

SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS COM OS DIREITOS REAIS

VICENTE RAO
Prof. na Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

Certas relações de direito, por sua natureza ou por suas consequências, revelam possuir atributos que as aproximam dos direitos reais. Convém, pois, determinar com segurança sua mais fiel qualificação jurídica, a fim de evitar equívocos, infelizmente freqüentes em nossa literatura jurídica e provocados em parte pela tendência doutrinária de romper o antigo critério de subordinação dos direitos reais ao *numerus clausus* e, em parte, pela imprecisão, que não é rara, da linguagem legal. Procuraremos, pois, neste breve estudo, apontar as semelhanças, afinidades e diferenças existentes entre essas relações e as relações reais, distribuindo a matéria nos seguintes parágrafos: (A) contratos reais; (B) equiparação legal dos direitos aos bens móveis ou imóveis; (C) bens afetados a destino certo; (D) garantia geral dos credores sobre os bens do devedor; (E) "tributos reais"; (F) preferências. Privilégios e direitos reais; (G) privilégios de exclusividade. Monopólios.

(A) CONTRATOS REAIS

Ainda perdura, na doutrina, a polêmica de há muito travada em torno da distinção dos contratos em reais e consensuais, dividindo-se os autores em duas grandes correntes, respectivamente formadas pelos partidários da teoria clássica, que sustentam a necessidade desta distinção, baseando-se, de um modo ou de outro, direta ou indiretamente, no direito romano e a constituída pelos sequazes da doutri-

na consensualista que a mesma distinção repelem, por julgá-la sem fundamento ou, quando menos, inútil.

Bem advertem CORREIA e SCIASCIA que, em Roma, a fase final do sistema dos contratos se caracteriza pela queda das formas solenes e pela fusão de todos os ordenamentos anteriores: "*dada a profunda crise que afeta êsses tempos movimentados, o direito se torna domínio da praxe forense que, do sem número de normas do "jus civile", do "jus gentium", do "jus honorarium", do "jus extraordinario", pode apenas aproveitar as mais conforme às necessidades coevas. Assim, o direito se unifica e renova, pois as normas mais complicadas e rigorosas vão sendo postas de parte, ao passo que as mais simples e práticas entram definitivamente em uso, dando ensanchas a um direito novo. Em consequência destas tumultosas transmutações na história jurídica romana, no setor das obrigações contratuais as formalidades perdem sua eficácia, já não havendo distinção entre "negotia stricti juris" e "negotia bonae fidei", nem entre pactos principais e adjetos. O que importa é a "conventio", isto é, o acôrdo das partes, que se torna elemento constitutivo e essencial de todos os atos contratuais. Com efeito, viciada de modo essencial a "conventio", o ato é nulo "ipso jure", embora tenham sido observadas as formalidades exteriores. Por outras palavras, é a hecatombe de todos os princípios do direito quiritário, desde que os "verba" já não são eficazes sem o efetivo consenso das partes contraentes" (Manual de Direito Romano, vol. I, pg. 38).*

Contudo, desde o período clássico e segundo os princípios do *jus gentium*, o direito romano já destacava os contratos consensuais dos contratos reais, pois corrente era, então, o princípio segundo o qual o consentimento das partes não bastava para tornar a convenção civilmente obrigatória, ressalvadas as poucas exceções referentes à venda, à locação, à sociedade e ao mandato: "*as obrigações consensuais se contraem nas compras e vendas, nas locações e conduções, nas sociedades e nos mandatos. Diz-se que a obrigação dessas espécies se contrai pelo consentimento, por não haver nenhuma necessidade de escritura, nem da presença das partes e nada ser preciso entregar-se para a subsistência da obrigação, bastando, para tanto, que os contraentes consentam*" (Inst. III, XII, pr. e 1).

Tais eram, no período clássico, as únicas *obligationes consensu contractae*, que se perfaziam por força do simples consentimento das partes, sem necessidade de qualquer forma verbal ou escrita, ou de

tradição da coisa. E a seu lado, entre figuras contratuais outras, surgiam os *contratos reais*, ou seja, os atos obrigacionais que somente se aperfeiçoavam mediante a entrega ou tradição de certa coisa por um dos contraentes a outro, devendo, êste restituir a mesma coisa recebida (*eadem res*), ou, como no mútuo, outra equivalente (*tantumdem*). Contratos reais eram, em Roma, o mútuo, o depósito, o comodato e o penhor, inicialmente existentes como relações ou institutos *de facto* protegidos pelo pretor mediante *actiones in factum* e, mais tarde, civilmente reconhecidos (*ibid.* § 101; *Inst.* III, XIV).

LOMONACO, em seu tratado *Das Obrigações* (2.^a ed., vol. I, pg. 83) inicia o estudo desta matéria advertindo que para se estabelecer a distinção entre contratos reais e consensuais “*é d'uopo allontanarsi della tradizione romana*”; isso porque, em Roma, naquele período, excetuados as únicas figuras de contratos consensuais acima mencionados, para os demais contratos se exigia alguma condição adicional, sob pena de, na falta, equivaler a convenção a um simples pacto despido de força obrigatória, assim se dizendo que os contratos se formavam *reverbis* ou *litteris*, para se significar que, além do consenso, indispensável se fazia ora a tradição da coisa, ora a solenidade da palavra ou estipulação, ora o emprêgo do escrito servindo de elemento que, denominado *causa civilis*, como *causa eficiente* das obrigações operava, transformando o *pacto* em *contrato*. Semelhante doutrina, diz o mesmo autor, não encontra aplicação no direito moderno, mas, acrescenta êle textualmente, “*é evidente que mesmo no direito moderno devem admitir-se contratos reais, no sentido de contratos que só podem nascer mediante a tradição das coisas a que se aplicam — e tais são os contratos de comodato, mútuo, depósito e penhor*”.

Assim também opinava DEMOLOMBE (*Cours*, vol. XXIX, ns. 31 e 32), ao acentuar que enquanto no direito romano a convenção de dar em empréstimo, ou comodato, ou em depósito, ou em penhor, não era obrigatória e ação alguma gerava destinada a seu cumprimento, no direito francês, perante o qual os contratos se aperfeiçoam pelo consentimento das partes, essa convenção vale como contrato, mas contrato cujo objeto consiste em uma *promessa* de mútuo, de comodato, de depósito, de penhor, e não, desde logo, como contrato perfeito de mútuo, comodato, depósito ou penhor, porque êstes contratos só podem nascer, aperfeiçoados, mediante a tradição da coisa.

A mesma conceituação é adotada por GIORGI (*Obbligazioni*, 7.^a ed., vol. II, n. 29) e, entre os mais modernos, por MESSINEO (*Manuale*, 1952, vol. I, § 133, n.º 10) que, fazendo abstração da doutrina, apoia-se nos preceitos do Código Civil italiano.

Em nosso antigo direito, acentuavam os autores lusos e nossos próprios autores o caráter consensual dos contratos, sem excluir, entretanto, a existência de contratos reais: “*não se usa modernamente da sabida divisão dos contratos, própria do direito romano, em reais, consensuais, literais e verbais. Mas não se pode negar que entre nós, bem como era entre os romanos, há contratos nos quais é essencial a tradição, como no empréstimo e no penhor, pois antes da coisa entregue dar-se-á a “promessa” aceita, ou convenção de emprestar ou empenhar e, portanto, as obrigações que dela resultam; mas não rigoroso empréstimo, ou penhor, como adverte MELO L. IV, tit. 2, § 4.*” (COELHO DA ROCHA: *Ins.*, vol. II, pg. 264 — ed. 1907). — TEIXEIRA DE FREITAS aceitava a qualificação de contrato real, dada aos contratos que se aperfeiçoassem mediante tradição (*Consol.*, nota ao art. 430) e invocava, para os diversos contratos desta natureza, os preceitos do Código de Comércio. CLÓVIS aceitou essa distinção em seus comentários ao Código Civil. Mas, CARVALHO DE MENDONÇA, após acenar à distinção entre contratos consensuais e reais, acrescentava: “*esta distinção não tem justificativa perante os princípios. Se, por um lado, é pela manifestação da vontade que se constituem os contratos, por outro, é impossível contratar o mútuo, o depósito ou o penhor sem a efetiva tradição. Poderá, entretanto, oferecer remoto interesse prático se se cogitar de contrato preparatório em oposição ao definitivo*”. (*Tratado*, vol. VI, pte. I, n.º 541).

Apesar dos traços diferenciais, tão bem assinalados pelos diversos autores, entre o direito moderno e o direito romano, é sempre neste sistema jurídico que se vai buscar, de um ou outro modo, o fundamento da essencialidade da *tradição*, como elemento constitutivo dos mencionados contratos (entre os quais os comercialistas tendem a incluir, além de outros, o contrato de transporte: LYON-CAEN et RENAULT — *Traité*, III, n. 559).

Essa conceituação chamada moderna é repelida, entretanto, por outros autores, como, por exemplo, PLANIOL-RIPERT et ESMEIN (*Traité Pratique*, vol. VI, n. 120) que, em suas observações críticas, lembram os ataques incisivos desferidos, há mais de cinquenta anos, contra semelhante doutrina: “*autores cada vez mais numerosos susten-*

tam que a noção de contrato real, por inútil, desapareceu do direito moderno", dizem os citados civilistas franceses. E por sua vez, êles contestam o valor dessa distinção: — "seria, evidentemente, impossível obrigar o devedor por mútuo, o depositário e o credor pignoratício, a restituírem aquilo que ainda não lhes foi entregue, mas, êsse argumento de bom-senso não basta para levar-nos a esquecer que o que se visa, primordialmente, nesses contratos, não é a obrigação de restituir, mas o direito de se utilizar da coisa emprestada, ou a obrigação de se guardar a coisa depositada ou apenhada, que tais são os fins essenciais dessas operações jurídicas. O locatário de coisa certa, móvel ou imóvel, também é obrigado a restituir a coisa locada e isso impede, acaso, que a locação seja considerada um contrato consensual sinalagmático e tal continue a ser mesmo após a entrega da coisa pelo locador ao locatário?" Assim sendo, prosseguem os mesmos autores, "em lugar de decompor o contrato em duas operações sucessivas, uma consistindo na promessa de empréstimo, penhor, ou depósito, e outra formada pela entrega da coisa, é preferível reconhecer francamente nesta entrega o primeiro ato de execução do contrato consensual, sinalagmático ou unilateral, que rege o conjunto das relações das partes, nesses atos" (no mesmo sentido opinam VIGIÉ, *Droit Civil*, II, n. 1111 e III ns. 1015 e 1050 e 1200; F. COMBESCORE "in" *Rev. Critique*, 1903, pág. 471-491; DEMOGUE, II ns. 502 e segs., etc. — citados por PLANIOL-RIPERT et ESMEIN, nota 200, n. 120).

Vai mais longe a crítica dêsses juristas franceses, ao declararem que a teoria clássica é injustificável por pretender conservar, sob nosso regime consensual, uma categoria de contratos cujo reconhecimento importou, no direito romano, exatamente uma atenuação feliz do formalismo primitivo. Por isso, acrescentam, várias legislações modernas (em particular o Código Suíço das Obrigações) conferiram, francamente, um caráter consensual ao empréstimo (sob sua dupla modalidade) e ao depósito, considerando aquêles como contrato sinalagmático e êste como contrato unilateral, porque só o depositário, por semelhante contrato, se obriga. Apenas o penhor ficou ligado à entrega da coisa ao credor (arts. 312, 305, 472; e Cód. Civ. do mesmo país, arts. 884, 885 e 888).

Sem dúvida, a crítica de PLANIOL-RIPERT et ESMEIN plenamente se justifica, pois, dentro do sistema consensual, que nos rege, os aludidos contratos devem ser, preferentemente, definidos pelos direi-

tos, que criam, de utilização das coisas (dinheiro ou coisas corpóreas) emprestadas, ou pela obrigação de se conservar a coisa depositada ou apenhada (para fins de garantia, neste último caso), obrigação e direitos em relação aos quais a entrega constitui, tão só, um comêço de execução. Se assim conceituar o chamado contrato real, o jurista conseguirá de fato, "*allontanarsi della tradizione romana*", e seguirá fielmente o conselho de LOMONACO, equacionando, dessarte, os termos do problema em harmonia com o princípio do consensualismo, hoje dominante em matéria contratual.

Procuramos investigar a melhor qualificação jurídica dêsses contratos nesta parte de nosso trabalho, a fim de assentar as bases do confronto, que vamos fazer em seguida, entre os direitos reais verdadeiros e próprios e os direitos e obrigações que dos acenados contratos decorrem.

De início, assinalaremos que a entrega, ou tradição, da coisa, efetuada em cumprimento de obrigações contratuais, não visa, em todo e qualquer caso, propiciar a subsequente constituição de um direito real.

Entre as obrigações resultantes de contrato, figuram as *obrigações de dar*, cuja prestação consiste na entrega de coisa corpórea, móvel ou imóvel, seja para fins de constituição de um direito real, seja para fins obrigacionais de utilização, ou de mera conservação e guarda, com restituição conseqüente.

A entrega, como prestação contratual, tem por fim a subsequente criação de um direito real de domínio, na venda, na troca, na dação em pagamento, na doação; visa formar um direito real sobre coisa alheia, na enfiteuse, no usufruto, no uso, na habitação; destina-se a gerar um direito real de garantia, no penhor e na anticrese.

Mas não propende a constituir qualquer direito real, seja de que natureza fôr, a entrega efetuada por fôrça de contrato de locação de coisas, de empréstimos de coisas ou comodato, de outorga de poderes de utilização por qualquer causa ou relação puramente obrigacional, de depósito convencional, para fins de guarda e conservação.

Quando mesmo visem a constituição de um direito real, essas relações, consideradas em si, possuem uma natureza meramente obrigacional, pois os direitos reais sobre coisas móveis só surgem quando a tradição é efetuada com o ânimo de transferir, desmembrar, ou onerar a propriedade e os que recaem sobre imóveis e com o mesmo ânimo se constituem, apenas, pela transcrição ou inscrição se adqui-

rem. Tanto assim é que, nos contratos desta espécie, se a coisa se perder sem culpa de quem deve entregá-la, antes da tradição, ou da transcrição ou inscrição (que à tradição simbolicamente correspondem) — a obrigação se resolve para ambas as partes (Cód. Civ. art. 865). Claríssima é a lição de CLÓVIS a êsse respeito: “antes da tradição o credor ainda não adquiriu a coisa; se esta perece, quem a perde é o alienante que ainda não deixou de ser proprietário. E, pois que o devedor, antes da tradição do móvel ou da transcrição do imóvel continua a ser proprietário: (1.º) — falindo o devedor, antes de constituído o direito real, o credor concorrerá com outros na sua qualidade de titular de um direito pessoal; (2.º) — o credor que ainda não é proprietário, não pode constituir sobre a coisa nenhum direito real em favor de outrem; (3.º) — se o devedor fôr desapossado da coisa, é êle quem pode usar da ação de reivindicação; (4.º) a obrigação de dar está sujeita à prescrição extintiva como qualquer outra”. Outro tanto sucede com os contratos que visam constituir direitos reais sobre coisa alheia, pois também nesses casos o perecimento da coisa antes da inscrição, resolve a obrigação de onerar, para ambas as partes.

Mas, em se tratando de contratos que visam criar relações obrigacionais, tal qual se verifica na locação, no comodato, no depósito, então a figura de direito real é de se excluir de todo em todo, pois contratos são êsses inaptos para gerarem direito desta natureza, embora a obrigação também consista na entrega de uma coisa: — o direito de que, em casos tais, o credor se torna titular, direito é que não adere à coisa, nela não se incorpora, para acompanhá-la onde quer que se ache, nem confere ao comodatário, ou locatário, ao depositário, qualquer senhorio direto e imediato sobre a coisa ou alguma de suas utilidades por força de qualquer *jus in re*, caracterizando-se, antes, como direito que atinge a utilização ou a guarda da coisa por intermédio de outrem, ou seja, através da prestação do devedor, assim resultando a junção de três elementos, quais sejam, além de seu objeto, seus sujeitos ativo e passivo.

Examinando-se separadamente os chamados contratos reais, apura-se, pois, o seguinte:

(a) — o contrato de penhor visa, sem dúvida, constituir um direito real de garantia, mas não é a tradição da coisa móvel, tão só, o elemento que lhe confere “realidade”, senão o vínculo que à coisa adere, para fins de garantia, por vontade das partes e por força da

lei, cumprindo notar-se, que, em certos casos, a tradição é simbólica e não efetiva e o direito real de penhor apenas nasce e se aperfeiçoa a partir da inscrição. Assim, a coisa apenhada pode continuar, em virtude de cláusula *constituti* permitida ou presumida por lei, em mãos do devedor e a inscrição passa a ser elemento essencial à existência e à validade do penhor, quando êste recai, por exemplo, sobre máquinas e aparelhos instalados na indústria e em funcionamento com os respectivos pertences, ou quando, de penhor rural, sob qualquer de suas modalidades, se trate (Dec. n.º 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178, “a”, ns. V e XIII; Lei n.º 492, de 30 de agosto de 1937, Lei n.º 2.612, de 20 de setembro de 1940, etc.). A entrega efetiva em mãos e poder do credor pignoratício é também dispensada nos casos de penhor da indústria de suínos (Dec.-lei n.º 1.697, de 23 de outubro de 1939 e Dec.-lei n.º 2.064, de 7 de março de 1940) ou de sal (Dec.-lei n.º 3.169, de 2 de abril de 1941), ou de pescado (Dec.-lei n.º 2.566, de 6 de setembro de 1940), ou de carne e derivados (Dec.-lei n.º 4.312, de 20 de maio de 1945) e de estabelecimentos de ensino (Dec.-lei n.º 7.780, de 26 de julho de 1945);

(b) no empréstimo, duas figuras se distinguem: a do empréstimo de coisas fungíveis (ou mútuo) e a do empréstimo de coisas infungíveis, ou comodato. No mútuo, em consequência da própria natureza da coisa emprestada, o domínio desta se transfere ao mutuário, “por cuja conta correm os riscos dela, desde a tradição” (Cód. art. 1.257), ficando êste obrigado a restituir ao mutuante o que dêle recebeu, em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade (Cód. art. 1.256); mas no comodato (que, segundo doutrina corrente pode ter objeto tanto coisas móveis quanto imóveis), ao comodatário incumbem as obrigações de conservação da coisa, de seu uso de acôrdo com o contrato ou segundo sua natureza e, essencialmente, a obrigação de restituí-la (Cód. arts. 1.248 e segs.), do que tudo resulta tratar-se de contrato cuja prestação não visa constituir qualquer direito real;

(c) seja no depósito voluntário ou contratual, seja no depósito necessário, a entrega, recebimento, ou tomada da coisa, nenhum direito real constituem, caracterizando-se tais contratos ou atos, como encargo de guarda e conservação dos bens, até que os depositantes, ou os proprietários, os reclamem, de conformidade com as cláusulas contratuais ou de acôrdo com a lei (Cód. Civ. arts. 1.265 e segs., 1.282 e segs. e Lei n.º 2.313, de 3 de setembro de 1954).

Concluindo, diremos: (a) a distinção entre contratos reais e contratos consensuais perdeu a sua razão de ser no direito moderno; (b) nos contratos reais, a entrega da coisa consiste, tão-sòmente, em ato de execução, ou melhor, no primeiro ato de execução, do dever obrigacional contraído pelo devedor; (c) essa entrega, ou tradição, só por si, nenhum elemento de “realidade” confere aos correspondentes atos ou negócios jurídicos; (d) a denominação “contrato real” é imprópria e razão não há, que a justifique.

(B) EQUIPARAÇÃO LEGAL DOS DIREITOS AOS BENS MÓVEIS OU IMÓVEIS

Nosso Código Civil, em seus artigos 44 e 48, respectivamente, dispõe: “consideram-se imóveis para os efeitos legais: (1) *os direitos reais sobre imóveis, inclusive o penhor agrícola e as ações que os asseguram*; (2) *as apólices da dívida pública oneradas com a cláusula de inalienabilidade*; (3) *o direito à sucessão aberta*; consideram-se móveis para os efeitos legais: (1) *os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes*; (2) *os direitos de obrigação e as ações respectivas*; (3) *o direito de autor*”.

O Decreto n.º 24.778, de 14 de julho de 1934, permitiu, em seguida, a caução da hipoteca e do penhor.

Convém examinar êsses preceitos legais sob o aspecto, que aqui nos interessa, das afinidades ou analogias, que dêles possam resultar, com os direitos reais.

Usando linguagem de maior rigor técnico, os Códigos francês (arts. 526 e 529) e italiano (de 1865, arts. 415 e 418) consideram os direitos imóveis ou móveis, conforme a natureza do objeto a que se refiram, distinção, esta, à qual acrescentam a categoria dos direitos imobilizados por declaração legal.

PLANIOL-RIPERT et PICARD (*Traité Pratique*, vol. III, ns. 92 e segs.) na esteira dos velhos autores franceses (POTHIER: *Traité de la Communauté*, ns. 66 e segs. e outros), bem justificam a distinção acima mencionada, dizendo que os direitos, por serem incorpóreos segundo sua natureza, não podem, em rigor, ser qualificados como móveis ou imóveis; por isso, acrescentam, quando se lhes quis aplicar essa distinção, foi preciso recorrer a critério outro que não o de sua própria natureza, foi preciso, isto é, reportar-se à natureza das coisas

sobre as quais os direitos incidem ou às quais se referem, considerando-se imóveis os direitos relativos às coisas corpóreas imóveis e, móveis os direitos às coisas corpóreas e as móveis referentes. Assim sendo, “a aplicação dessa idéia dos direitos reais não oferece dificuldade alguma”. Mas, em se tratando de direito das obrigações os seguintes aspectos a doutrina alienígena apresenta: (a) — à obrigação de *dar* tanto pode corresponder um “direito imóvel”, quanto “móvel”, tal seja a natureza da coisa em que a prestação consista; (b) — mas as obrigações de *fazer* ou *não fazer*, ainda que o ato ou omissão se refiram a bens imóveis, a direito móveis sempre correspondem, porque, neste caso, a prestação não consiste na entrega de alguma coisa, mas no ato, ou comportamento, do devedor. Esta última distinção, no entanto, não é adotada por nosso Código, que considera móveis, indiscriminadamente, todos os direitos de obrigação.

Verifica-se, dessarte, que os direitos, embora considerados móveis ou imóveis, só por isso não devem ser havidos como direitos reais; ou, por palavras outras, semelhante equiparação legal, só por si, não confere aos direitos elemento algum de realidade.

Com relação às ações, estas regras comumente prevalecem: (a) se as ações se confundissem com os direitos, qualificando-se como “*os próprios direitos postos em juízo*”, seria rigorosamente inútil classificá-los em móveis ou imóveis; (b) mas, na realidade, aquilo que dos direitos faz parte, como um de seus elementos, é, apenas, a faculdade de invocar a ação; (c) conseqüentemente, as ações, consideradas em si, comportam uma classificação própria em imóveis ou móveis, compreendendo a primeira categoria às relativas a direitos reais sobre imóveis (ação reivindicatória, ações confessórias negatórias, etc.), e a segunda categoria às que dizem respeito aos direitos reais sobre móveis e aos direitos de obrigação.

Figura peculiar, compreendendo, ao mesmo tempo, direitos móveis e imóveis que em um só ato jurídico se fundem, é a resultante da mobilização legal (Dec. n.º 24.778, de 14 de julho de 1934), cit.) dos títulos creditórios-hipotecários, ou creditórios-pignoratícios, para o efeito de poderem ser caucionados; — os direitos reais de garantia, nestes casos *mobilizam-se* por força dos créditos que asseguram e, com êstes se incorporam e unificam em títulos suscetíveis de serem caucionados (e, em se tratando de penhor rural convertido em cédulas, êstes títulos podem ser avalizados e transmitidos por endosso em prêto).

Nosso Código Civil (art. 44, n. 1) inclui impròpriamente o penhor agrícola entre os “direitos reais sôbre imóveis”, quando, na realidade, êste penhor e o pecuário (espécies do *penhor rural*), “constituem-se pelo vínculo real, resultante do registro, por via do qual agricultores e criadores *sujeitam suas culturas ou animais* ao cumprimento de obrigações, ficando como depositário daquelas ou dêstes” (Lei n. 492, de 30 de agosto de 1937, art. 1.º). Do penhor agrícola podem ser objeto as colheitas pendentes ou em via de formação, quer resultem de prévia cultura, quer de produção espontânea do solo, os frutos armazenados, em ser, ou beneficiados e acondicionados para a venda, a madeira das matas separada para o corte, ou em toras, ou já serrada e lavrada, a lenha cortada ou carvão vegetal e as máquinas ou instrumentos agrícolas (Lei n.º 492, cit., art. 6.º). Por sua vez, podem ser objeto de penhor-pecuário os animais que se criam nascendo para a indústria pastoril, agrícola, ou de laticínios, em qualquer de suas modalidades, ou de que sejam êles simples acessórios ou pertences de sua exploração (*ibid.*, art. 10). Dessa enumeração resulta, pois, que apenas alguns dos objetos do penhor rural poderiam, em rigor, considerar-se imóveis ou por destinação, ou por aderência temporária ao solo; mas, mesmo nestes casos, o penhor jamais constitui direito real sôbre o imóvel, senão um direito de garantia sôbre as coisas animadas ou inanimadas supra-referidas que do imóvel se destacam (ou já estão destacadas), sempre que o penhor venha a ser executado. Ademais, o penhor rural pode converter-se em *cédulas* (cédulas rurais), que segundo dissemos, opera como título de crédito (e, pois, como bem ou valor móvel) transferível por endôssamento em prêto e podendo ser avalizado (*ibid.*, art. 16).

A essas categorias se juntam às dos direitos *imobilizados*, ou *mobilizados*, não mais em razão da natureza das coisas sôbre as quais recaem ou às quais se referem, mas, apenas, por fôrça de declaração legal. E, assim, nossa lei civil considera imóveis as apólices da dívida pública oneradas com a cláusula de inalienabilidade e o direito à sucessão aberta; e móveis considera os direitos de autor.

Os títulos da dívida pública apesar das peculiaridades resultantes de sua origem, participam da natureza e das qualificações gerais dos títulos de crédito. Contudo, em nossos antigos costumes civis, seja em virtude de cláusulas testamentárias, ou de doação, ou de constituição de dote, formavam (e podem formar, ainda, embora esta prática venha caindo em desuso) elementos estáveis do patrimônio, por

fôrça da cláusula de inalienabilidade; e a lei os considera imóveis “para maior segurança das relações jurídicas” das quais possam vir a ser objeto. No direito francês, admite-se a *imobilização* de certos títulos de crédito mediante simples declaração de seus donos (assim, por exemplo, para as ações do Banco de França), ou a de títulos do Estado adquiridos pelos Municípios, ou pelos estabelecimentos públicos, ou de utilidade pública, por doação ou legado (PLANIOL-RIPERT-PICARD: *et Traité Prat.* vol. III, n. 96).

O direito à herança recai sôbre uma universalidade de bens, podendo abranger direitos reais e pessoais, ou uma só dessas categorias, — mas a lei considera êsse direito *imóvel* pela mesma razão, indicada, de maior segurança das relações jurídicas que o possam ter por objeto.

Nada justifica a menção especial relativa aos direitos do autor que, em nosso Código, resulta, apenas, de sua qualificação, hoje abandonada, de direito *de propriedade* científica, literária e artística. Móveis são tantos os direitos obrigacionais, como os que recaem sôbre objetos imateriais, ou melhor, sôbre a *criação* devida ao trabalho da inteligência. Entende CLÓVIS que, para nosso Código, “o direito de autor é um direito real que se inclui entre os móveis incorpóreos”; mas aparte a figura paradoxal de *móvel incorpóreo*, essa afirmação não encontra apoio em preceito algum do Código que qualifique o direito de autor como “*direito real de propriedade*”. Criou o Código, sim, um conceito peculiar, específico, de propriedade, para aplicá-lo ao direito de autor, — mas êste direito não considerou como direito real.

Quais são, afinal, os *efeitos legais* visados por essas *mobilizações ou imobilizações*, nos termos dos arts. 44 e 48 do Código Civil? — Excluindo, categòricamente, o de atribuição de qualquer elemento da “realidade” aos direitos que, por sua natureza, como *reais* se não possam classificar, só resta considerar os efeitos relativos à maior segurança das relações jurídicas, a fim de se exigir das partes, nos casos acima indicados, que na alienação ou oneração dêesses bens e direitos, ou nas demandas que sôbre êles versarem, observem os mesmos requisitos legais, como se de bens imóveis ou móveis pròpriamente ditos se tratasse. (1)

(1) O Código Civil alemão não contém disposições semelhantes às dos arts. 44 e 48 de nosso Código Civil. Todavia, disposições existem, nesse corpo de leis, que de certo modo aludem à questão. Reza, de fato, o art. 90 do

(C) BENS AFETADOS A DESTINO CERTO

Bens e direitos com freqüência são destinados à realização de determinado fim e, assim sendo, nenhum destino outro pode, em princípio, ser-lhe atribuído. Quer no direito público, quer no direito privado, vários são os casos dessa natureza, ora resultantes da lei, ora da vontade das partes, tais, tipicamente e principalmente, os seguintes: (a) os bens públicos de uso comum do povo e os bens públicos de uso especial do Estado, enquanto como tais se mantiverem e a lei não lhes alterar sua qualificação, são bens destinados e afetados, respectivamente, à utilização direta por todos, ou à utilização direta pelo Estado (n. 80); (b) os recursos do Estado destinado ao custeio de suas atividades, obras, serviços, encargos e responsabilidades, convertidos em verbas orçamentárias, destinam-se unicamente, à aplicação específica que pelos mesmos orçamentos lhes houver sido dada e não comportam excessos, nem transportes, nem estornos (Const. art. 89 — n. VI e Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950, arts. 10 e segs.); (c) o imóvel desapropriado deve ter o destino para o qual se desapropriou e, se assim não fôr, o Estado, a União e o Município devem oferecê-lo ao ex-proprietário pelo preço que lhe pagaram (Cód. Civ. arts. 1.150); (d) os bens onerados por vínculos reais de garantia (Cód. Civ. arts. 775 e segs.) são bens afetados à segurança e à efetividade da solução dos créditos ou responsabilidades a que acedem; (e) o bem de família (Cód. Civ. art. 72), os bens dotais (Cód. Civ. arts. 278 e segs.), os bens que formam a dotação nas funções (Cód. Civ. arts. 24 e segs.), os bens doados ou legados, com cláusula ou encargo

Código: "coisas, no sentido da lei, são *exclusivamente* os objetos corpóreos". No entanto, o art. 86 parece abrir uma exceção a essa regra, ao dispor que: "os direitos ligados à propriedade de um imóvel reputam-se partes constitutivas do mesmo". Os autores alemães a essa matéria se referem. Assim WINDSCHEID (*Pandekt*, § 139, nota 5), diz: "as fontes opõem as *res mobiles* e *immobiles* aos direitos. Porém, se na Alemanha uma disposição de direito, ou uma disposição particular, distingue o patrimônio móvel do imóvel, em qual dêles se não de incluir os direitos? Naturalmente, os direitos sobre coisa alheia se incluirão no patrimônio mobiliário ou imobiliário conforme seu objeto fôr uma coisa móvel ou imóvel; sobre os direitos de crédito, entretanto, há disputa. Na dúvida, deve-se admitir que, também aqui, a solução depende do objeto (mediato) do direito de crédito, conforme fôr, ou não, um imóvel. Outros (autores), contudo, incluem no patrimônio imobiliário os direitos de crédito em qualquer caso, porque tais direitos jamais recaem imediatamente sobre um imóvel e, sim, sempre sobre um ato (WACHTER, I, pg. 284; UNGER, I, pgs. 394-400; DERNBURG, *D. Penhor*, I, 505; STOBBE, § 63; ROTH, I, pg. 426)".

de serem aplicados para a consecução de certo fim (Cód. arts. 1.180), os bens de fideicomisso (Cód. Civ., art. 1.733), são, todos êles, bem afetados a um destino certo e determinado. Mas, *destinação* ou *afetação* e *vinculação real* são conceitos que se não confundem. Pode a *afetação* ser acompanhada da *vinculação real* dos bens (como nos direitos reais de garantia e, a nosso ver, nos casos de inalienabilidade imposta por lei, ou pelo doador, ou pelo testador); pode, ela própria resultar da natureza de certos direitos reais (por exemplo, dos direitos reais sobre coisa alheia, de uso, habitação, etc.), ou consistir em restrição imposta aos poderes do proprietário instituído (como no fideicomisso), mas também pode consistir em mero encargo ou condição dos atos jurídicos, caso no qual do vínculo real se distingue por não aderir, afetando-as de modo especial, às coisas ou bens e por provocar, em sendo violada, sanções e ações de natureza diversa.

Ainda acresce que, salvo exceções legais ou decorrentes de natureza de cada instituto, em princípio, como advertem PLANIOL-RIPERT et PICARD (*Traité Prat.*, vol. III, n. 30), o bem afetado a determinado fim ou destino, é considerado, nas relações de direito privado, mais segundo seu *valor pecuniário*, do que segundo sua *individualidade material*, de tal sorte que sendo necessário ou conveniente alterar-se a aplicação do capital que êste bem representa, sua alienação será possível, substituindo-se um bem por outro; mas, neste caso, o novo bem deve ser afetado ao mesmo destino do anterior, porque o fim visado sobrevive à alienação do bem primitivo que simples meio era para a consecução dêste fim. E' nessa operação jurídica que a sub-rogação real consiste (Decreto-lei n.º 6.777, de 8 de agosto de 1944; Cód. Proc. Civ. arts. 629-634; Cód. Civ. art. 293, parágrafo único), podendo, ademais, ocorrer por força de lei (Cód. Civ. art. 762, V e § podendo, ademais, ocorrer por força de lei (Cód. Civ. arts. 762, V e § 1.º; art. 735, § 2.º; art. 749; art. 1.558; Cód. Proc. Civ. § 1.º, 397, 634, 640, 705, etc.).

(D) GARANTIA GERAL DOS CREDORES SOBRE OS BENS DO DEVEDOR

O devedor responde com os seus bens pelo pagamento das obrigações convencionais que houver assumido e pelas obrigações que por lei lhe possam ser imputadas. Êsses bens são os que, no

momento em que a dívida se tornar exigível, ou no da instauração do concurso de credores, ou da abertura da falência, se acharem no patrimônio do devedor; mas, os atos que este praticar em estado de insolvência, ou que a este estado o houverem conduzido, se celebrados forem em fraude de seus credores, que credores já fôsem a esse tempo, podem por estes ser revogados por meio da ação pauliana, admissível contra o devedor, contra as demais partes e contra os terceiros de má-fé (Cód. Civ. arts. 196-113; Cód. Proc. Civ. arts. 252, 888, V; Lei de falência, Dec.-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, arts 52-58; Cód. Penal, art. 179).

Semelhante direito dos credores sobre a generalidade dos bens do devedor, não constitui, entretanto, um direito real, ou seja, um direito real de garantia, direito este último, que somente pode constituir-se, por lei ou contrato, com observância dos requisitos legais e sob as formas de hipoteca, penhor, ou anticrese, devidamente inscritas.

Do exercício da ação revocatória, mesmo considerada como meio para fazer valer os direitos dos credores contra terceiros e da própria inscrição das penhoras, seqüestros, arrestos e citações de ações reais ou reipersecutórios, referentes a imóveis, não resulta a constituição de qualquer direito real, por falta do elemento de inerência, ou aderência, daqueles direitos sobre os bens do devedor, falta que incisivamente se assinala pela circunstância de recair a execução dos mesmos direitos somente sobre os bens, que na ocasião, se acharem ou deveriam legitimamente achar-se no patrimônio do devedor. (2)

Houve quem afirmasse que, na espécie, ocorre um “direito real atenuado”, pois o respeito do direito de promover a execução sobre os bens do devedor não é impôsto *erga omnes*, mas, apenas, contra a pessoa obrigada, que seria a única adstrita ao dever de *abstenção* que incumbe nos demais direitos reais, a todos os terceiros (BARASSI: *Dir.*

(2) A ação revocatória e ações outras tendentes a assegurar ou recuperar bens do devedor, ao serem inscritas as respectivas citações iniciais, tornam estes bens litigiosos e, em consequência, obstat alienações ou onerações fraudulentas em prejuízo dos credores. Por sua vez, a inscrição das penhoras, arrestos e seqüestros, retiram do devedor a disponibilidade dos bens sobre os quais recaem e, deste modo, asseguram aos credores o direito de sobre os mesmos bens se pagarem. Mas, embora as inscrições produzam efeitos contra todos os terceiros, nem por isso um direito real verdadeiro e próprio delas decorre, porque os direitos reais não se definem, apenas, por seu efeito *erga omnes* (atributo, este, que também pertence a outras categorias de direitos) senão, precipuamente, por seu elemento interno, consistente na ação direta e imediata do titular sobre a coisa, no exercício de um direito que à coisa adere e acompanha onde quer que se ache.

Reali, pgs. 30-31. Nem a doutrina, porém, nem o sistema legislativo entre nós vigente, reconhecem qualquer espécie de *direito real atenuado*, despido, isto é, dos elementos de adesão à coisa incorpórea e de *oponibilidade “adversus omnes”*. Na verdade do que se trata, na hipótese, é de direitos de crédito em fase de execução. (3)

(E) TRIBUTOS REAIS

Afastadas, por obsoletas, a qualificação do tributo como ato de soberania, bem assim sua qualificação como ato justificado pelo domínio eminente do Estado sobre todo o território nacional, a doutrina moderna passou a sustentar, vitoriosamente, o conceito segundo o qual constitui o tributo uma relação jurídica obrigacional de direito público, relação *objetiva* na disciplina legal das situações abstratas e *subjéctiva* quando aplicada a determinado contribuinte que, por via do lançamento adquire, quando menos, o direito à inalterabilidade das condições de sua incidência na lei tributária GASTON JÉZE: *Natureza e Regime Jurídico do Crédito Fiscal* in *Rev. For.*, vol. CVI — 452).

O direito tributário distingue os impostos “reais” dos pessoais: “reais são os lançados em função do valor da matéria tributável sem atender às condições pessoais dos contribuintes e pessoais aquêles cujo lançamento também é feito na base do valor da matéria tributá-

(3) O princípio da concretização da “responsabilidade” nos bens do devedor, resulta, em nossa legislação, implicitamente, de textos diversos, entre os quais os arts. 106, 954, 1.554 do Código Civil e dos preceitos do Código de Processo Civil referentes à execução. O novo Código Civil italiano (de 1942) contém disposição expressa nesse sentido e reza: “o devedor responde pelo adimplemento de suas obrigações com todos os seus bens presentes e futuros. As limitações da responsabilidade são admitidas apenas nos casos estabelecidos em lei.” No excelente comentário desse corpo de leis publicado sob a direção de ANTONIO SCIALOJA e G. BRANCA, se diz e sustenta que a responsabilidade patrimonial, segundo esse sistema legislativo, é configurada como um meio de tutela do direito do credor, ou seja, como um instrumento para a realização coercitiva deste direito e, pois, não como elemento intrínseco da relação obrigacional, mas como um seu momento extrínseco” (R. NICOLÓ: *com.* art. 2.740). E no exame dos textos relativos aos meios de conservação da “*garantia patrimonial*”, reduz-se esta expressão ao seu verdadeiro sentido, nos seguintes termos: “a existência desse “direito de garantia” tendo por objeto todos os bens do devedor é mera ilusão. Para demonstrar a verdade deste asserto basta considerar, exatamente, a função das ações sub-rogatória e revocatória que, segundo certa tendência por nós criticada, equivaleriam a meios de tutela daquela garantia”, da qual, ademais, revelariam a existên-

vel, porém atendendo às condições pessoais do contribuinte” (RUBENS GOMES DE SOUSA: *Compêndio de Legislação Tributária*, n. 47, c). Da primeira categoria, autores há que destacam os impostos fundiários, para considerá-los como direitos reais constituídos sobre as respectivos imóveis e cobráveis, em execução, sobre o respectivo valor, seja qual fôr o seu proprietário. Mas, à parte a circunstância de nossa lei não haver incluído êsse direito entre os direitos reais, direitos são, êstes, que se não constituem pela inscrição, assim lhes faltando um elemento formal que a lei exige, não *ad probationem*, mas *ad solemnitatem*. Ademais, tais impostos são lançados contra o proprietário e a transferência dos imóveis, por atos *inter-vivos* ou *mortis-causa*, não se realiza no primeiro caso e não se aperfeiçoa no segundo sem a prova da quitação dêsse encargo fiscal. Se o impôsto fôsse lançado sobre o imóvel diretamente, sem contemplação de seu dono (hipótese que não ocorre, pois todos os impostos, neste sentido, são pessoais) e se o valor da dívida, em certo momento, por acumulação, excedesse o do bem, o proprietário se isentaria de responsabilidade abandonando-o ao Fisco, o que, legalmente, não é admissível. Perante nossa legislação, os impostos se qualificam, sim, como créditos privilegiados, por força do seguinte preceito do art. 1.º do Decreto n. 22.866, de 28 de junho de 1933: “os impostos e taxas devidos à Fazenda Pública, em qualquer tempo, são pagos preferencialmente a quaisquer outros créditos, seja qual fôr a sua natureza. Parágrafo único — Pelo pagamento respondem todos os bens do devedor, do seu espólio ou massa falida, ainda quando gravados por ônus reais, que não poderão obstar o processo executivo para a respectiva cobrança”. Esse mesmo Decreto, que possui força de lei por haver sido expedido com fundamento no art. 1.º do Ato Institucional de 1930 (Dec. n.º

cia. De fato, se existisse tal “direito de garantia”, dever-se-ia admitir, pacificamente, que seu *objeto* seria constituído por todos os bens do devedor. Mas, se assim fôsse, qualquer ato de disposição praticado pelo devedor equivaleria a uma lesão dêsse direito de garantia, justificando, conseqüentemente, uma reação por parte do credor; no entanto, é sabido que a reação do credor, através da sub-rogatória e da revocatória, somente é legítima quando se pode fundamentadamente invocar a inexistência, no patrimônio do devedor, de bens bastantes para assegurar a realização coercitiva do direito de crédito. E, se apenas neste caso o comportamento do devedor pode ser dito lesivo do direito do credor, evidente é a conclusão segundo a qual o direito lesado não é êsse suposto “direito de garantia”, mas o próprio direito de crédito, ou seja, o direito de conseguir o bem devido através da execução de crédito, a lesão é sempre *potencial* e o dano que o credor quer evitar é um dano futuro.” (*ibid.*, com art. 2.900, cit. Cód. Civ. ital.).

19.398, de 11 de novembro dêsse ano) estabelece como regra, ou melhor, como presunção *juris et jure*, que as alienações (ou seu comêço) realizadas pelo contribuinte em débito, se consideram feitas em fraude da Fazenda Pública (art. 2.º) e nessa presunção absoluta, rigorosíssima, que nenhuma distinção faz entre os impostos devidos, encontra-se o fundamento da legitimidade da execução fiscal sobre o imóvel (considerado, por seu valor, como matéria tributável) que, sem o pagamento de impostos até então devidos, acaso houver passado em mãos de terceiros por transmissão de domínio e posse, ou mesmo a título possessório, tão-sòmente. Necessidade não há, pois, perante nossa lei, de se estabelecer qualquer analogia entre êsse direito da Fazenda e os direitos reais, pois direito algum pode, por analogia ou extensão, ser qualificado como direito real (4).

(F) PREFERÊNCIAS. PRIVILÉGIOS E DIREITOS REAIS

De privilégios aqui falamos, não no sentido romano de prescrição particular destinada a favorecer ou proteger determinadas pessoas (inferior, em extensão e importância, ao *jus singulare*), mas no sentido de “qualidade que a lei confere ao crédito pessoal, de ser pago de preferência aos outros” (CLÓVIS: *com.* art. 1.557 do Cód. Civ.). Nosso Código, ao dispor sobre a matéria, declara, de início, que “os títulos legais de preferência são os privilégios e os direitos reais”, assim afirmando que embora êstes e aquêles gozem de situação pre-

(4) No direito suíço entre os meios de tutela do pagamento dos impostos figuram o *direito de penhor de impostos*, a *constituição negocial de garantia* e o *provimento de reclamação de garantia*. Os autores suíços de direito tributário lembram que é dos mais antigos o sistema de se tutelar o crédito fiscal por meio de penhor e hipoteca e acrescentam que o direito romano conheceu um direito geral de penhor, em garantia de todos os impostos, recaindo sobre o inteiro patrimônio do devedor. O direito tributário suíço adota, porém, o sistema de *especialização do penhor e da hipoteca*, segundo os moldes do direito civil. Duas são as fontes dessa garantia real: a lei e a convenção, mas, num caso e noutro, duplo requisito há de ser observado, pois a garantia deve referir-se a determinados elementos do patrimônio (e não ao inteiro patrimônio do contribuinte) e preciso também é que exista determinada *conexão* entre tais elementos patrimoniais e o tributo por êles garantido. Assim é que, para determinados tributos e em relação a certos bens conexos ao crédito tributário, a lei, independentemente de qualquer ato constitutivo, cria um ônus, hipotecário sobre bens imóveis (hipoteca *ex lege*) ou pignoratício sobre bens móveis (p.e. o penhor por tributo alfandegário), devendo a garantia hipotecária ser, ou não, necessariamente inscrita, conforme dispuserem as leis em questão.

Quando a garantia não é imposta e criada expressamente pela lei e o

ferencial, segundo a ordem estabelecida por lei, no entanto não se confundem: “no direito pátrio, ensina CLÓVIS, o privilégio é direito pessoal e só excepcionalmente dará prelação contra o pagamento da dívida hipotecária”. De fato, o artigo 1.560 do mesmo Código confirma semelhante distinção ao declarar que “o crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie, salvo a exceção estabelecida no art. 759; o crédito pessoal ao simples e o privilégio especial ao geral”. Cumpre, porém notar: (a) que exceção a essa regra também resulta dos arts. 1.564 e 1.565 do mesmo Código, do Decreto, com força de lei, n.º 22.865, art. 1.º, acima citado, das leis trabalhistas e de disposições especiais outras; (b) que, dos direitos reais, a anticrese é desprovida de seqüela e de preferência na execução (art. 808, § 1.º) e a hipoteca judicial também não goza de preferência (art. 824).

Diferente do nosso é o sistema legal francês, que inclui os privilégios entre as garantias reais, englobando, sob essa denominação genérica, com relação aos móveis, os privilégios gerais, o penhor, os privilégios especiais, e, com relação aos imóveis, a anticrese, os privilégios gerais sobre imóveis em caso de insuficiência dos móveis, as hipotecas convencionais legais e judiciárias e os privilégios especiais sobre certos imóveis, que equivalem a casos de hipotecas legais privilegiadas (PLANIOL-RIPERT et BECQUÉ: *Traité Prat.* vol. XII, ns. 1 e sgs. e 279 e sgs.). No direito italiano, enquanto BIANCHI (*Privilegi*, n. 75), PACIFICI-MAZZONI (*Instituz.*, vol. III, 2, pg. 355) e outros qualificam os privilégios, considerados em si, como direitos reais, outros autores, assim DE RUGGIERO (*Instituz.*, 6.ª ed., vol. II, § 84) entendem que “todos os privilégios se distinguem nitidamente do penhor e da hipoteca por não constituírem, aquêles, direitos reais, como êstes”. A mesma distinção transparece do art. 2.748 do Código Civil italiano de 1942, que declara: “se a lei não dispuser de modo diverso, não se po-

devedor não a presta voluntariamente nos casos devidos, a autoridade fiscal competente pode, por via de provimento, reclamá-la do contribuinte e “de qualquer pessoa obrigada ao pagamento”. A espécie de garantia a ser prestada, ora é indicada pela lei, ora é deixada à escolha do devedor. Mas o provimento, uma vez tomado, reveste-se da força de sentença judiciária executiva, provocando, assim, uma execução forçada contra o devedor. Finalmente, pode a garantia ser prestado voluntariamente pelo devedor, a fim de conseguir certas vantagens fiscais, mediante ato jurídico regular. (E. BLUMENSTEIN, *Sistema di Diritto delle Imposte*, trad. F. Forte, 1954, pgs. 259; DUNAND: *L'hypothèque Légale de Droit Public*, 1928; GUSBERTI: *Das Steuerfandrecht*, 1944, etc.). O sistema suíço, segundo se vê, recorre às formas de garantias reais do direito civil, para assegurar o pagamento de certos tributos, nos casos determinados pela lei, do que se infere não constituir o impôsto, só por

derá exercer o privilégio especial sobre bens móveis em prejuízo do credor pignoratício. Os credores que tiverem privilégio sobre bens imóveis gozarão de preferência sobre os credores hipotecários, se a lei não dispuser de outro modo”.

Em síntese, segundo nosso sistema legal, a preferência atribuída aos credores pignoratícios e hipotecários resulta do respectivo direito real de garantia que adere às coisas apenhadas ou hipotecadas e as prende e afeta ao cumprimento de determinada obrigação; mas os privilégios, se prelações gerais ou especiais também conferem por força da lei e em razão da causa dos créditos a que correspondem, contudo, não constituem direitos autônomos e mais fielmente se qualificam como qualidades de direitos meramente obrigacionais, qualidades, isto é, que a êstes direitos conferem uma incidência executória mais ou menos intensa sobre os bens do devedor e em relação aos demais direitos creditórios que contra o devedor comum possam ser opostos, segundo a ordem preferencial que a lei houver estabelecido.

(G) PRIVILÉGIOS DE EXCLUSIVIDADE. MONOPÓLIOS

Nos direitos patrimoniais, o atributo da exclusividade comumente se liga ao exercício dos direitos autorais, à exploração das patentes de invenção, ao uso das marcas de fábrica, das denominações, designações e insígnias comerciais ou industriais e aos monopólios dos serviços públicos exercidos pelo Estado, diretamente ou, indiretamente, por meio de concessões, autorizações, ou licenças.

Os direitos que recaem sobre criações do engenho humano são direitos imateriais, assim qualificados em razão da natureza de seu objeto; quando, porém, essa criação se corporifica, para fins de utilização ou exploração econômica, dessa transformação podem surgir direitos de natureza vária, obrigacionais uns, reais outros, conforme resultem de relações de exploração ou utilização, ou de relações de domínio (pleno ou não) sobre os bens corpóreos que a criação da mente realizem. Todavia, do caráter absoluto dos direitos de autor ou de inventor, considerados em si, bem como do *privilégio de exclusividade* que lhes é inerente, não se infere, nem resulta, possam ser

si, um ônus real a gravar seja o inteiro patrimônio, seja bens determinados, do devedor. Essencialmente diverso do sistema suíço é, pois, o seguida por nossa lei.

qualificados como direitos reais: (a) — porque seu objeto consiste em um bem incorpóreo; (b) — porque o caráter absoluto não pertence exclusivamente aos direitos reais, senão, também, aos direitos da personalidade, aos de estado e a mais direitos aos quais a lei, por um fundamento ou outro, êste mesmo caráter atribui. Nosso Código de “propriedade industrial” (Decreto-lei n.º 7.903, de 27 de agosto de 1945), depois de declarar que a proteção da “propriedade” industrial se efetua mediante a concessão de *privilégio* de patentes de invenção, modelos de utilidade, desenhos ou modelos industriais, variedades novas de plantas e registro de marcas de indústria e comércio, nomes comerciais, títulos de estabelecimento, insígnias comerciais ou profissionais, expressões ou sinais de propaganda, recompensas industriais, indicações de proveniência e repressão de concorrência desleal, afirma e consagra êste princípio básico: — “as garantias outorgadas por êste Código *consistem no direito de uso ou exploração exclusivos do respectivo objeto*”; e semelhante exclusividade de uso ou exploração, só por si, não realiza os requisitos que os direitos reais, por lei e natureza, reclamam, para se constituírem.

Não é direito real, tampouco, o monopólio inerente à prestação de certos serviços públicos pela Administração, ou, em virtude de concessões, autorizações ou licenças, por empresas particulares. No exercício de suas atribuições, a Administração ou as empresas podem adquirir direitos reais sobre os bens e instalações destinadas à produção e prestação dos correspondentes serviços, mas esta situação patrimonial não envolve uma identidade de qualificação jurídica relativamente ao caráter monopolístico do exercício das respectivas atividades.

Causou grandes debates, entre nós, a questão de se saber se é, ou não, direito real, o direito das empresas concessionárias de ferrovias, sobre suas zonas privilegiadas. Notáveis juristas se manifestaram sobre a matéria e assim opinaram: CLÓVIS, mantendo-se fiel à regra da limitação legal dos tipos de direitos reais, entendeu que sendo a empresa proprietária do leito da estrada com suas instalações e mais bens conexos, o privilégio de zona constitui emanção direta dessa propriedade, elemento componente dela, seu acessório e, pois, um direito real; ESPÍNOLA sustentou que tal privilégio “faz parte integrante da concessão da estrada de ferro; não subsiste por si, mas está intimamente ligado à construção e exploração da linha e, portanto, consiste em uma *utilidade acessória do direito real* que tem o con-

cessionário sobre as linhas férreas”; entendeu ALFREDO BERNARDES que “a zona privilegiada das estradas de ferro constitui ampliação das outras duas zonas, quer a do leito propriamente dito, quer a da garantia”, assim se definindo como verdadeiro direito real oponível *erga omnes*; AZEVEDO MARQUES nela enxergou “uma das modalidades, embora *sui generis*, da propriedade; CARVALHO DE MENDONÇA assinalou ser a zona privilegiada “mero acessório da estrada, seguindo, pois, sua natureza jurídica”; ESTEVAM DE ALMEIDA adotou a opinião de HAURIOU, qualificando êsse privilégio como “uma espécie de direito real administrativo”; FRANCISCO MORATO falou, invocando DEMOLOMBE, em “direito real *sui generis*”; SPENCER VAMPRE considerou a zona privilegiada como “parte integrante da propriedade que tem o concessionário sobre as linhas ferreas”; entendeu ALFREDO BERNARDES que “a zona privilegiada das estradas de ferro constitui ampliação a estrada de ferro em virtude da concessão”. Apenas LACERDA DE ALMEIDA, que sempre se opôs à regra da limitação legal dos direitos reais, viu nesse privilégio um direito real não incluído expressamente entre os demais enumerados pelo Código Civil em seu art. 674 (in *Da Natureza Real do Privilégio de Zona* de autoria do Dr. ADOLFO PINTO FILHO — São Paulo — 1924).

Duas observações êsses autorizados pareceres sugerem: (a) para sustentar a natureza real dêsse direito, os citados juristas o consideraram como *acessório* ou *elemento* da propriedade, não o examinando, pois, em si, segundo sua natureza específica; (b) na verdade, porém, o privilégio de zona é acessório, ou melhor, é elemento componente, não do direito real de domínio da empresa sobre os bens materiais ou instrumentais destinados à produção e prestação dos serviços, mas de própria concessão, ou seja, do direito de servir determinada zona com privilégio de exclusividade. E’ de direito pessoal, pois que se trata e não de direito real, embora oponível *erga omnes*, a fim de evitar concorrência. Se assim não fôra, como se poderia falar em *direito acessório da propriedade* para se qualificar o privilégio de zona em todos os demais casos nos quais os serviços não exigem o domínio e utilização permanente de faixas ou porções de solo, nem reclamam instalações ligadas ao solo em tôda extensão da zona servida? Uma concessão de transportes, com privilégio de zona, a ser executado, digamos, por ônibus, autorizaria qualificar-se o mesmo privilégio como direito real decorrente da propriedade? — Não, evidentemente. Dir-se-á, contudo, que o privilégio de zona poderá ser *real* se

inerente ou acessório de propriedade, ou pessoal, se de propriedade não faz parte. Mas é exatamente nessa distinção que o equívoco consiste, pois o privilégio, ou monopólio de zona, é um *poder* que tem na concessão sua origem e de sua natureza participa, pela concessão é gerado como atributo do direito que ela confere e não pelo domínio (fato meramente eventual, que nem tôdas as concessões dotadas dêsse privilégio acompanha) dos meios materiais destinados a realizá-la.

O privilégio de exclusividade, na produção e prestação dos serviços públicos concedidos, visa assegurar ao capital empregado (geralmente vultoso) uma “*retribuição justa ou adequada*” e atender “*convenientemente as exigências da expansão e melhoramento dos serviços*” (Const. Fed., art. 147); ora, privilégio não há, porque não pode haver, sem a delimitação do espaço dentro do qual possa ser exercido de modo exclusivo, ou seja livre de concorrência.

CONCLUSÃO

O estudo acima feito é meramente esquemático. Aos mais competentes caberá a tarefa de desenvolvê-lo, eliminando-lhe as imperfeições e completando-o. A matéria, pelo interêsse doutrinário e prático que se lhe prende, bem merece a atenção de nossos juristas.

DAS AÇÕES E PRESCRIÇÕES NO CÓDIGO BRASILEIRO DO AR

A. VIEIRA BRAGA
Desembargador no Tribunal de
Justiça do Distrito Federal

O DIREITO DE INDENIZAÇÃO E O PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DA AÇÃO JUDICIAL. DECADÊNCIA E NÃO PRESCRIÇÃO

O Código do Ar contém um capítulo sob a epígrafe — Das ações e prescrições (Capítulo XII). E' dêsse capítulo o art. 159, o qual, logo ao tratar das ações, declara que terão curso sumário “as concernentes à aviação”, expressão que, evidentemente, abrange todo o procedimento judicial relativo ao direito aéreo. E ocupando-se da prescrição, o § 1.º do mesmo artigo estabelece que será de dois anos o prazo para a propositura de qualquer ação, acrescentando e esclarecendo na sua letra *a* que, “nas ações para a reparação de danos”, o prazo contar-se-á do dia do acidente. O Código do Ar, é manifesto, regula a matéria de prazo para a propositura da ação, no tocante a tôdas “as ações concernentes à aviação”, para lhe tomarmos de empréstimo a própria linguagem, denunciadora da amplitude de aplicação das regras contidas no seu Capítulo XII.

Esse diploma não contém apenas regras relativas ao transporte aéreo. Regula a responsabilidade para com terceiros (Seção Segunda do Capítulo V e no caso de abalroamento aéreo — Capítulo VIII). Assim, quer se entenda que a limitação de responsabilidade prevista no art. 131 do Código do Ar, dentro do capítulo que trata de abalroamento aéreo, prevalece apenas em favor do transportador, quer se admita que essa limitação se aplica sempre, qualquer que seja a aeronave causadora de abalroamento, quer, enfim, se entenda que

a indenização decorrente de abalroamento não está subordinada em caso algum, seja qual fôr o responsável, ao princípio de limitação, forçoso é reconhecer que a ação proposta para a reparação do dano, aceita qualquer daquelas interpretações, fica sujeita ao disposto no preceito legal específico que dispõe sobre o prazo em que deve ser exercida.

Qualquer ação cujo objeto seja a cobrança da indenização devida por prejuízos causados em caso de abalroamento entre aeronaves e pela qual deve responder, de acôrdo com o art. 128 do Código do Ar, o “explorador da aeronave que tiver culpa”, tem assento legal naquele artigo e nos arts. 129, 130 e 131 do mesmo Código. Se a indenização deve ser ampla e corresponder ao valor do prejuízo, segundo as normas do Código Civil, ou se, pelo menos em relação ao transportador, fica adstrita aos limites prefixados no Código do Ar, quando preenchida condição estabelecida no seu art. 131, questão é essa controvertida. Mas qualquer que seja a interpretação vitoriosa, os pressupostos legais do pedido estão definidos nas disposições do Código do Ar acima referidos.

Poder-se-á argumentar com as razões que se prendem à discriminação firmada na doutrina entre *prazo de decadência* e *prazo de prescrição* cada qual cientificamente caracterizada dentro de um conceito preciso e cristalino, assim como em argumentos extraídos das disposições do Código do Ar, especialmente dos §§ 1.º e 2.º, do art. 159. Passemos a examinar a questão, em primeiro lugar, sob o aspecto de conceituação doutrinária de *decadência* e *prescrição*.

Todos quantos estudam o problema da distinção entre *decadência* e *prescrição*, sem essa ingênua confiança e tranqüilidade dos que lidam com idéias fora do campo de aplicação, timbram em salientar a enorme dificuldade de fixar-se o elemento diferenciador dos dois institutos e não hesitam em confessar que prazos, tedricamente classificados como *decadência*, não raramente figuram em legislações de povos cultos, entre os de prescrição, ao passo que, outras vèzes, a prazos, com todos os pressupostos de mera prescrição, se atribuem efeitos de irremediável caducidade.

Além disso, divergem os Códigos entre si na qualificação de certos prazos, acrescentando ainda não haver sequer, em muitos casos, harmonia e concordância de opiniões e interpretações, entre os comentadores, sobre a natureza de certos prazos estabelecidos na mesma lei.

Como deve ser considerado, por exemplo, prazo marcado para a ação de anulação ou rescisão dos contratos, nos casos de erro, dolo? Como prazo de prescrição ou como de *decadência*?

CUNHA GONÇALVES sustenta vigorosamente, que esse prazo é de *decadência*, em face da lei portugueza. Entre nós prevalece, ao contrário, a opinião de que o Código Civil encerra, na disposição correspondente, um simples prazo de *prescrição*.

Embora dominante a corrente de interpretação — dos que pensavam tratar-se de *prescrição* o certo é que houve na França quem admitisse ser prazo de *decadência* o fixado no art. 1.304 do Código Civil, pelo qual “a ação de nulidade ou resolução de uma convenção dura em todos os casos...” (estão reproduzidas apenas as palavras que geravam dúvidas). E, certamente, por isso, é que o Código Civil italiano (*antigo*) julgou necessário, ao regular a matéria, fazer ressalva expressa da aplicação das disposições relativas à interrupção ou suspensão do curso da prescrição (art. 1.301). Já o Código Civil alemão mandou estender ao prazo relativo à ação de anulação apenas algumas causas de suspensão, e isto mesmo somente em certos casos (art. 124).

Qualquer que seja o critério adotado para distinção entre *prescrição* e *decadência*, dos que têm sido formulados e propostos até hoje e aos quais ainda agora se refere SERPA LOPES no *Curso do Direito Civil*, vol. I, pág. 391 e 392, o critério baseado na inação do titular, o critério fundado na apreciação dos caracteres intrínsecos e extrínsecos do direito ou da relação jurídica atingida, e, finalmente, o critério alicerçado na natureza do direito e modo de sua aquisição (PUGLIESE, CARLOS MAXIMILIANO), seja qual fôr, repetimos, o critério de nossa preferência no traçar a linha divisória entre prazos de *decadência* e prazos de *prescrição*, encontraremos sempre aqui ou ali, nesta ou naquela legislação prazos de uma classe com efeitos que a lei somente deveria atribuir e outras legislações atribuem aos prazos de outra classe.

E se por acaso alguém pretender fundar a distinção no fato de que os prazos de *decadência* podem ser reconhecidos e declarados *ex-offício* e de que são insuscetíveis de suspensão enquanto os de *prescrição* dependem de arguição do interessado e não correm em certos casos, então perderá ela todo interesse prático, pois, como observam BAUDRY e TISSIER, ter-se-ia de admitir que, na legislação onde fôssem suprimidas tôdas as causas de suspensão e ao mesmo tempo se or-

denasse a aplicação *ex-officio* de todos os prazos estabelecidos para o exercício dos direitos, não haveria mais um prazo sequer de prescrição, porque todos passariam a ser de decadência (*Della Prescrizione*, pg. 40, n.º 39).

Certamente que é de grande importância saber se o prazo, dentro do qual pode ser proposta uma determinada ação, está sujeito às causas de suspensão ou interrupção previstas na lei com relação aos prazos de prescrição, ou se a verificação do seu transcurso pode dar lugar a um pronunciamento *ex-officio* ou se os seus efeitos podem desaparecer em consequência da renúncia. E o problema, é preciso lembrar, tornar-se-á mais árduo numa legislação como a nossa, em que se encontram enfileirados no mesmo artigo do Código Civil prazos de uma classe e de outra, sem a presença de uma norma que ilumine o campo de indagação.

Mas daí não se segue que, por motivo de aparentar certos aspectos, ou conter êste ou aquêle elementos, deva o prazo *necessariamente* ser considerado desta ou daquela natureza. E' preciso não esquecer que as legislações, como já foi aqui observado, nesse assunto, diversificam muito. De prescrição, segundo opinião pacífica, são os prazos, previstos no art. 178 do Código Civil, de seis meses, de um, dois, três ou cinco anos, o que importa dizer que êles não correm e que êles se interrompem nos casos de suspensão e interrupção referidos no mesmo Código. Já, por exemplo, nos Códigos da França, Itália (*antigo*) ou Portugal, tais prazos correm contra os incapazes e não são passíveis de interrupção. De tal forma essa exceção sobressai com a força de uma técnica, no direito positivo, que alguns juristas se inclinaram a ver na brevidade do prazo um dos caracteres extrínsecos da *decadência*.

De um estudo, sem prevenções, da questão resulta a convicção de que é inconveniente e condenável qualquer parcela de apriorismo na investigação destinada a apurar se, em relação a determinado prazo, a que a lei não dê nome ou que na lei apareça com a designação de prazo de prescrição, é de admitir-se a possibilidade de suspensão de seu curso ou da ocorrência de qualquer das outras causas de modificação previstas na lei, ou, se ao contrário, deve ser entendido, na hipótese, que nenhuma razão poderá dilatar o lapso de tempo marcado para a extinção do direito à propositura da ação.

Se a lei pode fazer com o prazo o que bem entende sujeitando-o as causas de suspensão ou interrupção etc., ou subtraindo-o à even-

tualidade de alteração no seu termo final, ou admitindo algumas causas de suspensão ou interrupção da lei comum e excluindo outras; se a lei pode adotar, para marco inicial do prazo, êste ou aquêle fato, e até, como veremos mais tarde, variar quanto ao momento inicial do prazo e, ao mesmo tempo, quanto à sua natureza, então o que realmente importa, antes de tudo é, em cada caso, apurar se na lei existe disposição que revele o seu pensamento e permita identificar a natureza do prazo, isto é, por outras palavras, se o prazo é daqueles a que se aplica o disposto a respeito de suspensão, interrupção ou renúncia, ou se, diferentemente, o prazo é de *decadência, caducidade ou prazo essencial de prescrição*, cujo decurso, aconteça o que acontecer, extingue o direito de ação.

Quando a lei fôr omissa ou dê lugar a dúvidas, então, sim, ter-se-á de recorrer ao auxílio do melhor critério de distinção entre prazo de *decadência* e prazo de *prescrição*, para interpretá-la e aplicá-la.

Cumpre, assim nesse assunto, atender sempre às seguintes considerações:

a) a fixação do prazo para extinção do direito de propor ação não está sujeito à limitação constitucional de ordem alguma, do sorte que caberá ao legislador ordinário regulá-la, como entender melhor;

b) a lei, em cada caso, qualquer que seja a natureza do prazo, à luz dos vários critérios formulados para se distinguir entre *prescrição e decadência*, poderá admitir ou não causas de suspensão ou interrupção, estabelecer regras em um sentido ou noutro relativamente à renúncia, bem como ao pronunciamento *ex-officio*, deslocar, se quiser, o termo inicial do prazo, enfim, dispor, como julgar mais acertada e adequada ao escopo legal;

c) somente quando a lei não dispuser expressa ou tácitamente a respeito poderão prevalecer, na qualificação do prazo, os critérios de discriminação propostos pelos doutôres.

Cabe agora verificar se a lei, no caso dêste estudo, deixou bem caracterizada a natureza do prazo dentro do qual poderia ser proposta a ação, ou, mais clara e concretamente, se a lei regulou o assunto de forma a tornar claro que o prazo fixado para a propositura de ação corre contra os absolutamente incapazes, ou se, ao contrário, fica suspenso durante o tempo de incapacidade absoluta do interessado.

O Capítulo XII do Código do Ar, sob a epígrafe — Das ações e prescrições — contém dois artigos: os arts. 159 e 160. O art. 159

é relativo às ações. A matéria da prescrição está regulada no § 1.º, letras *a*, *b*, *c* e *d*, § 2.º e § 3.º do artigo 159 e no art. 160.

Chama logo a atenção o vigor da norma contida no § 3.º do art. 159 — “Esse prazo ficará, entretanto, definitivamente extinto, a contar de três anos do dano”. Prazo que se extingue, definitivamente, dentro de certo tempo, é prazo que não pode ser dilatado, nem deixar de correr em caso algum.

Mas não antecipemos conclusões. Voltemos à lei. São os seguintes os dispositivos referentes à questão:

Art. 159 (trata das ações).

§ 1.º — O prazo para a propositura de qualquer ação será de dois anos, a contar:

a) nas ações decorrentes de transporte: da data da chegada ou do dia em que a aeronave deveria ter chegado ao seu destino, ou então da interrupção do transporte, ou data da entrega da mercadoria;

b) nas ações de indenização por assistência ou salvamento: da conclusão do serviço;

c) nas ações para a reparação de danos ou execução de garantia: do dia do acidente;

d) das ações de construtores, engenheiros e arquitetos, pela construção, fiscalização e planos de aeronaves, a contar do dia da entrega e aceitação da aeronave, no caso de empreitada, e da sua conclusão, no caso de construção sob administração.

§ 2.º Se o interessado provar que não teve, no prazo de dois anos, conhecimento do dano ou da pessoa responsável, o prazo de prescrição começará a correr do dia em que tiver tido tal conhecimento.

§ 3.º Esse prazo ficará, entretanto, definitivamente extinto, a contar de três anos do dano.

Art. 160 — O transportador aéreo é obrigado a conservar, até o prazo final da prescrição mais dilatada (três anos) as vias respectivas, dos seus documentos de transporte.

A sombra de opiniões, cuja alta e incontestável autoridade impõe o máximo apêço, e reclama tôdas as homenagens, que nós da

noossa parte, não regateamos, sustentam outros autores que o prazo do § 3.º do art. 159 do Código do Ar não é um prazo de *decadência*, com isto querendo significar, não só que, além do prazo de 2 anos concedido no § 1.º, letra *c*, há um prazo suplementar de 3 anos previsto no § 3.º, mas que ambos os prazos estão sujeitos às modificações estabelecidas no Código Civil (suspensão, interrupção, etc.), de sorte que não podiam correr contra êles, que são absolutamente incapazes.

Passemos a examinar os argumentos em que se apóiam êsses juristas:

Eis, em resumo, êsses argumentos:

a) Pelo que consta do art. 159, § 1.º, letra *c*, o prazo para a propositura de qualquer ação será de dois anos, a contar do dia do acidente, nas ações para a reparação de danos. Já, porém, o § 2.º admite um prazo superior a quatro anos quando estabelece que, se o interessado provar que não teve conhecimento, no prazo de dois anos, do dano ou da pessoa responsável, o biênio da prescrição começará a correr do dia em que tiver tido tal conhecimento. Ora, havendo pelo § 2.º um prazo de dois anos a contar do conhecimento do dano ou do responsável desde que se faça prova de que o interessado não teve tal conhecimento no prazo de dois anos, e estabelecendo o § 3.º que o prazo se extingue definitivamente de que, pelo menos, há um prazo de cinco anos, soma do prazo do § 2.º com o prazo do § 3.º;

b) Aliás o § 3.º não diz que o biênio ficará extinto três anos depois do dano e sim “a contar de três anos do dano”.

c) Aberta, pelo § 2.º, a possibilidade de prorrogar-se o prazo do § 1.º, para exercício daquelas ações “conclui-se que a lei aeronáutica não determinou prazo de caducidade” (HUGO LIMA — *Código Brasileiro do Ar*. pg. 300);

d) O prazo do § 3.º não pode ser de *decadência*, isto é, não se verifica a sua definitiva extinção três anos depois do dano, porque tal coisa não poderia acontecer quando o interessado desconhecesse o dano, como, por exemplo, no caso de desaparecimento do avião (isto não seria admissível, se a hipótese fôsse de *decadência*).

São êsses os argumentos que alguns estudiosos apresentam para mostrar que, em face do disposto no Código do Ar Brasileiro, a interpretação mais razoável e defensável é a de que o prazo para a propositura da ação de reparação é de prescrição pròpriamente dita,

prazo portanto, que não corre contra os incapazes a que se refere o art. 5.º do Código Civil, na forma do disposto no art. 169, n.º I do mesmo Código, a despeito do que prescrevem o § 3.º, do art. 159 e art. 160 do Código do Ar. E tanto se entrelaçam tais argumentos que o melhor é examiná-los conjuntamente, fazendo uma apreciação separada apenas do que fôr destacável.

Desde logo precisa ser acentuado que o § 3.º do art. 159 do Código do Ar não diz que o *biênio da prescrição* extingue-se três anos depois do dano, nem tampouco diz que êsse *biênio* se extingue a contar de três anos do dano. O que o § 3.º do art. 159 estabelece é que “Êsse prazo”, o qual não é, evidentemente, senão o “prazo de prescrição” referido no parágrafo anterior, ficará definitivamente extinto, a contar de três anos do dano. Também deve ser imediatamente salientado que tanto vale dizer que *um prazo se extingue três anos depois do dano*, como dizer que *um prazo se extingue a contar de três anos do dano*. Com uma redação ou com outra, o prazo findará no mesmo dia, isto é, três anos após se ter verificado o dano, ou seja, “a contar de três anos do dano”. Contam-se os três anos do dano, ou, mais claramente, a partir do dano. Tudo é a mesma coisa.

Duas observações ainda aqui se impõem: o fato de estabelecer a lei que o prazo, dadas certas condições, começará a correr, não do marco inicial constante da regra geral (dia do acidente, segundo a letra *c* do § 1.º), mas de outro momento (conhecimento do dano ou do responsável, de acôrdo com o § 2.º), não é incompatível com terceira norma que fixe um prazo extinto, fatal, insuscetível de qualquer modificação, prazo êste contado do termo inicial adotado na regra geral (§ 3.º) ou de qualquer outro a que o legislador dê preferência.

A outra observação a fazer é que, se a lei, depois de tratar de várias hipóteses, estabelece um prazo definitivo para a extinção do direito de propositura da ação, é esta a norma que, evidentemente, prevalece e não o disposto para casos especiais, pois, a razão de ser da sua existência, a finalidade e a intenção dessa terceira regra, é, precisamente, esta: erigir um marco final intransponível para todos os prazos anteriormente previstos.

Pelo § 1.º do art. 159, com a letra *a*, o interessado, para propor a ação de reparação do dano, dispõe do prazo de dois anos, a contar do dia do acidente. Se o interessado que, durante o prazo em que devia ter sido proposta a ação, não tivera conhecimento do dano ou de pessoa responsável (são conservadas tanto quanto possível as pró-

prias palavras da lei), “o prazo da prescrição” começará a correr do dia em que êle tiver tido tal conhecimento (é a regra especial do § 2.º). “Êsse prazo” ficará — estatui o § 3.º — *entretanto*, definitivamente extinto a contar de três anos do dano.

Mas que prazo é êsse que acabará definitivamente três anos depois do dano? Evidentemente é o prazo, que está mencionado do § 2.º como “prazo de prescrição”, que não é outro senão o prazo para propositura de qualquer ação”, de que fala o § 1.º.

Vale a pena ter presente o que diz a lei, no tocante à ação de indenização.

Art. 150

§ 1.º O prazo para a propositura de qualquer ação será de dois anos, a contar:

c) nas ações para a reparação do dano ou execução da garantia: do dia do acidente.

§ 2.º Se o interessado provar que não teve, no prazo de dois anos, conhecimento do dano, ou da pessoa responsável, “o prazo de prescrição” começará a correr do dia em que tiver tido tal conhecimento.

§ 3.º Êsse prazo ficará, entretanto, definitivamente extinto, a contar de três anos do dano. Como já vimos e não pode ser questionado, o prazo a que o § 3.º se refere, dizendo “êsses prazos”, é o prazo mencionado no § 2.º com a expressão “prazo de prescrição” o qual significa a mesma coisa que “prazo para a propositura da ação” indicado no § 1.º.

A lei poderia ser reproduzida nos seguintes termos:

Art. 159

§ 1.º O prazo para a propositura da ação será de dois anos, a contar:

c) nas ações para a reparação de danos: do dia do acidente.

§ 2.º Se o interessado provar que não teve no prazo de dois anos, conhecimento do dano, ou da pessoa responsável, “o prazo para a propositura da ação” começará a correr do dia em que tiver tido tal conhecimento.

§ 3.º “O prazo para a propositura da ação” ficará, entretanto, definitivamente extinto, a contar de três anos do dano.

O prazo para a propositura da ação, em regra, começa a correr do dia do acidente (§ 1.º, letra c).

Provado que o interessado não teve nesse prazo conhecimento do dano ou da pessoa responsável, o prazo para a ação correrá a partir do dia em que êle tiver tal conhecimento (§ 2.º). *Entretanto*, mesmo que o interessado tenha conhecimento do dano da pessoa responsável somente dois anos depois ou que não tenha tido ainda conhecimento daquele, o prazo para propor a ação terminará definitivamente três anos depois da data em que houver ocorrido o acidente.

É o que está na lei. No entanto, alegam, os que seguem essa teoria: isso é de todo inadmissível, porque, se o interessado não tiver conhecimento do dano antes do transcurso de dois anos, o prazo de prescrição previsto no § 2.º somente findará quatro anos depois do dia em que o dano houver ocorrido. Não é possível, portanto, considerar-se o prazo do § 3.º como prazo de decadência, pois, sendo êsse prazo de três anos, o tempo de prescrição concedido no § 2.º ultrapassaria aquê-le período. Sendo assim, o remédio é, pelo menos, somar os dois prazos.

O equívoco dessa alegação e conclusão decorre, em parte, da brevidade do prazo estabelecido no § 3.º do art. 159.

Pode admitir-se que teria sido uma solução mais razoável, digamos mesmo mais criteriosa, construir o prazo extintivo do § 3.º com um trato de tempo suficiente para compreender, para cobrir pelo menos o duplo do prazo concedido no § 1.º, à vista, precisamente, do disposto no § 2.º, pois, o préstimo, a finalidade, do § 3.º é exatamente, marcar o período máximo de tempo dentro do qual poderá ser proposta a ação de indenização, afastada, por êsse modo, a possibilidade de maiores prazos que regras anteriores haviam.

O legislador parece ter até querido deixar em relêvo que tal significação não ficava prejudicada com a relativa exiguidade do prazo extinto, quando a reforçou com energia adversativa: “Êsse prazo ficará, entretanto, definitivamente extinto...”.

Mais uma vez é preciso repetir: pela razão de ter sido o termo inicial do prazo deslocado, pelo § 2.º do art. 159 do dia do acidente para o dia do conhecimento do dano ou do responsável, tornando-se

assim impossível, caso na lei nada se dissesse em contrário, a dilação do prazo para a propositura da ação pelo menos até o dôbro, até quatro anos após o dano, disto não resulta necessariamente que o prazo seja de *prescrição*, nem tampouco que se deva deixar de aplicar o prazo de três anos fixados no § 3.º e nem também que o último prazo não possa ser considerado de decadência. Muito pelo contrário: possibilitada pelo § 2.º *prorrogação indeterminada*, do tempo em que devia ser intentada a ação, pelo simples motivo de que o começo do prazo ficou dependente de um fato eventual (no caso a eventualidade é o conhecimento do dano ou do responsável, prevista no § 2.º do art. 159), impunha-se ao legislador estabelecer outra norma, pela qual, dentro do certo prazo se verificaria a extinção do direito de ação (§ 3.º). Êsse prazo, que o legislador previdente, capaz e sábio, não deixaria de fixar, poderia na verdade ser um prazo de prescrição, em vez de ser um prazo de *decadência*, pois, o que importava, em primeiro lugar, não era a natureza dêsse prazo, mas que decorresse a partir, não de um fato possível, mas de um acontecimento certo (por exemplo, do dano, ou do dia do acidente).

Êsse prazo maior, que se tornava necessário como corretivo à incerteza decorrente da exceção aberta no § 2.º do art. 159, segundo a qual o prazo começaria a correr do conhecimento do dano ou do responsável, *fato êste provável, mas incerto*, poderia, como já foi acima observado, ter sido criado com os caracteres de simples prazo de prescrição, sujeito portanto as causas de suspensão e interrupção previstas na lei comum. Tal coisa fizera a Convenção de Roma, cujo modelo diversas legislações aceitaram. Fôrça é, porém, reconhecer que mais lógica, mais razoável, mais técnica se apresentava a outra solução, isto é, a que foi preferida pelo Código Brasileiro do Ar, dar a êsse prazo o efeito de extinguir definitivamente o direito de ação. Depois de admitir a dilação *supra* ou, em alguns casos, passando êle a correr do dia em que o interessado viesse a ter conhecimento do dano ou pessoa responsável, ou seja, de um *fato incerto*, mais razoável, mais compreensível seria a lei dispor que, de qualquer forma, a ação não poderia mais ser intentada depois de um prazo maior a ser contado de um fato certo (*v. g.*, dia do acidente ou do dano), de que instituir outro prazo de prescrição, ainda que maior mas sujeito às causas legais de suspensão e interrupção.

E não foi senão, afinal de contas a melhor solução que o nosso Código do Ar adotou. Pelo disposto nos § 1.º, § 2.º e § 3.º do art. 159, o sistema do Código Brasileiro do Ar é o seguinte:

- a) em regra, para a propositura da ação, no caso de dano, dispõe o interessado do prazo de dois anos, a contar do dia do acidente;
- b) por exceção, provado que, no prazo de dois anos, o interessado não teve conhecimento do dano ou da pessoa responsável, o prazo para a propositura da ação começa a correr do dia em que ele tiver tal conhecimento;
- c) em qualquer caso, porém, o prazo para a propositura da ação terminará definitivamente três anos após o dano.

Será, porventura, essa construção legal uma coisa estranha, bizarra, inédita ao menos nesse assunto de extinção de direito de ação?

No Código Civil alemão, um dos grandes monumentos legislativos de todos os tempos, encontra-se no art. 124, a propósito da ação anulatória de emissão de declaração de vontade, concepção análoga à que nos depara o Código Brasileiro do Ar.

Pelo dispositivo citado do Código germânico (art. 124), é de um ano o prazo para a propositura da ação anulatória nos casos de dolo ou ameaças, contando-se o prazo do momento em que cessar a coação ou em que o interessado descobrir que foi enganado. Para que não houvesse dúvidas a respeito da admissibilidade de suspensão do curso do prazo já referido, foram previstos os casos em que a suspensão poderia ocorrer. E, depois de tudo isso, o mesmo art. 124 concluiu com a regra de que, após o *decurso de trinta anos, a contar da emissão de declaração de vontade, não será mais admitida a ação anulatória*.

Nesse exemplo, a regra é contar-se o prazo do dia em que cessar a coação ou do dia em que o interessado tiver conhecimento da manobra dolosa, mas (*note-se bem*), cesse ou não cesse a coação, descubra ou não o interessado que foi enganado, extinguir-se-á o direito de propor a ação trinta anos após a emissão da declaração de vontade.

O primeiro prazo é de prescrição, ou mais precisamente, é um prazo sujeito a certas causas de suspensão, como aliás, está expressamente estatuído na lei, e o seu termo inicial é um fato incerto, isto

é, um fato que poderá acontecer, ou não (cessação da coação o conhecimento do engano).

O segundo prazo é, reconhecidamente, de decadência e conta-se a partir de um fato certo a emissão de declaração de vontade).

A deslocação do termo inicial do prazo de prescrição da cessação da coação ou conhecimento do dolo, para o momento da emissão de declaração de vontade e a fixação, dentro do mesmo dispositivo legal, de um prazo de decadência cujo decurso teria a força de tolher e paralisar os efeitos do primeiro prazo, não scandalizaram aos juristas, nem mesmo aos que se mostraram sempre ciosos da discriminação entre prescrição e decadência.

Dir-se-á talvez que o prazo de decadência previsto no art. 124 do Código Civil alemão é de trinta anos, enquanto o prazo de que cogita o § 3.º do art. 159 do Código Civil Brasileiro é de três anos apenas. Mas esta diferença carece inteiramente de significação, pois é de ordem puramente quantitativa. Apesar de dispor o art. 124 do Código Civil da Alemanha, inicialmente, que o prazo para a propositura da ação anulatória correrá do dia em que cessar a coação ou do dia em que o interessado descobrir que foi vítima do dolo com que agira o outro contratante, nenhuma ação entretanto terá mais êle para pleitear a anulação trinta anos após a celebração do ato jurídico, ainda mesmo que a coação tenha cessado ou a *descoberta* do dolo se tenha verificado vinte e quatro horas antes de completar o prazo de decadência, isto é, quando malcomeçara a correr o prazo de prescrição anteriormente fixado. Essa aparente contradição surgiria, tanto o prazo fôsse de três, como de dez, vinte ou trinta anos.

Pode considerar-se, como já mais de uma vez se acentuou aqui, a exigüidade do prazo marcado no § 3.º do art. 159 do mesmo Código do Ar como uma imperfeição de ordem técnica. Mas a significação, a finalidade da regra contida naquele dispositivo é, lógicamente, igual à do art. 124 do Código Civil alemão: extinguir definitivamente o direito à propositura da ação, após o decurso do prazo contado a partir de um *fato certo* (no Código Brasileiro do Ar, o acidente ou o dano; no Código Civil alemão, a emissão da declaração de vontade), ainda que não se tenha completado ou mesmo ainda que não se tenha iniciado o prazo de prescrição anteriormente fixado, cujo comêço estaria na dependência de um *fato provável, mas incerto* (no Código Brasileiro do Ar, o conhecimento do dano ou da pessoa responsável; no Código Civil alemão, a cessação de coação ou a descoberta do dolo).

Se o tempo marcado na lei brasileira é exíguo, que se modifique a lei, pois, a inconveniência do curto prazo nela previsto não é motivo para se deixar de aplicá-la.

Alega-se também, que outras legislações, tratando do assunto, estabeleceram meros prazos de prescrição, conforme reconheceram sem divergência os seus comentadores e os tributos que tiveram ocasião de aplicá-las. E isso é indiscutivelmente exato. Mas o que não se explicou, na invocação desses exemplos, é que tais legislações, adotaram integralmente o sistema e as normas da Convenção de Roma, enquanto o nosso Código do Ar, abertamente, dela se afastou ao regular a extinção do direito de ação.

Citam-se leis estrangeiras e opiniões de autores estrangeiros nos estudos de interpretação que a elas dedicaram, mas de leis diferentes da lei brasileira.

Certamente que não devemos procurar o sentido de um preceito no corpo material da lei, no seu esqueleto literal, mas antes no seu pensamento, no sôpro de vida e verdade que emana do seu espírito. Aqui, o sentido da norma constante do art. 159, § 3.º do Código Brasileiro do Ar, que o artigo 160 consagra e renova quando impõe ao transportador a obrigação de conservar a documentação relativa ao transporte somente até o prazo final *da mais dilatada prescrição*, que é de três anos (coisa que seria incompreensível se esse prazo pudesse ficar suspenso ou sofrer interrupção), precisa ser proclamado, sem rodeios e cerimônias, que mais se harmoniza e identifica com o próprio espírito do Código Brasileiro do Ar, a fixação de curto prazo para a definitiva extinção do direito de ação do que a admissão de prazos suscetíveis de prorrogação em virtude das causas de suspensão e interrupção previstas na lei comum.

Não há nada esdrúxulo, não há nenhum despropósito no critério que adotou o legislador brasileiro ao regular, no direito aéreo, a extinção do direito de ação.

Os arts. 159 e 160 do Código do Ar, do Brasil significam tudo o que pretenderam dizer. E nenhuma razão existe para repudiar essa significação, aliás transparente no texto, somente por não coincidir com a das leis de outros povos.

E isso por dois motivos:

Primeiro, porque foi mais sábia a lei brasileira, quando, depois de admitir um prazo de prescrição a *correr de um fato incerto*, estabeleceu, já com termo inicial certo, outro prazo, cujo decurso acarre-

taria a extinção do direito de ação, em vez de acrescentar apenas outro prazo de prescrição que, embora tendo termo inicial certo, ficaria sujeito às possibilidades de dilações em virtude de suspensão ou interrupção.

Segundo, porque mais se coaduna com o espírito de uma lei especial, que tornou obrigatório o seguro e limitou a responsabilidade nas indenizações e que atribuiu curso sumário às ações relativas à navegação aérea, fixar um curto prazo para a extinção do direito de ação do que proporcionar-lhe indefinidas dilatações de tempo.

E a lei brasileira estava tão certa e segura de que não viria a ser interpretada de outra forma e com outro sentido que, depois de declarar definitivamente extinto o prazo para a propositura de ação quando tivesse ocorrido três anos a partir do dano, pois conforme se mostrou acima é isso, afinal de contas, o que estabelece o § 3.º do art. 159 do Código do Ar. Depois disso é preciso não esquecer, dispensou o transportador da obrigação de conservar a documentação relativa ao transporte após o decurso daquele prazo (art. 160), proclamando assim, quando talvez somente o receio exagerado de interpretações tresmalhadas poderia justificar o interesse em reafirmar enérgicamente o pensamento da lei, que, verificando o transcurso do prazo de três anos, não haveria utilidade em guardar papéis a respeito dos quais nenhuma indenização poderia ser mais pleiteada a nenhuma demanda poderia mais ser instaurada.

Enfim, segundo a nossa lei, transcorrido o prazo de três anos a partir do dano, nenhuma ação concernente à aviação poderá mais ser proposta. E a lei, dispondo assim, dispõe com acerto. Se há um certo prazo intelectual em chegar, nos julgamentos, a uma boa solução, aqui, ao contrário do que às vezes acontece, podemos com satisfação dizer: *legem habemus*.

MANDADO DE SEGURANÇA E INTERDITOS POSSESSÓRIOS

(Seu cabimento contra atos da Administração)

JOSÉ DE AGUIAR DIAS
Juiz de Direito no Distrito Federal

Penso (para muitas opiniões respeitáveis, erradamente) que o juiz deve contas aos jurisdicionados, principalmente em país como o nosso, em que a imprensa é dominada pelos grupos de pressão, quando não é, ela própria, uma força de preparo da opinião no interesse dos que a controlam. Contrariados que sejam, apresentam os que têm por destino a proclamação da Verdade como verdadeiros réprobos. Desconhecendo os reais impulsos da fabricação de opinião, dos profissionais do desvio do julgamento popular, não só a massa menos instruída, mas até as elites, sumariamente informadas, entram em desalento sobre a sua Justiça e êsse é o princípio da dissolução social.

N. da R. — Por oportuno, é aqui transcrito officio em que Advogados e Procuradores da Prefeitura levaram ao Juiz AGUIAR DIAS a manifestação de solidariedade ao seu entendimento jurídico e o conforto moral pelas injustas críticas sofridas. “Exmo. Sr. Ministro Aguiar Dias: Respeitosas saudações. No momento em que V. Excia. demonstra a integral independência, que é um dos galardões dos Juizes da nossa terra, sofrendo por essa atitude agressão de um órgão do Poder Executivo — querem os Procuradores e Advogados da Prefeitura do Distrito Federal trazer a V. Excia. a solidariedade mais irrestrita e total, louvando a atitude do Homem e do Magistrado, e, ao mesmo tempo, ratificar o atestado de sua conduta ilibada, de sua honradez intangível, de sua inteligência e cultura invulgares e de seu espírito votado às regras do Direito e aos princípios da Justiça. O voto de pobreza do Magistrado, a bravura e a enorme capacidade de trabalho, são atributos de sua personalidade e que o conceituam como um dos pontífices da nossa magistratura. Sendo esta a convicção sincera do nosso pensamento, subscrevemo-nos com todo aprêgo e consideração. D. F., 2 de agosto de 1957. ass.) Miguel Teixeira, Benedito Barros, Carlos de Laet, Gustavo Philadelpho Azevedo, Voltaire M. de Souza, Rômulo Olivieri, Jósio de Salles, Camilo Mendes Pimentel, Albino de Mesquita Pinheiro, Herberto Dutra, Júlio Pedroso de Lima Neto, Flávio Porto Barroso, Walter Santos, Crescencio Luzzi, Jim Barbosa, A. F. Bueno do Prado e Paulo de Macedo Rego.

A maioria dos juizes, ainda influenciada pela concepção aristocrática de sua função, sustenta que o magistrado só fala nos autos, olímpicamente. Tenho ponto de vista diverso. Entendo que lhe cabe, sempre e sempre, explicar os seus atos, desde que publicamente apreciados. Aquela concepção seria compatível com um sentimento de respeito, em que os órgãos de informação leiga observassem, relativamente às decisões judiciais, a prudente reserva que a probidade profissional é a primeira a aconselhar, deixando à crítica especializada a tarefa de apontar-lhes os desacertos e censurar-lhes os deslizes. Como isso não se dá entre nós, o juiz atacado em sua honra funcional fica em mortificante dilema: ou suporta estôicamente a injustiça e, além dessa mágoa, se expõe a de se ver condenar por má interpretação do seu silêncio, ou se explica, correndo, neste caso, o risco de ser considerado pelos detratores de aluguel como ávido de publicidade, de desprovido do espírito de serenidade, que é virtude essencial do juiz. Sempre optei pelo segundo percalço, convencido de que essa é a sorte do juiz na democracia e porque a serenidade que me preocupo de conservar é a necessária à reta e imparcial distribuição de justiça, não a que resulta em insensibilidade: se o juiz é homem e se é mau homem o que se desfibra, se apavora, se acovarda, esverdeado, ante a calúnia, êsse juiz, pretensamente sereno, que alguns gabam, não é bom juiz, porque não sabe ser homem e a missão do juiz é missão de cabal virilidade.

Tenho visto, com verdadeira inquietação, não por mim, mas pelo Poder Judiciário, aproximar-se, por pavidez dos responsáveis, aproximar-se o dia em que a Magistratura experimente a suprema ignomínia de se converter em quadro hierarquizado, obrigada a disciplina de caserna. Não mais se admitirá o acerto do juiz chamado inferior. Entronizar-se-á, em todo o seu ridículo, a infalibilidade do alto. Não serei juiz em regime como êsse.

Aqui exponho, pois, mais uma vez, as bases de minhas decisões relativas a desembaraço de bens, objeto de campanhas de imprensa e de sugestões de certos funcionários, por necessidade de cortejar, tanto os agentes da opinião publicada, como aquêles de que dependem, em suas precárias posições de instável confiança.

A primeira ponderação a fazer com relação às decisões judiciais sobre desembaraço de bens, é a de que todo e qualquer ato jurídico pode ser viciado pela fraude. Assim, o argumento de que à sombra dessas decisões houve fraude, não prejudica, em nada, a qualidade das

sentenças, senão quando essa fraude tenha sido alegada e demonstrada e o juiz haja transigido com ela.

No que me toca, posso asseverar que só por uma vez sucedeu-me ser denunciada fraude na trazida de bens. Revoguei a medida assim obtida e ordenei inquérito policial para apuração de responsabilidades.

Foi objeto de grande celeuma a admissão das ações possessórias para obtenção de desembaraço de bens.

Os advogados, por preferência técnica, passaram a substituir o mandado de segurança pelos interditos possessórios. A adequação destes à proteção dos direitos de que se cogita foi reconhecida em despacho cuidadosamente elaborado, com citação de autores consagrados e até com insinuações à defesa a opor, insinuações que, diga-se de passagem, não foram percebidas. Veja-se, em leitura honesta, se há violência de interpretação, sofisma ou ignorância de conceitos jurídicos nesta decisão:

“O interdito possessório é o meio mais idôneo para resguardar a lesão à posse do proprietário do que o mandado de segurança (Acórdão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n.º 7.530, à pág. 2.429 do apenso ao *Diário da Justiça*, de 21 de junho de 1945). E com mais garantia, no que tange à prova, para ambas as partes. E é o remédio expressamente previsto no Código de Processo Civil (parte final do parágrafo único do art. 371).

Ouvida a ré, seu ilustre representante oficial falou, nada alegando contra a bondade da prova documental oferecida, não contestando a propriedade ou domínio da autora, nem também alegando ou insinuando sequer falta de idoneidade, moral ou financeira, isto é, a União Federal não *aduziu* — naturalmente para não vir a padecer as sanções de alegação temerária (Código de Processo Civil), art. 3.º, parágrafo único, combinado com o art. 63 e seus parágrafos) — a matéria prevista no art. 372 do Código de Processo Civil, que permite à ré fazer prova de falta de idoneidade financeira da autora, para impedir a medida *initio-litis*. Este, por lei, o único expediente protelatório na execução da medida possessória *initio-litis* deferida,

tanto mais que, por lei e jurisprudência, é irrecorrível o despacho que defere a medida *initio-litis* (acórdão à pág. 1.614 do apenso ao *Diário de Justiça*, de 9 de setembro de 1946).

A posse não se confunde com o domínio, é sua exteriorização. Com a apreensão, perde o dono a faculdade do gôzo; perde então, o proprietário, senão a posse, pelo menos o direito à posse, que é o elemento ou efeito essencial à subsistência da propriedade entre os múltiplos efeitos da propriedade, assinalam os doutôres... “Tra queste effetti essenziali se non il possesso, il diritto ao possesso, che si estrinseca nella rivendicabilità della cosa” (Professor GINO SOGRÉ, *Corso di Diritto Romano*, Turim, pág. 37). Se o patrono oficial pretendeu distinguir entre *gôzo* e *exercício* de direito (sustentou que o obstáculo ao desembaraço não constitui lesão à posse, mas sim ao exercício, condicionado em limites legais) usou de uma sutileza ineficaz, pois que tal distinção não exclui a violência à posse e o clássico Professor GIOVANNI LOMONACO (pag. 273 de *Della distinzione dei beni nel possesso*, edição de 1922), mostrou que isso nada mais será do que uma sutileza, sem valia jurídica. Para evitar dúvida, reitero que o presente despacho é dado atendendo à produção de ampla prova documental, não impugnada, o que tudo satisfaz para os fins de deferimento da medida possessória, estando demonstrado a propositura, o desapossamento e a sem-razão de ser para a permanência da violência”.

E' possível divergir dessa opinião. Venham, porém, os censores com argumentos e, por melhores que pareçam, admitam a liberdade de decidir do juiz, o que exclui a pecha, que desde logo se lhe atira, de protetor de criminosos.

Se os insultos inflaram até à calúnia, não se pode dizer que os argumentos tenham aparecido. Um deles, mofino a valer, consistiu em advertir que o juiz citara autores estrangeiros, cuja lição era inadequada ao caso em exame, por falta de pertinentes fontes de citação nacional. Ora, o fato de citar autor estrangeiro não é em si censurável. E a alegação de que os autores nacionais não conspiravam na opinião do juiz era — perdão para a rudeza, mas a Verdade tem

sua exigências — rematada falsidade, como se verá a seguir. Eis o que diz CARVALHO SANTOS, à pág. 122 do 7.º volume de sua consagrada obra principal:

“Em rigor, não há violação da posse, nem com o caráter de turbação, nem com o de esbulho, se o Estado age no exercício *ratione imperii*, como faz notar, com segurança de Mestre, o notável MORTARA.

A autoridade administrativa, que perturba a posse do indivíduo quando tem a faculdade de turbá-la, opera dentro dos limites do direito objetivo; não pode ser invocada contra essa faculdade e exercício da função judiciária, porque a lei não foi violada, não tendo o particular a legítima faculdade ou direito de exigir que a administração se abstenha de um ato que êle reputa prejudicial, quando a ela é reconhecido o poder discricionário de praticá-lo.

O que o Juiz deve averiguar preliminarmente é se o ato podia ser liberado e executado pelos órgãos da Administração em virtude das faculdades que a lei lhe atribui. Resolvida no sentido afirmativo essa questão, que constitui uma preliminar, a questão da turbação está por seu turno resolvida, porque não será lícito falar em violação de posse privada em frente de um ato que representa manifestação legítima do poder público. A defesa da posse funda-se na presunção da ilegalidade concomitante ao ato turbativo. O proprietário não pode esbulhar, por si próprio, o detentor abusivo de suas coisas. Mas um órgão administrativo pode, em certos casos, perturbar o particular na posse da sua propriedade, seja a que título fôr. Donde a conclusão: se sempre se dá a ação de esbulho contra o proprietário que age com violência ou clandestinamente, não se pode dá-la contra a autoridade administrativa que age num caso em que é autorizada a agir, isto é, em que é autorizada a molestar a posse de outrem.

No direito privado não se encontraria melhor comparação de que nos fornece o caso do possuidor consentir na turbação. Em tal hipótese lhe é negada a ação possessória. Na espécie examinada, não é o possuidor que consente

mas é a lei que autoriza. Em substância os termos da questão são os mesmos e a solução não pode mudar.

Se a administração, pois, age dentro da esfera de seus poderes discricionários, não podem ter lugar os interditos precisamente porque desaparece a turbação de posse ou esbulho.

Sòmente quando o ato administrativo é ilegítimo, ou contra a lei, podem os interditos ser intentados, porque aí subsistem os fundamentos jurídicos dêles (MORTARA *cit.* vol. I, n. 192 e seguintes).

TITO FULGÊNCIO chega mesmo a sustentar que tôda a vez que a União, ou o Estado, com excesso de verdadeiros limites de seu *imperium*, atentar contra a posse dos direitos individuais confundidos no exercício com coisas materiais ou contra a posse de coisas materiais por ilegalidade e abuso do poder, indubitável é caberem remédios possessórios contra atos administrativos” (*ob. cit.* n. 119).

Em se tratando de atos exercidos *jure gestionis*, entretanto, são admissíveis as ações possessórias. Por isso que não tendo aí os órgãos administrativos poderes discricionários que o habilitem a agir, ainda que com dano dos interesses privados, e se êles ofendem a posse de outrem incidem na presunção geral de ilegitimidade, ou melhor — sob a geral proibição de modificar por arbítrio próprio e sem intervenção da justiça a ordem jurídica patrimonial estabelecida na sociedade civil (Cfr. MORTARA, *cit.* n. 194).

O que é essencial, depois disso, para que se possa compreender bem a doutrina geralmente aceita, é conhecer qual a distinção entre ato de império e ato de gestão. Pois, de outra forma, não se ficará sabendo quando será possível intentar qualquer ação possessória, continuando como dantes, precisamente por se ignorar quando é que um ato pode ser considerado como exercício *jure gestionis*.

Em poucas palavras se pode conceituar um ato de império, como sendo aquêle que é motivado pelo interesse público. E' aquêle que é exercido pelos órgãos administrativos do Estado usando das faculdades que lhes são conferidas de promulgar leis e promover por todos os meios o

bem-estar público e as suas necessidades, limitando ao mesmo passo, a liberdade individual nas suas múltiplas manifestações em benefício da saúde, segurança, ordem e moral públicas.

O interesse público sobreleva o particular e justifica assim que com o ato de império possa a Administração impedir que alguém faça uso nocivo de sua propriedade e com êle prejudique os direitos da comunhão.

Nesse sentido justifica o ato da Administração que manda demolir uma casa que ameaça desabamento, com risco de vida dos transeuntes, que ordena sejam mortos os animais empestados, que sejam inutilizados os mantimentos deteriorados, como, por exemplo, o xarque, a manteiga, etc., que manda desinfetar as habitações como medidas preventivas de alguma moléstia epidêmica. Não se podendo em casos tais tentar nenhuma ação possessória, pelos motivos já explicados acima.

Mas o exercício dêsse *imperium* já não é arbitrário, no regime adotado pelos povos policiados. Ao contrário, é regrado, é limitado segundo preceitos legais, para poder ser havido como legítimo. Só é legítimo, pois, o exercício do *jure imperii* dentro das determinações legais, por êle mesmo traçadas para maior garantia dos cidadãos. Essas limitações se efetivam mediante os trâmites que as leis estabelecem, ficando subordinadas ao exame dos órgãos do Poder Público competentes para em cada caso, apreciar a hipótese.

O Tribunal de São Paulo, aplicando êstes princípios, decidiu que “à polícia não compete realizar à força o fechamento de cocheiras ou estábulos, quando a conservação dêstes infringir o Código Sanitário. Isso porque os órgãos da Administração não têm faculdade de julgar, e o contencioso administrativo foi abolido. O meio hábil teria sido o uso, pela Administração, do remédio específico da ação co-
minatória, de acôrdo com o estatuído no Cód. de Processo, quando determina que compete esta ação ao Estado e ao Município para pedir a interdição de prédios e em geral a cessação de uso nocivo da propriedade, quando o exijam a saúde ou a segurança públicas. Não ocorre, portanto, o

gravame de que se queixa a Agravante, quando alega que julgar-se procedente a ação equivale a embaraçar o exercício do poder de polícia. O Poder Judiciário apenas constrange a Administração a usar, para consecução de seus fins, dos meios legais, pelos quais o direito concilia aquê-
le poder de polícia com a proteção devida à propriedade (Ac. de 16 de março de 1932, na *Rev. dos Tribunais*, vol. 82, pg. 289).

Essa é a verdadeira doutrina que traduz as últimas conquistas do direito sobre a matéria do poder de polícia ou atos de império (Cfr. FREUND, *The Police Power*, § 18).

A nossa jurisprudência está ainda vacilante sobre êsse ponto, bastando lembrar estas decisões:

a) não são admissíveis interditos possessórios contra atos da administração pública, no legítimo exercício de sua faculdade de polícia para suspendê-los e anulá-los (*Revista de Direito*, vol. 39, pg. 576; *Revista do Supremo Tribunal*, vol. 32, pg. 75);

b) não são admissíveis para anular atos e decisões do poder público arguidos de inconstitucionais (*Revista do Supremo Tribunal*, vol. XLIV, pg. 79);

c) são admissíveis contra atos da administração pública desde que evidentemente violentos e ilegais (*Revista do Supremo Tribunal*, vol. 28, pg. 307; *Revista Forense*, vol. 46, pag. 67);

d) os atos de administração pública dirigidos contra pessoas e coisas determinadas estão sujeitos à censura dos Tribunais, mesmo por meio de interditos possessório (*Revista dos Tribunais*, vol. 29, pg. 413);

e) os interditos proibitórios podem ser invocados contra atos de poder público, mas o podem unicamente quando tais atos revistam o caráter de abuso e visem, diretamente ofender a propriedade ou a posse de particular (*Revista dos Tribunais*, vol. 30, pg. 360).

PONTES DE MIRANDA, indêbitamente citado, assim como CARVALHO SANTOS, como adversário da ação possessória no terreno da liberação de bens, assim se pronuncia:

“Os atos de incursão estatal na esfera jurídica das pessoas, tais como as penhoras, os seqüestros, os arestos, as buscas-e-apreensão pela Justiça ou pela polícia, não são atentados à posse (sobre essas, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, 15 de agosto de 1940, *Rev. For.*, 87, 689).

O arresto, o seqüestro, a penhora e qualquer outra medida constritiva que atinja a posse, restringe a posse de arrestado, de seqüestrado, ou de executado, e cria outra posse (imediate) ou talvez intercale outra posse, ou crie outra e a intercalar; mas tal restrição e tal criação resultam da legítima incursão do Estado na esfera jurídica dos sujeitos de direito, — desde que o seja na medida em que tais sujeitos estão subordinados, por lei, a sofrer a incursão estatal”.

Desde que o seja na medida em que tais sujeitos estão subordinados, por lei a sofrer a incursão estatal, condição realçada por PONTES DE MIRANDA, mas improbidamente omitida, é tudo quanto se faz necessário para mostrar que o insigne Jurista pátrio não sufraga o ponto de vista dos nossos censores.

Onde êstes entendem *quaisquer*, o sábio diz *os que sejam legítimos*.

Admitamos para argumentar que os atos judicialmente apreciados sejam todos de império e legítimos e, assim, incensuráveis na via possessória.

Isto porém, se deve dizer em sentença e não através da eliminação da medida necessária, acolhida em nosso estatuto processual

Até porque ficam sob capa de atos de império, de exercício de poder de polícia e de legitimidade todos e quaisquer abusos pela autoridade e até por agentes seus categorizados da Administração.

CLÓVIS BEVILÁQUA — basta declinar-lhe o nome quando se discute entre Juristas que primeiro argumentam e depois decidem, em lugar de primeiro decidirem, para depois argumentar — escreveu: “Em princípio, os atos da Administração, por isso mesmo que ofensivos de direitos pessoais, não se consideram turbação da posse, escapam ao círculo de idéias que se explanam neste livro. Contra êles defendem-se os ofendidos com o mandado de segurança e com o remédio que lhe oferecem a Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894,

art. 13, e Lei n.º 1.939, de 28 de agosto de 1908. *Todavia, se o ato da Administração Pública toma a forma de violência direta contra os bens corpóreos de uma pessoa, êsse ato é manifestamente inconstitucional ou ilegal, mas não é o mandado de segurança que defenderá a posse, pois, embora a lei o defina em termos amplos, êle foi criado para a defesa de direitos pessoais. No caso de violência iminente ou atual, contra bens corpóreos, o remédio será a ação do preceito cominatório ou de manutenção*” (Transcrição fiel de trecho que se encontra a páginas 64-65 da obra *Direito das Coisas*, vol. 1.º, 4.ª edição).

ASTOLFO RESENDE, que foi exímio também no escrever sobre a posse, ensinou:

“Se o Estado, por qualquer de seus órgãos ou representantes, pratica ato material para o qual não está legalmente autorizado, e com êsse ato usurpa ou perturba a posse de um indivíduo, pode êste, indubitavelmente, usar da ação de esbulho ou de manutenção de posse, para repelir a violência”.

“Quando o juiz expede mandado de manutenção de posse contra o govêrno, êle não anula ato administrativo, lesivo do direito individual: protege o direito de propriedade, obsta a violência material e defende o indivíduo contra um ato ilícito, contra um atentado ao direito de propriedade.

A manutenção está para a defesa da posse das coisas corpóreas como o *habeas-corpus* para a defesa da liberdade individual. Se um ato administrativo pode ser entravado em seus efeitos por uma ordem judicial, quando atenta contra a liberdade individual, por igual razão o pode quando atenta contra a propriedade ou contra a sua manifestação visível, que é a posse” (*Da posse*, pg. 182).

Não seria relevante observar que ao tempo em que ASTOLFO RESENDE assim dissertou não havia o mandado de segurança, pois, então, ao lado da possessória, existia a ação sumária especial, em relação idêntica à que hoje ocupa o mandado de segurança (Ver ASTOLFO RESENDE, *ob. cit.*, pg. 181).

TITO FULGÊNCIO, sábio e virtuoso Mestre que jamais poderia ser acusado de favorecer especuladores, a seu turno dizia:

“O Estado, para desempenhar a sua tarefa, faz também uso do seu direito soberano sobre o país e seus habitantes; exige certas prestações; ordena certos atos e limita, por proibições, a liberdade de ação dos súditos.

Mas esse *imperium* não é, no Estado moderno civilizado, um poder arbitrário, é regrado segundo máximas jurídicas. . .

Assim que, toda a vez que a União ou o Estado, com excesso dos verdadeiros limites do seu *imperium*, atentar contra a posse dos direitos individuais, confundidos no exercício com coisas materiais, por ilegalidade e abuso de poder, indubitável é caberem remédios possessórios contra atos administrativos” (*Da posse e das ações possessórias*, pg. 107).

CASTRO NUNES, salientando o parentesco e a distinção entre o mandado de segurança e o interdito, reproduz o que a respeito dizia CARVALHO MOURÃO: “Sempre tenho sustentado que o mandado de segurança, na realidade, é um interdito possessório, mas reveste o aspecto de um interdito, em sentido geral, como os concedia o pretor romano, que os utilizava protegendo certos direitos dos cidadãos, sob a fórmula *vim fieri veto*. São desta natureza os *writs* do direito anglo-saxônico, a que fêz referência o Senhor Ministro CARLOS MAXIMILIANO: “Os *writs* do direito inglês e norte-americano são fórmulas de interdito, no sentido lato, processos rápidos, sumaríssimos, de plano, pelos quais se protegem, com uma ordem do Tribunal, certos e determinados direitos contra a violência ou a arbitrariedade (*Do Mandado de Segurança*, pág. 65).

Uma certa corrente de opinião sustentou e sustenta que as possessórias são inidôneas para obter liberação de bens apreendidos porque o remédio próprio a esse fim é o mandado de segurança.

A asserção parte da idéia, rotundamente errada, de que a adequação de determinado remédio processual à proteção de certo direito exclui o uso de outro remédio; em outras palavras, de que não podem haver, simultaneamente, vários instrumentos judiciais para a defesa do direito. Recorde-se a razão da regra “*Electa una via non datur recursus ad alteram*”. Se, eleita uma via (processual) não se pode usar outra, isso quer dizer, sem qualquer dúvida, que ao interessado é dado escolher, optar, eleger; e não é possível conjugar nenhum

desse verbos sem a existência simultânea de várias ações. Estivesse certo, pois, a doutrina e aquela regra deixaria de ter objeto: onde há exclusividade, não pode haver escolha.

Essa maneira de ver encerra chocante contradição do parecer. Se reconhece que o mandado de segurança é o remédio próprio e idôneo para o caso, não pode, sem acintoso desprêso à lógica, recusar aos interditos igual adequação.

Com efeito, quais são os pressupostos do mandado de segurança? Estão no § 24 do art. 141 da Constituição:

“§ 24 — Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas-corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

Ora, onde caiba mandado de segurança, isto é, onde exista direito líquido e certo, violado ou ameaçado de violação por ato da autoridade (qualquer autoridade) e onde esse direito diga respeito à posse, porque, em nome de Deus e da Lógica, não caberá ação possessória? Não é o mandado de segurança, no tocante à constituição de condições para o seu cabimento, muito mais exigente do que a possessória? De minha parte, como estudioso, eu digo, sem receio de qualquer contestação de jurista digno desse nome, precisamente o contrário: onde não caiba ação possessória, para a defesa de posse, também não cabe mandado de segurança.

Asseverar, illogicamente, que uma hipótese comporta mandado de segurança e não comporta possessória é o mesmo que dizer que o credor de uma nota promissória, por ter à mão a ação executiva, meio processual específico para a sua cobrança, não pode optar pela ação ordinária, propiciando ao devedor defesa muito mais ampla do que a permitida pelo rito especial. Nem se alegue que a impropriedade se relaciona com a índole dos atos da administração. Há que examinar, caso a caso, a queixa do particular, rejeitá-la quando o ato administrativo couber na esfera em que é lícita a incursão estatal; e dar-lhe, agasalho quando exorbite a Administração, qualquer que seja o rótulo que dê ao seu ato. Lícito êste, não cabe possessória, como também não cabe o mandado de segurança. Abusivo, enseja o *writ* e enseja, se a violência fira direito possessório, o interdito de manutenção ou de recuperação, conforme o caso.

Aí está a fundamentação de um modo de julgar. A êle, até agora, só se tem oposto a injúria e a calúnia. Mas, pensando bem, essa é mais um sinal do seu acêrto. Com efeito, para que insultar e difamar, se houvesse argumento?

OS DIREITOS, DEVERES E PODERES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

HELY LOPES MEIRELLES
Juiz de Direito em São Carlos (SP)

1. A *Administração Pública* — 2. *Os direitos e deveres do administrador público*: a) *Direito ao exercício da autoridade*; b) *Direito-dever de agir*; c) *Dever de prestar contas* — 3. *Os poderes do administrador públicos*: a) *Poder vinculado*; b) *Poder discricionário*; c) *Poder hierárquico*; d) *Poder disciplinar*; e) *Poder regulamentar*; f) *Poder de polícia* — 4. *O uso e o abuso do poder*.

1. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — Em sentido lato, administrar é gerir interêsse, segundo a lei, a moral e a finalidade dos bens entregues à guarda e conservação alheias. Se os bens e interêses geridos são individuais, temos a administração particular; se da coletividade, temos a administração pública. *Administração pública, portanto, é a gestão de bens e interêses da comunidade, segundo os preceitos do direito e da moral, com o fim de realizar o bem-comum.*

Para a consecução dos fins administrativos o administrador público dispõe de *direitos*, é incumbido de *deveres* e é investido de *poderes* consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são cometidos. Vejamos, em síntese, quais são êsses direitos, deveres e poderes, apreciando-lhes a natureza, fundamentos, destinação e limites.

2. OS DIREITOS E DEVERES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO — Os direitos e deveres do administrador público são os ex-

N. da R. — O Dr. HELY LOPES MEIRELLES, Magistrado no Estado de São Paulo e já renomado municipalista, vem de publicar seu *Direito Municipal*, em dois volumes, onde aborda com mestria todos os problemas ligados à unidade menor do regime federativo brasileiro.