Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, Rio de Janeiro, 1957, n.º 140, p. 172, etc), como, por igual, com endereço aos que não de interpretar e aplicar a lei (conforme Ribas, *Curso de direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 1915, nota 33, p. 188; Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, *Tratado de direito civil brasileiro*, t. IV, Rio de Janeiro, 1940, n.º 227, nota 333, p. 485 e 486, etc.).

A Lei n.º 4090, de 13 de julho de 1962, que estabeleceu o assim chamado décimo terceiro salário anual, emprega no art. 1.º e § 1.º e no art. 3.º, o termo "remuneração". O termo "remuneração", segundo a Legislação do Trabalho, significa primariamente "salário", enquanto "contra prestação do serviço" prestado pelo assalariado ao empregador e, por extensão, as gorjetas ou, seja, as gratificações que, de terceiros, pela execução do trabalho, o assalariado vier a receber (art. 457, *Consolidação das Leis do Trabalho — C.L.T.* O "salário" à sua vez, pode compreender, embora nem sempre compreenda, além da importância fixa estipulada, as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador" (art. 457, § 1, *Consolidações das Leis do Trabalho — C.L.T.*) Quanto à importância fixa, de outro lado, o salá-

rio há de ser estipulado e pago por período não superior a um mês: a regra respeita à importância fixa do salário, tanto assim que não abrange "comissões, percentagens e gratificações" (art. 459, *Consolidação das Leis do Trabalho — C.L.T.*). Nenhuma dúvida pode conseqüentemente, suscitar-se acerca do que deve entender-se como salário mensal, ou remuneração do mês: essa é a importância fixa estipulada como contraprestação do serviço prestado pelo assalariado ao empregador (art. 457 e 459, *C.L.T.*). Usando-se, pois a expressão "remuneração do mês", identifica-se, fora de controvérsia, "remuneração" com salário fixo mensal.

Nada há de impróprio ou inadequado nessa acepção do termo "remuneração": o salário fixo mensal é remuneração, embora possa a remuneração acrescer-se de outras prestações colaterais, providas de terceiros (gorjetas) ou do próprio empregador (comissões, percentagens, gratificações). Ora, o art. 3º da lei nº 4090 refere-se, ao disciplinar a aplicação de suas disposições, no caso de rescisão, à "remuneração do mês da rescisão", sobre o montante da qual determina seja calculada *pro rata temporis* (art. 1º, § 1º e § 2º) a gratificação que institui. "Remuneração do mês" há de entender-se a "remuneração devida em dezembro, por mês de serviço do ano correspondente", de que faz, a lei, menção no art. 1º e § 1º e, como inevitável corolário, "remuneração do mês" há de entender-se, portanto, aquela (art. 1º, *caput*), independente da qual, no mês de dezembro, ao assalariado, lhe assistirá direito à gratificação, instituída pela mesma Lei nº 4090. O termo "remuneração", na Lei nº 4090, não significa conseqüentemente, senão, e de modo unívoco, o salário fixo ou "a importância fixa estipulada como contraprestação do serviço", prestado pelo assalariado ao empregador (art. 457, *Consolidação das Leis do Trabalho — C.L.T.*).

Não só a terminologia da lei é uniforme e adequada, como também, em todas as disposições, nas quais o termo "remuneração" se inscreve, inscreve-se, por igual, referência ou alusão ao período mensal: "remuneração do mês da rescisão" (art. 3º); "remuneração devida em dezembro, por mês de serviço, do ano correspondente (art. 1º, § 1º); "no mês de dezembro de cada ano... independente da remuneração a que fizer jus" (art. 1º, *caput*).

Não há anfibologia no texto legal, nem esta pode presumir-se que exista ou deva existir. Ética e lógica convergem para excluir a suposição, segundo se deixou anunciado. A remuneração, portanto, além da qual ou independentemente da qual, a gratificação, instituída pela Lei nº 4090, se tornará devida, é tão-somente o salário fixo, "a importância fixa estipulada como contraprestação do serviço", prestado pelo assalariado ao empregador (art. 457, *Consolidação das Leis do Trabalho — C.L.T.*). Se o empregador, mediante ajuste, expresso ou tácito, já pagava ao assalariado, — antes do ingresso em vigor da Lei nº 4090, — gratificação equivalente à que esse diploma legal instituiu, — manifesto é, que, pelo advento da lei nova, não ficará obrigado a acrescentar àquela gratificação, mais outra, ainda, *ex lege*, de igual montante.

A gratificação salarial instituída pela Lei nº 4090, é, pelos seus característicos, um salário suplementar, — não, *ratione operis*, se-

não *ratione temporis*. Se, pelo endereço que leva, responde genericamente à diretiva constitucional de "melhoria da condição dos trabalhadores" (art. 157, *Constituição Federal*), pela sua natureza mesma, inere à exigência da garantia constitucional dos "direitos concernentes à vida" (art. 141, *Constituição Federal*). "*Le droit à la vie, — observou Georges Gurvitch, — comporte... le droit à un travail assez limité pour laisser des loisirs assez rémunérés pour que tous puissent largement bénéficier du bien-être que les progrès de la science et de la technique rendent de plus en plus accessibles et qu'une répartition équitable doit et peut assurer à tous*" (*La Déclaration des droits sociaux*, Paris, 1944, p. 27). Símile da providência legislativa, de que aqui se trata, é a remuneração legal do repouso semanal, — também salário suplementar *ratione temporis*. O assim chamado décimo terceiro salário é remuneração suplementar que, como aquela, retribui um não-trabalho, paga um lazer, que, neste caso, se presume distribuído pelo curso do ano todo, a que se refere.

Visou, a Lei n.º 4090, meramente a tornar uniforme e obrigatório o pagamento de uma gratificação anual, equivalente a um salário mensal, de uso já largamente difundido entre as empresas do País. Há de reger-lhe, conseqüentemente, a aplicação o princípio enunciado pelo art. 7.º, § 2.º, da Lei do Repouso Semanal Remunerado (Lei n.º 605, de 5 de janeiro de 1949), segundo o qual aquelas empresas que remuneravam os respectivos empregados por mês, e não por dia ou por tarefa, se haveriam de reputar isentas da obrigação legal, a qual, daquela forma, já anteriormente à lei, assim executavam (conforme Francisco Campos, Parecer, *Revista Forense*, t. 127, p. 368).

Temos por indúbio, conseqüentemente, como já dissemos, que, se o empregador mediante ajuste, expresso ou tácito, já pagava ao empregado, — antes da entrada em vigor da lei n.º 4090, — gratificação equivalente à que essa lei instituiu, — não obrigado esta a somar, a tal gratificação anterior *ex contractu*, mais outra, ainda, *ex lege* de igual montante.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 24 de agosto de 1962.

## Salário

### — desconto de alimentação

A Lei n.º 3.030, de 19 de dezembro de 1956, prescreveu que "para os efeitos do art. 82 do Decreto-lei n.º 5.542, de 1.º de maio de

1943 (Consolidação das Leis do Trabalho), os descontos, por fornecimento de alimentação, quando preparada pelo próprio empregador (e fornecida no próprio estabelecimento), não poderão exceder a 25% do salário mínimo".

À sua vez o art. 82 da Consolidação das Leis Trabalhistas — C.L.T. determina meramente a fórmula para se alcançar a quota do salário mínimo, pagável em dinheiro "quando o empregador fornecer *in natura* uma ou mais parcelas do salário mínimo". Trata-se, simplesmente, pois, de determinação do modo de pagamento do salário mínimo, e não do preço ou estimação da parcela do mesmo salário mínimo, destinada à alimentação. Na verdade, o Decreto n.º 45.106-A, de 24 de dezembro de 1958 estabeleceu, para a 17.ª Região, Rio Grande do Sul, a quota de 44% da quantia total do salário mínimo, como preço ou estimação da alimentação. De outro lado, a mesma Lei n.º 3.030, de 19 de dezembro de 1956, somente limita a 25% o desconto da quota destinada a alimentação, (a) quando esta for preparada pelo próprio empregador, e (b) fornecida no próprio estabelecimento, continuando, portanto, a admitir o desconto da estimação ou preço integral da alimentação, em todos os demais casos, deixando claro, conseqüentemente, que aquela disposição se adscrive tão-somente a regular o modo de pagamento desse preço ou estimação, limitando o pagamento dele, mediante desconto, a 25% do total do salário mínimo, mas sem afetar a obrigação do pagamento, por outro modo, da quantia excedente àquela percentagem.

O desconto é uma forma de pagamento forçado da obrigação, e nada mais o que isso. Seabra Fagundes, a respeito do desconto em folha do débito do imposto de renda, quanto aos funcionários públicos, advertiu oportunamente: "Já hoje, no campo do direito fiscal, se conhece a execução forçada de obrigação pública, por via administrativa. É o que sucede a propósito sobre a renda, quando o obrigado seja funcionário público. Por via administrativa, é ele compelido diretamente à prestação mediante desconto em folha de pagamento" (*O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 2 ed., Rio de Janeiro, s.v., n.º 104, p. 376).

O caráter de pagamento forçado do desconto em folha está, de resto, explicitamente, reconhecido pelo art. 919 do Código de Processo Civil, recebido pelo art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho como "fonte subsidiária do direito processual do Trabalho". Lê-se no art. 919 do *Código Processo Civil*: "Quando a execução tiver por objeto prestação alimentícia, esta será efetuada mediante desconto em folha de pagamento, se o executado for funcionário público, ou militar ou a este for equiparado, ou pertencer a profissão regulamentada pela legislação do trabalho". Pontes de Miranda, ao ensejo, observou: "O desconto em folha de pagamento faz-se mediante mandado ou ofício. Já aí, se inicia a execução forçada, que se opera com o efetivo pagamento". (*Comentários ao Código do Processo Civil*, t. VI, Rio de Janeiro, 1949, p. 152).

O desconto em folha é, pois, medida meramente de pagamento ou de execução de obrigação. Nada tem a ver com a constituição e a eficácia da obrigação mesma. O direito do trabalho expressa-

mente reconhece o discrimine entre a obrigação propriamente dita e o desconto em folha como forma de pagamento dela. É o que resulta do parágrafo único do art. 462 da *Consolidação das Leis do Trabalho*: "Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito desde que esta possibilidade tenha sido acordada, ou na ocorrência de dolo do empregado." Mas, em não ocorrendo dolo do empregado, nem havendo sido o desconto acordado previamente, e, em consequência, não podendo o desconto efetuar-se, nem por isso está o empregado exonerado da obrigação de indenizar o prejuízo que, por culpa própria, embora tão-somente culpa que causou ao empregador. Aplicar-se-lhe-á a disposição do art. 159 do Código Civil: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

A lei n.º 3.030, por outro aspecto, não poderá ter tido como objeto aumentar salários, por via da redução compulsória do preço da alimentação, quando preparada pelo empregador e fornecida pelo próprio estabelecimento. Se assim fosse, violaria a disposição do art. 141, § 1 e a do art. 157, II da *Constituição Federal*, porque, com base exclusivamente no fornecimento da alimentação, aumentaria o salário de alguns trabalhadores sem aumentar os dos demais, que não receberiam salário "in natura", ou, recebendo-o, não recebem alimentação, preparada pelo empregador e fornecida no próprio estabelecimento. Feriria, destarte, a igualdade de todos perante a lei e estabeleceria diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo inteiramente estranho à natureza da prolação laboral.

Não se pretenda, de outro lado, que a lei n.º 3.030, de 19 de dezembro de 1956, tenha visado a alterar, no concernente à alimentação, os contratos de trabalho, então vigentes, incidindo, não apenas sobre o modo de pagamento, pelo empregado, da quota da alimentação, senão, ao contrário, fixando taxativamente o valor da mesma quota, nas hipóteses, a cuja regulação se endereça.

Se esse houvera sido o propósito da lei, manifestamente esse não lhe poderia ver o resultado, atento o sistema jurídico, em que as suas disposições vêm a inserir-se.

As utilidades, que integram o salário (art. 458, *Consolidação das Leis do Trabalho - C.L.T.*), são fornecidas pelo empregador. A mesma legislação do trabalho, expressamente, assim define a prestação "in natura" do empregador: "quando o empregador fornecer *in natura*, uma ou mais parcelas do salário..." (art. 82, *Consolidação das Leis do Trabalho - C.L.T.*); "compreende-se no salário... a alimentação, habitação e vestuário ou outras prestações *in natura*, que o empregador, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado" (art. 458, *Consolidação das Leis do Trabalho - C.L.T.*). Nesses casos, o contrato de trabalho se conjuga com elementos do contrato de fornecimento ou de subministração, precisamente no que concerne ao fornecimento ou de subministração das utilidades, integrativas do salário. O contrato de fornecimento ou submissão de utilidades é uma *locatio operis* (Bonfante, *Scritti Giuridici Varii*, t. III, Torino, 1926, p. 299). Haverá, na hipótese, portanto, uma conjugação do contrato de trabalho com o de *locatio operis*. Pois que *locatio operis*, o fornecimento de utilidades

configura uma obrigação de fazer (Beviláqua, *Direito das obrigações*, Bahia, 1896, § 150, p. 369; § 152, nota 2, p. 371; Costa Sena, *Da Empreitada no direito civil*, Rio de Janeiro, 1935, n.º 19, p.35, etc.), e como obrigação de fazer resolver-se-á "se a prestação do fato se impossibilitar, sem culpa do devedor" (art. 879, *Código Civil*). Certo, "a impossibilidade de prestação não invalida o contrato, sendo relativa" (art. 1091, *Código Civil*), mas relativa, tolhe o conteúdo da prestação, no em que a afeta: somente, "pelo que restar da prestação, anual que seja acessório ela, continua a obrigação" (Lacerda de Almeida, obra, P.A. 1897, § 88, p. Beviláqua, *Código Civil comentado*, t. iv, Rio de Janeiro, 1934, p. 262). Vedado o desconto de mais de 25% por suprimento de alimentação, tolhe-se nessa parte, a eficácia em cláusulas convencionais, relativas às prestações *in natura*, quando no tocante à alimentação, excedentes daquela percentagem. Subiste, porém, a obrigação de pagamento em dinheiro do total do salário ajustado; e subsiste também a obrigação do fornecimento daquelas utilidades, fora, porém, do regime já agora proibido, de desconto normal.

Se se entendesse, de outro lado, ainda que a Lei n.º 3.030; de 19 de dezembro de 1956, não autoriza a cobrança, a título de alimentação de qualquer importância suprir à da percentagem que estabelece, nem por isso, entretanto, ficaria o empregador obrigado a restituir as quantias, por esse título, já recebidas dos empregados. "Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita ou cumprir obrigação natural" (art. 970, *Código Civil*). Obrigação natural, advertiu egregiamente Lacerda de Almeida, é "aquela em que fica o devedor, que tem por si presunção legal de pagamento, mas, na realidade, não pagou" (obra citada, § 3, p. 16). A Lei n.º 3.030, na verdade, teria daquela forma, para aqueles casos, estabelecido, em favor do empregado, a presunção da liberação, no concernente ao pagamento da alimentação, fornecida pelo empregador, meramente com o desconto de 25% do total do salário mínimo. Pelo restante, substitui a obrigação natural do empregado, e esta, nos termos do art. 970, do *Código Civil*, excluiria a restituição das quantias, pagas pelo empregado, e recebidas pelo empregador, a esse título.

Foram, de resto, alterados, com o advento da Lei n.º 3.030, de 19 de dezembro de 1956, os contratos de trabalho dos reclamantes, e de comum acordo com estes. As alterações fizeram-se, de caso para caso, por escrito, suprimindo o fornecimento de utilidades pelo empregador, a título de integração do salário. Foram confirmadas as alterações, de que se trata, por escrito, mediante a assinatura do empregado. ou a autenticação deste, aos pagamentos voluntariamente efetuados ao empregador, a título da alimentação e habitação.

Da exposição precedente resulta, a seu turno, que das mesmas alterações dos contratos de trabalho não resultaram direta ou indiretamente prejuízo aos empregados (art. 468, *Consolidação das Leis de Trabalho — C.L.T.*), já que prejuízo não poderia resultar da mudança do modo de pagamento — do salário, ou da satisfação de obrigação, no em que a impossibilidade relativa ulterior a deixou subsistir (art. 879, *Código Civil*).

Se alguma alteração substancial se operou a respeito, foi simplesmente a renúncia pelo empregador do benefício do pagamento forçado, ou execução forçada, representado pelo desconto em folha. O pagamento da quantia correspondente às utilidades, por essas alterações convencionais, tornou-se voluntárias, somente executável em juízo, pelas vias ordinárias. Se dessas alterações contratuais resultou prejuízo, este foi do empregador.

## *Sigilo administrativo*

Não cabe à autoridade judiciária a realização de inquéritos destinados à apuração de infrações penais (Cirne Lima, *Rudimentos do processo criminal*, Pará, 1882, § 171, p. 56). Toca, fora de dúvida, ao Ministério Público, requisitar, a "quaisquer autoridades ou funcionários", esclarecimentos, documentos ou elementos de convicção, necessários à complementação dos dados encaminhados ao órgão da acusação (art. 47, *Código de Processo Penal*), para instauração da ação penal, ou aditamento da queixa em que esta se fundar. É praxe, entre nós, requisitar, o Ministério Público, esses elementos complementares da acusação, aos órgãos administrativos, por intermédio do Juízo (E. Espínola Filho, *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*, t. I, Rio de Janeiro, 1954, n.º 116, p. 443). Nem por isso essa providência se insere no processo, quando esse, depois, se instala: não é processo sequer preventivo. Ao juiz, ressalvadas as exceções legais (e. g., art. 26; art. 531, *Código de Processo Penal*), descabe, e preeminentemente, substituir-se, ou unir-se, ao Ministério Público, na preparação da acusação que, afinal, a ele, juiz, lhe incumbirá julgar. A requisição, de que se cuida, há de ser portanto, ainda que formulada por intermédio do Juízo, recebida, atendida, impugnada ou rejeitada, como requisição do Ministério Público, e não do Juízo.

Não podem, à sua vez, os agentes do Ministério Público, dirigir-se a quaisquer autoridades ou funcionários administrativos, excetuados os competentes para o inquérito policial (art. 13, II; art. 16, *Código de Processo Penal*), a fim de requisitar-lhe esclarecimentos, documentos ou elementos de convicção, senão obedecidas as normas de competência, pelas quais a atividade daquelas autoridades ou funcionários há de reger-se. Competente para determinar o que é ou não é segredo, com relação ao dever de sigilo funcional do servidor público, entende-se o superior na administração, ao qual se subordina ele (Ruy Cirne de Lima, *Princípios de direito administrativo*, 4 ed., Porto Alegre, 1964, § 20, p. 177). donde, salva a disposição do artigo 141, § 36, II e III, da *Constituição Federal*, depender a comunicação ou divulgação de qualquer documento oficial do "consenso prévio da autoridade competente" (H. Fernandes Pinheiro, *Sigilo administrativo*, *Revista de Direito Administrativo*, t. LXVI, p. 372). A competência, para decidir acerca do sigilo administrativo é, entre nós, fixada pelo Decreto n.º 27.583, de 14 de dezem-

bro de 1949, estendido, pelo Decreto n.º 27.930, de 27 de março de 1950, "a todo assunto e matéria de caráter sigiloso, inclusive quando não interessar diretamente à segurança nacional" (art. 1.º), e de forma, ao demais a abranger, também, as entidades autárquicas (art. 2.º). Cabe, essa competência, fora da organização militar, enquanto aos documentos, ditos confidenciais e reservados e sem prejuízo da competência eventual de funcionários inferiores, ao "funcionário de categoria mais elevada na administração civil" (art. 10, Decreto n.º 27.583). No caso, essa competência pertence, sem controvérsia possível, ao Ministro da Educação e Cultura, ao qual as Universidades, particularmente as instituídas como entidades autárquicas federais, se encontram subordinadas, exercendo, ele, "as atribuições do Poder Público Federal em matéria de educação" (art. 6.º, Lei n.º 4.024, de 20 de dezembro de 1961), isso, embora o Ministro de Estado, no regime brasileiro, somente por extensão ou analogia possa ser havido como funcionário público (Pedro dos Santos, *Os Nossos Ministros de Estado*, Rio de Janeiro, 1934 p. 80; Ruy Cirne Lima, obra citada, § 20, p. 163).

No que concerne, especificamente, ao Ministério da Educação e Cultura, prevalecem, ao propósito, por isso que adotados pelo Ministro de Estado, os conceitos enunciados nas conclusões de parecer do Consultor Geral da República, assim concebidos: "Os processos administrativos não têm o caráter de publicidade, inerente à generalidade dos processos. Não há, pois, como conceder vista do processo, onde se encontram informações e pareceres sucessivos de diversas autoridades administrativas, nem muito menos certidão do inteiro teor do mesmo processo. Apenas aos Juizes da Fazenda Pública é possível requisitar às repartições respectivas os processos administrativos relacionados com ato ou fato submetido ao Judiciário, segundo dispõe o art. 1.º da Lei n.º 94, de 16 de setembro de 1947" (Haroldo Valladão, *Pareceres do Consultor Geral da República*, t. IV, Rio de Janeiro, 1950, p. 366).

Em consequência, fica visto, e claramente visto, que a requisição da qual se trata somente poderá ser atendida pela Reitoria da Universidade, depois de submetida, por esta, à decisão do Ministro da Educação e Cultura.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 7 de janeiro de 1965.

## *Sociedade anônima estrangeira*<sup>1</sup>

1. O regime jurídico aplicável às sociedades estrangeiras (art. 59 a 73 da Lei 2627/40) permanece inalterado por força do art. 300 da Lei 6.404/76.

É proibido a qualquer sociedade anônima estrangeira funcionar no Brasil, — "por si mesma, ou por filiais, sucursais, agências ou estabelecimentos que a representem", — sem autorização do Governo Federal (art. 64, *Lei das Sociedades por Ações — L.S.A.*). Entende-se por funcionamento a prática de qualquer ato pelo qual se realize já o objeto ou fim social (art. 50, *L.S.A.*; Wieland die Kapi-

talgesellschaften, München u. Leipzig, 1931, § 95, p. 75). Com estas restrições, a respeito das sociedades anônimas, há de ler-se e aplicar-se o art. 11 da *Lei de Introdução ao Código Civil — L.I.C.C.*, que, embora posterior em data (Decreto-lei n.º 4657, de 4 de setembro de 1942) à *Lei das Sociedades por Ações* (Decreto-lei n.º 2627, de 26 de setembro de 1940), não importou derrogação desta, já que "*legi speciali per generalem non derogatur*" (art. 2.º, § 2, L.I.C.C.). As sociedades anônimas estrangeiras, enquanto não autorizadas pelo governo federal, são reconhecidas como pessoas jurídicas (art. 11, L.I.C.C.), — não, entretanto, para a realização do respectivo objeto, ou fim, — senão, meramente, como suportes ou sujeitos de direitos e obrigações à criação e à conservação dos quais aquele propósito seja alheio ou indiferente, em face da lei brasileira; e.g., os derivados de atos jurídicos passados no exterior; o direito à indenização ou a obrigação de indenizar por fato ilícito; o direito à restituição ou a obrigação de restituir por pagamento sem causa, etc. Aplicar-se-lhes-á, com relação aos atos praticados no país que importem realização já do objeto social, a regra do art. 55, parágrafo único, da *Lei das Sociedades por Ações — L.S.A.*: "a sociedade não responde pelos atos ou operações praticados pelos... diretores, antes de cumpridas as formalidades de constituição", — isso, sem prejuízo da responsabilidade penal em que incorrerem os diretores, individualmente, se informarem falsamente o público (art. 167, n.º 1, L.S.A.) acerca da autorização governamental, elemento integrante, para o funcionamento no Brasil, da constituição da sociedade (art. 65, L.S.A.).

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 2 de março de 1967.

## *Sociedade em comandita* — (art. 311 do Código Comercial)

*Pergunta n.º 1.* É possível, de acordo com as leis vigentes, obrigar os sócios solidários de uma firma a repor os prejuízos sofridos pelos sócios comanditários da mesma, cuja quota de capital foi absorvida pelas perdas sociais, repartidas na proporção de 90% para os solidários e de 10% para os comanditários, de conformidade com o contrato social?

*Resposta:* Esta pergunta encontra certamente sua razão de ser numa interpretação demasiado literal do artigo 311 do Código Comercial, no qual os comanditários são qualificados de "simples prestadores de capitais".

Carvalho de Mendonça ministra-nos, porém, a verdadeira inteligência do dispositivo legal, nestes termos:

— O código denomina os comanditários simples prestadores de capitais (art. 311), expressão incorreta, não obstante consistir a obrigação fundamental destes sócios na prestação da quota.

A lei quer dizer que os comanditários não comprometem na sociedade o seu patrimônio, mas somente os fundos com que concorrem ou se obrigam a contribuir; que cada um deles vale a quota, não havendo, sob esse ponto de vista, diferença do acionista.

A verdade é que os comanditários não se limitam a prestar capitais ficando na situação de mutuantes.

Os mutuantes são credores, têm direito à restituição da quantia emprestada e ao pagamento dos juros (*Código Comercial*, art. 248).

Os comanditários são sócios; as suas pessoas são tomadas em consideração; não levantam a quota antes da liquidação da sociedade e em virtude da partilha; correm o risco social. (*Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. III, liv. II, parte III, São Paulo, 1914, n. 730, p. 182).

Os comanditários correm, pois, o risco social; participam dos lucros e das perdas como associados, não lhes sendo lícito, portanto, pretender que os sócios solidários os embolsém das perdas porventura sofridas, salvo culpa que gere responsabilidade destes.

*Pergunta n.º 2.* Um amigo residente no estrangeiro emprestou a firma brasileira certa quantia em réis, a juros estipulados, e por tempo indeterminado. Ficou convencionado que se tornaria exigível a dívida mediante aviso prévio, dado com antecedência de certo número de dias. Dado o aviso, com a antecedência exigida, firma devedora não pode efetuar o pagamento total da quantia devida, fazendo, meramente, alguns pagamentos parciais e continuando a pagar juros sobre o remanescente. A baixa, entretanto, verificada, durante os últimos anos, no câmbio brasileiro, causou prejuízos ao credor, porquanto as quantias, com atraso, pagas pela devedora, não mais produziam o valor-ouro que teriam produzido, se pagas em conjunto, na ocasião do vencimento da dívida. Tem o credor possibilidade de reclamar perdas e danos, por esses prejuízos? Caso afirmativo, ainda lhe assiste essa possibilidade, diante da correspondência trocada entre credor e devedora, conforme cópias em anexo?

*Resposta:* A matéria é regida pelo artigo 1.061 do *Código Civil*, assim concebido: — “As perdas e danos, nas obrigações de pagamentos em dinheiro, consistem nos juros da mora e custas, sem prejuízo da pena convencional.”

*Pergunta n.º 3:* Com referência ao Laudo Pericial da firma Krung & Henriques sobre a revisão da escrita da casa Luchsinger & Cia., permite a legislação brasileira fazer valerem em juízo as considerações, por aquela firme expedidas, na resposta ao quesito 7, e, com fundamento nelas, reclamarem os comanditários aos sócios

solidários de Luchsinger & Cia. o reembolso da importância de Rs. 244:110\$827, em que teriam sido lesados?

Resposta: A cláusula IX da alteração do contrato social de Luchsinger & Cia., datada de 14 de dezembro de 1918, arquivada na Junta Comercial a 28 do mesmo mês e ano, debaixo do n.º 9.042, prescreve o seguinte:

— As quantias que os sócios depositarem ou tenham depositado em conta corrente particular, vencerão juros na razão de seis por cento (6%) ao ano, recíprocos.

Esta cláusula, repetida pela alteração de contrato de 17 de agosto de 1920, arquivada na Junta Comercial a 20 do mesmo mês e ano, sob o n.º 10.387, e confirmada pela de 21 de junho de 1922, arquivada na Junta Comercial a 30 do mesmo mês e ano, sob o n.º 12.654, e pela de 27 de fevereiro de 1923, arquivada na Junta Comercial a 2 de março do mesmo ano, sob o n.º 13.268, e ainda pela de 9 de março de 1926, arquivada na Junta Comercial a 30 do mesmo mês e ano, — essa cláusula é, de resto, literalmente reproduzida pela alteração de contrato de 2 de agosto de 1926, arquivada na Junta Comercial a 12 de novembro do mesmo ano, sob o n.º 17.553.

Posto se refira a depósitos efetuados pelos sócios, a estipulação de juros recíprocos, que nela se contém, define-lhe o verdadeiro sentido, que é o estabelecimento de um contrato de conta corrente propriamente dito, entre os sócios e a sociedade.

Independe certamente de convenção a fluência de juros recíprocos no contrato de conta corrente, *ex-vi* do artigo 254 do *Código Comercial*.

A estipulação deles é, entretanto, indício seguro da existência desse contrato.

“O artigo 254 do *Código do Comércio* — observa Teixeira de Freitas — ... refere-se unicamente às contas-correntes, pois que só nestas há contagem de juros recíprocos.” (*Aditamentos ao Código do Comércio*, Rio de Janeiro, 1878, t. I, ao art. 254, p. 618; conforme Teixeira de Freitas, *Consolidação das leis civis*, Rio de Janeiro, 1876, ao art. 361, nota 21, p. 224).

E desse modo se tem tem julgado, como se vê do acórdão de 6 de junho de 1863 do Supremo Tribunal de Justiça: — “Juros recíprocos só podem ser contados em conta corrente.” (Mafra, *Jurisprudência dos tribunais*, Rio de Janeiro, 1868, t. I, verb. Juros Recíprocos).

Nestas circunstâncias, as duas contas, respectivamente credora e devedora, cuja existência, com relação a alguns dos sócios solidários, os peritos Krug & Henriques assinalam, no “Laudo Pericial sobre a Revisão da Escrita”, as folhas 18 e 19 — essas duas contas devem reputar-se partes distintas de conta só, integradora do contrato de conta corrente, estabelecido pelo próprio estatuto social.

Nem se afirme que os sócios solidários poderiam, paralela e se-

paradamente, tomar dinheiro da sociedade por empréstimo, constituindo-se, com as importâncias mutuadas, o quadro contábil das mencionadas contas devedoras, e, por outro lado, depositar ou dar de empréstimo à sociedade as quantias lançadas em suas contas credoras, simples esquemas computísticos dessas operações.

Nada impede, na verdade, que se associem o depósito irregular e o mútuo ou a abertura de crédito, sem que perca cada qual a sua autonomia. (conforme Mário de Figueiredo, *Contrato de conta corrente*, Coimbra, 1923, n. 33, p. 63).

Esta interpretação dos fatos afigura-se-nos, no entanto, de todo incompatível com o disposto pela cláusula XIV da alteração de contrato de 17 de agosto de 1920, arquivada na Junta Comercial a 20 do mesmo mês e ano, sob o n.º 10.387, — cláusula essa não posteriormente revogada, e em cuja vigência se teriam verificado os lançamentos e o mais movimento contábil, apontado pelos peritos Krüy e Henriques.

Esta, nessa cláusula, estabelecido o seguinte:

— Nenhum dos sócios solidários poderá assinar fiança a favor de terceiro com a firma social, nem emprestar dinheiro da sociedade, desde que não nasça o empréstimo de legítima transação por conta da mesma (conforme a cláusula 4 do contrato social de 15 de julho de 1898).

Bem é de ver que, se, como representantes e administradores da sociedade, aos sócios solidários não será lícito dar de empréstimo a terceiros fundos sociais, ainda menos lhes seria dá-los a si próprios.

Tornar-se-ia isso admissível unicamente na hipótese excepcional de originar-se o empréstimo da transação, por conta da sociedade, hipótese, entretanto, sobre cuja ocorrência o "Laudo Pericial sobre Revisão da Escrita" não nos fornece informes.

Nem obsta a existência da conta corrente à disposição da cláusula XI da alteração de contrato de 17 de agosto de 1920, arquivada na Junta Comercial a 20 do mesmo mês e ano, sob o número 10.387.

O teor desta é o seguinte:

— Retiradas de saldos ativos em conta corrente particular, ou de saldos de juros e lucros, poderão ser feitas: — em Zurich em francos suíços; em Porto Alegre em moeda brasileira.

A redação desta cláusula dá lugar a duas hipóteses: ou os saldos ativos, a que se refere, são os anualmente verificados com o encerramento da conta; ou esses saldos representam os excessos provenientes das diferenças da remessas, entre os correntistas.

A primeira hipótese se inclui entre as fases do desenvolvimento clássico da conta corrente propriamente dita. E a segunda não é incompatível com a sua existência.

A situação dos correntistas pode ser economicamente diversa

e, em conseqüência, a diferença entre as remessas de um e de outro pode elevar-se a quantias avultadas, causando prejuízos sensíveis aos mais abonados deles, pela imobilização que, para os fundos remetidos, o ingresso na conta representa.

“Verdade é que, — adverte Descartes de Magalhães, — prevendo tal situação, e havendo justos motivos para temê-la de parte a parte, os correntistas poderão convencionar que um e outro se obriguem a ter sempre à disposição do que fizer as remessas as importâncias correspondentes aos valores delas.” (Curso de Direito Comercial, t. II; São Paulo, 1922, nota 38, p. 723 e 724; conforme Paulo de Lacerda, *Conta Corrente*, Rio de Janeiro, 1928 n. 71, p. 161).

Aí, esta, na lição dos doutos, que concede mais, a consagração de validade daquela cláusula que ônus menor impõe ao correntista.

Tomadas, pois, as duas contas, como duas seções gráficas distintas de uma conta, integradora do contrato de conta corrente, estabelecido pelo estatuto social, podiam ter lugar as diferenças de câmbio verificadas nas contas credoras, em que, pela taxa do dia, se lançavam remessas em francos suíços, mas provisoriamente, para serem, depois, definitivamente computados pela taxa do dia do encerramento da conta?

Na falta de ajuste, — “pelo câmbio do dia será determinado o valor, se a remessa for em moeda estrangeira”. (Descartes de Magalhães, Curso de direito comercial, t. II. São Paulo, 1922, p. 726).

Diz essa matéria, porém, com a execução do contrato, e nada impede que esse ajuste se tenha efetuado, tácita ou expressamente, já durante o período de execução do contrato, ou de movimento da conta.

Na ausência de acordo nesse sentido, entretanto, claro é que o correntista a cujo débito tais diferenças de câmbio fossem levadas poderia reclamar-lhes o estorno.

Por último, encerrada a conta, os saldos devedores deveriam ser compensados até a concorrência dos saldos credores, não podendo subsistir, separadamente uns e outros.

No silêncio do contrato, a teor do artigo 253 do *Código Comercial*, o encerramento da conta deveria fazer-se anualmente. (conforme Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. VI, lib. IV, parte II, Rio de Janeiro, 1927, n. 1004, p. 406).

Nestas circunstâncias, parece-nos que os fatos apurados pelo “Laudo Pericial sobre a Revisão da Escrita”, sobre a ação dos sócios solidários, nas relações de conta corrente da sociedade com eles próprios, violando, como se afigura, a teor dos documentos que nos foram submetidos, os princípios que vêm de ser expostos, criariam devidamente provados a responsabilidade dos referidos sócios solidários, aos quais são imputados, para com os seus co-associados, pelos prejuízos daí decorrentes para a sociedade, porquanto como é regra universal, — “aquele que, por ação ou omissão voluntária, ne-

gigência, imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. (*Código Civil*, art. 159).

Este é pois, o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 30 de março de 1933.

## *Sociedade em comandita simples* — *arrendamento* *de empresa*

Não pode haver alteração do contrato de sociedade, — salvos os casos expresso em lei, — sem o consentimento unânime, e a subscrição do respectivo instrumento, por todos os sócios. “É permitido aos sócios, mediante resolução unânime, alterar ou modificar o contrato orgânico, enquanto existe a sociedade” (J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, t. III, Rio de Janeiro, 1933, n.º 671, p. 140).

Salvo, por igual, os casos expressos em lei, “nenhum dos sócios pode... obrigar os outros a aceitarem terceiro, a quem cedesse, por qualquer título, no todo ou em parte, os seus direitos na sociedade...; ao próprio sócio comanditário, na comandita simples, considerado pelo *Código* prestador de capitais, não é lícito ceder a terceiro a sua quota” (J. X. Carvalho de Mendonça, obra citada, r. III, n.º 642, p. 115).

Admite, porém, a lei, que o sócio associe terceiro à sua parte, na sociedade. Assim, o *Código Comercial*: “poderá associa-lo à sua parte, sem que, por este fato, o associado fique considerado membro da sociedade (art. 334). E, também, o *Código Civil*: “para associar um estranho ao seu quinhão social, não necessita o sócio do concurso dos outros: mas não pode, sem aquiescência deles, associa-lo à sociedade”.

Lícito é, ainda, arrendar a sociedade a terceiro, o estabelecimento ou estabelecimentos, que explora economicamente, na realização do objeto social. É a *Unternehmungspacht*, do direito alemão (Pisko, *Das Kaufmannische unternehmen*, § 29, *Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechts*, t. II, parte I, p. 233), o *bail de fonds de commerce*, do direito francês (Wahl, *Précis theorique et pratique de droit commercial*, Paris, 1922, n.º 130, p. 50). Essa figura jurídica não é ignorada, no direito brasileiro, em que o estabelecimento “pode ser objeto de muitas operações jurídicas” (J. X. Carvalho de Mendonça, obra citada, t. V., parte I, Rio de Janeiro, 1934, n.º 15, nota 1, p. 20), entre as quais a locação, aqui contratada como elemento necessário ou indispensável ao exercício do comércio” (J. X. Carvalho de Mendonça, obra citada, t. I., Rio de Janeiro, 1931,

n.º 332, p. 523), ou quando não se trate de comércio de atividade econômica, especificamente tal.

Para a celebração do contrato de arrendamento, dessa natureza, na sociedade em comandita simples, não se há de exigir o consentimento dos sócios comanditários, já que envolve "transação estranha ao negócio designado no contrato" (art. 316, *Código Comercial*), senão modo de realização do objeto social, *ad instar* do que ocorre, quanto ao usufruto (art. 724, *Código Civil*).

A seu turno, podem os sócios fazer-se representar, perante a sociedade, por mandatários, com poderes especiais. Permite-se o mandato e reclamam-se poderes especiais, em tal caso, pelo art. 145 do *Código Comercial*, *verbis*: "entrar em companhias ou sociedades"

Por aplicação dessas noções, parece dever construir-se a operação de que se cuida pela forma seguinte:

I) "A" toma de arrendamento ao único sócio responsável (ou comanditado) da sociedade em comandita "B", por prazo não excedente ao de duração da sociedade, o estabelecimento ou estabelecimentos em que a atividade econômica da sociedade se exercita. Tem o sócio responsável, como gerente, aos demais, poderes para alienar e gravar imóveis, no interesse da sociedade (Alteração contratual de 30 de julho de 1970). O preço do arrendamento é equivalente a noventa e cinco (95%) do lucro real, no ano correspondente, e nunca inferior à média do lucro social, nos últimos três (3) anos anteriores à data da celebração do arrendamento.

II) Adquire "A", de tal sorte, a administração do estabelecimento ou estabelecimentos, que passe a gerir em nome próprio e por conta própria.

III) Simultaneamente, "A" associa-se, na proporção de noventa e nove por cento (99%) do respectivo valor, à parte do único sócio responsável (ou comanditado) e aos quinhões dos comanditários, que a isso aquiesceram. Como associado a essas partes ou quinhões sociais, recebe "A", do único sócio responsável (ou comanditado) e dos comanditários a que se anunciou, procuração que a habilita a representá-los, perante a sociedade e demais sócios.

IV) A quantia, paga como preço do arrendamento, volta-lhe às mãos, na proporção de noventa e nove por cento (99%), quanto às partes sociais a que se encontra associado. Nessa mesma proporção, participará da partilha dos haveres sociais, dissolvida a sociedade.

V) Nenhum desses atos jurídicos afeta a continuação da sociedade, até a sua dissolução e liquidação. O arrendamento do estabelecimento ou estabelecimentos não importa impossibilidade de preenchimento do intuito e fim sociais (art. 336, *Código Comercial*). O intuito e fim da sociedade *in hypothesi* definem-se pela obtenção de lucro: "para esse fim, cada sócio se obriga a dar ou fazer alguma coisa no intuito ou esperança de obter lucro" (J. X. Carvalho de Mendonça, obra citada, t. III, n.º 520, p. 17). Pelo arrendamento, ou-

tro, apenas, é o processo econômico-jurídico utilizado para a obtenção do lucro. Não se destrói, de tal maneira, a personalidade jurídica da sociedade, que, integra, continua a subsistir (art. 21, *Código Civil*). Acrescenta-se que não há discutir, no caso, a aplicabilidade da legislação comercial. Reveste, a sociedade, a forma da sociedade mercantil (art. 1364, *Código Civil*), disciplinando-se, portanto, ainda que pudesse reputar-se como sociedade civil em obediência "aos... preceitos" daquela legislação, no em que não contrariarem os do *Código Civil*.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 14 de setembro de 1971.

## Sociedade limitada

### — denominação

É de, *data venia*, dar-se interpretação rigorosamente literal à expressão usada pelo legislador no § 2 do artigo 3º do Decreto Legislativo n.º 3.708, de 10 de janeiro de 1919, a saber: "A firma ou denominação social deve sempre ser *seguida* da palavra limitada".

Fontes desse dispositivo foram o artigo 3º, § 4, da Lei portuguesa de 11 de abril de 1911, e o § 4, alínea final, da Lei alemã de 20 de abril de 1892 (conforme H. Villemor do Amaral, *Sociedades limitadas*, Rio de Janeiro, 1921, n.º 133, nota 140, p.107).

A Lei portuguesa diz, mais claramente: "A firma ou denominação social *aditar-se-ão* sempre as palavras "responsabilidade limitada" ou simplesmente a palavra "limitada". Ora, aditar significa adicionar, acrescentar (*Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*, Rio de Janeiro, 1942, verb. Aditar, p.25); ou seja, um resultado equivalente ao que se exprime pela palavra acrescido, empregada pela nossa *Lei de Sociedades por Ações*, em seu artigo 3º, a saber: "A sociedade anônima será designada por denominação que indique os seus fins, acrescida das palavras 'sociedade anônima' ou 'companhia', por extenso ou abreviadamente".

A Lei alemã, reproduzida e provavelmente traduzida por H. Villemor do Amaral, consigna: "A firma da sociedade, em todos os casos, deverá ser seguida da expressão com responsabilidade limitada". Entretanto, Cosack, aludindo a esse dispositivo, não lhe empresta uma inteligência rigorosamente literal: a firma da sociedade escreve o tratadista alemão — "*doit renfermer l'indication 'a responsabilité limitée'*" (*Traité de droit commercial*, trad. de Léon Mis, t.III, Paris, 1907, § 122, p.271). Ora, '*renfermer*' significa, como é sabido, encerrar, incluir.

No caso, de resto, a denominação social propriamente dita é 'Sulquímica Ltda'. As expressões ulteriores 'Indústria e Comércio

de Produtos Químicos' são meramente um aditamento, destinado a dar a conhecer a natureza do negócio a que a sociedade vai dedicar-se. Esse aditamento, quanto ao comerciante singular, é expressamente previsto pelo artigo 3º do Decreto nº 916, de 24 de outubro de 1890, *verbis*: "... aditando, se quiser, designação mais precisa de sua pessoa ou gênero de negócio". Carvalho de Mendonça indica como exemplos: 'L. do Amaral, o Balisa (alusão ao nome do estabelecimento) ou 'L. do Amaral, Livreiro', etc (*Tratado de direito comercial brasileiro*, t.II, Rio de Janeiro, 1937, nº 188, p.163).

São esses aditamentos 'insígnias nominativas' impropriamente, tais porque aplicáveis a empresas similares (conforme Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, t.V, 1ª parte, Rio de Janeiro, 1938, nº 22, p.25), mas suscetíveis de individualização específica pelo aditamento à firma ou denominação social. Carvalho de Mendonça observa, quando inexistente ainda o registro da insígnia, que o aditamento à firma ou denominação constituía meio indireto de proteger as insígnias contra perfídia dos concorrentes" (obra citada, t.V. 1ª parte, nº 23, p.26). O mesmo pode dizer-se quanto à qualificação mais precisa do negócio, insuscetível, hoje, pelo seu teor comum, de registro como insígnia.

Demais, essa qualificação acessória, ainda quando registrada, nunca poderia por si só substituir a firma ou denominação social nas relações jurídicas da sociedade. É o que dispõe, explicitamente, o artigo 35 do Decreto nº 24.507, de 29 de junho de 1934: "A simples aposição do nome ou insígnia, registrados em contratos ou outros documentos... não poderá substituir legalmente o uso da firma ou razão social para outro fim que não seja a indicação do estabelecimento ou atividade profissional".

Pelo exposto,

a. admitindo-se o aditamento para as anônimas, parece dever-se admiti-lo para as sociedades limitadas, desde que afastada a interpretação rigorosamente literal do Decreto Legislativo nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919;

b. esse aditamento, embora anexo à denominação social e unido a esta, com esta não se confunde, antes a pressupõe; donde, ainda que negando aquela primeira conclusão, mister é admitir-se o contrato, no qual vem ele estipulado, a arquivamento.

## *Sociedades coligadas*

Cuida-se de contrato no qual a sociedade-mãe (Compagnie Nord-Africaine de l'Hyperphosphate Reno) se obriga para com a sociedade-filha (Companhia Riograndense de Adubos) a prestar-lhe assistência técnica, econômica e financeira e, além disso, a assegurar-lhe a exclusividade do uso de patentes e marcas industriais e comerciais, e a exclusividade, por igual, no Rio Grande do

Sul, da aquisição direta, ou de conta de terceiros, de todos os produtos de fabricação daquela primeira, tudo, mediante uma retribuição percentual, calculada sobre o preço de custo industrial da produção, vendida e entregue, da sociedade-filha.

São, contratos dessa natureza, comuns entre a sociedade-mãe e a sociedade-filha. Wieland não os reputa inadmissíveis, salvo quando simulados, ou quando dirigidos a resultados subjacentes à censura do direito (Handelrecht, t. II, *Die Kapitalgesellschaften*, München u. Leipzig, 1931, § 123, p. 381). Messineo, semelhantemente, não os considera como *ipso jure* simulados, posto haja por essencialmente simulada, sempre, a constituição da sociedade-filha (*Le Società di commercio collegate*, Padova, 1932, n.º 14, p. 31; n.º 3, p. 12; n.º 18, p. 36). Entre nós, — é oportuno referir-se, — o reconhecimento da legitimidade *in thesi* da figura jurídica da sociedade-filha ressaí, inequivocamente, da disposição do § 2 do art. 135 da Lei das Sociedades por Ações, de vez que, sob a rubrica das sociedades coligadas e controladas, naquela disposição mencionadas, se incluem, fora de dúvida, as sociedades-filhas (Waldemar Ferreira, *Instituições de direito comercial*, 4 ed., t. I, São Paulo, 1954, n.º 373, p. 499; Trajano de Miranda Valverde, *Tratado das sociedades por ações*, 2 ed. Rio de Janeiro, 1953, t. II, n.º 703, p. 405).

Quando, porém, contratos dessa natureza hão de ser aprovados pela assembléia geral da sociedade-filha, ou a sua celebração há de ser vinculativamente determinada à diretoria desta, a sociedade-mãe terá de abster-se de votar a respeito, como qualquer outro acionista; não, entretanto, se a resolução da assembléia geral se destinar meramente a exonerar de responsabilidade a diretoria, ou autorizar simplesmente a celebração do contrato (Wieland, obra citada).

Não sendo, contratos dessa natureza, de haver-se *ex natura sua* por simulados, milita contra eles, sem embargo, a suspeita de uma intenção fraudulenta que, quando contraditada pelo teor aparente do negócio jurídico, pode estar, contudo, encoberta por simulação daquele, especificamente endereça à violação de lei ou ao prejuízo de terceiro (art. 105, *Código Civil Brasileiro*). A identidade econômica, maior ou menor, entre a sociedade-mãe e a sociedade-filha (Isay, *Das Recht am Unternehmen*, Berlin, 1910, p. 87), a dependência jurídica desta última para com a primeira (Kronstein, *Die abhängige juristische Person*, München, — 1931, *passim*), ou a dominância da sociedade-mãe sobre a sociedade-filha (Hausmann, *Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassung*, Mannheim, 1926, p. 81), ou a subsunção jurídica desta última naquela primeira como órgão e operações (Hamburger, *Die Organgesellschaft*, Gedächtnisschrift für Seckel, 1927) fundamentam, não sem razão, apesar da independência aparente entre ambas as sociedades, a suspeita de uma colusão ou confusão interna de interesses e, pois, a suspeita de uma intenção fraudulenta na separação, senão oposição, externa, destes.

A lei, a cuja violação a simulação prestaria cobertura, poderia ser, *exempli gratia*, a norma cogente da Lei das Sociedades por Ações, segundo a qual, na distribuição dos lucros sociais entre os acionistas, há de observar-se “a regra da igualdade de tratamento

para todos os acionistas da mesma classe ou categoria" (art. 78). Contratos da natureza do que se cuida prestar-se-iam a encobrir a atribuição à sociedade-mãe, nos lucros da sociedade-filha, de participação maior do que a que houvesse de caber-lhe, respeitado o princípio da igualdade de tratamento para todos os acionistas da mesma classe ou categoria.

Dissimuladamente violadas, por tal modo, poderiam ser também as leis fiscais e, em especial, as concernentes ao imposto de renda. Intenção oculta do contrato, celebrado entre a sociedade-mãe e a sociedade-filha poderia ser a de alcançarem, por esse expediente, que, no balanço fiscal da sociedade-filha, fossem inscritas como despesas (art. 37, *a*, Regulamento do Imposto de Renda), quantias que, realmente, teriam de ser computadas como lucros, a serem distribuídos à sociedade-mãe. A jurisprudência fiscal brasileira não reconhece, por ora, significação fiscal às relações internas econômicas e jurídicas, entre a sociedade-mãe e a sociedade-filha (conforme acórdãos n.º 24.226, 45.260, 45.261, 45.262 do 1.º Conselho de Contribuintes, *Revista Fiscal de 1949*, n.º 663; de 1956, n.º 667).

Não é de esquecer-se, no entanto, que a unitariedade (*Einheitlichkeit*) ou solidariedade econômica entre ambas já se encontra estabelecida no direito positivo brasileiro, enquanto às relações de trabalho (art. 2.º, § 2, Consolidação das Leis do Trabalho). Tal é também o termo final a esperar-se da evolução de nosso direito fiscal (conforme Haussmann, *Die Tochtergesellschaft*, Berlin, 1923, p. 60 e 77). O ponto de partida dessa evolução encontra-se já na disposição do art. 69 do Regulamento do Imposto de Renda.

Uma penetração maior na intimidade das relações jurídicas e econômicas entre a sociedade-mãe e a sociedade-filha trará a lume, com respeito a terceiros e, em especial, à Fazenda Pública, aspecto dos mais relevantes para a apuração, da existência, ou não, de simulação fraudulenta em contratos dessa natureza. O aspecto que poderá, assim, mais cedo ou mais tarde, emergir da intimidade daquelas relações, é o pertinente à execução material dos contratos, da natureza do de que se cuida. Ferrara observou a propósito: "Circunstância decisiva para determinar que o contrato é ficto, é a de que não tenha tido ele execução, isto é, que a posição de fato dos contraentes não se haja conformado à posição jurídica mudada (pelo contrato)" (*Della Simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, n.º 78, p. 30). Se, por conseguinte, a assistência, que a sociedade-mãe se obrigou a prestar à sociedade-filha se não tivesse concretizado, pela forma e na extensão ajustadas, o contrato entre ambas teria de reputar-se simulado, e a anulação dele poderia ser demandada pelos terceiros, lesados com a simulação, ou pelos representantes do poder público, para restaurar o império da lei violada, ou a bem da Fazenda Pública (art. 105, *Código Civil Brasileiro*).

Tendo sido o contrato, de que se cuida, celebrado a 30 de junho de 1950, a ação de anulação nem por isso se poderia considerar, de modo incontrovertível, prescrita no quadriênio imediato (art. 178, § 9, *V, b*, *Código Civil Brasileiro*). Trata-se de contrato mercantil, e a disciplina das nulidades dos contratos mercantis ainda é a do Decre-

to n.º 737, de 25 de novembro de 1850, posto que subsidiariamente completada pelo *Código Civil* (conforme J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, 2 ed. t. VI, parte I, Rio de Janeiro, 1934, n.º 239, p. 215 e 216). A prescrição da ação corespondente, *ad instar* da ação de anulação de contrato civil simulado, anteriormente ao *Código Civil* (Carpenter, no *Manual do Código Civil Brasileiro*, de Paulo de Lacerda, t. IV, Rio de Janeiro, 1919, n.º 331, p. 527), pode entender-se que continua a ser a de vinte anos, fixada pelo art. 442 do *Código do Comércio* (conforme Carpenter, obra citada, n.º 186, p. 367 e 368).

Concomitantemente ao contrato, de que se cuida, entre a sociedade-filha e o grupo de acionistas desta que, com a sociedade-mãe, lhe integra o corpo societário, foi celebrado contrato, de estrutura aparentemente análogo, pelo qual se estipula, em favor daquele grupo, uma retribuição percentual idêntica, também calculada sobre o preço de custo industrial da produção, vendida e entregue, na sociedade-filha, em correspectivo a uma promessa de financiamento ou de obtenção de financiamento, para a construção e instalação das usinas e estabelecimentos da mesma sociedade-filha.

Esse contrato, apesar da aparente analogia de estrutura, que denota, com o anterior, é, na verdade, totalmente distinto daquele, por sua natureza e efeitos. O que nele se retribui, manifestamente, não é o capital, alcançado pelo financiamento, mas a outorga do financiamento, ou a obtenção deste, por mediação, à mão de terceiros.

A ser prestado o financiamento à sociedade-filha pelos seus co-contratantes, seriam, estes, pois, a par do juro sobre o capital mutuado, retribuição, ainda, pela outorga do financiamento, e retribuição convencionada como participação nos lucros da sociedade-filha. Teriam prestado dinheiro à sociedade, de que são acionistas, e, sem correr, quanto a esse dinheiro, o risco social, participariam, sem embargo, dos lucros sociais. Teriam, conseqüentemente, fraudado a disciplina legal cogente do contrato de sociedade (J. X. Carvalho de Mendonça, obra citada, t. III, n.º 532, nota 1, p. 26); e a sanção da fraude seria a nulidade do convencionado (art. 288, *Código Comercial Brasileiro*, art. 283, *Código Comercial Argentino*). Se, pelo contrário, abandonada a noção de fraude, se atribuir a esses co-contratantes meramente a condição de mutuantes, em um empréstimo com participação (conforme Wahl, *Précis de droit commercial*, Paris, 1922, n.º 467, p. 152), ainda assim, contrato, com essa feição, importaria "prática", destinada a "sujeitar o devedor a maiores prestações ou encargos, além dos estabelecidos no respectivo título ou instrumento" (art. 13, Decreto n.º 22.626, de 7 de abril de 1933); e a sanção seria, igualmente, a nulidade do convencionado (art. 11, Decreto n.º 22.626).

A ser prestado o financiamento por terceiro, o contrato entre a sociedade-filha e o grupo de acionistas que se obrigaram a alcançar-lhe o financiamento, revestiria o caráter de uma locação de serviços (conforme Wahl, obra citada, n.º 467, p. 153), cujo resultado haveria de ser a obtenção do financiamento; ou, seja, especificamente, um contrato de mediação com esse objeto (conforme Vivante, *Tratado*

*di diritto commerciale*, 5 ed. t.I, Milano, 1922, p. 227 e 232; Spencer Vampré, *Tratado elementar de direito comercial*, t. I, Rio de Janeiro, 1921, § 71, p. 244). Mas, à locação de serviços, como à mediação, repugna critério de retribuição que se não apóie ao valor do serviço prestado, segundo a *communis aestimatio* local, o tempo empregado em prestá-lo e a qualidade do serviço mesmo (art. 1218, *Código Civil Brasileiro*). No em que excedesse a esse valor, a retribuição ajustada constituiria doação disfarçada, feita "sob aparência de um contrato a título oneroso, por meio de simulação contida no ato" (Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, Paris, 1924, n.º 2.552, p. 629). Tal doação, da sociedade a acionistas seus, seria, porém, se aparente, de reputar-se, para logo, nula, por isso que, aos acionistas, individualmente ou em grupo, é vedado receber doação da sociedade, a expensas, direta ou indiretamente, dos lucros sociais, sem quebramento do princípio vigente, quanto à distribuição dos lucros, da igualdade de tratamento para todos os acionistas da mesma classe ou categoria (art. 78, *Lei das Sociedades por Ações*). Disfarçada ou simulada, a doação seria, de qualquer maneira, anulável (art. 105, *Código Civil Brasileiro*). Quanto à prescrição da ação anulatória, reportamo-nos ao que já dissemos a respeito.

Do ponto de vista fiscal, qualquer inteligência dos fatos, salva a que os configura como delito de usura (art. 4.º, Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951) envolve fraude às disposições legais concernentes ao imposto de renda. Lucro social, ou doação, ainda que simulada (arg. ex. art. 37, *g*, Regulamento do Imposto de Renda), são, do ângulo do imposto de renda, matéria tributável, e a fraude fiscal estará, *in hypothesi*, nitidamente caracterizada pela dedução das quantias correspondentes como despesa (art. 37, *a*, Regulamento do Imposto de Renda), posto que a formulação da consulta à repartição fiscal e instruída com documentação completa, exclua, no caso, outra penalidade administrativa, além da multa de mora (art. 63, § 7, Regulamento do Imposto de Renda).

As duas parcialidades, entre as quais as ações da sociedade-filha se dividem, — a sociedade-mãe e um grupo de acionistas estranhos, podem, se se entender ainda não consumada a prescrição, impugnar, — qualquer delas, o contrato, celebrado pela outra, com a sociedade-filha, relativamente ao qual cada uma delas é terceiro, — enquanto à agitação de simulação fraudulenta (art. 105, *Código Civil Brasileiro*). Enquanto a essa arguição, nenhuma delas, porém, poderá impugnar o contrato, em que houver sido parte; nem a sociedade-filha, por esse motivo, qualquer dos dois contratos (art. 104, *Código Civil Brasileiro*).

Dos convênios *a latere* entre as duas parcialidades, são nulas, por ilicitude de objeto (art. 145, II, *Código Civil Brasileiro*):

a) as cláusulas acerca da abstenção alternada do voto societário, nas assembléias gerais da sociedade-filha, entre as duas parcialidades, com endereço a partilhar ambas os postos de direção;

b) a cláusula que limita território às operações da sociedade-filha.

Cláusula estatutária acerca da partilha dos cargos de direção

entre classes ou categorias de acionistas, tem-se, geralmente, como lícita (H. Mazeaud, *Lo Vote privilégié*, Paris, 1929, n.º 221, p. 279). Mas a partilha desses cargos, por convenção entre duas parcialidades de acionistas, da mesma classe e categoria, ainda que somando a totalidade das ações da sociedade, é uma fraude ao princípio da igualdade de tratamento para todos os acionistas da mesma classe ou categoria, também aplicável ao direito de voto (art. 81, Lei das Sociedades por Ações), além de constituir uma fraude, como convenção privada, à competência legal da assembléia geral no que toca a "nomear" ... os membros da Diretoria" (art. 87, parágrafo único, Lei das Sociedades por Ações). À sua vez, limitações de concorrência, convencionadas pelos acionistas, entre si, contra sociedade, de que são partes, como a que resulta da designação de território para as operações desta última, encerram ilícito, manifestamente tal. Em face do conflito entre os interesses próprios e os da sociedade, os acionistas são obrigados a sotoopor os seus interesses aos interesses sociais (arg. ex. art. 82 e 95, Lei das Sociedades por Ações, conforme Wieland, obra citada, t. II, § 113, p. 249).

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Sociedades Coligadas  
Ilm.º Sr.  
Dr. Ruy Cirne Lima

Efetivando os entendimentos havidos entre V. Sa. e o nosso Diretor-Superintendente, encaminhamos pela presente nossa primeira consulta jurídica.

O objeto desta consulta é solicitar de V. Sa. parecer sobre os contratos particulares de *Royalty* firmados entre empresa e os grupos de acionistas franceses e brasileiros, muito especialmente no que concerne.

- a. à legalidade do que neles se contém;
- b. do seu aspecto fiscal — isenção ou não do imposto de renda na pessoa jurídica.

Ao inteiro dispor de suas apreciadas notícias, firmamo-nos  
Companhia Riograndense de Adubos, C.R.A.

## *Sociedades de economia mista* — *natureza jurídica*

Não é a locução 'sociedade de economia mista' expressão unívoca. Segundo a elencação brasileira, contam-se, pelo menos, seis

conceitos diversos dessa forma de sociedade (T. Azeredo Santos, *As Sociedades de economia mista no direito brasileiro*, Rio de Janeiro, 1964, p. 40). Dois critérios principais dominam a classificação: "a participação estatal, como sócio ou acionista", e "como administrador ou nomeante de administradores" (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, São Paulo, 1968, t. VI, p. 10).

Dentre esses dois critérios, o mais antigo, em nosso país, é o da preponderância estatal na administração da sociedade. Remonta, ele, à Lei n.º 1083, de 22 de agosto de 1860, segundo a qual as Caixas Econômicas — "sociedades sem firma social" (art. 2.º, § 1, Lei n.º 1083) — haviam de ser "dirigidas e administradas por diretores, nomeados pelo Governo (art. 2.º, § 16, Lei n.º 1083). O mesmo critério inspira, ao começo do século, a reconstituição do Banco do Brasil S.A., no qual, de conformidade com o Decreto n.º 1455, de 30 de dezembro de 1905, se instituiu, a despeito da posição minoritária do Governo, quanto ao capital (art. 4.º, dos *Estatutos*), a preponderância estatal na administração, através das atribuições conferidas ao Presidente do Banco, nomeado pelo Governo (art. 10 dos *Estatutos*), que lhe asseguraram a superintendência de todos os negócios de operação (art. 15,1) e a representação privativa do estabelecimento, em suas relações com terceiros (art. 15,6 dos *Estatutos*), além do voto de qualidade (art. 16 dos *Estatutos*). Nem por antigo, de resto, se tornou, esse critério, menos eficaz e usado. Pelo Decreto-lei n.º 3609, de 11 de setembro de 1941, foi, a Comissão Executiva do Leite, autorizada a organizar cooperativas de produtores de leite, para o suprimento do Distrito Federal, nomeando-lhes, a essas, os diretores, nos três primeiros anos de funcionamento (art. 1.º, a).

Esse foi, e não sem razão, o critério adotado para caracterizar-se a sociedade de economia mista, face à política nacional de habitação, nos termos da Lei n.º 4.380, de 21 de agosto de 1964.

A intervenção estatal, no que concerne à política nacional de habitação (art. 1.º, Lei n.º 4.380), executa-se por intermédio, também, de sociedades de economia mista (art. 2.º, III, Lei n.º 4.380), e estas são conceituadas, nesse diploma legislativo, como sociedades "em que haja participação majoritária do Poder Público" (art. 8.º, II, Lei n.º 4.380) ou "em que o Poder Público seja majoritário" (art. 10, § 2, Lei n.º 4.380) sem indicação da sede dessa "maioria" (art. 10, § 2, Lei 4.380) ou dessa "participação majoritária" (art. 8.º, II, Lei n.º 435). — no corpo administrativo, ou no capital da sociedade. Certo é, entretanto, que a "maioria", ou "participação majoritária", a que os textos aludem, não é a maioria, ou participação majoritária, no capital com direito de voto, por isso que o Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1969, ao dispor acerca da liquidação ou da incorporação das sociedades de economia mista, não compreende, nessa disposição, senão aquelas sociedades "em que a União detenha a maioria... do capital votante" (art. 178, Decreto-lei n.º 200), entre as quais manifestamente se não delimitam as sociedades de economia mista vinculadas à execução da política nacional de habitação, que, além de participação da União, admitem a participação dos Estados e Municípios (art. 55, J, Lei n.º 4.390), sem essa característica.

Nada obsta, portanto, a que sociedades de economia mista se estabeleçam, para execução do plano nacional de habitação, com "maioria" ou "participação majoritária do Poder Público", somente na administração. A participação do poder público no capital da sociedade é meramente acessória (E. Forsthoft, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, t. I, München, Berlin, 1956, § 24, p. 436). A colaboração financeira do poder público, se necessária, pode, à sua vez, tomar a forma de empréstimo, inclusive pela subscrição de obrigações ao portador. Assim, na França, a Lei de 16 de outubro de 1919 criou, nas empresas hidráulicas, a participação do Estado, como debenturista ou *obligataire*, abrindo-lhe, nessa condição, acesso ao Conselho da Administração (Bredin, *L'Entreprise semi-publique et publique et le droit privé*, Paris, 1957, n.º 51, p. 81). Tal alvitre encontrou eco na doutrina brasileira (Camerini, *As Sociedades de economia mista*, São Paulo, 1955, p. 46; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Natureza de regime jurídico das autarquias*, São Paulo, 1967, p. 339; etc). Não admira a sua aceitabilidade ao nosso direito positivo: entre capital-ações e capital-obrigações, somente, "na inexigibilidade do capital social e na exigibilidade da dívida debenturística, embora a longo prazo, ... está o ponto saliente da distinção, que é marcante e decisiva" (Waldemar Ferreira, *Tratado das debêntures*, t. I, São Paulo, 1944, n.º 16, p. 32).

Nada obsta, por igual, a que os estatutos da sociedade confiram ao poder público, debenturista ou portador de obrigações, a faculdade de acesso, mediante eleição de seus agentes, pelos acionistas, à maioria dos cargos de direção. Não se requer que os diretores da sociedade sejam acionistas (art. 116, Decreto-lei n.º 2627, de 26 de setembro de 1940)<sup>1</sup>, nem se veda que os estatutos prescrevam condições determinadas, além das legais (art. 116, § 3, Decreto-lei n.º 2627), para acesso aos cargos de direção (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. I, Rio de Janeiro, 1965, § 5332, n.º 1, p. 393). Podem, os estatutos, conseqüentemente, preceituar que dentre os representantes do poder público, enquanto debenturista, ou portador de obrigações, se eleja a maioria dos Diretores da sociedade, atendendo-se à indicação que a tal respeito, dessa área econômica provier. A seu turno, a convenção de empréstimo, entre a sociedade e o poder público, subscritor de debêntures ou obrigações, poderá proibir a modificação dos estatutos da sociedade, enquanto pendente o empréstimo.

Não é, de outro lado, essencial, à caracterização da sociedade de economia mista, que, com essa feição, se tenha, ela, originariamente constituído (Camerini, *As Sociedades de economia mista*, São Paulo, 1955, p. 46). Transformar-se-á, a sociedade comercial, em sociedade de economia mista, quando integrados naquela, pelas vias legais, os requisitos de configuração desta.

Não se aplicam, fora de dúvida, diga-se por último, às sociedades de economia mista, vinculadas à execução da política nacional de habitação, enquanto órgãos que são da administração indireta (art. 1.º, Lei n.º 4.380) as definições do Decreto-lei n.º 200 de 25 de fevereiro de 1967, da legislação correlata. "A lei nova, que estabeleça disposições, gerais ou especiais, a par das já existentes, não revoga

1. A Lei 6.404/76 em seu art. 143 não estabelece, expressamente a possibilidade de cargo de diretor ser ocupado por não acionista.

nem modifica a lei anterior" (art. 2º, § 2, *Lei de Introdução ao Código Civil*).

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 15 de maio de 1970.

## *Título de livre docente*

Segundo o Estatuto da Universidade de São Paulo, são figuras jurídicas distintas o título de livre-docente (art. 82, IV) e a função de professor livre-docente (art. 85, III); aquele, mera "qualificação universitária" (art. 82); esta última, cargo, como tal explicitamente definido art. 85, § 1º). A distinção entre as duas figuras jurídicas é sublinhada como por superposição: o professor assistente doutor que... obtiver o título de livre-docente passará a professor livre-docente (art. 94).

O título de livre-docente 'qualificação universitária' (art. 82), importava originariamente numa afirmação da liberdade de ensino, abrindo o exercício do magistério a pessoas não integradas no elenco da organização oficial. Daí, dizer-se que a livre docência envolvia uma concessão de serviço público (*Princípios de direito administrativo*, § 21, nº 4, p. 186), por oposição ao cargo ou *officium legendi*; abrangendo, assim, aqueles que exercessem regularmente o magistério, na sua mesma qualidade de pessoas privadas..., mercê de concessão ou ato equivalente do poder público (*Princípios de direito administrativo*, § 8º, nº 12, p. 73).

Convertida a livre-docência em duas figuras diversas, — a da 'qualificação universitária' (art. 82), ou título e a do cargo, assim denominado (art. 85, § 1º), continuam, não obstante, a aplicar-se-lhe, naquela primeira acepção, as regras que respeitam à habilitação docente, tais como fixadas pelo direito anterior. A 'qualificação universitária' (art. 82) ou título de livre-docente não é senão atestado ou testemunho de capacidade para o exercício do magistério, equiparando-se, em sua eficácia declarativa, à generalidade de graus acadêmicos, desde o Código de Justiniano até nossos dias (*Código*, lib. II, tit. VIII, 1.3, § 4; Perez, *Praelectiones in Codicem*, lib. II, tit., VIII, nº 7, Opera Varia Venetiis, 1738, t. I, p. 51; *Ordenações Filipinas*, liv. III, tit. V, § 5º, Manoel Barbosa, *Remissiones doctorum*, Ullissipone Occidentali, 1732, ad lib. III, tit. LIX, § 15, p. 15 b; etc).

Tal eficácia declarativa dos graus e títulos acadêmicos é inequivocamente fixada pela legislação: "este grau não é de mero aparato e cerimônia, mas (constitui)... o testemunho mais autêntico e público da idoneidade (do doutor). (Carta Régia, de 8 de outubro de 1801, Fernando Thomaz, *Repertório das leis extravagantes*, Coimbra 1815, nº 1067, p. 365). Há de entender-se, conseqüentemente, que os efeitos do grau ou título retroagem ao momento de conclu-

são do exame ou concurso, no qual apurada houver ficado a idoneidade do graduado ou titulado, para o mister que se propôs.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 6 de setembro de 1973.

## Transferência e remoção

Não se cuida de remoção, em sentido próprio. A remoção supõe o deslocamento do funcionário, de uma para outra repartição ou serviço, sem que se lhe mude, entretanto, o *status* funcional (conforme Alcidez Cruz, *Direito administrativo brasileiro*, Rio de Janeiro, 1914, n.º 54, p. 110; Djacir Menezes, *Direito administrativo moderno*, Rio de Janeiro, 1943, P. 260 etc.). O Decreto federal n.º 33.635, de 21 de agosto de 1953, assim define a remoção: "Remoção é o ato mediante o qual o funcionário passa a ter exercício em outra repartição ou serviço, preenchendo claro de lotação, sem que se modifique a sua situação funcional" (art. 13). Por isso mesmo, — tanto no *Estatuto dos funcionários públicos civis da União* (art. 11), como no *Estatuto do funcionário público civil do Estado* (art. 10), — não se contempla a remoção entre as formas de provimento de cargos públicos.

Forma de provimento de cargo público, e talvez confundível com a remoção (conforme Mário Masagão, *Curso de direito administrativo*, t. II, São Paulo, 1960, n.º 356, p. 219), é, sim, a transferência (art. 11, III, *Estatuto federal*; art. 10, III, *Estatuto estadual*). Transferência, de conseguinte, é, fora de dúvida, a figura jurídica que, com a denominação de remoção, o *Código de Organização Judiciária do Rio Grande do Sul - C.O.J.* inclui entre as formas de provimento de cargos e funções, nos serviços de justiça (art. 634, II, *C.O.J.*).

Tratando-se de provimento de cargo, — ainda que se rotule como remoção, e não como transferência, a operação administrativa correspondente, — a esta, as regras de direito aplicáveis serão, e à evidência, as concernentes à transferência, e não à remoção em sentido próprio.

Não prescrevendo, pois, o *Código de Organização Judiciária do Estado - C.O.J.*, o modo de aferir-se o mérito do funcionário, a fim de reconhecer-se-lhes preferência ou prelação à transferência (art. 642, *C.O.J.*), mister se faz recorrer-se ao que, com tal endereço, dispõe o *Estatuto do funcionário público civil do estado* (art. 764, *C.O.J.*). Em conseqüência, a preferência para o provimento, por transferência, de cargos e funções, nos serviços de justiça do Rio Grande do Sul, cargos e funções, todos, isolados (art. 604, *C.O.J.*), há de apurar-se, quanto ao mérito do funcionário, por prova de habilitação, na forma do art. 45 do *Estatuto do funcionário público civil do estado*, com base nos resultados da qual, somente, po-

derá o Conselho Superior da Magistratura dar aplicação *in hypothesi* ao disposto no art. 642 e parágrafo único do *Código de Organização Judiciária - C.O.J.*

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 9 de janeiro de 1964.

# Índices

## A

- ação - 76
  - cambiária - 61, 64
  - executiva - 24, 25
  - preferencial, recesso - 18
  - subscrição de - 76
- acidente
  - de trabalho - 15, 16
- acionista - 18, 50, 65, 67, 68, 70, 76, 78, 79, 102, 103, 126, 128, 129, 130, 131
  - direito de voto - 18 ver tb. direito de voto
- acumulação - 76
  - de cargos - 76
- acusação - 114
- administração - 52
  - central - 68, 69, 100
  - indireta - 131
  - pública - 52, 59, 68
- afecção
  - cardíaca - 15, 16
- Almeida, Francisco de Paula Lacerda de - 40, 84, 113
- Alvim, José Manoel de Arruda - 65
- Amaral, Villemondo - 71, 123
- Americano, Jorge - 64
- animus defendendi** - 71
- anulação - 55
- arrendamento - 44, 47, 48, 122
- Ascarelli, Tullio - 17, 24, 55, 98, 99
- assistência
  - social - 83
- associação - 83
- atividade
  - comercial - 19
- ato - 47, 54
  - administrativo - 19
  - administrativo, executoriedade - 25
  - administrativo, motivação - 27
  - administrativo, motivo determinante - 28
  - das disposições constitucionais transitórias - 54, 57
  - jurídico - 20, 21, 22, 24, 47, 82, 83
- Aubry, Charles-Marie-Barbe-Antoine - 93
- auxiliar
  - justiça, efetivação - 29

## B

- Baleeiro, Aliomar (de Andrade) - 57
- Banchedi, Camillo - 64
- banco - 37
- Banco do Brasil S.A. - 130
- Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A. - 17
- Baptista, Francisco de Paula - 22
- Barbosa, (de Oliveira), Ruy - 26, 87, 73
- Barbosa, Manuel - 21, 132
- Battistialessio - 98
- Bandeira de Mello, Celso Antônio: ver Mello, Celso Antônio Bandeira de
- bens - 84
  - imóveis - 84
- Betti, Emílio - 50, 106
- Beviláqua, Clóvis - 22, 79, 113
- Bielsa, Rafael - 44, 58
- Bonfante, Pietro - 112
- Bonnard, Roger - 58
- Byse, Clark - 73
- Brasil
  - direito - 35, 121
- Bredin, Jean Denis - 131
- Brodmann, Erick - 52
- Buarque de Holanda (Ferreira), Aurélio: ver Holanda (Ferreira),

## C

- Cabedo, Jorge de - 23, 86, 91
- Caetano, Marcelo (José das Neves Alves) - 40, 82
- Caixa Econômica - 130
- Caldara - 108
- câmara
  - de vereadores - 43, 50
- câmbio - 120
- Camerini - 131
- Campos, Francisco - 110
- Campos, Lélío - 37
- Campos Maia, Eduardo de - 71
- Candal, Hugo - 15

- capital
  - social - 79, 80
- capitalismo - 102
- cargo
  - de confiança - 30
  - de comissão - 30
  - público - 133
- Carneiro, Manuel Borges - 49, 105, 108
- Carneiro, Levi (Fernando) - 84
- Carpenter - 127
- Cartel
  - natureza jurídica - 30
- Cavalcanti, Themistocles (Brandão) - 30
- Carvalho, Carlos de - 90
- Carvalho Moraes - 22, 41
- Castro, Raimundo de Araújo - 86
- Castro, Gabriel Pereira de - 41
- Castro Mendes de - 23, 48
- C.E.E.E.: ver Comissão Estadual de Energia Elétrica
- C.E.E.R.: ver Companhia Elétrica Rio-Grandense
- censória locatio - 46, 47
- Chagas, Manuel Joaquim Pinheiro - 98
- chefe de polícia: ver polícia, chefe de -
- Chenevard, Charles - 98
- cheque - 37, 38
  - contra-ordem - 35
  - de caixa - 37
  - endosso de - 37, 38,
  - extravio - 35
  - pagamento - 37
  - pagamento a prazo - 37
- Chiovenda, Giuseppe - 26, 74
- Cianflone, Antônio - 28, 50
- Cícero, Marco Túlio - 107
- cláusula
  - escalar - 94
- código - 35, 104
  - civil brasileiro - 21, 22, 27, 35, 36, 52, 55, 66, 70, 79, 82, 83, 92, 93, 94, 113, 117, 121, 122, 123, 128
  - comercial brasileiro - 19, 59, 61, 63, 121, 122, 116, 120
  - comercial brasileiro (1850) - 104
  - comercial brasileiro - argentino - 127
  - das águas - 24, 91
  - das sociedades anônimas - 71
  - de contabilidade da união - 54, 56
  - de contabilidade pública (1922; BRA) - 57, 58
  - de Justiniano - 132
  - de organização judiciária do Rio Grande do Sul (C.O.J.) - 29, 133
  - de processo civil brasileiro - 19, 22, 24, 26, 43, 52, 111
  - de propriedade industrial (C.P.I.) - 98
  - do comércio - 127
  - penal brasileiro - 36, 92
  - penal brasileiro (1940) - 70, 71
  - penal brasileiro (1969) - 23
  - processo penal - 114
  - social de Malines - 102
- Codovilla, E. - 91
- comércio
  - atacadista - 105
- Comissão Estadual de Energia Elétrica (C.E.E.E.; BRA) - 19, 23, 24
- Compagnie Nord-Africaine de l'Hyperphosphore Reno - 124
- Companhia Elétrica Rio-Grandense (C.E.E.R.) - 19, 24
- Companhia Riograndense de Adubos - 124
- concorrência - 51
  - abertura - 55, 56
  - anulação - 55, 56
  - edital - 28
  - emissão da proposta - 53
  - pública - 28, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59
  - pública, natureza (jurídica) - 51
  - pública, obrigatoriedade - 57
  - recebimento da proposta - 53
- Consolidação das leis civis (BRA) - 91, 118
- Consolidação das Leis do Trabalho (1943; BRA) - 65, 78, 108, 109, 111, 112, 113
- Constâncio - 99
- constituição - 39, 49, 50, 72, 75, 84, 85, 86
  - do Brasil (1824) - 85
  - do Brasil (1891) - 84
  - do Brasil (1934) - 84
  - do Brasil (1946) - 94
  - do Brasil (1947) - 87
  - do Brasil (1957) - 114
  - do Brasil (1967) - 26, 49, 72, 73, 75, 76, 83, 94, 110, 112
  - do Estado do Amazonas - 38
  - do Estado do Ceará - 38
  - do Estado do Rio de Janeiro - 38
  - do Estado do Rio Grande do Sul - 49, 50, 57, 58, 77, 87
- conta corrente - 23
  - bancária, liquidação - 61
  - comercial, liquidação - 61
- conta corrente
  - prescrição - 59
- contrato - 40, 41, 43, 44, 46, 47, 50, 54, 55, 57, 58,

- 112, 125, 126, 127, 128
- acionário - 65
- administrativo, modificação - 40
- de arrendamento: ver arrendamento
- de sociedade - 121
- mercantil - 126
- proposta de - 51, 53
- corporação
  - profissional - 68
- correção monetária - 92, 94, 95
  - lei de - 92
- Cosack - 52, 123
- Costa Manso: ver Manso, Costa
- Costa Silva - 60
- credor - 101
- Cretella Júnior, José - 28, 29
- crime
  - de injúria - 69
- Croizat - 76, 80
- Cruz, Alcides - 25, 132
- Cuneo, Adolfo - 28, 53

## D

- debenturista - 131
- décimo-terceiro salário - 106
- decreto - 84, 85, 104
  - 42-A, de 1895 - 87
  - 119-A, de 1890 - 84
  - 120, de 1842 - 85
  - 261, de 1941 - 87
  - 596, de 1890 - 86
  - 737, de 1850 - 127
  - 738, de 1850 - 86
  - 916, de 1890 - 124
  - 1.455, de 1905 - 130
  - 2.206, de 1941 - 58
  - 2.432, de 1919 - 58
  - 2.662, de 1875 - 85
  - 3.534, de 1925 - 87
  - 3.708, de 1919 - 124
  - 6.384, de 1876 - 85
  - 7.340, de 1938 - 58
  - 14.928, de 1963 - 17
  - 15.996, de 1923 - 23
  - 19.408, de 1930 - 68
  - 22.061, de 1932 - 104
  - 22.626, de 1933 - 127
  - 23.501, de 1933 - 93, 94
  - 24.150, de 1934 - 96, 97

- 24.507, de 1934 - 124
- 24.777, de 1966 - 37
- 27.583, de 1949 - 114
- 27.930, de 1950 - 115
- 33.635, de 1953 - 133
- 55.866, de 1965 - 83
- 60.900, de 1967 - 69
- 74.000, de 1974 - 101
- legislativo - 49
- decreto-lei - 84, 89
  - 200, de 1967 - 65, 101, 131
  - 781, de 1969 - 82
  - 852, de 1938 - 24
  - 900, de 1969 - 82
  - 968, de 1969 - 101
  - 1.202, de 1939 - 89
  - 2.281, de 1940 - 90
  - 2.627, de 1940 - 78, 131
  - 3.365, de 1941 - 73, 75
  - 3.582, de 1941 - 99
  - 3.609, de 1941 - 130
  - 4.014, de 1942 - 76
  - 4.657, de 1942 - 116
  - 5.860, de 1943 - 84
  - 9.698, de 1946 - 76
- De Litala - 16
- delito
  - de usura - 128
- Demogue, René - 32
- desapropriação - 72, 74
  - territorial - 74
- descentralização - 68
  - administrativa - 68, 69, 100
- desconto - 111
  - em folha de pagamento - 111, 113
- despachante - 75
- despesa
  - pública - 57
  - devedor - 103
- despachante
  - aduaneiro - 75
  - aduaneiro, ajudante de - 76
- Dieckmann, Carl - 39
- direito - 44, 52, 70, 72, 76, 77, 85
  - administrativo - 44, 47, 52, 54
  - administrativo (FRA): ver França - direito administrativo
    - de preferência - 76
    - de propriedade - 72
    - de trabalho - 77
    - de voto - 18
    - individual - 73
    - positivo - 23, 26, 58, 94

- privado - 22, 27, 46, 47, 82
  - público - 22, 27, 44, 47, 69, 82, 92
- distribuição - 78
- de dividendo - 78
- dívida - 40
- doação - 80, 82, 83, 128
- documento -
- particular - 23
  - público - 23, 24
- doença - 16
- Domat, Jean - 40
- donativo: ver doação
- Donneau - 107
- Duguit, León - 31
- duplicata - 24, 104
- emissão de - 104

## E

- educação - 83
- Einheitlichkeit - 126
- empenho - 54, 57
- empregado - 101, 102, 111, 113
- empresa - 101, 102
- lucros de - 103
- energia elétrica
- fornecimento de - 23
  - imposto sobre - 23
- Enneccerus - Lehmann - 93, 94
- ensino
- comercial - 38, 39
  - liberdade de - 38, 39
  - superior, estabelecimentos particulares - 38
- entidade - 72
- autárquica - 68
  - pública - 72
- Esmein, Nézar - 39
- Espínola, Eduardo - 108
- Espínola Filho, Eduardo - 21, 22, 23, 34, 70, 108, 114
- Estado - 38, 39, 84, 93, 94
- estatuto
- da magistratura (1957; BRA) - 15, 16
  - do funcionário público civil do Estado (BRA) - 133
  - dos funcionários públicos civis da União (BRA) - 133

## F

Faculdade Católica de Medicina de Porto Alegre - 81

- Fagundes, Miguel Seabra - 29, 111
- falência - 103
- fatura - 23, 24
- Ferrara, Francisco - 88, 96, 126
- Ferreira, Waldemar (Martins) - 18, 65, 105, 125, 131
- Figueiredo, Cândido de - 97
- Figueiredo, Mário de - 62, 119
- Filipe IV, da Espanha - 93
- Filipe III, de Portugal - 93
- financiamento - 127
- Fonseca, Tito Prates da - 25, 30
- Forcellini, Egidio - 20
- forma - 22
- fornecimento - 44
- de gasolina - 44, 46
- Forsthoff, Ernst - 74, 131
- França
- direito administrativo - 25
- Freitas, Augusto Teixeira de: ver Teixeira de Freitas, Augusto
- Frola, Pier Eugênio - 70, 71, 92
- funcionário - 76, 77, 86
- público - 76, 77, 86, 111
- fundação - 83
- fundo
- de reserva - 78

## G

- Gama, Affonso Dionysio - 90
- Garcia, Basileu - 71
- Gareis, Karl - 31
- Gelhorn, Walter - 73
- Georgin, Charles - 53
- Gèze, G. - 27
- Gierke, O. - 32
- Giorgi, Giorgio - 20, 45
- Godefroi, Denis - 107
- Gonçalves, Luiz da Cunha - 19
- Greicciardi, E. - 92
- Grevitch, Georges - 102, 110
- Guimarães, Luiz Machado - 25
- Gusmão - 22

## H

- Hall, Ford Poulter - 45
- Hamburger - 66, 125
- Hánel, Adolf - 73

Hausmann - 66, 135, 126  
Herrnritt, Rudolf - 31, 39, 95  
Holanda (Ferreira) Aurélio Buarque de - 98  
Hólder - 59  
Horácio Flaco, Quinto - 107  
Humberto, G. - 46, 47

## I

Igreja Católica: ver Igreja Católica Apostólica Romana  
Igreja Católica Apostólica Romana (BRA) - 84  
ilícito administrativo - 75  
ilícito jurídico - 73  
imposto  
— de renda - 111, 126, 128  
imunidade - 84  
— tributária - 84, 85  
indenização - 72, 75, 101, 103  
infração  
— penal - 114  
inspetoria - 85  
— comercial - 85  
inquérito  
— policial - 114  
instrumento - 20  
— público - 19, 21, 22, 23, 24  
interesse  
— privado - 29  
— público - 29, 54  
invitatio ad offerendum - 52, 54, 55  
Isay, Ernst - 66, 125

## J

Jellinek, Walter - 46, 57  
Jèze, Gaston - 52, 54, 55  
Jors, Paul - 47  
junta - 85  
— comercial, secretário - 83  
—, diretor - 85  
Judiciário: ver Poder Judiciário  
jurisdição - 26  
juiz - 115

## K

Kant, Immanuel (ou Emmanuel) - 44  
Kaser, Max - 47, 105

Kayser, P. - 52  
Kohler, Wolfgang - 52  
Kronstein - 66, 125  
Kunkel, Wolfgang - 47, 105, 107

## L

Lacerda, Paulo de - 21, 34, 51, 60, 61, 70, 79, 108, 120, 127  
lagoa  
— de águas privadas - 90  
La Torre - 46  
Laubadère, André de - 25, 41, 47, 52, 53, 75  
Leal, Victor Nunes - 27  
legislação  
— trabalhista - 77  
legítima defesa - 92  
lei  
— 94, de 16 de setembro de 1947 - 115  
— 187, de 15 de janeiro de 1936 - 22  
— 818, de 18 de setembro de 1949 - 96  
— 1.083, de 22 de agosto de 1860 - 130  
— 1.102, de 21 de novembro de 1903 - 24  
— 1.300, de 28 de dezembro de 1.950 - 96  
— 1.521, de 26 de dezembro de 1951 - 128  
— 1.522, de 26 de dezembro de 1951 - 23  
— 1.533, de 31 de dezembro de 1951 - 27  
— 2.044, de 31 de dezembro de 1908 - 35, 61  
— 2.083, de 12 de novembro de 1953 - 92  
— 2.308, de 31 de agosto de 1954 - 23  
— 2.591, de 7 de agosto de 1912 - 35  
— 3.030, de 19 de dezembro de 1956 - 112, 113  
— 3.193, de 4 de julho de 1957 - 83  
— 3.268, de 30 de setembro de 1957 - 69  
— 4.090, de 13 de julho de 1962 - 109, 110  
— 4.215, de 27 de abril de 1963 - 68  
— 4.380, de 21 de agosto de 1964 - 131  
— 4.494, de 25 de novembro de 1964 - 94  
— 4.537, de 16 de julho de 1964 - 94  
— 4.717, de 29 de junho de 1965 - 29  
— 4.738, de 14 de julho de 1965 - 65  
lei - 26, 39, 49, 50, 76, 104, 125  
— cambial - 35  
— das sociedades por ações - 18, 19, 65, 67, 68, 76, 78, 115, 116, 123, 125, 128, 129  
— de falências - 35, 104  
— de Gresham - 93  
— de introdução ao código civil (1942; L.I.C.C.) - 116, 132  
— do cheque - 35  
— do repouso semanal remunerado (1949; BRA) - 110

- fiscal - 126
- orgânica do município de Porto Alegre - 49, 50
- uniforme - 37
- Lentini, Arturo - 46
- lesão - 16
- L.I.C.C.: ver lei de introdução ao código civil
- Liebmann, Otto - 26
- Lima, Amorim - 25
- Lima, Saboia - 97
- Lins, Edmundo - 90
- litterarum minister** - 53
- livre-docente - 132
  - professor - 132
  - título de - 132
- locação - 46, 47, 96
  - comercial - 96
- L.S.A.: ver lei das sociedades por ações
- Lucci - 46
- lucro - 79, 103, 126
  - participação nos - 101
  - partilha de - 80

## M

- Mafra - 118
- Magalhães, Descartes de - 120
- magistério - 132
- Manso Costa - 89
- marca
  - comercial - 97, 124
  - industrial - 124
- Marciano, Gennaro - 88
- Margarinos Torresa, - 84
- Masagão, Mário - 132
- matéria - 20
- Maunz, Theodor - 73
- Maximiliano (Pereira dos Santos), Carlos - 90, 108
- Mazeaud, Henri - 17
- Mello, Celso Antônio Bandeira de - 130
- Mendes de Almeida Júnior, João - 20
- Mendes, João: ver Mendes de Almeida Júnior, João
- Mendes, Octávio - 64
- Mendonça, José Xavier Carvalho de - 18, 24, 36, 45, 50, 60, 61, 65, 67, 70, 71, 79, 93, 97, 104, 116, 120, 121, 122, 124, 127, 131
- Menegale, J. Guimarães - 74
- Menezes, Djacir - 133
- Messineo, Francisco - 125
- Ministério da Educação e Cultura (M.E.C. - BRA) - 115

- Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de: ver Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti
- Mis, Léon - 123
- moeda
  - corrente - 93
  - desvalorização da - 94, 95
  - funcionária - 93
- Mommseu, Theodor - 47, 48
- Montesquieu, barão de La Bréde e de; Charles Secondat - 103
- mutante - 116

## N

- naturalização - 96

## O

- O.A.B.: ver Ordem dos Advogados do Brasil
- Ordem dos Advogados do Brasil - 68, 69, 100
- Otávio (de Langgaard Meneses), Rodrigo - 90

## P

- patente - 124
- Pellegrini, Décio - 16
- pensão - 15, 16
- Pequignot, G. - 28, 47, 52, 53
- Peretti-Griva, Domenico Riccardo - 18
- Perez, Juan Beneyto - 107, 132
- Perez, Antônio - 21
- Pernice, Alfred - 82
- perturbação
  - funcional - 16
- peessoa
  - jurídica - 19, 31, 83, 84, 116
- Pillet, Antoine - 96
- Pimenta Bruno, José Antônio: ver São Vicente, Marquês de
- Pinheiro, Hésio Kleber Fernandes - 114
- Pinto, José Maria Frederico Souza - 22
- Pires, Homero - 26, 73, 86
- Pisko - 121
- Plaisant, Marcel - 98
- Planiol, Marcel Fernand - 51, 93, 128
- poder - 73, 75, 84
- Poder Judiciário - 73, 115
- poder

- legislativo - 75
- público - 83, 84, 131
- polícia
  - chefe de - 86
- política
  - habitacional - 130, 131
  - nacional de habitação: ver política habitacional
- Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti - 18, 20, 21, 24, 25, 26, 27, 37, 38, 43, 51, 52, 67, 70, 73, 77, 82, 94, 95, 96, 98, 108, 111, 130, 131
- Portugal, Domingos Antunes - 86
- posto
  - de serviço - 42, 44
- propaganda
  - política - 92
- própria - 49
  - municipal - 49, 50
  - nacional - 49
- processo - 73
  - administrativo - 115
  - judicial - 73
- provimento
  - de cargo - 133

## R

- radiodifusão - 92
- Ramalho, Joaquim Ignácio - 22
- Rau - 93
- Rego Pereira do - 49
- Réuinot - 58
- regulamento - 54
  - geral de contabilidade pública (BRA) - 22, 28, 54, 55, 56
- loteamento - 74
- remoção - 133
- remuneração - 108, 109 - ver tb. salário
- Renard, Georges - 95
- Representante comercial - 105
- responsabilidade
  - penal - 116
- revendedor
  - autorizado - 104, 105
- Reynoso, Miguel de - 41
- Ribas - 60, 90, 108
- Rocha, André da - 59
- Rocha, Manuel Antônio Coelho de - 41
- Roggi - 46
- Romano, Santi - 48, 57
- Rosa, Rubem - 47, 58

- Roscher - 95
- Roubier, Paul - 99
- Royer Copper - 81
- Russel, Alfredo - 45

## S

- salário - 108, 112
  - décimo-terceiro: ver décimo-terceiro salário
  - desconto de alimentação - 110
- saldo
  - ativo - 119
- Saleilles, Raymond - 24, 53, 55
- Salgado de Somoza - 93
- Santos, João Manuel Carvalho de - 25
- Santos, Pedro dos - 115
- Santos, Teófilo de Azeredo - 130
- São Vicente, marquês de; José Antônio Pimenta Bruno - 27
- Saraiva, José Antônio - 65
- Sayagnes Laso - 53, 58
- Schmoller, Gustav - 31
- Schulz, Fritz - 50, 105, 107
- Sena, Costa - 113
- serviço
  - locação de - 127, 128
  - público - 46, 68, 100, 132
  - público, concessão de - 46, 48, 57, 59
  - público (de eletricidade) - 24
- servidor público: ver funcionário público - sigilo
  - administrativo - 114
  - funcional - 114
- simulação - 125, 126, 128
- Siqueira, Galdino - 70
- sociedade - 118
  - anônima - 65, 79, 123
  - anônima estrangeira - 115, 116
  - anônima, liquidação - 78
  - civil - 19
  - coligada - 125
  - comercial - 19, 131
  - controlada - 125
  - de capital misto, diretor - 130
  - de capital misto (ou de economia mista) - 129, 131
- sociedade de economia mista: ver sociedade de capital misto
- sociedade
  - em comandita - 116
  - em comandita simples - 121

— limitada - 123  
— mercantil - 123  
sócio - 102, 103, 118, 120, 121, 122  
— civil brasileiro - 121  
Sohm, Rudolph - 47  
Souza, Almeida de - 46, 48, 92  
Souza, Pereira e - 41  
Stammler, Rudolf - 106  
stipulatio romana - 50  
Stradelli, E. - 65

## T

Teixeira de Freitas, Augusto - 20, 22, 48, 49, 60, 118  
Telles, José Homem Corrêa - 41  
Tellinek, Walter - 75  
Thomaz, Fernando - 132  
Thompson - 93  
título - 63, 64  
título cambial - 64  
título  
— de crédito - 62  
transferência - 133  
tutela  
— administrativa - 68, 69, 101

## U

usina  
— termelétrica - 24  
universidade - 115

## V

Valladão, Haroldo - 115  
Valverde, Trajano Miranda - 17, 70, 104, 125  
Vampré, Spencer - 45, 128  
Vanhaecke - 66, 67, 68  
Van Wetter - 41  
Vavasseur - 80  
Velasco Calvo, Recaredo Fernandez - 40  
Vereeniging, Handelsrecht, 125  
Vidigal, Luis Eulálio - 27  
vinho  
— do Brasil - 99  
Vitta, Cino - 46  
Vivante, Cesare - 66, 127  
Voet, Johar.nes - 23, 51

voto  
— direito de: ver direito de voto

## W

Wahl - 121, 127  
warrant - 25  
Wenger - 47  
Wieland - 17, 50, 66, 76, 125, 129  
Witeis - 47  
Wolff, Hans J. - 74

## Z

Zalba - 107  
Zanobini, Guido - 39

## Abreviações

BRA — Brasil  
FRA — França  
tb. — também

**Fotocomposição:**

Studio Alfa Fotoletra e Editora Ltda.  
Av. Almirante Barroso, 2 - 6º andar  
Rio de Janeiro, RJ

**Fotolitos e Impressão:**

Editora Gráfica Brasileira Ltda.  
SIG - Quadra 4, lote 175,  
Brasília, DF.

**Tiragem:** 3.000 exemplares  
Brasília, setembro de 1982

