





N3-41

Revista  
da  
Faculdade de Direito

# FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## DIRETOR

DR. ALVINO FERREIRA LIMA

## VICE-DIRETOR

DR. LUÍS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA

## CONSELHO TÉCNICO ADMINISTRATIVO

DR. GABRIEL DE REZENDE FILHO, até 19-11-57  
DR. JORGE AMERICANO, até 24-10-57  
DR. ERNESTO DE MORAIS LEME, até 23-10-57  
DR. BASILEU GARCIA  
DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA  
DR. MIGUEL REALE  
DR. LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, desde 28-10-57  
DR. SYLVIO MARCONDES MACHADO, desde 28-10-57

## PROFESSORES HONORÁRIOS

RUI BARBOSA (1849-1923)  
CLOVIS BEVILAQUA (1869-1944)

## PROFESSORES EMÉRITOS

DR. FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO (1868-1948)  
DR. JOSÉ ULIPIANO PINTO DE SOUSA (1869-1957)  
DR. REINALDO PORCHAT (1868-1953)  
DR. JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861-1943)  
DR. CANDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA (1870-1942)  
DR. JOSÉ MANOEL DE AZEVEDO MARQUES (1865-1943)  
DR. ANTÔNIO SAMPAIO DÓRIA  
DR. JOSÉ JOAQUIM CARDOSO DE MELO NETO  
DR. WALDEMAR MARTINS FERREIRA

## PROFESSORES CATEDRÁTICOS

DR. BRAZ DE SOUSA ARRUDA, de Direito Internacional público  
DR. VICENTE RÃO, de Direito Civil  
DR. MÁRIO MASAGÃO, de direito administrativo  
DR. JORGE AMERICANO, de direito civil  
DR. ERNESTO DE MORAIS LEME, de direito comercial  
DR. HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO, de direito comercial  
DR. ALEXANDRE CORREIA, de direito romano  
DR. LINO DE MORAIS LEME, de direito civil  
DR. NOÉ AZEVEDO, de direito penal  
DR. JOSÉ SOARES DE MELO, de direito penal  
DR. ANTÔNIO FERREIRA CESARINO JÚNIOR, de legislação social  
DR. ALVINO FERREIRA LIMA, de direito civil  
DR. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, de direito judiciário penal  
DR. BASILEU GARCIA, de direito penal  
DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA, de teoria geral do estado  
DR. MIGUEL REALE, de filosofia do direito  
DR. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO, de ciência das finanças  
DR. ANTÔNIO FERREIRA DE ALMEIDA JÚNIOR, de medicina legal  
DR. CANDIDO MOTA FILHO, de direito constitucional  
DR. LUÍS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA, de direito internacional privado  
DR. LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, de direito judiciário civil  
DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR, de introdução à ciência do direito  
DR. JOSÉ PINTO ANTUNES, de economia política  
DR. SYLVIO MARCONDES MACHADO, de direito comercial

## DOCENTES LIVRES

- DR. VICENTE DE PAULO V. DE AZEVEDO, de direito judiciário penal  
DR. JOÃO DE DEUS CARDOSO DE MELO, de direito judiciário penal  
DR. JOSÉ DALMO FAIRBANKS BELFORT DE MATOS, de direito internacional público.  
DR. GENÉSIO DE ALMEIDA MOURA, de direito público e constitucional  
DR. FRANCISCO OSCAR PENTEADO STEVENSON, de direito penal  
DR. PERCIVAL DE OLIVEIRA, de direito penal  
DR. JOSÉ ANTÔNIO DE ALMEIDA AMAZONAS, de direito judiciário civil  
DR. OTÁVIO MOREIRA GUILMARÃES, de direito civil  
DR. HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO, de medicina legal  
DR. ALFREDO BUZALD, de direito judiciário civil  
DR. FLÁVIO QUEIROZ DE MORAIS, de direito penal  
DR. PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, de direito civil  
DR. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ, de direito penal  
DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREIA, de direito romano  
DR. ODILON DE ARAÚJO GRELLET, de direito constitucional e de economia política  
DR. JOSÉ LOUREIRO JÚNIOR, de direito constitucional  
DR. NICOLAU NAZO, de direito internacional privado  
DR. MOACIR AMARAL SANTOS, de direito judiciário civil  
DR. JOSÉ FREDERICO MARQUES, de direito judiciário penal  
DR. ALBERTO M. ROCHA BARROS, de introdução à ciência do direito  
DR. VICENTE MAROTA RANGEL, de direito internacional público.  
DR. DIMAS DE OLIVEIRA CESAR, de direito civil  
DR. JOSÉ LUÍS DE ALMEIDA NOGUEIRA PÓRTO, de economia política  
DR. ROBERTO PINTO DE SOUSA, de economia política  
DR. CAIO PRADO JÚNIOR, de economia política  
DR. RENATO CIRELL CZERNA, de filosofia do direito  
DR. SÍLVIO RODRIGUES, de direito civil  
DR. JOSÉ GLÁUCIO VEICA, de economia política  
DR. OSCAR BARRETO FILHO, de direito comercial  
DR. FILOMENO JOAQUIM DA COSTA, de direito comercial  
DR. JOÃO BERNARDINO GARCIA GONZAGA, de direito penal  
DR. FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA, de direito administrativo  
DR. JOÃO PAULO DE ALMEIDA MAGALHÃES, de economia política

## SECRETÁRIO

SR. FLÁVIO MENDES.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA  
da  
Faculdade de Direito

EM HOMENAGEM AO CENTENÁRIO  
DE NASCIMENTO DO ILUSTRE MESTRE QUE FOI  
MANUEL PACHECO PRATES.

1957

VOLUME LII



## COMISSÃO DE REDAÇÃO

### PROFESSORES:

DR. BASILEU GARCIA

DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA

DR. MIGUEL REALE

### SECRETÁRIO DE REDAÇÃO:

MARIA ANGÉLICA REBELLO

O PRESENTE FASCÍCULO DA REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO FOI MANDADO PUBLICAR PELA CONGREGAÇÃO DE SEUS PROFESSORES, EM HOMENAGEM AO CENTENÁRIO DE NASCIMENTO DO ILUSTRE MESTRE QUE FOI MANUEL PACHECO PRATES.



1957

SÃO PAULO



## *HOMENAGEM*

# Comemoração do centenário de nascimento do Prof. Pacheco Prates\*.

*Vicente Ráo*

Catedrático de Direito Civil na Faculdade  
de Direito da Universidade de São Paulo.

Há cem anos, exatamente a 16 de Junho de 1856, em Sant'Ana do Livramento, na então província de São Pedro do Rio Grande do Sul, nasceu Manuel Pacheco Prates. Não nasceu entre riquezas, nem em berço doirado se creou, que filho de pai alcáide não era, mas de gente honrada e boa que seu braço armara com a dureza de seu trabalho e a nobreza de suas virtudes. Nos misteres rudes do campo, penando de sol a sol, sua vida se iniciou e por longo tempo decorreu, pois só aos dezoito anos conseguiu aprender as primeiras letras, sem que sua pobreza lhe permitisse, antes dos vinte e quatro anos de idade, prestar os exames de habilitação para a vida universitária, que havia de ser, até a morte, tôda a sua vida.

Feliz e abençoado comêço, do qual soube auferir o sentido profundamente humano e bondoso, que foi o traço dominante de sua personalidade forte, forjada e temperada no fôgo da luta pela vida.

Nêle, a ponto tal os dons do espirito e do afeto se ajuntavam e fundiam que, se da labuta do campo passou para o labor do intellecto, não cedeu, tão só, à fôrça de sua intelligência, senão, também, aos impulsos de seu coração,

---

(\*) Discurso proferido em sessão solene da Congregação ao comemorar o centenário de nascimento do Prof. Pacheco Prates.

para fazer da creatura que viria a ser a santa companheira de seus dias felizes ou infelizes, de suas alegrias e de seus sofrimentos, não a esposa de um campônio, mas a esposa de um *bacharel*, como êle próprio costumava dizer, quando aos íntimos narrava êste belo episódio de sua vida. Tão belo e, a um tempo só, tão marcante, que aponta a linha mestra de sua inteira existência, qual seja, a unidade indissolúvel e harmoniosa, que ela ostenta, entre os feitos da vida e os fastos da inteligência, entre o moço que trabalhava no campo seguindo a sorte da mais humilde gente e o mestre que nos cenáculos das letras jurídicas pontificava, ensinando ser o direito, antes de tudo, a ciência e a arte do bom e do justo.

Erraria gravemente o biógrafo que tentasse separar êstes aspectos daqueles, ao traçar o perfil de tão emocionante figura.

COM VINTE e seis anos de idade, aqui veio terminar seus preparatórios e matricular-se, a 31 de Março de 1882, no primeiro ano de nossa Faculdade, onde se formou e recebeu grau a 17 de Março de 1886, após, haver cursado apenas o quarto ano na Escola do Recife.

Logo em seguida, voltou ao seu Estado onde exerceu diversas funções públicas. Foi Promotor de Justiça, Juiz Secional Substituto, Diretor Geral da Instrução Pública, mas só conseguiu realizar sua aspiração suprema, que sua verdadeira vocação representava, ao ser, em 1900, nomeado lente catedrático de Direito Romano na Faculdade de Direito de Porto Alegre, cargo que brilhantemente exerceu durante cerca de onze anos, até ser transferido para esta Faculdade a 19 de Abril de 1911 a título de Professor Extraordinário Efetivo, para assumir, afinal, a 16 de Outubro de 1912, a cátedra de Direito Civil, que tanto honrou, ilustrando-a.

Aos setenta e oito anos, completados em fins de 1934, houve de se aposentar. Do ensino do direito fizera um



Prof. Manuel Pacheco Prates

apostolado. Do professorado, uma missão espiritual. Gerações várias, em suas límpidas lições se formaram. Em sua bondade sem limites, sempre encontraram achêgo e nela aprenderam a amar e a compreender os homens. E quando, missão cumprida, nos deixou, aos seus voltou e à sua terra, para o repouso final que bem e justamente merecera.

TAL NA VIDA, tal na cátedra êle sempre foi. Simples, singelo, claro, era seu modo de viver. Simples, singelas, claras, claríssimas, haviam de ser, conseqüentemente, as suas preleções que, de tão cristalinas, logravam apresentar em têrmos a todos acessíveis, as mais árduas questões e soluções jurídicas.

Conta-se que o professor Herculano de Freitas, homem público e mestre de direito, espírito brilhante e *frondeur* que manejava com igual mestria o bom humor ou o sarcasmo, certa feita lhe disse: *“Prates, tua clareza arruína o nosso prestígio. Quando nós explicávamos a teoria da posse e não nos compreendiam, éramos tidos como sábios. Agora, com as tuas preleções, não há caloiro que não saiba o que é a posse e se continuares nesse tom, breve aparecerá quem duvide da profundidade de nossa sabença.”*

DE UMA COLETÂNEA parcial de suas aulas, extrairêi alguns tópicos para demonstrar o quanto eram transparentes, diáfanas, as suas lições.

Assim, ao explicar a distinção entre direitos reais e direitos obrigacionais, Prates iniciava sua preleção nestes precisos têrmos:

“os direitos patrimoniais conferem, ao respectivo  
“titular, poderes de duas ordens: — primeiro, o  
“titular exerce o seu poder direto sôbre o objeto,  
“independentemente da intervenção de outrem;  
“segundo, o titular exerce o seu poder, direta-  
“mente, sôbre pessoa certa e determinada, que se  
“obrigou a *dar, fazer, ou não fazer* alguma cousa.

“No primeiro caso, o direito tem por objeto imediato coisa corpórea, da qual o respectivo titular retira as vantagens contidas no seu direito. No segundo caso, o direito tem por objeto direto um ato ou fato de pessoa determinada, que se obriga para com o titular. Elucidam o assunto dois exemplos: (1.º) — Pedro tem o direito de propriedade sobre uma coisa corpórea.

“Este direito lhe confere os poderes de usar da coisa e de retirar-lhe todas as vantagens e utilidades, que ela é suscetível de fornecer, sem que seja necessária a intervenção de outra pessoa, além do titular do direito. (2.º) — Pedro empresta a Paulo a importância de um conto de reis. Por força deste ato, formou-se, a favor de Pedro, contra Paulo, um vínculo de direito pelo qual este se obriga a entregar àquele a importância que lhe fôra, emprestada. Pedro, querendo exercer o seu direito, deverá compelir o devedor a efetuar o pagamento da importância a que se obrigara. O objeto imediato do direito de Pedro é o ato que Paulo deve praticar e não a importância, porque esta só poderá ser recebida, mediante o ato de Paulo. Os direitos da primeira espécie denominam-se direitos reais, *jus in re*, porque recaem diretamente sobre coisa corpórea. Nos direitos da segunda espécie, descobre a análise uma natureza pessoal, porque o seu exercício depende do ato ou fato de outra pessoa, além do respectivo titular. Como estes direitos geram de relações obrigacionais, denominam-se, mais propriamente, direitos obrigacionais”.

Não direi *qualquer estudante de direito*, — direi, antes, qualquer leigo e até mesmo um simples colegial entenderia essa explicação, que não é tão elementar quanto parece,

pois contém noção dos direitos reais e dos direitos obrigacionais, com a indicação de seus elementos constitutivos e o modo de seu exercício e de seu desenvolvimento. E depois de haver, assim, enunciado essas noções básicas, o Mestre claro, — e por todos os títulos preclaro —, ia avançando passo a passo, de grau em grau, até penetrar nos aspectos mais áridos e profundos da matéria, mantendo, sempre, a mesma linguagem desanuviada e lúcida, sem que os seus discípulos se dessem conta, sequer, das dificuldades e das sutilezas que dêsse modo êle vinha vencendo e resolvendo, quer tratasse de distinguir os direitos pessoais das obrigações e direitos pessoais outros, ou os direitos obrigacionais dos direitos reais ligados à pessoa de determinado titular, quer cogitasse de qualificar os chamados contratos reais, ou as obrigações que dos direitos reais resultam, ou as diversas espécies de direitos reais, ou o critério, legal ou doutrinário, de sua enumeração e classificação, — enfim, fôssem quais fôssem, por mais intrincadas, as questões que o assunto pudesse envolver.

DE COSTUME, invocava as fontes romanas para indicar a origem dos institutos sôbre os quais dissertasse quando não o fazia para acentuar a evolução de nosso direito, ou demonstrar, pelo contraste, que de inovação se tratava, senão de princípios ou normas peculiares em nosso sistema jurídico.

Romanista notável e excelente conhecedor dos textos, de sua cultura romanística extraia um manancial de ensinamentos, que sabia transmitir aos seus alunos de maneira como quê imperceptível, tão suaves e correntias eram as suas exposições. E seus alunos como filhos considerava, tratava e recebia, com extrema bondade, mesmo fora das aulas, para lhes ministrar, com a mesma indefectível simplicidade, lições complementares, ditando-lhes notas e apontamentos, ou oferecendo livros aos que soubesse serem mais pobres, dádiva que efetuava como quem recebe e não como quem faz um favor.

SEU CORAÇÃO e sua inteligência, amalgamados no calor humano das lutas de sua mocidade, ditaram-lhe as diretrizes de sua concepção do direito, que para êle não era a simples técnica ou mecânica da disciplina social, mas algo mais elevado e superior, fundado na idéia da liberdade e nos demais direitos essenciais das pessoas, inspirado por princípios supremos éticos e sociais, tendendo para o bem de cada um e para o bem de todos, até alcançar os páramos do ideal.

Sua fé no direito, no bom direito, decorria e se ligava à sua Fé em Deus, Fé que lhe iluminou a existência e êle observou, meiga e docemente, no lar, na cátedra, na sociedade, na comunhão de afeto e de espírito dentro da qual vivia e convivía com os seus e com os seus amigos.

Era um direito humano, humanizado e cristão, o direito que êle cultivava e ensinava.

NOSSO COLEGA professor Ernesto Leme, na sentida oração que proferiu, em sessão fúnebre de 25 de Julho de 1938, comemorando e reverenciando o Mestre, que naquele ano falecera, lembrou que Manuel Pacheco Prates, ainda segundo anista de direito, em 1883, assim escrevia sôbre a Revolução Riograndense:

“O movimento republicano não partiu de um  
“só individuo, nem de uma classe privilegiada,  
“nem tampouco foi a atividade riograndense esti-  
“mulada por agentes externos, foi a própria cons-  
“ciência do povo formada por antecedentes his-  
“tóricos que, compreendendo o grande problema  
“procurou solvê-lo pela ação expontânea de suas  
“fôrças materiais e intelectuais livremente consor-  
“ciadas. Os revolucionários daquela heróica cru-  
“zada não foram guiados unicamente pela von-  
“tade de um chefe poderoso nem pela ambição  
“de um grupo, pois que Bento Gonçalves e seus

“dignos companheiros foram arremessados à  
“frente da revolução pela onda dos acontecimen-  
“tos. Mas, a idéia republicana, embora sufoca-  
“da pelas armas bragantinas, não morreu naquela  
“província”.

Palavras eloquentes eram essas, escritas por quem, havia quatro anos apenas, iniciára seus estudos e, vindo do povo, desde então sentia que só ao povo compete escolher o seu destino, porque movimentos revolucionários legítimos não são os provocados pela ambição de um indivíduo ou de uma casta, mas, tão só, aquêles que da consciência da coletividade emanam e que, por tal origem possuírem, dia mais dia menos sempre a vitória conquistam.

A repulsa ao domínio de um só, ou de um grupo, assim formara, em sua alma moça, um conceito ideal da liberdade, a servir de base à organização civil e política e, pois, a todos os direitos.

E tal era, genuinamente, profundamente humana e espiritual, sua concepção da vida coletiva.

CONCEPÇÃO GENUINAMENTE, profundamente humana e espiritual, a sua, que em todos os seus estudos ou ensinamentos jurídicos penetrava e um cunho de verdadeira sabedoria lhes conferia.

Dissertando sôbre a proteção dos direitos, não compreendia, nem excusava o regresso operado em nosso sistema jurídico por fôrça de certa doutrina romanística alienígena, adotada por autores nossos, com fácil entusiasmo e abandono de institutos tradicionais nossos, em virtude dos quais, pela via dos remédios possessórios, todos os direitos pessoais de exercício continuado outrora encontravam proteção imediata, preventiva ou restauradora contra os atos das autoridades ou de particulares, que atentado constituíssem.

Por muito que o Supremo Tribunal, sob a influência de juizes do porte de um Pedro Lessa, procurasse obviar



o mal causado por essa quebra da continuidade histórica de nosso direito, ampliando e desnaturando o instituto do *habeas-corpus*, os direitos pessoais, na mór parte dos casos, permaneciam ao desamparo, quando ameaçados, turbados, ou violados em seu exercício. Contra êsse estado de coisas, erguia-se, então, a voz do Mestre, mostrando e demonstrando, doutrina e textos à vista, a necessidade de se volver à solução do amparo possessório, que do direito romano nos viera, reforçada pelo direito canônico e pela velha praxe luso-brasileira. A tese sedutora, que Prates sustentava, apoiava-se, ademais, na magna autoridade de RUI e seguida também era por juizes como Edmundo Lins e Bento de Faria, bem assim por juristas como Francisco Morato, Afrânio de Melo Franco, Levi Carneiro e outros mais que, se não lograram impôr totalmente sua doutrina, prepararam, quando menos, o advento de um remédio novo, ou seja, o do mandado de segurança contra os atos atentórios de direitos líquidos e certos praticados pelas autoridades. É para lamentar, contudo, que êsses mesmos direitos líquidos e certos ainda permaneçam desamparados e sem segurança imediata, quando ameaçados, turbados, ou esbulhados por atos de particulares, a não ser que, extranho paradoxo, seu objeto consista em coisa material e corpórea.

A violência, sob qualquer de suas formas, não encontrava acolhida no espírito do professor Pacheco Prates, fôsse qual fôsse o direito atingido, viesse de quem viesse o atentado.

DESSARTE, sua noção de liberdade civil e política do povo e seu conceito da proteção imediata do exercício de todos os direitos formavam, como quê, um corpo só, complementando-se pelo sentido incisivamente social que êle, como poucos, se empenhava em conferir a todos os institutos jurídicos fundamentais.

Dois exemplos bastam para comprovar o meu asserto.

Da propriedade, o Mestre eminente dizia e a seus discípulos ensinava:

“tendo em vista o estado atual da cultura humana, deve entender-se que seus dois caracteres absoluto e exclusivo existem circunscritos ao interesse geral, — à ordem jurídica e moral. Dentro desses limites há de viver o direito de propriedade.

Sujeitava a propriedade, pois, aos ditames restritivos impostos pela moral e pelo direito, para que o seu exercício se equacionasse com os interesses da comunidade, assim afirmando, implicitamente, a natureza e a função social das normas destinadas a disciplinar a comunhão humana, natureza e função hoje apresentadas como conquista dos tempos modernos, quando, na realidade, sintetizando antigos conceitos, o velho DANTE, em seu tratado de MONARCHIA já ensinava que “*jus est realis et personalis hominis ad hominem proportio: quae servata, hominum servat societatem, et corrupta corrumpit*”

Por essas e mais relevantes razões outras, o professor Pacheco Prates repelia a qualificação contratual do casamento, preferindo, para definir a natureza do consenso dos cônjuges, socorrer-se do conceito antigo e genérico de *convencão*, a fim de poder caracterizar, em seguida, com mais largas vistas e à luz de melhores princípios éticos e espirituais, os efeitos humanos, individuais e sociais, desse fundamental instituto jurídico. E assim dizia e ensinava:

“examinando os fundamentos, fins e efeitos do casamento, verifica-se que esta instituição complexa e ampla se não enquadra na restrita noção do contrato, tomado êste vocábulo no seu sentido próprio ou técnico. O contrato produz quase todos os seus efeitos entre os contraentes que expressamente se obrigaram e só indiretamente interessa à sociedade, como tôda relação

“de direito. O objeto do contrato, quer seja uma  
“prestação, quer um serviço, tem sempre valor  
“econômico convertível em pecúnia. O contrato  
“gera um direito transitório, do qual se não pode  
“usar sem extingui-lo, pois, efetuada a prestação,  
“dissolve-se o vínculo obrigacional estabelecido  
“e, com êle, o direito creado pelo contrato. O  
“casamento, embora fundado no mútuo consenso  
“dos cônjuges, produz diretos e importantísimos  
“efeitos sôbre a sociedade, quer quanto aos fun-  
“damentos, quer quanto à existência desta. O  
“objeto do casamento é fundar uma família nova  
“e a crear a mútua prestação de auxilio e assis-  
“tência. Os deveres e officios decorrentes do ca-  
“samento são quase todos de natureza pessoal,  
“não têm valor econômico e nem podem ser  
“prestados em pecúnia. O casamento gera um  
“vínculo permanente, cujos efeitos se produzem  
“de continuo e “se repetem por fôrça do único  
“ato da celebração do casamento, independentemente de novo acôrdo”.

Considerava, assim, o matrimônio como instituto natural e de direito, sujeito à predominante influência de elementos morais e sociais, por se destinar à criação da família, em cujo seio seus membros reciprocamente se devem auxilio e assistência, constituindo um nucleo ligado aos próprios fundamentos da vida individual e coletiva; e dêsse modo pregava o mesmo princípio básico que a consciência dos povos livres havia de consagrar, em São Francisco, nestes precisos têrmos do art. 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “*é a família o elemento natural da sociedade, com direito a ser protegida por esta e pelo Estado*”.

Mas, ao enunciar sua definição e qualificação do casamento, conseguia, ao mesmo tempo, para distinguir uma noção de outra, definir e qualificar o contrato de modo

claro e perfeito, mais que perfeito e claro, lúcido e translúcido, revelando-nos a fôrça imediata de seus efeitos entre as partes obrigadas pelo consentimento, a conversibilidade da prestação em dinheiro e a temporariedade da relação contratual, que pelo cumprimento da obrigação se extingue, extinguindo, ao mesmo passo, o direito por ela creado, — tudo isto para, em seguida, estabelecer e determinar a natureza, essencialmente diversa, dos efeitos produzidos pelo matrimônio. Um mundo de conceitos brota dessa breve lição e insensivelmente, sem o menor esforço, penetra em nossa mente, graças ao poder maravilhoso que o professor Pacheco Prates possuía de casar a síntese com a clareza.

MUITO HAVERIA, ainda, a destacar dentro do muito que nos ensinou e do pouco que nos deixou publicado em suas duas monografias, a *Teoria Elementar da Posse* e os *Estudos de Direito Civil*. Porém, mais que bastantes reputo os exemplos citados, — isto é, sua noção da liberdade civil e política do povo, seu conceito da proteção imediata dos direitos contra tóda e qualquer ameaça, ou turbação, ou violação, sua qualificação da natureza moral e social da propriedade, do matrimônio e da família, — para a comprovação final daquilo que denominei a linha mestra de sua personalidade: a unidade inseparável, a harmonia, a coerência, que existe, entre a vida de Pacheco Prates e as suas idéias, entre sua formação humana, moral e cristã e sua formação jurídica, entre quem lutou pela vida, sentindo-a nos seus mais duros transes e quem passou a lutar pelo direito, pelo direito feito do homem para o homem e não de doutrinas apriorísticas impostas à pessoa humana, que por doutrinas não foi creada, mas por Deus à sua imagem.

Não admira que o Mestre houvesse lutado pelo direito de coração aberto e mente volvida, sempre para o Alto, porque assim, também, êle lutou pela vida.

Que homem bom e sábio êle foi! E Mestre notável que, ensinando, fazia seus discípulos comungarem consigo na crença do direito, do são direito, ciência e arte sublime e bela que a fé em Deus conduz e à vida confere harmonia e paz, fazendo-a digna de ser vivida!

NÃO TIVE a ventura de abraçá-lo quando se despediu de nossa Faculdade e de seus colegas de Congregação. Achava-me, então, ausente, exercendo, no Rio de Janeiro, uma função pública e, por isso, nunca mais tornei a vê-lo. Mas êle, que me examinara e arguira no concurso que prestei para a conquista da cátedra de direito civil, jamais me esqueceu. Por amigos que vinham ou iam ao Sul, muitas vêzes trocamos mensagens de cordialidade e as suas não escondiam a saudade, que êle sentia, da velha Escola de São Paulo, onde se formou e onde voltou para ensinar a mocidade, onde exerceu o magistério do direito com superioridade tanta, quanto de bondade lhe ia n'alma.

Consciência sempre teve da nobreza do ensino das ciências jurídicas, principalmente nesta Casa, onde um passado glorioso vive e, apesar de tôdas as vicissitudes, se perpetua sem solução de continuidade. Se nobre já era sua cátedra ao assumí-la, êle, por êle, com o seu apostolado, mais e mais a enobreceu, pois apóstolo êle foi e não qualquer insensível mestre-escola, dentro dos muros franciscanos dêste Templo do Civismo e do Direito, em que a desalmada frieza burocrática teima em ver apenas, uma simples oficina ou fábrica destinada a diplomar bacharéis em regime de máximo de produção e mínimo de custo, sob moldes estatais amanhados e manipulados em repartições públicas.

AO COMEMORAR, dêsse modo, o centenário do nascimento do professor Pacheco Prates, empenhei-me em reproduzir fielmente sua excepcional figura, sem procurar esconder minha emoção e nem ocultar os meus sentimentos, — que razão e coração bem podem viver juntos na alma

da gente e, na minha, sempre conservo presente a imagem saudosa do Mestre, a par do pressentimento de sua morte que me assaltou na mesma noite em que, na longínqua cidade de Uruguaiana, êle fechava os olhos para sempre, encerrando a vida que bondosamente, sàbiamente e valentemente vivera.

Nesta fase angustiosa de transição para um futuro desconhecido, que tôda a humanidade atravessa, com frequência os valores se subvertem e as mais belas figuras do passado, próximo ou remoto, se relegam ao olvido. Mas, creiam-me, discípulo ou colega não há que, tendo conhecido o professor Pacheco Prates e com êle convivido, seja capaz de esquecê-lo de não lhe venerar a memória, pois, se mestre êle foi insigne, homem, êle foi santo!

## O regime matrimonial de bens supletivo no direito luso-brasileiro. (\*)

(Subsídios para uma revisão crítica do problema)

*Guilherme Braga da Cruz*

Professor da Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra.

### I

Os direitos português e brasileiro, como expressão dum fundo histórico comum, apresentam por vêzes particularidades que lhes marcam um lugar muito especial perante os sistemas jurídicos dos demais povos civilizados (1). Entre essas particularidades, nenhuma ocupa lugar de tanto relevo — dada a projeção social que tem — como a do regime supletivo de bens no matrimônio. Portugal e Brasil mantêm-se fiéis, em meados do século XX, a um regime de bens supletivo que mergulha as suas raízes nos primórdios da nacionalidade português e que se encontra, hoje em dia, abandonado da generalidade dos sistemas jurídicos

---

(\*) Comunicação ao III Colóquio Internacional de Estudos Luso-Brasileiros, realizado em Lisboa, em Setembro de 1957.

(1) Cfr. BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*. Comunicação apresentada ao II Colloquium internacional de estudos luso-brasileiros (São Paulo, 1954) e publicada na revista *Scientia Iuridica* (vol. IV, págs. 234 e segs.) e na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 50.º, págs. 32 e segs.)

vigentes: o *regime da comunhão geral de bens* (2), também chamado “casamento segundo o costume do Reino”, no Código Civil português (3), e “regime de comunhão universal”, no Código Civil brasileiro (4).

O regime da comunhão geral de bens, já mencionado como supletivo num foral português do século XII (Ferreira de Aves) (5) e noutra dos começos do século XIII

---

(2) À data da promulgação do Código Civil brasileiro, em 1916, apenas adotavam o regime de comunhão geral de bens como supletivo, além de Portugal e do Brasil, a Holanda, a Noruega, a Dinamarca e a Finlândia. Cfr. MANUEL PAULO MERÊA, *Código Civil brasileiro anotado* (Lisboa, 1917), pág. 123. Ignoramos se, na legislação mais recente destes últimos países, foi introduzida alguma alteração a este respeito.

A comunhão geral de bens é ainda hoje adotada também, como regime supletivo, em alguns sistemas jurídicos formais de Espanha, como, por exemplo, na Biscaia. Cfr. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, vol. III (Madrid, 1944), pág. 557; e anotações à tradução espanhola do *Tratado de derecho civil*, de ENNECCERUS, KIPP e WOLFF, vol. IV. 1 (Barcelona, 1945), págs. 270.

(3) *Código Civil português*, art.º 1098.º: “Na falta de qualquer acôrdo ou convenção, entende-se que o casamento é feito segundo o costume do reino, exceto se for contraído com quebra das disposições do artigo 1058.º, n.os 1.º e 2.º; porque, nesse caso, entender-se-á que os cônjuges são casados com simples comunhão de adquiridos”. E art.º 1108.º: “O casamento, segundo o costume do reino, consiste na comunhão, entre os cônjuges, de todos os seus bens presentes e futuros não excetuados na lei”.

(4) *Código Civil brasileiro*, art.º 258.º: “Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal. § único: É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento: I II . . III IV ...”. E art.º 262.º: O regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções dos artigos seguintes”.

(5) *Foral de Ferreira de Aves* (1114-1128) “ Et homo qui habuerit mulier ad benedictiones partent per medium quantumque habuerint siue in morte siue in uita”. Cfr. *Portugaliae Monumenta Historica, Leges et consuetudines*, Vol. I, fasc. III (Olisipone, MDCCCLXIII), pág. 368.



(Sabadelhe) (6), aparece também referido como tal nos “Costumes de Santarém (7); e vê-se da legislação de Afonso III que já tinha, ao tempo, uma aceitação muito generalizada (8). As Ordenações Afonsinas, depois de declararem que há regiões do país onde a comunhão só vigora quando “ o casamento he feito antre o marido e a molher por carta

---

(6) *Foral de Sabadelhe* (1220): “ Et homo qui fecerit homicidium et fuguerit, stet sua mulier *cum sua medietate* in saluo: Et *aliam medietatem sui maritis* (et) accipiat concilium, et **apre-**cient illam in ipsos L modios. Et in quali hora uenerit ipso **qui** homicidium fecerit et pectare uoluerit, dent ei *totam suam medietatem*, et compleat suum homicidium. Et de rauso similiter. . . . . Mulier qui uirum habuerit ad benedictiones et fuguerit cum **alio**, stet suus maritus cum toto suo habere in saluo. Et *de medietate mulieris*, accipiat maritus medietatem, et senior medietatem. **Si** autem benedictiones non habuerint et fuguerit cum alio, **similiter.**” Cfr. *Ibidem*, pág. 583.

(7) *Costumes de Santarém*: “Estabelesçudo he, que como tres irmãos sejam, ou mays, e os dous desses irmãos sum irmãos de padre, e de madre, e morto o padre, ou a madre desses; **esses** *partem con padre, ou con a madre, que remaeço vyvos, os beês do que morreo*”. Cfr. *Colecção de livros ineditos de historia portuguesa*, vol. IV, pág. 578.

(8) “... Todo homem que casar quyser nom casará per **arras** segundo ho costume da uylla se nom quyser *mays cassará a meya-*dade assy como falarey mays adeante em no titulo dos costumes das partiçoens” Cfr. *Portugaliae Monumenta Historica, Leges et consuetudines*, Vol. I, fasc. II (Olisipone, MDCCCLVIII), pág. 257.

“Quando o marido ou a molher que fforen cassados morrer hum deles qualquer aquel que ficar uiuo deue dar partiçon aos filhos do morto se os ouuer quer sejam dambos quer da parte daquel que ffor morto se han dereyto derdar naquela bona porque sson filhos liidimos ou ha deuem a dar a outro herel qualquer **sse** hy filhos non ouuer de beeçon assy como a netos ou padre ou **sseu** auoo. E sse nom ouuer nenhuum destes herees en dereyta linha decedentes ou sobintes enton dará a partiçon o que fficar **uiuo** aaquel a que o morto mandar en sseu testamento do que auya dar a partiçon aas partes mays chegadas e *partirá per meynos con estes totalas cousas que auya con no morto tanben o mouyil come a rrayz*”. Cfr. *Ibidem*, pág. 265.

de meetade” e outras onde “per usança se partem os beês de per meo aa morte sem aver hy tal carta” (9), esclarecem que este último é o “costume da Estremadura” (10); e as actas das Cortes de Santarém, de 1468, completam êste esclarecimento, dizendo que a comunhão vigorava supletivamente na Estremadura, Alentejo e Algarve, mas não nas comarcas do Minho, Trás-os-Montes e Beiras (11). A simpatia com que as mesmas Côrtes encaram a instituição,

---

(9) *Ordenações Afonsinas*, IV, 12, pr.: “Costume foi em estes Regnos de longamente usado, e julgado, que *honde o casamento he feito antre o marido, e a molher per Carta de meetade, ou em tal lugar, que per usança se partam os beês de per meo aa morte sem aver hy tal Carta*, morto o marido, a molher fica em posse, e Cabeça de Casal, e de sua mão devem receber os herdeiros, e loguatrios do marido partiçom de todos os beês, que per morte do marido ficaram, e bem assy os leguados;”. Cfr. *Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V*, Livro IV (Coimbra, Anno de MDCCLXXXII), pág. 76.

(10) *Ord. Afonsinas*, IV, 14, 4: “E tambem poderá aver lugar quando a Doaçom fosse feita antes que fossem casados, e ao depois per casamento fossem comunicados seus bens, segundo costume da Estremadura;” Cfr. *Ibidem*, pág. 81.

(11) *Actas das Cortes de Santarém*, de 1468, cap. III: “Outrosi, Senhor, saberá Vossa Alteza, que em vossos Regnos, a saber, na Estremadura, e Alem-Tejo, e o Alguarve ha um muy Sancto costume, a saber, que qualquer homem, e molher, que sam cazados per regra, e regimento da Sancta Igreja quando so acerta de alguns raiz, o que Senhor, he muito pollo contrairo em as comarcas da delles fallecer da vida deste Mundo, o que fica vivo parte com os herdeiros do finado todollos bês, que aviam assi movel, como de Beira, e entre Douro, e Minho, e Trallos Montes; por quanto posto que Marido, e Molher sejam casados polla dita forma da Santa Igreja se se antre elles ao pé do cazamento nam passa carta de meatade por Escretura Publica, quando se acerta algũus delles fallecer deste Mundo, nam parte o vivo com os herdeiros do morto de parmeyo...”. Cfr. *Manuscrito da Academia das Ciências de Lisboa*, tomo IX, fl. 305 e 306, citado por MANUEL PAULO MERÊA, *Evolução dos regimes matrimoniais*, vol. II (Coimbra, 1913), pág. 109, nota 1.

considerando-a “um muy sancto costume”, explica que ela se generalize a todo o Reino a partir de D. Manuel (12), sendo novamente consagrada como tal nas Ordenações Filipinas (13).

Das Ordenações Filipinas, a supletividade do regime de comunhão geral de bens passou para os modernos direitos civis português e brasileiro, sem encontrar qualquer resistência séria da parte dos juristas que estruturaram os alicerces dos Códigos Civis dos dois países.

Os juristas portugueses da primeira metade do século XIX, em cuja obra o código de 1867 tão largamente se inspirou — como COELHO DA ROCHA, CORREIA TELES e BORGES CARNEIRO — não esboçaram a mínima objeção contra o regime supletivo tradicional (14). E o VISCONDE DE SEABRA não teve qualquer hesitação em consagrá-lo no seu projeto de Código Civil (15), daí passando para o texto definitivo

---

(12) *Ordenações Manuelinas*, IV, 7, pr.: “Todos os casamentos que forem feitos em Nossos Reynos, e Senhorios, se entendem seer feitos por carta de metade, saluo quando antre as partes outra cousa for acordado e contractado, porque entonce se guardará o que antre elles for concertado”. Cfr. *Ordenações do Senhor Rey D. Manuel*, Livro IV (Coimbra, anno de MDCCLXXXVII), pág. 23.

(13) *Ordenações Filipinas*, IV. pr., quase com a mesma redacção que nas manuelinas. Sobre a evolução histórica da comunhão geral de bens, cfr. a obra, já citada, de MANUEL PAULO MERÊA.

(14) Vide MANUEL ANTÔNIO COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil português*, §§ 241 e segs. e nota M (na 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1867, págs. 164 e segs. e 302 e segs.); JOSÉ HOMEM CORREIA TELLES, *Digesto Portuguez*, tomo II, artigos 264 e segs. (na 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1846, págs. 46 e segs.); e MANUEL BORGES CARNEIRO, *Direito civil de Portugal* (2.<sup>a</sup> ed., Lisboa, 1851), tomo II, págs. 100 e segs.

(15) *Código Civil Português. Projeto redigido por Antônio Luiz de Seabra* (Coimbra, Imprensa da Universidade, 1858), págs. 282-283. Art.º 1141.º: “Na falta de qualquer accôrdo ou convenção, entender-se-há o casamento feito segundo o costume do reino, excepto se algum dos contrahentes fôr de menor idade, e tiver casado, ou contractado, sem a devida autorização, porque, nesse caso, entender-se-hão casados com simples communhão de adquiridos”

do Código, sem nenhuma espécie de reparo da Comissão Revisora (16).

É ainda nos precisos termos em que o Código de 1867 o consagrou, que o regime da comunhão geral continua a vigorar em Portugal como regime supletivo. Embora uma vez por outra se ouçam reparos contra êle e contra as consequências iníquas a que pode dar lugar, nenhum legislador ousou ainda tocar-lhe. Escapou, designadamente, às reformas civilísticas dos primórdios do regime republicano (17), que tão duramente atingiram o direito civil português no domínio das Relações de Família; e escapou à reforma do Código Civil de 1930 (18), sofrendo apenas algumas alterações de pormenor dois dos artigos que lhe são consagrados (19) — alterações que mais representam um esclarecimento de dúvidas surgidas na respectiva interpretação do que o desejo de introduzir matéria nova.

A mesma aceitação unânime encontrou a supletividade do regime de comunhão geral de bens por parte dos juristas brasileiros, no espaço de quase um século que medeia entre a Independência do país e a promulgação do seu Código Civil: — TEIXEIRA DE FREITAS não lhe moveu qualquer critica, ao consigná-la no art.º 111.º da sua *Consolidação das*

---

(16) *Actas das sessões da Comissão Revisora do projecto de Código Civil portuguez* (Lisboa, Imprensa Nacional, 1869), pág. 184: “Sessão de 10 de Dezembro de 1861 — Artigo 1141.º — Foi approved, salvo quanto á segunda parte do artigo o que se vencer com relação á validade ou nulidade do casamento contrahido, por menor, ainda mesmo auctorizado”.

O preceito aparece com a mesma redação do projeto inicial (*vide supra*, nota 15) na edição do projeto com as emendas da Comissão Revisora de 1863 (art.º 1114.º) e na edição de 1864 (art.º 1086.º). Na edição de 1865 (projeto apresentado ao Parlamento), o preceito já com a redação que há-de vir a ter no texto definitivo (art.º 1086.º).

(17) Decretos ns. 1 e 2, de 25 de Dezembro de 1910.

(18) Decreto n.º 19.126, de 16 de Dezembro de 1930.

(19) Artigos 1109.º e 1114.º.

*leis civis* (20); e outro tanto se diga de CARLOS DE CARVALHO, ao registá-la no art.º 1486.º da *Nova Consolidação das leis civis*, da sua autoria (21). Também nos sucessivos projetos de Códigos Civis, elaborados na segunda metade do século XIX, se dá plena consagração ao regime de comunhão geral como regime supletivo: — O *Esbôço de Código Civil*, de TEIXEIRA DE FREITAS, consagra-o no art.º 1330.º (22); o projeto de FELÍCIO DOS SANTOS, no art.º 1952.º (23); o projeto de COELHO RODRIGUES, no art.º 1979.º (24); e o projeto de

---

(20) Vide AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis. Annotada por MARTINHO GARCEZ* (5.ª ed., Rio de Janeiro, 1915), art.º 111.º: “Realizando-se o casamento sem convenção, entende-se, que os esposos adoptarão o regime da comunhão em todos os bens, segundo o costume geral do Imperio”.

(21) Vide CARLOS AUGUSTO DE CARVALHO, *Direito civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899* (Rio de Janeiro, 1915), art.º 1486.º: “Na falta de contrato ante-nupcial os bens dos conjuges são presumidos comuns, desde o dia seguinte ao do casamento, salvo si provar-se que o matrimônio não foi consumado entre eles”.

(22) Vide *Código Civil. Esbôço*, por A. TEIXEIRA DE FREITAS (ed. do Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de documentação. Rio de Janeiro, 1952), vol. II, págs. 485-486. Art.º 1330.º: “Entender-se-á que os cônjuges têm adotado o regime de comunhão de bens: 1.º — quando o casamento fôr celebrado sem ter havido contrato preliminar por escritura pública; 4.º — Quando, pôsto que tenham excluído a comunhão de bens em seus contratos preliminares de casamento, forem êsses contratos nulos, ou forem anulados por sentença passada em julgado”

(23) *Projeto do Código Civil brasileiro do Dr. JOAQUIM FELÍCIO DOS SANTOS precedido dos actos officiaes relativos ao assumpto e seguido de um additamento contendo os apontamentos do Código Civil organizados pelo Conselheiro JOSÉ THOMAZ NABUCO DE ARAUJO* (Rio de Janeiro, 1882), pág. 89. Art.º 1952.º: “O casamento reputa-se celebrado segundo o regimen da communhão legal quando não é precedido de contrato, e quando, sendo precedido de contrato, êste não a exclui, salvas em todo o caso as disposições dos artigos 668, 689 e 690”.

(24) Vide A. COELHO RODRIGUES, *Projeto do código civil brasileiro precedido de um projeto de lei preliminar* (Rio de Janeiro,

CLOVIS BEVILAQUA — de que havia de surgir, após sucessivas revisões, o texto definitivo do Código brasileiro —, no art.º 302.º (25).

Quando êstes dois últimos projetos foram elaborados, a supletividade da comunhão geral tinha sido recentemente confirmada no Brasil por via legislativa, através do art.º 57.º do Decreto n.º 181, de 24 de Janeiro de 1890 (26). Dotada desta nova fôrça, atravessou incólume, no projeto BEVILAQUA, tôdas as longas vicissitudes dos trabalhos de revisão, vindo a ser consagrada no texto definitivo do Código com meras alterações de redação do texto primitivo (27). Houve ainda quem propusesse a adoção do regime de separação (28); mas essa proposta não obteve qualquer êxito, vencendo a comunhão absoluta, a pretexto da sua índole tradicional e da sua melhor adaptação à unidade do matrimônio (29).

---

1893), art.º 1979.º: “Não podem casar-se sob o regime da communhão universal: § 1.º — A pessoa que fôr commerciante. § 2.º — O viuvo ou viuva que tiver descendente de casamento anterior na data do subsequente. § 3.º — O menor de 21 annos que casar-se com supri-mento do consentimento da pessoa sob cuja administração estiver. § 4.º — As pessoas mencionadas no art.º 1982”

(25) *Projecto de Código Civil*, de CLOVIS BEVILAQUA, art.º 302.º: “Na falta de qualquer convenção ante-nupcial, ou sendo nulla a celebração, vigorará o regimen da comunhão universal de bens, excepto para: 1.º ... 2.º ..., etc.”

(26) Decreto n.º 181, de 24 de Janeiro de 1890: “Art.º 57.º: Na falta do contracto ante-nupcial, os bens dos conjuges são presumidos communs, desde o dia seguinte ao do casamento, salvo si provar-se que o matrimônio não foi consummado entre elles”

(27) *Vide FERREIRA COELHO, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. XIX (Direito de Família, artigos 256.º a 261.º), (Rio de Janeiro, 1930), págs. 182 a 187, onde se transcrevem tôdas as alterações introduzidas pelas sucessivas revisões do texto primitivo.

(28) Cfr. PAULO MERÊA, *Código Civil brasileiro anotado*, pág. 123.

(29) Cfr. PAULO MERÊA, *ibidem*; e CLOVIS BEVILAQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*, vol. II (Rio de Janeiro, 1917), pág. 170, e bibliografia aí citada.

## II

Não basta, porém, o fato de uma instituição ter atrás de si o peso de oito séculos de história para justificar, sem mais, a sua manutenção no direito dos nossos dias. É necessário revê-la, à luz do condicionalismo social, econômico e moral dos tempos presentes, para verificar se ela ainda preenche uma finalidade útil, ou se, pelo contrário, são mais os inconvenientes que acarreta do que os benefícios que produz.

Ora a verdade é que os juristas portugueses e brasileiros nunca tiveram a preocupação de fazer uma análise cuidada do problema, pesando devidamente as vantagens e os inconvenientes do regime da comunhão geral de bens e verificando se outro o não supera em justiça e razoabilidade, servindo melhor que êle os interesses do agregado familiar. Têm-se limitado a invocar a tradição histórica e o vago argumento da sua melhor adaptação à unidade da família, sem se darem ao cuidado de verificar se o condicionalismo dos tempos presentes e a própria evolução de outras instituições jurídicas não desvirtuaram o sentido histórico da comunhão geral de bens, dando-lhe uma posição anômala e inconsequente no quadro das instituições vigentes.

O problema foi recentemente posto, em Portugal, com toda a acuidade, no seio da Comissão encarregada de elaborar o novo Código Civil (30), tendo-nos sido cometido o

---

(30) Esta Comissão, presidida pelo professor da Faculdade de Direito de Coimbra e antigo Ministro da Justiça doutor ADRIANO PAIS DA SILVA VAZ SERRA, é presentemente constituída pelos professôres doutores MANUEL AUGUSTO DOMINGUES DE ANDRADE, FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA, ANTÓNIO DE ARRUDA FERRER CORREIA e GUILHERME BRAGA DA CRUZ, da Faculdade de Direito de Coimbra, e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES e MANUEL DUARTE GOMES DA SILVA, da Faculdade de Direito de Lisboa.

encargo de o estudar e sôbre êle apresentar um relatório à mesma Comissão. É o resultado dêsse estudo que resolvemos agora apresentar à apreciação dos participantes no III Colóquio de estudos luso-brasileiros, certos de que o assunto interessa por igual aos juristas dos dois paízes (31).

Esclareça-se, desde já, que o nosso intuito foi apenas o de apreciar as vantagens e inconvenientes do regime de comunhão geral de bens em confronto com outros regimes de comunhão — designadamente a “comunhão de adquiridos” (32) e os possíveis sistemas intermédios entre esta e a comunhão geral — sem entrarmos na análise do regime de separação absoluta e das suas variantes (33). Efetiva-

---

(31) Na sua primitiva versão de relatório apresentado à Comissão do Código Civil, as considerações que vão seguir-se foram já publicadas no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 53 (Lisboa, Fevereiro de 1956), sob a epígrafe *O problema do regime matrimonial de bens supletivo, no novo Código Civil português (Estado actual da questão)*.

(32) É o regime denominado “da comunhão parcial” no *Código Civil brasileiro*. Artigos 269.º a 275.º.

(33) Ao falarmos aqui de “variantes” do regime de separação absoluta, pretendemos sobretudo aludir ao regime chamado de “participação nos adquiridos”, consagrado pela primeira vez na legislação sueca, em 1920, e já hoje adotado na legislação de outros países.

Esse regime consiste, fundamentalmente, numa separação absoluta de bens, corrigida, para efeitos de partilha, por uma comunhão de adquiridos: — Na constância do matrimônio, a separação é total, conservando cada um dos cônjuges a administração dos bens (mobiliários ou imobiliários) que levou para o casal e dos que posteriormente adquiriu por qualquer título. No momento da dissolução do casamento, precede-se ao que se poderia chamar uma *reconstituição* da comunhão de adquiridos: os adquiridos a título oneroso depois do casamento são objeto duma partilha, meio por meio; mas essa partilha incide apenas sôbre o *valor* dos bens e não sôbre a respectiva *propriedade*, conservando cada cônjuge (ou seus herdeiros) a propriedade do que adquiriu na constância do matrimônio, e sendo apenas obrigado a repor o excedente em dinheiro, em favor do outro cônjuge (ou seus herdeiros).



mente, a adoção do regime de separação absoluta ou doutro regime congênere como regime de bens supletivo deve *a priori* considerar-se fora de causa, no direito dos nossos dois países. Os regimes de separação estão tão longe das tradições e da maneira de sentir dos nossos dois povos, que seria absurdo pensar na sua consagração supletiva, em qualquer das suas variantes, no direito português ou no direito brasileiro. Seria passar dum extremo ao outro, ao arrepio de todo o sentimento popular e sem a menor razão justificativa. Deixe-se a possibilidade da adoção desses regimes, por via convencional, a quem por eles nutrir predileção; mas não se pense em impô-los supletivamente, na falta de convenção escrita, o que seria contrariar, na generalidade dos casos, a vontade presumível dos nubentes.

Na exposição que vai seguir-se, procuraremos, em primeiro lugar (§ III), enumerar as razões que podem invocar-se, ainda hoje, em favor da supletividade da comunhão geral de bens. Faremos, em seguida (§ IV), a crítica desse

---

Tem-se dito que o grande mérito do regime de simples participação nos adquiridos está no fato de aproveitar as vantagens da separação absoluta sem lhe sofrer os inconvenientes: satisfaz tôdas as modernas reivindicações acerca da capacidade patrimonial da mulher casada; e evita que o marido, arvorando-se — de direito ou de fato — em administrador dos bens da mulher, seja o *único adquirente de bens* na constância do matrimônio, como sucede vulgarmente na separação absoluta.

Importa, porém, ter presente, no caso concreto dos direitos português e brasileiro: 1.º) Que êste regime, afastando a idéia de comunhão *na constância do matrimônio*, é um verdadeiro *regime de separação*, sendo impossível, por isso mesmo — consoante no texto explicamos — pensar-se na sua consagração, em Portugal e no Brasil, como regime supletivo; 2.º) Que a atribuição à mulher, *como regra*, do direito de administrar os seus próprios bens, seria letra morta da lei, pois na generalidade dos casos, por mandato expresso ou tácito, essa administração logo seria por ela confiada ao marido.

A simples consideração destas duas razões deve dispensar, segundo cremos, a apreciação de outras críticas dirigidas ao regime, nomeadamente a das dificuldades de liquidação que suscita.

regime, em confronto com as vantagens do regime de comunhão de adquiridos. E terminaremos (§ V) com uma apreciação de duas possíveis soluções intermédias, para demonstrar que nenhuma delas oferece, sôbre o regime de pura comunhão de adquiridos, vantagens capazes de a impor como solução-regra.

### III

Em favor da manutenção do regime da comunhão geral de bens como regime supletivo, podem apresentar-se os seguintes argumentos:

1.º — A comunhão geral foi sempre, como já se disse (34), o regime supletivo de bens no casamento, no direito português e no direito brasileiro; e não está provado que esta tradição de séculos tenha dado lugar a resultados funestos ou reprováveis, ao longo da história dos nossos dois países. Mesmo nos nossos dias, à parte alguns casos especiais susceptíveis de correção — como o do divórcio e o da separação de pessoas e bens ou desquite —, não pode afirmar-se que o sistema seja uma velharia ultrapassada. O sentimento popular não se lhe mostra adverso, pois aceita como normais e razoáveis as suas consequências. Bastará dizer que em Portugal, segundo as últimas estatísticas, 98% dos casamentos se celebram sem qualquer convenção prévia quanto aos bens, o que implica um tácito assentimento dos nubentes à aceitação do regime da comunhão geral, na sua qualidade de regime supletivo (35).

---

(34) Cfr. *supra*, § I.

(35) Não pudemos consultar as estatísticas brasileiras; mas estamos em crer que a percentagem de casamentos celebrados sem convenção antenupcial não deve ser muito inferior à indicada para Portugal.

É certo que esta cifra não tem um valor absoluto, pois não significa que, em 98% dos casamentos efetuados em Portugal, os cônjuges tenham querido, *duma forma positiva*, o regime da comunhão geral. Mas não deixa de impressionar — posto o problema ao invés — que apenas em 2% dos casos os cônjuges tenham querido usar do direito, que a lei lhes concede sem restrições, de afastar aquêles regime de bens.

2.º — É inegável, por outro lado, que o regime de comunhão absoluta é o que melhor corresponde à essência do casamento.

A total fusão dos patrimônios, ao lado da união dos corpos e das almas dos esposos, tem o valor dum símbolo. Só essa fusão de patrimônios se coaduna perfeitamente com a idéia dum “*consortium omnis vitae, divine et humani iuris communicatio*”, como diz a famosa definição de Modestino (36); e só ela se adapta ao rigor do “*duo in carne una*”, de que fala o Evangelho de S. Mateus (37) e que S. Paulo reproduz na sua formosíssima Epístola aos Efésios (38).

3.º — A isto acresce que a aquisição de bens por parte dum cônjuge à custa do outro, que tanto impressiona os detratores da comunhão geral de bens, nada tem, na generalidade dos casos, de censurável.

À parte a hipótese dos casamentos prematuramente dissolvidos por divórcio, aquela participação de cada cônjuge no patrimônio do outro cônjuge representa quase sempre uma justa compensação do apôio moral e da colaboração que ambos mutuamente se prestaram na constância do matrimônio. Quantas vêzes, o cônjuge mais dotado de bens de fortuna fica exclusivamente devendo a conservação e aumento do seu pecúlio à tranquilidade de espírito e à alegria de viver que o outro cônjuge lhe proporcionou, ofe-

---

(36) D. 23, 2, 1.

(37) Evangelho de S. Mateus, XIX, 5.

(38) Epístolas de S. Paulo aos Efésios, V. 31.

recendo-lhe condições para um trabalho fecundo ou evitando-lhe desregramentos que lhe teriam comprometido a saúde e a fazenda! Não será justo que os cônjuges participem meio por meio nesse patrimônio, que começou por ser mais dum que do outro, mas cuja conservação só foi possível pelos esforços conjugados de ambos?

4.º — Sucede, de resto, com frequência, nos casamentos de cônjuges de desigual fortuna, que ao cônjuge rico lhe falta, em qualidades de trabalho, o que lhe sobeja em bens materiais, nada conseguindo fazer, na constância do matrimônio, no sentido da aquisição de novos bens; e que ao cônjuge pobre lhe sobra, em tenacidade e visão prática da vida, o que a sorte lhe negou em meios de fortuna, conseguindo adquirir bens avultados, depois do casamento, exclusivamente à custa do seu esforço.

Segundo o sistema da comunhão de adquiridos, o cônjuge rico, mas inepto, auferirá metade destas aquisições; enquanto que o cônjuge pobre não terá qualquer direito de participar no pecúlio com que a sorte premiou aquêle.

A comunhão absoluta, pelo contrário, permitirá neste caso — que é bastante mais vulgar do que pode suspeitar-se — uma solução mais equilibrada e mais justa, fazendo funcionar a participação dum cônjuge nos bens *próprios* do outro como uma compensação razoável do fato de êste participar nos *adquiridos* daquele.

5.º — Apresenta ainda, por último, a comunhão geral de bens uma vantagem apreciável sôbre os demais regimes, no que toca à defesa dos interêsses do cônjuge sobrevivivo.

Colocado pelo direito português no quarto lugar da ordem dos sucessíveis — após os descendentes, os ascendentes, e os irmãos e seus descendentes (39) — e pelo di-

---

(39) *Código Civil português*, art.º 1969.º: “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: 1.º — Aos descendentes; 2.º — Aos ascendentes, salvo o disposto no art.º 1236.º; 3.º — Aos irmãos e seus descendentes; 4.º — Ao cônjuge sobrevivivo...”

reito brasileiro no terceiro lugar — após os descendentes e os ascendentes (40) —, o cônjuge sobrevivente fica, por vezes, numa situação precária, quando a herança é devolvida aos herdeiros das classes anteriores.

É certo que o Código Civil português, embora dê ao cônjuge sobrevivente uma posição sucessória mais desfavorável que o Código Civil brasileiro, não se esquece de salvaguardar em parte os seus interesses, dando-lhe o usufruto da totalidade da herança, se esta é devolvida aos irmãos e seus descendentes (41), ou o usufruto de metade da herança, se esta é devolvida aos ascendentes ilegítimos (42). Mas, nas hipóteses mais vulgares da sucessão dos descendentes e da sucessão dos ascendentes legítimos, nem o direito português nem o direito brasileiro prevêm uma proteção congênere, ficando o cônjuge sobrevivente limitado à faculdade de pedir *alimentos* — se os herdeiros do cônjuge predefunto são seus próprios descendentes (43) — ou de

---

(40) *Código Civil brasileiro*, art.º 1603.º: “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I. Aos descendentes. II. Aos ascendentes. III. Ao cônjuge sobrevivente. IV .”

(41) *Código Civil português*, art.º 2003.º, § único: “Na falta de descendentes e ascendentes, nos termos dos artigos 2000.º e 2002.º, o cônjuge sobrevivente será usufrutuário da herança do cônjuge falecido, se ao tempo da morte deste não estivessem divorciados ou separados de pessoas e bens, com sentença transitada em julgado”

(42) *Código Civil português*, art.º 1995.º: “Se, porém, ao filho ilegítimo falecido sem posteridade sobreviver consorte, haverá este, enquanto vivo for, o usufruto de metade da herança”. *Ibidem*, art.º 1999.º: “O que fica disposto nesta seção é aplicável à herança do filho perfilhado ou reconhecido, salva a limitação do artigo 1995.º.”

(43) *Código Civil português*, art.º 172.º: “A obrigação de alimentos é recíproca entre descendentes e ascendentes e entre irmãos, nos termos seguintes”. E *Código Civil brasileiro*, art.º 397.º: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaído a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

invocar, segundo o direito português, o seu *direito de apanágio* (44).

Fia-se o legislador, por certo — ao ter em menor conta, nestes casos, a proteção do cônjuge sobrevivente —, nos laços de afeição que normalmente o ligam aos herdeiros do cônjuge defunto. Êsses laços, dir-se-á, são a garantia de que o cônjuge sobrevivente terá sempre uma participação efetiva nos rendimentos da herança, muito mais lata do que a prevista no seu direito de alimentos e no direito de apanágio: os herdeiros contemplados pela lei — que, nos dois casos figurados, são sempre seus próprios parentes ou afins na linha reta ascendente ou descendente — não deixarão de lhe prestar tôda a proteção moral e material a que tem jus, na proporção em que as fôrças da herança o permitem (e, quantas vêzes, mesmo para além dêsse limite), sem necessidade de quaisquer pressões legislativas nesse sentido.

A verdade, porém, é que os fatos desmentem com frequência êsse pressuposto: — Não é raro acontecer, nos casamentos de desigual fortuna celebrados sob o regime da comunhão de adquiridos ou da separação absoluta, que a morte do cônjuge mais rico deixe em precária situação o cônjuge mais pobre, que lhe sobrevive.

É logo de notar que, ao lado dos ascendentes ou descendentes do cônjuge defunto, podem existir herdeiros tes-

---

(44) O *direito de apanágio*, a que o Código português alude o sôbre o qual é omissa o Código brasileiro, difere do vulgar *direito a alimentos* apenas no fato de ser garantido pelos rendimentos da herança do cônjuge falecido e de ser exigível contra quem quer que tenha beneficiado da referida herança. *Código Civil português*, art.º 1231.º: “Fôsse qual fôsse o contrato do dissolvido casamento, o cônjuge, que, por morte do outro, se achar sem meios de subsistência, terá direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido, sejam de que natureza forem”. *Ibidem*, art.º 1232.º, § único: “A disposição dêste artigo verificar-se-á, haja ou não filhos do matrimônio, e ainda quando o cônjuge defunto tenha deixado filhos, havidos de outro matrimônio anterior”

tamentários, absolutamente estranhos à família, se êle utilizou para o efeito a sua quota disponível; e é evidente que, a respeito dêsses herdeiros estranhos, não são de presumir os mesmos sentimentos afetivos para com o cônjuge sobrevivivo. Mas, mesmo em relação aos descendentes e ascendentes do *de cuius*, não convém confiar demasiado em laços de afetividade, apesar da qualidade — que sempre igualmente lhes pertence — de parentes ou afins do cônjuge sobrevivivo na linha reta descendente ou ascendente. A experiência ensina que são êles, muitas vêzes, os primeiros a olhar menos carinhosamente o cônjuge sobrevivivo, sujeitando-o a uma vida de dificuldades e de privações, em flagrante contraste com a vida desafogada que a fortuna do outro cônjuge lhe tinha facultado na constância do matrimônio — e sem que sejam remédio bastante, contra isso, o seu eventual direito a alimentos e o seu direito de apanágio.

Note-se, de resto, que o direito ao usufruto de metade ou da totalidade da herança, reconhecido pelo Código Civil português ao cônjuge sobrevivivo, respetivamente, no caso da sucessão de ascendentes ilegítimos e no caso da sucessão de irmãos e seus descendentes, representa uma proteção bastante precária. É que aquêle usufruto, tanto num caso como no outro, constitui apenas um *legado legitimo*, não um *legado legitimário*. Fica sempre, portanto, ao outro cônjuge, a possibilidade de, total ou parcialmente, afastar essa proteção legal, através duma disposição testamentária.

É a todos êstes riscos que a comunhão geral consegue obviar dum só golpe, deixando sempre garantida ao cônjuge sobrevivivo a sua meação nos bens comuns do casal e pondo-o, assim, a coberto da ingratidão ou desprezo do cônjuge defunto ou dos respectivos herdeiros.

Um grave inconveniente oferece, sem dúvida, o regime da comunhão absoluta, nos casos de divórcio e de

separação de pessoas e bens ou desquite (45): — Autorizando, mesmo nesses casos, cada um dos cônjuges a levantar a sua meação, a comunhão geral pode redundar num locupletamento, legalmente organizado, dum dos cônjuges á custa do outro: um dos cônjuges dá motivo, por culpa sua, à dissolução ou interrupção da sociedade conjugal e recebe intacta, como prêmio (?!), a sua meação nos bens comuns — bens que, porventura, eram pertença exclusiva do outro cônjuge antes do casamento.

Êste inconveniente pode, porém, remediar-se, sem necessidade de proscrever a comunhão absoluta como regime supletivo. Bastará estabelecer que o cônjuge culpado não poderá, nesses casos, beneficiar da comunhão; ou então dar liberdade ao juiz para graduar a sanção conforme as circunstâncias do caso — solução esta talvez mais justa, pois nem tôdas as causas de divórcio ou de separação são culposas, e as próprias causas culposas podem variar muito de gravidade, de caso para caso.

#### IV

Não é difícil de ver que algumas das razões apontadas em favor da comunhão absoluta têm um valor mais apa-

---

(45) O divórcio não é reconhecido pela legislação brasileira; e, no direito português, viu cerceado fortemente o seu campo de aplicação, após a Concordata com a Santa Sé, celebrada em 1940, pois os casamentos católicos efetuados depois dessa data são considerados civilmente indissolúveis. A separação de pessoas e bens é admitida tanto pelo direito português como pelo direito brasileiro, onde recebe a denominação de *desquite*; mas o direito brasileiro, precisamente porque não admite o divórcio, dá ao desquite um tratamento jurídico bastante mais folgado que o previsto na lei portuguesa para a separação de pessoas e bens. Cfr. *Código Civil português*, artigos 1204.º e segs. e *Código Civil brasileiro*, artigos 315.º e seguintes.



rente que real e que o regime da comunhão de adquiridos pode invocar em seu favor outras razões de peso, que levam a considerá-lo como regime supletivo.

Vejamós:

1.º — O argumento histórico tem de ser reduzido às suas devidas proporções: — É certo que a comunhão geral, como regime supletivo, é quase tão antiga em Portugal como a independência do Reino — primeiro, circunscrita a certas terras e a certas regiões do país, e, depois, a partir de D. MANUEL, devidamente generalizada. Mas não é menos certo que a atribuição da natureza de “incomunicáveis” a várias categorias de bens — justamente os bens de maior valor econômico — tornava as coisas, na prática, muito diferentes do que teòricamente aparentavam.

Já as Ordenações Afonsinas estabeleciam que “se o marido ou molher ouvessem alguũs *beês feudaaes*, ou da *Coroa do Regno*, ou de *Moorgado*, ou *emprazamentos*, em que a molher nom fosse nomeada, per tal guisa que nom tivesse em elles direito, ou em *outros similhantes*, em tal caso nom ha lugar o dito costume, nem ficará a molher em posse de taaes beês, que o marido ouvesse, e possuísse em sua vida, nem esso meesmo o marido per morte da molher dos beês, que pelo dito modo a ella pertencessem” (46). A mesma doutrina foi depois perfilhada pelas Ordenações Manuelinas (47) e pelas Ordenações Filipinas (48); e a elaboração doutrinária dos praxistas, longe de introduzir limitações a essa lista de “bens incomunicáveis”, encarregou-se de a alargar, o que aliás era fàcilmente permitido pelo texto legal, ao referir-se a outros bens “semelhantes”.

---

(46) *Ord. Afonsinas*, IV, 12, 1.

(47) *Ord. Manuelinas*, IV, 7, 2.

(48) *Ord. Filipinas*, IV, 95, 1.

Não é preciso ir além da leitura de COELHO DA ROCHA (49) e DE TEIXEIRA DE FREITAS (50), para verificar que as coisas se encontravam ainda nesse pé, em Portugal, no segundo quartel do século XIX, e que assim continuaram, no Brasil, quanto aos bens de prazo, por todo o resto do século. Ora a circunstância de serem incomunicáveis os *bens da coroa*, os *bens vinculados* e os *prazos de livre nomeação* (sem já lançar conta dos demais bens da lista apontada por COELHO DA ROCHA), é quando basta para podermos concluir que os bens verdadeiramente valiosos, no antigo direito português e brasileiro, não entravam na comunhão.

Não é fácil fazer um cálculo da proporção que existiria, sob a vigência das Ordenações, entre o valor dos bens comunicáveis e o dos bens excluídos da comunhão. Mas impressiona ver afirmado, em CORREIA TELES, que “nas Províncias do Minho e Beira talvez a *quinta parte* dos bens cultivados sejam emprazados em vidas” (51). Se nos lembrarmos que uma boa percentagem dêses mesmos *bens cultivados* era constituída por bens de mão-morta — excluídos do trato privado e sem interêsse, portanto, para a estimativa em causa — e que não era pequeno o número e, sobretudo, a extensão e valor dos bens da coroa e dos bens vinculados, chegaremos à conclusão de que os *bens cultivados* — primeira fonte de riqueza da época — deveriam andar, por mais de meio, excluídos da comunhão, nos casamentos dos respectivos proprietários.

Isto quer dizer, por outras palavras, que a supletividade da comunhão absoluta só encontrava verdadeiro campo de ação nos casamentos da gente de nulos ou modestos haveres, isto é, em casamentos a respeito dos quais o seu

---

(49) *Instituições*, tomo I, §§ 244 e 245 (na *ed. cit.* págs. 166 e 167).

(50) *Consolidação das leis Civis* (*ed. cit.*), págs. 109 e 110, em comentário aos artigos 113.º e 114.º

(51) Cfr. PAULO MERÊA, *Uma memória do jurisconsulto Correia Teles sôbre os antigos prazos de nomeação*, separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, pag. 19.

significado prático era quase o mesmo da comunhão de adquiridos, visto que só de bens adquiridos, ou pouco mais, seria constituído o pecúlio matrimonial. Pelo contrário, nos casamentos de gente rica — os únicos onde a comunhão absoluta podia ter efeitos aparatosos — todo o seu alcance se encontrava desvirtuado pela incomunicabilidade da maior parte do patrimônio dos esposos, o que reduzia tais casamentos, bem vistas as coisas, a verdadeiras comunhões de adquiridos também.

Tanto o Código Civil português como a moderna legislação brasileira — o decreto n.º 181, de 1890, primeiro, e o Código Civil, depois — deram um passo em falso, quando esqueceram êste pormenor. Teimaram em conservar a supletividade da comunhão geral de bens, num momento em que os vínculos tinham já sido abolidos e os prazos em vida se tinham transformado em prazos hereditários. Perdida a incomunicabilidade de tais bens, a comunhão absoluta passava a ter uma amplitude que nunca tivera ao longo dos séculos e a produzir, por vêzes, efeitos espectaculares, que as velhas usanças tinham cuidadosamente evitado. E êste novo estado de coisas ir-se-ia progressivamente agravando com o tempo: — Por um lado, a crescente mobilidade dos capitais, o rápido desenvolvimento do comércio interno e internacional e o incremento da grande indústria tornavam possível a formação de importantes fortunas, que deixavam, quantas vêzes, a perder de vista os velhos domínios agrários, sem que a menor limitação de comunicabilidade impendesse sôbre essas novas fontes de riqueza, como outrora sôbre aquêles domínios impenidia. Por outro lado, a progressiva decadência dos preconceitos sociais tornava cada vez mais frequentes os casamentos entre cônjuges de desigual fortuna, onde a supletividade da comunhão geral iria encontrar campo fértil para a produção de efeitos jurídicos de todo condenáveis.

Como se isso não bastasse, a promulgação da lei do divórcio em Portugal, em 1910, e a larga amplitude com

que o desquite conseguia ser consagrado na legislação brasileira, a partir de 1890 (52), sem o cuidado da mais ligeira reserva quanto à vigência da comunhão geral de bens como regime supletivo, vinham dar os últimos retoques nessa escandalosa instituição jurídica dos nossos dias que é o “casamento-negócio” — instituição cujo florescimento o nosso velho direito procurou evitar na medida do possível, e que assim surgia como criação desastrosa da moderna legislação portuguesa e brasileira.

2.º — Dizer que a supletividade da comunhão absoluta, nos termos em que a consagram os direitos português e brasileiro, está longe de constituir uma velharia ultrapassada é esquecer a realidade dos fatos que acabam de apontar-se.

Não basta, realmente, propor que os efeitos da comunhão geral de bens sejam corrigidos no caso da dissolução do casamento por divórcio ou da interrupção da sociedade conjugal pelo desquite. É necessário que essa correção seja mais vasta, acabando com tôdas as possibilidades do “casamento-negócio” — possibilidades que estão longe de circunscrever-se àqueles casos; e a forma mais prática de cortar o mal pela raiz será a de banir a comunhão geral como regime supletivo, visto ser à sua sombra que os casamentos por interesse proliferam.

O casamento, na verdade, não deve ser *meio de adquirir*. Não deve admitir-se que alguém enriqueça só pelo mero fato de casar. Esse é o grande argumento contra a comunicabilidade dos bens levados por cada um dos cônjuges para o casal ou posteriormente adquiridos a título gratuito. E trata-se de um argumento tão forte, que pode mesmo perguntar-se se não deveria ser proibida, com base

---

(52) A regulamentação do desquite no *Código Civil brasileiro* é quase inteiramente decalcada no referido decreto n.º 181, de 24 de Janeiro de 1890. Cfr. PAULO MERÊA, *Código Civil brasileiro anotado*, pág. 146; e CLOVIS BEVILAQUA, *ob e vol. cit.*, págs. 265 e segs.

nele, a própria estipulação convencional do regime de comunhão geral de bens. O Código italiano, no seu art.º 215.º, não hesita em seguir esse caminho, proibindo que se estabeleça “outra comunhão universal de bens além da dos úteis e adquiridos” (53). Em Portugal e no Brasil, é duvidoso se seria bem aceite uma tão forte limitação à liberdade contratual dos esposos; mas não deve haver hesitações, pelo menos, quanto ao afastamento da comunhão geral de bens como regime supletivo.

3.º — Não colhe igualmente o argumento de que o sentimento popular é favorável à comunhão absoluta.

O fato de ela ser adotada em 98% dos casamentos celebrados em Portugal não significa que seja efetivamente preferida pela generalidade dos nubentes, como aliás os seus mesmos partidários reconhecem; significa apenas que a grande massa das pessoas que casa se desinteressa do problema do regime de bens. E, quando se pretende tirar partido duma colocação do problema ao invés, dizendo que só em 2% dos casos os nubentes utilizam a faculdade de afastar a comunhão geral, esquecem-se várias circunstâncias que muito convém ter presentes:

a) Esquece-se que a grande, a esmagadora maioria não utiliza êsse privilégio porque nenhum interesse tem nisso. Nada tendo de seu e nenhuma esperança tendo de adquirir posteriormente bens a título gratuito, aos esposos é indiferente que o regime de bens aplicável ao seu casamento seja o da comunhão absoluta ou o da comunhão de adquiridos, porque os dois regimes, no caso concreto, se equivalem; e a adoção duma separação absoluta também os não tenta, pois o que lhes parece justo é que sejam comuns os bens que, pelos seus esforços conjugados, consigam adquirir.

---

(53) *Código Civil italiano*, art.º 215.\*

b) Esquece-se, por outro lado, que os esposos, muitas vezes, não vão para o afastamento voluntário da comunhão geral de bens porque, simplesmente, ignoram as verdadeiras vantagens que teriam em fazê-lo. Nunca foram devidamente esclarecidos da estrutura interna dos regimes matrimoniais; e limitam-se a confiar — no que totalmente se enganam — em que o legislador defenderá melhor que ninguém os seus interesses.

c) Esquece-se, por último, que a não-celebração duma escritura antenupcial a adotar outro regime é produto, em muitos casos, duma inibição de ordem material ou de ordem moral. Umhas vezes, não se faz escritura antenupcial para evitar uma despesa que se considera supérflua, num momento em que tantas outras despesas preocupam o espírito dos esposos. Outras vezes, não se fez escritura por simples preguiça ou desleixo. E outras vezes ainda — e aqui o problema reveste um aspecto muito mais grave —, não se faz escritura para não ferir susceptibilidades pessoais ou familiares: o nubente mais rico, apesar de reconhecer as vantagens que teria em adotar um regime de separação absoluta ou de comunhão de adquiridos, evita fazer qualquer sugestão nesse sentido, receoso de que tal sugestão possa ser interpretada como desconfiança por parte do outro nubente ou da sua família.

4.º — Nada autoriza, como se vê, a falar dum sentimento popular favorável à comunhão absoluta. Pelo contrário, não é difícil descobrir manifestações dum sentimento popular adverso a êsse regime, sobretudo quando serve de escolho à conservação dos bens na linha familiar da sua procedência. É o que sucede, por exemplo, quando o titular dum patrimônio avoengo contrai casamento, em regime de comunhão geral, com alguém que não tem patrimônio próprio e êsse casamento se dissolve sem descendência. Metade daquele patrimônio familiar fica sendo pertença do outro cônjuge, e, por sua morte, transmitir-se-á aos respectivos herdeiros — absolutamente estranhos à linha de proce-

dência dos bens — com prejuízo dos verdadeiros representantes do tronco familiar originário dos mesmos bens.

Um simples “acidente” matrimonial conseguiu, assim, destroçar um patrimônio familiar — que custou, porventura, as privações, os esforços e os trabalhos conjugados de várias gerações — indo atribuir os destroços dêsse patrimônio, como autêntico prêmio de loteria, a indivíduos que nenhum título verdadeiramente podem invocar para merecê-lo. Ninguém contestará que êste caso, quando se verifica, impressiona sempre fortemente o nosso povo, especialmente nos meios rurais, onde é mais forte o sentimento das tradições familiares, sendo sempre comentado com palavras de reprovação para com a lei que tal permite.

Deve reconhecer-se que a comunhão de adquiridos, só por si, não consegue eliminar totalmente o risco desta transferência dos bens familiares, por via matrimonial, para uma linha diferente da da sua procedência. Fica sempre de pé a hipótese de um dos cônjuges suceder, por morte dum filho, nos bens familiares por êste anteriormente herdados do outro cônjuge. Era a êsse risco que o velho direito procurava obviar, excluindo os ascendentes da sucessão nos bens de avoenga, ou limitando-os — como sucedia de preferência no direito hispânico — a um direito de simples sucessão no usufruto de tais bens (54). Impossível se torna, evidentemente, pensar em restaurar essa exclusão sucessória, que muitos séculos de romanismo jurídico conseguiram desterrar duma vez para sempre; mas a substituição da comunhão geral de bens pela comunhão de adquiridos, como regime supletivo, seria já suficiente para evitar os casos mais gritantes daquela mudança de linha dos bens familiares, que são os casos em que tal mudança se opera diretamente, por simples efeito da inexistência de filhos e da comunhão conjugal.

---

(54) Cfr. BRAGA DA CRUZ, *O direito de troncalidade e o regime jurídico do patrimônio familiar*, vol. II — *A exclusão sucessória dos ascendentes* (Braga, 1947), págs. 281 e segs. especialmente.

5.º — A interdependência existente entre a comunhão geral de bens e a verdadeira essência do casamento, tão apregoada pelos defensores daquele regime, entra em crise quando não consegue realizar-se o ideal da perfeita e completa união das almas dos esposos, que deveria estar na base daquela união patrimonial. Como diz expressivamente HEINRICH LEHMANN (55)”, no matrimônio em que existe verdadeiro amor, tudo se regula por si mesmo. A questão do regime patrimonial só toma normalmente importância, na prática, quando já não existe cordialidade no agregado conjugal. Derivar para o casamento destruído aquilo que respeita ao direito patrimonial dos mais elevados ideais morais significaria o mesmo que os anjos quererem educar os demônios”.

Ninguém contesta, na verdade, que a comunhão absoluta corresponde, num plano ideal, em matéria de regimes de bens, à mais elevada sublimação do amor conjugal. Mas o direito não pode irrefletidamente transplantar para as duras realidades da vida a regulamentação que corresponderia às instituições na sua forma ideal.

Trata-se duma atitude que ainda pode de certo modo justificar-se, dentro da maior prudência, quando exigida por fortes imperativos de ordem moral, como única maneira de impedir o relaxamento das instituições ou de conseguir elevá-las até próximo dessa forma ideal que lhes serve de modelo. Mas nada prova que êsse seja o caso da comunhão absoluta perante o objetivo da união pessoal dos cônjuges. Essa união espiritual há-de resultar de outros fatores muito diversos e não se vê que para ela possa contribuir de algum modo a união dos patrimônios.

Efetivamente, a ligação existente entre a comunhão geral de bens, no domínio patrimonial, e a união dos cônjuges, no plano espiritual e moral — ligação que tóda a

---

(55) Cfr. HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Familia* (tradução espanhola), pág. 121.



gente reconhece —, não se traduz numa influência daquela sobre esta, mas antes desta sobre aquela. Para a realização perfeita do ideal do matrimônio, não tem normalmente a menor importância que os cônjuges tenham adotado a comunhão geral de bens ou a separação absoluta. Há casamentos efetuados sob o regime da separação, em que os esposos conseguiram atingir, no mais alto grau, a unidade espiritual a que todo o matrimônio deve aspirar. Inversamente, quando as demais condições não são propícias à realização desse ideal, não é a comunhão absoluta de bens que pode fazer o milagre de o conseguir; terá até, as mais das vezes, um efeito contraproducente.

O que não pode, isso sim, é haver perfeita união de patrimônios, no casamento, se não houver a alicerçá-la um bom entendimento dos cônjuges no plano espiritual e moral. O desentendimento conjugal será bastante, só por si, para desvirtuar a comunhão imposta pelo regime de bens — e não faltam aos cônjuges, como se sabe, meios jurídicos para iludir, em maior ou menor grau, essa comunhão a que não conseguiram adaptar-se. Inversamente, a união espiritual dos cônjuges transformará, na prática, em verdadeira comunhão, a mais intransigente separação de bens estipulada na convenção ante-nupcial.

É nesse sentido, e só nesse, que verdadeiramente se pode afirmar a ligação existente entre a comunhão absoluta e a essência do matrimônio: onde existir verdadeira união conjugal, aí se viverá efetivamente em comunhão de bens, qualquer que seja o regime na realidade estipulado ou determinado por lei.

Pretender transplantar a mesma comunhão para os momentos de crise, quando ao entendimento conjugal se substituiu a hostilidade entre os esposos ou o jogo de interesses entre os herdeiros, é contrariar conscientemente as realidades e desvirtuar a verdadeira vontade dos cônjuges.

Cuide-se, portanto, de adotar como supletivo um regime que resolva com justiça esses problemas dos momentos

de crise, pois nos períodos de bom entendimento conjugal a comunhão florescerá por si, sem que a lei careça de vir alimentar-lhe o fogo sagrado.

6.º — O que acaba de dizer-se responde também suficientemente, só por si, ao argumento que os partidários da comunhão geral procuram tirar do fato de, não poucas vezes, o cônjuge mais abastado ficar devendo a conservação e aumento de seu patrimônio ao apoio moral e material que o outro cônjuge lhe prestou na constância do matrimônio.

Ninguém contesta que alguma compensação é devida por essa colaboração. Mas o que parece evidente é que a *justa compensação* devida nesse caso não é a da participação, meio por meio, nos bens próprios do outro cônjuge, mas sim a da participação, meio por meio, nos respectivos rendimentos e aquisições onerosas.

Começa logo porque só essa participação se mostra proporcionada à maior ou menor duração do casamento e ao maior ou menor grau de colaboração prestado por um cônjuge ao outro. Os rendimentos e as aquisições serão tanto mais vultosos quanto mais eficaz e mais duradoura for a colaboração dos cônjuges. Participar neles em partes iguais, portanto, é ter uma compensação justa e equilibrada, proporcional aos serviços mutuamente prestados. Mas já o mesmo se não pode dizer, evidentemente, da participação de cada cônjuge, meio por meio, na titularidade dos bens próprios do outro cônjuge, sem distinguir se o casamento durou longos anos ou poucos dias e se o cônjuge beneficiário prestou muita ou pouca colaboração ao outro cônjuge.

O argumento apresentado, a este propósito, em defesa da comunhão geral é fruto, pois, duma generalização apresada: — Foca-se a hipótese rara de um dos cônjuges ficar devendo exclusivamente à colaboração material e moral do outro cônjuge a conservação do seu patrimônio próprio,

para defender como justa uma comunhão nesses bens; e pretende reconhecer-se o direito a uma participação dessas, em todos os casos, indiscriminadamente, mesmo quando é manifesto, pela diminuta duração do casamento ou baixo nível de cordialidade entre os cônjuges, que a colaboração mútuamente prestada foi nula ou de índice negativo.

A isto acresce que a participação nos rendimentos e nas aquisições é aquela que melhor traduz a efetiva comunhão estabelecida na constância do matrimônio por virtude do bom entendimento conjugal (a que se aludiu no número anterior). Ela é que verdadeiramente aproveita ao cônjuge que se tornou credor moral duma compensação: aproveita-lhe tanto, na generalidade dos casos, como se fôra proprietário dos bens que produzem aquêles rendimentos ou tornaram possíveis aquelas aquisições. A participação na propriedade de metade dos bens do outro cônjuge, essa, já não é, muitas vêzes, uma compensação para si, mas antes uma compensação dada aos seus herdeiros, que não se vê porque hão-de merecer ser compensados.

Só assim não sucede quando êsse cônjuge, que se tornou merecedor duma compensação, sobrevive ao cônjuge mais abastado — cujos bens ajudou a conservar e frutificar —, pois, nesse caso, vê-se impossibilitado de continuar a auferir os rendimentos que de tais bens recebia na constância do matrimônio. Êsse inconveniente, porém, prende-se já com o problema, mais geral, da situação do cônjuge sobrevivente, que o regime da comunhão de adquiridos protege menos eficientemente que o da comunhão geral. Dê-nos ocuparemos já adiante.

7.º — O argumento de que, na comunhão geral de bens, a participação dum cônjuge nos bens *próprios* do outro serve de justa contrapartida à participação dêste nos *adquiridos* daquele é produto, igualmente, duma generalização apressada.

O caso ventilado — aquisição de bens de avultado valor, à custa exclusiva do seu trabalho, pelo cônjuge que menos

bens levou para o casal — não parece que tenha a frequência suficiente para ser arvorado em paradigma e dê inferir a regulamentação do *regime justo* para a generalidade dos casos.

Deve, de resto, acrescentar-se, que nem mesmo nesse caso a comunhão geral seria sempre justa, pois é muito difícil de dizer até que ponto as aquisições dum cônjuge, na constância do matrimônio, são produto *exclusivo* do seu trabalho. Aqui, sim — e muito mais que há pouco, a propósito da simples *conservação* dos bens próprios —, costuma tomar relevo a silenciosa colaboração do outro cônjuge, através da paz de espírito e da alegria de viver de que soube encher o lar conjugal, e sem as quais não teria sido possível o trabalho fecundo de que aquelas aquisições representam o fruto.

Não se fale, pois, da necessidade de equilibrar a participação dum dos cônjuges nas *aquisições* do outro — que é uma participação, quase sempre, inteiramente justa — com a participação dêste nos *bens próprios* daquele, normalmente desproporcionada em relação àquela e de justiça muito mais duvidosa, na generalidade dos casos.

8.º — Entre as afirmações feitas em favor da comunhão geral de bens, uma há, forçoso é reconhecê-lo — e já acima expressamente o fizemos (56) — que regista um fató incontroverso: a comunhão absoluta defende melhor os interesses do cônjuge sobrevivivo que a comunhão de adquiridos.

Resta saber se essa razão, só por si, é suficiente para preferir a comunhão geral, com todos os defeitos já salientados, como regime de bens de direito comum. A resposta a dar é francamente negativa, tanto mais que esta real deficiência da comunhão de adquiridos pode facilmente suprir-se por outra via.

---

(56) Cfr. *supra*, n.º 6.º deste § IV.

Comecemos por salientar que o quadro não é tão negro, no direito vigente, como poderia parecer à primeira vista: — Na generalidade dos casos, o cônjuge sobrevivivo ou beneficia duma *proteção jurídica* — como é o usufruto de metade ou da totalidade da herança, que, em certos casos, o direito português lhe concede (57) — ou duma *proteção de fato*, traduzida no carinho com que é tratado pelos herdeiros do cônjuge predefunto. Quando não pode contar com a primeira nem com a segunda destas proteções, resta-lhe sempre o seu *direito a alimentos* (58) e, no direito português, a proteção do seu *apanágio*, que lhe dá “direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido, sejam de que natureza forem” (59). E êsse direito, que se encontra devidamente garantido com hipoteca legal (60), está longe de ter mero valor simbólico, pois o art.º 1232.º do Código Civil português — seguindo, aliás, a orientação geral do art.º 178.º — declara expressamente que êsses alimentos “serão taxados pelo prudente arbítrio do julgador, em proporção dos rendimentos dos sobreditos bens, e conforme a necessidade e condição do alimentado”. Isto quer dizer que, no direito português, o cônjuge sobrevivivo gozará, a maior parte das vêzes, duma situação semelhante à que teria se dispusesse de usufruto duma importante fração da herança.

É inegável, mesmo assim, que os regimes de separação — comunhão de adquiridos incluía — oferecem um risco para o cônjuge sobrevivivo, a que êle não está sujeito na comunhão absoluta. E é de tôda a justiça pô-lo a coberto dêsse risco, se se adotar a comunhão de adquiridos como regime

---

(57) Cfr. *supra*, notas 41 e 42.

(58) Cfr. *supra*, nota 43.

(59) Cfr. *supra*, nota 44.

(60) *Código Civil português*, art.º 906.º: “Os credores, que têm hipoteca legal, para segurança do pagamento das suas dívidas, são: 4.º — O cônjuge sobrevivivo nos bens do cônjuge falecido, para pagamento do apanágio a que tenha direito”

de bens supletivo. Bastará, para tanto, protegê-lo com um direito de usufruto sôbre uma parte da herança, sejam quais forem os herdeiros chamados a suceder na propriedade da mesma, e atribuir a êsse usufruto, não a simples natureza de *legado legitimo* — com o que a proteção resultaria de eficácia reduzida —, mas sim a natureza de verdadeiro *legado legitimário*, como já hoje sucede, por exemplo, no direito italiano (61).

A comunhão de adquiridos, pelas várias razões acabadas de apontar, apresenta-se, pois, como um regime muito mais razoável e mais justo que a comunhão geral de bens; e tudo aconselha que se lhe dê preferência como regime de bens supletivo. É um regime que combina, numa solução harmônica e equilibrada, as vantagens da separação com as da comunhão, e que evita — nos pontos onde mais convém que sejam evitados — os inconvenientes duma e doutra: — Conserva separados os bens que cada um dos cônjuges levou para o casal ou que posteriormente adquiriu a título gratuito, evitando, assim, condenáveis transferências de bens dum dos cônjuges para a família do outro cônjuge (62); e considera comuns os rendimentos dos bens próprios e as aquisições a título oneroso feitas na constância do matrimônio, o que constitui uma justa e proporcionada participação dos dois cônjuges nos resultados dos seus esforços comuns e da colaboração material e moral que mutuamente se prestam (63). Por outro lado, impedindo que o casamento se transforme num meio de adquirir, a comunhão de adquiridos apresenta-se como um regime altamente moralizador, sem cair nos exageros e nos riscos da separação absoluta de bens.

Além de tudo isto, a supletividade da comunhão de adquiridos tem a vantagem de dispensar normas jurídicas

---

(61) Cfr. *Código Civil italiano*, art.º 540.º

(62) Cfr. *supra*, n.º 4.º deste § IV.

(63) Cfr. *supra*, n.º 6.º deste § IV.

especiais para os casos de separação de pessoas e bens e de divórcio, o que constituía, como se viu (64), uma das exigências basilares formuladas pela manutenção da comunhão geral de bens como regime supletivo. Na verdade, ao contrário do que sucede com a comunhão absoluta, as soluções preconizadas pela comunhão de adquiridos, quanto à partilha dos bens do casal, apresentam-se tão razoáveis e justas para êsses casos como para a dissolução por morte, nada impedindo que o regime vigore uniformemente para tôdas essas hipóteses.

## V

O problema que nos ocupa poderia ainda ser objeto duma outra solução, que seria a de se adotar, como regime supletivo, um sistema intermédio, com elementos da comunhão de adquiridos e elementos da comunhão geral.

Uma primeira fórmula conciliatória poderia ser, neste sentido, a seguinte: — As relações patrimoniais entre os cônjuges, na constância do matrimônio, seriam reguladas pelo sistema da comunhão de adquiridos. Por êsse mesmo regime se regularia a liquidação do casal, no que respeita às relações dos cônjuges com terceiros. Mas, uma vez feito isso, sendo a dissolução por morte e havendo filhos ou outros descendentes do matrimônio dissolvido, o patrimônio conjugal seria partilhado segundo as regras da comunhão geral de bens.

Que razões poderiam aconselhar esta solução conciliatória? Fundamentalmente, a preocupação de não abandonar de todo uma tradição de oito séculos, que se encontra de fato — diga-se o que se disser em contrário — bastante arraigada no espírito do nosso povo.

Se algum domínio há, na verdade, onde essa tradição possa ser mantida sem risco acentuado de consequência

---

(64) Cfr. *supra*, § III *in fine*.

reprovável, é o daqueles casamentos que, só se dissolvendo por morte dum dos cônjuges, deixam perpetuada a sua recordação através da sobrevivência de filhos ou outros descendentes.

Pode dizer-se que, então, deixam de ter relevo os principais defeitos apontados à comunhão geral e melhor se destacam os merecimentos que ela encerra. Efetivamente:

a) A aquisição de bens por parte dum dos cônjuges à custa do outro (65) deixa de impressionar-nos tão desfavoravelmente, pois o cônjuge sobrevivivo, na generalidade dos casos, é um *detentor transitório* dos bens que constituem a sua meação. À parte as hipóteses raras de dissipar esses bens, de dispor da quota disponível em favor de estranhos, de sobreviver aos descendentes que com êle partilharam os bens do casal, ou de contrair segundas núpcias, o cônjuge sobrevivivo limita-se — e é o caso corrente — a conservar e usufruir os bens em causa, que serão transmitidos, por sua morte, àqueles mesmos descendentes do casal que os teriam herdado diretamente do cônjuge defunto, se outro fôsse o regime matrimonial que presidiu à partilha. Por outras palavras: embora efetivo *proprietário* da sua meação, o cônjuge sobrevivivo comporta-se á normalmente perante ela, havendo filhos, como um simples usufrutuário.

b) Pelas mesmas razões, pode dizer-se que deixa de revestir acuidade, no caso que estamos a figurar, o risco da transmissão de bens avoengos dum dos cônjuges para os herdeiros do outro cônjuge, como prejuízo dos verdadeiros representantes da linha de procedência desses bens (66). É que, ressalvadas as hipóteses excepcionais mencionadas na alínea anterior, os herdeiros do cônjuge sobrevivivo serão os descendentes conjuntos seus e do cônjuge

---

(65) Cfr. supra, n.º 2.º do § IV

(66) Cfr. supra, n.º 4.º do § IV.



defunto, representantes, por sua própria natureza, das duas linhas familiares.

c) Forçoso é reconhecer, além disto, que a enaltecida interdependência da comunhão geral de bens com a verdadeira essência do casamento, em nenhum caso se pode invocar com tanto acêrto como na hipótese em apreciação. Se aquela interdependência só entra em crise, como sobejamente se demonstrou (67), quando a perfeita união dos cônjuges não conseguiu realizar-se, evidente se torna que o menor risco dessa crise reside no casamento que só a morte dissolveu e em que os cônjuges deixaram descendência.

d) É também neste caso da existência de descendentes do casal dissolvido por morte, que maior relevo assume a proteção dispensada pelo regime de comunhão geral de bens ao cônjuge sobrevivente. É então que este verdadeiramente carece de ser protegido com o reconhecimento do direito à sua meação, pois a afeição do outro cônjuge pelos filhos pode facilmente fazê-lo esquecer a afeição que igualmente lhe deve a si, e não lhe deixar garantido um suficiente lucro de sobrevivência, se este depender exclusivamente da sua vontade. Já idêntico risco não existe, pelo menos com a mesma acuidade, quando não há descendentes: perante simples ascendentes ou colaterais, é natural que o outro cônjuge não esqueça facilmente os seus deveres de afeição conjugal, contemplando-o suficientemente em testamento, ou, pelo menos — no caso do direito português —, não lhe cerceando o legado de usufruto que a lei, nesses casos, quase sempre lhe concede (68).

e) Não é despicienda, finalmente, a vantagem de ordem fiscal que representa, para os descendentes do

---

(67) Cfr. supra, n.º 5.º do § IV.

(68) Excetua-se o caso da devolução da herança aos ascendentes legítimos, ao qual, aliás, fácil seria estender, *de iure condendo*, o mesmo privilégio.

casal, o pagamento do imposto sucessório em duas prestações, mais ou menos distanciadas no tempo: metade por morte do cônjuge primeiro falecido, e a outra metade só por morte do outro.

Nas famílias onde reina a melhor harmonia, os filhos não têm pressa de herdar o patrimônio dos pais. Além das razões de ordem afetiva que os levam a desejar ardentemente que o momento da perda dos pais nunca mais chegue, nem sequer interesse material têm normalmente em receber a herança, porque já em vida dos pais começaram a beneficiar daquela efetiva *comunhão de bens* que é fruto da boa harmonia familiar e está para além dos regimes matrimoniais regulados na lei (69). A sua investidura na titularidade da herança paterna representa, sim, não poucas vezes, um forte *contratempo* patrimonial, por vir acompanhada do encargo dum inesperado e pesado imposto sucessório, sem nenhum acréscimo de interesse pecuniário que sirva para contrabalançá-lo. Dando-lhes a possibilidade de pagar aquêlo imposto em duas metades, em ocasiões diferentes, a partilha do casal em regime de comunhão absoluta é-lhes, por vezes, extremamente vantajosa (70).

Não é, no entanto, isenta de críticas a solução preconizada:

a) Um primeiro defeito se lhe pode logo apontar, que é o de quebrar a unidade de regulamentação do regime de bens supletivo, com todos os inconvenientes de ordem jurídica e de ordem prática que daí podem resultar: um

---

(69) Cfr. supra, n.º 5.º do § IV.

(70) Não se esqueça, além disso, que, havendo no direito português uma isenção de imposto sucessório, em favor de descendentes, para as heranças até 100 contos, se um dos pais tem avultada fortuna e o outro nada, o regime da comunhão geral representa, para os filhos, uma possibilidade de beneficiar duas vezes daquela isenção (uma vez, por morte do pai, e outra, por morte da mãe) o que não sucederá se outro fôr o regime que preside à partilha.

regime para a dissolução da comunhão por morte, outro para a dissolução por divórcio ou por desquite; um regime para a hipótese de sobreviverem descendentes, outro para a hipótese inversa. Embora os interesses de terceiros estejam devidamente protegidos contra esta incerteza do regime que presidirá à partilha do patrimônio conjugal — através do expediente de o regime ser sempre, para eles, o da comunhão de adquiridos —, tal incerteza terá sempre efeitos nocivos para as relações entre os cônjuges na pendência do matrimônio, e deve, por isso mesmo, ser evitada.

b) Nada justifica, além disso, que o casamento se transforme em meio legítimo de adquirir pelo fato de haver descendentes à data da sua dissolução, quando não é considerado como tal na hipótese de ser infecundo.

Diz-se contra isso, como vimos, que o cônjuge sobrevivivo será, normalmente, um *detentor transitório* da sua meação, que transmitirá, depois, intacta, aos mesmos herdeiros do cônjuge predefunto. Esquece-se, porém, que, entre as hipóteses em que tal pode não se verificar, figura uma que não é tão excepcional nem tão despicienda como se insinuou: a das segundas núpcias. Sobretudo nos casamentos que se dissolveram prematuramente por morte dum dos cônjuges, não tem nada de invulgar o desejo do cônjuge sobrevivivo de constituir nova família. E não se percebe porque há-de entrar no novo lar com metade da fortuna do cônjuge predefunto, só pelo fato de terem filhos desse primeiro casamento. Medidas limitativas, do gênero da do art.º 1235.º do Código Civil português (71), podem atenuar, mas não suprimir totalmente o prejuízo que desse segundo casamento advém para os filhos do primeiro matrimônio.

---

(71) *Código Civil português*, art.º 1235.º: “O varão ou a mulher, que contrair segundas núpcias, tendo filhos ou outros descendentes sucessíveis de anterior matrimônio, não poderá comunicar com o outro cônjuge, nem por qualquer título doar-lhe mais do que a metade dos bens que tiver ao tempo do casamento ou que venha a adquirir por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes”.

c) A tudo isto acrescem as complicações de ordem prática que forçosamente suscitaria uma partilha do casal, em parte presidida pelo sistema da comunhão de adquiridos e em parte presidida pelo sistema da comunhão geral. Basta olhar para as dificuldades que haveria em regulamentar a liquidação do passivo do casal, uma sendo a posição jurídica dos cônjuges perante terceiros e outra a sua posição jurídica um perante o outro.

d) Quanto às aludidas vantagens de ordem fiscal, tudo poderia remediar-se à custa de legislação adequada, quer alargando o limite da isenção do imposto sucessório, quer mandando somar e dividir por dois, para efeitos tributários, a fortuna dos dois cônjuges.

\* \* \*

O sistema acabado de analisar nas suas vantagens e nos seus inconvenientes não seria, de resto, a única solução conciliatória possível, entre o regime da comunhão geral e o regime da comunhão de adquiridos. Um outro poderia sugerir-se e que representaria, bem vistas as coisas, um regresso muito mais puro à velha tradição jurídica portuguesa: — O regime supletivo continuaria a ser, como hoje, e para todos os casos, o da comunhão absoluta; mas a lista dos bens incomunicáveis constante do art.º 1109.º do Código Civil português (72) e do art.º 263.º do Código Civil

---

(72) *Código Civil português*, art.º 1109.º: “Não exceptuados da comunhão: 1.º — Os prazos de livre nomeação enquanto não tomarem a natureza de fideiussus hereditários; 2.º — Os bens doados ou deixados com a cláusula de incomunicabilidade ou os subrogados em lugar dêles; 3.º — Os bens herdados pelo pai ou mãe bínubos, por morte do filho de outro matrimônio, existindo irmãos germanos do filho falecido ou filhos de irmãos germanos falecidos, nos termos do artigo 1236.º; 4.º — A metade dos bens que possuir o cônjuge que passar a segundas núpcias ou dos que herdar de seus parentes ou receber por doação, tendo de anterior matrimônio filhos ou outros descendentes, nos termos do artigo 1235.º; 5.º — Os vestidos,

brasileiro (73) seria consideravelmente alargada, de forma a transformá-lo, sob muitos aspectos, num regime bastante aproximado da comunhão de adquiridos. Entre êsses bens incomunicáveis, incluir-se-iam, especialmente, os bens de procedência familiar, recebidos por herança ou doação de parentes próximos, por qualquer dos cônjuges, antes ou depois do casamento.

A tradição da comunhão absoluta seria, assim, restaurada em termos bastante aproximados aos da sua velha organização (74), com a vantagem de se dar a merecida atenção ao incremento tomado nos nossos dias pelas fortunas mobiliárias. Na verdade, enquanto o velho direito português apenas excluía da comunhão os bens da coroa, de morgado, de prazos em vidas, e semelhantes — bens de natureza imobiliária, portanto, que eram, ao tempo, a principal fonte de riqueza —, a solução preconizada atribuiria também a natureza de incomunicáveis a todos os demais valores de procedência familiar, como o estabelecimento comercial, as quotas e ações de sociedades, os títulos da dívida pública, etc.

---

roupas e outros objetos de uso pessoal e exclusivo dos esposos, e as jóias esponsalícias dadas pelos esposos antes do casamento. § único — A incomunicabilidade dos bens mencionados neste artigo não abrange os frutos e rendimentos dos ditos bens, o valor das benfeitorias, nem o preço do prazo comprado na constância do matrimônio”.

(73) *Código Civil brasileiro*, art.º 263.º: “São excluídos da comunhão: I — As pensões, meio-soldos, montepios, tenças e outras rendas semelhantes. II — Os bens doados ou legados com a cláusula de incomunicabilidade e os subrogados em seu lugar. III — Os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva. IV — As doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro, com a cláusula de incomunicabilidade. IX — As roupas de uso pessoal, as jóias esponsalícias dadas antes do casamento pelo esposo, os livros e instrumentos de profissão e os retratos de família. . .”

(74) Cfr. supra, n.º 1.º do § IV

O argumento mais valioso que pode invocar-se em favor desta solução, à parte a sua rigorosa fidelidade à nossa tradição histórica, é o de que ela permite conciliar harmônicamente, melhor que qualquer outra, os dois interesses essenciais — e tantas vezes antagônicos — que coexistem dentro de cada sociedade conjugal: a realização da unidade espiritual e moral entre os cônjuges (“*erunt duo in carne una*”) e a perpetuação do nome, das tradições e dos sentimentos familiares através das gerações. O primeiro interesse, que representa a realização do ideal familiar *a curto prazo* está intimamente ligado, no plano patrimonial, com a comunhão absoluta. O segundo interesse, que representa a realização do ideal familiar *a longo prazo*, para além da efemeridade da vida dos cônjuges, encontra na comunhão de adquiridos a sua expressão mais perfeita.

A solução justa, poderá então dizer-se, será a de procurar satisfazer ambos êsses interesses, na medida do possível, isto é, não sacrificar o primeiro para além dos limites naturalmente exigidos pela realização do segundo, nem êste senão na medida necessária para a realização daquele. Ora ninguém contesta que o regime puro da comunhão absoluta sacrifica demasiado o segundo interesse em homenagem ao primeiro; e que o regime puro da comunhão de adquiridos sacrifica o primeiro interesse bastante para além do que a satisfação do segundo o exige.

O sistema indicado representaria, assim, o justo equilíbrio: — Sacrifica a comunhão absoluta na medida em municáveis todos os bens de procedência familiar gratuita que é sacrificá-la para garantir a continuidade das tradições familiares através das gerações, considerando incoamente adquiridos; mas não vai mais longe nas suas exigências, consentindo que continuem a considerar-se comunicáveis tôdas as aquisições onerosas, inclusive se anteriores ao casamento, e as próprias aquisições a título gratuito efetuadas fora do quadro familiar.

Esta solução conciliatória é inegavelmente engenhosa, na sua extrema simplicidade, e está isenta das críticas fundamentais dirigidas à que primeiramente se expôs: não há quebra de unidade na regulamentação interna do regime supletivo, nem complicações práticas na sua execução para a partilha do casal, nem riscos tão acentuados no caso de segundas núpcias, salvaguardada como está a incomunicabilidade dos bens familiares.

Resta saber se, mesmo assim, deve considerar-se razoável a comunicabilidade, que o sistema preconiza, a respeito dos bens *próprios* de procedência não familiar. A idéia de que êsses bens são de diminuta importância — pois na idade em que um individuo casa ainda não teve tempo de efetuar grandes aquisições à custa do seu trabalho — pode levar a uma errada colocação do problema. Na verdade, não são raros os casos de pessoas que casam só na idade madura, depois de terem constituído valioso pecúlio pelo seu esforço; e não é indiferente determinar se é justo ou não que êsses bens se comuniquem ao outro cônjuge.

Ora é forçoso reconhecer que algumas das razões de maior peso invocadas contra a comunhão absoluta têm tanto cabimento a respeito dêstes bens como a respeito dos bens de procedência familiar. Também aqui, na verdade, nada justifica que o casamento seja meio de adquirir (75), podendo a participação dum dos cônjuges nos bens dessa categoria pertencentes ao outro tornar-se tão escandalosa como a respeito dos bens familiares. Também aqui, do mesmo modo, não se vê que a colaboração moral e material prestada por um cônjuge ao outro na constância do matrimônio exija uma tão desproporcionada e tão irregular compensação (76). E também aqui, finalmente, não se vê que a comunicabilidade seja uma exigência imperiosa da

---

(75) Cfr. *supra*, n.º 2.º do § IV.

(76) Cfr. *supra*, n.º 6.º do § IV.

realização do ideal familiar da união pessoal dos cônjuges (77).

A tudo isto acresce que o sistema em causa suscitaria dificuldades quanto à resolução do problema da posição que deve ser dada ao cônjuge sobrevivente no quadro da sucessão. A incomunicabilidade dos bens de procedência familiar tornaria irrelevante, para a maioria dos casos, a proteção sucessória que o cônjuge sobrevivente encontra no levantamento da sua meação; e, por isso mesmo, tornaria sempre necessário ir para a solução de consagrar na lei, em seu favor, um *legado legitimário* do usufruto duma fração da herança do cônjuge defunto (78). Como porém, nunca se lhe poderia tolher o direito à sua meação nos bens comunicáveis, com frequência sucederia ficar o cônjuge sobrevivente numa posição de injustificado privilégio. É o que sucederia sempre que o cônjuge predefunto fôsse titular de avultada fortuna, constituída por bens de procedência não familiar: o cônjuge sobrevivente levantaria a sua meação e teria sua meação e teria ainda, além disso, um legado legitimário de usufruto sobre uma parcela importante da meação do outro cônjuge, deixando em situação de grande inferioridade os herdeiros deste, sem justificação nenhuma.

A solução que acabamos de apreciar não parece merecer, assim, uma aceitação incontroversa. Não dá a satisfação devida aos partidários da comunhão geral, pois atribui a este regime um valor puramente simbólico, desvirtuando-o totalmente na sua aplicação prática; e rouba à comunhão de adquiridos algumas das suas principais virtudes, trocando-as pelos defeitos da comunhão absoluta, em busca duma hipotética conciliação dos dois regimes, que, em boa verdade, não consegue realizar.

---

(77) Cfr. *supra*, n.º 5.º do § IV

(78) Cfr. *supra*, n.º 8.º do § IV.



## Conclusões

De tôdas as considerações expendidas, parece resultar nítida a conclusão de que nenhum regime de bens supera em razoabilidade e em justiça o regime puro da “*comunhão de adquiridos*” ou “*comunhão parcial*” e que é êsse o regime cuja *adoção* se impõe, no direito português e no direito brasileiro, como regime matrimonial de bens supletivo.

A supletividade da comunhão geral de bens é, nos dois direitos lusíadas, uma instituição que foi ultrapassada pelo condicionalismo social dos nossos dias a que nada justifica se mantenha. Sendo, porém, essa supletividade uma das mais expressivas manifestações do fundo histórico comum do direito privado dos dois países, seria de desejar que uma alteração de tal vulto fôsse introduzida, ao mesmo, no direito português e no direito brasileiro, a fim de não quebrar a unidade que neste ponto, como em muitos outros, os dois sistemas jurídicos têm sabido manter.

Em Portugal, o problema pode considerar-se hoje sufficientemente maduro para que a alteração sugerida possa ser objeto duma reforma legislativa; e espera-se que ela venha a ter lugar, com a aceitação quase unânime das opiniões responsáveis, na próxima reforma do Código Civil. Aqui se emite o voto de que também no Brasil o problema suscite a merecida atenção dos estudiosos, de forma a poder ser objeto, em breve prazo, duma reforma legislativa adequada.

# A corrupção eleitoral pelo subôrno.

(Capítulo de história de direito político colonial)

*Waldemar Ferreira.*

Professor Emérito na Faculdade de  
Direito da Universidade de S. Paulo.

Muito se vem escrevendo e deblaterando a propósito da corrupção eleitoral escandalosamente verificada nos derradeiros pleitos eleitorais. Venceram, com poucas e insignificantes exceções, os candidatos que mais puderam, mercê da abundância de seus recursos pecuniários, vencer o eleitorado da excelência de seus atributos para a representação popular. Candidato houve, ao que se diz, que, tendo obtido mais de trinta mil votos, se desembolsou por igual de mais de trinta milhões de cruzeiros, de onde, se a matemática não falha, ter sido de mil cruzeiros o custo de cada voto...

Mercadejou-se o voto; e, com isso, quem padeceu, foi a representação do povo, principalmente o paulista. Elegeram-se representantes tão desprovidos de conhecimento de nossos problemas, de tal modo destituídos das qualidades exigidas a parlamentares, que se tornou necessária a instituição, no Rio de Janeiro, de uma assessoria destinada à elaboração dos discursos que êles lerão na tribuna e dos projetos que apresentarão ao plenário...

Preocupam-se sociólogos com a anomalia dêsse fato, em verdade mais social do que político. Analisam-no, por seu turno, os políticos, fazendo censuras uns e cantando palinódias outros, concordes não poucos com a inadiável

necessidade de opulenta reforma eleitoral que permita, ao menos, a eleição de alguns, pouco endinheirados, mas que saibam ler, escrever e falar em público. Falar, sobretudo, já que se destinam ao Parlamento.

Não falta quem culpe o regime de todos os males que nos angustiam. O presidencialismo tinha necessariamente que dar nisso; e o parlamentarismo seria experiência que talvez conviesse experimentar. A crise é pois do regime.

Não, retruca-se, nada disso; a crise, que aí está, é de homens. Não se tem acaso a prova disso, no momento que corre, em que não apareceu ainda um homem que pudesse cristalizar a confiança e as esperanças do País para alçar-se à Presidência da República?

Em outros tempos, advertem os desiludidos, recolhendo-se ao passado, de que a história retém apenas o que parece ter sido bom, deixando o que não prestou no olvido; em outros tempos não foi assim: havia mais cuidado na escolha dos representantes do povo às assembléias políticas. Os eleitos, na generalidade dos casos, se de pobreza não poucas vêzes heróica, se salientavam por altas qualidades de nobreza pessoal e dignidade política. Não se corrompia o eleitorado pelo subôrno. .

Por alvará, passado em Lisboa aos 11 de novembro de 1611, fêz el-rei saber “assim por queixas que a mim vêm, como por pessoas zelosas do serviço de Deus e meu, do bem público, quietação e bom govêrno das vilas e lugares dêstes Reinos, cujas eleições de juizes e officiais das Câmaras não vêm a mim para as aprovar, dos muitos subornos e desordens que há nas eleições, de que procedem grandes inquietações e se metem ordinariamente no govêrno das terras pessoas incapazes e que não têm partes e qualidades para servirem”.

Não se deteve El-rei diante dêsses males.

Porque, “pelas Ordenações se não prevê bastantemente nos ditos excessos, nem se declaram penas aos comprehendidos no subornarem as tais eleições, se façam como convêm ao meu serviço, atendendo-se sômente o que fôr mais

benefício e bom govêrno da terra”, houve El-rei por bem mandar preparar “regimento para se fazerem daqui em diante as ditas eleições que a mim não vierem para as apurar” e determinou as providências que deveriam ser observadas e postas em prática pelos “corregedores, ouvidores dos mestrados e assim os ouvidores dos donatários nas vilas e lugares de suas jurisdições e assim os juizes ordinários delas”.

Primeiramente, lê-se no alvará, “tanto que os corregedores, ouvidores, entrarem nas terras onde hão de fazer a eleição, escolherão duas ou três pessoas que lhes parecer das mais antigas e honradas e de que tenham informação que são zelosas do bem público e de sãs consciências, e lhes perguntarão pelas pessoas que há nas vilas, dando-lhes juramento dos Santos Evangelhos e saberão delas as qualidades que têm para poderem servir os cargos da governança e dos parentescos que entre elas há e a amizade ou ódio e de suas idades; e no mesmo dia que os ditos corregedores e ouvidores e juizes ordinários houverem de fazer a eleição, farão lançar pregões que nenhuma pessoa de qualquer qualidade e condição que seja suborne na dita eleição, pedindo, nem procurando votos para si, nem para outrem, nem por qualquer outra via a inquietar, sendo certo que se há de disso tirar devassa, e os que forem compreendidos que subornaram ou inquietaram a tal eleição serão presos e condenados em dois anos de degredo para um dos lugares de África, além disso pagarão cinqüenta cruzados para cativos, e dos ditos pregões farão autos e depois de lançados os ditos pregões, estando o povo junto, o dito corregedor, ouvidor ou juizes lhe dirá, da minha parte, que das pessoas mais nobres da governança da terra ou que houverem seus pais e avós, votem em seus eleitores, dos mais velhos e zelosos do bem público e que não sejam parciais se na dita vila houver bandos, e sendo isto tomará os votos para as eleições e depois de ter votado nêles os apurará o dito corregedor, ouvidor ou juizes ordinários os

seis que tiverem mais votos, aos quais dará juramento dos Santos Evangelhos que êles façam a eleição para os três anos seguintes de juizes e vereadores, procuradores do Conselho e mais officiaes que costumam andar na Câmara do lugar em que fizer a tal eleição e que serão pessoas naturais da terra e da governança dela ou houvessem sido seus pais e avós, de idade conveniente, sem jaça alguma, e nomeando pessoa que não seja natural da terra tenha as partes e qualidades que se requerem e que nenhuma dê voto nisso...”

E, prossegue o alvará, “depois de lhe dar juramento os apartará de dois em dois, não sendo parentes nos graus prohibidos por afinidade ou sangüinidade, de que farão rol por êles assinado e não nomearão mais pessoas para servir os três anos seguintes”, mandando El-rei que “a pessoa que um ano fôr eleita não possa tornar a ser senão passados os três anos e pela mesma maneira os que servirem de juizes, vereadores, procurador, não poderão servir os tais cargos senão passados três anos e isto havendo nas terras número de pessoas e estantes, e não havendo será de dois em dois anos ou pelo menos que a pessoa que servir um ano não possa mais servir o ano logo seguinte, o que ficará na declaração do corregedor, provedor, ouvidor da Câmara; e feita pelos ditos eleitores a dita nomeação, antes do corregedor, ouvidor apurar e tirar devassa se houve nela subornos, tanto na eleição dos eleitos, como na nomeação que êles fizerem, e procederá contra êles e os condenará na pena de degredo e dinheiro, como neste se declara, de que dará apelação e agravo, e constando pela devassa que algum dos seis eleitores ou outro official foi eleito com subornos, a tal eleição para eleger, nem a nomeação que fêz para outro cargo será havida por valiosa, e o corregedor, ouvidor ou juizes tirará outro que tiver mais votos do rol que se fêz para eleitores, o qual, com o seu companheiro do que foi excluído, farão nomeação e rol, na forma que neste se declara, o que assim se cumprirá sem embargo de qualquer agravo que se interponha por parte dos culpados ou no-

meados; e tanto que os róis estiveram feitos o corregedor, ouvidor ou juizes ordinários, que a eleição fizerem, farão os pelouros dos oficiais que hão de servir os três anos seguintes, na forma da Ordenação. Conforme a ela se procederá em tudo o mais que tocar às ditas eleições que não fôr neste regimento declarado”.

Eis como a Coroa, ciente de que no Estado do Brasil, em muitas vilas, as eleições se viciavam pela corrupção eleitoral pelo subôrno, cuidou de sanar o mal, punindo com degredo para África e multa quantos nas devassas se apurassem terem sido subornadores ou subornados. Tratou-se evidentemente de cortar o mal, que se prenunciava, no nascedouro. A vida política da colônia lusitana deveria processar-se em regime de dignidade e de honra, sem conspurcar-se pelas práticas indecorosas que tanto contribuiriam para o malefício das instituições democráticas, que então se instalavam.

Não se sabe onde teriam sido praticadas as fraudes que haviam originado o alvará de 1611. Aos 14 de setembro de 1612 registrou-se em Olinda; aos 17 de outubro de 1613 no Rio de Janeiro e aos 26 de dezembro do mesmo ano em Santos. Registrou-se em São Vicente aos 8 de dezembro de 1614, a despeito de que tivesse sido concertado na vila de São Paulo aos 3 de fevereiro de 1614 pelo escrivão da ouvidoria **DIOGO CORREA**.

Mas a vila de São Paulo não deixou de pagar o seu tributo à venalidade eleitoral.

Logo depois, em vereação de sua Câmara, de 3 de junho de 1623, o procurador do Conselho, **LUIZ FURTADO**, requereu “a êles ditos oficial da Câmara que era muito prejuízo do povo fazer-se eleição por pelouros, pelos muitos subornos que há e entrar na República homens oficiais mecânicos e gente baixa, o que se não fará fazendo eleição cada ano, como dantes”.

Já no ano anterior a eleição não havia corrido bem. Na vereação do primeiro dia do mês de janeiro de 1623,

e melhor é transcrever a respectiva ata, “nesta vila de São Paulo se ajuntaram em Câmara os oficiais do ano passado, a saber: o juiz ordinário MANOEL PIRES, os vereadores BARTOLOMEU GONÇALVES, FRANCISCO JORGE e MANOEL FRANCISCO e procurador do Conselho ANDRÉ BOTELHO, e sendo juntos em Câmara por mim escrivão mandaram fazer êste termo em como êles tinham feito um requerimento por escrito por êles assinado ao capitão-mor e ouvidor desta capitania JOÃO DE MOURA FOGAÇA aqui fizesse nova eleição pelas causas e razões declaradas no dito requerimento, pelo qual respeito e pelas nulidades da dita eleição a faça de novo o dito capitão-mor e ouvidor à primeira oitava do Natal, como nesta vila é uso e costume; e com o parecer de todos os oficiais da Câmara e do dito capitão-mor, para se evitarem alguns inconvenientes que sôbre o caso podia suceder consultaram que os pelouros e pauta feita por LUIZ MATOSO não tivessem efeito e se queimou com os pelouros em presença dos ditos oficiais da Câmara e do dito capitão-mor e ouvidor”.

E logo outra ata se lavrou, “no dito dia, mês e ano acima escrito e declarado, junto em Câmara os ditos oficiais da Câmara do ano passado, perante êles por um menino de idade de sete anos pouco mais ou menos foi metida a mão onde estavam os pelouros e um dêles, o qual foi aberto pelos ditos oficiais da Câmara e se achou sairem por juizes ordinários êste ano presente de 1623 anos FRANCISCO JORGE e DIOGO MOREIRA e vereadores AMADOR BUENO, ANDRÉ LOPES e FRANCISCO JOÃO, e procurador do Conselho LUIZ FURTADO; e os dois pelouros que foram para os anos vindouros ficam fechados com três chaves, uma das quais foi entregue ao dito vereador do ano passado BARTOLOMEU GONÇALVES e outra a MANOEL FRANCISCO e outra chave que havia de entregar ao vereador FRANCISCO JORGE, o qual saiu para juiz êste presente ano, e por essa razão se entregou ao juiz que foi mais velho MANOEL PIRES, e de tudo se fêz êste termo”.

Esclareça-se que naqueles tempos havia duas categorias de vereadores — os *vereadores de pelouro*, eleitos pelas oitavas do Natal, pela Câmara com os homens bons e povo chamado a Conselho; e os *vereadores de barrete*, escolhidos em Câmara, pelos oficiais desta, para substituição dos vereadores de pelouro em seus impedimentos prolongados, ausência ou morte.

Pelouros eram pequenas bolas de cera, em que se introduziam papéis com os nomes das pessoas escolhidas para juiz ordinário ou vereadores. Guardavam-se os pelouros, assim chamados por sua semelhança com as balas de armas de fogo até então usadas, em arcas ou cofres de madeira ou ferro, a três chaves; e sorteavam-se no fim de cada ano pela forma constante da ata transcrita. Os candidatos, por isso mesmo, *andavam nos pelouros*; e os eleitos *saíam dos pelouros*.

Foi contra êsse sistema eleitoral que o procurador do Conselho, LUIZ FURTADO, formulou seu protesto em vereação da vila de São Paulo, aos 3 de junho de 1636, pelos “muitos subornos que há e entrar na República homens oficiais mecânicos e gente baixa. .”

Gente baixa na Câmara, por efeito da corrupção eleitoral pelo subôrno...

Foi assim no século XVII.

Será diferente no século que passa?



## A causa nos contratos.

*Lino de Moraes Leme*

Catedrático de Direito Civil, na Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo.

Uma pessoa está em negócios com outra, para adquirir uma propriedade, por exemplo. Antes de realizado o acôrdo de vontades, antes de “fechar” o negócio, o vendedor pede ao comprador uma determinada importância, e êste a fornece, ou em espécie, ou em um título. Pois bem: não se realizando o negócio, pode o vendedor cobrar a importância do título? Poderá o comprador reclamar a restituição da importância que adiantou?

Aí está o problema da causa nos contratos.

Poderá o comprador, na cobrança do vendedor, alegar *falta de causa* para o título? Poderá o vendedor reclamar a devolução e alegar que se trata de um pagamento indevido, porque não houve causa para o mesmo?

Êsse é o problema que vamos examinar.

No direito romano, a *causa dos contratos* era fonte geradora do mesmo. Em uns contratos havia a solenidade, quando se tratava de *stipulatio*; noutros a tradição, quando se tratava de um contrato real. Havia a causa dos contratos, que era encontrada no formalismo, que caracterizava o direito romano. Mas havia, ao lado dos contratos, as *obrigações fora do contrato, ou obrigações extra-contratuais*. Em relação a estas podiam ser invocadas as *conditiones: causa data causa non secuta* (D., 12,7).

Verificava-se o *condictio sine causa*, no caso de alguém haver prometido sem causa, ou pago o que não era devido;

no caso de a promessa ter, desde a origem, carecido de causa, etc. Podia esta “*conditio*” ser intentada por aquilo que tivesse sido recebido sem justa causa, ou por causa que houvesse sido injusta. No direito romano a causa nos contratos era encontrada no seu formalismo e, nas obrigações fora de contrato, não subordinadas ao mesmo formalismo, nos casos em que pudesse ser invocada uma *conditio*. DOMAT, grande jurisconsulto francês, em seu trabalho “Lois civiles”, estendeu, aos contratos, aquêles princípios que, no direito romano, se applicavam às obrigações extracontratuais. A causa, para êle, é o fundamento da obrigação, que, nos “contratos onerosos”, se encontra, para cada parte, na obrigação assumida pela outra, e, nos a “título gratuito”, no prazer de fazer o bem.

DOMAT foi o autor da teoria da causa, no direito moderno.

Depois, POTHIER distingue entre causas geradoras das obrigações e causa dos contratos.

As causas geradoras das obrigações são: o contrato, os atos ilícitos e a vontade unilateral.

Em seguida o Código francês enumera a causa como um dos requisitos dos contratos (art. 1108).

Além do Código francês, outros enumeram a causa como requisito dos contratos (Código italiano, art. 1.325; Cód. argentino, art. 499; Cód. chileno, art. 1.145; Cód. belga, art. 1.108; Cód. uruguaio, art. 1.287; Cód. venezuelano, art. 1.141; Cód. espanhol e cubano, art. 1.261; Cód. holandês, Cód. rumeno). O Código português e o brasileiro não apontam a causa como requisito dos contratos, mas a ela fazem referência: o primeiro, nos arts. 657 a 660, e no 292; o segundo, no art. 90.

O Cód. uruguaio (art. 1.287) assim conceitua: “Em todo contrato oneroso, es causa para obligar-se cada parte contratante, la ventaja o provecho que le procura la otra parte. Si el contrato es gratuito, la causa se encuentra en la mera liberalidade del bienhechor”. E’, em forma sin-

tética, o conceito do Cód. espanhol (art. 1274). O Cód. argentino (art. 499) equipara a causa às fontes das obrigações, dizendo: “No hay obligación sin causa, es decir, que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles”.

Outros códigos não fazem referência nenhuma à causa: o alemão, o suíço, o peruano, o mexicano. Não se deve entender, porém, dizem os escritores causalistas, de que não haja obrigação sem causa. Entre esses causalistas estão CAPITANT, TRAVIESAS, CARBONI, e é o que se infere da proibição de enriquecimento ilícito. MICHELE CARBONI diz: “A causa é um elemento necessário nos contratos e, sendo uma entidade verdadeira, embora abstrata, pode suprimir-se-lhe o nome, que ela se mantém do mesmo modo”.

REGELSBERGER diz: “Não ha ato jurídico sem causa. O ato jurídico não é um fim, em si; êle é concluído, tendo em vista um fim determinado, e é o fim que se designa sob o nome de causa”. A transmissão de um bem, a criação e extinção de uma obrigação não são um fim em si, mas um meio para alcançar um fim.

Acrescentam ainda os escritores causalistas que, na jurisprudência anglo-norte americana, se aponta como um dos requisitos do contrato a *consideration*, que é a causa.

Essa questão de a causa ser ou não um requisito dos contratos tem dividido os escritores, apontando-se numerosos anti-causalistas, e, em numero não menor, os causalistas. Entre os anti-causalistas citam-se PLANIOL, LAURENT, HUC, WINDSCHEID; entre nós CLOVIS BEVILAQUA, CARVALHO DE MENDONÇA (MANOEL INÁCIO). Se formos procurar que é que os escritores causalistas consideram causa, veremos que as opiniões variam. Para SALVAT, a fonte ou causa geradora das obrigações. FITTING diz que é o lado econômico do negócio. Outros dizem que é o fim do negócio; assim CHIRONI, DERNBURG distinguem entre causa subjetiva e objetiva, o fim a realizar e o fim realizado,

respetivamente. Para NATTINI a causa objetiva é elemento de fato externo, regulado pelo direito objetivo, como a ocupação; e a causa subjetiva é o processo psicológico, a aplicação às ações humanas da lei de causalidade. BARASSI vê na causa o motivo principal; AUBRY, o motivo jurídico suficiente.

Essas opiniões podem ser reduzidas a duas: a que considera a causa a *fonte geradora*, e a que a considera como *causa final*. Assim podemos dizer que os escritores causalistas consideram a causa final como a causa dos contratos.

Os anti-causalistas dizem que essa noção de causa é ilógica e inútil; *ilógica*, porque se pode ver no contrato bilateral, por exemplo, a anterioridade nas obrigações de qualquer das partes, de maneira que a obrigação do vendedor seja a causa da obrigação do comprador, e vice-versa; e *inútil*, porque, dizem, a causa corresponde ao objeto, equipara-se ao objeto, ou ao consentimento.

Quando se diz que um contrato não tem causa, quer-se dizer que lhe falta objeto, ou que o consentimento procede de um vício.

PLANIOL diz, da causa: “É doutrina perfeitamente inútil para a teoria dos atos jurídicos”

Será então uma doutrina ilógica, ou inútil? Pode-se responder aos que apontam o primeiro vício que, quando se trata da causa, não se está indicando a causa inicial, e, sim, a causa final, e que esta surge concomitantemente para ambas as partes, no contrato bilateral; não é inútil, pois evita o locupletamento.

Portanto, desaparece o vício da ilogicidade, contra essa teoria. Será porém uma doutrina inútil? Os causalistas dizem que o objeto do contrato responde à pergunta — “Quid debetur”? “Cur debetur”? Que se deve? Porque se deve? E a pergunta a que corresponde a causa é o objeto. Se considerarmos que na repetição do indébito o fundamento é que não houve uma razão para a obrigação, que se trata de uma obrigação sem causa, vemos que o locupletamento deriva de falta de causa.

O movimento anti-causalista começa em 1896, com Ernest, que com uma brochura — “La cause est — elle une condition essentielle pour la validité des conventions?”, publicada por ocasião da revisão do código belga, pediu a supressão dos textos que se referiam à causa.

Com qual corrente está a verdade? Se com a primeira, qual o verdadeiro conceito de causa nas obrigações?

Em todas as obrigações ha os motivos impulsivos e os motivos finais. Quem adquire uma propriedade é levado por motivo impulsivo — o desejo de aplicar o dinheiro, e um motivo final — o de obter lucro com êsse emprêgo de capital. A causa, porém, não se encontra aí: êles são apenas as razões psicológicas que determinam o negócio. Ao lado, porém dessas razões psicológicas, ha o escopo jurídico — *dar uma quantia por uma coisa*, e é êste escopo jurídico o que recebe a tutela do direito, embora também a receba o motivo, quando expresso como razão determinante ou sob a forma de condição. Em outras palavras se podia dizer que a causa, nas obrigações, é o correspectivo ou o correlativo, mau grado a opinião contrária de Demogue; e quem se obrigou sem correspectivo se entende ter-se obrigado sem causa.

Já no D.R. havia “*condictiones*”, destinadas a proteger quem se obrigou sem causa. Se alguém assumiu uma obrigação para realizar certo negócio, não realizado êste deixa de haver o correspectivo, e se extingue a obrigação.

Tal solução não podia deixar de ser acolhida pelo direito de todos os tempos, que procura impedir o locupletamente à custa alheia. Dispensar a causa não só nas obrigações, mas em todos os atos jurídicos, equivale a querer subverter o escopo do direito.

Mas pergunta-se: e nas doações, nos atos unilaterais que não têm correspectivo, qual será a causa? Não se confunde ela com o motivo. Se é a vontade de retribuir um serviço, uma dedicação, será o motivo impulsivo; se a de

enriquecer o patrimônio alheio, sem correspectivo, será o motivo final.

Realmente, o assunto se presta a controvérsias, mais de interesse teórico do que prático, visto que o problema surge apenas nos contratos bilaterais. Mas, se não houvesse uma *causa*, distinta dos *motivos*, podia-se confessar que ela se confunde, nesse caso, com êles, como fazem a doutrina e a jurisprudência francesa, desde Domat. Ou então se poderia restringir o conceito de causa aos negócios bilaterais.

A nosso ver, no entanto, a explicação é a seguinte: O direito tutela os escopos jurídicos, que podem ser o propósito de obter um correspectivo, ou o de exercer um ato de liberalidade. E aí esta: em uma doação, ha uma causa — exercer um ato de liberalidade; e ha um ato impulsivo — o afeto, a gratidão; e há um motivo final — o enriquecimento de patrimônio alheio, sem correspectivo.

Dizer que se deve distinguir, nas doações, entre as volições e os motivos próximos, é fazer obra de sutileza e de contradição, porque êsses motivos próximos não constituem a causa nos negócios jurídicos bilaterais.

Alguns códigos confundiam a causa e a condição, confundão a que nada se poderia objetar se dela não resultasse o erro tão difundido de se considerar, como causa, escopo jurídico prático, razão econômico-jurídica do negócio, a razão determinante, o motivo ou a condição principal. Em tal terreno vemos o código austriaco, quando no art. 901, dispõe — “Se as partes fizeram do motivo ou fim final de seu consentimento uma condição expressa, êste motivo ou fim final deve ser considerado como uma outra condição. Fôra êsse caso as enunciações dêsse gênero não têm nenhum efeito sôbre a validade dos contratos a título oneroso. Mas nos contratos a título gratuito, é preciso aplicar as regras editadas pelas disposições de última vontade, e o nosso Código, que estabeleceu, no art. 90: “Só vicia o ato a falsa causa expressa como razão determinante ou sob forma de condição” Não ha compendir, pois, causa e condição.

Uma coisa, porém, é dizer que todo o ato jurídico deve ter uma causa, e outra impôr-se, ao credor, a obrigação de provar a causa da obrigação, ou do negócio jurídico. E sob êste aspecto que tem interêsse a distinção entre obrigações que têm e as que não têm causa.

Figuremos o caso comum de uma letra de câmbio. É uma obrigação sem causa. Não, porém, porque não deva ter uma causa, mas porque o credor é dispensado de provar a causa da obrigação. Cabe ao devedor, podendo usar de exceção pessoal contra o credor, a alegação e a prova de falta de causa para a obrigação.

O mesmo acontece ao direito civil, no qual as obrigações sem causa vieram a ser admitidas por influência do direito mercantil que, devido a condições especiais, ocupa, em regra, a vanguarda do progresso do direito. São as chamadas obrigações abstratas. Nelas cabe ao devedor, que alega, provar a falta de causa.

Se a obrigação deve ter uma causa, quer isso dizer que só excepcionalmente valham as obrigações nas quais se encontra expressa a causa? — Não. A necessidade de constar do “instrumentum” a causa da obrigação, só podia ser levantada perante aquêles códigos que enumeram expressamente a causa como um dos elementos do ato jurídico. Não perante o nosso Código Civil, que não a aponta entre os elementos essenciais. Nem por isso, no entanto, deixa a causa de ser um dos elementos da obrigação, o sopro vital das mesmas. Ela é uma daquelas verdades jurídicas universais, um daqueles princípios imanentes do direito, que não precisam estar escritos nas leis, para que sejam reconhecidos. Por isso não encontraram éco as palavras de Laurent, como êste reconhece no *Avant — Projet de révision du Code civil*, no qual conservou a exigência de causa para as obrigações, em virtude de a sua opinião ter ficado isolada na doutrina e na jurisprudência.

Embora não explícita, o nosso Código civil implicitamente admite a necessidade de uma causa para o negócio jurídico.

Que é a exceção “non adimpleti contractus”, consubstanciada no art. 1092, senão o reconhecimento dessa causa? A anulação da alienação aleatória, por dolo do que não ignorava o desaparecimento da alea (art. 1121), não significa que a falta de causa anula o contrato? Que faz o Código, nos artigos 865, 869, 879, 882, senão reconhecer a insubsistência jurídica das obrigações sem causa? Porque é nula a venda de coisa alheia?

Não confundamos “causa” com “motivo”. Igualmente, não a confundamos com o objeto que, nos negócios jurídicos bilaterais, é duplo. Mas fixemos que ela é o escopo jurídico-prático, ou razão econômico-jurídica do negócio. Faltar ela ao negócio é faltar-lhe o seu sôpro vital. Expressa, ou não, ela se incorpora aos negócios jurídicos. Explícita ou implícita na lei, bem haja a jurisprudência que sempre a reconheceu.



# O direito de defesa no inquérito policial.

*J. Canuto Mendes de Almeida*

Catedrático de Direito Judiciário Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

## I

### Como surgiu o “sumário de culpa”.

1. Os problemas da ciência processual demandam, para satisfatória solução, em geral, invocação do significado de princípios fundamentais a que se acham tão vinculados, que, resolvê-los sem atenção a estes, resulta em ingrata tarefa, fadada a lastimável fracasso. Visto como assim é, não há possibilidade de bem opinar sobre a necessidade ou a conveniência de o indiciado participar da instrução criminal preliminar — quer instrução judicial, denominada “sumário de culpa”, quer instrução extrajudicial, chamada “inquérito policial” — sem que se invoque o influxo do princípio inquisitivo e do princípio do contraditório, com disponibilidade ou não, na regência da atividade processual, e sem que seja ressaltada, nas notas do respectivo significado, a da compatibilidade entre os dois princípios. Ninguém melhor do que Carnelutti soube dizê-lo: o juiz é livre das afirmações das partes “quando si tratta *del se o del come* existe una norma di diritto”, mas, “per la posizione del fatto il giudice è, invece, vincolato alla attività delle parti (*judex judicare debet juxta allegata et probata*)”. Este princípio — prossegue o mestre — pode-se representar “falando de um *poder de disposição*”, que se

manifesta correlato á vedação “de utilização, no processo (na sentença), do conhecimento particular do juiz, para a formação do material de fato”: mesmo se o juiz sabe que as coisas são diversas das que as partes lhe narram, “não pode êle fazer uso de tal sua ciência para julgar (*quod non est in actis non est de hoc mundo*)” Às partes pertencem, então, com monopólio, os poderes de alegar e de provar, e são estimuladas a usá-los mediante os ônus de seu exercício, que convertem tais poderes em poderes-deveres processuais, porque exercidos sob estímulo de variadas sanções processuais imponíveis á parte abstinente. A’s partes cabem, assim, os onus da postulação, da probação e, ainda, do impulso processual, e, afinal, dos recursos.

Eis como — ressalta o mestre — “si attua nel processo il principio dispositivo”: “as partes, monopolizando a iniciativa, dispõem da formação do material de fato, sôbre o qual o juiz decide”

Se, entretanto, “iniciativa é concedida ao juiz, isso advém por força do principio inquisitivo”. Tenha sempre presente, o estudioso — recomenda êle — que o principio dispositivo importa não só *o poder* mais também *o onus* da parte, ao passo que “o principio inquisitivo não exclui efetivamente que a parte possa desenvolver no processo determinada atividade”, mas apenas impõe que, se a parte não a desenvolve, “seja vedado ao juiz supri-la”: não importa em “conferir monopólio ao juiz”, mas apenas em “tolher monopólio á parte”.

2. Na verdade, o caráter inquisitivo do processo penal há de consistir — e, sem duvida, consiste — não em que necessariamente a autoridade monopolize poderes, mas em que as partes não os monopolizem.

Repugna á natureza do interêsse penal — que é pessoal, de todos os membros da comunhão social, e, ao mesmo tempo, pessoal, do eventual penado ou penando — que sua realização, através do processo, mediante a concretização do comando da lei, possa ficar á discreção da autoridade e, muito menos, ao arbitrio dispositivo de par-

ticulares, como são qualquer pessoa do povo, o ofendido ou o ofensor.

Nessas considerações repousa a justificativa do poder-dever inquisitivo do juiz da sentença penal, no curso da instrução definitiva.

A necessidade ou a conveniência de atribuir poder inquisitivo á autoridade não colide, pois, como é óbvio, com a necessidade ou a conveniência de atribuir também poderes-deveres processuais ás partes, com maior ou menor intensidade, ou processuais e funcionais ao Ministério Público, consoante razões de justiça penal ou de justiça processual penal aceitas como tais pelo legislador de cada país.

Assim é que, no Brasil, o juiz criminal nunca perde seu poder inquisitivo, perante os poderes-deveres processuais do acusador e do defensor, no processo da ação penal.

A contrariedade das partes, na instrução definitiva, não é dispositiva, em face do poder-dever inquisitivo do juiz da sentença condenatória ou absolutória. Uma vez que a êste cabe certificar-se da verdade real, objetiva, exterior e anterior ao processo, a estrutura do contraditório processual penal submerge-se, por absorção, na atividade inquisitiva do magistrado, sem que, com isso, deixe de existir. E, assim, a contrariedade opera sem que, por existir, monopolize as iniciativas processuais; e não deixa de existir pelo fato de carecer de monopólio.

Frisantes exemplos revelam, em nossas leis, a compatibilidade da espontaneidade judiciária com a plenitude de defesa contraditória.

### 3. Com efeito, quanto á acusação:

a) o juiz singular é obrigado, antes da sentença, a corrigir ou a fazer corrigir a postulação acusatória, “em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa”: “baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas” (art. 384); na possibilidade de que isso “importe aplicação de

pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa” (parágrafo único do art. 384); salvo nas ações privativas do ofendido;

b) o juiz singular é obrigado a integrar a probação, cabendo-lhe, “no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (art. 156); formar o corpo de delito, mediante exame pericial, bem como determinar quaisquer outras perícias” (art. 158 a 183); qualificar e interrogar o acusado (arts. 185 a 196); ouvir o ofendido, que “será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar” (art. 201), inquirir testemunhas, “quando julgar necessário”, além das indicadas pelas partes” (art. 209); se “tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante”, determinar de ofício, isto é, independentemente do requerimento de qualquer das partes”, as providências cabíveis “para sua juntada aos autos, se possível” (art. 234); e, afinal, antes de decidir, “ordenar diligências para suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade” (art. 502);

c) o juiz presidente do tribunal do juri, ainda, tem o dever, de, a qualquer tempo, “ordenar, de ofício, . . as diligências destinadas a . . suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade” (art. 497, inciso XI); e, especialmente, não poderá marcar dia para o julgamento sem, antes disso, ordenar “de ofício, . . as diligências necessárias para esclarecer fato que interesse a decisão da causa” (art. 425); durante a reunião do juri, “se a verificação de qualquer fato, reconhecida essencial para a decisão da causa, não puder ser realizada imediatamente, o juiz dissolverá o conselho, formulando com as partes, desde logo, os quesitos para as diligências necessárias” (art. 477).

#### 4. Quanto á defesa:

a) o juiz é vinculado ás circunstâncias absolutórias ou mínoratórias de pena estabelecidas em lei — no código pe-

nal e no código de processo penal — sem se restringir àquela ou àquelas que o réu ou seu defensor ou ambos, com adequação ou inadequação, entenderem de arguir na “contrariedade” ao libelo ou á denúncia ou queixa, ou, ainda, na defesa oral;

b) o presidente do juri e os jurados podiam, expressamente, consoante antigas leis do juri, solicitar inclusão, no questionário, de quesitos de defesa não pleiteados pelo réu ou pelo seu defensor, mas, hoje, como quer que seja, o presidente do juri ainda pode e deve declarar o réu indefeso, para que os jurados não permaneçam vinculados á contingência de resposta a inadequado quesito de defesa, proposto pelo réu ou seu defensor, e possam, assim, mediante arguição mais adequada, proposta pelo defensor dativo, consultar melhor os reclamos da verdade real objetiva.

5. Instrução criminal em sentido lato é atividade de informar-se a autoridade sobre a infração, com tôdas as suas circunstâncias. Dela depende a imposição da pena ou a aplicação da medida de segurança, em seus aspectos positivos (condenação) e negativos (absolvição), e então se denomina instrução definitiva. Entretanto, a sujeição ou não do indiciado á acusação, depende tambem de a autoridade instruir-se sôbre a infração e suas circunstâncias, liminarmentes; nesse caso, se chama instrução provisória ou preliminar, ou, ainda, curtamente, “instrução criminal”, em sentido estrito.

Uma informação suficiente sôbre o fato e a autoria exprime, pois, o motivo dessas duas atividades consecutivas, através das quais a autoridade se instrui acêrca da verdade objetiva, seja para aplicar a lei penal, absolvendo ou condenando, seja para cumprir a lei processual penal, mesmo antes, admitindo ou não a acusação.

Na técnica do direito brasileiro, essa atividade de instrução criminal provisória ou preliminar denomina-se “formação da culpa”, isto é, formação da acusação, mediante apuração do fato e da autoria.

Convém não confundir “formação da culpa” com o processo da formação da culpa judicial, denominado “sumário de culpa” ou “sumário da pronúncia” na tradição de nossa doutrina, legislação e jurisprudência.

Com efeito, a formação da culpa, isto é, a apuração do fato e da autoria, opera-se, atualmente, mediante “sumário de culpa” apenas nos processos de competência do tribunal do juri. Sustentar-se que, á vista de tal restrição, não há formação da culpa nos processos de competência do juiz singular, corresponderia a aceitar que, nêstes, a acusação poderia assentar no arbítrio dispositivo do acusador, denunciante ou querelante, e que, portanto, o juiz, na apreciação do ato de acusação, expresso pela denúncia ou queixa, deve curvar-se mesmo á leviandade ou á calúnia manifestas, impedido de guiar-se — no recebê-lo ou no rejeitá-la — pelas justas imposições da verdade real, objetiva, anterior e exterior ao processo.

Não obstante a inexplicável estranheza de certos magistrados e de muitos promotores públicos, heresia jurídica é afirmar-se que o Ministério Público, quando oferece denúncia, e mesmo o particular ofendido, quando apresenta queixa, nas ações públicas, não são mais obrigados a submeter á apreciação do juiz “razões de presunção ou de convicção” (expressamente exigidas pelas leis e decretos anteriores ao vigente código de processo penal), em relação á exposição dos fatos contida na inicial. O certo é que, como melhor se demonstrará adiante, o inquérito policial também exprime, por sua finalidade, atividade de formação da culpa, visto como seus resultados objetivos é que hão de servir de base á denúncia ou queixa.

A instrução criminal provisória ou preliminar, no Brasil, distingue-se, pois, em dois estágios, nos processos de competência do tribunal do juri: um extrajudicial, que é o inquérito policial, e outro judicial, que é o sumário de culpa; e compreende nos processos de competência do juiz singular, tão-só o inquérito policial, inclusive o corpo de delicto.

6 — Trate-se de instrução definitiva ou de instrução provisória, preliminar, seja judicial, seja extrajudicial, a autoridade competente para apreciar seus resultados é sempre a judiciária, quer ao proferir sentença penal, que ao admitir ou não a acusação. Sujeito passivo da instrução criminal, a autoridade seria também seu exclusivo sujeito inquisitivo puro. Mas, num sistema processual contraditório puro, incompatível com o caráter público do interesse penal e do interesse processual penal, o acusador e o acusado, na instrução criminal definitiva, o denunciante ou querelante, o denunciado ou querelado, ou ainda o requerente e o requerido, na instrução criminal provisória, seriam seus exclusivos sujeitos ativos.

Ora, o processo da instrução criminal definitiva é cercado das necessárias garantias judiciais, como sejam, promover-se e mover-se no âmbito judiciário, e desenvolver-se com participação das partes, em contrariedade, porquanto, por exigência constitucional, ninguém pode ser condenado sem ser ouvido: “é assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela” (§ 25 do art. 141 da Constituição). Essa participação do acusado, e de seu acusador, num sistema processual contraditório puro, reduziria o juiz á inércia jurisdicional, incompatível com a índole publicística do processo penal. No sistema misto, que, sendo o da maioria dos países civilizados, é também o brasileiro, a contrariedade das partes, como vimos acima, desenvolve-se sem restrições ao poder-dever inquisitivo do juiz. Na instrução criminal definitiva, a atividade contraditória, de acusador e de acusado, conjuga-se funcionalmente com a atividade inquisitiva do juiz ou, mesmo, do tribunal do juri. Satisfaz-se, assim, a plenitude de defesa, por obstados quaisquer efeitos processuais sem oportunidade de o réu contrariá-los, e mantêm-se o devido respeito, entretanto, ao poder-dever inquisitivo, em salvaguarda da verdade real.

7 — A história nos ensina, pois, que a instrução criminal, quer definitiva, quer preliminar, depende ou pode dependêr de se descobrirem antes as circunstâncias da prática da infração encobertas, inclusive qual o seu autor ou quais os seus autores. Quando, outrora, se distinguíam as “devassas” em *gerais e especiais*, as gerais se tiravam “sôbre delitos incertos”, e as *especiais* “supunham a existência do delito de que só é incerto o agressor”. “Provado o crime, e descoberto o seu autor, segue-se então a pronúncia”, isto é, “a sentença do juiz, que declara o réu suspeito do delito que faz objeto da devassa, ou da querela contra ele dada, e o põe no número dos culpados”, ensinava Pereira e Souza.

O direito público moderno distingue, na atividade administrativa, seu conteúdo obrigatório, vinculado às expressas determinações da lei, de seu conteúdo discricionário, facultado á escolha do agente pelas indeterminações da lei: exprimem êles a regência, nas atribuições funcionais, do princípio de legalidade e do princípio da discricção administrativa.

O direito público moderno, ainda, no âmbito do direito judiciário, distingue, também, na mesma proporção, por assim dizer, na atividade dos agentes da causa, de um lado, em relação ás autoridades estatais, seu conteúdo obrigatório, vinculado á lei, e seu conteúdo discricionário; e, de outro lado, seu conteúdo dispositivo, facultado ao arbítrio dos interessados, embora sob sanções estimuladoras e controladoras, estabelecidas ou permitidas pela lei: exprimem a regência, no processo judiciário, do princípio de legalidade, ou de indisponibilidade, e do princípio de disponibilidade.

Quando, em determinados momentos históricos e determinados países, o legislador decide coartar o arbítrio dos interessados na movimentação do processo, tolhendo-lhes o onus do impulso e da direção processual, impõe exclusiva ou inclusivamente a órgão de autoridade o dever *de officio* de promover e mover a atividade judiciária, e de lhe imprimir sentido, tudo na forma da lei.



O processo inquisitivo, quer do tipo canônico, quer do tipo atual, exprime, manifestamente, penetração do princípio de legalidade no comportamento do outrora juiz eclesiástico, e dos atuais juizes e tribunais criminais. A obrigação de *agir*, de *como agir* e de *quando agir*, em face do caso concreto que, conforme a lei, desencadeia necessariamente a atividade do Estado, distribui-se ou não, em dado processo, por um ou mais órgãos de autoridade, quer se chamem juizes ou tribunais criminais, juizes ou tribunais de instrução criminal, quer se denominem promotores públicos ou delegados de policia.

O impulso processual, como é óbvio, não se confunde com a direção processual. Assim é que, no processo civil, a fixação dos contornos do litígio incumbe ás partes na postulação e inflige direção ou conteúdo ao comportamento do juiz. A inércia jurisdicional, em função dos onus processuais das partes, mostra claramente que a instância não flui por impulso automático, mas por impulso heteromático.

Ora, no processo penal das Ordenações do Reino, o “juiz ordinário”, ou “juiz de fora”, que era o juiz criminal, inquisitivo, não gozava de discreção funcional, nem ás partes se concedia disponibilidade sôbre a causa: estas não tinham o monopólio do impulso processual, visto como o juiz, com “querela” ou sem “querela”, de interêsse público ou de interêsse privado, tinha o dever de instaurar, *de officio*, o processo preliminar da formação do corpo de delito e, mediante “devassa”, o processo liminar da formação da culpa, que produziam, através da pronúncia, a obrigação concreta de defender-se o réu de acusação criminal.

As “devassas” tiravam-se nos casos expressamente determinados nas leis e consistiam, segundo definição de Pereira e Souza, em “informação do delito tomada por autoridade do juiz para castigo dos delinquentes e conservação do sossego público”.

Tal era a preocupação do legislador reinol, de anular qualquer discreção funcional do juiz, positiva ou negativa,

que não pertencia á sua escolha instaurá-las e deixar de instaurá-las, segundo os reclamos da verdade real, sôbre o fato e sôbre a autoria.

Se o juiz processasse a “devassa” sem prévio corpo de delito, ou sem previa “denúncia”, ou, na falta desta, sem preliminares indícios de autoria, nula era a “devassa” e, por via de consequência, nulo era também o processo contraditório do livramento-crime, com acusação e defesa, que a ela se seguisse. Se, procedente o corpo de delito e oferecida denúncia, ou ocorrentes legítimos indícios, o juiz permanecesse inerte, omissos, na instauração da “devassa”, incorria em responsabilidade disciplinar e penal, conforme o grau de má-fé posto na falta.

A “denúncia” incumbia a qualquer do povo, correspondendo, pois, áquilo que, no nosso direito vigente, representa a “comunicação de crime” feita por qualquer pessoa: era “a declaração do crime público feita em Juízo para se proceder contra o delinquente por Offício da Justiça”. Exigia-se do denunciante, “por solenidade do ato, o juramento”, mas o denunciante não era obrigado a fazer prova do crime que denunciava. Essa obrigação pertenceria ao acusador, isto é, áquele que, querendo acusar, a isso se habilitasse, nos casos admitidos, mediante “querela”, seguida do “sumário da querela”, uma sumária inquirição das testemunhas arroladas pelo querelante. Havia a “querela de interêsse público”, que qualquer pessoa do povo podia dar, como meio de constituir-se acusador, salvo nos casos de adultério, de feridas ou nódoas de que não resultasse aleijão, ou deformidade, e de cortamento de árvores frutíferas; e “querela de interêsse particular”, cabente ao ofendido.

Podia proceder-se á “querela” e á “devassa” pelo mesmo crime, porque se entendia que o procedimento da Justiça não tirava o direito do querelante, popular ou particular, mas, não devendo o réu ficar sujeito a dois livramentos pelo mesmo fato, incumbia a um dos juizes, quando fôsse dois, avocar os autos do segundo processo, para promover a unidade.

Tudo isso demonstra que, em confronto com a espontaneidade obrigatória do juiz, desenvolvia-se a faculdade de impulso processual da parte. Mas — e isso convém focalizar — a direção ou conteúdo do processo, impondo-se ao juiz inquisitivo, na “devassa”, superava o arbitrio da parte, usado na “querela”. O processo não deixava de ser inquisitivo pela circunstância de o querelante ser titular da pretensão acusatória. O conteúdo da acusação, deduzido por querelante popular ou por querelante particular, vinculava-se, sempre, aos resultados da devassa ou do “sumário da querela”, decididos na “pronúncia”. Pronúncia era “a sentença do juiz que declara o réu suspeito do delito que faz objeto da *devassa* ou da *querela* contra êle dada, e o põe no rol dos culpados”.

8 — O processo da instrução criminal provisória ou preliminar, porém, não precisa necessariamente de ser cercado de garantias jurisdicionais. Mas pode delas ser dotado, por determinação do legislador, sem prejuízo de sua finalidade específica, a de formar a culpa, dando à acusação bases objetivas.

A Constituição, entre nós, determina que a plenitude de defesa se assegure “desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas”; e completa: “a instrução criminal (isto é, a instrução criminal preliminar) será contraditória”.

Nada mais fêz o legislador pátrio, nesse dispositivo fundamental, do que guardar fidelidade á tradição de nossas leis imperiais.

E’ certo que, no lembrado regime das Ordenações, a instrução criminal provisória, no processo ordinário, contida na *inquirição-devassa* ou no *sumário da querela*, as quais serviam de base á pronúncia, fôra exclusivamente inquisitiva. Quando, contudo, o código de processo criminal, suprimidas as “devassas” e as “querelas”, substituiu-as pelo “sumário de culpa”, a instrução criminal provisória ou preliminar, que êste passou a exprimir, instituiu-se com

certa medida de defesa através do disposto no art. 142 do Código de Processo Criminal de 1832: “estando o delinquente preso ou afiançado, ou residindo no distrito, de maneira que possa ser conduzido á presença do juiz, assistirá á inquirição das testemunhas, em cujo ato poderá ser interrogado pelo juiz, e contestar as testemunhas sem as interromper”. O juiz deveria mandar “ler ao réu as peças comprobatórias do crime”, e, dentre as perguntas, indagar “se tem fatos a alegar, ou provas que justifiquem, ou mostrem sua inocência”. “Toda a vez que o réu — artigo 97 — levado á presença do juiz, requerer que as testemunhas inquiridas em sua ausência sejam reperguntadas em sua presença, assim lhe será deferido, sendo possível”

## II

### Como surgiu o “inquérito policial”

9 — A instituição do “sumário de culpa”, antes mesmo do código de processo criminal, preocupara os legisladores pátrios. “Os autos sumários da formação da culpa — dizia um projeto apresentado á Câmara dos Deputados do Império, a 5 de novembro de 1827 — feitos pelo juiz de paz nos seus bairros, ou *ex-officio*, ou a requerimento de parte, serão as únicas *bases das acusações criminais*” (o grifo é nosso); e terminava por declarar “abolidas as devassas, as querelas e os sumários sem limitação de tempo, como se nunca tivessem existido”. A lei de 15 de outubro, criando os juizados de paz, incumbira os juizes de paz, dentre outras atribuições, de formar corpo de delicto e de, indiciado o delinquente, conduzi-lo á sua presença, para interrogá-lo á vista dos fatos existentes e das testemunhas, mandando escrever o resultado do interrogatório; e de, provado, com evidência, quem fôsse o delinquente, fazê-lo prender, de acôrdo com a lei, remetendo-o imediatamente ao juiz criminal respectivo. A proposta de “código de processo criminal” apresentada, em sessão de 20 de maio

de 1829, pelo ministro da Justiça Lúcio Soares Teixeira Gouveia, em substituição a vários projetos totais ou parciais pendentes de debates, continha, no art. 169, a regra seguinte: “por dois modos *se legalizarão os delitos*, a saber: por devassa e por sumário”. A devassa limitar-se-ia, consoante o art. 170 dessa proposta, aos crimes de morte e aos de pena capital, ouvindo-se nêle trinta testemunhas, fora as referidas; e, rezava o art. 172, “todos os mais crimes serão legalizados por sumários de três a oito testemunhas, á proporção do caso e da população do lugar”.

A criação do “sumário de culpa”, pelo código de processo criminal, satisfez, assim, o propósito do legislador pátrio, de que êle constituísse *base da acusação criminal*, e, mais do que isso, a *única base da acusação criminal*.

A *instrução criminal* (preliminar), pois, considerada como atividade de formação da culpa, isto é, de *determinação da base da acusação criminal*, ou melhor, o “sumário de culpa”, no regime de 1832, compreendeu as atribuições do juiz de paz, no respectivo distrito de paz, de: formar auto de corpo de delito, direto ou indireto; e tomar primeiras informações, para obter conhecimento de quem fôsse o delinquente (art. 149), de modo a poder seleccionar e inquirir “de duas até cinco testemunhas que tiverem noticia do delito e de quem seja o criminoso” (art. 140). Instaurava-se quando “apresentada a queixa ou denúncia” (art. 140); ou, “nos casos de denúncia, ainda que não haja denunciante” (art. 141).

A preocupação dos liberais dos primeiros tempos do Império era a de, suprimindo as “devassas” e as “quere-las”, banir do rol das nossas instituições, não a *instrução criminal* (preliminar), a qual, determinando as bases da acusação, forma a culpa ao delinquente, mas o segredo da interminável inquirição de trinta testemunhas e a denegação de qualquer prerrogativa de defesa nessa fase do processo criminal. As trinta testemunhas da “devassa” eram juridicamente relevantes, uma vez que, escritos seus depoimentos, serviam êsses de fundamento á pronúncia, conjugados

á prévia formação do corpo de delito, direto ou indireto. O código de processo criminal, de 1832, estatuiu, pois, que não se escreveriam mais os depoimentos de trinta testemunhas, nem mesmo os de *tôdas* as testemunhas, embora fôsem inferiores a trinta, mas apenas — limitação quantitativa — “de duas até cinco” que — limitação qualitativa — tivessem “notícia da existência do delito e de quem seja o criminoso”. O denunciante ou queixoso, consoante o disposto no art. 79, § 5., deveria nomear “*todos* os informantes e testemunhas”; e o juiz, art. 80, deveria ainda fazer ao denunciante ou queixoso as perguntas que lhe parecerem necessárias para descobrir a verdade, e inquirir sôbre elas testemunhas”, isto é, para poder selecionar, sem dúvida, aquelas “duas até cinco”, únicas relevantes, porque, no imperativo do art. 140, deveriam, exclusivamente, ter seus depoimentos tomados por têrmo (primeira inovação), perante o “delinquente preso ou afiançado, ou residindo no distrito, de maneira que possa ser conduzido á presença do juiz, em cujo ato poderá ser interrogado pelo juiz, e contestar as testemunhas sem as interromper” (segunda inovação). “Tôda a vez que o réu, levado á presença do juiz, requerer que as testemunhas inquiridas em sua ausência sejam reperguntadas em sua presença, assim lhe será deferido, sendo possível” (art. 97).

*A sabedoria do legislador assentava no propósito de negar valor, para a pronúncia, a depoimentos colhidos sem as necessárias garantias de defesa, tais a publicidade das inquirições e a participação do indiciado.* A preocupação de limitá-los, pelo número e pela eficácia, exprime a intenção de impedir que os males advindos de intermináveis trâmites prolongassem inutilmente as aflições do indiciado e os labores do juiz sumariante.

Como quer que fôsse, o “sumário de culpa”, quer iniciado por efeito de denúncia ou queixa, quer *de officio*, pressupunha indagações anteriores e irregistradas: para proceder “á inquirição de duas até cinco testemunhas” que tivessem “notícia da existência do delito e de quem seja

o criminoso” (art. 140), o juiz de paz se devia entregar a pesquisas, às quais, por desnecessário, o legislador não fazia expressa referência; a seleção das “numerárias” não se poderia operar, sem que a autoridade sumariante tomasse informações mais amplas, em função do “sumário de culpa”, capazes de lhe permitir racional escolha das testemunhas que devessem jurar. A tarefa de atender urgentemente às providências consequentes á notícia da infração já então existia. O registro escrito de seus resultados, porém, é que recaia sôbre os elementos de convicção necessários ou úteis, fixáveis mediante o processo da formação de culpa. Êste, escrito, e aquelas, não escritas e subjacentes, constituíam atribuições da mesma autoridade.

10 — Em 1841, passou o “sumário de culpa” para a competência dos chefes de Polícia “em tôda a província e na côrte, e aos seus delegados nos seus respectivos distritos” (art. 4.º, § 1.º, da lei de 3 de dezembro), bem como aos “subdelegados nos seus distritos” (art. 5.º). Deveriam, além de “proceder a auto de corpo de delito”, “*formar a culpa* aos delinquentes”, segundo o disposto no código de processo criminal. Passaram, outrossim, para os juizes municipais, em concorrência com essas autoridades policiais, a mesma, “de proceder a auto de corpo de delito”, e a de “*formar a culpa aos delinquentes*”; e, para os juizes de direito das comarcas, a de “formar a culpa aos empregados não privilegiados, nos crimes de responsabilidade” (art. 25, inciso 1.º).

Caberia, por isso, daí por diante, e expressamente, áquelas autoridades policiais, “remeter, *quando julgarem conveniente*, todos os dados, *provas* e esclarecimentos” que houvessem “obtido sôbre um delito, com uma exposição do caso e suas circunstâncias, aos juizes competentes, *a fim de formarem a culpa*” (art. 4.º, § 9.º, primeira parte), isto é, aos juizes municipais e aos juizes de direito. Surgia em embrião o futuro “inquérito policial”!

O regulamento n.º 120 de 1842, repetindo, frisou que “a atribuição de proceder a corpo de delito compreendida

no § 4.º do art. 12 do código de processo criminal” (art. 3.º, inciso 1.º) e a de “proceder a auto de corpo de delito e *formar culpa*” (art. 198, inciso 1.º, e 212, inciso 1.º), passariam para a competência do chefe de Polícia e dos delegados e subdelegados (art. 58 e 62): “os chefes de Polícia as exercerão por si mesmos e imediatamente” — dispunha o art. 59 — mas, apenas e tão-só, “dentro do têrmo da capital em que residirem”. E “nos outros”, sòmente “quando neles se acharem, ou por intermédio de seus delegados ou subdelegados”. O art. 58, § 13, repetindo o art. 4.º § 9.º da lei, aludiu á referida “remessa”, que deveriam êles fazer, “tôdas as vêzes — art. 61 — que êsses casos se não apresentem revestidos de circunstâncias extraordinárias e tais que reclamem a atenção particular, e o conhecimento do chefe de polícia, e o emprêgo de meios amplos que tenha a sua disposição”, remessa de “instruções que o mesmo chefe julgar conveniente dar, a *indicação das testemunhas que souberem do fato, e de todos os indícios que se houverem descoberto*, e ser acompanhada dos requerimentos, queixas e denúncias que houverem” (art. 61).

O art. 16, para isso, providenciava: “Os chefes de polícia. . para escrever os interrogatórios, *provas* e mais esclarecimentos que houverem de remeter, para a formação da culpa, aos juizes competentes, na conformidade do § 9.º do art. 4.º da Lei de 3 de dezembro de 1841, e do art., 61 do dito Regulamento, servir-se-ão dos empregados de sua Secretaria; e para a dos negócios que pertencem á polícia judiciária, enumerados no art. 3.º do mesmo Regulamento, e dos criminaes, servir-se-ão de qualquer dos escrivães que escrevem perante os juizes municipais e subdelegados que julgarem conveniente. Em todos os casos, porém, estando fora da capital e seu têrmo, poder-se-ão servir dêstes últimos” Aos juizes municipais, como autoridades policiais, o art. 64 dava as mesmas atribuições dos delegados de polícia. Os arts. 17 e 18 impunham aos delegados e subdelegados as mesmas obrigações do art. 16.



Como se pode perceber através de tais dispositivos, o *legislador pátrio começava, então, a determinar o registro dos resultados das indagações anteriores*, como mero auxílio á autoridade sumariante, prestado quando a primeira autoridade indagadora não fôsse ao mesmo tempo a competente para a formação da culpa, e devesse, por isso, informar-se para informar, mediante “*provas e mais esclarecimentos que houverem de remeter, para a formação da culpa, aos juizes competentes*”.

11 — Quando, em 1871, a atribuição de formação da culpa passou para os juizes de direito e para os juizes municipais, por fôrça da lei n. 2.033 e do Regulamento n. 4.824, devendo ela ser exercida na comarca, ao invés de no pequenino distrito de paz ou policial, o legislador sentiu necessidade de ressaltar as atribuições para os delegados e subdelegados de polícia — dizia a lei n. 2.033 — de “em seus distritos, proceder ás diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos e suas circunstância”: “transmitirão — dizia a lei — aos promotores públicos, com os autos de corpo de delito e indicação das testemunhas mais idôneas, todos os esclarecimentos coligidos; e desta remessa ao mesmo tempo darão parte á autoridade competente para a formação da culpa” (art. 10, § 1.º). E o Regulamento n. 4.824, no art. 38, pormenorizava: “logo que por qualquer meio lhes chegue a notícia de se ter praticado algum crime comum, procederão em seus distritos ás diligências necessárias para verificação da existência do mesmo crime, descobrimento de tôdas as suas circunstâncias e dos delinquentes”. Essas diligências deveriam compreender, consoante os diversos incisos do art. 39: “1.º — o corpo de delito direto. 2.º — Exames e busca para apreensão de instrumentos e documentos, 3.º — inquirição de testemunhas que houverem presenciado o fato criminoso ou tenham razão de sabê-lo. 4.º — Perguntas ao réu e ao ofendido. Em geral, tudo o que fôr útil para esclarecimento do fato e das suas circunstâncias”.

Enquanto a autoridade judiciária não comparecesse, para instaurar o processo da formação da culpa, dispunha o art. 41, “deve a autoridade policial proceder ao inquérito acerca dos crimes comuns de que tiver conhecimento próprio, cabendo a ação pública, ou por denúncia, ou a requerimento da parte interessada ou no caso de prisão em flagrante”. Sobre os prazos para apresentação de queixa ou denúncia, rezava a lei, no art. 15: que, no caso de flagrante delicto, se o réu tivesse prestado fiança, a queixa ou denúncia seria apresentada “dentro dos 30 dias da perpetração do delicto” (§ 1.º); se estivesse preso, “dentro de cinco dias” (§ 2.º); não estando o réu preso, nem afiançado, “cinco dias, contados da data em que o Promotor Público receber os *esclarecimentos e provas* do crime ou em que *êste se tornar notório*” (§ 3.º); que as autoridades competentes remeterão aos promotores públicos ou seus adjuntos *as provas* que obtiverem *sobre a existência de qualquer delicto*, a fim de que êles procedam na forma das leis” (§ 4.º).

O Regulamento aludido, no art. 22, repetiu essas normas, tornando a falar de “*esclarecimentos e provas do crime*”.

O inquerito policial consistia — segundo o art. 42 — “em tôdas as *diligências necessárias* para o *descobrimto dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices*”; e devia “*ser reduzido a instrumento escrito*, observando-se” o seguinte: far-se-ia “corpo de delicto, uma vez que o crime” fôsse dos que, por natureza, deixam vestígios (1.º); deveria dirigir-se a autoridade “com tôda a prontidão ao lugar do delicto” e, ali, “alem do exame do fato criminoso e de tôdas as suas circunstâncias e descrição da localidade em que se deu”, trataria, “com cuidado, de investigar e coligir os indícios existentes e apreender os instrumentos do crime e quaisquer objetos encontrados, lavrando-se de tudo auto assinado pela autoridade, peritos, e duas testemunhas” 2.º); interrogaria o delinquente que tivesse sido preso em flagrante, e tomaria logo as decla-

rações juradas das pessoas ou escolta que o conduzissem e das que tivessem presenciado o fato ou dêle tivessem conhecimento (3.º); feito ou não o corpo de delicto (quando não fôsse caso), indagaria quais “as testemunhas do crime” e as faria “vir a sua presença, inquirindo-as sob juramento, a respeito do fato e suas circunstâncias e de seus autores ou cúmplices”, depoimentos êsses que deveriam ser “na mesma ocasião” “escritos resumidamente em um só assinado pela autoridade, testemunhas e delinquente, quando preso em flagrante” (4.º); “poderá dar busca com as formalidades legais para apreensão das armas e instrumentos do crime de quaisquer objetos a êle referentes, e desta diligência se lavraria o auto competente” (parágrafo 5.º); “terminadas as diligências e autuadas tôdas as peças, serão conclusas á autoridade que proferirá o seu despacho, no qual, recapitulando o que fôr averiguado, ordenará que o inquérito seja remetido, por intermédio do juiz municipal, ao promotor público, ou quem suas vêzes fizer, e na mesma ocasião indicará as testemunhas mais idôneas que porventura não tenham sido inquiridas. Desta remessa dará imediatamente parte circunstanciada ao juiz de Direito da comarca. Nas comarcas especiais, a remessa será por intermédio do juiz de Direito que tiver a jurisdição criminal do distrito, sem participação a outra autoridade” (parágrafo 6.º); “tôdas as diligências relativas ao inquérito policial serão feitas no prazo improrrogável de cinco dias, *com assistência do indiciado delinquente, se estiver preso, podendo impugnar os depoimentos das testemunhas*”. *Poderia também impugná-los nos crimes afiançáveis, se, afiançado, requeresse “sua admissão aos têrmos do inquerito”* (parágrafo 7.º).

Em suma: na “inquirição-devassa”, do regime das Ordenações, em que não se distinguiam das demais as meras indagações preliminares, para seleção das testemunhas necessárias ou úteis á instrução preliminar, e tôdas se exprimiam pelos depoimentos registrados nos autos, o indiciado não participava da formação da culpa; no “sumário de

culpa” do código de processo penal, em que indagações anteriores irregistradas constituíram pressuposto da seleção das testemunhas numerárias, o indiciado, passando a participar da formação da culpa, continuou alheio àquelas indagações; no regime instaurado pela Reforma Judiciária de 1871, em que *o inquérito policial se disciplinou em função auxiliar da formação da culpa*, e com anterioridade, *a participação do indiciado nele foi expressamente determinada pelo legislador pátrio*. Os resultados escritos dessa atividade auxiliar, é que, no seu conjunto, passaram a compor aquilo que se denominou, desde então, “inquérito policial” Não passaram êles, entretanto, a excluir, mas, ao contrário, continuaram a pressupor a existência de “indagações anteriores” — a investigação — em que nenhum papel ativo pode óbviamente caber ao indiciado.

12 — O “inquérito policial”, registro obrigatório da atividade policial, para fixação de emergência dos dados da formação da culpa, não se criou, é certo para servir de *base de acusação criminal*, visto como as denúncias e as queixas, que em seus resultados assentavam, não exprimiam acusação criminal, mesmo nos processos dos crimes de competência do juiz singular (crimes, de responsabilidade dos funcionários públicos, desde 1841, e de alguns crimes comuns, como bancarrota, contrabando, homicídios nas fronteiras do Império, etc., desde 1850).

A pronúncia *legalizava* as acusações, quer nos processos de competência do juri, quer nos de competência do juiz singular, desde que se tratasse de crimes inafiançáveis e afiançáveis.

Instauravam-se uns e outros mediante “sumário de culpa”, que servisse de base suficiente à acusação. O ato de acusação deduzia-se sob forma oral, na sessão do juri ou na audiência de instrução definitiva e julgamento do juiz singular. O “libelo” era, como ainda é, antecipação escrita do ato de acusação, para perfeição do contraditório. A instrução criminal preliminar exprimia-se, sempre, pois, pelo “sumário de culpa”, visto como era nos resultados

dêste que assentava a “pronúncia” como legalização da acusação. As denúncias e as queixas, pois, não passavam, em tais processos dos crimes mais graves, os inafiançáveis e os afiançáveis — de propostas de acusação, por assim dizer, suscetíveis de aprovação, mediante “pronúncia”, ou de desaprovação, mediante “impronúncia” ou “despronúncia”

### III

#### A instrução criminal contida no inquérito policial.

13 — Acontece que os legisladores republicanos, de alguns códigos de processo criminal ou penal estaduais, desconheciam ou agiram como se desconhecêssem a função processual da “pronúncia”, qual seja, a de ser um juízo de acusação. Suprimiram-na nos processos de competência do juiz singular!

Tivemos oportunidade de acentuar, no regime da Constituição de 1937, que tal supressão se afigurava inconstitucional, em face do preceito que tradicionalmente estabelecia ser condição da prisão processual, e, portanto, da fiança nos crimes afiançáveis, a formação da culpa, a “pronúncia”.

Em rigor, ninguém poderia ser preso preventivamente senão em processo em que houvesse pronúncia, porque só a formação de sua culpa legalizaria a permanência de coação processual, prisão ou fiança, durante a instrução definitiva. Assim também ninguém poderia ser preso em flagrante senão em processo de sumário de culpa, porque só a pronúncia legalizaria definitivamente êsse mesmo estado de coação processual.

Já a Constituição do Império dissera: “Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na lei”, isto é, sem que exista delito provado (corpo de delito) e indícios suficientes da autoria (culpa em sentido processual). As exceções declaráveis na lei haviam sido,

desde logo, referidas pelo legislador constituinte: “Á exceção do flagrante delicto (que João Mendes, repetindo velhos conceitos, declara a “rainha das provas”, e que demonstra, á evidência, o crime e a autoria), a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita da autoridade legitima”. E acrescentara, a lei fundamental: “Se esta — a ordem do juiz — for arbitrária, o juiz que a deu e quem a tiver requerido serão punidos com as penas que a lei determinar”. Falava-se, pois, de ordem “arbitrária”: e a Constituição mesma esclarecia: que em tais casos, de flagrante delicto e de ordem do juiz, antes de culpa especificamente formada, ainda aí, “dentro de 24 horas. . . e, nos lugares remotos, dentro em prazo razoável. . . o juiz, por uma nota por êle assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes do seu acusador e os das testemunhas, havendo-as”. Prisão “arbitrária” seria, pois, aquela cujo motivo, patenteado ao réu na nota de culpa, não fôsse verdadeiro.

Por isso, o Código Criminal de 1830 viria a disciplinar a matéria: declararia crime contra a liberdade individual “ordenar a prisão de qualquer pessoa. . . antes de culpa formada, não sendo nos casos em que a lei o permite”, bem como “mandar qualquer juiz prender alguém fora dos casos permitidos nas leis, ou mandar que depois de preso, esteja incomunicável além do tempo que a lei marcar” (art. 181); bem como “não dar o juiz ao preso, no prazo marcado na Constituição, a nota por êle assinada, que contenha o motivo da prisão e os nomes do acusador e das testemunhas, havendo-as” (art. 182). Considerou-se cárcere privado ser alguém “preso nas prisões públicas por quem não tiver autoridade para o fazer”, crime esse punivel com prisão de 15 dias a 3 meses, “nunca, porém, por menos tempo do que o da prisão do ofendido” (art. 189 e 190). “Demorar o juiz o processo do réu preso ou afiançado além dos prazos legais — rezava o art. 181 — ou faltar aos atos do seu livramento”, pena: suspensão do emprego por um mês a um ano, prisão por 15 dias a 4 meses, nunca, porém,

por menos tempo que o da prisão do ofendido, mais a terça parte”

Quais foram êsses prazos? “A formação da culpa não excederá o termo de 8 dias, depois da entrada na prisão, exceto quando a afluência de negócios, ou outra dificuldade insuperável obstar, fazendo-se contudo o mais breve que fôr possível”. Essa norma, contida no art. 148 do código de processo criminal, estabeleceu, pois, que a conservação do réu na prisão consequente ao flagrante ou á ordem do juiz, antes da pronúncia, não poderia de regra durar mais de 8 dias. O juiz que excedesse tal prazo incorreria nas penas de crime contra a liberdade individual.

Isso revela que só a pronúncia legalizava as prisões processuais, não só a prisão dela resultante, mas também a prisão a ela anterior, fôsse a consequente a flagrante, fôsse a consequente a decretação de prisão preventiva.

No nosso sistema tradicional, portanto, o caráter inafiançável ou afiançável da infração obrigava, por dispositivo constitucional, a que o legislador ordinário estabelecesse um “sumário de culpa”, como processo prévio á acusação.

14 — A Constituição de 1937, foi explícita, repetindo, de maneira clara, o princípio fundamental da instrução preliminar originário da do Império: “Á exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente” E — art. 122, inciso 11 — prosseguia: “*Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada*”, o que equivalia a dizer que, *nos crimes inafiançáveis e afiançáveis, a conservação do réu na prisão processual, oriunda de flagrante ou de decretação de prisão preventiva, tanto quanto de pronúncia, dependeria sempre de formação da culpa.*

Concluía o legislador constituinte outorgante: “a instrução criminal será contraditória”. Achou prudente *expois da formação da culpa, as necessarias garantias de defesa*; não se contentou em exprimir apenas que “a instrução criminal será contraditória”. Achou prudente explicar também o que isso deveria significar para o legislador ordinário. E o fez ao acrescentar, explicitamente, que *as garantias de defesa* haveriam de respeitar-se *mesmo antes de concluída a formação da culpa, isto é, mesmo antes da pronúncia*.

O legislador constituinte não se referiu expressamente a “sumário de culpa”. Preferiu chamar de “instrução criminal” á atividade que leva á completa formação da culpa. Poderia, á vista disso, ter suprimido o “sumário de culpa”, enquanto tal, dos processos de competência do juiz singular, como suprimiu, e até mesmo suprimiu-lo também dos outros processos, os de competência do tribunal do juri, nos quais conservou o “sumario de culpa”. Mas deveria criar, nos processos dos crimes inafiançáveis, e afiançáveis, em substituição, uma “instrução criminal” preliminar, isto é, processo prévio á denúncia ou á queixa, que culminasse em formar a culpa, como base da acusação criminal contida na inicial.

A supressão desarrazoada da “pronúncia”, empreendida pelo código de processo penal, em relação aos processos de competência do juiz singular, ordinários ou sumários, salvo tratando-se de infrações extra-afiançáveis, só não incorre em inconstitucionalidade se se admitir que houve deslocamento, para o “inquérito policial”, das funções do suprimido “sumário de culpa”.

A acusação contida em denúncia ou queixa, a que não se segue qualquer tipo de instrução criminal preliminar judicial, depende de base, tanto quanto a acusação que se encerra em “libelo”. Tal base indispensável não pode deixar de ser resultado, portanto, de operações anteriores á denúncia ou queixa. Se essas operações anteriores não são



outras senão as do “inquérito policial”, êste ganha *sem* dúvida, funcionalmente, o caráter de “instrução criminal” (preliminar), porque — usada a linguagem dos legisladores de 1827 — constitui, já agora, em tais casos de competência do juiz singular, a *única base da acusação*.

Nos processos de competência do tribunal do júri, o problema não apresenta gravidade. Neles, o “sumário de culpa” realiza, por assim dizer, uma obra de beneficiamento judiciário dos resultados do “inquérito policial”. Êstes, por si sós, não fornecem, nem precisam fornecer, base à acusação, a não ser mediatamente. Afastar o indiciado de participar do “inquérito policial”, aí, não significaria violação de garantias constitucionais de defesa.

Entretanto, mesmo em tais casos, o legislador ordinário, de 1841, de 1870 e de 1940, preferiu admitir essa liberal prerrogativa.

Afastar o indiciado, porém, de “inquérito policial”, instaurado para apurar infração inafiançável ou afiançável, em processo no qual á denúncia ou queixa não se segue “sumário de culpa”, infringe a norma constitucional vigente ao tempo da promulgação do código de processo penal.

Tal dispositivo exigia, antes de mais nada, que as acusações por semelhantes crimes se fundamentassem em “instrução criminal”, onde êle aludia á “pronúncia”, á “culpa formada”. Acrescia a exigência de que a instrução criminal formadora da culpa fôsse “contraditória” e, mais do que isso, cercada das “necessárias garantias de defesa”. Em rigor, a instrução criminal preliminar, assim exigida pelo legislador constituinte de 1937, deveria ser judicial. Mas se o legislador ordinário, no suprimir o “sumário de culpa” a fêz extrajudicial, como é o “inquérito policial”, daí não se pode nem se deve inferir que, além da primeira inconstitucionalidade, consistente em ser policial o que deveria ser judiciário, ainda ocorra uma segunda, a de o indiciado ser repellido da sua formação de culpa, como se nenhum legítimo interêsse nela tivesse a resguardar.

15 — A Constituição de 1891 consignara: “Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as exceções especificadas em lei” (art. 72, § 14); a de 1834 intentara inovar — o que teria permitido a supressão da instrução criminal preliminar — dispondo: “Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei” (art. 113, inciso 21). Já não falava mais, a Constituição, de “pronúncia”, de “formação da culpa”, nem ainda de “instrução criminal”; nem dizia mais que a conservação do réu na prisão dependia desta ou daquelas.

Como vimos acentuando, foi a de 1937 que restabeleceu o respeito á nossa tradição: ninguém pode ser acusado de crime grave, no Brasil, sem *prévia formação de sua culpa*, isto é, sem *base objetiva de acusação*.

Como se portou, depois, a Constituição de 1946?

A de 1934 estatuiu, no inciso 24 do art. 113, apenas e tão só: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a ela”. A de 1946, embora repetindo, no seu § 20 do art. 141, que “Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei”, proclamou que “É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela — é certo — desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso em 24 horas”. Mas, voltando á conquista liberal da Constituição de 1937, repetiu: “A instrução criminal será contraditória”.

A explicação de 1937, acerca de que por instrução contraditória se deve entender aquela que se cerca das necessárias garantias de defesa, era supérflua.

O Poder Judiciário não há de, com acêrto, interpretar a omissão como significativa de que, nos processos criminaes, não deva haver “instrução criminal”, ou de que a

“instrução criminal” não precise ser “contraditória”, quando não seja judicial.

Poder-se-ia admitir, apenas, o reconhecimento de que, já agora, no regime do vigente código de processo penal, não sendo judiciária, a “instrução criminal” é de fato administrativa, policial. Há de ser, contudo, “contraditória”.

Entenda-se, sempre, por “instrução criminal”, que a Constituição refere, a instrução criminal preliminar. A lei não contém cláusulas inúteis. A primeira parte do § 25 do art. 141 da Constituição vigente, no assegurar “aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela”, refere-se ao processo da instrução criminal definitiva e não ao da preliminar. A segunda parte, para não encerrar uma repetição, há de referir-se — quando fala de “instrução criminal” — á instrução criminal preliminar. 9 — “instrução criminal” — á instrução criminal preliminar. *O “inquérito policial”, portanto, criou-se e existe no sistema de nosso direito, em função da formação da culpa, isto é, da atividade de se coligirem elementos de convicção suscetíveis de constituírem suficiente base á acusação criminal.*

*Chama-se, entre nós, “sumário de culpa” a essa atividade preliminar, nos processos em que o legislador do código de processo penal não o suprimiu.*

*Nos demais processos, uma vez que é da índole do sistema não se admitirem acusações sem liminar base objetiva, e não podendo o juiz, para apreciação dos fundamentos objetivos da denúncia ou queixa, encontrá-los senão nos resultados da atividade da Polícia e corpo de delito, pertence ao “inquérito policial”, em tais casos, a mesma função legalizadora da acusação atribuída ao “sumário de culpa”*

Em suma, converte-se aí o “inquérito policial” em “instrução criminal”, em virtude das mesmas razões pelas quais o “sumário de culpa” é “instrução criminal”.

16 — Ser “instrução criminal” preliminar, contudo, não bastaria para obrigar o legislador pátrio, constituinte ou ordinário, a outorgar ao “inquérito policial” formas tute-

lares da defesa. A “instrução criminal”, como se sabe, não precisa necessariamente ser judicial nem contraditória, para que, em qualquer sistema de processo da ação penal, se possa considerar respeitadas plenamente as garantias de defesa. Uma vez que, para efeitos da sentença penal, a fundamentação definitiva seja judicial e contraditória, compreendendo meios e recursos essenciais à defesa, satisfeita plenamente esta se encontrará.

Entretanto, como já acentuamos de início, a Constituição e a lei ordinária podem conferir à “instrução criminal” uma certa medida de judicialidade ou de contraditoriedade. Foi o que sucedeu no Brasil, como acima ficou demonstrado, mediante a criação e a manutenção do “sumário de culpa”, para substituir as “devassas” e as “querelas”.

Assim como razões de política processual penal levaram o legislador pátrio a alargar as prerrogativas do denunciado ou querelado no “sumário de culpa”, levaram-no também a concedê-las, em certa medida, ao indiciado, durante o “inquérito policial”, sem que, num ou noutro caso, tivesse errado.

O “inquérito policial” considerado como atividade de fixação preparatória dos mesmos dados de “sumário de culpa”, onde este exista para judicializar as bases da acusação, converte-se em atividade de legalização mesma da acusação, porém, onde e quando não haja “sumário de culpa”. Nesse caráter, seus resultados constituem os únicos elementos de convicção disponíveis para o juiz no ajuizar da admissibilidade da denúncia-acusação ou da queixa-acusação.

#### IV

#### **O código vigente e o direito de defesa no inquérito policial.**

17. A autoridade policial incumbe “colher tôdas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias”: “colher” as provas é uma coisa; outra

coisa é prestar “esclarecimento” ao juiz ou, por intermédio dêste, ao promotor público, para a denúncia, mediante “as peças do inquérito policial”, “num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas” e acompanhadas de “minucioso relatório do que tiver sido apurado” (arts. 5.º, inciso III, 9.º e 10.º, a parágrafo 1.º, do código de processo penal). Consiste a “investigação” em procura daquilo que está oculto: a colheita das provas, não raro, depende de investigação.

A “informação”, visto como “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa”, propicia “base a uma ou outra” (art. 12), isto é, fornece os elementos de convicção “imprescindíveis ao oferecimento da denúncia” ou queixa (art. 16). O inquérito policial, enquanto há de propiciar “base para a denúncia”, apresenta resultados negativos se seu desfecho revela “falta de base para a denúncia”, e então é arquivado (art. 16); bem como pode vir a apresentar, depois, suficiente “base para a denúncia”, se a autoridade policial, arquivado o inquérito, “proceder a novas pesquisas, se de *outras provas* tiver notícia” (art. 18).

Se, desde logo, os elementos de convicção “imprescindíveis ao oferecimento da denúncia” constarem da informação policial — finalidade do inquérito — “o Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito á autoridade policial”: deverá denunciar (art. 16).

A “investigação” — além de tudo — é operação que não se exaure com a remessa dos autos ao juiz ou ao Ministério Público, para denúncia ou queixa, ou arquivamento: “a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia” (art. 18) a fim de “fornecer ás autoridades judicarias as informações necessárias á instrução e julgamento dos processos” (art. 13, I), e deverá “realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público” (art. 13, II).

Tudo isso indica que quaisquer elementos de convicção pressupõem uma “investigação” mais ou menos intensa, como dado antecedente á sua produção, tanto na Polícia

quanto em Juízo, seja em grau de “informação” anterior a “sumário de culpa”, seja em grau de “instrução criminal” preliminar, seja, afinal, em grau de instrução criminal definitiva.

A “investigação” produz resultados preprozessuais: o delegado ou o subdelegado de polícia, após sentir em si mesmo êsses resultados, é que, empreendendo o registro escrito dêles, cria, por assim dizer, os elementos informativos de convicção.

O juiz sumariante ou o juiz da causa, também de officio, ou a requerimento das partes, empreende a produção das provas, que, antes, foram procuradas e achadas, direta ou indiretamente, por quem as requereu ou sugeriu.

18 — Feitas essas distinções, evidente se patenteia o absurdo que seria advogados de defesa colados a detetives particulares ou a investigadores, a serviço da Polícia, do Ministério Público ou do juiz, a espiarem as pesquisas sôbre as infrações, seus autores e os elementos de convicção, anteriores, contemporâneos ou posteriores ao inquérito policial, ao “sumário de culpa” ou á instrução definitiva.

Errado entretanto igualmente se evidencia afirmar-se que a exteriorização do resultado das pesquisas, assestada como carga contra o indiciado, no inquérito policial, para estruturação dos alicerces objetivos da denúncia ou queixa, não reclame, ou, ao menos, não autorize o admitir-se participação do paciente nas operações informativas que pessoalmente hão de atingi-lo, para mal ou para bem, pouco importa, mas diretamente na sua liberdade individual, arriscada a sofrer todos os constrangimentos materiais e morais de um processo criminal.

19 — Nosso vigente código de processo penal manda a autoridade policial, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, dentre outras coisas, “ouvir o indiciado”. Impõe que o faça “com observância do disposto, embora no que fôr aplicável”, quanto ao interrogatório judicial. Leia-se, pois, o art. 185, para tal efeito, assim: “O indi-

ciado que fôr preso, ou comparecer, espontâneamente, ou em virtude de intimação, perante a autoridade policial, no curso de inquérito policial, será qualificado e interrogado”. Será interrogado, então, sôbre — segundo a applicabilidade do art. 188 — “as provas contra êle já apuradas”; “se tem o que alegar contra as testemunhas já inquiridas ou por inquirir”; “se verdadeira a imputação” etc. E, o que mais importa, “*será convidado a indicar as provas da verdade de suas declarações*”. “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado — interessados que são, objetiva e pessoalmente, nos resultados da atividade policial — *poderá requerer qualquer diligência, que será realizada ou não, a juízo da autoridade*”.

Essa clausula — “a juízo da autoridade” — deflui do poder-dever inquisitivo da autoridade policial. Como tal, não representa nenhuma restrição ao direito que têm essas pessoas a que o delegado ou subdelegado, no uso de seu prudente critério, mas sob influxo das contingências da verdade real, não transforme a discricção administrativa, na medida em que ela existe, em abuso de poder.

Acresce que, em matéria de exame de corpo de delicto, a autoridade policial não pode escolher entre deferir ou indeferir, a seu juízo, qualquer pedido do indiciado. E’ obrigado a determiná-lo, em qualquer hipótese, nas infrações de vestígios permanentes, e, portanto, também, no caso em que o indiciado o pleiteie. Se se trata mesmo de qualquer outra perícia, “o juiz ou a autoridade policial” — diz o art. 184 — negará a diligência apenas e tão-só “quando não fôr necessária ao esclarecimento da verdade”.

Quanto a documentos, “salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo”, (art. 231), e, portanto, durante o inquérito policial, ou, ao menos, a propósito de formação de corpo de delicto, visto como nenhum texto expresso o veda.

20 — Quem quer que seja indiciado, pois, em inquérito policial, preso, conduzido, ou espontâneamente presente,

tem direito a exigir que a autoridade o interrogue, forme o corpo de delito, realize perícias necessárias ao esclarecimento da verdade, ouça o ofendido, inquiria testemunhas por êle apontadas, desde que indispensáveis ou úteis á elucidação das circunstâncias do fato, junte documentos aos autos, etc.

Tem direito, ainda, de participar do exame de corpo de delito, bem como dos demais exames, e, por certo das inquirições, no ato do registro dos depoimentos nos autos do inquérito policial.

Isso não significa que a Polícia não possa ou, até, não deva ouvir previamente tais ou outras testemunhas em grau de pesquisa, informalmente, sem participação do indiciado, desde que sem destinação judicial dos depoimentos.

21 — A inquisitorialidade não é incompatível como o exercício do direito de defesa pelo indiciado durante o inquérito policial. Seu interesse, ali, consiste, ao menos, em demonstrar que não deve ser denunciado.

As sanções ás ofensas a seu direito de defêsa, nesse momento, são de caráter disciplinar, e não de caráter processual.

Nem por isso, entretanto, sua posição deixa de equiparar-se aí á do Ministério Publico. Mais do que isso! Em rigor, o promotor público, que, no Brasil, não pertence á ordem hierárquica da polícia judiciária, nada de essencial tem a fazer no inquérito policial. A autoridade policial, em seu caráter inquisitivo, reúne em si própria todos os poderes-deveres de indagação da verdade real, por fôrça de lei, poderes-deveres que, mais tarde, em duas posições processuais diversificadas, hão de pertencer, no âmbito judiciário, ao promotor público, como acionador da iniciativa judiciária, e ao juiz, como realizador definitivo da norma penal.

O Ministério Público representa, pois, quando interfere nos inquéritos policiais, uma duplicação acidental de or-



gãos do Estado, para a mesma finalidade, qual seja a da apuração das infrações e de suas circunstâncias.

Tanto assim é que *o código de processo penal, ao passo que reconhece o interesse pessoal do indiciado e do ofendido nos rumos do inquérito, e lhe atribui relevância, omite qualquer referência á participação do Ministério Público no curso dessa atividade preliminar inquisitiva.*

A espontaneidade inquisitiva reage, por definição funcional, entretanto, a qualquer estímulo. Assim como o interesse cívico de qualquer cidadão pode criar na autoridade policial a contingência de cumprir sua obrigação funcional, no cumprimento de poder-dever inquisitivo, o funcionário do Ministério Público pode ser compelido, pela disciplina de sua função, e em razão de economia processual, mero acidente, quer por ato de superior, quer por decreto ou lei de organização, a cooperar na obra de apuração empreendida nas delegacias e subdelegacias de Polícia.

Dêsse alargamento accidental de área, para o exercício das funções do Ministério Público, é que deriva, no Brasil, o preconceito de que a autoridade policial há de comportar-se como servidor do Ministério Público ou do Juiz futuros, quando os três são é servidores da lei, sob o signo do princípio da necessidade do processo penal.

*O delegado ou o subdelegado de polícia investe-se em seus deveres por força da lei, e não pelas determinações de juiz, de promotor público ou de superior hierárquico, cujas ordens, requisições ou sugestões, de uns e de outros, só são exequíveis, positiva ou negativamente, durante o inquérito policial, na medida das determinações legais, que vinculam solidariamente tôdas essas autoridades.*

22 — A Constituição determinou que a “instrução criminal” fôsse contraditória. O legislador ordinário apressou-se em cumprir, como lhe pareceu certo, o dispositivo fundamental: outorgou aos denunciados e querelados, nos sumários de culpa, a prerrogativa de proporem testemunhas á inquirição, em igualdade de número com o denunciante ou querelante.

Não era preciso que o fizesse, conforme sustentamos em nossa “A contrariedade na instrução criminal”.

Se o não tivesse feito, nem por isso teria deixado de ser contraditório o “sumário de culpa”, como já o era, desde, sobretudo, a legislação de 1870, onde e quando melhor se disciplinou a intervenção do indiciado, como direito de participar da obra inquisitiva do juiz sumariante, presente ás inquirições, para contestar as testemunhas e oferecer conclusões antes do despacho de pronúncia e impronúncia.

Tudo isso significa “contrariar”; posto que seja contrariar o inquisidor, defender-se, em suma, ser ouvido.

*O mesmo legislador pátrio conservou, para os indiciados no inquérito policial, essas prerrogativas, exatamente em face do poder-dever inquisitivo da autoridade policial.*

Representam, elas, pois, direito de defesa, que só a violência pode suprimir.

23 — A norma penal, realizável mediante o processo penal, não exprime apenas o direito de punir do Estado, mas principalmente o direito de o indivíduo não ser punido senão dentro das limitações que ela aduz ao poder de punir.

Asseverar que o indiciado nenhum interêsse tem a defender no inquérito policial é desconhecer que o delegado de Polícia, tanto quanto o juiz criminal, subordinado ao princípio de legalidade, é instrumento da lei, obrigado a cumprir a norma penal, em seu bifrontismo, tanto sob o aspecto do interêsse de punir, que é de todos os indivíduos impessoalmente considerados, quanto sob o aspecto do interêsse de não punir, fora das limitações derivadas da norma penal, que é pessoalmente do indiciado.

O indiciado é o primeiro indivíduo *pessoalmente interessado* no cumprimento dos deveres policiais de descobrimento da verdade criminal, com tôdas as suas circunstâncias.

O mesmo ocorre no processo da ação penal, em qualquer de suas fases, no qual o denunciado ou querelado, ou o acusado, é o primeiro indivíduo *pessoalmente interes-*

*sado*, também, na realização da norma penal, conforme as solicitações da verdade criminal objetiva.

Convém ponderar que, por isso mesmo, a relevância da atuação de defesa, no processo da ação penal, nunca transcende, anula ou reduz os deveres do juiz, concernentes às razões legais de defesa, tenham ou não o réu e o advogado de defesa arguido tais ou outras razões, no exercício de suas prerrogativas.

O que quer dizer que a defesa, no processo criminal, não constitui encargo processual do réu, mas sempre direito de cooperar na obra de convencimento do juiz.

Outorgar ao indiciado o direito de participar do descobrimento da verdade criminal, embora para fins informativos, não encerra nenhum absurdo.

O que é preciso é evitar, tanto na instrução criminal, definitiva ou preliminar, quanto no inquérito policial, que a cooperação da defesa perturbe o bom andamento da causa ou o esclarecimento dos fatos. E isso o poder inquisitivo do juiz, bem como o de delegado de Polícia, tem meios de fazer valer.

O direito de defesa não importa necessariamente, pois, relação de contrariedade entre um agente da pretensão punitiva, a modo de titular do direito de ação, diverso da autoridade inquisitiva, e o sujeito passivo dessa pretensão. O delegado de Polícia, no Brasil, que, em grau de atividade informativa está investido de autoridade inquisitiva, defronta-se com o indiciado, ao qual trata de ouvir, por dever legal, e ao qual trata de comunicar, ao registrá-los, todos os resultados, paulatinamente, da atividade policial, e do qual recebe tôdas as solicitações deferíveis ou indeferíveis, tendo sempre em mente os superiores interêsses da lei.

Ao indiciado se há de negar o direito de intervir nas diligências de “investigação”, pròpriamente ditas, as quais, como preliminares, precedem o registro, no “inquérito policial”, de cada elemento de convicção real, pessoal ou do-

cumental. Essa intervenção não teria sentido, nem no inquérito policial, nem — convém notar — na “investigação”, que, mesmo depois de instaurada a ação penal, pode ou deve realizar-se, de ofício ou por solicitação do juiz ou do Ministério Público.

Mas, uma vez que o inquérito policial, em seus resultados escritos, se destina a servir de base á denúncia ou queixa, a servir de fundamento a um despacho judicial de que resulta o denunciado ou querelado, para o mal do processo, seria absolutamente contrário a qualquer senso de justiça, e ao sistema mesmo de nosso processo penal, afastar o indiciado como se nada tivesse a ver com sua própria liberdade.

# O princípio da verdade real.

*J. Canuto Mendes de Almeida*

Catedrático de Direito Judiciário Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1 — A narração do fato ,que, nas denúncias e nas queixas, o denunciante ou querelante deve empreender, não vincula o magistrado às circunstâncias narradas, senão na medida em que estas se ajustam às do fato real objetivo. A tarefa de ajustar os termos da postulação acusatória aos termos da verdade real incumbe ao magistrado, no sistema do direito processual brasileiro, não apenas antes de proferir a sentença penal (arts. 383, 384 e 385 do Código de Processo Penal), nem tão só durante a instrução definitiva (art. 569 do Código de Processo Penal), mas também ao receber a inicial.

Sob o aspecto meramente inquisitivo, tal ajustamento, em princípio, ou melhor, de regra, sendo supérfluo, é implícito, visto como *a ação penal se instaura, então, não por causa da descrição* histórica do fato, contida na inicial, *mas por causa do fato, em sua objetividade exterior e anterior à inicial*, que esta historicamente descreve. Sob o aspecto acusatório, entretanto, sendo função da descrição histórica feita na inicial, como é obvio, a mesma de um libelo acusatório, (qual seja, a de fixar os termos da acusação, para que destes, como cargas, seja o réu obrigado a livrar-se, no exercício de seu pleno direito de defesa), aquele ajustamento deve ser explícito quanto às circunstâncias essenciais elementares da definição jurídica da verdade real e, ainda, quanto às circunstâncias concernentes a pressupostos processuais e condições da ação (competência, legitimidade

de parte, não estar extinta a punibilidade por prescrição ou por decadência).

Quando ocorra desajuste, o poder-dever de o juiz zelar pela identidade do fato (o fato acusado há de ser sempre o fato ocorrido) investe-o na prerrogativa, que exerce de ofício, de denegar recebimento à inicial desajustada, aplicando assim a sanção processual de inadmissibilidade ao ato eivado da nulidade prevista pelo artigo 569 do Código de Processo Penal. Essa prerrogativa — que reflete a obrigação de o juiz “prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos” (art. 251 do Código de Processo Penal) — acompanha o magistrado durante tôda a instrução criminal; e, quando, ao ter de proferir a sentença penal, ainda não tenha percebido o desajuste e só então venha a verificá-lo, está obrigado a exercê-la nos têrmos dos aludidos artigos 383, 384 e 385 do Código de Processo Penal.

Entretanto, convém frizar que se o desajuste entre as circunstâncias descritas pela acusação e as circunstâncias objetivamente ocorridas carecer de relevância jurídica penal ou processual penal, ou melhor, quando a imperfeição ou a incompleição da denúncia ou da queixa não incidir sôbre circunstância elementar da definição jurídica do fato como crime (definição jurídica genérica), segundo sua espécie ou tipo (definição jurídica específica), nem sôbre circunstâncias, como as de tempo e de lugar, por exemplo, determinadoras da competência, bem como do termo inicial do prazo de prescrição ou de decadência, o desajuste, sendo assim juridicamente irrelevante, não impede o recebimento da denúncia ou queixa, imperfeita ou incompleta por mero acidente e não por essência. Em tal caso, entretanto, a verdade real ainda é aquela que implicitamente constitui a matéria da acusação, e não a descrição imperfeita ou incompleta da denúncia ou queixa.

Num regime de processo inquisitivo puro, que praticamente não existe, fundir-se-iam as duas espécies de atividades integrantes da instrução criminal — postulação e pro-

bação — no officio inquisitivo do juiz: êste buscaria a verdade real, sem estar vinculado a qualquer comportamento postulatório alheio, quer de acusador, por inexistente, quer de defesa, por irrelevante: o réu, sujeito passivo da inquirição, reduzir-se-ia a mero instrumento de prova, à disposição do magistrado perquiridor das circunstâncias reais do fato, anteriores e exteriores ao processo.

Num regime de processo acusatório puro, que também não existe na prática, ao acusador e ao acusado caberiam, em relação de igualdade, aquelas duas atividades, de postulação e de probação, reduzido o juiz, em sua inércia jurisdicional, a decidir segundo o alegado e provado pelas partes, em relação de contrariedade.

No regime misto, adotado pelos países civilizados, *o poder inquisitivo do juiz não suprime a contrariedade; conjuga-se com ela, regendo-a, quanto à postulação, mediante as exigências da verdade real, delimitativas do litigio, e, quanto à probação, mediante a complementação das provas incompletas e a correção das provas viciosas.*

Acautelam-se, no regime misto, tanto os interesses da verdade real, com o exercício do poder inquisitivo do juiz, quanto os interesses da plenitude de defesa, com a rigorosa aplicação prática das regras do contraditório.

2. — Essa interpretação dos dois regimes, no tipo de processo misto, faz com que a contrariedade processual penal se distinga da contrariedade processual civil ou comercial: na ação civil ou comercial, em geral, ressalvados os casos que pedem a intervenção do ministério público, o réu se defronta com o autor, e vice-versa, em relação ativa de contrariedade, reduzido o juiz a sujeito passivo da instrução judicial; ao passo que *na ação penal o réu e o autor se defrontam tanto com o juiz quanto com a parte contrária, numa relação dúplice, de sujeição à verdade real, em face do juiz inquisitivo, e de contrariedade, em face da parte contrária.*

Nada melhor do que mostrar na lei, nosso Código de Processo Penal, como se dá essa relação complexa.

3 — O art. 41 do Código de Processo Penal determina que a inicial postulatoria, denúncia ou queixa, “conterá a exposição do fato criminoso, com tôdas as suas circunstâncias”.

A finalidade dessa exigência acha-se inscrita nos arts. 394 e 395 do mesmo Código de Processo Penal: realizar a plenitude de defesa, mediante *ciência tempestiva* ao acusado dos exatos termos da acusação. É por isso que o juiz, “ao receber a queixa ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório (tempestividade), ordenando a citação do réu (ciência)” e que “o réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de três dias, oferecer alegações escritas”. Nenhum processo penal pode se iniciar sem que o acusado tenha liminar conhecimento “do fato criminoso, com tôdas as suas circunstâncias”, fato êsse que constitui o conteúdo da acusação.

As mesmas considerações, aplicáveis à postulação, aplicam-se também à probação: nenhuma prova de acusação pode ser produzida sem que dela se dê prévio conhecimento ao acusado, não só para que participe de sua produção, mas também para que possa opor contraprovas de defesa. O invocado art. 41 do Código de Processo Penal determina que o ról de testemunhas da acusação conste da denúncia ou queixa, para que, segundo o art. 194, ao tomar conhecimento da inicial, o denunciado ou querelado tome conhecimento, também, dêsse ról, e para que, consoante o art. 395, saiba, com critério, selecionar e “arrolar testemunhas” de defesa.

A aplicação prática do princípio constitucional da plenitude de defesa e da contrariedade na instrução criminal manifesta-se, assim, através desta regra, deduzida dos aludidos dispositivos do Código de Processo Penal: ninguém pode ser chamado a defender-se de imputação indeterminada; ou, noutros termos, nenhuma acusação pode ter por objeto fato indeterminado.



*A denúncia ou a queixa não podem, pois, incidir em omissão de circunstâncias de fato, ao menos essenciais, sob sanção de nulidade: é o que se depreende dos arts. 569 e 384 e do § único do art. 384.*

4. Dizer o art. 569 que as omissões da denúncia ou queixa “poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final” é reconhecer que a inicial, quando incompleta na exposição das circunstâncias do fato, incide em nulidade e que a nulidade, não podendo ser suprida depois da sentença final, deve ser suprida antes. Dizerem o art. 384 e o seu § único que, mesmo antes da sentença final, para suprir-se a omissão de “circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa”, se torna necessário “baixar o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale, e, se quizer, produza provas”, ou, ainda, “a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa. . . abrindo-se, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderá oferecer prova”, dizerem isso, êsse artigo e seu parágrafo único, significa que ninguém pode ser acusado senão de circunstâncias elementares devidamente determinadas na postulação.

5. Os dispositivos ora invocados exprimem, em termos de norma positiva, a manifesta sujeição de nosso processo penal ao princípio do contraditório, embora, ao mesmo tempo, ao princípio inquisitivo.

O acusador postula a acusação, determinando, desde logo, na inicial, “o fato e suas circunstâncias”, para que, tendo conhecimento dessa exposição liminar, possa o acusado defender-se com conhecimento de causa. Isso assim é, *embora, no exercer a prerrogativa acusatória, haja o acusador de submeter-se, desde logo também, às exigências da realidade: é limitado por tais exigências que não pode êle ser omisso, em relação às circunstâncias do fato judicialmente verificáveis; são elas que, através do ofício do juiz, acabam regendo, em última análise, o critério da acusação.*

*O critério da acusação é, assim, o da verdade real, ao contrário do que ocorre nas ações cíveis e comerciais, em*

geral (ressalvados os casos em que intervém o Ministério Público), nas quais o critério das partes corre, livremente, ao sabor do poder dispositivo que o autor e réu, mediante a litiscontestaçãõ, exercem sôbre o conteúdo da causa e objeto da jurisdição.

6. Mas o exercício do poder inquisitivo judicial, de regência da postulação processual penal mediante as circunstâncias da verdade real patenteadas ao juiz durante a instrução criminal, não exprime o único meio de subordinar-se o processo penal ao princípio da verdade real, subtraindo-se ao princípio da verdade formal (ou, por outras palavras, aos vínculos da litiscontestaçãõ). *Acautela-se a justiça contra o arbítrio acusatório, à entrada mesma da ação, mediante a indispensabilidade do corpo de delito, nas infrações que deixam vestígios, bem como, sob certo aspecto, mediante liminar demonstraçãõ, embora implícita, na denúncia ou queixa, de que não se trata de denunciaçãõ caluniosa, temerária ou leviana.*

7. Em suma, acham-se as partes, no processo penal, vinculadas por tal forma à verdade real, que ao juiz, e não a elas, é que incumbe definir, segundo sua convicção, os têrmos da questão, como deveriam postular-se, e os meios de prova, como haveriam de produzir-se. Essa incumbência reflete o poder-dever inquisitivo de o juiz decidir: a) segundo as alegações das partes, apenas e tão só quando o que elas postulam se revela conforme a verdade real, ou quando pôsto por êle de conformidade com a verdade real; b) e com fundamento nas provas produzidas pelas partes, apenas e tão só quando conformes às exigências de demonstraçãõ dessa mesma verdade real, ou quando postas por êle de conformidade com tais exigências.

A doutrina dá o nome de princípio da verdade real à regra em razão da qual o juiz vela pela conformidade da postulação das partes com a verdade real, a êle revelada pelos resultados da instrução criminal.

8. A história do direito processual penal brasileiro mostra a sua evolução, confirmando o respeito secular de nossos legisladores, daqui e de ultramar, ao princípio da verdade real.

Com efeito, é da tradição do direito processual penal brasileiro, carreada do direito canônico para o direito português, que ninguém pode ser coagido a defender-se judicialmente de acusação criminal que não seja fundada em objetiva existência material de infração e de sua autoria. Assim é que três fases muito nítidas atravessava o processo penal das Ordenações, desmembrado, por assim dizer, em três processos elementares: o primeiro era o processo da formação do corpo de delito, ou mediante exame dos vestígios deixados pela infração (e o objeto do exame então se denominava corpo de delito direto), ou mediante depoimentos de testemunhas (e o objeto das inquirições então se denominava corpo de delito indireto); o segundo era o processo do indiciamento, para pronúncia da autoria, mediante inquirição devassa, que queria dizer inquirição aberta, isto é, sem determinação liminar de indiciado, por destinar-se exatamente a empreender tal determinação; o terceiro era o processo do “livramento-crime”, judicial, contraditório, no qual, segundo as formas processuais cíveis, o réu se defendia da acusação resultante da objetiva existência material da infração, demonstrada pela formação do corpo de delito, e da objetiva ocorrência de sua culpa como autor da infração, demonstrada pela inquirição devassa. O sistema outorgava, pois, ao fato objetivo e à concreta autoria (tanto quanto à lei incriminadora, ao juiz e ao acusador) o atributo de pressupostos processuais, como dados anteriores e exteriores ao processo e condicionadores de sua existência jurídica: juiz, norma penal abstrata, fato e autoria, concretos, bem como legítimo acusador, condicionavam, do ponto de vista lógico jurídico, o válido estabelecimento da relação processual acusatória. Assim é que se lê em PEREIRA e SOUSA que nula é a devassa que não consta de corpo de delito. Como os dicionários ensinam que constar quer dizer

derivar, resultar, tem-se que nula era a devassa que não resultasse de corpo de delito: nunca se deveria instaurar inquirição devassa para descoberta de um assassino sem que antes fôsse indubitável a existência de um assassinado; e nunca se deveria acusar alguém sem que êste fôsse antes regularmente pronunciado autor indubitável (com base em resultados de inquirição devassa) de infração indubitável (com base em corpo de delito). Nesse sistema processual penal, assim sendo, o réu deveria ser acusado não pela discreção do acusador, no compor o libelo crime acusatório, mas pela objetividade da conduta criminoso, o que exprimia a regência tradicional do princípio da verdade real no processo penal brasileiro.

9. Quando, ao advento da independência política do Brasil, o governo monárquico hiperbòlicamente decretou a abolição das devassas, “como se nunca tivessem existido”, não suprimiu a função formadora da culpa que, nesse sistema processual penal, elas representavam, mas apenas suprimiu seu carater secreto, tornando públicas as inquirições; reduziu de trinta para cinco (seria elevado para oito na reforma de 1841) seu número de testemunhas e mudou-lhe o nome para sumário de culpa ou sumário da pronúncia. Quando, depois da Constituição de 1824, o Código de Processo Criminal de 1832 adotou por competência criminal comum a dos jurados e disciplinou o processo comum do juri, o até então chamado “livramento crime” passou a processar-se com oralidade, com imediatidade entre os partícipes da audiência, partes, juiz de direito, jurados, e com concentração dos atos da ação penal na sessão de instrução e julgamento. Mas não se alterou, no sistema, o vínculo da acusação à verdade real, preso que continuou a ser o acusador, no libelo, à formação do corpo de delito e à formação da culpa, como expressões da objetividade material da infração e da autoria.

10. Quando, em 1841, o legislador da reforma processual levada a efeito pela lei de 3 de dezembro, permitiu

que, nas infrações que não deixam vestígios, o corpo de delito indireto pudesse ser formado concomitantemente com a formação da culpa, não só permaneceu fiel à exigência de demonstração da existência da infração, para válida pronúncia, bem como à exigência de identidade entre a matéria essencial do libelo e a matéria da pronúncia, mas também — e isso é muito importante — permaneceu fiel à exigência do corpo de delito direto como pressuposto de validade do processo, desde a instauração da formação da culpa, nas infrações que deixam vestígios. Convém notar, além disso, que, nessa ocasião, o legislador pátrio suprimiu a exigência de anterioridade cronológica, quanto aos casos de corpo de delito indireto, mas não suprimiu a exigência de anterioridade lógico-jurídica, visto como, embora dispensada a prévia formação do corpo de delito mediante depoimentos testemunhais, a que até então, em tais casos, se procedia antes da formação da culpa, a existência indubitável da infração continuou a ser um dos dois fundamentos da validade da pronúncia e, portanto, da validade do libelo crime acusatório. Nos casos de corpo de delito direto, continuou a vigorar a exigência de sua anterioridade, quer do ponto de vista lógico-jurídico, isto é, como pressuposto processual, quer do ponto de vista cronológico, como atividade liminar de demonstração da existência objetiva da infração, mediante exame dos seus vestígios permanentes.

#### 11. Eis a lição de PIMENTA BUENO:

“O processo ordinário, segundo sua marcha racional e metódica, tem diferentes periodos ou divisões, que são outras tantas expressões da sabedoria da lei.

Antes de tudo, ou desde que há crime, êle trata de assegurar-se da existência do delito, e de reconhecer quem seja seu autor e cúmplices, circundando já êsses atos de

fórmulas e recursos convenientes para evitar a opressão: é o processo da formação da culpa, em que se inclui a prisão ou fiança do indiciado.

Formada a culpa, êle determina que o libelo ou ato de acusação seja formulado; que todos os esclarecimentos ou meios de convicção e defesa sejam coligidos; e que se expeçam as providências necessárias para constituir o tribunal: são os preparativos dos debates e do exame.

Finalmente manda desenvolver perante o tribunal a acusação já formulada, contestá-la e debatê-la solenemente, analisar o valor das provas e das circunstâncias agravantes ou atenuantes dos fatos; e então entrega à consciência do juri a decisão: êsse propriamente o processo da acusação.

Segue-se o ato do julgamento ou a sentença, os recursos dela, ou a execução”.

“A informação, instrução ou formação da culpa é a parte preliminar do processo criminal ordinário, a série de atos autorizados pela lei por meio dos quais o juiz competente investiga, colige todos os esclarecimentos, examina e conclui que o crime existe ou não, e no caso afirmativo quem é indiciado como autor dêle ou como cúmplice.

*É uma parte indispensável, e como tal reconhecida por tôdas as legislações com mais ou menos modificações.*

Em verdade, desde que há crime, torna-se necessário tomar tôdas as medidas conservadoras dos direitos da sociedade, que compreendem os do ofendido. Cumpre capturar os indiciados, salva a fiança; reconhecer todos os elementos e circunstâncias do delicto, segurar e preparar todos os meios da acusação e convicção, pois que aliás seria enervada a ação da justiça.

Por outro lado, não basta um indiciamento qualquer; é preciso que êle seja procedente, pois que seria opressivo e violento sujeitar o cidadão ao dezar da prevenção, a sofrer

em sua liberdade, enfim, aos graves incomodos de uma acusação, sem razão muito suficiente para tal sacrificio”.

O grande jurista pátrio, que dá essa lição, escrevia na vigência da lei de 3 de dezembro de 1841, antes da reforma de 1871, e, portanto, a um tempo em que delegados e sub-delegados de policia exerciam funções de juiz formador da culpa.

“A principal missão da policia judiciária — dizia êle — é de indagar dos crimes e de seus autores e cúmplices, de coligir todos os esclarecimentos necessários, e de provocar a ação criminal, ou concorrer nos têrmos da informação ou instrução segundo as atribuições que a lei confere-lhes em relação às diversas espécies de delitos.

Como entre nós os delegados e sub-delegados de policia acumulam, em relação à maior parte dos crimes, as atribuições de juizes da instrução, a primeira diligência que deve ser feita é a do corpo de delito, ao menos desde que o fato criminoso deixou vestígios.

Corpo de delito é a demonstração ou comprovação judicial da existência do crime ou *fato* que se considera criminoso, *com tôdas as suas circunstâncias*, que *devem ser cuidadosamente examinadas e descritas*, pois que êsse todo é a *base do procedimento criminal*. Sem se saber e provar que há crime como processar o criminoso? Sem se conhecer bem quais as circunstâncias do delito, como qualificar depois exatamente a natureza e gravidade dele? O corpo de delito é quem atesta a culpa, as testemunhas o delinquente, como dizia o nosso alv. de 4 de setembro de 1765.

*Nos delitos de fato permanente, ou que deixam vestígios depois de si, a inspeção ocular e exame especial é de absoluta necessidade, e como tal prescrito pelo cod. arts. 134 e seg., lei art. 47, regul. art. 256. A falta dele anula o processo Per. e Sz. § 48 e nota 128. Entretanto no caso de homicidio occulto ou de outros crimes, cujos vestígios*

*tenham sido destruídos ou postos fora da possibilidade de uma inspeção ocular ou exame especial, não há remédio senão proceder-se a êle indiretamente, fazendo constar isto mesmo. Recolhem-se então todos os indícios que se possam ainda descobrir, e todos os testemunhos ou depoimentos que supram a falta da própria inspeção ou exames regul. arts. 257 e 264.*

*Como nos delitos de fato transeunte o crime não deixa vestígios, e por isso não é possível atestá-lo senão pelo depoimento de testemunhas, a nossa lei ordena que, em vez de serem estas inquiridas somente sôbre a existência do crime, sejam desde logo ou conjuntamente perguntadas sôbre o autor dêle, servindo em tal caso de base para o processo a queixa, denúncia ou declaração circunstanciada, que deve ser feita pela autoridade: regul. art. 257”*

12. O eminentíssimo JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, completando essa lição, é inexcedível. Invoca, antes de mais nada, a autoridade de FARINACIO: “*O primeiro requisito do inquérito é a prova do corpo do delito. E se Julio Claro disse que, para proceder-se à inquirição, basta a querela ou acusação, podendo de outro modo constar o corpo do delito, isto deve ser entendido nos delitos de fato transeunte, que não deixam vestígios. . Do corpo de delito deve constar não só o fato como a qualidade do fato, isto é, não só o fato, como as qualidades que constituem o fato como delito. . O corpo do delito deve ser provado antes da inquirição, da prisão e da tortura*”. E, depois de citar tópicos de VANGUERVE e de PEREIRA E SOUZA, refere que a citada lei de 3 de dezembro de 1841, “*sem que abolisse a necessidade do corpo de delito indireto, apenas determinou que fosse êle feito no mesmo processo do sumário ou formação da culpa. O decr. n.º 4824 de 22 de novembro de 1871 trouxe a isto uma alteração, determinando que o corpo de delito indireto pode ser feito no inquérito policial*”.



Conclui o mestre dos processualistas:

“Assim, no direito atual, a ação penal pode ser proposta com o corpo de delito ou sem êle. *Mas, isto deve ser entendido nos casos em que o delito não tenha deixado vestígios ou dele sòmente se tiver notícia quando os vestígios já não existam;* porque, nestes casos, o juiz da formação da culpa deverá proceder à inquirição das testemunhas do sumário, sem necessidade de uma inquirição especial para se verificar prèviamente a existência do delito.

Em todo o caso, *o corpo de delito indireto pode ser feito no inquérito policial; e o corpo de delito direto, isto é, uma vez que o crime seja da natureza dos que deixam vestígios, é sempre o ato mais importante do inquérito policial,* porque compreende todos os elementos sensíveis do delito, quer próximos, quer remotos”.

Valham essas considerações para demonstrar, à sociedade, que, no sistema processual penal brasileiro, para validade do processo penal “é necessária atualidade do fato e culpabilidade de um agente, é imprescindível, em suma, uma decisão judicial que determine culpa sujeita à acusação criminal”.

“No sentido amplo, continua o mestre, *formação da culpa* tem lugar em todos os processos criminais; mas, no sentido restrito e técnico, formação da culpa só tem lugar nos processos dos crimes em que o réu se livra preso ou afiançado” (diríamos hoje: “nos processos de competência do juri”). “Este duplo sentido foi assinalado, por ocasião de ser discutido o projeto da lei n.º 2.033, de 20 de setembro de 1871, pelo ministro da Justiça SAYÃO LOBATO (depois, visconde de Nictheroy), que, conquanto usasse da locução equívoca — *crimes comuns* — assim manifestou a distinção”. E cita as palavras do ministro da Justiça, como lição que merece acatamento: “*Formação da culpa é qualquer*

*informação legalmente suficiente para determinar culpa sujeita a acusação criminal*". Mas, ao passo que "a formação da culpa nos crimes comuns tem uma ordem pautada na lei", tal ordem não se aplica à "formação de culpa nos crimes policiais; e, por isso, quando se quer especialmente tratar da formação da culpa com aquela ordem de processo em que cabe pronúncia, se diz "formação da culpa nos crimes comuns"

Segue-se, mais para diante, na lição do mestre, aquilo que mais importa: "Este processo da formação da culpa, ao qual Pimenta Bueno deu o nome de sumário da pronúncia e ao qual o decreto n.º 4.824, de 22 de novembro de 1871, deu o nome de sumário de culpa, contém os seguintes atos: 1.º (note-se bem: o primeiro de todos!) *o inquérito policial, como instrumento da queixa, da denúncia* ou do procedimento de ofício; 2.º. *o auto de corpo de delito, em separado, se já não estiver contido nas diligências do inquérito policial. . etc.*".

13. Donde se conclui que ninguém, no Brasil, pode ser acusado sem prévia formação da culpa, no sentido amplo, em tôdas as infrações penais; assim como não pode ser acusado, sem prévia formação de culpa, em sentido estrito ou sumário de culpa, e pronúncia, nos crimes de competência do tribunal do juri (antes do atual Código de Processo Penal, nos crimes afiançáveis e inafiançáveis, fossem da competência do juri, fôsem da competência do juiz singular).

Tais considerações ostentam a preocupação secular de nossos legisladores, de hoje e de ontem, de acautelar a inocência e a Justiça contra as acusações infundadas, levianas, temerárias e caluniosas, mediante a liminar apuração do fato e da autoria, com colheita de tôdas as provas que servirem "para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias".

14. Com efeito, ainda é por isso e para isso, que o Código de Processo Penal em seus artigos 4.º e 5.º, inciso III, assinala, como *fim do inquérito policial*, "*a apuração*

*das infrações penais e da sua autoria*”, bem como dever da autoridade policial “colher tôdas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias”.

É por isso e para isso, ainda, que “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que *servir de base a uma ou outra*”, consoante dispõe o mesmo código, no art. 12.

É por isso e para isso que, no art. 16, o legislador alude a *diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia*”, únicas que autorizam a devolução do inquérito policial à autoridade policial, a requerimento do Ministério Público.

É por isso e para isso que consta do art. 18 que o juiz ordenará o arquivamento do inquérito, a requerimento do Ministério Público, é certo, mas “*por falta de base para a denúncia*”; e que, completado o espírito da lei, consta, ainda, do mesmo dispositivo que, no texto, “falta de base” significa *falta de provas*, a julgar da cláusula complementar do dispositivo, a qual estatui que “a autoridade policial poderá proceder a *novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia*”.

É por isso e para isso, afinal, que o juiz, no apreciar o pedido de arquivamento, há de, em virtude do art. 28 do Código de Processo Penal, usar do poder de “*considerar improcedentes as razões invocadas*” e de pedir a interferência do procurador geral da justiça penal. O que, sem dúvida alguma, exprime um julgamento de mérito das *provas, as quais êle entende suficientes* e que o promotor público suplicante *entende insuficientes para a acusação dedutível na denúncia*.

15. É certo que o insigne mestre JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR reconhece que as exigências concernentes ao corpo de delito indireto não são tão rigorosas como outrora. E que mesmo as relativas ao corpo de delito direto já não são tão irritantes como antigamente (assim é que se considerava nula a inquirição-devassa não precedida de pro-

cesso prévio de formação de corpo de delito direto ou indireto, bem como nulo o processo do livramento-crime não precedido de pronúncia, fundada em inquirição-devassa, e de corpo de delito). Mas o abrandamento de rigor corresponde, sem dúvida alguma, às alterações concernentes à doutrina geral das nulidades processuais, alterações essas absorvidas pelo direito processual moderno. Projetadas elas no âmbito do direito judiciário penal brasileiro, fazem sentir sua influência mitigadora sôbre o rigor antigo da indispensabilidade do corpo de delito, mas não suprimem, de modo algum, essa indispensabilidade. Dessa influência abrandadora resulta que já não se pode mais, indiscriminadamente, anular um processo *ab initio*, por falta de liminar formação de corpo de delito, enquanto seja possível, no curso da instrução criminal, preliminar, ou mesmo no curso de instrução definitiva (quando a instrução preliminar não seja judicial, qual acontece nos processos de competência do juiz singular), proceder-se a essa formação de corpo de delito e, por meio dela, atingir-se, positivamente, a existência objetiva material da infração, de modo que não se possa duvidar de que realmente tenha sido cometida. Entretanto, se o resultado da formação tardia do corpo de delito, durante a instrução criminal, for de caráter negativo, em crime que deveria deixar vestígios, demonstrando-se assim a inexistência da objetividade material do fato, a nulidade absoluta do processado prevalece, não obstante o disposto no art. 386, incisos I e II, do Código de Processo Penal, aplicável restritamente aos casos de corpo de delito indireto.

16. Convém frizar, também, que as exigências concernentes à prévia formação da culpa, ou prova liminar da autoria, também se modificaram. Mas a modificação operada pelo vigente Código de Processo Penal, e restrita aos processos de competência do juiz singular, não consistiu senão na dispensa do caráter judicial da instrução preliminar formadora da culpa, a qual, em tais processos, se faz, hoje, apenas e tão só, no inquérito policial, por expressa

menção, do Código de Processo Penal, àquela finalidade de “*apuração das infrações penais e de sua autoria*”

Paradoxalmente, essa modificação ocorreu na vigência da Constituição de 1937, que foi, dentre nossas Constituições, a primeira que declarou direito individual a *instrução criminal “contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa”*. O novo dispositivo constitucional representou um imperativo, para o legislador ordinário, mais rigoroso do que a mera exigência preliminar de formação da culpa, como condição legal de acusação criminal, visto como, mandando que as acusações dependessem de liminar formação da culpa, não só exigia que esta fôsse contraditória, mas também declarava que seria ela indispensável.

Tal evidente inconstitucionalidade, de que se ressentia a supressão do sumário de culpa nos processos de competência do juiz singular, empreendida pelo código de processo, não pode ser tomada, além disso, pelos juizes e pelos tribunais, por mais do que foi, isto é, por mais do que mera supressão do carater judicial da formação da culpa. *Não pode ser considerada, pela jurisprudência, como supressão mesma de secular garantia de direitos individuais*, vigorante no Brasil e em Portugal desde tempos imemoriais, antes mesmo de o Estado de Polícia, por obra e graça da revolução francesa, ter se transformado no Estado de Direito!

17. Nos processos de competência do juiz singular, a denúncia ou queixa, ato escrito de acusação, funciona como libelo acusatório. Merecem mesmo as correntes denominações de denúncia-libelo e queixa-libelo. O contrário ocorre nos processos de competência do tribunal do juri, nos quais a função da denúncia ou queixa, mero pedido de licença para acusar, aprovável pela pronúncia ou desaprovável pela impronúncia, não se confunde com a de um libelo acusatório.

18. Em suma, de acôrdo com aquela exigência constitucional (que confirmou em direito positivo o que já era da nossa tradição), mantida aliás pela vigente Constituição de 1946, os aludidos dispositivos do Código de Processo Penal não autorizam a menor dúvida de que não se pode acusar ninguém, no Brasil, seja por libelo-crime acusatório formal (nos processos de competência do tribunal do juri), seja por libelo-denúncia ou libelo-queixa (nos processo de competência do juiz singular), sem prévia formação da culpa. Apenas, nos processos de juri, a acusação deduzida no libelo formal assenta, através da pronúncia, em formação da culpa judicial e contraditória, ao passo que a acusação, nos processos de juiz singular deduzida no libelo informal — denúncia ou queixa — assenta, através do recebimento da inicial, em formação da culpa policial e inquisitiva. Esta, segundo o texto expresso do art. 4.º do Código de Processo Penal, tem, por isso, o escopo de “*apuração das infrações penais e da sua autoria*”

19. Inaplicável ao direito brasileiro se mostra qualquer raciocínio concernente à *denúncia* do direito italiano. Esta se apresenta ao Ministério Público, para, sob influxo do princípio de necessidade do procedimento penal, dar-se início à instrução criminal sumária ou à instrução criminal formal. A instrução criminal sumária constitui tarefa de Ministério Público; e a instrução formal, do juiz de instrução. E o grande EDUARDO MASSARI explica: “L’istruzione costituisce l’istituto processuale piú caratteristico, per cui il processo penale si differenzia da ogni altro procedimento civile e amministrativo, ove non ricorre alcuna deliberazione della fondatezza della domanda prima che si faccia luogo al giudizio. Esso presenta un duplice rito, poichè la legge ammette e disciplina un procedimento istruttorio *formale* e un procedimento istruttorio *sommario*”.

Falando, depois, do “giudizio de prima cognizione”, que se segue ao “rinvio in giudizio” (que corresponde à nossa pronúncia), explica: “La fase giudiziale del procedimento di accusa costituisce, come abbiamo detto, il se-

*condo momento: un momento, cioè che, almeno in via di regola, è preceduto dalla fase della istruzione e che presuppone, quindi, che le prove raccolte in quella prima fase preparatoria abbiano raggiunto un notevole grado indiziante si da autorizzare l'intervento del giudice per la cognizione piena e definitiva dell'accusa".*

A *denúncia*, sendo iniciadora da instrução preparatória italiana, corresponde, assim sendo, não à nossa "denúncia", mas à *comunicação* da notícia da infração à autoridade policial, que desempenha, em nosso sistema de processo penal, a função do juiz de instrução italiano: desempenha-a completamente nos processos em que não há formação da culpa judicial, ou sumário de culpa; desempenha-a parcialmente nos processos em que, havendo formação da culpa judicial, ou sumário de culpa, este também se integra na fase instrutória, e, por isto mesmo, o juiz da pronúncia também é verdadeiro juiz de instrução.

20. O zelo do direito processual brasileiro pela inocência é tão intenso que, mesmo essa denúncia à polícia depende, para operar, de que seja, pela autoridade policial, liminarmente, para instaurar inquérito, "verificada a procedência das informações"; e, nesse zelo, vai mesmo ao ponto de considerar como crime de "denúncia caluniosa", com grave cominação de pena (2 a 8 anos de reclusão e multa de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 10.000,00), "dar causa a instauração de investigação policial. contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente" (art. 339 do Código Penal), bem como crime de "comunicação falsa de crime ou de contravenção", com menor cominação de pena (1 a 6 meses de detenção e multa de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 2.000,00), "provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado".

21. Cabe ponderar, outrossim, que há verdadeira inversão lógica em afirmar-se que a "presunção de crime" bastaria para a acusação de alguém, como causa suficiente, quando, ao contrário, ela constitui efeito da liminar

admissibilidade da acusação, imanente no curso da instrução definitiva.

Isso é o que explica, com meridiana clareza, o autorizado EDUARDO MASSARI: “La fase *giudiziale* del procedimento de accusa costituisce, come abbiamo detto, il *secondo* momento: un momento, cioè che, almeno in via di regola, è preceduto dalla fase della istruzione e che presuppone, quindi, che le prove raccolte in quella prima fase preparatoria abbiano raggiunto un notevole grado indiziante si da autorizzare l'intervento del giudice per la cognizione piena e definitiva dell'accusa. Questa situazione caratteristica, che sorge dalla definizione, in sede istruttoria, di tutti quei procedimenti nei quali l'accusa si sia rivelata, fin dal primo momento, infondata o improcedibile o, comunque non soggetta da prove sufficienti, deve essere tenuta presente per risolvere la questione teorica se milita a favor dell'imputato una *presunzione d'innocenza* in tutto il corso del procedimento di accusa e se, in conseguenza, egli possa invocare una condizione di assoluta parità in confronto del pubblico ministero, nella disciplina del processo. Riteniamo che, valutata sul terreno realistico, se discutibile può considerarsi nella fase dell'istruzione il richiamo al principio di una presunzione d'innocenza (il segreto istruttorio e gli istituti coercitivi dimostrano che in verità quella presunzione sia esclusa dall'ordinamento del processo anche nella fase istruttoria), il principio stesso non può assolutamente essere sostenuto rispetto alla fase giudiziale: alla quale, come si è detto, si fa luogo dopo una prima acquisizione delle prove, fatta nella istruttoria, e dopo un primo esame di esse che stabilisce la concludenza dell'accusa promossa dal pubblico ministero. Se una presunzione dovesse mai, nella fase giudiziale, venire in considerazione, essa non potrebbe essere mai una presunzione d'innocenza dell'imputato, ma, se mai, una presunzione della colpevolezza di lui”.

22. Tais tópicos do grande mestre italiano demonstram que, não só no Brasil, mas também na Itália, a admissibi-



lidade de qualquer acusação criminal não defluiu de pretensa presunção de culpabilidade, mas ao contrário, gera, do ponto de vista técnico processual, a referida presunção de culpabilidade, exatamente porque, lá e aqui, uma vez que não se admitem acusações senão por fatos existentes, e por autoria indubitável, não se aceita também, como razoável, a presunção de inocência dos já acusados.

E cabem maiores considerações: “sarebbe caotico e aleatorio quel processo penale, nel quale se addivenisse al dibattimento senza preparazione”, afirma FLORIAN, em seu “Diritto Processuale Penale” “Tale fase é rappresentata dall’*istruzione* detta anche *istruzione preparatoria*”. Dentre seus escopos, o primeiro assinalado pelo mestre italiano é que “l’*istruzione preparatoria* serve ad accertare *se un reato fu commesso, ad identificarse l’autore ed i partecipanti*, a persuadere *se vi sono elementi a meno sufficienti pel giudizio*. Insomma serve a provvedere il materiale necessario per addivenire alla conclusione se debbasi procedere o prosciogliere senz’altro”. E, falando da “denúncia”: é ela “comunicazione della notizia di reato, che la parte lesa o un terzo qualunque apporti o trasmetta ad organi abilitati a riceverla” e a requererem ou darem inicio à instrução preparatória.

Quanto ao encerramento da instrução preparatória: “Il modo, come si attua la chiusura dell’ *istruzione formale*, rappresenta il modo tipico e fondamentale di chiusura della *istruzione* mediante un *giudizio d’accusa*, che si svolga con le forme del contraddittorio e della pubblicità per le parti” A instrução formal, como ficou exposto acima, é aquela que cabe ao juiz de instrução; a instrução sumária é aquela que pode ser feita pelo Ministério Público, sem intervenção do juiz de instrução. Mas, ressalta FLORIAN: “In parte sulla precedente si modella la chiusura dell’*istruzione sommaria* del Procuratore del Re”. Quando il P.M. ritenga che debba farsi il processo, e cioè che l’imputato venga inviato a *giudizio*, egli vi provvede di per sé e senz’altro, con la richiesta al presidente del tribunale

o della Corte d'Assise di ordinare la citazione a giudizio (art. 396). Se ritiene, invece, che l'imputato debba prosciogliersi, egli non può provvedervi, ma deve richiedere al giudice istruttore od alla Sezione istruttoria la correlativa sentenza di proscioglimento: il magistrato istruttore può accogliere o respingere tale domanda. Se l'accoglie, pronuncia senz'altro il proscioglimento; se la respinge, l'istruzione sommaria si trasforma in formale".

Fazendo sua "valutazione critica" do instituto da instrução preparatória, o grande penalista e processualista pergunta: em que medida convém "il metodo di una decisione giurisdizionale, che chiuda l'istruttoria, col proscioglimento o con l'invio a giudizio"? Em que medida seria preferível "che l'imputado venga tratto al giudizio senz'altro, per opera del P.M. e senza intervento di giudice"? E responde: "una qualche istruzione preparatoria non ci si può dispensare"; "l'gano meglio in grado di provvedere alla stessa" é o judiciário; "l'attività autonoma ed esclusiva d'un accusatore, sia publico o privato, non offre garanzia sufficiente, nè appaga l'interessato, al quale parrà sempre unilaterale".

Mas éle desejaría que o direito italiano resguardasse ainda melhor os interesses da inocência e da Justiça contra as acusações infundadas: "Un criterio direttivo di fondo suggerisce qui la considerazione, che il dibattimento e un grave disagio, una assilante preoccupazione, un turbamento, un dispendio: donde la esigenza d'interesse publico che, fin dove é possibile, le assoluzione avvengano nella fase istruttoria. *Naturalmente questa dovrebbe assumere una piú larga e sincera forma accusatoria, consentendo una meno avara partecipazione della difesa* (observe-se que o eminente professor italiano aspira para a Itália inovação que nossas últimas duas Constituições e o Código de Processo Penal vigente nos processos de juri realizaram no Brasil: a contrariedade na instrução criminal preparatória, mediante a contrariedade no sumário de culpa). Uma síntese dessas explicações indica que também na Itália a

acusação criminal depende de um juízo prévio de acusação, que se funda, de regra, em instrução criminal judiciária, embora não contraditória, e, em certos casos, em instrução do Ministério Público, com auxilio da Polícia, e depende, entretanto, sempre, de apreciação judiciária, para a “chiusura dell’istruzione” com “proscioglimento”.

23. Mais do que isso, porém, convém apontar.

A “richiesta di citazione”, que, essa sim, corresponde à nossa denúncia, além de fundada em instrução preparatória, de conteúdo probatório positivo, submete-se, antes de mais nada, a um julgamento liminar, “facoltà attribuita all’organo giurisdizionale di procedere senz’altro al proscioglimento dell’imputato”, para os fins expostos no art. 421 do Código de Processo Penal Italiano. Com o que “si afferma qui pure il principio generale, che felicemente campeggia in tutto il processo, secondo cui le cause di non punibilità e di estinzione del reato o d’improcedibilità debbono essere dichiarate al piú presto possibile, a tutela dell’innocenza dell’imputato ed a riconoscimento della verità dei fatti”.

# A crise do normativismo jurídico e a exigência de uma normatividade concreta. (\*)

*Miguel Reale*

Catedrático de Filosofia de Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1 — O problema da *normatividade* como elemento essencial da experiência jurídica é dos que mais têm suscitado distinções radicais na Filosofia do Direito contemporânea. Isto não obstante, talvez assista razão a Karl Olivecrona quando assevera que, inexplicavelmente, se tem atribuído pouca importância a uma precisa determinação do conceito de norma (*L'imperativo della legge*, “separata” da Rev. *Jus*, Dezembro, 1954, fasc. IV, pág. 542.).

Se, de um lado, a Escola do Direito Puro de Hans Kelsen reduz o Direito a um sistema escalonado de normas, segundo uma estrita exigência formal, de outro lado, há jurisfilósofos que o concebem precipuamente em termos de experiência ou de conduta, quer sejam estas expressões empregadas empiricamente, à maneira dos “juristas sociólogos”, quer segundo um enfoque transcendental ou axiológico, como nos estudos de Giuseppe Capograssi ou de Carlos Cossio. Entre êsses dois extremos do *Direito-norma* e do *Direito-conduta*, entre a racionalidade abstrata correspondente à primeira concepção e a exigência de concreção revelada na segunda, desenvolve-se uma série variegada de

---

(\*) Trabalho apresentado ao IV Congresso Interamericano de Filosofia (II da Sociedade Interamericana de Filosofia) realizado em Washington, de 8 a 14 de Julho de 1957.

posições doutrinárias, as quais correspondem às duas tendências que atuam poderosamente na evolução do Direito: uma tendência no sentido do primado da *ordem* e da *certeza*, muito embora com sacrifício de certas qualidades ou características peculiares a cada uma das ocorrências da vida social; uma outra, preocupada com o *conteúdo social* do Direito, até ao ponto de recorrer a forças intuitivas ou a-rationais, correndo o risco de afrontar o incerto e o mutável, desde que possa captar, em sua plenitude, o fluxo do *jus vivens*.

Não resta dúvida que, em nossa época, como reflexo da crise de valores que se opera na civilização do Ocidente, inclusive pelo impacto da ciência sôbre a sociedade, alargando as bases de participação humana aos “bens de vida” proporcionados pela técnica, há um desajuste ou um conflito entre as condições existenciais e as normas jurídicas vigentes. A chamada “crise do Direito”, que não é senão um aspecto relevante da crise geral da cultura contemporânea, apresenta, a meu ver, um grave sintoma, que é a perda de confiança nas soluções normativas, ou por outras palavras, o crescente predomínio do emocional ou do intuitivo sôbre aquela exigência fundamental de *racionalidade* que me parece essencial à concepção democrática do Direito.

Seria, evidentemente, absurdo, a esta altura do século, pretender fazer tábula rasa das preciosas contribuições dos mestres da Jurisprudência sociológica ou do Sociologismo jurídico, como Eugen Ehrlich e Roscoe Pound; dos novos rumos apontados para a exegese e a aplicação do Direito, pela escola da “livre investigação” de François Gény ou do movimento do “Direito livre”; dos ensinamentos de Oliver Wendell Holmes sôbre “a vida real do Direito” em cotejo com as estruturas lógico-formais; dos reclamos em prol de uma “Jurisprudência de interêsses”, ou por uma “Jurisprudência axiológica”; da penetrante análise dos motivos determinantes da vida jurídica, feita pelos mentores do “realismo americano”, assim como da mais recente postulação

de Recaséns Siches no sentido de uma “Lógica do humano e do razoável”, e de muitas outras expressões de uma vontade comum de trazer corajosamente à plena consciência do jurista as forças vivas que atuam no bojo da experiência histórica do Direito.

O problema que me proponho é bem outro. Longe de repelir as críticas movidas à *Jurisprudência conceitual*, o que me pergunto é se tais críticas atingem tôdas as formas de normativismo jurídico ou se, ao contrário, não são elas procedentes apenas com referência a uma concepção particular de normatividade, à que se poderia denominar “*normatividade jurídica abstrata*”. No fundo, êste reconhecimento é feito por alguns dos mentores da revisão crítica da *Jurisprudência* tradicional, mas nem sempre envolvendo o problema essencial de um novo conceito de *norma* mais correspondente às exigências de concretidade reclamada pela *Jurisprudência* atual.

2 — A contraposição ou a antítese às vêzes afirmada entre a “normatividade jurídica” e a “vida real do Direito” só tem sentido enquanto nos conservamos apegados a um conceito abstrato de norma como simples “juízo lógico”, diversamente qualificado como sendo de natureza hipotética, disjuntiva ou conjuntiva, etc.

A norma jurídica é sim um juízo lógico, mas é bem mais do que isto: o enlace lógico-normativo, a meu ver, não é senão o modo de significar uma realidade humana distinta, com o sentido do valor ou dos valores que lhe correspondem, ou por outras palavras, o juízo lógico é um “suporte ideal” graças ao qual uma dada porção da “experiência humana” é qualificada especificamente como “experiência jurídica”. (Sobre a compreensão do “juízo lógico-normativo” como “suporte ideal” da norma jurídica, v. minha — *Filosofia do Direito*, São Paulo, 1953, vol. I, págs. 213 e segs.).

Conceber a norma jurídica como simples “proposição normativa”, — exceção feita para os objetivos restritos da Lógica Jurídica formal, que evidentemente não cuida

senão de um aspecto da normatividade, — equivale, em primeiro lugar, a conceber a Jurisprudência como uma ciência não normativa e, de outro, em admitir que uma proposição normativa possa ser “jurídica” sem se referir necessariamente às condições “fático-axiológicas”, objeto de sua significação. Daí poder-se dizer, sem força de expressão, que o Direito é a norma e mais a situação normada, e que, a rigor, esta distinção mesma deve ser entendida com cautela, pois a norma, somente enquanto proposição lógica, pode ser concebida sem envolver a realidade por ela significada. O Direito é, em suma, intrinsecamente normativo. É a razão pela qual, apesar de tôdas as restrições que têm sido feitas ao normativismo jurídico, os chamados juristas práticos, os advogados e os juizes, mantêm-se, em geral, fiéis a uma atitude normativista, vendo nas regras do Direito não apenas um enunciado de ordem lógica, mas também a exigência moral de um comportamento ao qual se ligam previamente certas consequências, previstas estas genericamente, mas suscetíveis de serem determinadas “in concreto”, segundo a justa aspiração de uma adequação cada vez maior entre a norma e cada caso ocorrente.

Acresce que até mesmo os jurisfilósofos de formação anti-normativista acabam renovando todos os problemas postos pela normatividade quando se vêem deante das questões relativas à interpretação e à aplicação do Direito.

O maior equívoco que me parece existir, por conseguinte, nesta matéria, consiste em pensar a normatividade em termos de generalidade abstrata. Poderíamos dizer que a visão tradicional da norma jurídica, — contra a qual se volveram as críticas acima lembradas, implica em apresentá-la como

- a) um enunciado de uma classe de comportamentos possíveis;
- b) dotado de uma validade lógica própria;

- c) que implica na obrigatoriedade de um comportamento correspondente ao modelo proposto;
- d) desprendido ou desligado tal modelo dos pressupostos fáticos e axiológicos que condicionaram a sua gênese;
- e) assim como também indiferente a fatos e valores supervenientes.

Dentro desta concepção, uma vez emanada a regra pelo legislador, ou consagrada que seja pela jurisdição ou pelo costume, ela passa a *valer* como síntese conceitual. Julga-se que será bastante *interpretá-la* em sua significação formal plena, afim de que, mediante um simples procedimento de subsunção lógica, ela possa qualificar os fatos particulares enquadrados na órbita de sua incidência. Pensada, assim, a norma como um termo abstrato, ou por outras palavras, como um “modelo”, do qual deveriam defluir silogisticamente consequências adaptáveis às infinitas vicissitudes da vida social, foi fácil demonstrar o equívoco da alegada plenitude lógica do ordenamento jurídico, máxime com a crescente ruptura verificada entre a realidade social-econômica e as estruturas jurídico-normativas, as leis, os regulamentos, os precedentes judiciais, as normas costumeiras, etc. A vida real e concreta irrompeu violentamente, pondo à mostra a inanidade de conceber-se as sentenças ou as decisões administrativas como meros silogismos, nos quais a norma jurídica funcionaria como premissa maior de uma conclusão inevitável, ou como profecia daquilo que os Tribunais haveriam de decidir. Esta é hoje uma observação que representa um ponto quase pacífico entre os filósofos de Direito, e que tende a ganhar também terreno entre os mestres de Direito Processual.

3 — O que me parece, no entanto, excessivo é inferir-se das críticas acima apontadas, a condenação a todo e qual-



quer *normativismo jurídico*, sem as restringir ao campo do normativismo abstrato. Não valerão tais críticas, com efeito, se ao contrário, concebermos a norma jurídica como:

- a) um enunciado de uma classe de comportamentos possíveis;
- b) dotado de uma validade lógica interna no seio do ordenamento jurídico vigente;
- c) implicando na obrigatoriedade de um comportamento correspondente ao modelo proposto;
- d) sempre em função dos fatos e dos valores que o condicionaram originariamente;
- e) bem como de fatos e de valores supervenientes.

Na concepção do “normativismo abstrato”, a validade da regra é “*per se stante*”, de maneira que, por mera inferência lógica, a ela devem se conformar dadas realidades particulares: a norma, como tal, é o *termo* lógico conclusivo de um processo em si mesmo cerrado e logicamente imutável, até e enquanto outro enunciado lógico não o venha substituir, pela via normativa da revogação formal. Emanada a norma e enquanto esta se mantém em vigência, o que pode ocorrer são fatos e experiências axiológicas, correspondentes ou não ao esquema previsto: a juridicidade ou não decorrerá, por isto, do ajuste ou do desajuste entre o evento concreto e o enunciado da regra “*in abstracto*”.

Em uma concepção de “normativismo concreto”, ao contrário, exatamente porque a norma não é uma simples estrutura lógico-formal, ou um modelo, mas prevê e envolve necessariamente o momento futuro de uma ação concreta do homem, é necessário distinguir:

- 1.º) entre o “juízo-lógico”, (o *suporte ideal* mediante o qual se expressa algo) e o “valor” expresso pelo juízo: suporte lógico e valor for-

mam, em seu conjunto unitário, a norma jurídica, que, dêsse modo, não pode ser reduzida a um de seus dois elementos componentes.

2.º) entre a validade da “norma jurídica”, examinada em si mesma, — como, digamos assim, um anel destacado de uma corrente, ou uma conta desligada do rosário, — e a sua validade inserida no complexo do sistema ou do ordenamento.

Como se vê, a Lógica Jurídico-formal, — que não é senão a Lógica mesma enquanto tem por objeto estruturas significativas da experiência jurídica, — tem um alcance restrito, não satisfazendo senão parcialmente às exigências metódicas da Ciência Jurídica: ela esclarece rigorosamente a estrutura do juízo de “*dever ser*” ou da proposição normativa, mas não envolve, nem poderia envolver, o momento decisivo da normatividade, que é o da sua atualização como conduta, isto é, como comportamento do juiz, do administrador, dos indivíduos e dos grupos a que ela destina.

4 — Isto pôsto, dadas as conexões existentes entre “realidade” e “normatividade” (e um mestre brasileiro, João Mendes Júnior, já afirmou com razão que não há norma jurídica sem *realizabilidade*) torna-se necessário partir da “nomogênese jurídica” para esclarecer os problemas da sua “interpretação” e “aplicação”.

Penso que a “teoria tridimensional do Direito”, tal como a tenho exposto (Cf. — *Filosofia do Direito* — São Paulo, 1953 — *Horizontes do Direito e da História*, São Paulo, 1956) pode trazer alguma luz à compreensão do problema.

Devo, de início, observar que a tridimensionalidade não deve, a meu ver, ser concebida como uma simples *descrição da experiência jurídica em termos de fato, valor e norma*. Juristas filósofos das mais variadas tendências, como por exemplo Gustavo Radbruch, Wilhelm Sauer, Roscoe Pound, Julius Stone, Jerome Hall, Recasens Siches, Carlos Cossio, ou Garcia Máynez, acordam em reconhecer a exis-

tência dos três fatores. O que mais importa é esclarecer a natureza da correlação existente entre aquêles três fatores, para determinar o nexu que os liga ou os implica entre si, o que só será possível colocando-nos perante a *normatividade* como uma expressão da experiência histórica do homem. A realidade do Direito, — não é demais declará-lo em face de tantas tendências no sentido de considerá-lo de maneira estático-formal, — é uma realidade essencialmente histórica, ou, mais precisamente, histórico-cultural, de sorte que o “processus” é a primeira categoria da realidade jurídica. Não há, pois que buscar uma *realidade jurídica subjacente*, que seria dotada de três dimensões ou facetas, como se se tratasse de algo natural ou corpóreo. O Direito, em suma, não é senão o processo mesmo de integração dos três fatores acima discriminados, não podendo ser reduzido ao fato da “conduta em sua interferência intersubjetiva” como pretende Carlos Cossio. Sobre a posição dêste jusfilósofo argentino perante a concepção tridimensional do Direito, v. in “La Ley” de 12-6-956, o estudo “Las actitudes filosoficas de la Ciencia Jurídica”, no qual se olvida que, na “dialética da implicação e da polaridade”, tal como a exponho, a tensão *fato-valor-norma* corresponde ao desenvolvimento do Espírito mesmo *enquanto se objetiva* em “bens de cultura”, entre os quais se situa o “bem jurídico”, ou seja, a realidade jurídica como experiência histórico-cultural.

Dêsse modo, se algum mistério existe no processar-se do Direito, como contraste e implicação perene de situações fáticas e exigências ideais, suscitando progressivas e renovadas “integrações normativas”, tal mistério é o do próprio Espírito humano em suas projeções históricas, assim como de seu significado transcendental e universal em relação ao que historicamente se atualiza.

Daí a consequência de que a realidade do Direito só pode ser justamente compreendida como um processo em que os três elementos (fato, valor e norma) se implicam e se integram em uma unidade dialética: trata-se de três

dimensões, ou melhor, de três momentos, de uma experiência social de natureza bilateral-atribuitiva, una em sua essência e desenvolvimento.

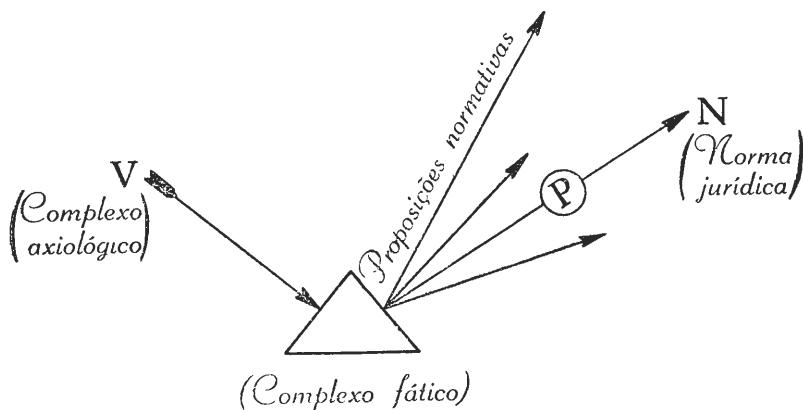
Para esclarecer êste meu modo de ver, observemos o que se passa quando surge uma *norma jurídica* qualquer. Tôda norma jurídica corresponde a um *momento culminante* de um conjunto de fatôres: há, em primeiro lugar, um “complexo de exigências axiológicas”, que dá lugar à nova norma, alterando ou substituindo as normas já existentes; tal “complexo de exigências axiológicas” não opera “in abstrato”, é óbvio, mas condicionado a um “complexo de circunstâncias fáticas”. É dessa correlação fático-axiológica que se origina a norma ou um “complexo de normas”.

As exigências axiológicas podem ser as mais diversas, distribuindo-se através de uma escala de tendências de ordem espiritual, moral, intelectual, econômica, etc. Por outro lado, através da história, e em função do meio social em que o Direito é vivido, as condições fáticas igualmente variam com maior ou menor intensidade e extensão. Entre *fato* (ou “complexo de situações fáticas”) e *valor* (ou “complexo de exigências axiológicas”) existe uma permanente tensão. Às vêzes, chega a haver aberto contraste, o que tudo se torna sobremaneira perturbador quando se pensa que os mesmos valores podem dar lugar a reações psicológicas ou a “experiências estimativas” contrastantes ou opostas.

É claro que, diante de um contraste ou conflito entre valores e fatos, ou mesmo diante de um conflito entre múltiplas atitudes estimativas possíveis perante um único valor, que esteja historicamente incidindo em dado meio social, nem tôdas as vias podem preponderar *juridicamente*. Nada mais incompatível com o Direito do que a incerteza, a carência de uma diretriz segura: o Direito responde, preliminarmente, ao desejo que o homem tem de fugir à dúvida, mais pungente no plano moral da ação do que no plano intelectual da especulação pura.

Em face de uma situação imprevista, por exemplo, como uma guerra, uma revolução, ou um cataclisma, se as normas jurídicas são insuficientes, e tal insuficiência se revela, pondo a exigência de novas vias disciplinadoras do comportamento social, um caminho é escolhido, prontamente, sem maior demora. Óra, o que ocorre nesses casos extremos, verifica-se tôda vez que uma norma jurídica surge: pode haver mais estudo e meditação, maior ou menor possibilidade de escolha, mas, em um dado momento, é mistér não protelar a opção. Uma opção se impõe, e tôda vez que se escolhe uma via, sacrificam-se tôdos os demais caminhos possíveis. Dentre os vários projetos de lei em debate em um Parlamento, por exemplo, a respeito de um dado assunto, por mais que se procrastine, chega o momento do *fiat lex*, átimo culminante de uma *decisão*. É este o momento do Poder.

Poder-se-ia talvez representar este processo recorrendo ao símile (fig. infra) de um raio luminoso (impulsos e exigências axiológicas) que, incidindo sôbre um prisma (o multifacetado domínio dos fatos sociais, econômicos, técnicos, etc.) se refracta em um leque de “normas possíveis”, uma das quais apenas se converterá em “norma jurídica”, dada a interferência do Poder.



É, repito, a co-participação opcional da autoridade (seja ela a de um órgão legislativo ou judicante, ou ainda a autoridade difusa no corpo social) que converte em norma, armando-a de sanção, uma dentre as muitas vias normativas possíveis. Essa norma é momento de um processo, podendo sofrer alterações semânticas através do tempo. Tais mudanças de sentido, ligadas ao *caráter criador do ato interpretativo*, equivale a verdadeiras criações normativas, independentes da providência, às vezes tardia ou desnecessária, da revogação parcial ou total da norma originariamente formulada.

5 — Esclarecer as grandes leis de tendências que porventura presidam ao processo *fático-axiológico* da nomogênese jurídica e de seu desenvolvimento como componente do mundo cultural, constitui tarefa a ser cuidada notadamente pela Sociologia Jurídica, com base na observação direta dos fatos sociais e com os subsídios da Psicologia Social, da Política do Direito, da História do Direito, etc.

Vista a questão sob o prisma da Filosofia do Direito, parece-me, no entanto, possível discriminar algumas teses fundamentais sobre tão relevante questão, que põe em evidência a necessidade essencial da análise do Poder na compreensão da origem e do desenvolvimento da norma jurídica:

a) A “nomogênese” jurídica pode ser compreendida como momento de um processo total, o qual, englobando objetivamente cada experiência normativa particular, dar-lhe-ia sentido concreto (concreção do tipo hegeliano, que pressupõe a *objetividade de uma idéia*, cujo desenvolvimento dialético daria nascimento às experiências particulares, válidas tão somente porque e enquanto inseridas no processo histórico total).

b) A tese oposta de cunho relativista, e até mesmo cético, de uma “nomogênese jurídica” atômicamente concebida, insuscetível de ser explicada no conjunto da experiência histórico-social

do Direito: cada experiência normativa particular seria um mundo “a se”, distinto ou desligado dos demais, de maneira que cada norma jurídica teria a sua própria história e validade.

c) A tese que não subordina a nomogênese jurídica à unidade de um processo de atualização de um valor unitário e absoluto, mas, embora reconhecendo a especificidade de cada momento normativo, não o erradica do processo total da experiência do Direito, a qual, por ser uma experiência estimativa, participa da “solidariedade” insita no mundo dos valores; e, por ser uma “experiência humana”, prende-se sempre ao foco irradiante de todos os “valores”, que é “*o próprio homem visto como valor*”.

As três posições acima distintas, — às quais correspondem múltiplas colocações subordinadas ou derivadas — refletem-se, de maneira permanente e decisiva, em toda a problemática jurídica, por mais que se queira delas abstrair, a pretexto de fuga de questões metafísicas, apontadas simplisticamente como sendo “sem sentido”.

Porque, na realidade, o que tais posições condicionam são três posições fundamentais diversas:

a) quanto ao modo de se conceber o papel ou a função do *Poder* em geral na nomogênese jurídica, ou seja, no ato de pôr-se “in esse” a norma de direito;

b) quanto ao Poder, em particular, no momento da interpretação da norma vigente;

c) quanto, finalmente, à questão nuclear da *justiça* de cada decisão singularmente considerada.

Nos limites estritos dêste trabalho torna-se impossível desenvolver amplamente tais questões, mas estou conven-

cido da necessidade de formular problemas, como êstes aqui propostos, os quais resultam das exigências de concreção ou de socialidade jurídicas, reclamadas pelos chamados anti-normativistas, e que devem ser atendidas, mas sem o sacrifício dos valores de segurança, de certeza e de “racionalidade”, essenciais a uma concepção democrática do Direito e do Estado, sob pena de correrem risco as garantias e as liberdades fundamentais do homem, expostas às oscilações e às incertezas de uma livre captação do “jus vivens”.

Ficarão necessariamente implícitas algumas consequências do ponto de vista aqui exposto sôbre a normatividade concreta, no que se refere à delimitação do campo da Lógica Jurídica Formal, assim como com referência aos problemas práticos de interpretação do Direito, eis que o processo interpretativo, de natureza necessariamente axiológica, é da essência mesma da normatividade. De tal sorte que, se não há norma sem interpretação, também se poderá dizer que a norma vive de sua interpretação, condicionada esta por um complexo objetivo de circunstâncias fáticas e valorativas que transcende os quadros preferenciais do juiz ou do administrador, os quais só podem agir autenticamente enquanto intérpretes dos valores vigentes na comunidade social que representam.

6 — Vejamos, sumariamente, quais as consequências que, no plano da exegese e da aplicação do Direito, defluem, lógicamente, das três doutrinas fundamentais sôbre a nomogênese jurídica, tais como foram acima distintas.

Se, com manifesto otimismo, se crê que cada norma não constitui senão o elo expressivo de um valor absoluto, o Poder passa a ser tratado como algo de imanente no próprio processo da juridicidade. Uma estranha e inexplicável força presidiria ao processo histórico do Direito: cada experiência particular valeria positivamente, abstração feita de sua validade intrínseca, porque seria momento necessário na sucessão dos eventos, sucessão esta governada por um valor absoluto e envolvente, de tal modo que o que “é” corresponderia sempre ao que “deve ser”. Dêsse



modo, a interferência do Poder dando fôrça a uma norma e repelindo outras normas possíveis, seria, “ipso facto”, um ato de racionalidade absoluta. As consequências de ordem prática desta primeira concepção são fàcilmente compreensíveis, quer se pense no Direito como a atualização dos valores dominantes de uma classe, como se proclama no regime soviético, quer se apresente como a expressão objetiva dos valores da Raça ou do Estado, a cujos insondáveis desígnios estariam confiados os homens e as coisas. Por via de consequência, interpretar uma norma jurídica qualquer seria sempre realizar uma sondagem na finalidade suprema que lhe dá legitimidade, para acolher-se a solução compatível com o programa político em vigor, ficando em um plano subordinado os valores das pessoas e dos grupos naturais.

Se passarmos a considerar a segunda posição, chegaremos, se quisermos ser corajosamente coerentes, à conclusão relativista de Gustavo Radbruch quando nos diz que, não se conseguindo saber o que é o “justo”<sup>2</sup>; e sendo relativos e variáveis os valores da justiça, torna-se necessário que alguém, armado de fôrça, defina e decida, em cada caso, acerca do “jurídico” (*Filosofia do Direito*, trad. port., São Paulo, 1937, págs. 137 e segs.). Em tal caso é a análise de cada complexo de circunstâncias que dita o caminho a seguir-se. O máximo que se poderá fazer, para evitar-se o arbítrio da decisão (arbítrio de um só, ou arbítrio de muitos, pouco importa) é considerar a nomogênese cada vez mais, realisticamente, como um problema técnico. Assentado que esteja o programa de vida preferido por uma comunidade (no sentido da democracia individualista, da democracia social, ou do coletivismo, segundo fatores de natureza meta-jurídica) o Poder, que converte uma “regra possível” em uma *norma efetiva*, agirá segundo as diversas circunstâncias, em função dos *fins* gerais e dos *meios idôneos*. Como diz Roubier, a Política Jurídica cederá lugar à Técnica Jurídica, vista essencialmente com uma

“ciência dos meios”, destinada a tornar assimilável pelo corpo social o fim visado. (*Travaux de la Semaine Internationale du droit*, Paris, 1950, págs. 150 e segs.)

Sempre dentro desta segunda concepção, uma vez posta a regra, como se caracteriza a tarefa do administrador ou do juiz que devem interpretar e aplicar o direito? Ao lado dos que ainda pregam a estrita subordinação de ambos ao *modelo* criado pela técnica legislativa, avulta o número dos que, em maior ou menor grau, reconhecem a liberdade do magistrado ou do administrador perante a regra, atribuindo-lhes o dever de repetir, na esfera ou órbita de sua competência, *o mesmo trabalho de elaboração técnico-científica* já desenvolvido de início, genericamente, pelo legislador: à luz das circunstâncias fáticas particulares, ao administrador ou ao juiz cabe adaptar a norma jurídica ao que a sua observação dos fatos sugere, guiados por critérios objetivos de ordem científica, ou então, preencher as lacunas da legislação sempre seguindo o que lhe determina uma pesquisa de cunho eminentemente sociológico. Como se vê, levando a questão até às suas últimas e rigorosas consequências, — crê-se na possibilidade de respostas para a singularidade de cada caso, embora com base em critérios científicos, que seriam os únicos horizontes delimitadores da ação do intérprete.

De conformidade com a terceira posição acima apontada, — para a qual acabam inadvertidamente convergindo muitos dos adeptos das outras duas tendências, — o que nos revela a experiência histórica do Direito é um desejo de composição permanente entre *liberdade* e *segurança*, um renovado esforço de implicação entre o particular e o geral, entre os valores de estabilidade e os de progresso, o que explica a “prudência” da qual deve se revestir uma ciência, que desde a intuição sintomática de suas origens, se chama “Jurisprudência”

É preciso, em verdade, não olvidar que, na nomogênese jurídica, o Poder representa sempre um momento de livre escolha, um coeficiente de discricionariedade, por mais pre-

ciosos que sejam os subsídios fornecidos pela Política do Direito, pela Sociologia Jurídica, pela Economia, por tôdas as Ciências que digam respeito à hipótese a ser regulada. Isto ocorre, quer o Direito se origine principalmente no plano legislativo, como nos países de tradição romanística, quer resulte da atividade jurisdicional ou dos costumes, como acontece nos países da “Common Law”: o Poder pode revelar-se através de órgãos definidos (Parlamentos, Tribunais, etc.) ou atuar como fôrça genêricamente difusa no corpo social, como se dá com as normas jurídicas consuetudinárias, quando a opção é o produto de opções anônimas que se repetem e se reforçam através do tempo.

Não sendo a norma jurídica particular considerada a expressão de um valor objetivo supremo; nem tão pouco a expressão genérica de um saber científico verificável em cada hipótese isolada; mas antes *a composição prudente de exigências fático-axiológicas*, resultante da subordinação dos dados sociológicos, econômicos ou científicos a *prudentes critérios de oportunidade e de conveniência*, impõe-se a conclusão de que a norma jurídica não pode ser vista, pelo interprete, como um modelo definitivo: é um *modelo* sujeito à *prudência* determinada pelo conjunto das circunstâncias fático-axiológicas em que se encontra situado o administrador ou o juiz.

Fixemos, por um instante, êste ponto essencial, mesmo porque êle nos esclarece o sentido da normatividade, inserida em um processo histórico-cultural que, pela sua própria estrutura, não pode deixar de se apresentar como “processo de implicação e de polaridade”, em virtude de sua natureza axiológica.

A normatividade, como já disse, é momento conclusivo de cada ciclo particular da experiência do Direito, pois uma experiência social, que não atinja o momento da “normatividade”, não chega a ser experiência jurídica. É preciso situar bem a questão, pois, muitas vêzes, confunde-se

o que é culminante no âmbito de um processo particular com o que é decisivo de maneira geral, absolutizando-se, dessa forma, o valor da norma como tal.

Nêste sentido, nunca é demais insistir sôbre a penetrante ponderação de Benjamim Cardozo quanto ao valor provisório de cada norma jurídica: “As normas e princípios existentes podem nos dar a nossa situação presente, o nosso comportamento, nossa latitude e longitude. A estalagem em que nos abrigamos durante a noite não é o fim da jornada. O direito, assim como o viajante, deve estar pronto para o amanhã. Êle deve ter um princípio de evolução”. (*The growth of the Law*, Yale University Press, 1948, págs. 19 e seg)

Essa provisoriedade da norma não deve, todavia, ser entendida formalisticamente, para indicar o fato óbvio de que não há normas jurídicas que não possam ou não devam, mais cedo ou mais tarde, ser substituídas por outras mais adequadas à evolução social.

O que se deve antes entender é que a norma jurídica mesma, sem que sofra qualquer alteração de ordem formal, isto é, embora mantendo extrinsecamente a sua estrutura verbal, na realidade, é suscetível de contínuas mudanças. Isto ocorre em virtude:

1) da incidência de novas normas que venham exercer pressão sôbre a totalidade do sistema, visto como basta, às vêzes, uma só lei nova para alterar o sentido de muitas outras; a interpretação é sempre *de uma norma situada no sistema*, o que nos previne contra certas pretensões da Lógica Jurídica formal;

2.º) da alteração verificada na tábua dos valores da comunidade, a tal ponto que um mesmo artigo de lei, não obstante a identidade verbal, pode significar uma coisa no Brasil e outra bem diversa na Rússia soviética, o que nos pre-

vine contra identificações apressadas entre os sistemas legislativos feitas por alguns cultores do Direito Comparado;

3.º) da superveniência de imprevistas condições técnicas, com mudanças no plano fático, que restringem ou alargam o âmbito de incidência de modelo normativo.

Não é demais lembrar alguns exemplos de alteração substancial sofrida por certas normas jurídicas, não obstante a inalterabilidade de sua vigência formal.

Estão aí, em primeiro lugar, tôdas as mutações por que passou o velho Código Civil Francês em matéria de responsabilidade civil, notadamente a partir das últimas décadas do século passado, quando os Tribunais, como nota Georges Ripert, foram cedendo aos reclamos da doutrina, aceitando as “construções técnicas” que esta oferecia aos textos imutáveis, em função de elementos supervenientes e imprevistos no conviver social. As normas aparentemente eram as mesmas, mas, na realidade, passavam por alterações semânticas tão profundas que teriam provocado justa perplexidade nos mentores da Escola da Exegese.

No Brasil, para não citar senão um caso dos mais expressivos, pense-se nos nobres recursos de exegese da jurisprudência pátria para salvaguardar os direitos hereditários do conjuge superstite, que, segundo o sistema do Código de 1916, estaria, no rigor do texto, sujeito à sua lei pessoal consagradora do regime de separação de bens, acarretando situações de “summa injuria” São todos exemplos de uma alteração na tábua dos valores sociais, pela crescente afirmação da idéia de solidariedade.

Em matéria contratual, enquanto prevaleceu o princípio da “autonomia da vontade”, — expressão víva de uma civilização de tipo individualista, — não houve possibilidade de encontrar nos textos de nossa lei civil guarida para

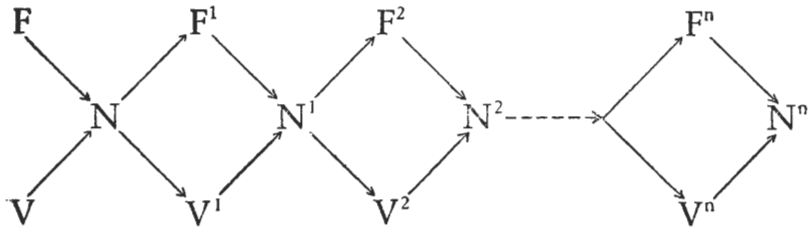
as soluções que, agora, em outro clima espiritual, cada vez mais se acentuam com o dirigismo contratual e a cláusula “rebus sic stantibus”.

Vê-se, pois, que a revogação de uma lei tão somente por outra lei é uma verdade no plano formal da vigência, mas não no domínio concreto da eficácia da regra de Direito.

Mudanças de ordem axiológica ou fática podem implicar em *alterações semânticas* que dão nascimento, em última análise, a uma norma nova quanto a seu conteúdo, o que se torna ainda mais evidente em se tratando de “standards” jurídicos que permitem a configuração da hipótese normativa à luz da natureza e das circunstâncias do caso, ou segundo critérios que possibilitam ampla margem de estimativa.

Poderíamos dizer, em suma, que a norma jurídica, resultante de fatos e valores, uma vez posta em vigor, atua sobre o meio social, suscitando novos processos axiológicos ou assumindo dimensões axiológicas diversas, pela intercorrência de fatos imprevisíveis. No decurso do tempo, a *norma vive em um processo dialético*, que possui *eficácia* nos limites da elasticidade de sua *vigência*: quando o índice máximo de adaptação é atingido, põe-se, com urgência, o problema da revogação formal.

Isto pôsto, poder-se-ia representar o processo evolutivo do *conteúdo de uma norma* do seguinte modo:



A norma jurídica, por conseguinte, vive inserida na concreção do processo histórico, representando sempre uma medida ou, relevem-me a expressão pouco precisa, uma ponte flexível e elástica entre fatos e valores.

Pois bem, nessa renovada adaptação evolutiva da norma jurídica aos fatos e valores, enquanto ela se mantém em vigor, deve ser respeitado o coeficiente de sua elasticidade natural. À norma jurídica corresponde sempre certo horizonte intrasponível de vigência e de eficácia, dentro do qual é mistér que se mantenha o interprete, sob pena de se comprometer o valor de *certeza*, que é essencial ao Direito.

Dir-se-á que esta certeza fica comprometida, quer quando o aplicador do Direito se converte em instrumento de um valor absoluto (classe, nação, etc.); quer quando age em nome de supostas verdades científicas livre e rigorosamente atingidas; quer, ainda, quando procura atender, com prudência, aos dados que a ciência revela sôbre os elementos fáticos, ou ao que a sua consciência apreende no mundo dos valores. Nesta última hipótese, porém, os valores, dos quais o juiz ou o administrador deve ser interprete, não são, os de sua convicção pessoal, os de sua predileção individual, mas sim os *valores vigentes na comunidade*. Maior segurança seria absurdo pretender, na escala da experiência humana.

Com tal maneira de entender-se a norma jurídica, reconhece-se que ela é sempre a expressão de algo que, transcendendo a pessoa do legislador e a do interprete, aqui e agora, é comum aos que emanam as normas e àqueles a que elas se destinam. Esse ponto comum de apoio e de referência é dado por algo que possui sentido de permanência no evolver histórico, e que condiciona a história mesma: é a dimensão essencial do homem como pessoa, como valor fonte de todos os valores.

# Revisão Criminal. (\*)

*Vicente de Azevedo*

Livre docente de Direito Judiciário Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

“Instituto monumental tão pouco conhecido entre nós, apesar de tão praticado”, — eis as palavras com que João Vieira de Araújo encerra sua monografia: *A revisão criminal dos processos penais*, Rio, 1899.

A observação do ilustre penalista, jurisconsulto, professor, magistrado e legislador continua a ter plena atualidade entre nós, mais de meio século depois de enunciada. Pela leitura dos artigos 621 a 631, que disciplinam a matéria no Código de processo penal, parecem inspiradas as suas palavras.

A função, razão de ser, o fundamento da revisão criminal é a reparação do êrro judiciário, o êrro judiciário que tem sido o tema predileto dos filósofos, dos sociólogos e dos cultores da história do direito.

“*È una storia vecchia e sempre nuova*”, exclama Arturo Rocco, a história de todos os dias, e prossegue: “Triste confissão a fazer logo de início: o êrro judiciário é o tributo que a fragilidade, que a falibilidade humana quotidianamente paga à natureza inexorável. A verdade absoluta é esfinge de que ninguém, legislador ou juiz, pode gabar-se de ser o Edipo.”

---

(\*) Do curso de Direito judiciário penal dado na Faculdade Paulista de Direito da Universidade Católica de São Paulo.



Èsse fantasma negro que acompanha sempre a justiça criminal, como se fôra a sua própria sombra, — é como outro autor qualifica o êrro judiciário.

Realmente: não há forma de processo, não há ordenamento judicial, não há sistema de prova que possa garantir a inocência, do êrro judiciário.

Suas vítimas teve o processo inquisitório, pelo qual tanto sangue inocente correu, segundo registra a história; não menos o sistema processual misto, embora represente notável triunfo da civilização moderna sôbre a antiga barbárie processual; por milhares se contam os êrros oriundos do método das *provas legais*; outros tantos terá que deplorar o sistema do livre convencimento, ou da *certeza do homem*. E tudo isto, tudo, sem que se ponha em dúvida a sinceridade e a boa fé dos juizes, a fidelidade das testemunhas, a honestidade e a lisura dos peritos, a veracidade das confissões.

Esta inelutável fatalidade do êrro judiciário, que lei alguma conseguiu jamais prevenir, levou os legisladores a procurar meios de combatê-la eficazmente, e, uma vez reconhecida, repará-la na medida do possível; o êrro judiciário, que é ainda hoje, e será por todo o sempre, o argumento tremendo contra a pena de morte.

Firmada, assim, a hipótese, e admitida a eventualidade do êrro judiciário, está exposta a função, a razão de ser, o fundamento, a finalidade da revisão criminal: o reconhecimento e a reparação do êrro judiciário.

Como conceituar a revisão criminal no sistema do processo penal? Está certa a sua classificação como recurso?

Modernos estudos de processo penal (Eduardo Massari, Giovanni Leone) colocaram no tapete da discussão o tema da pluralidade da ação penal, ou a demonstração de que a ação penal não é sòmente aquela em que se pede ao juiz que cumpra o dever jurisdicional que compete ao Estado, ou seja a apuração da responsabilidade criminal do acusado, sua eventual condenação e a imposição da respe-

tiva pena criminal. A prestação jurisdicional que se solicita à justiça penal, por meio da acusação, não é a única que pode ser invocada no juízo criminal. Com outros objetivos poderá ser exercido o direito de ação em relação à jurisdição criminal.

Dois exemplos de ação penal especial, muito embora ainda figurem em o nosso, como na maioria dos Códigos, entre os recursos, são: o *habeas-corpus* e a revisão criminal.

Observe-se como a idéia da ação reponta desta observação: “Faltava assim (como entre nós até 1890) um *remédio jurídico* para conseguir a emenda de uma sentença errônea já passada em julgado”. Sublinhamos a expressão *remédio jurídico*, empregada por Álvaro Villela, citado por João Vieira de Araújo, ao versarem, tanto êste, como aquêle, a revisão criminal. Que outra coisa é a ação, senão um remédio de direito?

Em matéria civil, o equivalente à revisão é a ação rescisória, com idêntica destinação. Incluída entre as ações especiais, nada oferece de comum aos recursos. Por versar sobre direitos privados, o direito que a garante está sujeito à prescrição. A ação rescisória prescreve em cinco anos. No cível, a autoridade da coisa julgada limita-se às partes litigantes. É a regra. A autoridade da coisa julgada no crime é incomparavelmente mais extensa, porque alegável *erga omnes*. Entretanto, o direito à revisão criminal pode ser utilizado sempre, até depois da morte do condenado.

É realmente um novo julgamento procedido com novos elementos, surgidos ou obtidos após a manifestação definitiva da justiça. Novo julgamento em quê, tal como na ação rescisória, a justiça está melhor aparelhada e mais esclarecida.

*Alimena* assim se expressa, conceituando a revisão criminal: “. . . o juízo da revisão, tutela também a dignidade do magistrado porque, enquanto o juiz da apelação diz ao juiz da primeira instância: Erraste, e eu te corrijo, — o juiz da revisão diz ao juiz da decisão definitiva:

“Julgo como terias julgado, se tivesses conhecido aquelas provas que não constavam dos autos, e que eu agora conheço”.

*Os dois pressupostos da revisão criminal.* Estabelecido que o fim primordial a que se destina a revisão criminal é a emenda do êrro judiciário; que a revisão criminal é a válvula de garantia, é o remédio e a possibilidade sempre presente, que não prescreve nunca, que se admite até mesmo *post mortem* para a reabilitação da memória do condenado; a satisfação de uma dívida, o reconhecimento, a confissão de um êrro, e a respetiva reparação, — vamos estudar os seus dois pressupostos, que são a *coisa julgada* e o *êrro judiciário*. Ficará mais clara a idéia, invertemdo-se a ordem, ou mudando a construção da frase: o *êrro judiciário* contido na *coisa julgada*, porque sòmente se pode admitir a existência do êrro judiciário, depois de a sentença condenatória ter transitado em julgado. Enquanto algum recurso fôr cabível, enquanto a justiça não se tiver manifestado em definitivo, não há coisa julgada.

Que é, pois, a coisa julgada? O gênio do jurisconsulto Ulpiano deixou bem, claro que — *res judicata pró veritate accipitur*. A coisa julgada exprime, assim, uma presunção de verdade, a verdade *si et in quantum*, pois doutra forma o texto diria: *res judicata veritas est*. E, como tôda presunção é, por assim dizer, uma verdade provisória (exce tuadas as presunções *juris et de jure*, que por uma convenção, não admitem prova em contrário) ante a evidência de uma prova em contrário, que não pode coexistir com a afirmativa contida na sentença, — a autoridade da coisa julgada não pode subsistir, deve ceder.

O processo criminal tem por fim (permita-se-nos a imagem) — ver o crime e o criminoso. Os meios de fato e de direito, os instrumentos de prova, a instrução criminal são recursos para tornar certa essa visão. A coisa julgada revela a expressão judicial dessa visão. E, quando fatos posteriores demonstram que essa visão foi illusória, foi er-

rônea, o juízo criminal deve novamente *ver*, isto é, tornar a *ver*, *rever* o fato e o seu autor, o crime e o criminoso. Aparece, então como instrumento dessa operação, a revisão.

Não é outro o modo de se expressar de Ortolan: “Sabemos que o princípio da coisa julgada, apoiando-se unicamente sôbre a presunção *e o quod plerumque fit*, contém o sacrifício feito ao interêsse geral dos casos particulares e excepcionais nos quais o juiz pode ter errado. Também sabemos, porém, que, se em direito penal tal sacrifício deve ser feito sem retrocesso, e mantido quando se trata de erros favoráveis ao acusado, assim não deve ser quando o êrro consistir na condenação, como culpado, de um inocente, e que uma porta deve ser aberta no momento em que semelhante êrro se manifesta para fazê-la reparar: esta porta é a revisão (1).

A revisão é, pois, um recurso, ou melhor, uma ação destinada a corrigir a decisão judicial penal de que já não mais caiba recurso ordinário. E assim, o ter a sentença transitado em julgado constitui condição necessária para o exercício dêsse remédio salutar e reparador: um pressuposto, como se diz hoje na técnica processual.

Para correção e emenda dos erros judiciários, duas espécies de remédios se criaram: os *preventivos e os reparatórios*. Entre os primeiros se contam os recursos e os graus de jurisdição. A sentença se torna definitiva depois de esgotados todos os meios e recursos judiciais. Entre os últimos, os recursos reparatórios, se encontram a graça

---

(1) Citações de Álvaro Villela, *A revisão no processo criminal*, Coimbra, 1897, pg. 59; Ortolan, *Elements de droit penal*, t. II, pg. 624. A teoria da presunção da verdade contida na coisa julgada não conta com a unânimidade das opiniões. Vide Arturo Rocco, *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell' azione penale*, in *Opere giuridiche*, vol. II, pgs. 229 a 234, nos. 133 e 134. No mesmo lugar a explicação de que a expressão latina *res judicata* não corresponde a coisa julgada. Davam os romanos outro sentido à palavra *res* aí empregada.

e a revisão. Segundo o conceito geral, a revisão é um recurso extraordinário pelo qual se examina de novo *para corrigir um erro de fato*, processo já findo, ou com sentença passada em julgado. (Pedro Lessa, “*Poder Judiciário*”).

Destina-se o processo à descoberta da verdade. E a coisa julgada traduz a verdade. É a averiguação, o reconhecimento, a convicção da verdade, numa palavra, a *certeza*. E, como na certeza não cabe a dúvida, não há lugar para a dúvida, — segue-se que a coisa julgada é a verdade. A verdade, entenda-se, dentro dos limites da contingência humana. A *certeza*, verdade *subjetiva*, é equivalente a realidade, verdade *objetiva*. A verdade absoluta e objetiva, não existe, porque, tudo quanto o homem apreende tem um valor subjetivo, pelo mesmo fato de ser apreendido pelo homem: até aquilo que é diretamente percebido pelos nossos sentidos é uma verdade relativa, sujeita a controvérsia, porque insuficientes, falíveis e imperfeitos são os meios humanos de conhecimento da realidade. Devemos nos contentar com a certeza subjetiva, porque a verdade absoluta e objetiva não existe. Ademais, quando homens honestos, inteligentes, instruídos, examinaram com cuidado e imparcialidade uma controvérsia sujeita ao seu juízo, a *probabilidade* é de que, após haverem ouvido as explicações (razões) contraditórias das partes e terem se inteirado de tôdas as noções materiais e jurídicas destinadas a iluminar a sua mente e a sua consciência, êsses juizes darão à controvérsia uma solução conforme a verdade. A certeza judicial corresponde, pois, normalmente à verdade judicial. Não se pede mais do que isso. Todo o conhecimento humano, e, portanto, também aquêle do juiz, por fôrça das limitações apontadas, corresponde a uma *probabilidade*: conhecimento perfeito é conhecimento ilimitado e, portanto, sobrehumano, impossível. (2)

---

(2) ARTURO ROCCO, *Teoria geral da autoridade da coisa julgada*, etc., in *Opere giuridiche*, vol. 2.º pgs. 237 e 8. Do mesmo sentir, Lopez Moreno, *La prueba de los indicios*, pgs. 145 e 254. Manzini, entretanto, (Tratado, vol. 4.º, pg. 675, nota 2) considera superada

Assinale-se finalmente: nesta matéria de coisa julgada no crime não há presunção absoluta: nem a condenação é absolutamente extrema de dúvida, nem a absolvição é garantia de inocência. A coisa julgada no crime exprime a certeza humana, a convicção de justiça.

*Fundamento da revisão.* Do que ficou exposto podemos deduzir que as causas determinantes da existência da revisão criminal são as seguintes:

a) admitir a possibilidade de se provar a inocência do condenado, em virtude do aparecimento de provas nesse sentido, depois de transitada em julgado a sentença condenatória;

b) sanar as injustiças manifestas que advenham da errônea apreciação da prova, contingência da falibilidade humana e de circunstâncias materiais, corrigindo a má aplicação da lei penal ao caso concreto;

c) anular o processo ou o julgamento viciados, nulos e mandar reproduzi-los.

Ocorre o primeiro caso, quando se verifica um *error in judicando*, erro judiciário, consistente em erro de fato. Existe o erro judiciário quando fato até então desconhecido, revela ter o poder judiciário chegado a uma conclusão

---

esta teoria do cálculo das probabilidades, e assim se manifesta: “Tentou-se aplicar na segunda metade do século XVIII, e na primeira metade do século XIX, à matéria do erro judiciário, o cálculo das probabilidades, etc. etc.” Mas, desde que Bertrand, no seu célebre *Trattato sulle probabilità* excluiu a aplicabilidade da análise matemática a semelhantes pesquisas, ésta via foi abandonada.” Parece todavia, que a opinião do mestre italiano é demasiado rígida: à conclusão de que a certeza é a soma das probabilidades chega Benjamim Cardoso, juiz da Suprema Côrte dos Estados Unidos da América do Norte, em *The nature of the judicial process and the growth of the law*, trad. brasileira com o título “Os métodos de julgamento”, pgs. 136 e 157. Da mesma opinião: *Tourtoulon, Philosophy in the development of law*, vol. XIII, pg. 634, de *Modern Legal Philosophy series*. E modernos são êstes autores.

falsa quanto ao crime, quanto à autoria, quanto à honestidade da prova.

À primeira vista parece que raras devem ser, raríssimas, as aberrações da justiça; assim o pensam muitos, e com razão. Pois não recai a sentença dos tribunais sôbre pontos de fato, cujos elementos é possível determinar? Não vêem os juizes pelos olhos das testemunhas? Não ouvem, tantas vêzes, a confissão do acusado? Não se cercam de homens competentes e leais para se esclarecerem sôbre as especialidades técnicas? Não segue o processo uma evolução regular própria para formar uma convicção segura? Não nasce a luz do debate entre a acusação e a defesa; não existe um organismo judiciário devidamente hierarquizado para prevenir o possível desvio da ação penal?

Tudo isso existe, e se pratica, mas tudo isso é falível, e o êrro judiciário acompanha passo a passo ainda a mais perfeita organização dos juízos penais.

Não comportam os limites dêste curso tôda a vasta e sedutora matéria do êrro judiciário. A bibliografia é rica e brilhante.

É, na realidade, a espécie mais típica de revisão criminal: a justiça chegou a determinada conclusão pela ignorância de fato, ou circunstância, que destrói a afirmação da sentença, assim em relação ao fato incriminado, como em relação à autoria. Ou então, vê-se obrigada a reconhecer o seu êrro, pela averiguação da falsidade da prova constante do processo. Esta última hipótese é mais fecunda do que se pode supor.

O problema do êrro judiciário de fato deve ser apreciado sob três aspectos: a) em relação ao fato considerado crime; b) em relação à autoria; c) em relação à prova.

Em relação ao fato, tanto pode a prova nova demonstrar a inexistência, como demonstrar que o fato não constitui crime, ou constitui crime menos grave, impondo-se, portanto, uma desclassificação. Neste particular nosso direito e nossa jurisprudência são liberais. Também em re-

lação ao fato, a prova nova pode conduzir a errônea determinação do elemento moral que ocasionou o delito. Exemplos: crime culposo, em vez de doloso; tentativa, e não crime consumado; crime impossível, ou inexistente (3).

Em relação à autoria. Provado nos autos o fato de forma exaustiva, verdade notória, — depois da condenação definitiva verifica-se que o seu autor, ou os seus autores não foram os réus condenados, e sim outros. Hipótese fecunda, dissemos, e cumpre repetir, porque, se é certo que os indícios são fatos e que os fatos não mentem, *facts d'ont lie*, como enfaticamente dizem os ingleses, — ou como se expressa a sabedoria popular, *contra fatos não há argumentos* — menos certo não é que, sendo mudos, os fatos estão sujeitos à nossa interpretação. Os fatos — quantas vezes! — têm aparências enganosas, o acaso e o destino tecem tôda uma trama tremenda de coincidências, de aparências, que levam, parece que fatalmente, a conclusões que à nossa razão se apresentam como irresistíveis e inelutáveis, e que, entretanto, podem não corresponder à verdade.

Os fatos não mentem, é verdade, mas não mentem porque são mudos. Na interpretação é que entra o elemento humano, subjetivo, que varia de indivíduo para indivíduo.

Se passarmos da prova indiciária para a confissão, a *probatio maxima, a rainha das provas*, — fôrça é reconhecer que êste meio de prova tão convincente, em especial para os leigos, está longe de ser extreme de vícios e defeitos. Pois não há confissões falsas? Confissões falsas,

---

(3) Convém registrar o título de esclarecimento: a doutrina que vimos expondo corresponde aproximadamente ao que existe, de positivo, em nosso direito. Na Itália, por exemplo, a orientação é muito menos liberal. Raríssimos, e realmente excepcionais, são os casos de revisão criminal. De acôrdo com o Código de processo penal italiano não se admite a revisão por êrro de direito ou injustiça; não se admite revisão para o fim de redução da pena, da discussão de inimputabilidade, etc. Vide Manzini, *Trattato de diritto processuale penale italiano*, vol. 4.º, págs. 671, e segs.



oriundas até de sentimentos nobres, pôsto sejam fontes mais comuns o mêdo, a tortura, a vaidade, o desequilíbrio mental. O Código penal italiano registra a figura delituosa da auto-calúnia.

E que diremos da prova testemunhal? O depoimento mais sincero, mais honesto, pode ser fruto de ilusão de ótica, de sugestão, de imaginação, de equívoco e até mesmo de alucinação. Julgam os juizes pelo que está escrito nos autos. Mas, haverá coisa mais difícil do que redigir *certos* depoimentos? Quando a testemunha não quer falar, não há meio de arrancar o que ela sabe. Se a testemunha é loquaz, se fala com desembaraço, acode ao inquiridor a desconfiança; se é reticente, vacilante, faz supor reservas mentais, sabe, e não quer dizer.

O juiz, convicto de que a responsabilidade criminal recai sôbre certo individuo (o acusado, o réu denunciado) transmite inconscientemente essa convicção à testemunha na maneira de perguntar, na insistência em repisar certos detalhes, na forma de redigir, ditando, enfim, mais do que a testemunha afirmou. E quando o juiz se equivoca? De cem testemunhas, haverá uma que não tenha a timidez de calar, embora ouvindo atribuir-lhe o que não disse. O que fica, afinal, escrito nos autos, não espelha, nem de longe as hesitações, as contradições da testemunha, para afinal acabar concordando com o que o inquiridor quis. Não ficou dito se a testemunha é um tímido, um débil mental, um esquizofrênico. Profunda a observação de Edgard Bertillon: os falsos testemunhos constituem, até certo ponto, a base da instituição judiciária.

Provado o fato, provada a autoria, não está, ainda, dito tudo. Resta a responsabilidade, resta a *imputabilidade*, pressuposto da responsabilidade. Está tardando o aparecimento de um novo Pintel que retire das penitenciárias um número sem número de doentes, cuja destinação apropriada é o asilo-prisão, o hospital de alienados, o manicômio judiciário.

Muito longe iríamos, demasiado longe, se fôssemos apontar por menor tôdas as fontes do *erro judiciário*. Im-

prescindível se torna a sua apresentação sucinta para mostrar a principal finalidade da revisão criminal. Convém todavia, não dar por encerrada a exposição sem observar: é preciso que a prova reconhecida falsa tenha influído decisivamente na conclusão. Porque a prova pode ser considerada falsa, digamos, a testemunha ter sido até condenada por falso testemunho, mas outras testemunhas idôneas terem deposto no mesmo sentido. O laudo pericial resultar da venalidade do perito, mas a prova resultar manifesta de outros elementos, de outros meios insuspeitos.

c) Nulidade do processo. O art. 626 do Código de processo penal está assim redigido:

Art. 626 — Julgando procedente a revisão, o Tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, ou anular o processo.

É a hipótese do *error in procedendo*. Não é fácil oferecer exemplos de nulidade processual a ser decretada por meio de revisão criminal. Porque, se se tratar de nulidade absoluta, insanável, ou de ato processual inexistente, é muito pouco provável que tenha passado despercebida a juízes e tribunais. E ainda: em se tratando de nulidade manifesta, o caso será de habeas-corpus (art. 648, VI) medida muito mais rápida e igualmente eficaz. Em todo caso é uma das formas de possível deferimento de revisão, e, uma vez anulado o processo, seguem-se tôdas as consequências, entre as quais avulta a prescrição.

Na revisão criminal, o critério para se admitir a nulidade, há de ser infinitamente mais rigoroso do que o comum, seguido nos recursos ordinários. V.g.: em apelação o Tribunal anulará o julgamento do júri se houver participado do conselho, um juiz impedido. Mas, se se tratar de revisão, o mesmo fundamento não será suficiente. Não se sabe como o jurado impedido votou, uma vez que a votação é secreta. Será entretanto, de ser decretada a nulidade em revisão se se provar que um dos participantes do julgamento não era jurado. O réu foi julgado por seis

juizes, e não por sete, como manda a lei. Enfim, e em conclusão: para que seja, em revisão, anulado o processo, ou o julgamento; para que seja acolhida a alegação de *vicio* ou *error in procedendo*, é mister que a nulidade seja de tal ordem, de tal monta que se possa equiparar a ato processual inexistente. O exemplo acima é típico: se do julgamento participou individuo que não era jurado (em se tratando de juri tudo é possível) o réu foi julgado por seis jurados, o tribunal não estava legalmente constituído, julgamento nulo. Mas, como ficou dito, nulidade manifesta é fundamento para habeas-corpus, remédio muito mais rápido, de resultado imediato.

Hipótese não prevista por nossa lei, que constitui uma espécie de *error in judicando* é a da contradição de decisões: a justiça civil se manifesta de tal forma, que retira da figura delituosa, um de seus elementos integrantes. Réu condenado por apropriação indébita; entretanto, na justiça civil, a prestação de contas chega à conclusão de que o réu era credor da suposta vítima.

*A revisão criminal pró réu e pró societate.* Até a proclamação da República, 15 de novembro de 1889, não existia, entre nós, o instituto da revisão criminal. Criou-o a Constituição federal de 24 de fevereiro de 1891 nestes termos:

Art. 81. — Os processos findos, em matéria crime, poderão ser revistos, a qualquer tempo, *em beneficio dos condenados*, pelo Supremo Tribunal Federal para reformar, ou confirmar a sentença.

§ 1.º — A lei marcará os casos e a forma da revisão, que poderá ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, ou *ex-officio* pelo Procurador geral da República.

§ 2.º — *Na revisão não podem ser agravadas as penas da sentença revista.*

§ 3.º — As disposições do presente artigo são extensivas aos processos militares.

Como se vê, desde o seu nascedouro, vem sendo, entre nós, considerado como um recurso *pró-réu*, que somente lhe assiste, e em seu benefício.

O deputado constituinte João Vieira de Araújo, que com tanto brilho discutiu a matéria, e seria o autor da primeira, e até agora uma das únicas monografias nacionais sobre o assunto, ficou vencido, porque, em sua opinião, devia se admitir também a revisão criminal contra o réu, promovida pela justiça. Teòricamente, há pouca margem para discussão: se a revisão criminal tem por fundamento o êrro judiciário, e se o êrro judiciário tanto pode suceder contra o réu, em sentença condenatória, como a favor do réu em sentença de absolvição, deveria o instituto ser nos dois sentidos. Êrro judiciário não é somente a condenação de um inocente: é também a absolvição de um culpado.

A solução acolhida por certas legislações estrangeiras, de admitir a revisão também de decisões absolutórias, especialmente no caso de superveniente confissão do réu absolvido, é certamente atraente para os que colocam o interesse do Estado acima de todos os outros, e para reparar o escândalo proveniente do fato de o réu absolvido gabar-se de sua sorte, ultrajando, assim, a justiça. Por ocasião da elaboração dos Códigos penais italianos o caso foi considerado e a Comissão da Câmara dos deputados se manifestou precisamente contrária a tal solução, por vários motivos, entre os quais cumpre destacar o seguinte: no conflito de interesses opostos, a lei penal deve tutelar preferencialmente aquêles que, pela sua generalidade têm maior importância para a segurança e tranqüillidade sociais; e sob êste aspecto é de altíssimo interesse, a intangibilidade dos julgados que puzeram têrmo a apaixonadas contendas judiciárias, restituindo a liberdade aos acusados, a honra e o sossêgo a famílias inteiras. A questão foi resolvida pela negativa pela consideração de que mais valia, por uma hipótese de importância limitada, não abalar o princípio fundamental da autoridade da coisa julgada.

Por dispositivo expresso de nosso Código de processo penal, na hipótese de o Tribunal julgar procedente a revisão, poderá absolver o réu, alterar a classificação do delito, reduzir a pena, e anular o processo, ou o julgamento, art. 626. Acrescenta o § único: “De qualquer maneira, não poderá ser agravada a pena imposta ao réu pela decisão revista.”

É aliás, a orientação do Código em relação a *reformatio in pejus* em recurso do próprio réu. Já noutro passo deixamos assinalado: os erros, os enganos, os equívocos favoráveis ao réu, passada em julgado a sentença, beneficiam-no definitivamente.

*Como se processa a revisão.* O processo formado pela atuação da petição de revisão, instruído com a certidão de haver passado em julgado a sentença condenatória e com as peças necessárias à comprovação dos fatos argüidos, será distribuído a relator e a revisor, devendo funcionar como relator um juiz do Tribunal que não tenha pronunciado decisão em qualquer fase do processo.

O processo de revisão é sujeito a dois julgamentos; não é expresso o Código a respeito, mas deduz-se da natureza do recurso e do § 3.º do art. 625.

No primeiro julgamento, de admissibilidade, o relator decidirá se há matéria para o julgamento, isto é, se o pedido se baseia em alegações, ou é acompanhado de provas que mereçam ser conhecidas e apreciadas.

O texto legal do qual se deduz bem claro que o processo de revisão é sujeito a dois julgamentos, sendo o primeiro de admissibilidade, é a parte final do § 3.º citado, ou seja, a faculdade atribuída ao relator, de indeferir *in limine* o pedido. É o primeiro julgamento, no qual se verifica se há base, se há matéria para submeter o pedido ao Tribunal. No indeferimento concede o Código o direito

de recurso, que será para o Tribunal, com a mesma composição competente para o julgamento da própria revisão. Este recurso é o de agravo, embora o Código não lhe dê esta denominação.

A exigência do julgamento preliminar de admissibilidade se justifica ainda, alusão no estudo dos recursos em geral.

O Código admite a reiteração do pedido, desde que fundado em novas provas: § único do art. 622. Se a reiteração do pedido é fundada em *novas* provas, ou em alegações *novas*, quem vai verificar preliminarmente é o relator, que indeferirá o pedido se êste não obedecer a exigência legal.

Justamente por não ser sujeito a prazo, nem a preclusão; justamente por ser de natureza excepcional, é que deve ser sujeito a um julgamento prévio, juízo de admissibilidade.

Outra razão ainda ocorre: é aquela que advém da economia processual, da poupança do Tribunal de acúmulo de serviço. Êste julgamento prévio garante a seriedade do recurso. E é a característica que distingue esta espécie de recursos. Se se trata de medida protelatória, ou manifestamente improcedente, é deste logo indeferido.

Análogo dispositivo apresenta o Código de processo penal ao versar o Recurso extraordinário, arts. 633 e 634, in verbis: “O recurso extraordinário será interposto mediante petição ao presidente do Tribunal de Apelação, dentro de dez dias, contados da publicação do acórdão. Art. 634: *Concedido o recurso* etc. Nestas palavras, *concedido o recurso*, está implícita a faculdade de não concessão. O Código de processo civil versando a mesma matéria do recurso extraordinário é mais preciso: “interposto perante o Presidente do Tribunal de Apelação, êste, *se julgar que é*

*caso de recurso extraordinário*, mandará abrir vista, etc. art. 865.

Ai está o julgamento prévio, ou de admissibilidade, que é da essência de todos os recursos extraordinários, tomada a expressão em sentido amplo.

No caso de não ser admitido, e havendo recurso, o relator apresentará os autos em mesa, e fará o relatório, sem participar da discussão (art. 625, § 4.º).

Admitido o recurso, quando o Tribunal fôr dividido em câmaras, ou turmas, o julgamento será efetuado pelas câmaras ou turmas reunidas: ou, caso contrário, pelo Tribunal pleno. No Supremo Tribunal Federal julgamento obedecerá ao estabelecido no seu regimento interno.

A tramitação legal do processo de revisão é a seguinte: O Relator mandará abrir vista dos autos ao procurador geral, que dará seu parecer no prazo de dez dias. Por igual prazo os autos serão conclusos ao relator e ao revisor. Segue-se o julgamento em dia designado pelo presidente.

*Quem pode requerer a revisão.* O Código de processo penal não conservou a linha de tradição iniciada pela Constituição republicana de 1891, que permitia a qualquer do povo, e ao Procurador geral da República, ex-officio, promover a revisão criminal. Atualmente, nem o Ministério Público, representado pelo procurador geral, ou por outro membro, poderá requerer a revisão. Dispõe o art. 623:

“Art. 623. A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado, ou no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.”

Também prevê a hipótese de falecimento do réu durante o processo de revisão. Neste caso o Presidente do Tribunal nomeará um curador. O texto do artigo é o seguinte:

Art. 631. Quando, no curso da revisão, falecer a pessoa, cuja condenação tiver de ser revista, o presidente do Tribunal nomeará curador para a defesa.”

O dispositivo remedeia a situação criada pela morte do réu, tanto no caso de ser êle mesmo o promovente da revisão, como no caso de ser requerida por procurador. No segundo caso o curador poderá ser o próprio procurador. A expressão *defesa* é que parece mal escolhida.

Permitindo ao Procurador geral ex-officio e a qualquer do povo a iniciativa de revisão, mostrou-se o Legislador constituinte da primeira república mais sensível do que os autôres do Código, ao aspecto e à significação social do instituto.

Realmente, hoje, somente o próprio interessado diretamente, ou por intermédio de procurador poderá, em vida, requerer a medida. *Post mortem*, o cônjuge sobrevivente, ascendente, descendente ou irmão.

*Indenização pelos prejuízos sofridos.* A última parte do estudo da revisão criminal deve ser dedicada a reparação do dano. A absolvição, diz o Código, implicará o restabelecimento de todos os direitos perdidos em virtude da condenação — art. 627.

Ao reconhecimento e confissão do êrro judiciário segue-se a reabilitação moral do réu. O que se procura é uma *restitutio in integrum*, a restauração, o quanto possível, do *statu quo ante*, da situação anterior a condenação.

O Código emprega as expressões *indenização e prejuízos*. A nós se nos afigura que teria sido preferível dissesse: dano e reparação. Observa a propósito Arturo Rocco: “Não se chegou a acôrdo em relação ao *nomen juris* a dar-se ao instituto. Dizem uns *ressarcimento*, outros indenização, outros reparação. Percebe-se que a diferente denominação outra coisa não é senão a consequên-



cia, nem sempre presente, do modo diverso de conceber a natureza do instituto. E é justamente devido ao modo particular com que nos parece deve ser considerada a natureza do instituto, que preferimos o termo *reparação* a *resarcimento*, ou *indenização*. Exigem êstes uma conceituação científica que repugna à própria essência do instituto que examinamos.” A. Rocco, *Natura e fundamento giuridico della riparazione alle vittime degli errori giudiziari* in *Opere giuridiche*, vol. II, pg. 279, nota I. Não cabe nos limites de nosso curso o estudo dos fundamentos jurídicos dessa reparação. Basta a constatação de que o Código reconhece o direito e a maneira por que o faz. Resa do art. 630:

Art. 630. O Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuizos sofridos.

§ 1.º — Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida justiça do Distrito Federal ou de Território ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.

§ 2.º — A indenização não será devida:

a) se o êrro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;

b) se a acusação houver sido meramente privada.”

Aí está expressa a faculdade de o Tribunal admitir o direito a uma justa indenização.

O que de mais interessante há a assinalar é a competência atribuída à justiça criminal de reconhecer um direito patrimonial. É uma atribuição civil outorgada a justiça penal. Não o deverá fazer, entretanto, senão a pedido do interessado, e nunca espontaneamente “se o interessado o requerer”.

Deixemos passar o adjetivo *justa* — se vai ser liquidado o direito no juízo civil, como dispõe o § seguinte, o qualificativo *justa* é ocioso; assim como deixemos passar a expressão *prejuízos sofridos*, porque seria de melhor técnica dizer *danos ocorrentes*. E examinemos o dispositivo.

Pelas palavras: se o interessado o requerer — parece que o titular do direito à reparação é somente o réu. A revisão pode ser requerida pelo cônjuge, ascendente, descendente, ou irmão, porém só depois da morte do réu. Pelas normas do direito civil comum, o direito à reparação não se extinguiria e passaria aos herdeiros: mas neste caso, não. A expressão *interessado* não pode abranger as pessoas que têm o direito de requerer a revisão porque, em sentido amplo, interessada é até a própria sociedade, em que se repare uma injustiça, se proclame uma inocência, se corrija um erro judiciário.

De modo que, reconhecido o direito à reparação, a decisão da justiça criminal faz *actio judicati* no civil, tal como a sentença criminal.

Ficam, pois, firmados êstes pontos: a) é facultativo ao interessado requerer o reconhecimento de seu direito a reparação: b) êsse direito é privativo do réu e não se transmite aos herdeiros, quando titulares do direito de requerer a revisão: c) a decisão favorável do Tribunal, funcionando como justiça criminal de segunda instância, fará *actio judicati* na justiça civil: d) nesta (a justiça civil) apenas se discutirá a quanto da justa reparação, e se promoverá a liquidação.

Responderá pela indenização a fazenda da União, ou do Estado, ou do Território, conforme tiver sido federal, estadual, ou territorial a justiça que emitiu a sentença penal condenatória revista e revogada.

Pelo enunciado: “a indenização não será devida“ contidas no § 2.º do art. 630 o legislador quiz dizer: o réu não terá direito a indenização:

a) *se o erro ou a injustiça da condenação*. . Do emprêgo destas expressões se depreende ainda uma vez que o legislador não teve presente nem o fundamento, nem a finalidade ou a razão de ser da revisão. Porque o fundamento da revisão é *sempre* o erro judiciário. A injustiça da condenação, injustiça clamorosa, que brada aos céus, que exige a proclamação da inocência, é simplesmente um erro da Justiça, um *error in judicando*. A finalidade da revisão é o reconhecimento dêsse erro, a confissão dessa falha da justiça. As expressões, portanto, ou *a injustiça* que antecedem *a condenação*, além de ociosas, significam a incompreensão do instituto da revisão criminal.

A infelicidade da redação prossegue acompanhando passo a passo o texto: “. . . condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante”.

Devia ter repetido a palavra *requerente* anteriormente usada, e que seria mais apropriada. Digo seria, porque a única que deveria ter sido empregada era a palavra *réu*. Vejamos: “Se o erro ou a injustiça de condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, *como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder*”.

O têrmo impetrante foi empregado como equivalente a requerente — art. 623. Ora, requerente ou impetrante da revisão pode ser, além do réu, o seu procurador legalmente habilitado (mesmo artigo). Perguntaria ao legislador do Código onde é que êle já viu confissão no crime por procurador? E, se a ocultação da prova foi feita pelo procurador, é justo que o réu, por ato de outrem, se veja privado da reparação?

Onde, porém, a infelicidade da redação atinge ao auge é na alínea seguinte:

A indenização não será devida:

. . . . .

b) se a acusação houver sido meramente privada.

Não sei a que hipótese quer a lei se referir. Porque a ação penal é sempre pública, sendo, às vêzes, de ini-

ciativa privada e outras de iniciativa exclusivamente privada. Terá o legislador querido aludir a esta última hipótese? Mas, ainda assim não se justifica, não se explica, porque, o erro que dá margem à revisão e à reparação, é sempre da justiça e não importa haja sido provocada pelo ministério público, ou pela parte interessada.

O Estado responde pela reparação em consequência do erro judiciário, por um princípio da justiça social.

\* \* \*

Vêm de novo a propósito as palavras de João Vieira de Araújo, com as quais iniciamos o estudo do ponto: A revisão criminal. “instituto monumental tão pouco conhecido entre nós, apesar de tão praticado”.

Cinquenta anos depois continuou a ser domínio inexplorado, podendo-se escrever aí o sabido *hic jacent leones*. Ou, como se lia nos mapas do Estado de S. Paulo até fins do século passado: *região desconhecida habitada por selvagens*.

---

*Fontes de Estudo* — Sobre erro judiciário: Giuriati (Domenico) *Gli errori giudiziari, diagnosi e remedi*, Milano, 1893. Esta obra foi reimpressa: Bologna, 1932; Alfredo Rocco, *Natura e fundamento giuridico della riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, in *Opere giuridiche*, vol. 2.º, pg. 277, nota I. Diz que é copiosa a literatura jurídica sobre o erro judiciário e aponta dezesseis obras especializadas. Carrara, *Programma*, ed. Luca, 1871, § 858, nota I.

Sobre erro judiciário e revisão de julgados criminais: Manzini (Vincenzo) *Trattato di diritto processuale penale*, vol. 4.º, pg. 671 e segs.; João Vieira de Araújo, *A revisão dos processos penais*, Rio, 1899; Eudoro Magalhães, *Da revisão criminal*, 1933 (?). Manda a lealdade declarar que não conseguí encontrar esta obra. Artigo no *Jornal do Comércio*, de 15/5/38, de Ruy Albertino Nunes da Rocha, intitulado “*A revisão criminal, seu conceito, características e fins*”; Alimena (Bernardino) *La revisioni der giudicati penali*, Napole 1897. O mesmo trabalho se encontra também, revisto e aumentado, in *Studi di Procedura penale*, Torino, 1906, pg. 429 e sg.; Alvaro Villela, *A revisão no processo criminal*, Coimbra, 1897.

Sobre a reparação do dano: Alfredo Rocco, obra citada in *Opere giuridiche*, Roma, 1932, 2.º vol. pg. 271 e 638.

# Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil. (\*)

*Alfredo Buzaid*

Docente de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

## A elaboração do código de processo civil.

1 — Pouco depois da outorga da Carta de 10 de novembro de 1937, procurou o Governo da República dotar o país de novos Códigos, pondo-os em harmonia com a estrutura constitucional então vigente. O Ministro da Justiça confiou ao eminente jurista PEDRO BATISTA MARTINS a elaboração do ante-projeto do Código de Processo Civil. A 4 de fevereiro de 1939, ou seja, cerca de um ano após a inauguração daquele regime político, já o Diário Oficial da União publicava ante-projeto do Código, a fim de receber sugestões. A 24 de julho do mesmo ano era

---

(\*) Conferência proferida pelo Prof. Alfredo Buzaid, no dia 10 de junho de 1955, na Faculdade de Direito de Pelotas, da Universidade do Rio Grande do Sul. Em resposta à saudação do Prof. Alcides de Mendonça Lima, disse as seguintes palavras iniciais: “Eu agradeço, muito sensibilizado, as palavras de tão carinhosa recepção, que bem traduzem os altos sentimentos do povo rio-grandense, e, especialmente, desta douta comunidade de Pelotas. Conheço, pela história e pela tradição, o que é o grande coração gaúcho, e, de modo particular, o que representa este pugilo de heróis que, no passado, continuando através do presente, vêm interferindo decisivamente no curso dos acontecimentos, criando ou modificando os destinos do Brasil. Aos mestres eminentes desta Casa deixo os meus cumprimentos cordiais e expresso o tributo de minha irrestrita admiração.”

submetido à aprovação do Presidente da República o projeto, que veio a converter-se em Código de Processo Civil, baixado como decreto lei n.º 1.608. Neste último período intensa foi a atividade do ilustre autor do projeto, estudando, discutindo e criticando as sugestões enviadas por juristas, entidades de classe, Tribunais e Faculdades de Direito. No curto espaço de seis meses, apreciadas as emendas e brunido o texto, a obra estava totalmente concluída.

2 — Mas um Código, para conquistar foros de monumento legislativo de vida duradoura, deve ser escrito em linguagem escorreita, consagrar princípios unitários e compor o conjunto, distribuindo simetricamente toda a matéria. Na redação das leis não basta, portanto, o emprêgo dos vocábulos com propriedade e elegância. É necessário que se guarde a unidade do plano e a coerência do sistema. Quando se elaborou o Código de Processo Civil, não teve a nação brasileira um contacto vivo com o legislador, através de discussões largas e públicas de todos os problemas que estavam sendo suscitados. Um dia, surge o Código, publicado pela imprensa oficial para entrar em vigor pouco depois...

3 — No Código de Processo Civil podem distinguir-se quatro partes fundamentais: a) a primeira se ocupa do chamado *processo de declaração* (do art. 1.º ao art. 297); b) a segunda, a maior de todas, compreende numerosos *processos especiais* (do art. 298 ao art. 807); c) a terceira é dedicada aos *recursos* (do art. 808 ao art. 881); d) a quarta e última abrange o *processo de execução* (art. 882 ao art. 1.050). Tal é, num rápido bosquejo, a distribuição das matérias. A primeira parte, elaborou-a o legislador segundo os princípios mais modernos da ciência do processo, consagrando o sistema da oralidade, da concentração e da identidade da pessoa física do juiz. Serviram-lhe de modelo os Códigos da Áustria, da Alemanha e de Portugal; nesses diplomas, bem como nos trabalhos preparatórios de revisão legislativa feitos na Itália, foi o legislador brasileiro

buscar a soma de experiências e encontrar os altos horizontes, que a ciência pudera dilatar, a fim de construir tôda uma sistemática nova, de fecundos resultados práticos.

4 — Mas o legislador brasileiro, que se empenha em elaborar com rigor científico a primeira parte, não é feliz nas demais. Mantém injustificavelmente uma série exaustiva de *ações especiais* (do art. 298 ao art. 807), minuciosamente reguladas, e engloba, nesses quinhentos artigos, que compreendem quase a metade do Código, processos de jurisdição contenciosa e voluntária, dispostos sem ordem, sem unidade e sem sistemática. Vergando ao péso da tradição, conserva as linhas fundamentais do quadro de recursos, que herdamos de Portugal, com as distinções sutís, que os tornam um instrumento de difícil manêjo. O processo de execução, que reproduz quase em tudo o Regulamento n.º 737, não contém senão algumas pequenas e tímidas inovações. Sente-se, ao tomar contacto com o Código, que há nêle duas almas: na primeira parte, uma alma viva e atualizada com o progresso contemporâneo da ciência; nas demais, uma alma envelhecida. Cada qual fala a sua própria linguagem. É por isso que se não casam harmônicamente.

5 — Dentre tôdas as partes do Código, aquela que apresenta maiores defeitos é, sem dúvida nenhuma, a do sistema geral de recursos. Múltiplo, complexo e erichado de dificuldades, constitui uma fonte permanente de tropêços para os que lidam no fôro e uma arma poderosa de procrastinação dos feitos. Antes, porém, de se proceder à análise e crítica do direito positivo nacional, é de todo interêsse verificar como, nos nossos tempos, outros povos resolveram o problema da impugnação das sentenças não transitadas em julgado, lembrando-se especialmente os Códigos em que se inspirou a reforma processual brasileira. Um estudo de direito comparado nos dará uma idéia do sistema adotado pelos países civilizados e permitirá o cotêjo com o quadro de recursos mantido no Código de Processo Civil nacional.

### Direito comparado.

6 — Segundo a lição dos autores (1), o Código de Processo Civil alemão regula unicamente três recursos: a apelação (*die Berufung*), a cassação (*die Revision*) e o agravo (2) ou queixa (*die Beschwerde*) (3). É admissível a apelação de sentenças definitivas proferidas em primeira instância (§ 511); a cassação, de sentenças definitivas proferidas em grau de apelação pelos Tribunais (§545, I); e o agravo, das demais decisões de menor importância, especialmente despachos (§567). Assim, pois, atendendo à natureza do provimento jurisdicional, pode dizer-se que a apelação e a cassação são recursos destinados a impugnar *sentenças definitivas (Endurteile)*, inclusive as de reserva (*Vorbehaltsurteile*: §§ 302. III e 599, III) e ainda certas sentenças incidentes (*Zwischenurteile*: §§ 275, II e 304, II), consideradas definitivas para efeito de recursos. O agravo é admissível, além dos casos expressos (4) no Código (§§

---

(1) SCHÖNKE, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, 7.<sup>a</sup> ed. p. 339; ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 5.<sup>a</sup> ed. p. 606; de BOOR, *Zivilprozessrecht*, p. 119; WACH, *Vorträge über die Reichs — Civilprozessordnung*, Bonn, 1896, p. 244; NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, Tübingen, 1952, p. 464.

(2) JOÃO MENDES JÚNIOR (*Direito Judiciário Brasileiro*, 2.<sup>a</sup> ed. p. 484, nota) traduz a palavra *Beschwerde* por agravo.

(3) Além dos recursos propriamente ditos, conhece o direito alemão outros meios de impugnar decisões, que recebem o nome de remédios (*Rechtsbehelfe*), a saber: reposição da causa no estado anterior (§ 233); oposição contra sentença contumacial (§ 338); e a oposição contra o despacho de penhora (§ 924). A rescisória dos julgados (*Wiederaufnahme des Verfahrens*: § 578) é uma ação, não um recurso.

(4) ZPO § 46 (suspeição do juiz); § 102 (condenação em custas de funcionários, advogados, oficiais do juízo); § 104 (reposição na conta de custas); § 109 (devolução de fiança); § 127 (denegação ou revogação do benefício da justiça gratuita); § 252 (que concede ou denega a suspensão do processo); § 319 (correção de erros materiais



46,102,104, 109, 127, 252, 319, 336, 380, 390, 699, 793, 934 e 1.045), de todos os despachos que não exigem debate oral e em virtude dos quais se repele uma reclamação referente ao processo. A apelação e o agravo provocam um novo exame sôbre a matéria de fato e de direito, ao passo que a cassação se limita à questão de direito da sentença recorrida. Por via de regra, o recurso de cassação visa a anular a sentença e só excepcionalmente autoriza a entrar no exame do mérito (5). A apelação e o agravo objetivam, ao contrário, um novo julgamento, que substitui o primeiro; só excepcionalmente se devolverá a causa à primeira instância (6). Ficam, porém, submetidas ao Tribunal de Apelação as decisões que antecedem as sentenças definitivas, salvo as que são inapeláveis ou que possam ser impugnadas pelo agravo (*unanfechtbar oder mit der Beschwerde anfechtbar sind*) (7).

---

da sentença); § 336 (denegação de sentença contumacial); § 380 (condenação de testemunha que não comparece em juízo); § 390 (condenação de testemunha que deixa de jurar, prestar declaração ou é desobediente); § 699 (denegação do mandado de execução); § 793 (decisão em matéria de execução forçada); § 934 (levantamento da penhora); § 1.045 (nomeação de árbitros).

(5) ZPO. § 565, I.

(6) ZPO. § 538: O Tribunal de Apelação devolverá a causa à primeira instância, desde que seja necessário novo tratamento: 1.º se pela sentença impugnada foi repelida por inadmissível a oposição do revel *Einspruch*: ZPO. § 342); 2.º se pela sentença impugnada sômente foi decidida uma exceção processual (*nur über prozesshindernde Einreden*); 3.º no caso de uma ação discutida em seu fundamento e em seu valor, se a sentença houver resolvido antecipadamente sôbre o primeiro ou rejeitar a ação, salvo se a questão sôbre a importância da demanda estiver suficientemente madura para sentença; 4.º se a sentença impugnada houver feito reserva de direito no processo documental e cambiário; 5.º se a sentença impugnada fôr contumacial (*Versümmnisurteil*).

(7) ZPO. § 512; cf. ROSENBERG, *Lehrbuch*, p. 618; STEIN-JONAS-SCHÖNKE, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 17.<sup>a</sup> ed. obs. I ao § 512.

7 — No direito austríaco, o código denomina *Rechtsmittel* os seguintes meios de impugnar as decisões não transitadas em julgado: apelação, (*die Berufung*), a cassação (*die Revision*) e o recurso (*Rekurs*) (8). A apelação e a cassação visam à revogação ou à reforma unicamente de sentenças (*Urteile*), ao passo que o recurso (*Rekurs*) tem por objeto despachos (*Beschlüsse*) proferidos no curso da audiência e decretos judiciais (*Bescheide*) (9). O Tribunal conhece a decisão de primeira instância nos limites do pedido formulado pelo apelante, e, ao mesmo tempo, também os despachos proferidos no processo antes da sentença, desde que a sua impugnação não tenha sido excluída pela lei, ou eles não se tornaram imutáveis em consequência da falta de reclamação tempestiva ou por força de decisão proferida sobre o recurso interposto (10). No sistema austríaco, a apelação só é admitida, pois, contra decisões que julgam uma questão prejudicial, ou a lide no todo ou em parte; dos despachos, proferidos no curso do processo e destinados a preparar a sentença final, não cabe, por via de regra, recurso distinto, sendo impugnados juntamente com a apelação de sentença definitiva. É o que se chama a apelação *concentrada*. O poder de o Tribunal apreciar tais despachos não depende da interposição de recurso especial, decorre do efeito devolutivo da apelação, segundo o qual pode a Superior Instância conhecer de ofício de tôdas as decisões que influíram na prolação da sentença apelada, salvo as restrições previstas no § 462. Nas causas de pequeno valor (*Bagatellsachen*), a sentença de primeira

---

(8) cf. WOLFF, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, Wien, 1947, 2.<sup>a</sup> ed. p. 345; NEUMANN, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, 2.<sup>a</sup> ed. II, p. 1207; SCHRUTKA, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 2.<sup>a</sup> ed. p. 265; KLEIN-ENGEL, *Der Prozess Oesterreichs*, 1927, p. 403.

(9) Cf. ZPO, §§ 461, 502 e 514.

(10) ZPO, § 462; SCHRUTKA, *op. cit.* p. 267.

instância só pode ser impugnada por apelação, que se funde em nulidade enumerada no § 477 do ZPO (11). Dos despachos e decretos judiciais, se a lei não exclui a impugnação, cabe o recurso (*Rekurs*) (12). Nos casos em que, segundo as regras do Código, não é admissível contra despachos e decisões um recurso separado, podem as partes reclamar o gravame sofrido, por ocasião em que recorrem da decisão impugnável (13).

O recurso de cassação é admissível de sentença proferida pelo Tribunal de Apelação (14). Nas causas de pequeno valor, das decisões proferidas pelo Tribunal de Apelação não cabe nenhum recurso (15).

8 — Sob a denominação genérica de “impugnação das sentenças”, reúne o Código de Processo Civil italiano os seguintes recursos: a apelação, a cassação, a revogação e a oposição de terceiros (16). Além desses recursos, conhe-

---

(11) ZPO. § 501; WOLFF, *op. cit.* p. 361; KLEIN-ENGEL, *op. cit.* p. 403.

(12) ZPO. § 514; WOLFF, *op. cit.* p. 366; KLEIN-ENGEL, *op. cit.* p. 451.

(13) ZPO. § 515; NEUMANN, *op. cit.* II, p. 1328.

(14) ZPO. § 502. Cabe o recurso de cassação: I — quando a sentença do Tribunal de Apelação é nula por um dos vícios indicados no § 477; II — quando o procedimento da apelação está contaminado por um defeito que, sem produzir a nulidade, era tal que impedia, um tratamento completo e um julgamento de mérito da causa; III — quando, na base da sentença do Tribunal de Apelação, em um ponto essencial, foi estabelecido um pressuposto de fato que está em contradição com atos processuais de primeira a segunda instância; IV — quando a sentença do Tribunal de Apelação se apóia sobre um julgamento da causa errado segundo o direito.

(15) ZPO. § 502.

(16) Codice di Procedura Civile, art. 323. Veja-se para o direito italiano, LIEBMAN, *Corso di Diritto Processuale Civile*, Milano, 1952, p. 203 e segs.; REDENTI, *Diritto Processuale Civile*, Milano, 1953, vol. II, p. 407 e segs.; Ugo Rocco, *Corso di teoria e pratica del processo civile*, vol. II, p. 171 e segs.; CARNELUTTI, *Istituzioni del*

ce o direito italiano o chamado “*regolamento di competenza*” cujo objetivo é o de provocar diretamente da Côte de Cassação uma decisão separada sôbre a questão de competência surgida na causa, com eficácia definitiva e vinculativa para todos os juizes (17). A apelação é o recurso ordinário e normal, admissível de tôdas as sentenças proferidas em primeira instância, desde que não esteja excluída pela lei ou por acôrdo das partes (18). São, porém, inapeláveis as sentenças proferidas segundo a equidade e as do conciliador, nas causas de valor inferior a duas mil liras (19). Antes das modificações introduzidas pela lei n.º 581 de 14 de julho de 1950, as decisões parciais e interlocutórias (20) eram impugnáveis sòmente em conjunto com a apelação da sentença definitiva, mas o exercício dêsse direito estava condicionado à manifestação de reserva, que no texto originário do Código prescrevia: “la parte che intende conservare il diritto di appellare contro una sentenza parziale deve farne espressa riserva, a pena di decadenza, nella prima udienza successiva alla comunicazione della sentenza, salvo il disposto dell’articolo 284.” (21). Essa disposição suscitou vivas críticas e animadas

---

*nuovo processo civile*, 4.<sup>a</sup> ed. vol. II, p. 127 e seg.; ZANZUCCHI, *Diritto Processuale civile*, 4.<sup>a</sup> ed. vol. II, p. 149 e segs.; SERGIO COSTA, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, p. 366 e segs.; JAEGER, *Diritto Processuale Civile*, Torino, 1944, p. 486 e segs.; ANDRIOLI, *Commento al Codice di Procedura Civile*, II, p. 273 e segs.; PAOLO d’ONOFRIO, *Commento al Codice di Procedura Civile*, 2.<sup>a</sup> ed. v. I, p. 411 e segs.

(17) Cfr. LIEBMAN, *Manuale di diritto Processuale Civile*, Milano, 1955, I, p. 125.

(18) Cod. Proc. Civ. art. 339.

(19) Cod. Proc. Civ. art. 339, II.

(20) LIEBMAN, *Corso cit.* p. 213: “Per le sentenze non definitive (parziali e interlocutorie) l’appello, anziche proporsi immediatamente, può essere differito, purché la parte interessata ne faccia riserva, a pena di decadenza. ”

(21) Cod. Proc. Civ. art. 340.

controvérsias (22), dando lugar à reforma legislativa, que consagrou princípio diverso. O texto vigente do art. 340 está assim redigido: “*Riverva facoltativa di appello contro sentenze non definitive*. Contro le sentenze previste dall’art. 278 e dal n. 4 del secondo comma dell’art. 279, l’appello può essere differito, qualora la parte soccombente ne faccia riserva, a pena di decadenza, entro il termine per appellare e, in ogni caso, non oltre la prima udienza al giudice istruttore successiva alla comunicazione della sentenza stessa.

Quando sia stata fatta la reserva di cui al precedente comma, l’appello deve essere proposto unitamente a quello contro la sentenza che definisce il giudizio o con quello che venga proposto, dalla stessa o da outra parte, contro outra sentenza successiva che non definisce il julgamento.

La reserva non può più farsi, e se già fatta rimane priva di effetto, quando contro a mesma sentenza da alcuna delle outras partes sia proposto immediatamente appello.”

Por aí se vê que a apelação das decisões não definitivas, ou tem lugar em conjunto com apelação da sentença definitiva, mediante prévia reserva, ou pode ser interposta imediatamente, o que opera uma cisão na unidade do processo, permitindo que êle seja apreciado contemporaneamente em duas instâncias (23). Fracciona-se o processo em procedimentos que caminham simultaneamente (24).

As sentenças proferidas em grau de apelação, ou em instância única, excluidas as do conciliador, podem ser impugnadas mediante recurso de cassação: 1 — por motivos atinentes à jurisdição; 2 — por violação das normas sôbre competência, quando não está previsto o *regulamento de competência*; 3 — por violação ou falsa aplicação das normas de direito; 4 — por nulidade da sentença ou do pro-

---

(22) PAOLO d’ONOFRIO, *Commento*, cit. I, p. 437;

(23) CHIOVENDA, *Instituições*, III, n.º 390.

(24) LIEBMAN, *Corso*, p. 213.

cesso; 5 — e por omissão, insuficiência ou fundamentação contraditória sobre um ponto decisivo da controvérsia, suscitado pelas partes ou considerado de ofício (25). O recurso de cassação, como observou LIEBMAN (26), “não dá lugar a uma terceira instância e a côrte de cassação não é chamada a decidir novamente a controvérsia, que normalmente já deve ter tido um duplo exame por parte do juiz de mérito. O recurso serve para denunciar ao órgão supremo da autoridade judiciária as sentenças que apresentam determinados vícios, taxativamente indicados pela lei.” A função da Côrte de cassação é de assegurar a exata observância e uniforme interpretação da lei, a unidade do direito objetivo nacional, o respeito aos limites das diversas jurisdições, regulando os conflitos (27).

Para interpôr o recurso de cassação, o vencido precisa efetuar o depósito de uma importância a título de multa, se não houver provimento (28).

9 — O Código de Processo Civil português, um dos mais recentes publicados na Europa (29), classificou os recursos em dois grupos: a) ordinários; b) extraordinários. Os recursos ordinários são a apelação, a revista, o agravo, a queixa e o recurso para o tribunal pleno. Os recursos

---

(25) Cod. Proc. Civ. It. art. 360. Pode também ser impugnada, mediante recurso de cassação, uma sentença apelável, se as partes estão de acôrdo em omitir a apelação; mas em tal caso o recurso só pode ter por fundamento violação ou falsa aplicação de normas de direito.

(26) LIEBMAN, *Corso*, p. 220.

(27) R.D. 30 de Janeiro de 1941, art. 65, n.º 12; ainda cf. SERGIO COSTA, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 1955, p. 405.

(28) Cod. Proc. Civ. It. art. 364.

(29) O Código de Processo Civil de Portugal foi promulgado pelo Decreto-lei n.º 29.637 de 28 de maio de 1939. Sobre o histórico de sua elaboração, ver: BARBOSA DE MAGALHÃES, *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, p. 179.

extraordinários são a opposição de terceiro e a revisão (30). O recurso pode ser independente ou subordinado. Se ambas as partes ficarem vencidas, cada uma delas terá de recorrer se quizer obter a reforma da decisão na parte que lhe fôr desfavorável. Mas pode interpor um recurso independente ou um recurso subordinado. O recurso independente há de ser interposto dentro do prazo e nos termos normais. O recurso subordinado pode ser interposto dentro de cinco dias a contar da notificação do despacho que admite o recurso da parte contrária. Se o primeiro recorrente desistir do recurso ou êste ficar sem efeito ou o Tribunal não tomar conhecimento dêle, caduca o recurso subordinado, sendo tôdas as custas da responsabilidade do recorrente principal (31).

10 — Da decisão que admite o recurso não pode a parte contrária recorrer. Mas contra a que o não admite pode o recorrente usar da *queixa* ao presidente do tribunal superior, que seria competente para conhecer do recurso (32). Cabe apelação: a) da sentença final e do despacho saneador, quando conhecer do mérito da causa; b) da sentença final proferida no incidente de falsidade e no de habilitação e da que julgar os embargos opostos ao arresto, ao arrolamento e ao embargo de obra nova, quando conhecer do objeto do incidente ou da opposição (33). O recurso de revista é admissível: a) da sentença do tribunal de comarca proferida sôbre recurso de apelação quando conhecer do objeto do recurso e se verificarem os casos da segunda parte do art. 678 (34); b) — do acórdão

---

(30) Cod. Proc. Civ. Port. art. 677.

(31) Cod. Proc. Civ. port. art. 682.

(32) Cod. Proc. Civ. Port. art. 689.

(33) Cod. Proc. Civ. port. art. 691.

(34) Cod. Proc. Civ. port. art. 678: “Só admitem recurso ordinário as decisões proferidas em causa de valor superior à alçada do tribunal de que se recorre. Mas se o recurso tiver por fundamento a incompetência absoluta do tribunal ou a ofensa do caso julgado, é sempre admissível seja qual for o valor da causa.”

da Relação proferido sôbre recurso de apelação, quando conhecer do objeto do recurso (35). O fundamento da revista é a violação da lei substantiva por êrro de interpretação ou de aplicação. Por lei substantiva devem entender-se: as regras de direito, de caráter substantivo, emanadas dos órgãos da soberania, nacionais ou estrangeiros; os usos e costumes quando tenham fôrça de lei; as convenções e os tratados internacionais (36). Podem ser alegadas *accessoriamente* as nulidades previstas nos artigos 668 e 717, depois de ter sido proferida sentença ou acórdão sôbre a arguição (37).

11 — Denomina-se agravo outra modalidade de recurso, admissível de decisões, susceptíveis de recurso, mas de que não se pode apelar (38). Sobe *imediatamente* o agravo interposto: 1.º do despacho que indeferiu *in limine* a petição inicial; 2.º do despacho saneador que puser termo ao processo; 3.º da decisão proferida sôbre as reclamações deduzidas contra o questionário. Os agravos interpostos de despachos proferidos depois da decisão das reclamações contra o questionário só subirão com o recurso interposto da sentença final; 4.º do despacho pelo qual o juiz se declare impedido ou indefira o impedimento oposto por alguma das partes; 5.º da decisão proferida sôbre conflito

---

(35) Cod. Proc. Civ. port. art. 721.

(36) Cod. Proc. Civ. port. art. 722 e § 1.º

(37) Cod. Proc. Civ. port. art. 668: “E nula a sentença: 1.º quando omitir os nomes das partes e a assinatura do juiz; 2.º quando não especificar os fundamentos de fato e de direito que justificam a decisão; 3.º quando os fundamentos estiverem em opposição com a decisão; 4.º quando o juiz deixar de pronunciar-se sôbre questões que devesse apreciar ou conhecer de questões de que não podia tomar conhecimento; 5.º quando condenar em quantidade superior ou em objeto diverso do pedido.” Na forma do disposto no art. 717, é nulo o acórdão quando se verificar algum dos casos previstos no art. 668, acima transcrito.

(38) Cod. Proc. Civ. port. art. 733.



de jurisdição ou competência; 6.º do despacho que anule todo o processo ou julgue incompetente o tribunal (39). O agravo ou sobe nos próprios autos, ou em separado. A regra adotada pelo Código português é que sobe nos próprios autos quando o processo termina, ou em separado quando o processo continua (40).

Cabe recurso de agravo para o Supremo Tribunal: 1.º da decisão do Tribunal de comarca, no caso previsto na última parte do art. 796; 2.º do acórdão da Relação que admita recurso, salvo nos casos em que couber recurso de revista ou de apelação (41). Êste agravo pode ter por fundamento: 1.º as nulidades indicadas nos arts. 668 e 717; 2.º a incompetência absoluta do tribunal ou a ofensa do caso julgado; 3.º a violação ou a errada aplicação da lei substantiva ou da lei de processo (42). A nulidade de sentença ou acórdão e a de processo só podem ser invocadas como fundamento de recurso depois de terem sido argüidas e em recurso interposto do acórdão proferido sôbre a argüição (43).

12 — Preocupação dominante na doutrina portuguesa tradicional e moderna é a de uniformizar a jurisprudência (44). Realiza essa importante tarefa o Supremo Tribunal

---

(39) Cod. Proc. Civ. port. art. 734 e 735.

(40) JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil, anotado*, Coimbra, 1940, p. 511.

(41) Cod. Proc. Civ. port. art. 754.

(42) Cod. Proc. Civ. port. art. 755.

(43) Cod. Proc. Civ. port. art. 755.

(44) “Chamavão façanha”, escreve Manuel de Almeida e Souza, “ao Juízo ou Assento, que se tomava sobre algum feito notável e duvidoso, que por autoridade de quem o fez e dos que o aprovarão, ficou servindo como de Aresto para se imitar e seguir como lei, quando outra vez acontecesse.” (*Segundas Linhas sobre o Processo Civil*, Lisboa, 1910, vol. I, p. 7). NAZARETH também assinalou que competia à Casa de Suplicação “interpretar autenticamente as leis por meio de assentos. *Ord. lib.* I, tit. 5, § 5 e Lei de 18 de agosto de 1769, §§ 2 e 8” (*Elementos do Processo Civil*, Coimbra, 1860,

de Justiça. Mas o conflito de jurisprudência pode surgir no seio do mais alto órgão judiciário, adotando soluções opostas da mesma questão de direito. Ocorrendo a divergência, o vencido pode recorrer para o tribunal pleno do acórdão proferido em último lugar. Os acórdãos opostos não de ser proferidos em processos diferentes ou em incidentes diferentes do mesmo processo. Neste último caso, se o primeiro acórdão constituir caso julgado para as partes, o recurso não é admissível. Como fundamento do recurso só pode invocar-se acórdão anterior com transitado em julgado (45). Decidindo-se que não existe oposição, o recurso considerar-se-á findo. No caso contrário, cada uma das partes terá dez dias para examinar o processo e apresentar a sua alegação sobre o objeto do recurso; em seguida terá vista, por igual prazo o Ministério Público, que exporá sempre o seu parecer sobre a solução a dar ao conflito de jurisprudência (46). A doutrina assente pelo acórdão que resolver o conflito de jurisprudência será obrigatória para todos os tribunais, enquanto não fôr alterada por outro acórdão (47).

13 — A revisão de qualquer sentença passada em julgado só pode ser requerida por algum dos seguintes fundamentos: 1.º quando se mostrar, por sentença condenatória passada em julgado em processo criminal, que foi proferida por peita, suborno, corrupção ou prevaricação a sentença que se pretende fazer rever: 2.º quando se alegar a falsidade dalgum documento ou ato judicial, em que a sentença se fundasse, não se tendo discutido essa matéria no pro-

---

vol. I, p. 82). Cf. ainda: JOSÉ ANASTÁCIO FIGUEIREDO, sobre qual seja o verdadeiro sentido da palavra *Façanhas* (Memórias de Literatura, vol. I, p. 61 e segs); JOÃO MENDES JÚNIOR, *As formas da Praxe Forense*, in *Rev. da Faculdade de Direito*, vol. XII, p. 9 e segs.

(45) Cod. Proc. Civ. port. art. 763.

(46) Cod. Proc. Civ. port. art. 767.

(47) Cod. Proc. Civ. port. art. 768.

cesso em que foi proferida a mesma sentença; ou quando se apresentar sentença passada em julgado que tenha verificado a falsidade de depoimentos ou declarações de peritos que possam ter determinado a decisão a rever; 3.º quando se apresentar documento novo de que a parte não dispuzesse nem tivesse conhecimento que, por si só, seja suficiente para destruir a prova em que a sentença se fundou; 4.º quando se tiver revogado, ou houver fundamento para revogar, a confissão, desistência transação em que se fundasse a sentença; 5.º quando fôr nula, por irregularidade de mandato ou insuficiência de poderes do mandatário, a confissão, desistência ou transação, a que se referem os artigos 298 e seguintes, salvo se a sentença de homologação tiver sido notificada pessoalmente ao mandante; 6.º quando, tendo corrido à revelia a ação e a execução, se mostrou que faltou ou foi nulamente feita a citação do réu; 7.º quando a sentença fôr contrária a outra que constitua caso julgado para as partes, formado anteriormente, se o vencido mostrar que não teve conhecimento dêle enquanto o processo esteve pendente (48).

O direito português adotou também a *oposição de terceiro*. Quando as partes se tenham servido do processo para praticar um ato simulado e o tribunal não tenha feito uso do poder (49) que lhe confere o art. 665 por se não ter apercebido da fraude, pode a sentença ser impugnada mediante o recurso da opposição de terceiro se tiver sido proferida em prejuizo do recorrente. O recurso não pode ser interposto enquanto a sentença não tiver transitado em julgado e o processo não baixar à primeira instância (50).

---

(48) Cod. Proc. Civ. port. art. 771.

(49) Cod. Proc. Civ. port. art. 665: “Quando a conduta das partes e quaisquer circunstâncias da cousa produzirem a convicção segura de que o autor e o réu se serviram do processo para praticar um ato simulado ou para conseguir um fim proibido por lei, a decisão deve obstar a êsse objetivo anormal.”

(50) Cod. Proc. Civ. port. art. 778.

O prazo para a interposição é de trinta dias contados da data em que o processo baixou ou da data em que o recorrente teve conhecimento da sentença (51). Tal é o sistema de impugnação das sentenças no direito português.

### Direito Positivo Nacional.

14 — Tudo isso viu o legislador brasileiro nos Códigos de Processo, que lhe serviram de modelo. E que construiu? Ao invés de elaborar um sistema simples, coerente, lógico e em harmonia com os princípios da oralidade, concentração e identidade da pessoa física do juiz, — manteve, com ligeiros retoques, o quadro geral de recursos, que herdamos de Portugal. O Código vigente admite os seguintes recursos: I — apelação; II — embargos de nulidade ou infringentes do julgado; III — agravos (de petição, de instrumento e no auto do processo); IV — revista; V — embargos de declaração; VI — e recurso extraordinário (52). Das sentenças de primeira instância, proferidas em ações de valor igual ou inferior a dois mil cruzeiros, só cabem embargos de nulidade ou infringentes do julgado e embargos de declaração (53). Estes são os recursos admissíveis nos chamados *processos de alçada*. Relativamente às ações de valor superior a dois mil cruzeiros, o Código admite *quatro recursos*, destinados a impugnar as decisões de primeira instância e devolver à instância superior o seu julgamento: *a apelação e três agravos*. Das sentenças definitivas de primeira instância, isto é, das decisões que julgam o mérito da causa, cabe, de ordinário, apelação (54). Das decisões que põem termo ao processo principal sem

---

(51) Cod. Proc. Civ. port. art. 779.

(52) Cod de Proc. Civ. nacional, art. 808.

(53) Cod. de Proc. Civ. art. 839.

(54) Cod. de Proc. Civ. art. 820.

resolver o mérito, o recurso é de agravo de petição (55). Cabe agravo no auto do processo das decisões: I — que julgarem improcedentes as exceções de litispendência e coisa julgada; II — que não admitirem a prova requerida, ou cercearem de qualquer forma, a defesa do interessado; III — que concederem, na pendência da lide, medidas preventivas; IV — que considerarem saneado o processo (56). O agravo de instrumento é admissível de decisões taxativamente enumeradas no Código de Processo Civil (57). O legislador se fundou em um critério puramente *casuístico*, ao indicar as *dezessete decisões* sujeitas ao agravo de instrumento. O Código de Processo classificou, pois, *quatro* recursos contra decisões de primeira instância e definiu os requisitos de sua admissibilidade, atendendo à natureza do provimento jurisdicional. Dois dêles — a apelação e o agravo de petição — foram enunciados em fórmula genérica e pressupõem decisões  *finais*, cabendo um ou outro conforme se decidiu ou não o mérito (58). Os agravos de instrumento e no auto do processo não suspendem o curso do processo, salvo as exceções previstas no art. 843; forma-se o primeiro, em autos distintos, por traslado de peças; o segundo é inserto no mesmo processo, mas só conhecido pelo tribunal por ocasião do julgamento da apelação interposta da sentença definitiva.

15 — Mas não é só. Na instância superior da justiça local podem ainda ser interpostos dois recursos: o de *embargos de nulidade e infringentes do julgado*, quando não unânime o acórdão que, em grau de apelação, houver reformado a sentença (59); e o de *revista*, nos casos em que

---

(55) Cod. de Proc. Civ. art. 846.

(56) Cod. Proc. Civ. art. 851.

(57) Cod. Proc. Civ. art. 842.

(58) LIEBMAN, *in Instituições de Direito Processual Civil de Chiovenda*, vol. III, p. 295.

(59) Cod. Proc. Civ. art. 833: “Além dos casos em que os permitem os arts. 783 § 2, e 839, admitir-se-ão embargos de nulidade e infringentes do julgado, quando não fôr unânime a decisão

divergirem, em suas decisões finais, duas ou mais câmaras, turmas, ou grupo de câmaras entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese (60). Função análoga à revista tem o instituto do prejudgado; o Código de Processo Civil preceitua, no art. 861, que “a requerimento de qualquer dos seus juizes, a câmara ou turma julgadora poderá promover o pronunciamento prévio das câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre câmaras ou turmas”. Ambos visam, portanto, a um fim comum: a *uniformização da jurisprudência* (61). Mas distinguem-se entre si, do ponto de vista subjetivo, porque a revista só pode ser requerida pela parte vencida, ao passo que o prejudgado é suscitado por qualquer dos juizes da câmara ou turma julgadora; do ponto de vista *objetivo*, a revista pressupõe divergência *atual*, ao passo que o prejudgado pode surgir mercê de eventual divergência futura.

16 — Mas não é tudo. A constituição permite o acesso ao Supremo Tribunal Federal, que é o órgão mais alto do Poder Judiciário, mediante dois recursos: um “*ordinário*” e outro “*extraordinário*”. Ao Supremo compete julgar, em recurso ordinário: a) — os mandados de segurança, decididos em última instância pelos tribunais locais ou federais, *quando denegatória a decisão*; b) — as causas decididas por juizes locais, fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro, assim como as em que forem par-

---

proferida em grau de apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança. Se o desacôrdo fôr parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência” A nosso ver, êsse dispositivo legal, no que respeita ao mandado de segurança, foi parcialmente revogado pela lei n.º 1533 de 31-XII-51, art. 20. Assim os acórdãos proferidos em recurso de mandado de segurança, na justiça local, não são mais embargáveis.

(60) Cod. Proc. Civ. art. 853 (redação da lei n.º 1661, art. 1).

(61) cf. MÁRIO GUIMARÃES, *Recurso de Revista*, p. 19 e 107.

tes um Estado estrangeiro e pessoa domiciliada no país (62); e, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juizes: a) — quando a decisão fôr contrária a dispositivo da Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) — quando se questionar sôbre a validade de lei federal em face da Constituição e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) — quando se contestar a validade de lei ou ato de govêrno local em face de Constituição ou de lei federal e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; d) — e quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada fôr diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal (63).

O Supremo Tribunal Federal está dividido em duas turmas. Compete à turma julgar recurso *extraordinário* (64) e ao Tribunal Pleno, recurso ordinário (65). Admitem-se *ainda* embargos de nulidade ou infringentes às decisões terminativas do feito proferidas: I — pelo Tribunal Pleno: a) nas ações cíveis originárias; b) nas recisórias dos seus julgados ou das Turmas; c) e nas homologações das sentenças estrangeiras; II — pelas Turmas: a) nas apelações, quando houver sido reformada por simples maioria, a sentença de primeira instância (Cód. Proc. Civ. art. 833); b) nos recursos extraordinários, quando o acórdão, *tomando conhecimento do recurso*, houver decidido a questão federal que o motivou; c) nos executivos fiscais — nos casos

---

(62) Constituição Federal, art. 101, II.

(63) Constituição Federal, art. 101, III.

(64) Cf. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 1.º § 2.º; art. 24, I.

(65) Cf. Regimento Interno cit. art. 23, II e III. Todavia, compete à turma julgar os recursos ordinários das decisões dos juizes locais nas causas em que a União ou Autarquia, que desempenhe serviço federal, fôr interessada, como autora, ré, assistente ou oponente (Reg. Int. 22, II, “c”).

previstos no art. 73 do decreto-lei n.º 960 de 17 de dezembro de 1938 (66).

E, por último, cindido o Supremo Tribunal em turmas, poderia surgir dissídio jurisprudencial entre elas, pondo em risco a unidade do direito nacional; a fim de obviar a êsse manifesto inconveniente, a lei n.º 623 mandou acrescentar ao art. 833 o seguinte § único: “além de outros casos admitidos em lei, são embargáveis, no Supremo Tribunal Federal, as decisões das Turmas, quando diverjam entre si ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno.” (art. 1.º). Êsse recurso, denominado *embargos*, representa, no Supremo Tribunal Federal, função análoga à *revista* na esfera da justiça local; tende uniformizar a jurisprudência, gravemente comprometida pela criação de turmas no seio da mais alta Córte.

Tal é, num bosquejo realista, o sistema de recursos no Código de Processo nacional.

### O princípio do duplo grau.

17 — Uma aspiração comum de todos os povos, em todos os tempos, foi a de realizar a justiça, tanto quanto possível perfeita, nas decisões judiciais. Êsse ideal pode ser conseguido no tratamento das causas em uma única instância. Mas a natural contingência da falibilidade humana levou os legisladores a instituírem um sistema de contrôle e reexame da sentença por um tribunal superior, denominado segunda instância, para o qual devem recorrer as partes vencidas e inconformadas com a sentença proferida em primeiro grau (67). Essa renovação do processo ou reiteração da instância dá lugar à criação de um sistema de tribunais distintos, autônomos e hieràrquicamente jus-

---

(66) Cf. Regimento Interno cit. art. 194.

(67) LIEBMAN, *Corso di Diritto Processuale Civile*, Milão, 1952, p. 201.



tapostos e de um sistema de recursos, que opera a devolução da matéria decidida aos órgãos superiores. O recurso é, portanto, o meio instituído pela lei para permitir o acesso à segunda instância das ações julgadas em primeira (68).

Esse ideal de submeter as sentenças a um novo exame por órgãos judiciários hierarquicamente superiores foi realizado de modo diverso nos povos civilizados e nas várias épocas. A primeira consideração gira em torno do número de reexames, uma vez que não é possível estabelecer uma verificação indefinida. Como a justiça tardia pode ser também uma injustiça (69), procurou-se um ponto de equilíbrio entre o desejo de melhorar a decisão *per gradus* e a necessidade de concluir o processo sem delongas. “O sistema da lei”, escreveu Redenti, “constitui a composição (ponto de equilíbrio) de duas exigências ou tendências antitéticas: a de consentir o *controle e o aperfeiçoamento per gradus* das decisões judiciais e a de garantir em um certo momento a certeza *final*.” (70)

Não é pelo número de reexames que se mede o grau de justiça de uma sentença. Já nas fontes romanas se assinala quão frequente é o uso da apelação, porque certamente corrige a injustiça e a imperícia dos julgadores, mas também se reconhece que não raro a instância superior

---

(68) Os recursos são remédios processuais, destinados a submeter uma decisão judicial a um novo exame na instância superior, impedindo assim a formação da coisa julgada. Suspender a formação da coisa julgada (efeito suspensivo) e determinar a competência do Tribunal Superior (efeito devolutivo), — tais são as características do recurso (SCHONKE, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, 7.<sup>a</sup> ed. p. 339; GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, § 64, 1).

(69) BACON, *Tratado de Moral e Política*, p. 53: “Se a injustiça da sentença a torna amarga; as delongas fazem-na azeda.”

(70) REDENTI, *Diritto Processuale Civile*, Milão, ed. GIUFFRÉ, 1953, 2.<sup>a</sup> ed. vol. II, p. 308.

reforma para pior as sentenças bem proferidas, pois não julga melhor quem julga por último:

Dig. 49.1.1: (Ulpiano libro I de Appellationibus) :  
Appellandi usus quam sit frequens, quanque necessarius, nemo est qui nesciat; quippe quum iniquitatem iudicantium, vel impericiam recorrigat, licet nonumquen bene latas sententias in peius reformet; neque enim utique melius pronuntiat, qui novissimus sententiam laturus est.

É certo que os tribunais de segunda instância também erram. Mas não é menos verdade que eles reúnem maior tirocínio e experiência, além de ilustração e cultura, adquiridas ao longo dos anos no exercício da função judiciária (71).

18. — Quando o legislador brasileiro adotou, no Código de 1939, o chamado *processo oral e concentrado*, deparou desde logo com um grave problema: o da *variedade de recursos*. O antigo processo civil brasileiro, inspirado no sistema canônico-romano, era essencialmente escrito. Porém, na esfera dos recursos, se separou do modelo europeu e construiu um sistema original, que representa o sincretismo de dois princípios: o romano e o germânico. Segundo o primeiro, só era apelável a sentença de mérito (*sententia*), em contraposição à *interlocutio*, que, servindo para decidir questões relativas ao expediente da demanda, ou à produção das provas, não era impugnável, ou antes, não era apelável (72). Em tudo diverso era o princípio germânico. “O princípio de direito germânico em virtude do qual tôda resolução de questões no curso do processo era considerado como sentença (*interlocutória*) e sobretudo se resolvia por sentença (probatória) a questão concernen-

---

(71) JOÃO MONTEIRO, *Processo Civil*, § 199.

(72) ALFREDO BUZARD, *Do Agravo de Petição*, n.º 3.

te à prova (*onus de prova e gênero de prova*) e toda sentença definitiva ou interlocutória era sujeita a recurso, prevaleceu no direito medieval italiano sobre o princípio romano, que considerava como sentença apenas a sentença de acolhimento ou de rejeição e não admitia recursos autônomos das interlocutórias” (73). Passou este princípio para o antigo direito português, que conservou a apelação como recurso admissível de sentença definitiva e concedeu agravos de decisões interlocutórias com força de definitiva ou que causassem dano irreparável. Os agravos foram classificados em três espécies: de petição, de instrumento e no auto do processo (74). Mantida essa nomenclatura através dos séculos, não era certamente fácil ao legislador de 1939 romper um sistema de recursos, que carregava o peso e a autoridade de uma longa tradição (75).

19. — O direito brasileiro se ressentia, entre outros, de dois defeitos fundamentais: a) do ponto de vista *terminológico*, o emprêgo de uma expressão única para designar

---

(73) CHIOVENDA, *Instituições*, cit. vol. III, p. 318

(74) ALFREDO BUZUID, *Del agravo en el auto del proceso (Revista del Derecho Procesal*, ano IX, vol. I, p. 136).

(75) Uma das características do processo oral e concentrado é a irrecorribilidade em separado das interlocutórias (cf. CHIOVENDA, *Instituições*, cit. vol. III, p. 81; idem, *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Roma, 1931, vol. II, p. 32). Assim o sistema adotado por algumas legislações: da Alemanha, § 511; da Austria, § 462; da Hungria, § 479; de Basiléia, § 221; de Lucerna, § 443. No mesmo sentido, entre nós, FRANCISCO MORATO, *A Oralidade* (Rev. For. vol. 74, p. 145); LUÍS MACHADO GUIMARÃES, *O processo oral e o processo escrito* (Rev. For. vol. 74, p. 166). Parece-nos que, de todas as figuras de agravo que herdamos de Portugal, aquela cuja índole se adapta ao princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias, é a do agravo no auto do processo. Coube ao eminente processualista MACHADO GUIMARÃES o mérito de haver sugerido a reviviscência desse recurso, por entender que êle se harmonizava com o processo oral e concentrado (ELIÉSER ROSA, *Do Agravo no auto do processo*, in *Rev For.* vol. 124, p. 348).

institutos diferentes; b) do ponto de vista *sistemático*, uma quantidade excessiva de meios de impugnar as decisões.

Ninguém duvida que a primeira condição do progresso jurídico é o rigor da linguagem; as palavras têm significação própria; não podem designar com um nome comum institutos diversos, nem institutos iguais com nomes diferentes. Todavia, o direito positivo nacional, sob o nome *comum* de agravo de petição, reúne cinco recursos, cujas condições de admissibilidade são *substancialmente diferentes*. Ele é admissível: I — da decisão que põe termo ao processo, sem entrar no julgamento do mérito (Cod. Proc. Civ. art. 846); II — da decisão terminativa da instância e da sentença proferida sobre o pedido das partes (Dec. lei n.º 960 de 17 de novembro de 1938, art. 45); III — da decisão de mérito proferida nas ações de acidente do trabalho (Dec. lei n.º 7.036 de 10 de novembro de 1944, art. 64); IV — nos casos expressamente indicados na lei de falências (Dec. lei n.º 7.661 de 21 de junho de 1945, arts. 18, § 3.º; 19; 69, § 4.º; 77, § 4.º; 79, § 2.º; 97; 137, § 4.º e 155, § 3.º); V — da decisão do juiz, que nega ou concede mandado de segurança (Lei n.º 1533 de 31 de dezembro de 1951, art. 12).

Pela simples indicação que acaba de ser feita bem se vê que o legislador brasileiro se serve indiferentemente de uma *única expressão* — agravo de petição — para designar recursos de *decisões substancialmente diferentes*. Admite o agravo de petição ora de decisão terminativa do processo, ora de sentença definitiva de mérito, ora de outros provimentos jurisdicionais de índole diversa. Não há, pois, um *critério uniforme* na sistemática dos recursos.

Essa diversidade de nomes tem sido também uma fonte de êrros, de enganos, de decepções. Qual o recurso admissível da sentença que decreta a prescrição? da que julga o autor carecedor da ação? da que pronuncia a segunda e a terceira absolvição da instância? da que julga o concurso de credores? da que acolhe os embargos de terceiros? da

que mantém o inventariante, tutor, curador, testamenteiro ou liquidante? da que decide sôbre a prestação de contas? Estas perguntas poderiam succeder-se em conta e sem resposta uniforme. Quinze anos depois de entrar em vigor o Código de Processo Civil, nem a jurisprudência, nem as opiniões dos doutores se tranquilizaram sôbre os recursos admissíveis nesses e noutros numerosos casos práticos. Por outro lado, tais recursos têm prazos diferentes para a interposição, a resposta e o preparo em primeira e segunda instância. Interpõe-se a apelação em quinze dias (76); os agravos, em cinco (77); de dez dias é o prazo para contra-arrazoar a apelação e de quarenta e oito horas para contraminutar o agravo (78). O prazo de preparo da apelação é de dez dias nos dois graus de jurisdição (79); e do agravo é de vinte e quatro horas em primeira instância e de cinco dias em segunda (80).

20. — Todos êstes males teriam sido evitados se o legislador brasileiro houvesse procurado, nos conselhos da experiência e no direito dos povos cultos, uma solução verdadeiramente científica para o sistema de recursos. Antes de mais nada, deveria ter fixado um *critério*, qualquer que êle fôsse, contanto que fôsse um critério. O legislador poderá reduzir a uma denominação *única* todos os recursos de decisões de primeira instância, chamando-os simplesmente apelação e determinando os casos em que ela é recebida em ambos os efeitos, ou só no efeito devolutivo e também quando o recurso pode ser processado seperadamente, nos próprios autos ou só conhecido por ocasião do julgamento da apelação principal. Outro critério se funda na natureza do provimento jurisdicional. O recurso deve

---

(76) Cod. Proc. Civ. art. 823.

(77) Cod. Proc. Civ. art. 841.

(78) Cod. Proc. Civ. arts. 827 e 847.

(79) Cod. Proc. Civ. art. 832.

(80) Cod. Proc. Civ. art. 849.

corresponder à indole da decisão. A apelação seria admissível das sentenças definitivas de mérito; os agravos, nos demais casos taxativamente indicados no Código, ou nas leis. Os prazos para interpôr e contra-arrazoar o recurso deveriam ser uniformizados para evitar tratamento desigual entre os litigantes. Em suma, o legislador brasileiro não adotou nenhum critério. Divorciado de qualquer preocupação científica ou sistemática, preferiu as soluções puramente empíricas.

21 — Outro defeito do Código é, a nosso ver, a quantidade excessiva de recursos. Queremos aludir especialmente a dois meios de impugnação de sentenças, nos tribunais de segundo grau, sem correspondente no direito comparado: *os embargos de nulidade e infringentes e a revista*. Admite-se o primeiro quando não fôr unânime a decisão proferida em grau de apelação. Se o desacôrdo fôr parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência (81). Admite-se o segundo, nos casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas ou mais câmaras, turmas ou grupos de câmaras, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese (82).

Qual a natureza jurídica dos embargos? Segundo o enunciado legal dêsse recurso, os embargos são de *nulidade e infringentes do julgado*. O Código parece distinguir dois objetos: *nulidade e infringência* (83). Mas os embargos só são admissíveis quando o julgamento, proferido na apelação, é tomado por maioria, votando vencido um dos juizes. A divergência pode ser total ou parcial. Se o desacôrdo fôr parcial, os embargos serão restritos à matéria da divergência, não podendo versar sôbre a outra parte do

---

(81) Cod. Proc. Civ. art. 833.

(82) Cod. Proc. Civ. art. 853 (com a nova redação dada pela lei n.º 1.661 de 19 de agosto de 1952).

(83) Cf. L. A. COSTA CARVALHO *O Espírito do Código de Processo Civil*, Rio, 1941, p. 271; JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA e CRUZ, *Dos recursos no Código de Processo Civil*, Rio, 1954, p. 181.

juulgado em que a decisão foi tomada por unanimidade. Estabelecidos êstes princípios, cabe agora perguntar, que nulidades constituem objeto dos embargos? Quaisquer nulidades verificadas no decurso do processo, ou sòmente as ocorridas no julgamento da apelação? Ou, precisando melhor os têrmos, são os embargos restritos às nulidades acêrca das quais se manifestou a divergência no julgamento colegial?

Por outro lado, em que consiste a infringência? Cândido de Oliveira Filho ensina que “embargos *ofensivos ou infringentes* são aquêles que tendem a *atacar a sentença* em seus fundamentos, *sem ser por matéria de nulidade*, para que ela não subsista. Embargos *modificativos* da sentença são aquêles que, não tendo por fim destruí-la por nulidade, ou por qualquer outra causa, tendem a modificar-lhe os efeitos no todo ou em parte. “A infringência — dí-lo com precisão o desembargador Caetano Pinto de Miranda Montenegro — do verbo *infringere* — não observar, violar, transgredir a lei, preceito, pacto, etc. — os embargos, sob essa denominação, *tendem*, como os de nulidade, à *reforma, ou revogação da sentença embargada, com fundamento na violação, ou inobservância da lei*; os de nulidade, pròpriamente dita, em relação à sentença, em sua feição jurídica, contrariando a lei em sua tese ou preceito abstrato, *si expressim sententia juris rigorem data sit*; os infringentes, em relação à lei em hipótese, isto é, a interpretação judiciária da causa, determinando a situação jurídica dos litigantes” (84).

Pontes de Miranda elabora construção diversa: “Os embargos de nulidade e infringentes do julgado contêm dois recursos, — um, o que pode atacar assim a validade da sentença, como a validade do processo, se ainda não houve preclusão; outro, que afirma a injustiça do julgado.

---

(84) CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, *Teoria e Prática dos Embargos*, p. 13 e seg.

Ali trata-se de inadequada apreciação da validade do processo por parte da sentença inclusive quanto a ela mesma; aqui, de julgamento injusto do assunto, que é o seu objeto (*res in iudicium deducta it iudicata*); *error quod processum e error quod rem* também dito *error in procedendo e error in iudicando*. Ali, estão em causa pressupostos da sentença; aqui, o seu conteúdo.” (85) Esta opinião adota um amplo conceito de infringência, pois abrange não só a ilegalidade, senão também a injustiça do julgado, apreciando a *quaestio iuris e a quaestio facti*. Ora, se o desacôrdo entre a maioria e o voto vencido é total e se a matéria se refere à injustiça do julgado, daí resulta que os embargos abrem uma *nova instância* (86) no segundo grau de jurisdição, à semelhança da apelação, permitindo rediscutir amplamente tôda a causa, nos mesmos têrmos em que foi devolvida ao Tribunal (arg. do Cód. Proc. Civ. art. 824); mas, ao contrário, se o recurso visa a atacar a nulidade ou a ilegalidade (ou ambos os vícios) do julgado, então a matéria aí se restringe só a pontos de direito, dando lugar a uma instância *especial*, não a uma *terceira instância*: qualquer que seja a interpretação, a verdade é que êsse recurso *não parece ser necessário*. Um recurso deve ser criado ou mantido na medida em que êle aperfeiçoe a decisão, sem retardar a administração da justiça. Os embargos pressupõem um julgado, proferido em grau de apelação por juizes, a quem não se pode negar notável saber jurídico, vasta experiência e reputação ilibada. A existência de *um voto vencido* não basta por si só para justificar

---

(85) PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, p. 160. Segundo SEABRA FAGUNDES, *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 378, infringência consiste “na injustiça na aplicação do direito substancial”

(86) JOÃO MENDES JR. *Direito Judiciário brasileiro*, p. 486, observa que “no Estado de S. Paulo, os embargos não são conhecidos e julgados somente pelos mesmos juizes do acórdão embargado, mas por todos os juizes do Tribunal. *Eles tornam-se assim uma terceira instância.* . . .”



a criação de tal recurso; porque, pela mesma razão, se devia admitir um segundo recurso de embargos tôda vez que houvesse mais de um voto vencido; desta forma poderia arrastar-se a verificação por largo tempo, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão.

22. — Não tem melhor fortuna o recurso de revista. Instituído com a finalidade de uniformizar a jurisprudência nos Estados — membros da Federação, foi, logo ao nascedouro, severamente criticado por eminentes juristas nacionais (87). O prof. Oscar da Cunha considera a revista “inútil, demorada, indigesta; é a mais ornamental homenagem que se pode tributar à chicana. Imprestável a mais não poder, atravancou o nosso mais alto tribunal local, roubando aos juizes e aos recorridos (vitimas dêsse absurdo, a que se deu honras de remédio judiciário), tempo, paciência e dinheiro; — multiplicou, sem proveito algum para a justiça os trabalhos forenses, mantendo em situação instável e intranquila centenas de soluções definidas com acêrto pela justiça ordinária.” (88) O prof. Waldemar Ferreira se manifestou com igual veemência, na Câmara dos Deputados, por ocasião da discussão do projeto que se converteu na lei n.º 319, dizendo que “o recurso de revista é uma excrescência, que carece ser abolida para sossêgo das partes e dos juizes” (89). Carvalho Santos proclama também a inutilidade da revista. “Em certo sentido”, escreveu, “entendemos, mesmo, ser ali nocivo e prejudicial tal recurso, que passa a constituir um sério obstáculo a

---

(87) Há, porém, os que o aplaudem, ou pelo menos o justificam (SEABRA FAGUNDES, *Dos Recursos Ordinários em matéria civil*, p. 426; PEDRO BATISTA MARTINS, *Parecer*, in *Rev. Forense*, vol. 90, p. 87).

(88) OSCAR DA CUNHA, *Breves considerações sôbre o Código do Processo Civil Brasileiro*, Rio, 1935, p. 83 e seg.

(89) Cf. MARIO GUIMARÃES, *Recurso de Revista*, p. 5; BILAC PINTO e LUCIO BITTENCOURT, *Recurso de Revista*, p. 10.

que a jurisprudência venha a desempenhar a sua missão mais elevada, que é precisamente adaptar a lei às necessidades sociais.” (90)

É verdade que a revista objetiva eliminar a divergência jurisprudencial na interpretação do direito em tese; e, sob êsse aspecto, pode ser considerada *recurso extraordinário* (91); mas, a nosso ver, a finalidade da revista, não se coaduna com o instituto da jurisdição, que é a função do Estado que tem por escôpo a atuação da vontade *concreta* da lei (92). Não é missão do poder judiciário dizer o direito em *tese*, ou *in abstracto*, mas sim compôr conflitos de interêsses, declarando e tornando efetiva a vontade *concreta* da lei. O juiz não torna *concreta* na sentença a vontade da lei, que é *abstracta*; ao contrário, ela se *concretiza* no momento em que se dá a violação ou a ameaça ao direito subjetivo, ou quando gera um estado de incerteza objetiva. O juiz declara a vontade concreta da lei que preexiste à sentença.

Por outro lado, a revista eleva à categoria de motivo autônomo, ou fundamento do recurso a simples existência do dissídio jurisprudencial (93). Ora, o que há aqui de censurável não é a interpretação divergente senão a vio-

---

(90) CARVALHO SANTOS, *Código de Processo Civil Interpretado*, IX, p. 371.

(91) PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, p. 289.

(92) CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, n.º 137.

(93) Ocorre o mesmo com o recurso extraordinário fundado no artigo 101, III, letra “d” da Constituição Federal; mas LIEBMAN (*Instituições de Chiovenda*, vol. III, p. 404, nota *in-fine*) considerou êsse fundamento do recurso inconveniente e artificioso, “porque a decisão errônea e não a decisão divergente é que se deve fulminar. E uma divergência, mesmo flagrante, pode, com o andar do tempo, vir a justificar-se com a natural evolução das condições sociais.”

Como observou Calamandei, o princípio da unidade do direito deve ser entendido em relação ao espaço, não ao tempo; deve pro-

lação ou falsa aplicação da norma jurídica; aquela **pode** inspirar-se em considerações superiores de adaptação **do** direito às novas exigências sociais e constituir uma **razão** de progresso; esta se reduz a uma falsa interpretação **da** norma ou a sua errônea aplicação ao fato, o que **compromete** gravemente a dignidade do poder judiciário. Se **no** seio do tribunal há divergência quanto à interpretação **do** direito em tese, é claro que as duas exegeses não **devem** subsistir simultaneamente, porque se uma delas é a **verdadeira**, a outra é necessariamente a falsa. Mas para **afastar** o vício da violação ou falsa aplicação da norma, confere o Código de Processo o *recurso extraordinário*, com **fundamento** no art. 101, III, letra “a” da Constituição Federal; a existência dêsse recurso, que visa a preservar a **unidade** do direito, desaconselha a criação de outro, **preordenado** com função autônoma, ou antes *exclusiva*, à eliminação **de** dissídio jurisprudencial (94).

---

curar-se a uniformidade da jurisprudência, isto é, uma **uniformidade** *contemporânea*, que não exclui uma diversidade *sucessiva* (*La cassazione civile*, vol. II, n. 31.)

(94) Esta mesma crítica vale para à instituto do *prejulgado*. O Código de Processo Civil dispõe no art. 861 que “a **requerimento** de qualquer de seus juizes, a Câmara ou turma julgadora **poderá** promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas **sobre** a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que **sobre** ela ocorre ou pode ocorrer, divergência de interpretação entre **câmaras** ou turmas” A característica do *prejulgado* está no **juízo** *prévio* sobre o direito em tese, não sobre direito em hipótese; suscitado pelo juiz, não pela parte interessada. A função do *prejulgado* coincide com a da revista no ponto em que visam a **eliminar** divergência de interpretação de norma jurídica; mas distinguem-se: a) porque a revista é um recurso da parte; o *prejulgado* é **requerido** à câmara ou turma por um de seus juizes; b) a revista **presupõe** uma divergência *atual*; o *prejulgado*, uma divergência *eventual e futura*; c) o *prejulgado* tem caráter *preventivo* e assenta **a** interpretação que se deve adotar no julgamento do direito em **hipótese**; a revista visa, ao contrário, *cassar* a decisão recorrida **que** contravém interpretação diversa de direito em tese.

23. — Resta apreciar, por último as decisões embargáveis no Supremo Tribunal Federal. A lei n.º 623 de 19 de fevereiro de 1949 mandou acrescentar ao art. 833 do Código de Processo Civil um parágrafo com a seguinte redação: “Além de outros casos admitidos em lei, são embargáveis, no Supremo Tribunal Federal, as decisões das Turmas, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno.” Este é o parágrafo *único* do art. 833, que regula os embargos de nulidade e infringentes do julgado. Sob esta denominação, a lei criou um recurso, que visa a eliminar a divergência de decisões entre as turmas e entre estas e o Tribunal Pleno. A função desses *embargos* no Supremo Tribunal Federal corresponde à da *revista* na justiça local. Apenas mudam os nomes. A lei criou esse recurso, porque o Supremo se dividiu em turmas (95); e já agora, cindido, era natural que entre elas surgisse dissídio, agravado pela frequência com que os Ministros são substituídos por juizes, que decidem em maiorias meramente ocasionais. O fracionamento do Supremo em Câmaras ou turmas já era questão antiga e havia opiniões favoráveis e desfavoráveis a essa solução. A Constituição Federal de 1934, art. 73, § 2.º permitiu que a lei ordinária dividisse a Côrte Suprema em Câmaras ou Turmas: “Tam-

---

Tem-se discutido qual a natureza do prejudgado. PONTES DE MIRANDA (*Comentários*, vol. V, p. 321) considera-o “recurso de ofício”. GABRIEL DE REZENDE FILHO (*Curso de Direito Processual Civil*, São Paulo, 1951, p. 161) nega-lhe o caráter de recurso e o define “*medida administrativa*”.

(95) O decreto-lei n.º 6 de 16 de novembro de 1937 dispôs no art. 5 que “todos os feitos da competência do Supremo Tribunal Federal serão julgados por turmas de cinco juizes.” E no § 2.º desse artigo preceituou: “O Supremo Tribunal Federal determinará quais os ministros que deverão compôr cada uma das turmas.” Na Sessão de 24 de novembro seguinte, o Supremo Tribunal, sendo relator da matéria o Ministro Costa Manso, aprovou a resolução, que distribuiu a competência do Tribunal pleno e de cada turma (Cf. CASTRO NUNES, *Teoria e prática do poder judiciário*, Rio, 1943, p. 186.

bém, sob proposta da Côrte Suprema, poderá a lei dividi-la em câmaras ou turmas e distribuir entre estas ou aquelas os julgamentos dos feitos, com recurso ou não para o tribunal pleno, respeitado o que dispõe o art. 179.”

Esse dispositivo da Constituição de 1934 não foi reproduzido na de 1946, o que faz crer que não pode subsistir, sob o sistema constitucional vigente, a divisão do Supremo Tribunal em turmas. Assim pensa o Ministro Eduardo Espínola (96): “a Constituição de 1946 não autoriza expressamente a divisão do Supremo Tribunal Federal em turmas, diversamente do que dispõe em relação ao Tribunal Federal de Recursos (art. 103, § único).” Ensinava incisivamente Pontes de Miranda: “*é de repelir-se a divisão do Supremo Tribunal Federal em câmaras ou turmas, para as matérias de competência do “tribunal”*” A divisão em câmaras, ou turmas, de modo a se distribuírem por aquelas ou essas os julgamentos dos feitos, podia ser com recurso ou sem recurso para o tribunal pleno. A respeito escreviamos e vale a pena ver que fomos ouvidos: “só os que não assistiram a trabalhos do antigo Supremo Tribunal Federal, os da antiga Côrte Suprema e os do Supremo Tribunal de hoje podem aplaudir a divisão em turmas. Reforma do Supremo Tribunal Federal que lhe restitua todo o prestígio de que desfrutava impõe-se a quem o considere, como nós o consideramos, o aparelho mais eficaz — quando compenetrado da missão de defender as liberdades individuais e a Constituição — em República Federativa. Nunca se poderá deixar de exigir o tribunal pleno em se tratando de julgar da inconstitucionalidade de lei ou ato do Presidente da República (art. 96) e isso não quer dizer que a Constituição anuí em que se extingam, em todos os outros casos, as funções do plenário do Supremo Tribunal. Se atendermos a que, além dos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal, os

---

(96) EDUARDO ESPÍNOLA, *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, vol. II, p. 451.

Ministros de Estado, o Procurador Geral da República, os juizes dos Tribunais de Apelação, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos são julgados por êle, nos crimes comuns e de responsabilidade, — logo percebemos o perigo de se entregarem tais processos e julgamentos últimos a câmaras restritas e a turmas ocasionais”. Vindos de ditadura e produtos dela, os juizes do Supremo Tribunal Federal, em “golpe de Estado” judiciário, sobrepuzaram à Constituição de 1946 o seu velho Regimento. As câmaras e turmas apareceram na Constituição de 1934, art. 73, § 2.º, acima citado; a de 1946 de modo nenhum se referiu a elas” (97).

24 — Por outro lado, os trabalhos preparatórios da elaboração constitucional também desautorizam o fracionamento em turmas ou câmaras. O anteprojeto da Constituição (art. 11) estava assim redigido: “o Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de 11 Ministros. § 1.º — Esse número não será reduzido, mas poderá ser elevado por lei até 15, precedendo proposta do Supremo Tribunal Federal. § 2.º — Também, por proposta do Supremo Tribunal Federal, *poderá ser êste dividido em câmaras ou turmas*, ressalvada a competência do Tribunal

---

(97) PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, 1953, 2.<sup>a</sup> ed., vol. III (arts. 98-140) pag. 9. Já se pensava assim antes da Constituição atual. Tal era a lição do Ministro CASTRO NUNES: “Mas o Supremo Tribunal Federal é por sua natureza *único*, não comporta divisão em câmaras, porque a sua competência, tóda de base constitucional, supõe um corpo formado de onze ministros e são êsses onze, ou a maioria dêles, que hão de decidir os recursos extraordinários e, de um modo geral, tódas as questões que sobem ao seu conhecimento, originariamente ou mediante recurso” (CASTRO NUNES, *A tarefa do Supremo Tribunal Federal*, em *Anais do Ministério de Justiça*, n.º 7, p. 2; idem, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, p. 184 e segs.; ver ainda FILADELFO DE AZEVEDO, *A Crise do Supremo Tribunal*, nos cit. *Anais* n.º I, p. 7 e segs.; LEVI CARNEIRO, *Ainda a crise do Supremo Tribunal Federal*, em cit. *Anais*, n.º II, p. I e segs.).

pleno, nos casos previstos na Constituição e na lei” O § 2.º, que autorizava a divisão em câmaras ou turmas, mediante proposta do Supremo, recebeu duas emendas: uma, do Prof. Ataliba Nogueira e outra, de Prado Kelly. Ambos propunham a supressão do parágrafo. As emendas foram aprovadas. Desapareceu o § 2.º. O desembargador José Duarte, depois de fazer um histórico dos debates parlamentares na Assembléia Constituinte, concluiu: “vale considerar que, sôbre corresponder isso à relevância das questões afetas à apreciação da alta Côrte e mais bem condizer com a sua majestade, apresenta a vantagem de evitar que, muita vez, as divergências doutrinárias mantenham as turmas ou câmaras desavindas na fixação da jurisprudência. E para a justiça não há mal maior, nem desprestígio mais acentuado para o direito positivo, do que a flutuação da jurisprudência e os desentendimentos dos julgadores sôbre a mesma tese ou a aplicação da mesma lei. A razão de ordem objetiva, material, ligada ao excesso ou acúmulo de trabalho jamais poderia sobrepor-se ao intrínseco interêsse da justiça e à própria solenidade e grandeza da Suprema Côrte” (98).

Apesar disso, o Supremo manteve a divisão em turmas. Êsse fracionamento deu ensanchas à formação de decisões divergentes, veio ferir parcialmente a unidade do direito positivo nacional e propiciou a criação de mais um recurso, procrastinando o julgamento definitivo dos pleitos (99).

Chegamos ao têrmo desta conferência, Apresentamos o quadro do sistema de recursos e as sugestões para uma reforma de base. Estando no extremo confim do território

---

(98) JOSÉ DUARTE, *A Constituição Brasileira* de 1946, vol. II, pags. 229 e seg.

(99) Aos autores norte-americanos repugna a divisão da Côrte Suprema em turmas: WILLOUGHBY, *The Supreme Court*, p. 108 e segs.; BRYCE, *La République Americaine*, Paris, 1900, vol. I, p. 331; para o direito argentino, vejam-se as observações de Bielsa, *Estudios de derecho publico*, vol. III, p. 712 e segs.

da Pátria, nesta cidade que teve expoentes máximos de nossa história, onde vive e vibra uma plêiade de estudiosos da mais fina erudição e cultura, é aqui que se deve levantar a bandeira para a revisão do Código de Processo Civil. A iniciativa dêsse trabalho, sério e consciente, confiado a homens de saber e de cultura, permitirá levar a cabo uma reforma que dignifique a consciência jurídica nacional, dotando o país de novo instrumento que facilite a obtenção de uma justiça rápida e eficaz.



## “Cautio damni infecti.”\*

*Moacyr Amaral Santos*

Livre Docente de Direito Judiciário Civil, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e Catedrático de Direito Judiciário Civil, da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.

136. O *domínio*, direito de propriedade no sentido estrito, e nesse sentido também chamado simplesmente *propriedade*, conquanto o mais amplo dos direitos sôbre a coisa, está sujeito a limitações, que atingem o seu conteúdo, umas impostas pelo exclusivo interêsse da coletividade, outras pelo interêsse dos particulares, estas ainda em nome dos princípios que regem a convivência dos homens em sociedade (1). Com referência ao direito de propriedade imobiliária, em que especialmente atuam, essas limitações ou são a) no interêsse público, geral, ou administrativo, (2) ou b) no interêsse dos vizinhos.

---

(\*) Parágrafo de um dos capítulos da obra em vias de publicação.

(1) Const. Federal, art. 147: “O uso da propriedade será condicionado ao bem estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16.º, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”

(2) São limitações dessa natureza, entre outras: a) a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interêsse social (Const. Federal art. 141 § 16; Cód. Civil, art. 590; Decreto lei n. 3.365, de 21-6-1941); b) as disposições relativas a minas e mais riquezas do sub-solo (Const. Federal, arts. 152-153; Cód. de Minas, Decreto-lei n.º 1.985, de 29-1-1940 e leis complementares ou modificativas; (vide MOACYR AMARAL SANTOS, *Direito usual para engenheiros*, cap. X); c) as disposições relativas a águas (Const. Federal, arts. 152-153; Código de Águas, Dec. n. 24.643, de 11-7-1934, leis modificativas

As limitações ao conteúdo do direito de propriedade imobiliária, decorrentes da relação de vizinhança, formam um sistema de princípios e normas conhecidos por *direitos de vizinhança* (3).

O sistema pode traduzir-se na regra de que o direito do proprietário de um imóvel é limitado pelo direito do proprietário do imóvel vizinho (4). Da coexistência dos direitos dos proprietários resulta que há necessidade de se conciliarem, mesmo por motivo do interesse público em que

---

e complementares; Código de Águas Minerais, Dec. n. 7.841, de 8-8-1941; vide MOACYR AMARAL SANTOS, o. c., cap. IX); d) as disposições sobre matas, arvoredos, mananciais e sobre caça e pesca (Cód. Civil, arts. 594-602; Decreto-lei n. 5.894, de 20-10-1943; Decreto-lei n. 6.236, de 2-2-1934; Dec. n. 794, de 19-10-1938; Decreto-lei n. 1.631, de 27-9-1939; Dec. n. 1.708, de 27-10-1939; etc.); e) as disposições relativas à defesa nacional (Const. Federal, art. 180; Decreto-lei n. 1.164, de 18-3-1938; Decreto-lei n. 1.968, de 17-1-1940); f) as disposições sobre alienação parcial de edifícios de apartamentos (Dec. n. 5.481, de 25-6-1928; Decreto-lei n. 5.234, de 8-1-1943); g) as disposições sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações (Decreto-lei n. 58, de 19-12-1937; Dec. n. 3.079, de 15-9-1938); h) as disposições municipais, ou sanitárias, relativas ao alinhamento, às construções e ao urbanismo (Cód. Civil, art. 572; Códigos Sanitários, de Obras, etc.), assim como sobre utilização dos edifícios destinados a indústria ou comércio, em defesa da segurança, da comodidade ou da saúde pública (ver MOACYR AMARAL SANTOS, o. c., cap. XI).

(3) Sobre direitos de vizinhança, no direito brasileiro, ver: SÁ PEREIRA, *Direito das coisas*, em *Manual do Código Civil Brasileiro*, de PAULO DE LACERDA 8.º v., ed. 1924; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das coisas*, ed. 1908/1910; CLÓVIS BEVILAQUA, *Código Civil Comentado*, 3.º v., arts. 554 e ss.; CLÓVIS BEVILAQUA, *Direito das coisas*, ed. 1946; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 29; CARVALHO SANTOS, *Cód. Civil Brasileiro Interpretado*, 8.º v.; TITO FULGÊNCIO, *Direitos de vizinhança*, ed. 1925; FILADELFO AZEVEDO, *Destinação do imóvel*, ed. 1932; SAN TIAGO DANTAS, *O conflito de vizinhança e sua composição*, ed. 1939; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, 13.º v., ed. 1955.

(4) PONTES DE MIRANDA, o. c., 13.º v., § 1538; SAN TIAGO DANTAS, o. c., ns. 130-131; CAPITANT, *Des obligations de voisinage*, ed. 1900, p. 1 e ss.; PLANIOL, o. c., 1.º v., n. 2366; SAINT VINEBAULT (Guillemot), GRANDAMY (H.), LAGRAVE (Lucien) et BÉCOT (Maurice), *Manuel juridique de la propriété bâtie*, ed. 1934, 2.º v., p. 161.

se exerçam de modo pacífico (5). Domina o *princípio da coexistência*, fundamental no sistema, e que consiste na disciplina do equilíbrio do exercício dos direitos dos proprietários de imóveis vizinhos.

É verdade que, às vèzes, o princípio da *coexistência* se subordina ao princípio do *interêsse público*, naquêlê implícito, dando azo a que, pela *supremacia* dêste, (6) se imponham “a uma imóvel onus excepcionais em beneficio de outro”, mas, ainda aqui, o a que visa o sistema é o equilíbrio dos direitos dos proprietários vizinhos (7).

Do princípio de coexistência dos direitos dos proprietários de imóveis vizinhos e que os limita, impedindo que um os exerça em prejuizo dos direitos do outro, dimana a regra jurídica que veda o *uso nocivo da propriedade* por parte de um e em dano do outro, expressa nos arts. 554 e 555 do Cód. Civil.

137. Nos máis remotos tempos de Roma, a propriedade — *mancipium, dominium* — conferia ao seu titular poder efetivamente absoluto e ilimitado sôbre a coisa, e isso, observa BIONDI, significava “ausência de limites, que não derivassem da vontade do proprietário” (8).

Não obstante, o fato da vizinhança já prescrevia certos direitos ou vedações, alguns até previstos na Lei das XII

---

(5) “ . a lei é obrigada a impor certas limitações para evitar conflitos que não deixariam de existir entre os vizinhos, se cada qual pudesse ir além do próprio direito” (CAPITANT, o. c., p. 8).

(6) SAN TIAGO DANTAS, o. c., n. 131.

(7) Diversamente, SAN TIAGO DANTAS, o. c., n. 131, entende que “dois princípios informam o seu (do Cód. Civil) sistema de direitos de vizinhança: 1.º equilibrar o exercício dos direitos de propriedade vizinhos (*princípio da coexistência*); 2.º — impor a um imóvel certos ônus excepcionais em beneficio de outro, quando assim o exige o interêsse público (*princípio da supremacia do interêsse público*)”.

(8) BIONDI, o. c., § 54. Cf. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 1.º v., § 107; BONFANTE, *Storia del diritto romano*, 4.ª ed., 1934, 1.º v., p. 178. “Particularmente absoluta e preponderante é a propriedade fundiária romana. Na sua origem, os direitos reais que podem

Tábuas, que conferia ação ao proprietário pelos danos que lhe acarretassem as águas vindas do imóvel vizinho (*actio aquae pluviae arcendae*) (9); estabelecia obrigação do proprietário cortar os ramos das árvores, que caíssem sobre o imóvel vizinho, até a altura de quinze pés a contar do solo (10); reconhecia o direito do proprietário cortar a árvore que se inclinasse sobre o seu imóvel (11); assegurava o direito de colher, um dia sim, um dia não, os frutos caídos do seu imóvel no do vizinho (12). Mas êsses direitos e vedações não provinham, pròpriamente, de restrições impostas pela relação de vizinhança, que é desconhecida no antigo direito romano. O caráter absoluto da propriedade, atribuindo ao seu titular a maior liberdade no exercício do seu direito, não admitia limitações. Entretanto, àquela liberdade se opunha a proibição ao proprietário de “turbar o vizinho com atividades que, conquanto desenvolvidas no próprio imóvel, viessem a constituir para aquêle invasões ou *immissiones* por mínimas que fôssem” (13).

Assim, não obstante absoluta e ilimitada a propriedade, ao seu titular não era lícito exercê-la de modo que suas atividades se estendessem sob forma de *immissiones* à propriedade do vizinho. “Permitido nos é fazer em nossa propriedade quanto nos agrada, desde que nada introduzamos na alheia”, advertia *ULPIANO* (14). Essa é uma regra que domina o período clássico. Os germes da limitação do exercício da propriedade se alargam, atendendo ao interesse dos vizinhos e mesmo ao interesse público da sua

---

limitá-la são somente o usufruto e as servidões voluntariamente constituídos” (*ARANGIO-RUIZ, Istituzioni di diritto romano*, ed. 1952, p. 180).

(9) Lei das XII Tábuas, VII, 5.

(10) Lei das XII Tábuas, VII, 7.

(11) Lei das XII Tábuas, VII, 8.

(12) Lei das XII Tábuas, VII, 9.

(13) *ARANGIO RUIZ*, o. e loc. cit.

(14) D. 8, 5, 8, 5: “*in suo enim alii hactenus facere licet, quantum nihil in alienum immittat*”.

coexistência harmônica (15) Algumas limitações, decorrentes do fato da vizinhança passam a ser contempladas com ação pelo *ius civile*, enquanto outras, tais como as abrangidas pelas *immissiones*, encontram resguardo em providências administrativas do pretor (16).

A proibição do uso nocivo da propriedade, que aquela regra prescreve com caráter eminentemente prático, é exemplificada. Constituem exercício nocivo da propriedade a atividade industrial que invade de fumaça o prédio vizinho; ou a introdução de água, ou outra coisa, do prédio superior no inferior; ou o corte de pedra, num prédio, quando estilhaços atingem outro (17). Generalizando-se a regra, não se proibiam apenas as imissões de coisas materiais, mas ainda “a propagação de calor, de umidade, de mau cheiro, tanto através do solo como do espaço aéreo e subsolo” (18), as quais, aliás, também não deixavam de ser repercussões corpóreas.

Igualmente, desde os primeiros tempos do direito romano (19), e acentuadamente nos períodos posteriores (20),

---

(15) ARANGIO RUIZ, o. c., p. 181; BETTI, o. c., 1.º v., § 110; BIONDI, o. c., § 66; JÖRS e KUNKEL, o. c., § 69.

(16) BIONDI, o. e loc. citis.

(17) D. 8, 5, 8, 5. Cf. BETTI, o. e loc. citis.

(18) BIONDI, o. c., § 66. Cf. WINDSCHEID, *Pandette*, 1.º v., § 169<sup>n</sup> n. 8 e nota 7; DERNBURG, *Pandette*, 1.º v., parte II (*Diritti reali*), § 199, n. 4.

(19) BRANCA (Giuseppe), *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, 1937, n. 1; BETTI, o. c., 1.º v., § 110, p. 380; BURCKHARD, continuação a GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, trad. de PIETRO BONFANTE, liv. 39, parte. 11, ps. 59 e ss., Aludindo a GAIO, *Inst.* IV, 31, observa BURCKHARD: “Não se duvida que êle tenha em mente o dano que ameaça de ruína um edificio” (p. 59-60). “Naturalmente, para poder intentar uma *legis actio* por *damnum infectum*, e tendo-se em conta o princípio fundamental *nulla actio sine lege*, devia existir uma lei contendo prescrição sôbre êste caso. Não é impossível que esta fôsse a Lei das XII Tábuas ” (p. 60).

(20) WINDSCHEID, o. c., 1.º v., § 169, n. 7; BIONDI, o. c., § 67 n. 3; BETTI, o. e loc. citis.

constitui ofensa ao direito do proprietário o exercício do direito do vizinho, quer agindo quer por deixar de agir, de modo danoso ao daquêle, no que concerne a obras e construções, como quando o estado de ruina da casa dêste (*aedes ruinosae* ou *vitiosae*) ameaça dano àquêle (21), ou quando êste faz escavações ao lado do muro divisório, ameaçando a sua ruina (22). Essas e outras são ameaças de imissões danosas à propriedade, que o seu titular tem o direito de impedir.

Em síntese, principio fundamental, provindo do direito quiritário e que se acentuou nas etapas posteriores à medida que se multiplicavam as necessidades sociais, era o que conferia ao proprietário o mais amplo e livre exercício do seu direito, desde que não invadisse o direito do vizinho (23).

138. Assegurando a independência e liberdade da propriedade imobiliária contra atos dos vizinhos, conheceram os romanos um largo sistema de medidas ou remédios jurídicos (24), origem de várias ações que no direito contemporâneo tutelam as relações de vizinhança. Tais eram a *actio negatoria*, a *operis novi nuntiatio*, a *actio aquae pluviae arcendae*, a *cautio damni infecti*, o *interdictum quod vi aut clam* e alguns outros interditos.

a) A *actio negatoria* (25) competia ao proprietário contra quem, dizendo-se titular de um direito real — servidão, usufruto — sôbre a propriedade, pretendia exercê-lo, a fim de que se declarasse a inexistência dêsse direito. Visava prôpriamente a defesa da propriedade, afastando ônus reais que sôbre ela não incidiam.

---

(21) D. 39, 2, 7, 1; D. 39, 2, 9.

(22) D. 39, 2, 24, 12.

(23) BURCKHARD, o. c., § 1678, p. 149.

(24) BETTI, o. c., 1.º v., § 110, p. 380.

(25) D. 8, 5, 2, pr.; BIONDI, o. c., § 67, c; ARANGIO RUIZ, o. c., p. 221 e 248 e ss.; DI MARZO, o. c., p. 155.

b) A *operis novi nuntiatio* (26) consistia na providência extrajudicial, concedida ao proprietário e destinada a impedir que o vizinho prosseguisse na execução de obras, tanto de construção como de demolição, ofensivas ao seu direito de propriedade ou de servidão. Tratava-se de medida preventiva, com a finalidade de resguardar a propriedade contra imissões que adviriam da execução daquelas obras. Instituto originário do antigo *ius civile*, desenvolveu-se e sistematizou-se no direito pretório, que alargou os seus pressupostos (27).

c) A *actio aquae pluviae arcendae* (28), que a Lei das XII Tábuas instituiu (29) e o direito clássico conservou, tinha por finalidade afastar (*arcere*) as águas de chuva, desviadas por obra humana do seu curso normal ou legítimo, se nocivas a um prédio rústico. Por meio desta ação, o prejudicado exigia que o vizinho destruísse a obra, repondo as coisas no estado anterior. Protegia tanto o proprietário do prédio inferior como o do prédio superior, contra o daquêle em que a obra houvesse sido feita. No direito justinianeu, entretanto, atendendo-se a interesses da agricultura, ampliou-se o objeto da ação, que se tornou destinada a regular a divisão das águas de chuva ou das nascentes (30).

---

(26) D. 39, 1, 1, 16; BETTI, o. c., § 110, p. 380; DI MARZO, o. c., p. 156; BIONDI, o. c., § 67, n. 5; ARANGIO RUIZ, o. c., p. 223; COSTA (Emilio), *Istoria del diritto romano privato*, 1925, p. 203.

(27) BETTI, o. e loc. cit.; COSTA (Emilio), o. e loc. cit.

(28) D. 39, 3, 1, 1; SARGENTI (Manlio), *L'actio aquae pluviae arcendae*, 1940; BURCKHARD, em continuação a GLÜCK, o. c., liv. 39, 3.<sup>a</sup> parte; DERNBURG, o. c., § 232; BETTI, o. c., 1.<sup>o</sup> v., § 110, p. 381; ARANGIO RUIZ, o. c., p. 221; BIONDI, o. c., § 66; DI MARZO, o. c., p. 158.

(29) Lei das XII Tábuas, VII, 5; D. 40, 7, 21 pr.; SARGENTI, o. c., p. 18 e ss.

(30) SARGENTI, o. c., p. 89; BETTI o. e loc. cit.; BIONDI, o. e loc. cit.

d) O *interdictum quod vi aut clam* (31) destinava-se não só a suspender ou remover obras executadas no prédio contra a proibição (*prohibitio*) do interessado (*vi*) ou clandestinamente (*clam*), temendo a proibição, como ainda, consequentemente, visava a exigir indenização pelos danos. Cabia quando as obras, que podiam consistir em construções ou simples modificações, eram executadas com violência (*vi*), bastando para considerarem-se assim feitas quando o fôsse contra uma *prohibitio*; ou quando sua execução se desse clandestinamente (*clam*), às escondidas daquele que podia proibi-las. Conquanto de pressupostos um tanto diversos da *operis novi nuntiatio*, praticamente tendia ao mesmo fim que esta (32).

e) O *interdictum de arboribus caedendis* (33), que tem assento em norma prescrita na Lei das XII Tábuas, (34) tinha por fim especial assegurar ao proprietário o corte dos galhos de árvore do vizinho até a altura de quinze pés a contar do solo, ou, ainda, o corte de raízes que invadissem a sua propriedade.

f) O *interdictum de glande legenda* (35) servia ao interessado para entrar no prédio do vizinho, de cada três dias, a fim de recolher os frutos ali caídos, direito êsse previsto desde a Lei das XII Tábuas (36).

g) Finalmente, a *cautio damni infecti*, instituto que a êste parágrafo particularmente interessa, e do qual tratar-se-á a seguir.

---

(31) D. 43, 24; DERNBURG, o. c., § 234; BETTI, o. e loc. cits.; BIONDI, o. c., § 67, n. 4; DI MARZO, o. c., p. 159; ARANGIO RUIZ, o. c., p. 223.

(32) DERNBURG, o. e loc. cits.

(33) D. 43, 27; BETTI, o. c., 1.º v., § 110, p. 382; ARANGIO RUIZ, o. c., p. 224.

(34) Lei das XII Tábuas, VII, 7; BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano*, 1938, n. 17, p. 105.

(35) D. 43, 28; ARANGIO RUIZ, o. e loc. cits.; BETTI, o. e loc. cits.

(36) Lei das XII Tábuas, VII, 9; BISCARDI, o. e loc. cits.; ARANGIO RUIZ, o. e loc. cits.



139. Instituto por excelência destinado a proteger relações criadas por fatos de vizinhança, e que constantemente se associa a outros, especialmente à *actio negatoria*, à *novi operis nuntiatio* e aos *interdicta*, a *cautio damni infecti* (37) tinha por fim garantir o proprietário, ou possuidor, de um prédio contra o dano ainda não feito (*damnum infectum*) e que havia razão para temer que se verificasse à sua propriedade, por motivo do estado da obra do prédio vizinho ou de atividades neste exercidas. Era, pois, medida tendente a prevenir um dano, ou seja, remédio preventivo contra ameaça de dano, ou impedindo-o, ou assegurando a indenização caso se verificasse.

Condição era se tratasse de *damno infectum*, isto é, *damnum nondum factum quod futurum veremur*, como o definia GAIO. (38) Porque o dano não se verificou ainda, mas apenas há ameaça dêle, não há ação para exigir indenização. Todavia, a ameaça aconselha prevenir o dano futuro, de forma a evitá-lo, se possível, ou, se verificado, garantir ao vizinho prejudicado o seu ressarcimento de modo simples (39).

a) Remotíssimas as origens do instituto. Alude GAIO a uma *legis actio damni infecti* da qual, ao tempo em que escreveu (40), ninguém queria servir-se, visto que podia então obrigar o adversário por meio da *stipulatio* pretória: "*Damni vero infecti nemo vult lege agere, sed potius stipulatione quae in edicto proposita est obligat adversarium*

---

(37) BURCKHARD, *De damno infecto*, em continuação a GLÜCK, *Pandette*, liv. 39, 2.<sup>a</sup> parte; BRANCA, o. c.; DERNBURG, o. c., §§ 230, 231; WINDSCHEID, o. c., 2.<sup>o</sup> v., § 458 e ss.; SCIALOJA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, ed. 1934, p. 227; BETTI, o. c., 1.<sup>o</sup> v., § 110, p. 380; ARANGIO RUIZ o. c., p. 223; BIONDI, o. c., § 67, n. 3; MACHADO GUIMARÃES, o. c., p. 212.

(38) D. 39, 2, 2.

(39) Cf. SCIALOJA, o. e ioc. cit.

(40) GAIO escreveu as *Institutiones* cêrca do ano 161 (COSTA (Emílio), *Storia delle fonte del diritto romano*, ed. 1909 p. 100).

*suum, idque et commodius iust et plenius est*” (41) Partindo dessa referência chegaram os romanistas, e mais recentemente BRANCA, (42) a admitir fôsse aquela *actio legis instituída* pelos Decenviros e, pois, na época do direito quirritário, como meio preventivo, do qual se servia o proprietário a fim de evitar o dano, ainda não cometido (*damnum infectum*), mas que temia em razão do estado ruinoso de obras (*aedes ruinosa*) da propriedade vizinha. Já se conceituaria como “meio preventivo destinado a evitar o dano, e, não obstante, garantir-se contra êle antes que se verificasse” (43).

Várias hipóteses se formularam, tentando enquadrar essa *actio* no sistema das *legis actiones* (44). Delas a mais recente, e também a mais plausível, deve-se a BRANCA, que a classifica entre as ações penais (*actiones ex delicto* (45), sob a forma da *actio sacramentum in personam* (46). Sentindo-se ameaçado pelo estado da construção (*vitium aedium; aedes ruinosa*) ou por obra (*vitium operis*), no prédio do vizinho, o proprietário ameaçado avisava a êste de que devia restaurá-la, ou desfazê-la, cominando-lhe uma pena, em dinheiro (*poena pecuniaria*). (47) Se o *dominus aedis* ou *operis* desobedecia ao preceito, se instaurava a *actio sacramentum in personam damni infecti*, pela

---

(41) GAIO, *Inst.*, IV, 31.

(42) BRANCA, o. c., ns. 1-14; BURCKHARD, o. c., p. 60 e ss.; BETTI, o. e loc. cit. Em contrário ARANCIO RUIZ, o. c., p. 223, nota 1, que diz não saber ainda que coisa seja a *legis actio* que GAIO (IV, 31), confere para o caso de *damnum infectum*.

(43) BRANCA, o. c., ns. 1-14.

(44) Sobre tais hipóteses (KARLOWA, HUSCHKE, UNTERHOLZNER, BONFANTE, HESSE, BURCKHARD, WLISSAK), ver BRANCA, o. c., ns. 2-7, que as discute.

(45) BRANCA, o. c., ns. 9-11.

(46) BRANCA, o. c., n. 13.

(47) BRANCA, o. c., n. 12.

qual, provada a efetividade do perigo, era êle condenado naquela pena (48).

b) Mesmo depois da *Lex Aebutia* (cêrca da metade do 2.º séc. a. C.), a qual, criando o procedimento *per formulas*, não suprimiu de vez o das *legis actiones*, continuou a vigir a *legis actio damni infecti*, com o mesmo objeto do sistema anterior (49).

Mas, já no período anterior, a fim de atender a hipóteses não abrangidas por essa *actio*, como a de muros divisórios comuns (*paries communis*) que ameaçavam ruína, parece certo, se estabelecera a praxe da *cautio* voluntariamente prestada pelo vizinho àquele que se sentia ameaçado com o estado das obras (50). Acontecia, por outro lado, que a *actio*, mesmo para os casos em que se applicava, não satisfazia plenamente o interêsse do proprietário ameaçado, porquanto se o *dominus aedis ruinosae* deixava de restaurá-las ou demoli-las, aquêle não tinha senão que conformar-se com receber a *poena pecuniaria*, geralmente inferior ao montante dos danos realmente havidos. Teria essa circunstância sido o motivo pelo qual se deu a estensão daquela praxe, de *cautio* voluntária, com o abandono do remédio da *actio*, ainda quando esta coubesse (51).

---

(48) BRANCA, o. c., n. 13.

(49) SCIALOJA. *Procedimiento civil romano*, trad. de SANTIAGO SENTÍS MELENDO e MARINO AYERRA REDIN, ed. 1954, § 15, p. 158; BRANCA, o. c., n. 16; ARANGIO RUIZ, o. c., p. 123; BETTI, o. c., 1.º v., § 88, p. 277; DI FRANCISCI *Istoria del diritto romano*, ed. 1944, 2.º v., VI.ª parte, p. 207; KELLER, *De la procédure des actions chez les romains*, § 23. Cf. PALERMO (Antônio), *Il procedimento cauzionale nel diritto romano*, 1942, n. 5.

(50) D. 39, 2, 39 pr.; BRANCA, o. c., ns. 16, 20 e ss.

(51) BRANCA, o. c., ns. 20, 22, 26. "O antigo meio civil não bastava às exigências do caso. Antes que a ação penal chegasse ao fim, havia tempo para o muro comum arruinar-se sem remédio. Ademais, a pena pecuniária, com ela obtida, sendo fixa, nem sempre seria bastante para cobrir as despesas com a reparação do muro ainda não desabado, ou da casa, precipitada com êle " (BRANCA, o. c., n. 22, p. 85).

Assim, no regime da lei Ebúcia, concorrentemente com a *legis actio damni infecti*, se implantara o costume, largamente difundido, de comporem-se os vizinhos, *voluntária e extrajudicialmente*, por meio da *cautio damni infecti* (52). Da prática insistente dêsse remédio voluntário, que supria uma necessidade social, nada mais conforme aos princípios formadores do direito que um dia o pretor (53) o consagrasse, introduzindo-o no seu *album* como edito dos *cives* (54), o que ocorreu, ainda segundo BRANCA, na segunda metade do I séc. a. C. (55) Mas para tornar-se obrigatória a *cautio*, isto é, para que de voluntária, que até então tinha sido, tivesse eficácia de comando pretório, foi necessário substituir-se a pena pecuniária, que a *legis actio* impunha, pela *missio in possessionem*, para a hipótese de não prestá-la o dono da coisa ou da obra (56).

Revogado de todo o sistema das *legis actiones* pela *lex Iulia iudiciorum privatorum* (ano 17 a C.), e tornado exclusivo o sistema *per formulas*, o lugar da *legis actio damni infecti* foi tomado pela tutela pretória da *cautio damni infecti*.

140. Na *cautio damni infecti*, do período clássico, tinha o proprietário, nas suas relações de vizinhança, a tutela contra a *ameaça* de um dano provindo de edificio, de obra ou de atividade do proprietário do prédio vizinho, para evitá-lo ou garantir o respectivo ressarcimento. Mas, remédio extraordinário, instituído pelo pretor, e não pela lei, sòmente cabia a *cautio* quando ao proprietário ameaçado

---

(52) BRANCA, o. c., ns. 20, 21.

(53) Discute-se se a introdução da *cautio damni infecti* no sistema pretório se deve ao pretor peregrino ou ao pretor urbano. Ver BRANCA, o. c., ns. 15 e ss.

(54) BRANCA, o. c., ns. 21 e ss.

(55) BRANCA, o. c., n. 24.

(56) BRANCA, o. c., n. 25. “Ao ilícito civil — diz êsse autor, p. 95 — se substitui o ilícito pretório. A continuidade esta assegurada”.

não assistia outro recurso próprio para o caso, quais os já mencionados (57), especialmente a *actio negatoria*, a *operis novi nuntiatio* e o interdito *quod vi*. Quer dizer, houvesse ação própria, inadmissível seria a *cautio*, princípio exposto por GAIO — *inutilem esse damni infecti stipulationem, quo casu damnum alia actione sarcire potest* (58) — e que texto de PAULO confirma: *quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur*. (59) Explica-se, assim, a natureza *subsidiária* da caução (60).

Segue daí a difícil indagação dos casos em que a *cautio* era o remédio indicado, matéria fora das cogitações dêste trabalho, em que se limita a fazer uma síntese das conclusões a que chegaram os romancistas.

a) Num ponto são todos unânimes: tinha aplicação a *cautio* contra a ameaça de dano que viesse do estado de ruína do edifício vizinho (*aedes ruinosa* ou *vitiosa*) (61). Em princípio, não interessa a causa do *vitium* da coisa, mas o próprio fato da coisa ameaçar dano (62).

A coisa que ameaça ruína pode ser um edifício, ou qualquer parte dêle, como terraços, eirados, janelas, (63) ou o muro divisório comum (*paries communis*) (64). Nes-

---

(57) Vide n. 138.

(58) D. 39, 2, 32.

(59) D. 39, 2, 18, 9.

(60) BURCKHARD, o. c., n. 19, p. 190 e ss.; BRANCA, o. c., ns. 26 b, 79 b; BERNBURG, o. c., § 230. “Mesmo na finalidade da *praetoria stipulatio cautionalis*, de conceder uma nova ação, repousa a sua natureza subsidiária” (BURCKHARD, o. c., p. 191).

(61) D. 39, 2, 7 §§ 1 e 2; BURCKHARD, o. c., n. 4, p. 34 e ss.; DERNEBURG, o. e loc. cit.; WINDSCHEID, o. c., 2.º v., §§ 458, 459. “Na maior parte dos textos, quer se entender por *vitium* a nenhuma ou pouca estabilidade do edifício (da obra, do solo), ou de qualquer de suas partes, que faça temer sua ruína ou desabamento” (BRANCA, o. c., n. 33).

(62) BRANCA, o. c., n. 32.

(63) Cf. DERNEBURG, o. e loc. cit.

(64) BRANCA, o. c., n. 29.

ses casos fala-se que a caução se impõe pela ameaça que resulta do *vitium aedium* da coisa, isto é, do *vitium aedium iam factum*.

Anàlogamente, o estado ruinoso de árvores (*vitium arborum*), ameaçando dano ao vizinho, o autorizava servir-se do remédio pretório (65).

b) Também são conformes todos em que, se o dano proviesse de ameaça de ruína de um edificio, ou de obra já feita, resultante do estado do terreno (*vitium loci et aedium*), cabia ao vizinho ameaçado pedido de caução (66). Justificava-se, igualmente, a caução no caso do perigo advir de árvore por defeito do solo (*vitium loci et arborum*).

Divergem os romanistas, porém, quando a ameaça de dano reside só no estado ruinoso do terreno do vizinho (*vitium soli* ou *loci*), sem que neste haja construção, obra ou qualquer atividade do homem. Pela negativa se manifestam BURCKHARD, BONFANTE e outros (67); concedendo a caução ao ameaçado de dano, ainda que dentro de certos limites, opina a corrente dominante, à qual se filia BRANCA, que a respeito expende convincentes considerações (68).

c) Finalmente, a *cautio* tem lugar pela ameaça de dano que atividade de alguém (*opus*), conquanto legítima, possa causar ao imóvel do vizinho (69). O enunciado, entretanto, deve ser entendido com as devidas restrições, porquanto sòmente está o proprietário sujeito à caução, pelo

---

(65) D. 39, 2, 24, 9; DERNBURG, o. c. loc. cit.

(66) D. 39, 2, 24, 2; BURCKHARD, o. c., n. 11, p. 109 e ss.; DERNBURG, o. e loc. cit.; WINDSCHEID, o. c., 2.º v., §§ 458 e 459; BRANCA, o. c., n. 28.

(67) BURCKHARD, o. c., n. 11, p. 109 e ss.; n. 12, p. 116 e ss.; n. 13, p. 127 e ss.; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, 2.º v., p. 341 e ss.; DERNBURG, o. c., § 230, p. 249, nota 8.

(68) BRANCA, o. c., ns. 30-33; HESSE, WEISKE, SINTENIS, ARNDTS, KARLOWA, HUVELIN, *apud* BRANCA, o. c., nota 1, à p. 114.

(69) BURCKHARD, o. c., n. 13, p. 127 e ss.; BRANCA, o. c., ns. 65-73; DERNBURG, o. c., § 230; WINDSCHEID, o. c., 2.º v., § 460.

dano que ao vizinho ameaçam suas obras ou empreendimentos, quando êstes, pelas imissões ou repercussões sôbre a propriedade de outrem, sejam intoleráveis. Fala-se, assim, de *vitium operis*, em contraposição a *vitium aedium* (70).

O problema leva, primeiramente, a distinguir as atividades de alguém, num imóvel, segundo sejam exercidas *conforme seu direito* ou *ilegitimamente*.

As atividades ilegitimamente exercidas por alguém num imóvel, seja no seu (*in suo*) seja no do vizinho (*in alienum*), estão, em princípio, fora do campo da *cautio damni infecti* (71). Contra atos ilícitos, o vizinho ameaçado de dano tem ação própria que o tutele, não se admitindo valer-se da *cautio*, cuja natureza *subsidiária* foi há pouco ressaltada. Servir-se-á êle, conforme a hipótese, e salvo circunstâncias especiais que a modifiquem, da *actio negatoria*, da *operis novi nuntiatio*, do *interdictum quod vi aut clam*, ou, ainda, de outras ações (72).

O exame das atividades legítimas reclama distingui-las conforme sejam feitas *in alieno*, *in publico* e *in suo*.

d) No exercício de um direito real ou pessoal pode o seu titular entrar no terreno do vizinho (*in alieno*) e praticar os atos ou realizar os empreendimentos que o seu direito lhe assegure. O proprietário do prédio em que êsses se fazem não pode opor-se-lhes, porquanto se trata de atividades lícitas do vizinho. Mas, se não pode obstá-las, não se lhe pode negar garantia contra os danos que o *exercício das mesmas atividades* ameaça trazer-lhe (73). Neste caso, cabe-lhe pedir *cautio damni infecti*.

---

(70) D. 39, 2, 19, 1; DERNBURG, o. e loc. citis.

(71) BRANCA, o. c., n. 71 a; BURCKHARD, o. c., n. 16, p. 148.

(72) “A presença de todos êsses meios, aptos a prevenir ou impedir os atos ilícitos, torna inútil a *cautio damni infecti*, e, pois, imponível” (BRANCA, o. c., p. 333). Cf. BURCKHARD, o. c., n. 19, p. 190 e ss.

(73) BURCKHARD, o. c., n. 4, p. 36 e ss.; e n. 13, p. 130; BRANCA, o. c., n. 66.

Assim, o *dominus* pode exigir do vizinho, titular de direito de servidão de aqueduto, a *cautio* pelos danos que as atividades na construção dêste ameacem causar-lhe (74). Aliás, o exercício do direito de servidão, consistente na construção ou reparação de aqueduto, ou de obras semelhantes, é tutelado por interditos, mas êstes podem ser concedidos se quem os invoque prestar a *cautio* (75).

Igualmente, o titular de um direito pessoal, de natureza legal ou contratual, que o autorize a agir no prédio de outrem, poderá ser assegurado no exercício do seu direito, quando impedido, desde que preste a *cautio damni infecti* (76).

e) Contra as atividades de um particular em lugar público (*in publico*) (77), distingue BRANCA duas hipóteses: trata-se de fazer um verdadeiro *opus*, isto é, uma obra nova na coisa pública; ou de atos que não importam inovação desta, como, por exemplo, simples reparos na via pública, na margem do rio.

No primeiro caso, as obras são legítimas ou ilegítimas.

Sendo ilegítimas, não se fala em caução, que pressupõe atividade conforme o direito (78), cabendo a qualquer cidadão, para impedi-las e demoli-las, recorrer a *operis novi nuntiatio iuris publici tuendi causa* (79) ou ao interdito *quod vi aut clam* (80).

---

(74) D. 39, 2, 30.

(75) D. 43, 19, 3, 11; D. 43, 21, 3, 9; D. 43, 23, 1 pr., §§ 12 e 14; BURCKHARD, o. c., n. 4, p. 37; BRANCA, o. c., n. 66; WINDSCHEID, o. c., 2.º v., § 460 nota 6.

(76) D. 10, 4, 9, 1; D. 10, 4, 15; D. 39, 3, 5; D. 19, 2, 19, 4; BURCKHARD, o. c., n. 4, p. 38; BRANCA, o. e loc. cit.

(77) BRANCA, o. c., n. 67; BURCKHARD, o. c., n. 14, p. 131 e ss.

(78) BRANCA, o. c., p. 312; BURCKHARD, o. c., p. 131-132.

(79) D. 39, 1, 1, §§ 16 e 17; D. 39, 1, 3, 4; D. 39, 1, 4; D. 39, 1, 8, 3.

(80) D. 43, 24, 20, 5.



Se as obras são legítimas (81), mas a sua execução ameaça dano ao imóvel de alguém, por ofender direito de uso ou gozo sôbre o mesmo, terá o prejudicado o recurso de agir contra o autor delas exigindo-lhe a *cautio damni infecti* (82). Assim, por exemplo, no caso das obras desviarem o curso normal das águas de chuva (83).

Não havendo nas atividades do particular qualquer inovação da coisa pública, como quando restaura a via pública ou a margem de um rio, atos legítimos de execução tutelada por interditos, (84) ocorrem duas hipóteses: aquelas atividades ofendem direitos de uso e gozo de outros cidadãos, como cidadãos, ou ameaçam de dano um imóvel. Na primeira hipótese, qualquer cidadão poderá defender o seu direito por meio dos interditos próprios ou, ainda, pela *actio iniuriarum*, não se cogitando, pois, da *cautio*; na segunda, entretanto, o prejudicado poderá valer-se desta, à semelhança do que lhe caberia se aquelas atividades importassem em obras de inovação na coisa pública (85). A caução, quando alguém se opunha a que o particular realizasse as obras, e este invocasse o respectivo *interdictum*, para assegurar sua realização, era imposta juntamente com a concessão desse remédio (86). Assim, quem temesse que as obras acarretassem *immissiones* danosas ao seu imóvel, tinha o recurso de impedi-las pela fôrça, levando o autor das obras a solicitar o competente interdito assecuratório, que o pretor lhe concedia com a condição de prestar a *cautio* (87).

---

(81) Observe-se que, entre os romanos, salvo nas ruas ou estradas públicas, era lícito a qualquer cidadão construir nas coisas públicas (rios, mares), independentemente de autorização administrativa. Cf. BRANCA, o. c., p. 314.

(82) BRANCA, o. c., n. 67 b.

(83) Arg. extraído do D. 39, 3, 3.

(84) D. 43, 15, 1; D. 43, 11, 1.

(85) BRANCA, o. c., n. 67, p. 317, fundado em arg. extraído do D. 43, 24, 3, 6, combinado com D. 43, 24, 20, 5.

(86) BRANCA, o. c., p. 318-319; BURCKHARD, o. c., p. 133.

(87) BRANCA, o. e loc. cit.

f) Restam as atividades do proprietário no próprio imóvel (*in suo*) e que ameacem dano ao vizinho.

Se as atividades daquêle, *in suo*, são ilícitas (*facere in suo contra ius*), e repercutem danosamente no imóvel vizinho, o proprietário dêste, como já se disse, usará das ações próprias, que tem, para impedí-las e haver os prejuizos delas resultantes. Mas, mesmo as atividades lícitas, compreendidas no domínio, podem extravasar-se da propriedade em que se exercem e repercutir na do vizinho, causando-lhe ou ameaçando causar-lhe prejuizo.

Destas repercussões, ou imissões, na propriedade do vizinho, resultantes do *facere in suo*, umas se convertem em verdadeiras imissões materiais *in alienum*, como quando alguém faz no seu terreno obras que encaminhem as águas de chuva para o do vizinho, o qual tem a *actio negatoria* para livrar-se delas (88). Outras imissões, entretanto, não pròpriamente em razão de sua materialidade, mas em razão do prejuizo que acarretam ao vizinho, como não tenha êste ação própria para evitá-lo ou exigir reparação, dão logar a que se socorra da *cautio damni infecti* (89). Dela se utiliza, por exemplo, contra a imissão não continuada, mas danosa, de água, de fumaça, de calor, de umidade.

141. O procedimento da *cautio damni infecti* (90), como o das demais *stipulationes praetoriae* (91), incluídos entre os procedimentos extraordinários, desenvolvia-se todo-êre perante o pretor.

O interessado, isto é, o proprietário do imóvel ameaçado de dano — e nas mesmas condições se achavam os

---

(88) BRANCA, o. c., n. 71, b.

(89) BRANCA, o. c., n. 71. c.

(90) Ver, quanto ao procedimento, PALERMO, *Il procedimento-cauzionale nel diritto romano*, ed. 1942; BURCKHARD, o. c., ns. 34 e ss.; SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*, p. 90; SCIALOJA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, p. 227; BRANCA, o. c., ns. 74 e ss.

(91) DERNBURG, o. e loc. cits.

titulares de direitos reais, superficiários, usufrutuários, credores pinhoraticios, e os possuidores de boa fé — (92) expunha ao magistrado a ameaça de dano por que passava e lhe pedia fôsse o adversário — proprietário do imóvel do qual provinha o perigo de que temia, ou o possuidor de boa fé — (93) constringido a prometer-lhe, mediante *stipulatio*, uma certa quantia no caso de verificar-se o dano.

Depois do interessado prestar juramento de que não agia caluniosamente — *non calumniae causa postulare (iusiurandum calumniae)*, o magistrado designava um dia para que, convidado o adversário, se estabelecesse a *stipulatio* (94). Citado o adversário — *evocatio demonstratio-nibus*, (95) e comparecendo, manifestava-se o *postulatus* (96), resolvendo o pretor, concedendo ou não a *cautio* (97). Não comparecendo, o magistrado, normalmente, lha impunha por seu decreto, disso devendo o citado ser notificado (98).

Recusando-se o obrigado, num e noutro caso, a prestar a *cautio*, o magistrado outorgava ao interessado, *ex primo decreto*, uma *missio in possessionem rei* (99), por fôrça da qual êste entrava na posse da coisa que ameaçava, medida

---

(92) DERNBURG, o. e loc. cit.; WINDSCHEID, o. c., 2.º v., § 459.

(93) DERNBURG, o. e loc. cit.

(94) SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*, § 45; *Corso*, p. 227; PALERMO, o. c., p. 50, 51, 60.

(95) PALERMO, o. c., p. 46 e ss. Cf. SCIALOJA, *Procedimiento*, § 45.

(96) PALERMO, o. c., p. 52.

(97) “Existindo controvérsia entre as partes quanto à prestação da caução, o pretor devia conhecer a questão e conceder ou negar o *iussum*” (PALERMO, o. c., p. 52).

(98) “Caso o citado não comparecesse *in iure*, seria o *iussum caveri* normalmente pronunciado, como se estivesse presente, em seguida sendo disso notificado” (PALERMO, o. c., p. 49).

(99) D. 39, 2, 7 pr.; 39, 2, 15, 12; SCIALOJA, *Procedimiento*, § 7.º, p. 90; *Corso*, loc. cit.; BETTI, o. c., § 101 e p. 344, nota 21.

destinada a coagir aquêlê a dar a caução (100). Persistindo o obrigado na recusa, o magistrado reiterava a ordem, expedindo a *missio in possessionem, ex secundo decreto*, por via da qual o interessado ficava na posse definitiva e exclusiva da coisa, reconhecendo-se-lhe a propriedade dela (101).

Entretanto, ao invés de coagir com a *missio in possessionem* o proprietário do imóvel que ameaçasse dano, e que se recusava a prestar a caução, dispunha o pretor do poder de, verificando-se o dano, dar ao vizinho uma *actio ficticia*, como se aquêlê houvesse prestado a caução (102).

142. No processo da *cognitia extraordinaria*, o instituto da *cautio damni infecti*, como era natural, sofreu radical transformação.

Por um lado, a medida perdera, em grande parte, a importância e a utilidade, que a caracterizavam no período classico, por isso que, desde o século III, as providências das autoridades administrativas para muitos casos se iam tornando suficientes e mais prontas para afastar o perigo decorrente do mau uso da propriedade imóvel e, principalmente, dos prédios que ameaçavam ruína (103). Por outro lado, e isto é fundamental, com o desaparecimento do magistrado e das fórmulas, a pretensão à *cautio* somente podia ser reconhecida pelo juiz, através da *actio*, configurando-se

---

(100) “Está êle (o interessado) junto ao proprietário, e o fim verdadeiro e imediato desse *missio in possessionem* é o de constrangê-lo, com contínua insistência, a prestar finalmente a caução” (SCIALOJA, *Procedimiento*, loc. cit.).

(101) D. 39, 2, 7, pr.; 39, 2, 15, §§ 15 e ss. “ e esta segunda *missio* tem como efeito a atribuição da propriedade pretória, em virtude da qual o *missus* desaloja o proprietário e se assenhoreia da coisa” (SCIALOJA, *Procedimiento*, loc. cit.). Cfr. SCIALOJA, *Corso*, p. 229; KELLER, o. c., § 77, p. 370.

(102) SCIALOJA, *Procedimiento*, loc. cit.; *Corso*, p. 227; PALERMO, o. c., p. 106.

(103) BRANCA, o. c., ns. 81, 94; PALERMO, o. c., p. 122.

a pretensão como direito assegurado pela lei (104). “Então — escreve BRANCA — como a regra, que impõe a intervenção do juiz para os danos futuros, se torna uma norma querida pelo ordenamento jurídico, assim a pretensão legítima de quem pede uma *cautio* não pode deixar de ser uma ação, atuando-se uma norma de direito, que, por sua natureza, não é diversa de tôdas as outras que se protegem com a *actio*” (105).

A ação visava uma sentença que impusesse a caução. Para coagir o réu, assim condenado, o juiz, que substituíria o pretor do período clássico, recorria às *missiones*, primeira e segunda.

Mas, ainda no período post-clássico e acentuadamente no justinianeu, operaram-se transformações quanto à natureza e à finalidade da *actio* e da *missio*. No período justinianeu, por força da lei, que sintetizava, na espécie, antigos preceitos civis, administrativos e pretórios, o vizinho ameaçado tinha *direito à caução*, ao que correspondia um ônus, ou obrigação, da parte do proprietário do prédio que ameaçava. Assim, a *actio* visava a atuação daquêle direito, do qual a *missio in possessionem* era a garantia (*praetorium pignus*) (106). Dêsse modo, a *missio*, que no período clássico tivera caráter penal (107), no justinianeu perdeu êsse caráter, assumindo o de garantia do direito tutelado. Não havia, então, necessidade de verificar-se da parte do obrigado recusa à prestação da caução, para que fôsse ordenada a *missio in possessionem ex primo decreto*: esta se impunha ao mesmo tempo que a caução, ou, mais precisamente, a condenação era alternativa — *aut cavere aut esse in possessionem permittere* (108). Decorrido um certo prazo e persistindo o réu na recusa, o juiz ordenava a *missio*

---

(104) BRANCA, o. c., ns. 82, 85; PALERMO, o. c., p. 123; BETTI, o. c., § 102.

(105) BRANCA, o. c., n. 82.

(106) BRANCA, o. c., n. 88.

(107) Vide n. 139.

(108) BRANCA, o. c., n. 88.

*in possessionem ex secundo decreto*, que era definitiva (109), e que atribuía ao autor o domínio da coisa (110). Para isso, aliás, não era necessário que o réu declarasse não querer prestar a caução, bastando que, no decurso do prazo, não a prestasse, por entender-se que, assim procedendo, mostrava êle desinteressar-se pela coisa, em cuja posse o autor já tinha sido imitado provisoriamente (111).

143. No sistema bisantino, com a crescente estensão de poderes das autoridades administrativas na fiscalização e execução dos regulamentos referentes ao mau uso da propriedade, acentuou-se o declínio da *cautio*, que se manifestara no período justiniano (112). Para isso muito influíu a limitação do direito de propriedade pelas *servidões legais*, em que se convertiam muitas das restrições impostas por aquêles regulamentos, e que valiam como medidas suficientes ou ao menos capazes para prevenir danos futuros. Certo é que as Basilicas não cogitavam do *damno infectum* e à *cautio* se referiam incidentalmente ou quando tratavam da *operis novi nuntiatione* (113). Isso não quer dizer que desaparecesse de todo o instituto da *cautio damni infecti*, mesmo no sistema bisantino, em que estaria confundido com providências administrativas.

No direito comum, ou no estatutário, dêle se ocuparam glosadores e comentadores, como se tratassem de instituto vigente (114). Salienta BRANCA a *cautio*, nos moldes do

---

(109) BRANCA, o. c., n. 89.

(110) BRANCA, o. c., n. 90.

(111) “O malôgro da *promissio* revela-se como se fôsse presumida *indefensio* da *res* e, de tal forma, legitima o início ou a continuação da tomada da posse da coisa, que se torna a garantia. O decurso do tempo transforma a presunção de *indefensio* provisória em presunção de *indefensio* definitiva (*derelictio*) e, consequentemente, a imissão de provisória em irrevogável” (BRANCA, o. c., n. 89).

(112) BRANCA, o. c., ns. 110, 112, 114.

(113) BRANCA, p. c., n. 114.

(114) BRANCA, o. c., ns. 115, 116. “Os glosadores consideraram o instituto como vital. Igualmente os comentadores” (BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, ed. 1933, n. 723).

direito clássico, na Glosa Torinense, anterior ao século X (115), e, no século XV, na *Summa Institutionem* (116).

Mas o direito comum, quanto à matéria, já se apartava dos princípios do direito romano, nesse particular influenciando notadamente BARTOLO, por introduzir o conceito de *culpa* do proprietário da coisa que ameaça perigo (117). Assim, o proprietário, instado para restaurar a coisa, incidia, não o fazendo, em culpa *in omittendo*. Ainda a influência de BARTOLO fêz distinguir as hipóteses de ameaça de dano, provinda da coisa, conforme se refletissem sobre pessoa — *de re ad personam*, ou sobre outra coisa — *de re ad rem*. Na primeira, o ameaçado devia solicitar providências de natureza administrativa às autoridades competentes, prevalecendo aí a tradição do direito bizantino; na segunda, cabia-lhe socorrer-se da *actio*. Na sequência desse desenvolvimento, esta se desnaturava. Se, por um certo período, ainda a ação tendia à prestação da *cautio* pelo dano futuro, com a consequente *missio in possessionem* quando não prestada, no século XIV a praxe italiana concebia a *actio damni infecti* como remédio visando coagir o réu a *restaurar a coisa, transformada a imissão de posse em meio destinado a permitir que o autor a refizesse, respondendo o proprietário da coisa pelas despesas respectivas* (118).

144. No regime das Ordenações portuguesas, os fatos advindos do mau uso da propriedade e envolventes de relações de vizinhança, pormenorizadamente relacionados (119, estavam sujeitos — ainda quando da independência do Brasil — à competência dos *juizes almotacés* (120), que

---

(115) BRANCA, o. c., n. 115.

(116) BRANCA, o. c., n. 116.

(117) “O princípio da culpa se introduziu sólidamente no sistema” (BRANCA, o. c., n. 116, p. 549).

(118) BRANCA, o. c., n. 116, ps. 549 e ss.

(119) Ord. liv. 1.º, tit. 69, §§ 18-42. Cf. Ord. Manuelinas, liv. 1.º, tit. 49, §§ 13 e ss.

(120) Os juizes almotacés foram abolidos pelo Decreto de 26 de agosto de 1830.

proviam quanto à limpeza das vilas e cidades (121), das testadas das vinhas e herdades (122), e conheciam “das demandas, que se fizerem sôbre o fazer, ou não fazer, de paredes de casas, de quintais, portas, janelas, frestas e eirados, ou tomar, ou não tomar de águas de casas, ou sôbre meter traves, ou qualquer outra madeira nas paredes, ou sôbre esterco e imundícias, ou águas, que se lançam, como não devem, e sôbre canos e enxurros, e sôbre fazer de calçada e ruas” (123). A êsses juizes competia, a requerimento da parte, embargar obras, tanto dentro da vila como dos seus arrabaldes, “impondo a pena que bem lhe parecer, até se determinar a causa por direito” (124).

Não obstante por essa forma em grande parte se prevenissem ou se resolvessem as contendas ocasionadas pelo mau uso da propriedade, a praxe tradicional reconhecia vigente a *actio damni infecti*, de origem romana, mas com as características que lhe haviam imprimido o direito comum e a legislação estatutária. A *actio* não se destinava sòmente a resguardar o proprietário contra a ameaça de dano proveniente do estado ruinoso da casa do vizinho (125), mas também tinha lugar quando a ameaça provinha de outros atos ou omissões deste no uso da propriedade (126), tais como, aponta CORRÊA TELES (127), “1.º Se o vizinho

---

(121) “Cada mês farão alimpar a cidade, ou a vila, a cada um ante as suas portas das ruas, dos esterco e maus cheiros. E farão tirar cada mês as esterqueiras do lugar, e lançá-las fora das partes, onde for ordenado pelos Vereadores, em que serão postas estacas” (Ord., liv. 1.º, tit. 69, § 19). Cf. Ord. Manuelinas, liv. 1.º, tit. 49, § 14.

(122) Ord. liv. 1.º, tit. 69, § 21; Manuelinas, liv. 1.º, tit. 49, § 16.

(123) Ord. liv. 1.º, tit. 69, § 22; Manuelinas, liv. 1.º, tit. 49, § 24.

(124) Ord. liv. 1.º, tit. 69, § 23; Manuelinas, liv. 1.º, tit. 49, § 25.

(125) CORRÊA TELES, *Doutrina das ações*, an. de PONTES DE MIRANDA, ed. 1918; BORGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal*, ed. 1847, 4.º v., § 48, n. 25; LOBÃO, *Ações sumárias*, ed. 1886, 1.º v., § 521 e ss.

(126) CORRÊA TELES, o. c. § 215; BORGES CARNEIRO, o. c., 4.º v., § 48 ns. 20 e ss.

(127) CORRÊA TELES, o. c. § 215, nota 1.



fizer na sua casa tamanho fogo que seja para temer um incêndio. 2.º) Se fizer forno em tal sítio ou com tais materiais que haja o mesmo perigo. Contra os que fazem grande fumo que impeça o uso de comum ou encostado à do vizinho. 3.º) Aquêles que tiver o seu gado infeccionado com doença contagiosa, pode ser obrigado a retirá-lo para onde se não possa pegar aos gados dos vizinhos, ou dar caução. Aos ferreiros e outros artífices que precisam ter continuamente um fogo muito ativo, não só se pode requerer caução estando as forjas onde o incêndio seja para temer, mas ainda interdito”. A êsses, acrescentem-se outros fatos, indicados por BORGES CARNEIRO (128): construção de fornos, moinhos, cloacas; se alguém escava tão alto junto ao edificio que se teme a sua ruína; se faz esterqueira chegada à parede do vizinho, de sorte que esta umideça; se comprime o rio com valados.

Por via da ação, o autor pedia que o possuidor do prédio vizinho desse caução ao dano futuro, com a cominação (129) de se fazer reparo à custa do réu, se possível, ou demolir-se a casa que ameaçava ruína, ou a obra de que provinha o perigo, quando não pudesse ser reparada (130). Vigorava, pois, a praxe estabelecida no direito comum, pela qual a ação tendia a obter a caução, com a finalidade de coagir-se o réu à restauração ou demolição da coisa que ameaçava dano, de modo nenhum admitindo-se a *missio in possessionem*, expressamente vedada por lei (131), no caso da *cautio* não ser prestada. Esta, cuja finalidade era garantir a indenização do dano futuro, (132) se havia por

---

(128) BORGES CARNEIRO, o. c., 4.º v., § 48, ns. 22, 23, 24.

(129) Sôbre o caráter cominatório da ação, ver LOBÃO, o. c., 1.º v. § 521.

(130) CORRÊA TELES, o. c., § 214. Cf. BORGES CARNEIRO, o. c., 4.º v., § 48, n. 32.

(131) Ord. liv. 3.º, tit. 15 pr.; CORRÊA TELES, nota 1 ao § 214; LOBÃO, o. c., 1.º v., § 522.

(132) CORRÊA TELES, o. c., § 216.

prestada quando, imposta, deixasse o réu de prestá-la (133). Outrossim, segundo LOBÃO, em substituição à *missio*, estabelecera-se a praxe, herdada do direito comum alemão, de conceder-se arresto dos bens do obrigado até que êste cautionasse (134).

145. No antigo direito brasileiro, a praxe conservou a ação de dano infecto tal qual recebera de Portugal. Referiram-se a ela PEREIRA e SOUSA e SOUSA PINTO, para a hipótese do edificio vizinho ameaçar ruína (135), mas é de compreender-se que o seu campo se estendia para os casos aludidos por CORRÊA TELES e BORGES CARNEIRO.

Manteve o Código Civil a *cautio damni infecti*, como garantia contra o mau uso da propriedade (arts. 554, 555, 582) e, de conseguinte, a ação para pedi-la. Terá esta o caráter de ação principal ou de mera ação preventiva? É o que se verá no desenvolvimento dos parágrafos seguintes.

---

(133) CORRÊA TELES, o. c., § 216, nota 3; LOBÃO, o. c., 1.º v., § 525.

(134) LOBÃO, o. e loc. citis. “ ou, sendo pobre, que se vendam as casas a quem as compre com a obrigação de reedificar” (LOBÃO, o. e loc. citis.).

(135) PEREIRA E SOUSA, *Primeiras linhas*, ed. 1863, § 169, nota 364; SOUSA PINTO, *Primeiras linhas sôbre o processo civil brasileiro* ed. 1875, 2.º v., § 886; LAFAYETTE, *Direito das cousas*, ed. 1877, nota 5 a p. 73. TEIXEIRA DE FREITAS, anotando a PEREIRA E SOUSA, adição à nota 468, anuncia a praxe de ficar o autor, como medida coercitiva, autorizado a fazer as obras à custa do réu.

# Inexistência de impedimentos para a inscrição na Ordem dos Advogados de doutores e bacharéis pertencentes aos quadros do magistério público.

*Paulo Carneiro Maia*

1. O magnífico reitor da Universidade de São Paulo, professor ALÍPIO CORRÊA NETO, induzido por consulta do assistente da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, sr. LINEU DE CAMARGO SCHÜTZER, à consultoria jurídica daquela entidade, solicitou o pronunciamento dêste conselho seccional sôbre a inscrição de bacharéis integrantes do magistério. Encaminhou-nos o parecer da consultoria, em cujo final se pede semelhante pronunciamento, “em se tratando de assunto de magna importância, que diz respeito às normas do livre exercício da profissão de advogado, de um lado e, de outro, pertine ao regime de proibições e disciplina do funcionário público” (proc. n. C-215/55).

2. Visa o consulente a elucidar “a posição dos membros do corpo docente” da Universidade “perante os artigos 239, item IX e 224, item IX” do Estatuto dos funcionários públicos civis do Estado de São Paulo (dec. n. 12.273, de 28. X. 1941) “em presença do art. 10, n. V, do regulamento da Ordem dos Advogados (dec. n. 22.478, de 20. II. 1933), na redação modificada (dec. n. 24.631, de 9. VII. 1943)”.

No ofício endereçado a esta secção, vem mencionado certo caso permissivo da inscrição, situando-se o problema,

entretanto, como se houvesse sido solucionado à vista do art. 10, n. V, do regulamento, quando disciplina as *proibições* de procurar em juízo, mesmo em causa própria.

3. Transformou-se, assim, a consulta, reduzida a moldes menos ajustados à decisão colacionada, o que se não afinaria com os antecedentes aplicáveis e exorbitaria das atribuições de nossa corporação.

Como órgão de seleção, defesa e disciplina da classe dos advogados (regulamento, art. 1), com competência para velar “pelo livre exercício legal dos direitos dos advogados, provisionados e solicitadores” (regulamento, art. 76, alínea I), embora não seja a Ordem dos Advogados órgão consultivo, pode, a seu arbítrio, responder a consultas de assuntos relevantes. Tanto assim que, no regimento interno (art. 93, alínea II, letra “b”), na ordem do dia prevista para os trabalhos, se menciona a “discussão, votação de propostas, *consultas*, representações e respectivos pareceres”

Revestindo-se a matéria de importância e sendo de significação para a Universidade, segundo o teor do próprio ofício, entendemos que se deve responder à consulta. Naturalmente no que condiz com a aplicação do regulamento. Seria ocioso assinalar que no tocante à exegese do Estatuto dos funcionários públicos civis do Estado de São Paulo o seu exame excederia as nossas atribuições, não obstante possam ser feitas incursões elucidativas também naquêlê terreno para o desenvolvimento da equação jurídica apresentada.

4. A questão, que não nova, está sob a égide do art. 11, n. V, do regulamento da Ordem dos Advogados, *que trata dos impedimentos* e não do seu art. 10, n. V, *que contempla os casos de proibição*. É o primeiro reparo que se impõe, colocando-se o problema em seus tómos exatos, afim de desfazer-se o equívoco contido naquêlê ofício quando, apontando decisão dêste conselho, qualificou-a como assente na “proibição contida em seu regulamento, art. 10, n. V”, inaplicável aos professôres.

Tal decisão, entretanto, proferida em sessão de 23. IX. 1952, deferiu a inscrição do bacharel AQUILES ARCHERO JÚNIOR, que exercia o cargo de professor, *sem os impedimentos do art. 11, n. V*, do regulamento; não ventilou, por descabível, a proibição prevista no art. 10, n. V, como foi afigurado (*in Revista da Ordem dos Advogados*, 1952, vol. XI, fasc. 62, pp. 2 a 5).

5. A invocação de tal julgamento, ao qual se seguiram outros, imediatamente traz a desejada solução e simplifica a nossa tarefa, poupando-nos a reiteração de argumentos. Tanto basta que a êle nos reportemos, firmando-nos no parecer que exaramos naquela oportunidade e que, como parte integrante dêste, oferecemos em anexo, a despeito da sua divulgação (*in Revista da Ordem dos Advogados*, 1952, vol. XI, fasc. 62, pp. 2 a 5).

Com efeito, naquele ensejo, interpretando o art. 11, n. V, do regulamento, sublinhamos que se refere, no início, a “*funcionários públicos administrativos*” e, a seguir, a “*funcionários ou diretores de estabelecimentos ou institutos mantidos pelo Govêrno.*” Registamos, como ora o fazemos, a distinção estabelecida pelo legislador, entre “funcionários” e “diretores”, a indicar o propósito inescandível de não tomar o vocábulo “funcionários” em sentido lato, abrangendo “diretores”

Admitido que a espécie “diretores” não está alcançada pela locução anterior, “funcionários públicos administrativos” — o que transparece iniludível do desdobramento — não há como e porque assim considerar atingidos os professôres.

Deduzimos, então, inclusive pelas demais razões desenvolvidas, a que nos reportamos, *venia petita*, que, diante do texto regulamentar (regulamento, art. 11, n. V), há uma categoria de funcionários públicos cuja inscrição está sujeita a impedimentos e outra que não está. Os impedimentos só alcançam os funcionários públicos administrativos. Ora, os professôres não podem estar aí incluídos. Exercem

funções técnicas e científicas, não estão sujeitos à hierarquia administrativa, gozam de autonomia didática, têm asseguradas a vitaliciedade e a liberdade de cátedra (C. F., art. 168, alíneas VI e VII).

6. Embora, naquela ocasião, tivéssemos invocado as duas deliberações do Conselho federal, desconhecíamos o ocorrido nos processos C. 65 e D. 82, que vieram a ser anexados, após pesquisa “por determinação superior”, como emerge da informação da secretaria.

Do primeiro dêles — que é o de maior interêsse, sendo que o segundo, além de não haver propiciado qualquer decisório, por sua natureza, e sim relatório, contém remissão ao primeiro — apura-se que o tema ficou larga e eruditamente debatido. A discussão foi provocada pela consulta do advogado dr. ARMANDO PRADO, formulada em outubro de 1938, e da qual foi relator LAURENTINO DE AZEVEDO.

O Conselho de então, integrado por ilustres professores de Direito, por maioria e com abstenção deles — abstenção que passou a ser rejeitada pelo próprio Conselho e qualificada por todos como “excesso de escrúpulo dos que se abstiveram de votar em matéria tão interessante” — acolheu o parecer do relator e acabou decidindo que os professores do colégio universitário estavam sujeitos aos impedimentos regulamentares (*in* Boletim Oficial da Ordem dos Advogados, 1939, vol. XX, pp. 25 a 31, 73 a 74 e vol. XII, 1939, pp. 40 a 42).

O Conselho federal, por proposta do cons. ATTILIO VIVACQUA, que submeteu a decisão à sua apreciação, solicitou desta secção “maiores informações sôbre o assunto e a remessa do parecer do dr. LAURENTINO DE AZEVEDO”. Reabriu-se a discussão, precipuamente pela remessa do processo C-143, a fim de que fôsse ouvido “o Conselho desta secção”, consoante ofício de 20.VI.1939. Ensejou-se oportunidade para novos e esclarecidos debates que levaram êste Conselho, pelo voto de desempate do professor NOÉ AZEVEDO, a *reformar a sua decisão anterior e a proclamar a inexistência*

*de impedimentos aos advogados que também exercem o magistério* (in Boletim Oficial da Ordem dos Advogados, 1939, vol. XXII, pp. 40 a 42).

Mais tarde, depois de avanços e recuos, o Conselho federal, no reexame da matéria em grau de embargos julgados a 6 de maio de 1942 (in Jornal do Comércio, de 7.V.1942), resolveu “que aos professores dos institutos oficiais não se aplica o impedimento do art. 11, n. V, do regulamento da Ordem” conforme, aliás, consta do processo D-82, a que nos referimos. Firmou-se, assim, a orientação segura mantida até hoje.

7 Na segunda fase do processo C-65 funcionou como relator o prof. JORGE AMERICANO. Sustentou a inexistência de impedimentos, pois, “estabelecendo a lei distinção entre funcionários e diretores, tomou funcionários na acepção restrita, não compreensiva sequer de diretor e, não abrangendo diretor, não poderia pensar em abranger os professores, que não são, essencialmente, funcionários, visto como não exercem nenhuma parcela de administração no estabelecimento”, conforme resumo constante da ata de 8.VIII.1939 (in Boletim Oficial da Ordem dos Advogados, 1939, vol. XXII, p. 41).

O prof. NOÉ AZEVEDO, em seu não menos minucioso e convincente voto de qualidade, mostrou não existir aludido impedimento. Procedeu à análise profunda do cânone regulamentar projetado, procurando estabelecer o conceito de funcionário público administrativo e de ato administrativo para assentar, em seguida, que os professores de instituto oficial de ensino, empregados somente no magistério, “não praticam nenhum ato jurídico em nome do Estado, nenhum ato que represente declaração concreta de vontade da administração pública por qualquer dos seus ramos.”

A tal propósito, de modo persuasivo e que vem a tempo recordar, considerou: “uma vez que a lei usa dessa expressão restritiva” — funcionário público administrativo — “temos de determinar qual o seu alcance. Se ela só se

refere ao impedimento de funcionários públicos administrativos, não podemos estender o impedimento a todos os funcionários públicos que prestam serviços ao Estado, realizando atos de administração, na acepção ampla desta palavra, compreensiva tanto da atividade jurídica como da atividade social, segundo a escola de *Orlando e Cavagnari*.

Em face do texto, temos de admitir forçosamente que há um grupo de funcionários públicos impedidos de advogar, e outros não, contra a fazenda pública. Os impedidos são somente os funcionários administrativos.

Quais são estes? Penso que são *aquêles* que praticam atos administrativos no sentido próprio, isto é, atos que representam manifestação da vontade do Estado.

Os atos administrativos, segundo a explanação de *Te-místocles Cavalcanti*, podem ser incluídos na categoria dos atos jurídicos. E ato jurídico, segundo a definição do art. 81 do código civil, vem a ser “todo o ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”

Ato administrativo é, portanto, o praticado por funcionário público e que importa em manifestação de vontade do Estado. É ato do qual resultam ou podem resultar direitos e obrigações para o Estado.”

Arrimando-se em *Santi Romano* para reforçar as suas ponderações, já de per si valiosas, concluiu o douto professor e ilustre presidente da nossa secção: “Os professôres de instituto oficial de ensino, empregados somente no magistério, não praticam nenhum ato jurídico em nome do Estado, nenhum ato que represente declaração concreta de vontade da administração pública por qualquer dos seus ramos. De todos os seus atos, no exercício normal da sua função de ensinar, nenhum direito ou obrigação resulta ou poderá resultar para o Estado”.

Demais, não são funcionários sujeitos à hierarquia administrativa. Nomeados mediante concurso, ou não, para reger cadeira, gozam de autonomia didática e não estão subordinados à ingerência indireta dos superiores ou dire-



tores no exercício da função. Por outro lado, também não gozam das vantagens do acesso assegurado aos funcionários administrativos de carreira”

8. A discussão do tema transbordou para a esfera judicial encontrando, da mesma forma, guarida no Supremo Tribunal Federal.

Ao julgar a apelação cível n. 7.580, em que se arguia que o advogado do executado pela fazenda nacional, por ser professor de Direito, não podia agir contra o fisco, o *Supremo Tribunal Federal rejeitou a preliminar*. Acentuou o ministro *Philadelpho Azevedo*: “A circunstância de ser o advogado professor não o impedia de pleitear contra o fisco, em face do regulamento da Ordem e do próprio Estatuto do funcionário, que não assimilam o docente ao funcionário administrativo e isto acaba de ser reconhecido pelo Conselho federal da Ordem dos Advogados, em grau de embargos” (*in Revista de Direito*, 1943, vol. CXLV, p. 501).

Em aresto posterior (recurso extraordinário n. 8.832, Ceará), confirmou o Supremo Tribunal Federal a mesma tese: “O professor da Faculdade de Direito *não se inclui entre os funcionários para que lhe seja defeso advogar nos feitos em que fôr parte a fazenda pública*. Interpretação do art. 226, n. IX, do E. F.” (*in Revista do Serviço Público*, 1946, vol. II, p. 100 e *Jurisprudência cível*, 1947, vol. I, fasc. II, p. 429).

Verifica-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, expressão máxima do Poder Judiciário, interpretou exatamente como a Ordem dos Advogados.

9. Assentado que o professor de Direito não se assemelha ao funcionário administrativo, o que é inequívoco, não há ensejo para ventilar a discussão diante dos citados preceitos do Estatuto dos funcionários públicos civis do Estado de São Paulo.

Poderá ser dito, não obstante, em caráter marginal, que o próprio Supremo Tribunal, nos dois acórdãos invocados, *salientou que o pretenso impedimento inexistente não só*

“em face do regulamento da Ordem”, como do “próprio Estatuto do funcionário” (ibidem).

Interpretou adequadamente, neste passo, o Estatuto dos funcionários públicos civis da União então vigente (dec.-lei 1.713, de 28.X.1939, art. 226, n. IX).

Semelhante mandamento, como os demais arrolados pela consultoria, foi mantido, com mais amplitude, no vigente Estatuto da União (lei 1.711, de 28.X.1952, art. 195, n. IX). Reproduziu-o, com o mesmo adinículo, o Estatuto do Estado de São Paulo (dec. n. 12.273, de 28.X.1941, art. 224, n. IX).

Onde há a mesma razão, a conseqüência é idêntica. Se o Supremo Tribunal, concorde com as deliberações da Ordem, *não vislumbrou impedimento diante do “próprio Estatuto dos funcionários da União”*, por identidade de motivos não podem ocorrer os mesmíssimos impedimentos à luz do Estatuto dos funcionários do Estado.

Igual raciocínio cabe quanto aos demais cânones estatutários (arts. 239, n. IX e 273), lembrados pela consultoria, uma vez que êles obedecem à sistemática do outro dispositivo (art. 224), já considerado.

Diga-se de passagem que a questão da “advocacia administrativa” é muito diferente e encontra punição como crime contra a administração pública (cód. penal, art. 321) : valer-se da qualidade de funcionário para “patrocinar, direta ou indiretamente, interêsse privado perante a administração pública”. E’ aspecto deslocado da questão suscitada, superado implicitamente, e que não merece maior registro.

10. É o que se nos afigura visível e sensível ao intérprete que, sereno e paciente, perscrutar a lei, em tôda a sua projeção, e os nódulos jurisprudenciais de real presença. Assim pensamos e acreditamos deva responder-se à consulta, como a manifestação desejada dêste Conselho seccional, o que não discrepa das anteriormente tomadas, repelindo a ocorrência dos impedimentos.

## O “Robot” e as consequências econômico jurídicas da sua utilização.

*José Pinto Antunes*

Catedrático de Economia Política na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

A ordem jurídica supõe a ordem econômica e por uma razão muito simples, já dada pela sabedoria popular:

“onde não há pão todos gritam e ninguém tem razão”

Sem assegurar a alimentação, pelo menos do maior número, não há ordem social que subsista à revolta dos famintos.

Mas o problema econômico que se põe, da alimentação de todos, possui gravidade natural e continuada pelo seguinte fenômeno universal no espaço e no tempo: todos consomem — homens, mulheres, crianças, pessoas válidas ou inválidas — enfim, o consumo é geral; todavia, nem todos produzem porque só são capazes de produzir os homens válidos, e, mesmo estes, quando podem ou quando querem trabalhar; há as necessidades do descanso, há os dias perdidos pela moléstia passageira e tudo isso impede a continuidade do trabalho do homem válido até nos sistemas autoritários de produção.

Ante esta verificação do senso comum, está posto um problema grave para o *equilíbrio econômico* da produção com o consumo, condição, igualmente, como dissemos, da

---

(\*) Aula de abertura do ano letivo de 1957, proferida pelo Prof. José Pinto Antunes.

ordem pública. Consiste êle em adequar a produção, sempre parcial, de poucos, ao consumo, sempre geral, porque todos consomem, sem nenhuma exceção.

Afinal, o problema da ordem pública supõe a solução deste preliminar econômico oriundo do fato universal de que todos comem, mas, somente poucos produzem.

Portanto, ainda e sempre, a grande questão é o da produção suficiente às necessidades do consumo. E o consumo varia, multiplica e cresce porque, assim, são os desejos humanos — vários, ilimitados, fecundantes, prolíferos, contagiosos. Daí, também, a permanência da *lei do trabalho*. Multiplicando-se, indefinidamente, os desejos, estendendo-se socialmente, sempre precisará o homem produzir para obter a satisfação dos desejos novos e vários do seu grupo social.

Eis a tarefa ingente, o fardo pesado que carregam os poucos que produzem para um mundo inteiro que consome.

Ai está a razão do esforço humano, multifário e continuado, procurando captar energias que multipliquem os seus esforços, criando e aperfeiçoando as técnicas produtivas, tudo no afã pelo equilíbrio, sempre difícil, entre uma produção parcial e o consumo total.

O capital é o bem que se destina à produção de outro bem. Produzir um bem para, com êste bem, produzir melhor outros bens, eis a essência da técnica capitalista comum à todos os regimes de produção, seja liberal ou autoritário.

E o evoluir do progresso técnico conta a mesma história do esforço do homem pelo equilíbrio entre a produção e o consumo, objeto da Ciência Econômica e condição essencial à ordem jurídico-social. As ordens jurídicas são aferidas, preliminarmente, pelo seu rendimento econômico. O povo pede, antes de tudo, o regime que lhe assegure o pão.

Na busca de novas técnicas multiplicadoras da produção o homem deu dois passos gigantes assinalados como revolução industrial.

O primeiro foi quando conseguiu, pelo trabalho inventivo, captar as energias naturais para pô-las ao serviço da

produção. As máquinas, sucessivamente inventadas, a começar dos fins do século 18, multiplicaram espantosamente a capacidade de produção humana. Todavia, ao mesmo passo, a civilização requintou-se; os modos de viver bem universalizaram-se; enfim, a extensão social dos desejos acelerou e multiplicou a intensidade e variedade do consumo, repondo o problema do equilíbrio econômico em toda a sua primitiva gravidade insita. E mais ainda. O regime da produção empresária determinou a subordinação do trabalho ao capital, criando o assalariado. *Ex facto oritur jus*. A intervenção do Estado, a ação coletiva dos próprios interessados foi determinando a disciplina jurídica do contrato individual do trabalho e um direito, com carregado caráter de intervenção econômica, foi surgindo como parte imponente da nova ordem jurídica do século 19.

A extensão do sufrágio universal, consequência das revoluções políticas pelas liberdades, fizeram que os governantes voltassem a ação política em benefício da classe que, numericamente, crescia em razão do novo regime produtivo. Atrás dos trabalhadores subordinados viam, os políticos, os eleitores, que decidiam, pelo sufrágio universal, da eleição dos titulares do Poder.

O Direito do Trabalho, de princípio de ordem, passou a fator de desequilíbrio, porque em contradição com as exigências irremovíveis das leis do preço que regem a produção. O direito legislado se contrapõe às necessidades econômicas. A crise da economia traz a crise do direito. A ordem econômica, abalada nos seus alicerces, ameaça levar na sua queda a própria ordem jurídica que condiciona.

Os regimes políticos são passados em revisão. A liberdade consentida, dos regimes democráticos, em grande parte do mundo, cede à disciplina autoritária na ordem econômica e política. A propriedade individual que assegurava, pelo excitamento da iniciativa privada, a maior produção dos homens válidos, é substituída, nas democra-

cias, ditas populares, pela propriedade coletiva com o Estado agente único da produção. A liberdade, substituiu-se o plano econômico, traçado, dirigido e executado pelos dirigentes do poder político.

Quando isto acontece na ordem jurídica, a ordem econômica, por sua vez, sofre mutações profundas, explicadas pelo princípio da causalidade recíproca entre fenômenos econômicos e jurídicos.

O direito legislado impõe-se pela autoridade política, como solução querida pelo povo nos regimes democráticos. A economia, travada no seu desenvolvimento livre modifica-se, ageita-se, refazendo o caminho para as suas leis sob o pêsso da ordem jurídica que não lhe convém. Procura, se lhe der tempo, a solução pacífica para o reajuste das duas ordens — a econômica e a jurídica, que subsumem na ordem maior, que é a ordem social tôda.

O fator Trabalho, principalmente na sua feição subordinada, passou a exigir, pela lei e pela fôrça dos grupos organizados em sindicatos, perto de 80% do produto líquido nacional.

O capital, mesmo nos países classificados como capitalistas, pelo reconhecimento jurídico da propriedade privada dos instrumentos de produção, mesmo nestes países democráticos, o capital foi submetido, economicamente, ao serviço do trabalho. Reinava, ainda, mas, também não mais governava. . Do rendimento nacional líquido, já em 1950, como observava WARSLEY LEONTIEF (1), 75% cabia à parte do Trabalho!

Os rendimentos do Trabalho, na combinação da produção empresária ou capitalismo, pela fôrça do Direito trabalhista e pela ação dos sindicatos dos trabalhadores, passaram a ser a “parte de leão”, na divisão do bolo produtivo. Principalmente nos países plenamente desenvolvi-

---

(1) *Automatic Control* (a scientific american book), ed. Simon and Schuster, New York, 1955 (diversos colaboradores).

dos diminuía, anualmente, a parte dos demais fatores em benefício do maior salário. Ao Trabalho, cada vez mais, as leis e os contratos coletivos dão o maior quinhão dos rendimentos comuns.

Na ordem econômico-jurídica generaliza-se a solução fraudulenta para o problema que se agrava — a inflação. Desvalorizando-se a moeda, o aumento do salário se torna meramente nominal. Promete o demagogo pão barato ao povo e trigo caro ao agricultor

Conhecemos, e a experiência universal ensina, que o remédio é pior do que a moléstia.

A solução, na ordem econômica, contra a absorção dos rendimentos dos fatores pelo fator Trabalho, é encontrada na chamada 2.<sup>a</sup> revolução industrial, que é a da introdução e generalização da máquina automática, isto é, a empresa *sem operários*.

A produção procura se libertar deste produto caro, exigente e molesto, representado pelo operariado organizado em sindicatos e favorecido em ação contínua por uma legislação contra as leis econômicas, que, necessariamente, condicionam a maior produtividade.

Todo trabalho compreende três elementos: percepção, decisão e ação. A primeira revolução industrial, captando as energias artificiais, multiplicou assombrosamente a eficiência da ação. A superioridade da máquina sobre o homem e sobre o animal, no domínio da energia orientada em movimento, tornou-se manifesta e assombrosa. O animal, e o homem ainda menos, revelaram-se mesquinhos motores ante a força energética de um modesto motor mecânico.

Mas, ao lado desta fraqueza intrínseca, o homem, pelo senhorio ou direção da máquina, transformou-se em senhor do grande poder produtivo. Ao invés do escravo humano de fraco rendimento, põem-se ao serviço dos empresários, que governam a produção, milhões de escravos mecânicos que multiplicavam e multiplicam por dezenas de milhares a eficiência da ação produtiva. Mas a percepção das si-

tuações, a decisão dos movimentos continuaram, ainda, essencialmente, humanos. A grandeza das forças artificiais, oriunda das novas energias captadas, tornava, porém, mais importante a ação humana pelo acréscimo das responsabilidades na percepção e decisão das ações. As máquinas do século 19 asseguravam, porém e somente, uma fase do trabalho — a ação, multiplicando-lhe a intensidade pelas energias artificiais captadas, mas, por isso mesmo, tornavam-se mais penosas e exigentes a percepção e a decisão. Assim, a primeira revolução industrial não liberou o homem do trabalho, mas criou a paradoxal situação de servo e senhor do seu próprio invento.

Foi neste século que, em passos acelerados, a máquina automática passou a substituir o esforço humano nas três formas de sua expressão: a percepção, a decisão e a ação. A máquina completa dispensa o homem porque, num fenómeno de partenogênese mecânica, chega a máquina até a produzir a própria máquina; o trabalho humano inventivo sobe de ponto, é fato; mas os trabalhos de compreender e dirigir, que, até então, constituíam especialidade humana, passam a ser melhor executados pelas máquinas automáticas.

É a revolução do *robot*, que se define como sendo a máquina que se alimenta e trabalha sem a nossa intervenção.

Data de 20 anos o movimento desta revolução de consequências econômico-jurídicas imprevisíveis. É uma ciência nova — *a cibernética*, que abala, num impacto violento, tôdas as ciências, desde a filosofia do conhecimento até as variadas técnicas.

Em Harworth, uma empresa inteiramente automática produz, diariamente, 500.000 lâmpadas elétricas sem a intervenção da energia ou do trabalho humano; tôdas as operações são entregues a *robots*, desde o recebimento da matéria prima dos vagões até a embalagem e verificação da mercadoria para a entrega ao consumo.



Numa ilha do Tâmis, existe, igualmente, uma fábrica sem operários — a Sargrove, destinada à fabricação de aparelhos de rádio e onde se produzem dezenas de milhares por mês sem a intervenção do trabalho humano.

Até o setor agrícola está sendo tomado pela revolução. Em Betsville experimenta-se um trator servo-comandado que trabalha sózinho os campos (2).

Nos escritórios a revolução toma iguais proporções. A máquina automática supera a eficiência do cérebro humano. Nos Estados Unidos, uma máquina utilizada pela “General Electric” prepara, em 6 horas, a lista de salário de 12.000 empregados, trabalho feito, antes, por 250 empregados em 7 horas de atividade. O “Bank of America” instalou uma máquina, servida por 9 empregados, para fazer o serviço de 50 contadores (3).

A Remington Rand’s capitaneia a revolução neste setor, criando máquinas, sucessivamente aperfeiçoadas, que realizam maravilhas no campo da percepção e da decisão do trabalho, até então atos privativos da inteligência humana.

A memória de tais máquinas possui a capacidade de jogar com milhões de algarismos e milhares de instruções, o que era inconcebível na capacidade humana. Pode a máquina o que não pode o homem.

Um *robot-tradutor* faz a versão dos documentos russos para o inglês, na razão de 100 palavras por minuto. Anuncia-se, igualmente, a experiência com o *robot-professor de linguas...* Melhor, muito superior ao de carne e osso — sabe, é anônimo e principalmente imparcial.

Constitui o *robot*, pois, uma revolução, também, no campo do conhecimento. Os cérebros eletrônicos superam os cérebros humanos nas percepções e decisões produtivas.

---

(2) ALBERT DUCROCQ, *L’Ère des Robots*, ed. R. Julliard, Paris, 1953.

(3) “A automatização e os países subdesenvolvidos”, artigo publ. no “O Estado de São Paulo”, de 16-10-56.

A esta altura da descrição dos fenômenos maravilhosos do nosso tempo a inteligência curiosa indaga das suas *consequências sociais*.

Antes de tudo, a teoria da imputação dos rendimentos demonstra a decrescente participação do trabalho humano na produção das utilidades. A parte imputável ao capital, representada pelas máquinas automáticas, é quasi total na contribuição produtiva. A regra da distribuição sofrerá, assim, uma alteração fundamental pelo decréscimo do salário global. Em suma, o rendimento global é resultado quase exclusivo de capital, porque o esforço do homem desaparece na insignificância da sua contribuição para o acervo produtivo. A produção é, tècnicamente e de modo exclusivo, capitalista. Calcula-se que, em 1960, a energia do homem, somada ao do animal, empregada na produção, não irá além de 4%; 96% será obra das máquinas! (4)

O empresário, da era dos *robots*, combina os fatores com exclusão, cada dia maior, do fator trabalho. O contrato de trabalho que, há pouco, se estendia e generalizava, pesando no custo da produção, deixa de um momento para o outro, de ter importância e se amesquinha.

O Direito do Trabalho, que disciplinava uma relação jurídica que se estendia com o crescimento do operariado — a do trabalho subordinado, perde o seu campo de aplicação, porque o esforço humano deixa de ter a importância originária como fator da produção. O *robot* dispensa o trabalho subordinado do operário, pois o executa melhor, de modo mais eficiente. O *robot* é máquina e a máquina é capital. O capital substitui o trabalho na combinação produtiva.

A frase marxista, “o direito do operário ao produto integral do seu trabalho”, torna-se uma reivindicação sem sentido na revolução pelos *robots*. O trabalho subordina-

---

(4) THOMAS R. CARSKADON and RUDOLF MODLEY, U.S.A. Measure of a Nation, Ed. Macmillan, New York, 1949.

do torna-se, dia a dia, sem utilidade econômica; está passando o seu tempo. A produção prescinde, cada vez mais, do trabalho individual, subordinado.

E então, qual o novo princípio de justiça para estes novos fatos sociais de natureza econômica? Qual será a distribuição justa?

O desemprego técnico está à vista. O trabalho não qualificado perde a sua função econômica. Mesmo o trabalho qualificado vê restringir, cada dia mais, o campo do seu emprego. Até o trabalho diretivo, executa-o melhor o *robot*. A produção pede novos *robots*, para a solução dos problemas que a própria revolução vai suscitando. O trabalho inventivo ainda permanece na sua primazia técnica, mas os inventores são os aristocratas do fator trabalho — constituem a minoria do operariado. E, então, o *chômage* dos demais trabalhadores, que constituem a quase totalidade no mundo do trabalho, é a perspectiva social que surge como novo problema jurídico posto em desafio à inteligência e cultura dos cientistas do direito.

A esta altura, a minha palavra se dirige a vós, exclusivamente, meus jovens amigos acadêmicos.

Não é esta Casa centenária uma escola de leguleios. Saber o direito vigente, para aplicá-lo, é tarefa modesta demais para a sua história de tanta grandeza. O estudo do direito legislado, o ensino profissional é a parte comum que marca a semelhança da Escola do Largo de São Francisco com as demais escolas brasileiras. Mas não é este o forte do seu ofício.

Tôda semelhança supõe uma parte de dissemelhança. E o que nos distingue, na ação histórica, é sermos sempre a ação em busca de soluções novas para os problemas emergentes da ciência jurídica. Em razão disso, somos uma Escola em continuada revolução, porque temos um Ideal de Justiça que nos dá a constante insatisfação do presente e a ânsia pela mudança para o melhor, que é o mais justo.

O direito justo é um ideal. E o ideal é a realidade sem os seus defeitos. Quem sonha com o direito justo é,

por isso mesmo, um inconformado com as injustiças do direito legislado e realizado. Um revoltado contra os fatos.

Não foi à-toa que no pórtico desta casa inscreveram-se os nomes de três poetas e entre os bustos dos seus grandes filhos, confundem-se, sem hierarquia, poetas puros e juristas.

A poesia é o inconformismo. O poeta é um revolucionário porque inconformado até com os meios de expressão do sentimento. Cabe-lhe no peito o universo, mas a palavra somente pinga o cotidiano e o vulgar. O poeta não é a sua poesia escrita ou falada, mísera expressão verbal, mas a imensidão inextrincável do seu eu tumultuoso e aflito que a deficiente expressão anuncia na ância da comunicação difícil ou impossível. É extremado por vocação. “A sua inteligência transcende a razão conceptual e lógica em busca do domínio imenso da razão intuitiva e super-lógica” É tal qual o cientista do Direito.

É “preciso que alguém esforce-se por dizer o que é impossível dizer revelando assim a profundidade do humano.”

A Academia de São Paulo é a escola dos poetas da Justiça. Não queremos o mundo que aí está, mas aquêles que vemos e sentimos nas nebulosas do futuro ou nos sonhos de Perfeição. A injustiça dos fatos consumados revolta nos, mas nos anima à ação pelo melhor. O direito legislado não nos satisfaz, porque a lei não realiza a Justiça que vive em nossos corações insatisfeitos.

Esta Escola é assim, de poesia e revolução, porque há 130 anos serve ao Ideal da Justiça. Realizamos, através da história, o aperfeiçoamento continuado das Instituições jurídicas não atingindo a Perfeição porque é esta o próprio Ideal que *não pode* ser Real.

Ai estão em vossas mãos, meus jovens acadêmicos, os novos problemas jurídicos que vem suscitando a nova revolução industrial. O direito e a economia são instrumentos ao serviço da felicidade humana. Fazê-lo adequados ao fim, é tarefa difícil e diuturna, de sabedoria e coração.

Sois, meus jovens alunos, os novos cavaleiros armados para esta Cruzada sem término. Sonhai com a Justiça. O sonho é que arma os lutadores para os grandes serviços da Pátria. A poesia inspira o impossível. E o impossível da Justiça é o nosso Ideal. A luta pelo ótimo realiza sempre o melhor.

A luta pela Justiça, que é o ideal Jurídico, é a perene lição desta Nobre Casa. E, assim, é, também, a nossa *Primeira Lição* como intérprete regimental das gloriosas tradições da Academia de Direito de São Paulo.

Senhores acadêmicos.

Sêde bemvidos.

## Pacto sôbre os direitos do homem.

*Discurso pronunciado pelo professor Antônio de Sampaio Dória, a respeito da "Cláusula Federal" durante os debates da III Comissão, em Novembro de 1953.*

No projetado pacto sôbre os direitos do homem, o artigo relativo aos Estados Federais suscitou dois projetos de resolução em sentidos opostos, um da Austrália, e o outro do Egito.

São ambos convites ao Conselho Econômico e Social, um, para que adote, e o outro para que rejeite, no futuro pacto, uma cláusula de ressalva, em benefício dos Estados Federais.

Consiste a ressalva em que, se, para qualquer artigo do pacto, "que o govêrno federal considere como dependente, no todo ou em parte, da competência federal, as obrigações do govêrno federal serão as mesmas que as das partes contratantes, que não são Estados Federais" para todo artigo que o govêrno federal considere, "em virtude de seu regime constitucional, como dependente, no todo ou em parte, da competência dos Estados, Províncias ou Cantões, que constituam o Estado Federal, o govêrno federal levará, o mais cedo possível, estas disposições ao conhecimento das autoridades competentes dos Estados, Províncias ou Cantões, recomendando-lhes a adoção."

Esta é, em substância, a ressalva, aplicável aos Estados Unidos, Canadá, Austrália e Índia.

Contra ela, porém, formula o Egipto, um projeto de resolução, convidando a Comissão dos Direitos do Homem a não fazer figurar, no projeto, que está elaborando, isenção nenhuma aos Estados Federais.

Meu país substituiu, desde 1891, pela estrutura federativa de Estado, a estrutura unitária do Império, caracterizada principalmente pela interferência do govêrno central na composição dos governos locais.

Apesar, porém, de ser Estado Federal, a ressalva em debate não lhe aproveita. Não obstante, é substancial para os Estados Federais, como os Estados Unidos da América,

Parecerá incompreensível que, sendo o Brasil Estado Federal e favorecendo a ressalva esta forma de Estado, ao Brasil ela não tenha aplicação.

É que nem todos os Estados Federais têm, por elemento específico, a competência provincial de legislar sôbre direitos do homem. O termo “Estado Federal”, usado, em espécie, no projeto do Pacto sôbre os Direitos do Homem, é palavra equívoca. Há equivocidade no emprêgo do termo genérico, para lhe precisar tôdas as formas.

O que é essencial e comum às espécies de Estados Federais, como, por exemplo, os Estados Unidos da América, e os Estados Unidos do Brasil, é:

- 1 — coexistência de governos, federal e estadual, autônomos e independentes entre si;
- 2 — subordinação das duas ordens políticas: União e Estados, à mesma soberania nacional, indivisível e para todos.

E aí se têm as duas realidades básicas de direito público: autonomia (poder próprio para compor o govêrno, dentro de princípios impostos) e soberania (poder próprio, acima do qual não há outro, para compor o govêrno).

Sòmente a Nação, que abrange, no Estado Federal, a União e os Estados, é soberana.

Pela constituição por onde impere, a nação soberana distribui, pela União e pelos Estados, o exercício do poder público, outorgando à União, como seu órgão supremo, e negando aos Estados, a representação internacional.

Não seria admissível que as 48 unidades federativas dos Estados Unidos, cada uma autônoma, e nenhuma soberana, enviassem embaixadores às Nações Unidas. Só nações soberanas, e nunca províncias subordinadas a um poder central, ou, mesmo, autônomas, mas subordinadas à mesma soberania nacional, cristalizada numa Constituição, somente nações soberanas podem ter, legitimamente, representantes, de igual para igual, junto às Nações Unidas.

Nos Estados Federais, a repartição das competências que a constituição reserve à União e aos Estados, varia, em cada Estado Federal, com as tradições políticas, a extensão territorial, e a índole dos povos.

No Brasil, a quantidade de poderes, atribuídos pela Constituição aos Estados que lhe compõe a federação, é menor que a amplitude das competências mantidas para si pelos Estados americanos, quando fundaram a União. As 23 emendas ao texto primitivo da Constituição norte-americana, a guerra civil de 1865, e as interpretações da Suprema Côrte, desdobrando os poderes implícitos da União, ainda não habilitaram o govêrno federal a desconhecer, nos Estados, competência para legislar em matéria de direitos do homem.

No Brasil, ao contrário, as Constituições desde 1891, que adotaram a federação, transformando as antigas províncias imperiais em Estados Federados, reservaram à União tôda competência, para legislar, não só sôbre os direitos do homem, como sôbre todo o direito substantivo, civil, comercial, penal, e, até, processual. Ao mesmo tempo, reconhecem aos Estados, ou Províncias, autonomia, direito próprio, para instituírem seus governos, mas limitada pelos princípios que a Constituição lhes impõe.



Eis a razão por que, ao Brasil, Estado Federal como os demais, não se aplica a ressalva proposta ao estudo da Comissão dos Direitos do Homem.

Nem por isto, porém, deixa o Brasil de reconhecer a procedência da ressalva aos Estados Federais, cujas unidades federativas tenham, pelas respectivas constituições, competência para legislar sôbre direitos do homem.

Os governos de tais Estados como o do Canadá, da Austrália, dos Estados Unidos da América não têm autoridade para negar aos Estados ou Províncias que os constituem, nenhuma das competências que lhes outorgue sua constituição federal.

Bastará, pois, a consideração de serem várias as espécies do Estado Federal, para não supô-los todos, razoável e necessariamente, sob a mesma disciplina. E, menos ainda, encurralar o Estado Federal, cujas unidades possam legislar sôbre direitos fundamentais, neste inevitável dilema, ante um pacto que devam subscrever: ou praticam, sem autoridade constitucional, um ato nulo, e que, por isto, não obriga; ou se abstêm de assinar ou ratificar, por carência de autoridade, um pacto sem restrições.

Admitir a ressalva cuja síntese se expôs, não importa reconhecer privilégios aos Estados Federais, a que se ressalva. Mas apenas reconhecer a lealdade com que previnem a impossibilidade em que se acham, pelas constituições de seus países, de assinar o Pacto para cujo cumprimento integral não têm autoridade legal.

Por outro lado, alheiem-se a um pacto sôbre direitos do homem, sua enumeração, suas garantias efetivas, precisamente nações onde a autoridade pública se concilia com as liberdades individuais? onde o homem é livre, e o poder está limitado na lei? Os mais leais defensores dos direitos do homem e das liberdades individuais hão de ser os únicos que não possam ser *partes* em convenção internacional sôbre a defesa dêstes direitos?

Não teria senso.

Promete muito a garantia internacional dos Direitos do Homem. Mas, acima desta garantia, idealista e generosa, nação nenhuma deixa de queimar o último cartucho pela inviolabilidade de sua soberania.

A ressalva da cláusula federal é respeito à soberania do Estado onde a União partilhe com as Províncias a legislatura dos direitos do homem.

Por esta razão, o Brasil julga prudente, não a exclusão, mas a continuação, para estudo, da cláusula em debate.

Meus agradecimentos, Senhor Presidente.

## Por três anos, Até 1955... (\*)

*Basileu Garcia*

Catedrático de Direito Penal na Faculdade  
de Direito da Universidade de São Paulo.

Por três anos, até 1955, prezados bacharelandos, fui vosso professor. Éreis, aproximadamente, trezentos rostos jovens e simpáticos, com aquela proverbial irrequietude da mocidade. Mas, ou eu muito me enganava, ou os vossos olhos e ouvidos estavam realmente atentos às preleções de Direito Penal, disciplina cujos aspectos humanos pareceram desde logo despertar a vossa curiosidade.

Há, no estudo desse ramo da ciência jurídica, algo de épico e comovente, na efervescência das idéias liberais e suas reivindicações audazes, após a longa fase de trevas em que andaram mergulhadas as comunidades oprimidas. Na trincheira das instituições penais travaram-se as mais fecundas batalhas pela liberdade. As reformas estruturais que marcaram o seu campo no passado foram conquistas contra o arbítrio. Por certo, havieis de vibrar na rememoração das vicissitudes agoniadas por que passou a humanidade até que se suplantassem os desvarios do poder para chegar-se ao equilíbrio dos interesses individuais e sociais na repressão ao delito.

No exercício do magistério, não me mantive distanciado de vós. De modo geral, tomastes parte ativa nas aulas, com as vossas constantes interpelações, que sempre admiti e mesmo incrementei, convencido de que essa animada interferência vos convidava ao raciocínio. A atenção ne-

---

(\*) Discurso de paraninfo à turma de bacharéis de 1956.

cessita ser cultivada. Arrisca-se a monologar, sem ouvintes, embora numa sala repleta, o expositor que de quando em quando não espicaça a atenção por algum método que modifique o terra-à-terra do panorama e sacuda as inteligências sufocadas pela monotonia e pelo cansaço. Eis porque eu tantas vêzes vos envolvi nas explanações, provocando a vossa intervenção e respondendo com solicitude às vossas perguntas, fôsem muito cabíveis ou pouco, sem jamais declará-las impertinentes ou de outra maneira menosprezá-las.

Procurei conviver convosco, sondando-vos e colocando-me ao vosso lado sem barreiras difíceis. Assim, tornámo-nos bons amigos, a tal ponto que de muitos de vós colhi, não raro, palavras absolutamente francas de crítica, o que tenho como a expressão mais alta da cordialidade nas relações entre o mestre e os seus discípulos. Quando, a despeito dos nossos complicados ritos universitários, o aluno não se constrange em comunicar ao professor o que pensa, nem vislumbra nisso uma fantástica demonstração de petulância capaz de estarrecer os colegas, e o faz com desataviada lealdade, é porque o destinatário das suas revelações lhe inspira confiança. E inspirá-la constitui legítima recomendação à estima. Inspira-nos confiança aquêlle com quem sabemos poder contar, aquêlle que tem boa vontade em nos ouvir e se mostra propenso a nos valer de alguma coisa. Porque cuidei de angariar a vossa confiança, elegestes-me paraninfo.

Já o hiato de um ano se interpusera entre a nossa despedida e a vossa gènerosa escolha, tempo mais que bastante para me banirdes de tôda recordação. Entretanto, fostes buscar-me no recolhimento da minha existência obscura para me conferirdes a honraria insigne que neste momento desfruto e que, a meu ver, é a maior a que pode ser alçado um professor.

Nem por um momento subestimei o vosso gesto. Na quadra em que me encontro, os desenganos foram tantos, as amarguras tamanhas, que o ceticismo já me congelou,

inevitavelmente, largo trecho da alma. É fraca, então, a receptividade às seduções e aos deslumbriamentos. Bruxoleia a chama dos antigos entusiasmos. O aguilhão da vaidade, que é um dos estímulos mais agudos da criatura neste vale de lágrimas, acha-se enfraquecido, quase extinto. Passado o cabo da boa esperança, já não existem postos a pretender, dignidades a almejar, láureas a ambicionar. Todavia, é verdadeiramente encantadora esta com que me galardoastes: ser o vosso paraninfo.

Confesso espontâneamente, sem subterfúgios, que a eleição com que me distinguistes me comoveu e sensibilizou e continua a comover-me e a sensibilizar-me como nada me comoveu e sensibilizou tanto até hoje. O professor que recebe semelhante prêmio renova as suas energias. Vê-se compreendido e apoiado; julgado, pelas suas ações e omissões, pelo pouco que fêz e pelo muito que deixou de fazer. E absolvido. Note-se que não há julgador mais inflexível do que o estudante, em face de quem o obriga a estudar.

A emoção explica a tartamudice dos meus primeiros agradecimentos, naquela noite chuvosa em que fostes surpreender-me sob as ruínas da minha residência em reforma. Éreis tantos, e o espaço habitável era tão exíguo! Extravasastes-vos ao relento, sob os respingos do intermitente aguaceiro. O alarido inesperado com que surgistes acordou em sobressalto o quarteirão modorrento, mas a tranquilidade se restaurou ante o tom característico das vossas manifestações, em que sempre se entrecruzam o soturno dos quim-quinquéros e a alacridade estrepitosa do foguetório final. Que é que pude enunciar-vos, em seguimento à cintilante saudação do vosso orador? Lembrai-vos de que falei pouco e falei mal.

Não vos iludais, porém, quanto ao significado daquelas expressões breves e chãs. É o mesmo sentido destas outras, amadurecidas na solidão de um gabinete, no silêncio de quatro paredes. É o mesmo e um só: com poucas ou com muitas explicações, nos solavancos do improvisado ou lendo o que foi meditado, o fato íntimo que os vocábulos

querem exprimir, e nunca exprimirão suficientemente, é a minha gratidão aos estudantes que me convocaram para os apadrinhar neste ato solene.

Convém que vos esclareça como entendo os laços do paraninfado. Não os tenho por frouxos ou fugazes, e sim por estáveis e eternos, *ad vitam*. Indissolúveis como os do matrimônio segundo a nossa Constituição. Sou, pois, como o convidado que vai ao vosso domicilio e não quer mais retornar ao seu. Inútil seria que bocejásseis, sob educado disfarce, a vossa mal contida impaciência ante o prolongamento enfadonho da visita. O hóspede, ultra-convencido do seu dever de cortesia, obstina-se, firme, na poltrona em que o instalaram, e não se despede tão cedo. Análogamente a êsse hóspede, estarei convosco muito mais do que podeis supor, observando a vossa sorte, para o aplauso oportuno ou para confortar-vos nos instantes de desalento.

Paraninfo, assim penso, não é para algumas horas, e sim para muitos anos.

Através dêle, no caso particular da nossa Faculdade, deve perpetuar-se a vossa ligação com esta Casa, da qual saís materialmente, mas da qual jamais deveis afastar-vos espiritualmente. Em suma, o paraninfo é, dentre os professores, o que designastes para ser o vosso cônsul aqui dentro e para continuar a ser, lá fora, o vosso guia e coadjuvante devotado, após a conclusão do curso jurídico.

Nele deveis entrever o colega mais idoso, cujo conselho invocareis nas graves conjunturas de aflicção e desespero, das vacilações atrozes que roem as nossas fibras profundas e instam pelo socôrro amistoso de alguém que nos fale uma linguagem sem preconceito. Ah! quantos de nós deploramos não haver contado, em certas ocasiões, principalmente nos primeiros tropeços, com uma voz que se fizesse escutar sem o intuito de nos ser agradável, mas pretendendo exclusivamente que descortinássemos a razão e a verdade! A muitos erros nos teríamos subtraído, a muitos dissabores cruéis nos teríamos poupado.

Estais apenas para inaugurar a liça que o término do vosso aprendizado propicia e aqui me achais a falar-vos em perspectivas tristes, em que a angústia e o desânimo se apoderam de nós. Escusai-me: é que não desejo esquivar-me à realidade. Qualquer que seja o caminho que escolherdes, a partir da encruzilhada múltipla em que hoje vos encontrais, tereis, antes das vitórias que vos esperam, muito que penar, e é bom que estejais prevenidos para os reveses que defrontareis.

Sereis, provàvelmente, advogados militantes. Para as hostes da advocacia vai o maior número dos nossos bachareis. Como é bela, mas como é também inclemente, a advocacia! Voltaire lamentou não ter podido exercê-la, mas Napoleão exteriorizou a sério o prazer com que cortaria a língua aos causídicos que incomodavam o Estado todo-poderoso.

Os atrativos da profissão não impedem que ela constitua um pródigo manancial de sofrimentos. Para ser advogado, é preciso trabalhar ininterruptamente. Ilusórios e precários são os ócios do profissional dos prélios forenses. A sua pobre cabeça sobrecarregada não conhece o repouso. A preocupação, que o não larga, acha-se voltada para os autos de que lhe abriram ou logo lhe abrirão vista, para o “dossier” que necessita ser revisto e completado, para as provas que terá ainda de coligir, para o arrazoado que delineará de modo a impressionar, a fim de vencer.

Os seus conhecimentos nunca lhe bastam. Há que aprimorá-los dia a dia, lendo e relendo velhas obras, compulsando os escritos doutrinários que surgem, seguindo a volúvel jurisprudência dos tribunais, sistematizando os seus apontamentos, ordenando e crescendo diuturnamente o arquivo que auxiliará a sua memória.

O que sobretudo desgasta o advogado é a sua identificação com os paroxismos do cliente, sem o que será manco e improficuo o desempenho do mister. Advogado, merecedor dêsse nome, é o que patrocina a causa, que lhe foi entregue, como se fôsse a sua própria. Será só? Não; é

bem mais: que defende a causa do cliente como não defenderia a sua própria causa; que coloca acima dos seus próprios bens os que se acham sob a sua vigilância de mandatário.

Direis que isso é paixão e que o homem sensato deve evitar apaixonar-se. Excetuem-se, contudo, as absorventes tarefas da advocacia, porque advogado frio, de nervos de aço, simples espectador, e não ator, dos dramas que se desenrolam à sua frente, não é bem um advogado, estando mesmo a fazer falta no dicionário uma designação que lhe sirva.

A renovação interminável do estudo, um cuidado sem quartel com os assuntos a serem discutidos, um afã estenuante que tomará todo o vosso tempo, eis o que vos aguarda nessa formosa profissão, se a aceitardes em tôda a sua mortificadora efetividade; se quizerdes ser advogados e não diletantes da advocacia.

E quais as compensações? Renome, a reverência, o êxtase da turba? Não acrediteis nessas divindades efêmeras. Fortuna, estabilidade econômica? Poucos a conseguem, e jamais é parecida com a que, com facilidade infinitamente maior, se aufere em empresas para as quais não se requer nenhum aprimoramento especial das faculdades psíquicas.

Em realidade, o consôlo do advogado que se esfalfa nem é a fama, nem é, em geral, a prosperidade e abastança. É a satisfação da sua própria consciência. Traz-nos alguma felicidade a certeza de que ocupamos com eficácia o setor que o destino nos reservou e de que estamos amparando com diligência providencial os que se acercam de nós nas horas mais cruciantes. Nem é tributo secundário a grata aprovação que, tantas vêzes, deparamos pelo caminho. Advogar é pelear, altruisticamente, pelo direito alheio, e o direito é o travejamento da estrutura social. Operário da imensa construção, o advogado erguerá uma coluna mestra se trabalhar com esforço.



Não é preciso, para que seja eficiente a participação do obreiro, que os fados lhe hajam concedido uma lucidez além da comum e que a sua habilidade se compare à do prestidigitador que acha coelhos, flores e bandeiras no fundo de uma cartola vazia. Sem sortilégios, e mesmo na mediania da inteligência, poderá ser notável advogado aquêlê que tiver ânimo forte, fôr perserverante, resistente à fadiga, aos padecimentos morais e sentir decidido gôsto pelo aperfeiçoamento técnico e cultural.

Há quem pense que para advogar é necessário ser um engenhoso inventor de frases bonitas, e logo desanimará ante a incapacidade, em que se percebe, de arrumar algumas proposições sonoras e pomposas. Ledo e cego engano! Não se enleará em dificuldade invencível no falar ou escrever quem tiver um assunto para expor. Não emudecerá na tribuna ou na estacada do revide no processo o defensor persuadido da razão do seu constituinte. Não lhe faltará o argumento convincente se a sua demanda for justa. Se não o fôr, absfenha-se de aceitá-la, e deixe que algum dos mágicos, que por aí existem, inúmeros, a tome a si e a defenda.

O que mais chocará o observador desprevenido, nota, em relação aos tribunais franceses, Henri Robert, é o tom de simplicidade dos discursos. Recorda, a propósito, a apreciação singela, mas expressiva, emitida no auditório parisiense, quando um advogado assás conhecido pelo seu talento terminava uma das suas brilhantes orações: “Quem é? perguntou alguém da assistência, visivelmente entusiasmado. — Não o conhece? contravieram. Mas é maître Vutel! Ah! replicou o interrogante incrédulo, é “maître” Vutel? Como fala com simplicidade!”

A emoção, fora de dúvida, comenta o conspícuo “bâtonnier”, não foi cancelada da oratória forense, como o não foi da vida nem do coração humano. Mas deve ser uma emoção discreta e moderada, que se adivinhe e não pese, que se mostre só em certas inflexões, sem alarde. Nada mais falso do que o gênero teatral no fôro, nada que

possa ser mais perigoso, porque nada nos dá menos a impressão de sinceridade. E consigna que quanto mais um advogado adquirir prática e quanto maior fôr a sua reputação, mais se empenhará em adaptar-se a êsse modelo de concisão e elegante simplicidade.

As mais melancólicas reflexões que já li sôbre o mourejar do advogado — melancólicas mas edíficantes pela austeridade com que a senda áspera do dever é indicada aos que se estreiam — foram enunciadas por um professor desta Casa, já quando estava próximo o fim dos seus dias. Em testemunho da autenticidade das suas declarações, frisou, com Quinault, que nada tem mais para dissimular quem não antevê senão alguns escassos momentos para viver. Com efeito, ao perpassar as reminiscências do Prof. João Arruda, advém-nos a impressão de que o advogado está sitiado numa cidadela, em que os ataques se lhe endereçam de tôdas as bandas, — dos clientes, dos serventuários, dos magistrados.. e também dos demais advogados. Envolve-o a perfídia de gregos e troianos, cavam-lhe a cada passo alçapões, colocam-lhe na trilha espinhos que lhe dilacerarão os pés.

Acompanhe-se êste lance pessimista: “O Código de Ética é tudo quanto há de menos útil. Constantemente se diz que é Moral fazermos aos outros o que quereríamos que êles nos fizessem. Mas, na guerra, do mesmo modo que no fôro, quem seguir êsse conselho está perdido. Na cruenta luta entre os homens, há as represálias, a retorsão, a retaliação e outras medidas não menos duras, autorizadas pelo Direito Internacional. No fôro também o único preceito é “fazer aos outros precisamente o que êles nos fazem”. Proceder de modo diferente é um suicídio. Entre advogados, a menos que se trate de algum com pretensão a ser canonizado, reina a impiedade: *mors tua vita mea*”.

Nos embates judiciários, para o emérito catedrático de Filosofia do Direito e advogado dos mais ilustres que já houve em São Paulo, os membros da nossa grei desmentem o aforismo de que “lobo não come lobo”. Esquecido

— exemplifica — de que nossos avós já haviam feito esta observação, entendeu Nansen, o grande explorador das regiões polares, premido pela escassez de mantimento, salvar os mais fortes de seus cães que puxavam os trenós da expedição, matando os mais fracos, para com esta carne salvar os reservados. Reconheceu logo, porém, que a medida foi inútil, porque os sobreviventes preferiam morrer de fome a comer o repugnante alimento que lhes era fornecido. Se a antropofagia — conclui, desconcertantemente — se acha tão disseminada, se os homens, quando não se atiram às carnes palpitantes ou moqueadas dos seus semelhantes, não recuam em apunhalar a reputação de seus irmãos, é de crer que, se os cães falassem, nunca difamariam seus companheiros, nem seguramente haveria um Dante da raça canina para celebrar um Ugolino perdigueiro”.

Parece, por aí, que esse satirizador impenitente levou longe demais a advertência de um outro comentador dos altos e baixos das refregas judiciárias, o jurista português Pinto Loureiro, para quem aquêle que intente discorrer sôbre as lides do fôro, só porque figure entre os iniciados, não pode ficar adstrito a uma benevolente parcialidade, senão cumplicidade, a qual seria idêntica à do monge que, redigindo a crônica do seu convento, elaborou um volume de mansa apologética.

Se a incredulidade alcançou no ocaso da existência a pena otogenária do nosso antigo mestre ao historiar os seus sessenta anos de vida forense, o escrito que nos legou representa, em muitas passagens, uma conclamação ardorosa, servindo para retemperar os indecisos e dar alento aos que começam. As apreciações são ferinas, as críticas são cáusticas, mas uma inferência confortadora se insinua em cada canto de página.

É exato que, armados cavaleiros para as pugnas da advocacia, tereis de investir contra o campo contrário, em que se acha, sempre, um igual a vós, outro advogado. Mas o que enobrece êsses combates é, exatamente, a sua lisura, a honestidade dos meios empregados em travá-los. Nunca

vos diminuais imitando os que não se respeitam a si mesmos. Imprimi às vossas ações a compostura peculiar aos fortes. Usai de todos os vossos recursos, mas só os recursos lícitos, para destroçar a posição do adversário. Não o priveis, porém, da vossa operante solidariedade. Sobretudo, não cultiveis o rancor que o transforme em inimigo. Estendei-lhe a mão. Deplorai as ocasiões em que os excessos alheios torne isso impraticável.

Uma das mais tocantes virtudes da nossa coletividade universitária é o espírito de classe, o companheirismo. No dia em que não fordes amigos dos vossos condiscípulos, tereis deixado de morar idealmente nesta Casa, de que são filhos todos os que aqui viveram. Não vos olvideis de que a corporação dos advogados, embora afervorada nos dissídios que são o seu ambiente natural, necessita permanecer coesa, sem o que, corroída pela cisânia, não passará de um aglomerado heterogêneo, desprezível pela sua falta de expressão. Mantende-vos, pois, unidos, advogados! Principalmente, desejo que os meus afilhados se vinculem sempre na mesma fraternidade que aqui os reúne numa comunidade de alegria.

Esta não vos pertence exclusivamente, e sim também às vossas famílias. Quantas contemplo, enchendo o salão nobre da Academia com o seu regosijo e com os votos de felicidade augurados aos entes estremecidos que afirmaram o seu triunfo na colação de grau! A festa de formatura, pelo eflúvio de enternecimento a que conduz, bem se parece com a de Natal. É como se fôra um Natal celebrado coletivamente, na unidade dos auspícios que elevam o pensamento a Deus e à Pátria. Partamos dêste conagraçamento afetivo com inextinguíveis reservas de tolerância e compreensão.

A muitos de vós atrairá a magistratura. A êsses ditar-lhes-ão a preferência o horror pelas exterioridades, uma pronunciada inclinação para as soluções equânimes e uma coragem cívica inconsútil. Indiferente às censuras

alheias, o juiz, assim como julga, julga-se, e há de obedecer apenas aos imperativos da sua ponderação serena. Não pode ser popular, já o avisou Teodor Sternberg no seu volume de Introdução à Ciência do Direito: ao aproximar-se dos homens para penetrar-lhes nos designios, pratica atos de redenção tão discreta, que os favorecidos pelo gládio salvador não sabem haverem inspirado simpatia.

A magistratura é um sacerdócio. Não terá genuína vocação para se incluir nos seus quadros quem não aquilatar em si a pureza de intenções que o arminho das vestes tálares simboliza e que alimenta a fôrça moral, a mais poderosa de tôdas as fôrças, porquanto as armas sempre acabaram cedendo o seu passo à toga. Nem a terá quem nutrir aversão pelo gênero humano. Julgar sem doçura, ainda que com acêrto formal, não é praticar verdadeiramente justiça, a cujo conceito, por ensinamento do maior dos Mestres, o Divino Mestre, se associa a idéia de longanidade.

É virtude ser juiz, merecendo a investidura. Não privemos, porém, dos nossos encômios os que a afastam de si por estar acima da sua aptidão. Há, portanto, duas maneiras de prestar bons serviços à magistratura: perfilhando-a e fugindo-lhe.

Aos que se destinarem ao Ministério Público, carreira a que me integrei durante uma inesquecível década da minha recuada mocidade, louvo o pendor para uma das mais nobilitantes missões. Não vos arreceeis de ser o acusador oficial. Quem acusa defende. Defende as vítimas dos malefícios e os elevados e impessoais reclamos da coletividade, que há de ser preservada contra os virus que a enfermam e desagregam.

Aí também a paixão vos atingirá em cheio. É equívoco imaginar que seja menos empolgante a luta quando desencadeada em nome da sociedade do que quando se postulam, concretamente, pretensões de particulares. Guardo da Pro-

motoria a recordação agitada de muitas noites de insônia e de muitas caimbras nervosas nas pernas após haver testemunhado dolorosas iniquidades. Não é nada maior o desgosto, ao contemplá-las, agora, do outro lado da barricada.

Mas, se quizerdes ser não só operosos, mas sobretudo e redundantemente justos promotores de justiça, ocupai-vos antes em advogar. Igualmente o exercício da magistratura há de ser indeclinavelmente precedido de não poucos anos de tirocinio livre-atirador na advocacia, que nos proporciona uma visão mais exata, menos deformada, dos horizontes jurídicos-sociais.

E quantos de vós ireis servir à Polícia civil paulista, corporação criada e dirigida por bacharéis, o que explica a sua capacidade de renovação com que trata de colocar-se à altura das conveniências da prevenção e da repressão da criminalidade?

Onde quer que estejais, irradiados em tôdas as direções, e ainda na administração e na política, conservai o espírito idealista que é o clima inalterável destas arcadas seculares, e, bem assim, o sentimento da sua glória imortal, de que são artífices as gerações de moços que por aqui transitam.

A nossa Escola, com a sua influência decisiva nos destinos da nacionalidade, tem escrito a história do Brasil, com a faina pacífica e também com o sangue heróico dos seus filhos. E continuará a escrevê-la, enquanto não soçobrar a consciência jurídica neste País.

Para que não soçobre, aí estais vós na estacada, já agora além destes muros.

São enormes as vossas responsabilidades. As mazelas que infelicitam a nossa Pátria, as deturpações do regime democrático, o êxito prodigioso dos maus, a miséria excessiva dos desprotegidos, vergonhosa para as elites, o tripúdio sôbre as ilusões dos humildes pelo acúmulo de desca-

labros cada vez mais alarmantes, são derrotas infligidas ao espírito jurídico, ao Direito, que representamos, o qual é harmonia e disciplina.

“A relações entre os homens, desde muitos séculos, professa Georges Ripert em “Les forces créatives du droit”, acham-se asseguradas pelo respeito às regras morais, entre as quais se incluem os deveres de justiça e caridade para com o próximo”.

Mas, indago, numa época em que os representantes do povo, que deveriam ser os porta-vozes das aspirações legítimas, tripudiam sobre as prerrogativas do Poder a que foram levados, tentando suprimir-lhe a liberdade de crítica, e dão o exemplo de insensibilidade ante o infortúnio dos pequeninos, satisfazendo preferencialmente os seus próprios apetites à custa dos depauperados orçamentos nacionais, e querem rodar em luxuosas limousines pela rua da amargura em que reside o desconforto dos seus representados, convenhamos em que a estrela do Direito empalidece em face do surto ofuscante da ilegalidade e da anarquia.

Oxalá não vos desencoraje, prezados bacharelados, o reconhecimento, a proclamação dessas derrotas humilhantes! Se amais o Direito, batei-vos por êle sem desfalecimento, ainda mais nas conjunturas amargas de crise de caráter e de pudor. Fixai indelévelmente na retina a lembrança dos corpos de colegas vossos ceifados nas vias públicas e nos campos de honra em nome da resistência viril que esta Faculdade sempre opôs aos desmandos de toda espécie. O seu aniquilamento, derrubados, mas não vencidos pela propotência, converteu-se numa sublime e perene lição para nós-outros.

Cumpra, pois, cada um o seu dever, e bênçãos recairão sobre esta Casa, que depurou a vossa formação científica e tem igualmente de colaborar para a vossa formação moral.

Tornar-vos-eis, dessa maneira, ativos cultores da seara jurídica e mestres de vossos mestres. A nossa imagem de modeladores da juventude estudantil reflete-se no espelho das vossas mentes, mas nós, que vos encaminhamos, reagimos à semelhança dos impulsos que intimamente vos dominam. Se os frequentadores das nossas aulas não nos incentivassem com os seus feitos, seriam mofinos os frutos do labor que aqui pertinazmente se realiza. Assim, é certo que nos ensinai a ensinar!

Um princípio lançado em bom espírito germina, como a semente em terra propícia. Enriquece-se o espírito, mas também se rejubila o sementeiro, a quem aproveita o milagre da criação.

Aqui ficamos atentos ao que ireis fazer, meus queridos amigos, pela grandeza do Brasil. Que Deus vos ilumine!



José Ulpiano Pinto de Sousa.\*

*Vicente Ráo*

Catedrático de Direito Civil na Faculdade  
de Direito da Universidade de São Paulo.

A Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo vem prestar sua reverente homenagem à memória do Professor Emérito José Ulpiano Pinto de Souza que, durante trinta anos, ininterrompidamente ensinou, nesta casa, a mais complexa das disciplinas jurídicas como é o direito civil e, com suas lições e o seu exemplo, preparou gerações e gerações de moços, habilitando-os para o exercício de tôdas as funções, de todos os cargos e encargos destinados ao estudo e à prática do Direito.

Na vida de quantos por seu valor se destacam dentro da coletividade em que vivem, uma diretriz dominante sempre se revela que ao biógrafo permite definir-lhes a personalidade.

Não quero dizer, assim dizendo, que homens de valor sejam apenas aquêles que uma só espécie de atividade exercem e nela manifestam seus dotes excepcionais. Se no campo das ciências aplicadas ou das investigações técnico-científicas, que dia a dia mais se especializam, sábios existem cuja inteira existência decorre, a bem da humanidade, dentro dos muros de seus laboratórios, contudo, em se tratando de ciências sociais e racionais mais particularmente

---

(\*) Discurso proferido em sessão solene da Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo realizada a 30 de abril de 1957, no trigésimo dia do falecimento do Prof. Emérito José Ulpiano Pinto de Souza.



Prof. José Ulpiano de Sousa

das ciências jurídicas, os seus cultores, as mais das vêzes, são arrastados pela própria natureza de seus estudos, à prática dos mais vários labôres.

O Direito é multiforme porque abrange e disciplina tôdas as manifestações da vida. É o Direito o próprio universo humano por êle pôsto em equação de proporcionalidade e harmonia, alcançando, através da proteção da vontade livre, a vida interior e através do ordenamento dos atos e fatos no sentido de uma complementação recíproca, a vida exterior da creatura, que o Creador fêz à sua imagem. E por isso o jurista é chamado, com frequência, a aplicar o seu saber e sua experiência em mais de um setor, no pretório, na doutrinação, na magistratura, no professorado, na Administração Pública, nos Parlamentos, ou em Congressos científicos ou profissionias dentro ou fora do país, no intercâmbio universitário, em tôda parte, enfim, onde possa, pela ação ou pelo estudo, contribuir para a realização da ciência e arte excelsa do bom e do justo. A fim de ter consciência plena do Direito, há-de o jurista sentir em seu cerne, tôdas as palpitações da vida dos indivíduos e da coletividade, todos os eventos felizes ou infelizes, bons ou maus, suaves, ou dramáticos, ou trágicos, da humana gente; e se Deus lhe deu a missão sublime de ensinar e educar as gerações moças, modelando as consciências jurídicas do futuro, então seus ensinamentos serão tanto mais valiosos quanto mais souber transmitir aos seus discipulos, a par da doutrina e dos princípios científicos, as lições ditadas pela experiência da vida.

Múltiplas, várias e diversas são e devem ser, comumente, as funções que os juristas exercem. Mas, os mais aquinhoados, aquêles que por seu valor mais e mais se distanciam da massa brutal e inumana, quantitativa e não qualitativa, da mediocridade, sempre mantêm e demonstram, dentro dêsse variegar de funções, uma linha unitária de conduta, um sentido intelectual e moral dominante, ou seja,

uma diretriz central e superior que lhes marca a personalidade.

Doutrinador e aplicador do Direito, legislador é advogado, homem público e professor, professor e magistrado, tudo isso os juristas podem ser ou podem ter sido, mas, sejam quais e quantas forem as formas de exteriorização de suas aptidões, dêles, um sempre pensa e age como cultor da ciência pura do Direito, outro constantemente imprime aos seus trabalhos seu feitiço de exegeta dos textos de lei, outro mais em todos os seus atos procede como patrono das boas causas, públicas ou particulares; êste é acima de tudo magistrado, aquêle é a todo instante o mestre, o jurista que juristas forma. E por ser assim, ao recordar, nesta sessão solene, a figura do Professor Emérito José Ulpiano Pinto de Souza, cumprir-me-ia, de logo, apurar e proclamar qual foi a diretriz suprema de sua vida de jurista. Contudo, não me é possível fazê-lo sem esboçar, prèviamente, ainda que em pinceladas largas, o quadro da vida jurídica brasileira, ao tempo em que o nosso homenageado cumpriu e honrou seu apostolado, advogando, assessorando, ensinando e exercendo, honrosamente sempre, missões outras.

Nascido a 18 de setembro de 1869 na cidade de Araquara, nêste Estado, e filho do dr. Manoel Joaquim Pinto de Souza e de d. Francisca de Aguirre e Souza, José Ulpiano seguiu seu curso de humanidades no então famoso colégio São Luís de Itú e seus estudos superiores nesta Faculdade, onde se bacharelou em ciências jurídicas e sociais em 1891. Em 1895, quatro anos apenas após a sua formatura, ou seja, com 26 anos de idade, conquistou, em concurso, o cargo de lente substituto desta mesma Faculdade, quando já se havia iniciado na advocacia, trabalhando, a princípio, com o notável jurisconsulto dr. João Mendes e, mais tarde, em colaboração com o professor Frederico Vergueiro Steidel, que foi um dos mais destacados mestres desta nossa Escola, por seu saber e seu acendrado civismo.

Lente substituto e, a partir de 1908, catedrático de uma das cadeiras de direito civil, manteve-se em exercício até o ano de 1925, quando se aposentou.

Nosso Código Civil, como todos sabem, entrou em vigor a 1.º de janeiro de 1917 e, assim, o Prof. José Ulpiano Pinto de Souza lecionou e aplicou este ramo do Direito durante vinte e um anos sob o regime legal anterior e durante nove anos, se tanto, sob a vigência de nosso primeiro corpo de leis civis.

E qual era o direito civil de sua primeira e mais longa fase de doutrinação e de prática forense?

Era o direito formado em primeiro lugar pelas Ordenações Filipinas, que Portugal já abandonara desde 1865, ao entrar em vigor o seu Código Civil, Ordenações nas quais se fundiam disposições de direito romano, de direito canônico, de velhas instituições ou praxes lusitanas, complementadas por um aluvião de leis extravagantes que compreendiam as leis pròpriamente ditas, os alvarás, cartas régias, decretos, resoluções da consulta, provisões dos tribunais, avisos, portarias e assentos da Casa da Suplicação. E como direito subsidiário prevaleciam os usos e costumes e novamente o direito romano e o direito canônico nos textos não reproduzidos ou não mandados seguir expressamente pelas Ordenações ou pelas leis esparsas e, mais, as glosas de Bartolo e Accursio e as opiniões dos jurisconsultos e as leis modernas das demais nações, se conformes com a “bôa razão” e o direito natural. Acrescentem-se a êsse tumulto legislativo nossas pròpria leis, promulgadas a partir da Independência e dispendo esparsamente sôbre registro civil, sôbre a adoção, em matéria matrimonial, das disposições do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia, sôbre o casamento de pessoas de religião diferente, o casamento civil, o regime hipotecário, a personalidade das associações civis, as procurações de pròprio punho, o registro de títulos, os direitos de autor, a

desapropriação por necessidade ou utilidade pública e outros e outros diplomas legais e regulamentares e ter-se-á uma idéia do cipoal que então era o nosso direito civil.

É verdade que dentro dêsse amontoado de normas esparsas e de regras e princípios ou preceitos subsidiários, compêndios surgiram, procurando construir uma exposição, tanto quanto possível sistemática, de nosso antigo direito. Em nossos cursos acadêmicos foram adotados, durante longo tempo, o *Tratado de Direito Civil de Portugal* de MANOEL BORGES CARNEIRO, publicado em 1851, o *Digesto Português* de CORREA TELLES editado em 1853 e as *Instituições de Direito Civil* de COELHO DA ROCHA reeditadas no Rio de Janeiro em 1907, além das *Instituições de Direito Civil Brasileiro* de TRIGO DE LOUREIRO, lente da Faculdade do Recife, — que publicadas em 1851, alcançarem sua quarta edição em 1871, merecendo, ainda, particular aceitação em nossa Escola o *Curso de Direito Civil* do Conselheiro Ribas, inicialmente estampado em 1866, que continha, apenas, a Parte Geral dessa disciplina.

Verdade também é que a êsses primeiros ensaios de sistematização se seguiram as obras notáveis do Conselheiro LAFAYETE sôbre *Direito de Família* e *Direito das Cousas*, além de outros valiosos trabalhos de CLOVIS BEVILAQUA sôbre *Teoria Geral do Direito Civil*, *Direito de Família*, *Direito das Cousas*, *Direito das Obrigações* e *Direitos das Sucessões* e o tratado de *Direito das Cousas* de LACERDA DE ALMEIDA, tendo, ademais, prestado serviços inestimáveis aos nossos juristas as *Consolidações das Leis Civis* de TEIXEIRA DE FREITAS (1858) e CARLOS DE CARVALHO, (1903), que ordenaram e completaram o velho *Repertório Geral* ou *Índice Alfabético das Leis do Império* mandado organizar por Francisco Maria de Souza Furtado de Mendonça (1847 à 1860) e outras coletâneas.

Cumpre assinalar, ademais, o trabalho utilíssimo de CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, com o texto das Ordenações Filipinas editado com as nossas leis e ilustrado com a in-

dicação bibliográfica dos autores que escreveram sôbre a matéria desde 1603 até 1807 e um *Apêndice* acrescentado à décima quarta edição dessa obra.

Tudo isso é verdade. Mas menos verdade não é que, apesar de tantos e tão valiosos subsídios, a doutrina aparecia incerta e vacilante e dentro das questões constantemente debatidas não era das menores a de se saber, com exatidão, qual o texto legal que realmente estivesse em vigor. E porisso ou porque se vissem forçados a procurar “*novos e doutos suplementos*”, raro não era, até janeiro de 1917, ver-se os nossos civilistas recorrerem aos vetustos tratadistas, decisionistas e praxistas — reinícolas das lusitanas terras, esmerando-se em eruditas citações latinas de OLIVA e SOUZA, VELASCO, CALDAS, CABÊDO, PEREIRA DE CASTRO, FRANCISCO PINHEIRO, PORTUGAL, GUERREIRO, MORAES, OLIVEIRA DA COSTA, OSÓRIO, FERREIRA PEREIRA, CARDOSO, GAMA, VAZ, REYNOSO, FEBOS, MACEDO, THEMUDO, AROUCA, PÊGAS, CORDEIRO, além de MELLO FREIRE, ALMEIDA e SOUZA, PEREIRA e SOUZA e tantos e tantos outros, que doutrinaram e analisaram regras e preceitos desde o século XVI até começos do século XIX.

Não há de que se admirar, portanto, se os lentes mais antigos, por uma razão de método ou de confôrto, adotassem um compêndio e o seguissem e mandassem seguir como se fôra texto — sagrado e inviolável, que se não pudesse abandonar, sob pena de excomunhão nas sabatinas e reprovação nos *atos* ou exames de fim de ano: — sair do campo cercado e tranquilo dos compêndios equivalia, afinal de contas, a penetrar imprudentemente no cipoal, no labirinto, na *selva selvaggia* de nosso antigo direito, cujos escaninhos e cujas saídas só os eleitos conheciam. E os eleitos eram poucos. Bem poucos.

Mas o Professor José Ulpiano Pinto de Souza, em sua cátedra e em sua vida profissional, não se escravizou ao tabú dos compêndios. Seu conhecimento dos princípios científicos era seguro e preciso, porque resultava de inves-

tigações próprias e de um estudo constante, metódico, paciente, das velhas e novas doutrinas. Os textos de lei, sabia-os manejar com firmeza. Em suas aulas, como em seus arrazoados e pareceres, não procurava brilhar. Não citava em demasia, nem doutrinas nem doutrinadores. De estilizar, não se preocupava. Seus trabalhos, orais ou escritos, não eram peças literárias. Mas eram obras de convicção, simples, simplísimas e incisivas na linguagem, mas sólidas, inabaláveis, na substância.

Não possuía o culto, mas o horror da exibição e neste feito espontâneo e jamais rebuscado de suas preleções e de seus escritos, era sua própria personalidade que se transfundia, a personalidade, isto é, de um homem austero e profundamente independente, possuidor de convicções próprias, humanas, cívicas e jurídicas, que não alardeava, mas seguia e sabia cumprir sem vaidade, sem buscar sucessos ou aplausos, nem homenagens ou honrarias, de que sempre se afastava.

Se várias e diversas são e hão de ser as funções do jurista, por abranger o Direito dos mais simples aos mais complexos aspectos da vida individual e coletiva, se a vida do Direito com a da própria comunhão humana se confunde, havemos de concluir, forçosamente, que para a formação e a ação do juristas, o homem e o doutrinador ou o técnico do Direito devem juntar-se numa unidade indissolúvel. E essa unidade o prof. José Ulpiano Pinto de Souza bem a realizava, ao manifestar, em todos os atos e momentos de sua existência, um profundo respeito pela pessoa humana. Os homens, não os distinguia em ricos e pobres, em poderosos e obscuros. Tratava de “senhor” aos seus empregados e para cumprimentar uma antiga empregada se descobria. Fazendeiro, raramente visitava sua fazenda, pois, como de seu filho e nosso ilustre colega Roberto Pinto de Souza vim a saber, êle se sentia constrangido pela pobreza de seus colonos que, a seu ver, resultava da ordem econômica então reinante, contra a qual seus esforços pes-



soais, por muito que êle fizesse (e muito fazia) não passavam de meros paliativos.

A êsse sentido humano da dignidade alheia e à consciência dos sofrimentos dos menos favorecidos pela natureza ou pelas contingências da vida, ajuntava o seu modo de ser e de viver singelo e modesto. Nas reuniões de que participasse, difficilmente aceitava um lugar de honra e na sua própria mesa jamais se sentava à cabeceira, mas entre os seus filhos. Tudo fez para não lhe serem tributadas as homenagens que por vêzes merecera e insistentemente se empenhou, para só citar um episódio, em obter da Associação dos Antigos Alunos desta Faculdade que renunciasse ao propósito de comemorar, solenemente, o cinquentenário de sua nomeação para o professorado.

A aparente altivez de seu porte, seu retraimento, suas, poucas relações sociais, mal escondiam, portanto, o cunho fundamentalmente humano que inspirou, numa síntese admirável, seus sentimentos e suas idéias, sua vida particular e sua obra de mestre de Direito, advogado e consultor, conferindo ao homem e ao jurista um só espírito, uma só alma.

A política jamais o seduziu. Em 1932, recusou assumir o govêrno de São Paulo na qualidade de Interventor Federal, não porque se quizesse poupar de um sacrificio nas penosas condições em que nosso Estado então se achava, mas porque suas convicções democráticas não lhe permitiam aceitar aquele cargo. Após a Revolução Constitucionalista, sim, anuiu em participar da “Chapa Única Por São Paulo Unido”, tendo sido eleito deputado à Assembléia Nacional Constituinte, de cujos trabalhos participou com valiosa colaboração nos projetos e debates que antecederam a reconstitucionalização do país. Por mais honroso que fôsse, o cargo de deputado não o atraia. Foi para cumprir o dever de cooperar para a restauração das liberdades públicas que, contrariando embora o seu temperamento, aceitou sua indicação e sua eleição.

E se assim êle foi e assim viveu, sem pretensões nem ambições, como não haviam de ser despreziosas e simples mas por isso mesmo mais valiosas suas aulas, seus pareceres, seus arrazoados, seus estudos teóricos?

Fê inabalável no direito êle sempre teve e jamais deu ouvidos aos pregoeiros de uma suposta derrocada ou decadência da ordem jurídica sob a qual a comunhão humana, em evolução constante, vem elevando, cada vez mais, o nível de sua civilização. Sempre acreditou, ao contrário, na indestrutibilidade dos princípios cristãos e éticos que do Direito formam o alicerce. E admitiu sempre, isto sim, a necessidade da transformação e adaptação do direito normativo às novas contingências da vida social, creadas pelo progresso das ciências, das técnicas e das artes. Essa crença proclamou da tribuna de nossa Faculdade, em discurso de paraninfado que proferiu durante o primeiro conflito mundial, enquanto não faltavam pessimistas a anunciarem a ruína de nossa civilização cristã e democrática: — a reação oposta pelas nações aliadas ao golpe de fôrça desfechado pelo militarismo prussiano, dizia êle então, é a prova provada da capacidade humana para a luta contra a fôrça bruta e a defesa da ordem legal que, nos regimes democráticos, assegura e garante as liberdades fundamentais dos individuos e das nações.

Êsse jurista que obstinadamente evitava o brilho pessoal, as homenagens e as honrarias, que timbrava em não exhibir erudição e teimava em falar e escrever com a mais desambiciosa simplicidade, êsse jurista desprovido de presunção e afetação, êsse homem simples e bom, pressentiu, como poucos, que a disciplina jurídica dos novos problemas sociais, que a primeira grande guerra já delineara, havia, de se processar, necessariamente, partindo-se do estudo da realidade econômica contemporânea. Dessa orientação, foi êle, sem dúvida, entre nós e no campo do direito, um verdadeiro precursor.

Presidente da *Sociedade Brasileira de Estudos Econômicos*, com a colaboração de Antônio Gontijo de Carvalho,

que essa entidade então secretariava e de há muito e com real valor se vem dedicando aos estudos e investigações históricas, sociais e econômicas, o Prof. José Ulpiano Pinto de Souza organizou um *Curso de Economia Brasileira* professado por Pandiá Calógeras que foi, sem favor, um de nossos mais ilustres e cultos homens de Estado. A êsse *Curso*, cuja publicação constituiu um volume intitulado “Problemas de Govêrno”, seguiram-se valiosas conferências realizadas por Paulo de Lacerda, sôbre assuntos de direito comercial, pelo Senador João Lira Tavares sôbre contabilidade pública, por Antônio Carlos Assunção sôbre Mercados e Bolsas e dissertação e debates outros que formam valioso manancial de estudos e de informações.

A consciência dos reflexos da ordem econômica sôbre a ordem jurídico-social, o Prof. José Ulpiano Pinto de Souza já a possuía e revelava em seus mais antigos trabalhos.

Em seu excelente estudo das cláusulas restritivas da propriedade, publicado em 1910, dissertava sôbre a lei de 31 de dezembro de 1907, conhecida por Lei Feliciano Pena, que permitiu ao testador determinar a conversão dos bens da legítima em outras espécies, prescrever-lhes a incomunicabilidade, confiá-los à livre administração da mulher herdeira e estabelecer-lhes a inalienabilidade temporária ou vitalícia (permissão — mais tarde reproduzida pelo art. 1.723 do Código Civil) e nessa dissertação distinguia nitidamente o aspecto econômico do aspecto jurídico da nova disposição legal, para lhe apresentar sensíveis restrições. E assim escrevia:

“das necessidades superiores da ordem social há  
“uma importantíssima para o nosso assunto: é a  
“da livre circulação dos bens. Esta é uma das  
“bases de nossa organização social, política e  
“econômica moderna; não sendo no fundo senão  
“uma das formas da igualdade e da liberdade  
“o igual acesso de todos à propriedade de todos  
“os bens, sem distinção”.

Admitindo, por fôrça de lei, a possibilidade de imposição testamentária da cláusula de inalienabilidade, o Prof. Ulpiano, contudo, subordinava o exercício dessa faculdade a certos limites, sustentando que

“licito não é ao testador estabelecer as circuns-  
“tâncias, os motivos, as condições, que sua von-  
“tade ou fantasia determinar para a inalienabili-  
“dade temporária ou vitalícia. Não: — em  
“primeiro lugar devem ser interesses *sérios, le-*  
“*gítimos, morais, aprováveis racionais*, ou de na-  
“tureza tal que não possam ser protegidos ou  
“realizados senão por meio de inalienabilidade.  
“Em segundo lugar, deve haver correlação —  
“entre a importância dos bens inalienáveis e a  
“das *circunstâncias* ou *interesses*, ou *condições* in-  
“dicadas pelo testador. Em terceiro lugar, não  
“devem ofender um princípio superior; a necessi-  
“dade de a satisfazer”.

E dessarte, nessas poucas palavras conjugava dois princípios (de que certos juristas modernos se julgam donos ou creadores) quais sejam o do reflexo da ordem econômica sôbre a ordem jurídico-social e o da condenação do abuso no exercício dos direitos, de vez que os direitos não perdem, por pertencerem a um determinado titular, a natureza social de sua origem, de sua essência e de sua finalidade.

Sob a frieza técnica de seus títulos e rúbricas, os estudos teóricos ou práticos dos juristas debatem todos aquêles variados aspectos da vida individual e coletiva, a que já fiz referência. Muitos dêsses estudos, senão a maior parte, com frequência se escondem no ventre de autos e nos arquivos dos cartórios e são os que revelam, mais ao vivo, a participação dos juristas nas lutas e embates forenses, onde os interesses e as paixões se exibem, despudoradas e nuas. Mas, pois que o Direito visa insti-

tuir e manter a ordem e a harmonia da sociedade, não há demasia em afirmar-se que sob a aparente rigidez técnica dos próprios estudos teóricos o drama inteiro da vida se esconde. Porisso, a biographia de um jurista e o estudo de sua personalidade jamais serão perfeitos sem a análise de seus trabalhos, porque os seus trabalhos, mais do que os fatos e episódios, melhor lhe revelam os atributos humanos e científicos. Não me seria possível, nesta oportunidade, realizar êsse exame, ou análise. Mas não conseguiria, tampouco, apresentar a real personalidade do Prof. José Ulpiano Pinto de Souza se, quando menos, não indicasse os seus principais trabalhos, como demonstração de sua incansável atividade, de seu trato dos mais vários problemas jurídicos e, portanto, da extensão e profundidade de seus conhecimentos.

Publicados em livros, folhetos ou em Revistas Jurídicas do Rio de Janeiro e de São Paulo, deixou-nos abalizados estudos sôbre

*o privilégio mobiliário dos senhorios à segurança da renda* (1896) contendo sua dissertação e suas teses de concurso;

as Cláusulas estritivas da Propriedade (1910);

*a hipoteca legal* (Rev. do Direito, 1912);

*o direito das sucessões* (O Direito, vols. 105 e 106);

*os bens ou os rendimentos dos bens doados com a cláusula de inalienabilidade e o penhor dos frutos desses bens.* (Rev. do Direito, 1911).

*a distinção entre fideicomisso e usufruto* (Rev. do Direito, vol. V e Rev. desta Faculdade, 1877).

*os contratos simulados em face do direito* (Gazeta Jurídica, 1910);

*os decretos do Govérno Provisório (1889-1890) como fontes do direito* (Rev. do Direito, 1907).

De seus pareceres apenas uma pequena parte nos ficou e entre êstes, que se encontram na Biblioteca de nossa Faculdade, destacam-se os que contém estudos sôbre

*os vícios rebitórios;*

- a revogação do testamento cerrado;*
  - a partilha “per capita” ou por estirpe na sucessão “ab intestato”, quando descendentes de herdeiros pré-mortos concorrem com tios vivos;*
  - a aquisição, mediante testamento, por pessoa jurídica ainda inexistente;*
  - a disposição testamentária em favor de pessoa incerta; netos que concorrem à herança com tios vivos;*
  - a arguição de prejuízo em consequência de protesto judicial contra a alienação de bens;*
  - preferência entre testamentários para o cargo de inventariante;*
  - penhora de rendimento de bens inalienáveis;*
  - se o reconhecimento judicial da paternidade após a morte do testador rompe, ou não, o testamento;*
  - necessidade de existência do fideicomissário quando desaparece o fiduciário;*
  - cumulação de ações de demarcação, turbação e esbulho;*
  - mandato “cum libera administratione” e contrato de alienação de bens;*
  - conflito de ações divisórias (parecer que com êle tive a honra de subscrever);*
  - perdas e danos e multa convencional;*
  - instituição, por testamento feito no Brasil, em favor de casa de beneficência situada em Portugal;*
  - aposentadoria de ferroviários;*
  - se o erro sôbre a pessoa da vítima dirime a intenção criminosa;*
  - cumulação de impostos;*
  - coisa julgada e ação possessória.*
- Possuo, ainda, em meu arquivo um notável parecer seu, que o Prof. Ascarelli e eu próprio lhe solicitamos, sôbre gestão de sociedades anônimas e direitos inerentes às ações ou títulos de capital.

Nossa Biblioteca conserva também, uma pequena, pequeníssima parte de suas razões e memoriais que superiormente debatem questões litigiosas sôbre;

*segundas núpcias de viúva quinquagenária, com filhos; servidões de caminho;*

*responsabilidade do proprietário de edificio em construção;*

*inadimplemento de contrato;*

*requerimento malicioso de falência;*

*relação entre o Estado e seus funcionários;*

*penhor com clausula “constituto” no direito civil e no direito comercial;*

*caução de ações pertencentes à mulher feita pelo marido sem o consentimento dela;*

*excesso de poderes pelo mandatário;*

*letras de câmbio;*

*valor do exame de livros;*

*extinção da hipoteca por arrematação solene em hasta pública;*

*falência fraudulenta;*

*evicção e cessão de clientela;*

*bens dotais;*

*ato inconstitucional do poder executivo;*

*aquisição de direitos hereditários;*

*abuso de direitos.*

Suas aulas, seus estudos doutrinários, seus pareceres, razões e memoriais, sua atuação na presidência da Sociedade Brasileira de Estudos Econômicos e na Assembléa Nacional Constituinte (1933-1934), bem revelam como e quanto o Prof. José Ulpiano Pinto de Souza escrupulosamente dedicou tôda sua existência ao trato e estudo das ciências jurídicas e sociais, expondo e debatendo problemas econômicos e problemas e questões de direito público constitucional, direito administrativo, direito fiscal, direito penal, direito processual, direito comercial, direito de família, das coisas, das obrigações e das sucessões. Apresentou

e debateu, isto é, em setores vários, de sua atividade multiforme, problemas e questões que envolvem uma infinidade de aspectos da vida individual e da vida coletiva. Dentro da imensidão dos horizontes que marcam e norteiam a vida dos juristas, espaço não há que êle não haja percorrido e dominado.

Qual foi, então, o traço dominante de sua personalidade, sua diretriz suprema, a linha mestra de sua vida de jurista? Eis a pergunta a que me referi de início, mas à qual agora posso responder.

Desambicioso, sim, êle sempre foi, desambicioso de fastos, fastígios, honras e honorarias. Mas uma ambição êle teve, que realizou inteiramente, com nobreza e austeridade insuperáveis: — a ambição de transmitir a seus discípulos e a todos quantos seus trabalhos se dirigissem, a mesma convicção segura, inabalável, honesta, que em seu espírito formava durante as suas vigílias de estudos, de meditações e em seus contatos humanos com a dura realidade da vida. Suas lições, que lições sempre eram onde quer que as proferisse, nos livros, nos pareceres, nos debates forenses, na cátedra ou em tribunas outras, não procuravam, jamais, por exibicionismo, ostentar a cultura extensa e profunda de que resultavam. Só um fim, um único fim visavam: — convencer, transmitir o conhecimento consciente da lei ou do princípio jurídico. Por isso, os seus ensinamentos haviam de ser como foram, isto é, simples na linguagem, sólidos na substância. Porisso, de si não cuidava o mestre, mas de seus discípulos, cuja consciência jurídica formava e amoldava singelamente, cautelosamente, convencendo e não impondo, com arte tal e engenho tanto, que conseguiu formar gerações e gerações de juristas. Assim, José Ulpiano Pinto de Souza foi em tudo e acima de tudo um professor, um mestre de Direito e por esta missão suprema, que dignamente realizou, podemos definir, com segurança, a sua personalidade, missão e diretriz e linha mestra que lhe marcou o caminho da



vida e lhe permitiu sentir e seguir sua real vocação, conduzindo-o ao ensino superior do Direito aos vinte e seis anos de idade, quatro anos apenas após a sua formatura.

Nesta casa, de tradições tão altas, os mestres de hoje continuam a ser os discípulos dos mestres de ontem. Aqui se aprende a respeitar e conservar a memória dos antigos mestres. Digam de nós o que disserem os que, à falta de outro título, a si mesmos se chamam “avanguardistas”, aqui, dentro destes muros franciscanos, mantemos e manteremos sempre aceso o fogo sagrado de nossas tradições. Somos e seremos os construtores do futuro em continuação do passado. É este o nosso orgulho, este o nosso penacho. Das lições que nos legaram os antigos mestres jamais nos esqueceremos. E é assim, senhoras, senhores, que os mestres de hoje se curvam reverentes e agradecidos, ante a memória do Professor Emérito José Ulpiano Pinto de Souza.

## Gabriel de Rezende Filho. (\*)

*Luís Eulálio de Bueno Vidigal*

Catedrático de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Em uma de suas últimas orações de paraninfo nesta casa, lembrou Gabriel de Rezende Filho aquela formosa página de Ruy, que a piedosa homenagem de seus discípulos fêz inscrever em uma das paredes de nossa escola: a continuidade da tradição chega, debaixo dêstes tetos, a desconvençer-nos da morte. Bem sabeis que ninguém, mais do que Gabriel, deveria sentir profunda e intensamente a consoladora verdade dessas palavras. Parodiando o fino e sensível Alcântara Machado, poderia Gabriel, ao tomar posse de sua cátedra de Direito Judiciário Civil, em 1934, desconvençido da morte, ter dito tranquilamente: ensino nesta casa há mais de cem anos.

Acreditaria, em 1827, o primeiro professor do curso jurídico de São Paulo, que, um século depois, o seu bisneto estaria aqui, nesta escola veneranda, em outra disciplina, sem os arroubos de sua eloquência, a continuar, no magistério, a tarefa que então encetava? Como se encheriam de orgulho Avelar Brotero, Sá e Benevides e Gabriel de Rezende se pudessem ler, no livro do futuro, a carreira triunfal de professor que o destino reservava ao seu descendente.

Gabriel de Rezende Filho sentiu, desde criança, o apêlo irresistível que lhe vinha da gloriosa tradição de

---

(\*) Discurso proferido no trigésimo dia do falecimento do Exmo. Sr. Prof. Gabriel de Rezende Filho.



**Prof. Gabriel de Rezende Filho**

seus antepassados. No Ginásio de Nossa Senhora do Carmo e no Ginásio de São Bento fez os estudos preliminares e secundários. Ali recebeu, ao lado da instrução básica que Ilie abriu o caminho para os futuros sucessos na ciência e na cátedra, a instrução religiosa que dêle fez, piedoso cristão que sempre foi, modelo de cidadão, de homem de família e de professor. Bacharelou-se em 1913, depois de aprovado com distinção em tôdas as cadeiras do curso, pelo que foi laureado como o melhor aluno de sua turma.

Menos de quatro anos depois, inscreveu-se em concurso para preenchimento da vaga de lente substituto da 7.<sup>a</sup> secção — Teoria e Prática do Processo Civil e Comercial. Disse, mais tarde, o motivo por que, tão cedo, acorrera pressuroso a alistar-se entre os candidatos ao magistério.

“Não sei descrever, nem há palavras que possam bem traduzir, a formidável atração que sempre exerceu em meu espírito esta Faculdade. Talvez a voz do sangue me chamasse, voz de meus antepassados, a insuflar em mim o mesmo zêlo que tiveram por êste templo do direito; talvez o esplendor e a fulgurância de suas tradições nobilísimas”.

Apresentou-se, então, com duas dissertações. A primeira delas — Por que princípios se rege a apelação de terceiros? — versa questões das mais difíceis da ciência processual. Até hoje não lhes deu resposta satisfatória a doutrina brasileira. E mesmo na doutrina européia, perante legislação mais adequada, perduram, a respeito, intermináveis discussões. Bem andou, pois, Gabriel, limitando-se a suscitá-las, sem a pretensão de resolvê-las. Já perdera, aos vinte e quatro anos de idade, o orgulho que outros conservam por tôda a existência.

“Apelação de terceiro é a daquele que não foi parte na causa”. “Não é apelação de terceiro a interposta por assistente ou oponente”. “Terceiro prejudicado é aquêle a quem a sentença prejudica diretamente”. “Terceiro pre-

judicado é somente aquêlé que sofreria execução se a sentença passasse em julgado”.

Bem sabeis que estudos recentes de Direito Processual Civil — que o próprio Gabriel divulgou em seu Compêndio — vieram a contestar o acêrto de algumas dessas proposições. Notai, todavia, a firmeza e a segurança com que as formulou o jovem mestre de vinte e quatro anos.

A outra dissertação indagava: “Para que se dê a competência do fôro do contrato é essencial que as partes tenham feito renúncia expressa do fôro do domicílio?” A essa pergunta, formulada pela Congregação, deu Gabriel resposta magistral: estabeleceu os princípios determinadores da competência; depois de estudar os textos romanos, passou ao exame das ordenações, para afirmar que, segundo a legislação vigente, o fôro do contrato somente poderia dar-se mediante a renúncia do fôro do domicílio. Em uma lapidar dissertação de cêrca de vinte páginas, o assunto foi esgotado e esclarecido.

O estilo de ambos os trabalhos é simples e despretençioso, sem as preocupações de originalidade a todo transe, tão comuns nos estreates.

Conquistando a docência livre, Gabriel, entre 1920 e 1930, repartiu sua atividade entre o magistério, a política e a administração. Substituiu Estevam de Almeida, falecido em 1926, cuja cadeira depois se extinguiu, e, por várias vêzes, ao Professor Francisco Morato, enquanto êste serviu na Câmara Federal. Nos governos de Washington Luís e Carlos de Campos, foi Secretário da Presidência do Estado. Em seguida, foi Diretor do Tribunal de Contas até a sua extinção em 1930.

É então que se inicia o período mais fecundo da atividade científica e didática de Gabriel de Rezende Filho. Lembro-me bem da surprêsa da turma que, em 1931, começou o estudo do Processo Civil, da qual eu fazia parte, quando, no primeiro dia de aula, subiu à cátedra, em vez de Francisco Morato, o docente livre Gabriel de Rezende

Filho. O substituído estava no auge de sua carreira: na tribuna parlamentar, que ilustrara até 1929, dominara completamente a Câmara Federal; no pretório, foi talvez o último advogado que, em São Paulo, emitia, à moda de outrora, pareceres vasados no estilo dogmático das sentenças judiciais; na política, era o Presidente do partido vitorioso na Revolução de 1930; na Faculdade, regea, no ano anterior, a sua cadeira, para encanto de seus alunos.

Pois bem. Desde a primeira aula, Gabriel de Rezende Filho, ainda livre docente, conquistou decisivamente a turma. Com atributos inteiramente diferentes, impressionava tanto quanto Morato. Tinha êste um certo quê a aproximá-lo dos mestres dos velhos tempos de vida da escola: orgulhoso como Crispiniano, dogmático como Justino (por quem nutria grande admiração), purista um tanto rebuscado como Rafael Correia da Silva, Morato era, sem dúvida, figura imponente e dominadora.

Gabriel, ao contrário, era simples, embora elegante nas maneiras e nas palavras. Ao entrar pelos fundos da sala dois do antigo convento franciscano, mais parecia um aluno aplicado chamado a dar a lição. Subiu à cátedra e fêz bela preleção inaugural em que, a alunos do 4.º ano, desdobrou o panorama das matérias até então estudadas. Pouco conhecido, pois ainda não fazia parte da Congregação, logo se revelou excelente mestre da disciplina. Abandonou corajosamente o hábito, que o velho Ramalho nos transmitira, da submissão às lições dos reinícolas. Inspirou-se o seu programa sobretudo em Gusmão. Este-  
vam de Almeida lhe transmitiu o gôsto pelos estudos modernos, e, como aquêle mestre, invocava, a cada passo, Chiovenda e Carnelutti. Mas, espírito eclético e moderado, jamais desprezou as lições de todos os mestres que o precederam.

Recordo-me, ainda, de alguns dos têmeas que desenvolveu com mais entusiasmo: o caráter formal das leis de processo (ocasião em que resumia famosa polêmica entre

João Mendes Júnior e Pedro Lessa); a natureza do direito de ação (em que acrescentava mais um capítulo ao Direito das Ações, que João Monteiro não conseguira terminar); a natureza da advocacia; o litisconsórcio e a cumulação de ações.

A exposição era sempre límpida e serena; a linguagem, escorreita; o discurso, fluente e metódico.

Dez anos depois, passei a figurar regularmente a seu lado, em bancas de exames. Pude, então, verificar com que zelo e primor de educação procurava estimular os seus alunos. Paciente e delicado, ouvia os exames, quase sempre tartamudeados, como se defrontasse um conferencista sedutor. Incapaz de humilhar os alunos medíocres, jamais se esquecia de louvar e incentivar os que demonstravam ter trabalhado com afincio e dedicação.

Arguindo em concursos em tôdas as disciplinas do curso (Gabriel foi, talvez, o professor que tomou parte em maior número de bancas examinadoras), tinha a mesma postura de polidez e comedimento. Preparava cuidadosamente as objeções; formulava-as com argúcia e finura; e, depois de evidenciar o êrro do candidato, generosamente passava adiante para atenuar-lhe, quando impossível de poupar-lhe, o ridículo das contradições e erronias irreduzíveis.

Disse Pedro Lessa, certa vez, que, passados os trinta anos, “o homem lê sòmente para se distrair, para estar em dia com o que se escreve, para se esclarecer sòbre certos pontos particulares. “Os alicerces do edificio” — adiantou — “já estão lançados, e, em tórno dêles, o hábito, a preguiça mental, as ocupações práticas, e muitos outros fatos, lançam uma espécie de cimento, que nada pode destruir.”

Quando Gabriel de Rezende Filho conquistou a cátedra em 1933, já ultrapassara de dez anos o limite de idade indicado por Pedro Lessa. Não permitiu, contudo, que as solicitações da advocacia, ou as seduções da política, o desviassem da vida de estudos que, desde moço, se traçara.

Além de sua dissertação de concurso, consagrada pela vitória do candidato — *Modificações objetivas e subjetivas da ação* — publicou Gabriel: *Da substituição das partes litigante* (que constituiu um dos capítulos de sua citada monografia); *O novo código de processo civil* (em que analisou concisamente o Código de Processo Civil de 1939); *A livre atuação do juiz, no projeto de código de processo civil* (em que fez trabalho proficiente de crítica ao Ante-Projeto Batista Martins, na parte referente aos poderes do Juiz); *Relatório apresentado ao congresso nacional de direito Judiciário sôbre interveniência, chamamento à lide, nomeação à lide, denúncia da lide, assistência, oposição, terceiro prejudicado; Tendência socializadora do direito* (em que tratou da questão da imprevisão em matéria contratual, das convenções coletivas do trabalho, dos contratos de adesão, da função social da propriedade, da herança jacente, do princípio publicístico no processo); *Características do processo da Justiça do Trabalho* (em que discorreu, com originalidade, sôbre problemas importantes referentes à legislação do trabalho, tais como, o litisconsórcio na Justiça do Trabalho, a substituição processual, a extensão das decisões proferidas pela Justiça do Trabalho em dissídios coletivos).

Finalmente, o seu “*Curso de direito processual civil*”, em três volumes, cujas edições se sucedem rapidamente. Quem confrontar as várias edições verificará o quanto amava Gabriel ao estudo e, mais do que isso, a sua humildade perante a ciência. Estão tôdas rigorosamente atualizadas. Não há lei ou monografia, publicadas entre uma e outra edições, que não sejam escrupulosamente indicadas. Às vêzes, chega a alterar o texto, reconhecendo, como verdadeiro homem de ciência, algum êrro das edições anteriores.

Não foi sem razão que Pontes de Miranda, grande estudioso do Direito Processual Civil, e espírito pouco afeito à lisonja e aos louvores gratuitos, afirmando, em palestra, a primazia de São Paulo nesse campo do direito, apontou,



como decisiva comprovação dessa assertiva, o seu compêndio. De Gabriel disse Niceto Alcalá — Zamora, em artigo escrito nos Estados Unidos, que era o professor da “Escola Processual de São Paulo”, “porque soube suscitar entre seus alunos o interesse pela matéria, graças às suas explicações claras e ágeis, impregnadas de um sentido de medida pela sua ordem e por um crivo realmente admirável”, infundindo em seus discípulos “o culto severo da investigação, o afã de aprofundar-se na pesquisa e de superar os obstáculos”.

Nosso colega José Frederico Marques, outro estudioso da disciplina, melhor do que ninguém, situou Gabriel na Escola Processual de São Paulo: “foi a ligação e ponto de passagem do pensamento processual, cuja expressão definitiva vem cunhada na obra de Manuel Aureliano de Gusmão, para a renovação científica iniciada por Estevam de Almeida, e orientada, entre nós, por Enrico Tullio Liebman.”

Proferiu, nesta escola, várias orações de paraninfo e alguns discursos menores. Nestes, mais do que em seus trabalhos doutrinários, se revela o verdadeiro caráter de Gabriel.

Vêde-o, por exemplo, em seu programa de ação, ao investir-se na cátedra: “A missão do professor de direito deve ser, antes de mais nada a de um guia, a de um orientador que, entremostrando aos alunos as sérias dificuldades da matéria, procure, por isso mesmo, ao expôr os princípios teóricos, imprescindíveis, dar aulas práticas, tornando menos fastidioso, mais agradável e proveitoso o trabalho comum.”

Quereis ouvir a demonstração de sua piedade filial? Referindo-se a seu pai, disse: “Talvez êle sorria lá de cima, com aquêlê sorriso tão bom, tão seu, alegrando-se por ver que o seu filho se abalança corajosamente a sentar-se nesta Congregação ilustre, e eu sinto, em verdade, que sôbre mim paira o seu espírito, que jamais morreu para a

minha saudade, saudade de todos os dias e de tôdas as horas, saudade eterna, saudade enraizada bem no fundo de minha alma, como a impelir-me a seguir sempre o seu nobilitante exemplo, perpetuando da melhor maneira o seu nome honrado.”

Quereis o cristão? Ei-lo:

“O mal do nosso século provém, principalmente, dêsse ceticismo materialista, ferrenho e malsão, dêsse espírito inferior que anda insuflando a sociedade ávida da posse, a qualquer preço, das riquezas materiais e provocando uma série de iniquidades pela sêde do ganho e pelas temíveis competições do egoismo; dêsse espírito que pretende arrancar de nossas almas a fé, que purifica e embeleza os corações, apartando-nos das verdades divinas; dêsse espírito envaidecido por uma ciência estéril e perniciososa, que se esforça por destruir, pouco a pouco, os bens morais, os únicos, que dignificam o homem.”

Agora, o programa do cidadão: “Eleição dos Poderes Legislativo e Executivo, com a investidura, através da manifestação do povo, de homens capazes, sem privilégio de espécie alguma, incompatíveis com o princípio de igualdade; responsabilidade dos governantes perante os governados; voto secreto; organização da opinião pública em partidos políticos; definição e proteção das liberdades públicas; amparo das justas reivindicações sociais concernentes aos interêsses econômicos do povo.”

Tive, também a ventura de participar, com Gabriel, de algumas comissões. Em uma delas, incumbida de elaborar o projeto do Código de Organização Judiciária do Estado, pude sentir e conhecer de perto a sua modéstia. A comissão se compunha de representantes do Tribunal de Justiça, da Faculdade de Direito, da Ordem e do Instituto dos Advogados, do Ministério Público e da Associação dos Serventuários de Justiça. Excetuada a figura veneranda de Polycarpo de Azevedo, representante do Tribunal de Justiça e Presidente da Comissão, e que, por sua idade:

avançada e glorioso passado de juiz íntegro e humano, estava naturalmente destinado a ser o chefe incontestável da Comissão, quem ostentava os melhores títulos era evidentemente Gabriel. No entanto, ninguém mais do que êle estava sempre disposto a ouvir e acatar a opinião de seus companheiros de comissão, entre os quais se encontrava êste seu discípulo e assistente.

Na Congregação desta escola foi sempre o mais assíduo. Presente a tôdas as solenidades, aulas inaugurais e de encerramento, concursos e simples sessões de trabalho, nunca pretendeu fazer valer o prestígio de sua antiguidade e de seu saber, impôr-se mediante comportamentos desagradáveis, ou procurar dominar pelo constrangimento. Ao contrário, sóbrio e discreto, embora interessado em todos os problemas da escola, procedia como novato, tal a sua delicadeza para com os colegas.

Assim também se apresentava no Conselho Técnico-Administrativo. Sendo o mais antigo de seus componentes, era o mais tolerante e o mais respeitador das opiniões dos colegas.

Aquêles dentre nós que porventura não tiveram a felicidade de conhecer a Gabriel, nos múltiplos aspectos de sua formosa vida, compreenderão talvez agora porque tôda a escola, na unanimidade de seus mestres, alunos e funcionários, hoje deplora a sua morte inesperada e prematura. A Faculdade de Direito chora a morte de um de seus filhos mais queridos. Porque sabe que, na sua vida, complexa pela abundância e variedade de suas manifestações, há uma singeleza, que é a resultante natural da integridade de seu caráter. Na vida de quase todos nós, podem-se separar e classificar períodos diversos: de estudo, de paixão política, de mundanidade, de luta pela riqueza. Nada disso se encontra na vida de Gabriel. Do princípio ao fim, na infância, na juventude, e na maturidade; na cátedra, na política ou na burocracia, manteve sempre a mesma linha inalterável de serenidade e compostura, que constituíram a constante de sua vida. A se-

renidade dos justos e dos bons; a compostura dos que têm certeza do triunfo, porque seus objetivos são nobres e límpidos os meios de atingí-los.

Possam as futuras gerações de alunos desta escola contar, para orientá-las, com homens de seu valor moral e intelectual, e a Faculdade de Direito continuará a exercer, entre as escolas do país, o primado que para ela conquistaram as virtudes, o talento e o trabalho de seus grandes mestres.

# Em memória do Prof. Benedito de Siqueira Ferreira. (\*)

*Noé Azevedo*

Catedrático de Direito Penal na Faculdade  
de Direito da Universidade de São Paulo.

Conheci Benedito Siqueira Ferreira em janeiro de 1915, quando ultimávamos os nossos preparatórios para o vestibular, no curso do Prof. Acácio Garibaldi de Paula Ferreira, na Rua das Flôres. Felizes nos exames, iniciamos juntos os cinco anos de vida acadêmica da gloriosa turma de 1919, a que maior número de professores tem dado a esta casa, glória de que todos nós nos orgulhamos e que ele próprio punha em relêvo na oração de paraninfo da turma de 1944, com estas palavras, já então repassadas de saudade:

“Há um quarto de século, a maioria de vós ainda não havia brotado para a vida em ambiente festivo como êste, cheio de luzes e de flôres, de esperanças e de alegrias, da Faculdade de Direito de São Paulo, como hoje convosco ocorre, se despedia uma plêiade de jovens, ardentes de entusiasmo, de fé e de patriotismo, prontos para enfrentar as asperezas da vida.

“Haviam sido ungidos como vós acabais de ser, sacerdotes do Direito, tendo à ilharga, a

---

(\*) Discurso pronunciado em sessão solene da Congregação da Faculdade de Direito da U.S.P., no trigésimo dia do falecimento do Prof. Benedicto de Siqueira Ferreira.



**Prof. Benedito de Siqueira Ferreira**

paranir o ato, a trazer-lhes o adeus da Academia, a esplêndida e inesquecível figura de Herculano de Freitas.

“Mestre dos mais notáveis, amigo dos mais seguros, augurara à turma porvir dos mais promissores, mas também sàbiamente a advertira do preço da glória, no lema que gravara no quadro de formatura “per aspera ad astra”. E o vaticínio cumpriu-se. Sem querermos estender nossas vistas às demais esferas onde pode flutuar o jurista, basta que lancemos os olhares para os doutorais desta casa, e ali vejamos, ainda unidos pelos elos da amizade acadêmica, Mario Masagão, Ernesto Leme, Honório Monteiro, Lino Leme, Noé Azevedo, Motta Filho, Vicente de Azevedo, Synesio Rocha. (Aos quais depois ainda se uniu Luiz Araujo Correia de Brito.)

“Jamais de uma turma de bacharéis, tantos, certamente tangidos pela saudade, com maior ardor se debruçaram sôbre Códigos e Tratados, se consumiram em noites brancas de vigília, para ter a suprema honra de voltar para sempre, para as Arcadas, e ali envelhecer ao convívio doce de sua eterna e generosa mocidade.”

Disse, e muito bem, voltar para sempre, para as Arcadas. Aqui, os que voltam como professôres não se limitam a envelhecer ao doce convívio de sua eterna e generosa mocidade. A casa vive das suas tradições, e no meio desta crescem os vultos dos mestres. Êstes estão sempre vivos no espírito da generosa mocidade, que cultua a sua memória. Imortais não são apenas os titulares de cadeiras nas academias de letras, mas também os das cátedras da nossa querida Faculdade. E vivem eternamente na recordação das gerações que se sucedem, aquêles que souberam conquistar o coração da mocidade do seu tempo, a par da sua

irrestrita admiração, por serem dotados de uma vocação marcada para se integrarem nos sentimentos, impulsos e ideais que empolgam a alma da juventude, sempre disposta a manter aceso, sob estas Arcadas, o fogo sagrado das reivindicações sociais, tendentes à dignificação e valorização da personalidade humana.

Benedicto de Siqueira Ferreira trazia o seu coração sempre afinado pelas vivas palpitações da alma acadêmica. Todos os problemas que agitavam a classe estudantil encontravam imediata repercussão no seu espírito e o impeliavam tanto para as altas regiões do pensamento e da reflexão, como para o campo raso da ação.

Marido exemplar e pai extremoso, proclamando muitas vezes que o seu clube era o próprio lar, pouco frequentando as rodas sociais e o mundo dos negócios, pode-se, entretanto, dizer que vivia mais na Faculdade do que na própria casa. Lá, encontrava o aconchego, a doçura, o repouso, a calma, o amoroso convívio, que, na linguagem de METCHNIKOFF, autor de sua predileção, operavam o milagre de eliminar dos seus músculos e do seu cérebro as toxinas produzidas pelo atrito do trabalho diário. Aqui, entretanto, se comprazia de estar horas e horas a fio, conversando com colegas ou funcionários, palestrando com alunos, ou consultando a riquíssima coleção dos famosos praxistas de nossa biblioteca.

Não sei de professor que maior ternura demonstrasse no apêgo a esta casa. Dentre os mortos, talvez Raphael Sampaio, tão identificado neste ambiente, que a própria alma deve ter recebido com ufania a gloriosa morte, quando argüia no doutoral; ou então Soares de Faria, o ídolo dos estudantes.

Benedicto de Siqueira Ferreira era principalmente inteligência. Era essa a faculdade predominante na constituição de sua personalidade. Viveu sempre em estado de angústia, sem conseguir sincronizar a intensa atividade do cérebro com o metabolismo fisiológico. A tirania da inteligên-



cia oprimia o coração, provocando distúrbios circulatórios que vieram a determinar o colapso final. Essa faculdade superior exigia dos demais órgãos o que estes não conseguiam dar. Pode-se dizer que Siqueira Ferreira foi um mártir da inteligência.

Nada havia que a contentasse. Como aquêle personagem de Goethe, “estudou o Direito, Medicina, Engenharia, a Filosofia, até”, desdenhando conformar-se com o conceito de que “a humana inciência é a única de tôdas as leis que jamais foi infringida”. Tudo queria saber, e saber ao certo, cientificamente. Não se entregava à lei da inércia, limitando-se a transmitir aos pósteros os conhecimentos hauridos nos compêndios clássicos que haviam condensado a teoria e a prática do processo. Integrou-se no movimento de renovação científica do Direito Processual, iniciado pelos mestres da ciência alemã, e continuado pelos grandes nomes das letras jurídicas italianas.

Vejamos nas suas próprias palavras essa tomada de posição :

“Ramo dos mais complexos da jurisprudência e só recentemente elevado à categoria de ciência, oferece o Direito Judiciário Civil aos seus devotos problemas dos mais interessantes, questões das mais árduas.

“Dentre estes, e fundamental, ainda que assim não o julgue CASTELLARI, é o ligado à natureza da ação, a merecer entre nós acurado estudo. Na Alemanha, suscitou o problema esboçado por WINDSCHEID, sérias controvérsias; pululam escolas em tórno do assunto, teorias as mais dispares e opostas se chocam sustentadas por mestres de escol. Atravessando fronteiras, as novas doutrinas sôbre a natureza da ação e sôbre a relação processual, esta esboçada por HEGEL e

magnificamente desenvolvida por OSKAR BÜLOW, incrementaram na Itália os estudos desta, até bem pouco, mal cuidada disciplina, fazendo brotar farta literatura processual, animando os novos aspectos da questão pesquisas jurídicas ricas em conseqüências.

. . . . .

“A Itália, de cuja cultura jurídica “la fama ancor nel mondo dura e durerà quanto il mondo lontana”, se torna cada vez mais conhecido, e o que é mais em sua língua, com ancestral comum à nossa, e *ipso facto* mais acessível, nos comunica, ao mesmo tempo em que com a mesma se influencia, a cultura germânica.

“Apesar de tudo, porém, entre nós, talvez devido à fôrça da tradição, as novas teorias processuais tímido éco têm produzido: os conceitos em tôrno da ação, do juízo, do processo, tal como eram tratados pelos praxistas e pelos práticos lusitanos, ainda o são quase que pela unanimidade de nossos processualistas; Portugal, o velho Portugal de 1450, foi a primeira nação europeia a elaborar um Código, em que pese em contrário a opinião do ilustre jurista inglês que foi JEREMIAS BENTHAM, que tal primazia reivindica para a Dinamarca — ainda projeta sua sombra em nossos livros processuais.

“Quebrems mais êste elo que nos prende ainda à velha metrópole e sigamos o exemplo de Portugal de JOSE’ ALBERTO DOS REIS (pregoeiro, ali, dos novos postulados da ciência processual) e de novas doutrinas cuidemos, certos de que o mimetismo determinará a eclosão de novo interêsse de novos e mais valiosos estudos, com o que nos daremos por pagos.”

RUY BARBOSA já afirmara que o direito processual adquirira foros de ciência, com a publicação dos estudos e das instituições de CHIOVENDA, divulgando o pensamento jurídico alemão. ESTEVAM DE ALMEIDA já prelecionara a nossa turma, servindo-se dos “Saggi” do grande mestre italiano. E, ao mesmo tempo, ALFREDO VALLADÃO ensinava Direito Processual Civil na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro, seguindo essa formulação científica divulgada pelo insigne GIUSEPPE CHIOVENDA.

Em 1940, aqui mesmo em São Paulo, saíam a lume as “Instituições de Processo Civil do Brasil”, de AFFONSO FRAGA, dando conta de todo êsse movimento renovador e explicando a natureza jurídica do processo civil, através dos autores alemães e italianos, encarando a teoria da relação processual à luz dos ensinamentos de OSKAR BÜLOW, de JAMES GOLDSCHMIDT, de DEGENKOLB, de WACH, de CHIOVENDA, de JOSE’ ALBERTO DOS REIS, e outros.

Em seguida, Gabriel Rezende Filho iniciava a publicação do seu “Curso de Direito Processual Civil”, sólidamente informado pela orientação publicística do processo. Diversas outras monografias, para a disputa de cátedra e livre-docência em Faculdades de Direito, foram escritas, traduzindo as mesmas concepções.

Isso tudo está a mostrar como as antenas da inteligência poderosa de Benedicto de Siqueira Ferreira eram sensíveis ao movimento de renovação científica do processo civil, em nosso país.

Aliás, devemos notar que o Código de Processo de 1939 já procurara condensar os novos princípios do Direito Processual, seguindo marcadamente os princípios da orientação publicística e da concentração, ou “immediatezza”. Não tomara, entretanto, uma posição definida em relação à natureza da relação jurídico-processual. Para o esclarecimento dêste assunto é que concorreu extraordinariamente a mais completa monografia, publicada em língua portuguesa, que foi a de Benedicto de Siqueira Ferreira —

“Da Natureza Jurídica da Ação”, tese com que conquistou a cátedra da nossa Faculdade, sucedendo ao emérito Prof. Francisco Morato, e da qual destacamos o tópico lido acima.

Mas a preocupação de escrever sôbre processo em termos de ciência, acumulando conhecimentos em linha vertical, em vez de se distender horizontalmente na exposição de questões simplesmente emparelhadas e desconexas, já se manifestara desde a tese de 1935 sôbre o “Juramento”, em cujos prolegômenos escrevia:

“Não há autor moderno que não convenha que o Direito Judiciário só há poucos anos foi “innalzato alla dignità scientifica”, como dizia PEPERE.

“Era tido e havido até bem recentemente, no dizer de FERRARA, como “un’arida e schematica serie di atti formali, tutta irta di termini, di formole, di clausule, di decadenze, di nullità, come un complesso di solennità rigorose e di adempimenti imprescindibili, costituenti l’arcano meccanismo di una especie di culto all’ignoto nome della giustizia”.

“Percebendo os antigos apenas “as vestes exteriores”, de que nos fala CHIOVENDA, da relação processual, é bem de ver que não eram estudados os princípios que devem reger a elaboração das normas reguladores do “remedium juris”, que é a ação.

“A “actio”, para os antigos, não passava de uma aplicação de preceitos artísticos, não tinha base científica: os meios para conseguir o fim, “jus suum cuique tribuere”, ficavam ao sabor da mentalidade da época.”

Ao tratar do juramento, a primeira operação mental que Siqueira Ferreira se impõe é a de estabelecer uma linha:

divisória entre as concepções religiosas e científicas. Notava, com MORTARA, que a conservação do juramento, como transação entre os ensinamentos religiosos e as concepções democráticas, dava a êsse instituto as feições de um produto híbrido, em que interferem Deus, honra e consciência, trazendo a impressão de ter entrado furtivamente nas leis republicanas e no Código de Processo Paulista, onde apparecia com a dupla denominação de “juramento ou afirmação”.

“Explicável — dizia êle — se torna o nosso temor de ver restaurado em tôda a sua plenitude, o que aliás seria melhor que um instituto mutilado, aleijado, êsse meio de prova que CHIOVENDA considera, e muito justamente, o mais antiquado e que se baseia no apêlo à divindade que BONNIER vê como nova arma de fraude, por vermos que a nossa Constituição Federal foi decretada e promulgada pelos representantes do povo brasileiro, pondo sua confiança em Deus, fonte donde dimana também a fôrça do juramento.”

Fazendo praça do seu propósito de seguir sempre a linha nítida da ciência, na exposição dos têrmos jurídicos, não desejava, com isso, ostentar irreligiosidade, pois, no fundo, era um crente.

“Com isto — acrescentava —, com o discordarmos hoje com a promiscuidade das “rerum divinarum et humanarum”, não vimos nem queremos fazer profissão de fé ateísta, mas tão-só expressar, com franqueza, convicção sincera que melhor que nós interpretará a brilhante página do grande PESCATORE :

“A alma humana não é tôda razão, nem tôda fé; é uma e outra ao mesmo tempo; a alma humana conquista a ciência no giro das coisas fini-

tas. Não contente com isto, lança-se até às portas misteriosas do infinito, onde a sua vista se tolda e sente a impossibilidade de avançar um passo além; mas de lá brota um conhecimento de outro gênero, à guisa de luz vivíssima, que se alterna célere e com as mais densas trevas: não é a ciência — pois não há ciência humana do infinito — mas é a fé — em Deus — na imortalidade da alma — na sanção suprema das leis morais; de lá irrompem o temor dos tristes, a esperança consoladora dos crentes justos e caritativos — a esperança, o único conforto da família, no dia da desventura, quando a morte arrebatava um dos seus entes mais caros; de lá, enfim, emana o espírito religioso, que se difunde, envolve a humanidade tóda inteira e cria as religiões no mundo, não ideais, não abstratas, não puramente individuais.” (“Filosofia e Doutrinas Jurídicas”, vol. I, pág. 42.)

E o grande filósofo do direito processual, êsse insigne PESCATORE, desdobra o seu pensamento, servindo-se destas meditações de GUIZOT:

“A religião natural não existe senão nos livros; as religiões que vivem e que atuam são religiões positivas, isto é, religiões que têm uma igreja, ritos.” Não, tudo isto não é ciência — obtempera PESCATORE, continuando, porém, a refletir com GUIZOT: “Mas quando êstes instintos e êstes sentimentos são universais, permanentes, indestrutíveis, quando êles se encontram em todos os países e em todos os séculos, quando resistem e sobrevivem a todos os ataques, a tôdas as dúvidas do raciocínio e da ciência” Io me persuado — concorda o filósofo italiano com o pensador francês “que o racionalismo puro mutila

o ser humano, quando não leva em conta êstes fatos e os encara como ilusões vãs, por não poder explicá-los. E quando, depois desta mutilação, o racionalismo atribui tôda a potência a uma única porção da natureza humana, a uma única faculdade, que denomina razão, como se ela fôsse o homem inteiro, êle opera no mundo intelectual o que faria no mundo físico, nega a realidade da noite, porque não vê claro senão o dia.”

“Pascal lasciò scritto che “le coeur a des raisons, que la raison ne connaît point.” (PESCATORE, ob. cit., pág. 43.)

E vamos ver como o rigoroso cienticismo de Siqueira Ferreira, daquele que pretendia transformar os problemas da relação jurídico-processual em verdadeiros teoremas, tentando aplicar no campo jurídico as leis exatas da física e da matemática, que fixara no cérebro durante os seus dois anos de Politécnica, o mesmo Siqueira Ferreira que, encantado com o renascimento do direito natural, procurava um substracto para as leis formuladas pelos juristas, tão real e tão vivo como os das leis da biologia, que descobrira durante os seis anos do brilhante curso de Medicina, e a cujo império se curvava em tôda a sua afanosa carreira de médico humanitário, veio, o já saudoso, no curso da sua movimentada vida de professor, a fazer uma eloquente transação dos princípios científicos do Direito com os sentimentos que forram a alma do jurista.

Em tôdas aquelas quatro tão conhecidas e modelares orações de paraninfo, não é a razão fria que traça rumos à evolução jurídica, abrindo veredas para a conquista do ideal buscado pela juventude: é um estuante e irreprimível sentimento de democracia e brasilidade. São as razões do coração, que a razão não conhece.

São palavras suas:

“Na verdade, algures já escrevi eu próprio que se há muito, Direito, moral e costumes, se emanciparam da religião, que, se há muito, tais normas deixaram de viver sob a égide da fé, que até então conduzia o mundo, não menos verdade é que continuam marcos diferentes, mas convergentes a orientar a humanidade. E’ do amálgama dessas normas que nasce em nós o sentimento do direito, de um direito palpitante e vivo, que é a própria alma do jurista. Nossas tradições leigas e religiosas, êste imenso patrimônio que nos legaram nossos maiores, é a matéria plástica que moldada nas escolas de direito, entre nós recebendo o vivificador sôpro das Arcadas, vai formar a alma do jurista brasileiro. “Apague-se a história das academias jurídicas do Brasil e a história da nação brasileira será um enigma” — disse PEDRO LESSA. E’ a nossa alma de juristas brasileiros que faz com que nos repugnem certas instituições, senão jurídicas ao menos legais, certos moluscos legislativos, informes, gelatinosos, escorregadiços, indefinidos, que lançam seus tentáculos a sugar as fôrças de uma nação.

“E’ êsse direito vivo que nos adverte contra certas normas, verdadeiros abortos legislativos que todo o sistema jurídico contém, mas que encontram seu túmulo no próprio Código que os albergou.

. . . . .

“E’ a nossa alma de jurista que treme pela pátria, quando, nos momentos de comoção social, vê surgir uma legislação de afogadilho, vê brotarem verdadeiras “leges saturae” em que hoje se corrige o êrro que a pressa ditou na véspera, para novamente se errar no dia seguinte.”



A idéia de Democracia e Direito é também a que prevalece na oração de 1947. Serve-se das reflexões de GUGLIELMO FERRERO, no impressionante livro “Pouvoir”, para mostrar que nenhum govêrno ilegitimamente constituído poderá conservar-se no poder mantendo um regime democrático. Estuda o grande historiador de Roma o efeito do mêdo que se apodera dos ditadores e de todos os que ilegitimamente galgaram as altas posições de mando, mêdo que os leva à prepotência e à tirania, até que sejam trucidados pela própria guarda imperial, pela revolta, que os leva à guilhotina, ou ao massacre das massas enfurecidas. Só os regimes fundados na livre manifestação da vontade do povo é que logram atravessar os séculos. Canta a epopéia da democracia americana, que, volvido mais de um século, conseguiu organizar o mais poderoso de todos os exércitos, para socorrer as democracias do ocidente da Europa e retribuir, num gesto cavalheiresco, a decisiva ajuda de Lafayette na Guerra da Independência.

Exalta, apaixonada e insistentemente, o papel da opposição na preservação dos princípios democráticos. E, por amor à Democracia, foi Benedicto de Siqueira Ferreira o mais irredutível de todos os oposicionistas, não arriando diante de canseiras, trabalhos improfícuos, interêsses contrariados, inimizades advindas da incompreensão, ingratições e antipatias. Mantinha-se impávido no cumprimento daquilo que entendia ser o seu dever. A saúde estava combatida. Como médico, conhecia melhor do que ninguém que a sua saúde andava por um fio. Mas não esmorecia na atitude que se impusera, de pugnar pela inteireza da Democracia e pelo império dos preceitos constitucionais.

Levando a sério todos os encargos que aceitava, e cumprindo rigorosamente todos os deveres, prestou relevantes serviços à causa da Justiça, durante os vários anos em que funcionou como membro do Conselho Penitenciário. Entrara em vigor o novo Código Penal e muitos problemas surgiam, a respeito de individualização da pena, da ava-

liação da periculosidade, e, mesmo, da conceituação da responsabilidade, a exigirem conhecimentos de psiquiatria, endocrinologia e biotipologia.

O sólido conhecimento de tôdas essas disciplinas, que adquirira no curso de medicina e na prática profissional, muito contribuíram para o assentamento da jurisprudência daquele órgão orientador do tratamento penal e dos atos de clemência do Presidente da República e da concessão de livramento condicional.

Como advogado militante, logo no início de uma brilhante carreira, organizou o serviço de assistência judiciária da Sociedade Beneficente dos Choferes, nesta Capital, tendo, com o seu cunhado, o saudoso jurista Dr. Oscar Drummond Costa, desenvolvido ação das mais profícuas, durante cêrca de dois decênios, atuando em mais de 6.000 processos.

Além dessa advocacia de partido, foi formando vasta e conceituada clientela particular, que lhe deu oportunidade para a demonstração dos dotes invulgares de causídico, em numerosas causas, para as quais redigiu, como razões, verdadeiras monografias.

Quantos mandados de segurança e ações populares tiveram o seu patrocínio, desempenhado com entusiasmo e perseverança, sem cogitar de outra remuneração senão a da satisfação dada pela consciência do dever cumprido. Foi êsse o jurista impertérito.

Mas o seu apostolado no exercício da medicina constituiu, talvez, o capítulo mais belo da sua existência, pois não aspirava, sequer, a glória do renome, firmado nas vitórias forenses ou no vigor das polêmicas sustentadas. Tôda a sua intensa atividade se desenvolvia no anonimato da assistência aos amigos e aos humildes. Era de ver a presteza e o carinho com que atendia a um colega, ou a qualquer dos funcionários ou serventes desta casa.

A gratidão de todos constitui moeda da mais alta valia, recompensa que não sofre o rebote da inflação nem do esquecimento.

A lição de amor à ciência e de inquebrantável fé nos destinos da nossa democracia, que a sua vida de professor representou para as diversas gerações acadêmicas, e especialmente para as quatro turmas que o elegeram paraninfo, viverá eternamente na memória de todos, permitindo-me repetir a frase latina com que êle encerrou o necrológico do Emérito Professor Francisco Morato: “Mortuus est Magister sed nobiscum permanet.”

## Professor Sylvio Marcondes Machado Novo titular de Direito Comercial.

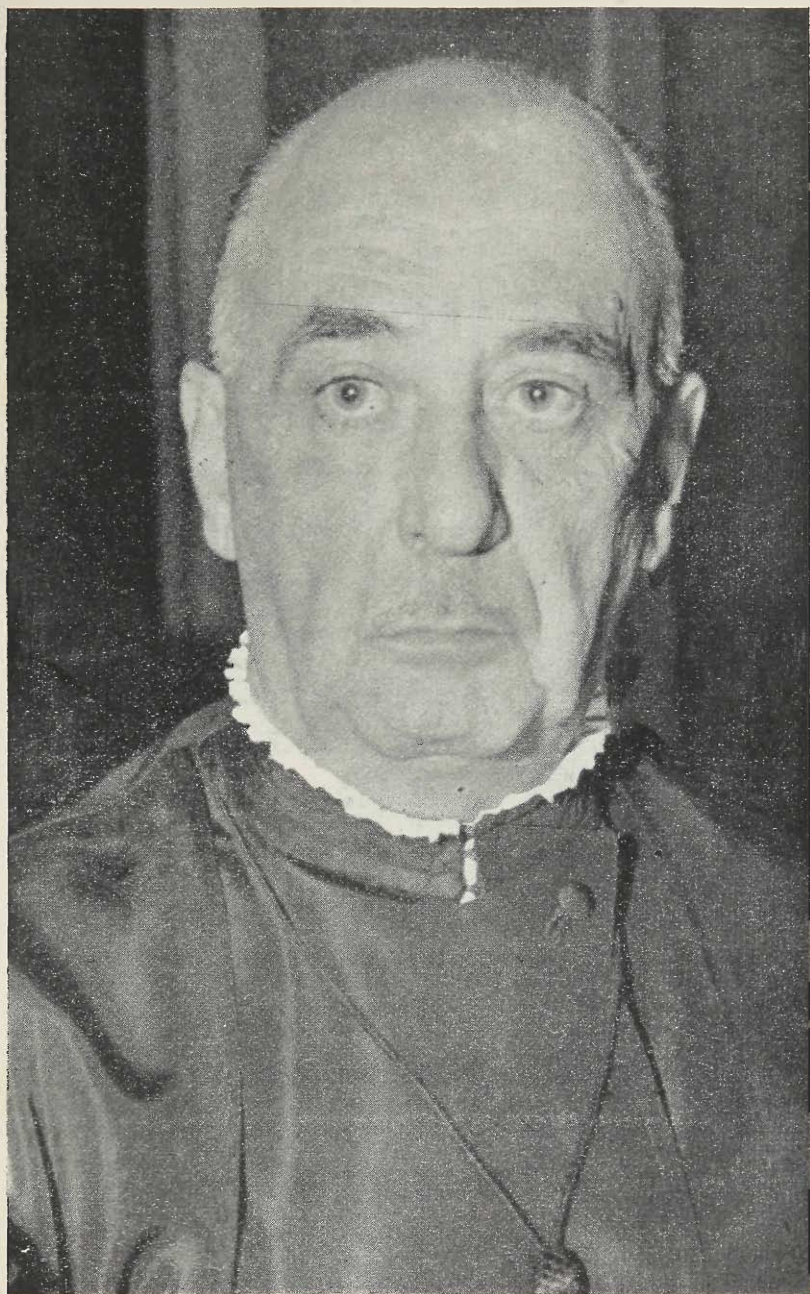
Perante a Congregação dos Professôres e sob a presidência do Diretor, Prof. Alvino Lima, tomou posse, em 17 de agosto de 1957, da cátedra de Direito Comercial, que vinha regendo em substituição ao Prof. Waldemar Ferreira, o livre docente Prof. Sylvio Marcondes Machado, classificado em primeiro lugar no concurso realizado no mês de junho do mesmo ano.

Instalada a sessão solene e introduzido no recinto por uma comissão nomeada pelo Diretor, composta dos professores J. J. Cardoso de Mello Neto, Waldemar Ferreira e Jorge Americano, o novo catedrático, depois de prestar o compromisso regimental, foi saudado, em nome da Congregação, pelo Prof. Honório Monteiro.

Agradecendo a recepção que lhe faziam a Congregação, os alunos e amigos presentes, o Prof. Sylvio Marcondes Machado proferiu a seguinte oração:

Senhor Diretor  
Senhor Representante do Magnífico Reitor  
Senhores Professôres  
Minhas Senhoras  
Meus Senhores

Expresso o meu emocionado agradecimento, pela recepção carinhosa que me oferece a Egrégia Congregação, no magnífico discurso de seu prestigioso intérprete, e pela presença de todos vós, que viestes enaltecer-me com o in-



**Prof. Sylvio Marcondes Machado**  
Novo titular de direito comercial.

centivo da vossa assistência e aquecer-me ao calor da vossa solidariedade.

A vós, Professor Honório Monteiro, meu mestre e meu amigo, quero manifestar o mais profundo reconhecimento, pela bondade da vossa saudação, cujos conceitos ficarão inscritos entre as mais caras lembranças dos de minha casa. Convinde, entretanto, em que, ao transmitirdes os sentimentos de magnanimidade desta ilustre corporação, e não obstante a largueza dêsses sentimentos, ainda assim exorbitastes generosamente em excesso de mandato.

Senhores.

Assentado agora, e pelo resto dos meus dias, nesta culminância, de uma cátedra da Escola veneranda, desejaria permitir-me a alegria de olhar para atrás e contemplar, de coração leve, os passos da jornada que aqui me trouxe. Se assim o fizesse e lembrasse as vacilações iniciais de uma vocação, que a constância tornou irresistível; os justos temores da ignorância, que crescem à medida que se avança nos meandros infindáveis da ciência; a humildade do pretendente, diante da altitude da pretensão; as aflições da expectativa; se assim o fizesse e recordasse os tropêços vencidos, gostaria de respirar aliviado, como o peregrino que viera de longe, na planície, e conseguira galgar a montanha.

Mas por estar aqui colocado, descortinando as luzes de nossa cultura e fixando os olhos no luzeiro da velha Academia, aquêlo regozijo é transtornado por uma intensa comoção. Porque, ao pensar no dignificante direito que adquirir, de ajudar a manter-lhe a chama, devo refletir sobre as graves obrigações que lhe são correlatas.

Obrigação pelo passado. Não será preciso, nesta Casa, rememorar os fecundos 130 anos de gloriosa existência. Basta, para ansiedade do neófito, evocar as figuras inesquecíveis que perlustraram a sua disciplina — Clemente Falcão e Antônio Carlos Ribeiro de Andrada; Brasília dos

Santos e Brasílio Machado; Gabriel de Rezende, Frederico Steidel, Otávio Mendes. Essa a constelação dos mestres que, nas Arcadas históricas, patrocinaram o estudo do Direito Mercantil e o conduziram, acompanhando o desenvolvimento do país e o progresso da ciência, desde o longínquo 1831 até nossos dias. Elos indestrutíveis da corrente de nossas tradições, seus nomes continuam, como exemplos inimitáveis, alumando a rota dos sucessores.

Deveres com o presente, para estar à altura desta nobre instituição e das eminentes culturas que nela se congregam e, assim, poder compartilhar as responsabilidades de um ensino que conjuga a maestria de juristas do porte de Waldemar Ferreira, Ernesto Leme e Honório Monteiro, a cuja competência se deve o elevado padrão mantido nos estudos do Direito Comercial. E se é verdade que a lei tolheu a discípulos o convívio das iluminadas lições orais daquele nosso insubstituível Professor Emérito, a quem me caberá a honra de suceder, não será menos certo que êle permanece conosco, presente todos os dias, na ininterrupta sequência de sua obra escrita, no modelo de suas acendradas virtudes e na constante inspiração da cátedra, que será sempre a sua cátedra.

Responsabilidade perante o futuro.

O compromisso que acabo de assumir, prometendo “observar e fazer observar as leis e regimentos da Faculdade e cumprir com dedicação os deveres de professor”, resume, na singeleza de seus termos, todo um programa de vida. Antes do mais e como pressuposto fundamental da ação pedagógica, uma vida de estudo, devotada a acompanhar a incessante elaboração do Direito, para buscar, nas fontes mais puras, as doutrinas a professar. Um empenho assíduo e infatigável na realização dos trabalhos da cátedra, dentro e fora das aulas, desdobrando-lhe a atividade, em tudo quanto possa ser útil à eficiência do ensino e ao desenvolvimento da ciência jurídica. Conjunção permanente e compreensiva com o esforço dos estudantes, que nêles estimule a aplicação paciente, o amor

aos livros, os rasgos de inteligência, o respeito à disciplina, a ambição de saber. Leal e irrestrita solidariedade a quantos se acham a serviço da trajetória ilustre da Faculdade. Eis alguns pontos daquele afanoso programa de deveres.

Mas não é só. Ao lado dessas obrigações e para assegurar, na ordem intelectual, a plena eficácia de seu cumprimento, a lei confere ao professor o mais nobilitante dos direitos — o direito de ser livre. O progresso científico repousa essencialmente na continuidade da pesquisa e esta somente produz no regime da liberdade de investigação e opinião. As cátedras, como centros de preparação e irradiação das ciências, não podem ser exercidas em clima diverso. Por isso, e a fim de acentuar a certeza do máximo rendimento dessas células de fermentação da cultura, a Constituição não se limitou ao postulado genérico da livre manifestação do pensamento e acrescentou-lhe, em texto expresso, a garantia da liberdade de cátedra. E se a todo direito correspondem deveres, nessa liberdade do professor está a fonte dos seus mais ponderosos encargos. Pois não se trata, simplesmente, do uso facultativo de um direito, mas da prática de uma autoridade, feita responsável pela formação espiritual das novas gerações.

Quê de cuidados são necessários para corresponder a essa conspícua dignidade! Averiguar sem paixão a verdade, para poder amá-la apaixonadamente. Informar para orientar, propondo sem imposição. Trazer para a luz a lição objetiva da sabedoria, esquecendo na sombra a energia dispendida na sua procura. Não se apegar ao ortodoxo, apenas porque ortodoxo, e, ao contrário, favorecer o livre exame das idéias renovadoras. Não expor a ciência como algo esotérico e obscuro e, sim, fazer da palavra o retrato fiel dos conceitos, sem sacrificar, pelo rebuscado do verbo, a clareza do pensamento. Animar os pessimistas, trabalhar em otimismo, infundir confiança. E muitos outros mais — todos compelindo o professor a



escravizar-se aos elevados objetivos para os quais lhe foi outorgada a liberdade.

Não sei de missão mais bela, nem mais árdua. E se bem a compreendi, devo essa concepção às lições recebidas desde os bancos acadêmicos, pois a Academia, ao mesmo tempo em que me ensinava o Direito, despertava em mim a tentação de viver entre os seus sacerdotes. E mais tarde, quando, bem sucedido no concurso de ingresso pela livre docência, pude participar de sua atividade educadora. Porque então, na convivência de um noviciado demorado por mais de três lustros, os exemplos de devotamento, inteligência e cultura, de mestres admiráveis, amadureceram em meu espírito a convicção das pesadas responsabilidades que gravam as cátedras universitárias e, em particular, pela influência que exercem, as cátedras da ciência do Direito.

Por mais valiosas que realmente sejam, no sentido horizontal de sua extensão, ou vertical de sua profundidade, as contribuições científicas dos demais institutos universitários, é aos mestres das ciências jurídicas que compete apreender, forjar e difundir os princípios condutores da ordem social, para que esta adquira ou mantenha a estabilidade indispensável ao desenvolvimento de todos os negócios humanos. E, na linha dêsse pensamento, a nossa disciplina, dedicada aos problemas jurídicos do tráfico econômico, está nos postos de vanguarda do bom combate pelo progresso da Nação.

Nesta hora, atribulada por transcendentales sucessos, na qual ninguém pode omitir-se, porque o silêncio, especialmente das elites, constitui crime de lesa pátria; no momento em que, perante um mundo exarcebado pela disputa de comandos universais, o Brasil vive, pelo esforço das gerações presentes, o drama da transmutação de sua economia, dos quadros rurais para os centros de indústria — é inegável a relevância do papel reservado aos intérpretes do Direito Comercial. A multiplicação das empresas e seu vertiginoso crescimento; a imigração dos capi-

tais e da técnica; a ampliação dos mercados; o desenvolvimento das redes de transporte; o aceleração da circulação do crédito; a elevação dos investimentos e tantos outros fatos da moderna economia nacional — todos a exigir ordenação jurídica e a reclamar do Direito as soluções teóricas e práticas — significam uma conclamação aos comercialistas para o serviço do país.

Se o magistério dessa disciplina, que os interesses pátrios colocam na primeira plana, acarreta, por si mesmo, encargo de tão concentradas responsabilidades, que dizer de mim, quando devo ocupar a cátedra de Waldemar Ferreira? Do professor emérito e modelar, cuja obra científica e pedagógica, no consenso unânime dos juristas, marca uma nova era nos estudos brasileiros do Direito Comercial?

Não saberia, na verdade, o que vos apresentar em minha defesa, se não tivesse, para ela, o escudo que fortalece as fraquezas e enche de coragem o peito oprimido — o escudo das minhas esperanças.

Esperança de prosseguir a marcha, nos largos caminhos abertos pelo mestre insigne e amigo querido; de continuar a receber suas luzes e seguir-lhe os ensinamentos; de alcançar os objetivos do seu roteiro.

Esperança de obter que de novo frutifiquem as sementes lançadas pelos antecessores; de honrar a função que tanto enobreceram.

Esperança de me fazer, por pensamentos, palavras e obras, digno da investidura, das tradições da Casa solarenga e dos seus compromissos com a Pátria, a fim de poder, em uníssono com as suas vozes e no verso imortal do hino acadêmico, proclamar à mocidade, sôbre a qual o Brasil ergue a fé —

*Esse imenso colosso gigante  
Trabalhai por erguê-lo de pé!*

### Dados biobibliográficos.

O Prof. Sylvio Marcondes Machado, filho de Alexandre Marcondes Machado e D. Maria Albertina Marcondes Machado, nasceu na Capital de São Paulo, em 7 de fevereiro de 1906.

Tendo feito seus estudos primários na Escola Modêlo Caetano de Campos, em São Paulo, e os secundários no Colégio Anchieta, em Nova Friburgo, realizou o seu curso jurídico na Faculdade de Direito de São Paulo, onde se bacharelou em 1929.

Em virtude de concurso realizado em março de 1941, recebeu o grau de doutor e foi nomeado livre docente da cadeira de Direito Comercial da Faculdade de Direito, tendo sido reconduzido em abril de 1951. No exercício do cargo, incumbiu-lhe curso de Direito Civil, como assistente do Prof. Jorge Americano, nos anos de 1942 e 1943; e, substituindo os catedráticos da disciplina, regeu por 21 vezes, as cadeiras de Direito Comercial.

Presidente e relator geral da Comissão Mista, nomeada, em 1940, pela Associação Comercial, Federação das Indústrias e Instituto dos Advogados de São Paulo, para apresentar parecer e sugestões a anteprojeto de lei de falências, foi nomeado, em 1943, para integrar, com o Ministro Filadelfo Azevedo, professores Hahnemann Guimarães, Noé Azevedo e Joaquim Canuto Mendes de Almeida e Dr. Luiz Lopes Coelho, a Comissão Ministerial incumbida da elaboração do anteprojeto e do projeto da atual lei de falências. Foi membro da Comissão Ministerial designada para emitir parecer sôbre anteprojeto de reforma do Registro do Comércio e Juntas Comerciais.

Dedicando-se ao magistério secundário, foi diretor do Colégio Oswaldo Cruz, em São Paulo, de 1942 a 1954. Nêsse período, fundador e presidente do Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino do Estado de São Paulo, na qualidade de seu delegado foi, sucessivamente, fundador, se-

secretário da diretoria provisória, 2.º vice-presidente e presidente da Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, com sede na Capital da República. Foi membro das comissões executivas do 1.º e do 2.º Congresso Nacional dos Estabelecimentos Particulares de Ensino, no Rio de Janeiro e em Belo Horizonte, em 1945 e 1946, e presidente do 3.º Congresso, realizado em São Paulo, em 1948.

Exerceu a consultoria jurídica da Federação do Comércio no Estado de São Paulo e da Associação Comercial de São Paulo, criou e dirigiu a “Revista Judiciária” e é redator da “Revista de Direito Mercantil”, fundada e dirigida pelo Prof. Waldemar Ferreira.

Entre pareceres e trabalhos, tem publicados: *Limitação da responsabilidade de comerciante individual — Ensaio sobre a sociedade de responsabilidade limitada — Relatório sobre Anteprojeto de Lei de Falências — Mandado de segurança contra sentença falimentar — A remuneração de diretor demissionário de sociedade anônima — Uma nova modalidade de endosso — A ordem do dia na convocação das assembléias das sociedades anônimas — A emissão de ações com ágio — Fundo Nacional para o ensino secundário — Lei orgânica do ensino secundário e criação do Fundo Nacional — Fundação auxiliar do ensino privado — A educação na democracia.*

# BIBLIOGRAFIA

WALDEMAR FERREIRA, *História do Direito Brasileiro*, tomo III, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1955 e tomo IV, São Paulo, 1956. (\*)

## I

Na sua bem elaborada *História do Direito Brasileiro*, o Professor WALDEMAR FERREIRA dedica, praticamente, o terceiro volume a Pernambuco, durante o regime holandês. E o emérito comerciante tanto insiste nessa homenagem que abre o livro com a dedicatória, merecendo reprodução:

“Aos heróis e aos mártires da insurreição pernambucana contra o domínio dos Estados Gerais dos Países Baixos, ao comemorar-se o III.º centenário da capitulação holandesa na campina do Taborda,

D. e C.”

M másculo, viril exemplo da pernambucanidade autêntica e legítima dado por um paulista.

Em WALDEMAR FERREIRA esta dedicatória escapa das limitações convencionais para afirmar e reafirmar o caráter combativo de um político e de um democrata. Sua luta contra a didadura, contra o espírito reacionário, sua bravura pessoal, tudo isso justifica e explica a carinhosa manifestação que, há bem pouco tempo, recebeu dos estudantes paulistas.

O que nos espanta, no livro de WALDEMAR FERREIRA, é o seu conhecimento preciso da história pernambucana, a manipulação segura das fontes do período holandês. Não somente isto. Levanta o mesmo paulista uma tese pela qual estamos nos batendo de há muito, desde os tempos de estudante do curso secundário: a interpretação, em termos capitalistas, da colonização batava.

A transitividade flamenga pela Nova Holanda não pode ser explicada de modo lateral, em coeficientes culturais, como querem

---

(\*) Do *Jornal do Comércio*, do Recife, de 25 de março e 1 de abril de 1956, e de 4 de maio de 1957.

alguns, preocupados numa louvação, numa apologética ao processo colonizador luso e desprovidos, desocupados de verdadeiro caráter científico.

Até hoje, tanto a colonização portuguesa, quanto a neerlandesa, não foram enfocadas na perspectiva das transformações sofridas pelo europeu, ao ultrapassar o medieval para se enquadrar na idade moderna.

Pelo estudo minucioso e minudente dos manuscritos, podemos surpreender, por exemplo, o *survival* da incapacidade ibérica na assimilação dos novos padrões de cultura. Na resistência lusitana num estilo de vida em diluição e sem aderência à faticidade da nova época que se iniciava.

No nosso último ensaio — *Notas para um estudo sobre o desenvolvimento econômico de Pernambuco*, Recife, 1956 — afirmávamos, que o homem econômico, que se aventura no desacultamento do Novo Mundo, é, por seu turno, um novo tipo de homem. Ou, se mais exato quisermos ser, um tipo de homem que está abdicando de sua circunstância medieval, com suas virtualidades burguesas, visivelmente caudatário, atrasado, em relação ao homem italiano. Duas penínsulas, no mesmo mediterrâneo, porém com destinação historicamente diversa.

Na Itália surgiu, pela primeira vez, o empresário individualista; e a empresa de novo tipo posteriormente, importada em Portugal.

SOMBART afirma ter sido a Itália o primeiro país testemunha, não apenas do nascimento, mas do espírito capitalista. Todavia, acentua êle, o capitalismo, em Portugal e Espanha, somente adquire importância a partir do século XV, ou seja do instante inicial das explorações que frutificaram nos grandes descobrimentos geográficos.

Não obstante, detalhe existe exigindo ressaltado, minúcia por SOMBART salientada: no século XVII, verifica-se o marasmo geral na península ibérica, debilitando-se o espírito de empresa e o comércio tornando a ser considerado, de um homem bem nascido, indigna ocupação.

GUICCIARDINI podia escrever, anotando entre os espanhóis um insistente prurido de nobreza, e RANKE apontaria no século XVII, a aversão pelo trabalho manual, pelo comércio e pela indústria, traço inconfundível dos ibéricos.

TAWNEY, numa arguta página de sua obra mestra, configurou magnificamente a posição de Portugal e Espanha, passado o primeiro *alumbramiento* dos descobrimentos. Escreve TAWNEY, posto que Portugal e Espanha guardassem as chaves dos tesouros do oriente e do ocidente, nem Portugal, com sua rala população e o

império resumido numa linha, de fortalezas e feitorias, que palmilhavam uma área de 10.000 milhas; nem a Espanha, apesar do exercito poderoso e do fanatismo, aproveitaram-se útilmente de suas conquistas. Por outras palavras: não racionalizaram a sua política colonial, acrescentamos nós. Daí escrever TAWNEY que a Espanha ganhou o império colonial pela paciência e Portugal por simples sorte. E sublinha o autor de *Religion and rise of capitalism* a incapacidade espanhola para assuntos econômicos, incapacidade que quâse foi uma inspiração: *an incapacity for economic affairs which seemed almost inspired.*

Continua TAWNEY: “recolhendo um botim que êles (Portugal e Espanha) não podiam entesourar e amassando uma riqueza que lhes fugia por entre os dedos, êles não foram mais do que agentes políticos de espíritos mais astutos e caracteres melhor vasados nas artes da paz”.

No mesmo sentido a opinião de WALDEMAR FERREIRA, ao contrastar a colonização luso-ibérica e holandêsa:

“Na sua arrancada em busca dos mares e terras orientais, espanhóis e portugueses animaram-se de espírito religioso. Os holandeses nutriram-se do espírito mercantilista. Era o comércio que guiava o povo de comerciantes que vivia na Holanda e nas províncias e cidades adjacentes. Não tiveram outro objetivo senão o da mercancia. Não cuidaram da propagação da fé; por isso não tiveram missionários que pudessem santificar-se, nem heróis guerreiros que povoassem galerias históricas. Arregimentaram marinheiros, comissários e comerciantes.

“Êsse espírito mercantilista, que se exprimiu de maneira mui vivaz, levou os holandeses para a conquista de mercados, a afastar a concorrência a todo trãnze, pela argúcia ou pela fôrça.

“Se a Companhia das Índias Orientais se ergueu como instrumento de política colonial, não perdeu todavia a sua natureza de instrumento comercial, de molde a captar a colaboração de navegadores e de comerciantes estimulados pelo intuito de lucro.

“Daí a originalidade de sua estrutura interna”.

Seria incompreendido no Portugal católico e na Espanha ultramontana a legenda que encimava o pórtico da Bolsa de Amberes: *Ad usum mercatorum cuiusque gentis ac linguae.*

Duas coisas são fundamentais no rompimento dos quadros comunitários da idade média: o dinheiro e uma nova tomada de consciência do tempo.

A introdução de uma nova valorização do dinheiro e de uma nova valorização do tempo são responsáveis pela extensa perturbação dos quadros medievais.

Em página memorável, ALFRED VON MARTIN chamou atenção para esta, até então ignorada, concepção do tempo, isto é, como um bem útil, *eines trauchbaren Gutes*.

## II

Durante a idade média não muda o conceito do comerciante. A condenação — *Homo mercator vix aut nunquam potest Deo placere* — ganhava tôda plenitude.

Todavia, como acima dizíamos, quando, na idade média, inicia-se a insistência e a consistência do dinheiro, o ordenamento greco-medieval se esboroa.

Ninguém melhor do que SIMMEL configurou o poder anárquico e dissolvente do dinheiro, em relação ao mundo medieval.

Diz o sociólogo alemão que símbolo mais não há que o dinheiro para exprimir o caráter absolutamente dinâmico da idade moderna. E aduz: *a função do dinheiro é facilitar o movimento*.

Contrastou STIMMEL a economia natural à economia monetária quando sublinha: “ali onde os produtos do solo se recolhem e consomem diretamente, impera uma certa liberalidade, porém onde predomina o dinheiro, êste impele para a acumulação”

Então, a lição característica da burguesia que vai dominar no início da idade moderna, será uma aceleração do ritmo da vida.

Nesta altura, estamos frente ao segundo elemento, a que já nos reportamos: o tempo. Ninguém melhor que ALFRED VON MARTIN situou êste momento, em sua *Sociologia do Renascimento*:

“Impõe-se o conceito moderno do tempo como um valor, uma mercadoria útil. Percebe-se que o tempo é algo fugaz que escapa e se trata de retê-lo. Desde o século XIV ressoam em tôdas as cidades italianas os sinos dos relógios contando as 24 horas do dia, e assim recordam que o tempo é escasso e que não se deve perder, ao contrário deve ser bem administrativo; que devemos poupá-lo “se quisermos ser donos de tôdas as coisas”. Essa economia do tempo era algo desconhecida na idade média. Esta época ainda tinha tempo, e não necessitava valorizá-lo como um bem marcado com um preço, coisa que sômente ocorre quando o tempo é escasso; e o tempo escasseou quando começamos a pensar em categorias liberais do indivíduo, e a considerar o tempo que “correspondia” a cada um. Pois a cada indivíduo, considerado separadamente, era por natureza curto e cuidadosamente medido o tempo. Por isto tinha que se agir rapidamente. Tinha-se também que construir rapidamente porque agora aquêle que edificara estava construindo



para proveito próprio. Na idade média podia-se trabalhar numa obra qualquer — uma catedral, a casa do Conselho, um castelo — decênios de anos ou talvez séculos, pois vivia-se dentro de uma comunidade de gerações. Vivia-se, dêste modo, dentro de um grande tódo e por isto se vivia à margem do tempo, e assim como a vida e os bens” (ALFRED VON MARTIN, *Soziologie der Renaissance, Physiognomik und Rhythmik einer Kultúr des Beurgertums — Zweite, veranderte und vermherte Auflage, Verlag Josef Knecht, 1949, págs. 39-40*).

Esta página de VON MARTIN revela a presença do novo valor econômico e sua relação com o dinheiro na figura do crédito e do juro.

Essa paisagem, aqui esboçada, chega a Portugal, como dissemos, um tanto tardiamente. Modela o empresário pré-capitalista.

O novo tipo de empresário capitalista se caracteriza por aliar o destino de sua empresa à sorte do Estado, ou seja, uma relação íntima entre a política e a economia.

Por isto, a empresa comercial é ao mesmo tempo uma empresa guerreira. Nas cidades marítimas italianas, já o período anterior às cruzadas (Piza, Gênova e Veneza), as empresas guerreiras apresentam o caráter de empresas de acionistas.

Igual comportamento será o das armadas portuguesas. E no século XVII a aventura capitalista típica que foi a W. I. C., admiravelmente combina o guerreiro com o comerciante.

BARLEU, cronista oficial da aventura, reportando-se aos seus patrícios, extasia-se deante dos “cometimentos de um povo que penetrou em paragens ínvias levado pela avidez do ganho”. Segundo o panegirista, “os povos dos Países Baixos deram um exemplo mais eloquente que o dos antigos e enumerado entre as maravilhas da nossa época — um povo envolvido em tantas guerras, apenas com o dinheiro de alguns particulares, como que cotizados para a ruina do inimigo comum...”

Acrescenta que “nossos mercadores se fizeram guerreiros e nossos guerreiros se fizeram mercadores, defendendo uns o seu bom nome e segurança e os outros os seus interesses. E fica em dúvida quem alcançou maior glória, se os mercantes, se os batalhadores, pois Mercúrio e Marte prestaram-se mútuos auxílios, aquêle com dinheiro, êste com as armas”.

Esta página ditirâmica não fugiu à argúcia de WALDEMAR FERREIRA. E êle comenta, aprofundado, e aguçando a oposição de “estilos de vida”, entre lusos e bátavos:

“Palavras tais, escritas em 1647, quarenta anos depois dos alvarás do rei de Espanha, quando a Companhia das Índias Orientais

já havia alcançado a linha máxima do seu apogeu, revelam a filosofia de que se achavam embebidos os homens dos Países Baixos e a tenacidade de espírito com que enfrentaram o inimigo poderosíssimo” (pág. 48).

A réplica dêste estado de espírito seria o princípio da liberdade dos mares, que WALDEMAR FERREIRA comentou magnificamente nas páginas 53 e seguintes. Aliás, nesta parte, divulga WALDEMAR FERREIRA integralmente, na tradução de SILVINO GURGEL DO AMARAL, o famoso capítulo do livro de GRÓCIO, *De Jure Praedae Commentarius*, capítulo famoso, que ganhou independência autônoma e dignidade de livro — *Mare liberum, sive de jure quod batavis competit ad Indicana commercia dissertatio*, publicada em 1609. Mas a êste capítulo retornaremos oportunamente.

As palavras de BARELU justificam a observação de SOMBART de que o conluio da arte aquisitiva com a arte bélica constitui a expressão típica do “espírito de empresa” e do “espírito burguês”, os dois elementos do espírito capitalista.

A figura do pirata, do bucaneiro, será o tipo composto de guerreiro e traficante, como assinalou SIMMEL.

O êxito de empresa, a crescente participação das capas sociais dominantes do comércio, vão aos poucos limando a rigidês dogmática da Igreja.

Não é para espantar que teólogo do porte de BERNARDO DE SIENA diga: “o capital não tem sòmente o caráter de dinheiro, mas além disto uma virtude criadora”

Não obstante, durante séculos, no Brasil Colônia e, por reflexo, no Brasil Imperial, manteve-se surda desconfiança em relação ao comerciante em geral e, na segunda fase, ao pequeno comerciante.

Mascates será réplica violenta em Pernambuco da contradição entre o capital mobiliário e o capital imobiliário.

Isto se deve àquela estagnação, aludida por SOMBART, na península ibérica.

A seguir, WALDEMAR FERREIRA, numa síntese bem delineada, estuda a estrutura interna da W. I. C. e igualmente da O. I. C., isto é, os objetivos, as câmaras, as contas, determinação e fixidez do capital, e, finalmente, os pontos característicos das companhias holandesas e a formação das modernas sociedades anônimas.

### III

Desde que o professor WALDEMAR FERREIRA publicou, parceladamente, seus volumes da *História do Direito Brasileiro* vínhamos

dedicando, a esta obra, uma série de comentários, colocando em “sport-light” várias das sugestões e algumas das interpretações do conhecido historiador e jurista.

Assim, o artigo de hoje será retardado elo, prêso aos nossos estudos anteriores.

Neste quarto e último volume da *História do Direito Brasileiro* a área estudada será a meridional.

De início, o autor se ocupa do direito das “bandeiras” e do direito “monçoeiro”, transportando-se, depois, para o regime jurídico das minas, demorando-se na análise dos “regimentos”, para, ao término se deter na organização judiciária, militar e eclesiástica das Capitanias do Sul. O último capítulo ocupa-se dos Tratados de Lisboa, de Madrid e de Utrecht, trazendo, em anexo, os textos completos, inclusive o de S. Idelfonso. De interêsse particular para Pernambuco, duas páginas sôbre as companhias de assalto e os regimentos (págs. 333-334) onde infelizmente, a pobreza bibliográfica do autor foi super-franciscana. Aqui, arrimado esteve, em hora e momentos não felizes nas informações frequentemente espúrias do snr. GUSTAVO BARROSO.

Historiador de desonestidade sesquipedal, conforme demonstra e documenta um conterrâneo do autor — o historiador THOMAZ OSCAR MARCONDES DE SOUSA (Cfr. *O Acadêmico Gustavo Barroso e o seu Processo “sui generis” de Cuidar de História* — S. Paulo, 1950) — causa espécie um erudito do quilate do professor WALDEMAR FERREIRA albergar, numa obra de tamanha responsabilidade, as aligeiradas informações do snr. GUSTAVO BARROSO, no tocante a Pernambuco.

Reencena o autor, com melhores e maiores argumentos velho debate, que, desde o pe. GALANTI foi armado: a distinção entre *bandeiras e entradas*.

A classificação do jesuita historiador era função do estandarte: se os sertanistas altejavam pendão, tínhamos uma “bandeira”, se caminhavam, mata a dentro, sem o drapejar do símbolo, era uma “entrada”.

A interpretação de GALANTI afrouxa-se frente a documentos posteriores e às ponderações do autor. Para êste, a palavra “entradas” seria a designação primeira, enquanto o étimo bandeira apresentar-se-ia como qualificação posterior, “*pois as palavras paulista, bandeira e bandeirante são relativamente recentes na documentação nacional*”.

No mesmo sentido, TAUNAY (Cfr. *História das Bandeiras Paulistas*, tomo II, p. 310). Os historiadores nortistas e, em particular,

os nordestinos se apegaram mais ao termo “entradas”. E insistiram. — ainda há quem persista — na oposição entre entradas e bandeiras.

Não foi de menor vulto, nem de inferior alcance o bandeirismo, por exemplo, dos GARCIA D’AVILA, bandeirismo ressaltado por TAUNAY, na extensa obra sôbre o assunto.

Se o bandeirismo se intensificou mais em São Paulo deve-se, sem dúvida, à pobreza do burgo paulistano. Esta pobreza alimentava o sonho do burgo escondido e esta pobreza facilitava o nomadismo, a mobilidade. Em termos de TOYNBEE, o bandeirismo será uma réplica.

Esta mobilidade, êste espírito de aventura não poderia surgir em cidades, como Olinda, onde se assentava uma aristocracia endinheirada pelo açúcar. As sesmarias divulgadas pelo historiador OLÍMPIO COSTA JÚNIOR documentam a caminhada feita, na maior parte, por indivíduos que não se poderiam catalogar como de “cúpola”. Não foi diferente na Paraíba, pelo que podemos deduzir das pesquisas de LIRA.

Da pobreza paulistana, aceita o autor (p. 60). E concorda que PERO LEME foi “simplíssimo carpinteiro”; fabricante de chapéus. AMADOR BUENO. BALTAZAR GONÇALVES, sapateiro. Fornecedor de carne verde, o nobiliarca PEDRO TANQUES DE ALMEIDA PAIS LEME. (p. 6).

Nenhum deles poderia aspirar à Ordem de Cristo. Nenhum dêles capacitava-se às “provaças” sôbre a “qualidade” e “limpeza de sangue”. Os ofícios humildes dos bandeirantes, traduzidos em termos da Ordem de Cristo, ostentavam-se como defeitos de qualidade”

Os homens representativos do Nordeste enfileiravam-se facilmente na Ordem de Cristo. Todos nutriam suficiente desprezo pelos “ofícios mecânicos” E suficientemente afeiçoados à “limpeza de sangue”. Dêstes não se poderia esperar grandes comentimentos, salvo quando seus interêsses econômicos se encontravam em jôgo. Assim, a guerra holandesa, transformada numa luta ingrata e inglória de devedores insolventes e insolentes contra credores inquietos e inquietantes.

Não resta dúvida que a pobreza dos paulistas impele-os contra o meridiano das Tordesilhas. Todavia, isto não afirma, nem infirma o autor, limitando-se a registrar a pobreza. E a acentuar com exatidão: apesar da fome e das bandeiras “São Paulo continuou, não obstante, o lugarejo modesto e pobre” (p. 95).

Esta erosão econômica evidenciou-se, de maneira irrefragável, quando da divulgação dos inventários paulistas, especialmente, dos “bandeirantes”. Veio por terra a tese de OLIVEIRA VIANA, construída artificialmente à base de generalizações.

A intensidade da vida jurídica das “bandeiras” repousava nos testamentos, em primeiro lugar, e depois, e depois na “clareza”. O direito penal, mais sumário, deixou traços dramáticos: FERNÃO DIAS PAIS enforcando o filho bastardo, envolvido numa conspirata contra sua própria vida.

O autor assinala com exatidão o caráter econômico da “bandeira” Friza, por várias vezes, a nota econômica, como a sugerir o destronamento de outra concepção sobre o bandeirante, talvez, mais cavalheiresca porém menos real.

“A bandeira se nutria do mais acentuado objetivo econômico”, escreve à página 37: “. . . sociedade ainda que de fato, de acentuado escôpo econômico. ” (p. 41); “ empresas de fim eminentemente lucrativo. ” (p. 42); “. . . empresa de finalidade econômica indisfarçável. . . ” (p. 86).

O autor, parece-nos, sugere uma interpretação original: a equivalência das bandeiras às companhias de navegação, a exemplo da W. I. C. ou da O. I. C.

O paralelo poderia ser riscado, segundo o professor WALDEMAR FERREIRA: as companhias armaram-se para a pirataria e para o comércio em busca dos metais preciosos, enquanto as bandeiras aderiram-se para o apressamento do bugre e também dos metais “do mesmo naipe e valimento”.

Interessante anotar a importação nas bandeiras de tôda uma terminologia náutica. TAUNAY *assegura* que uma das denominações primitivas da bandeira seria de “frota”. Do ponto de vista jurídico, o bandeirante é o *armador* e os negros, armas, munições de guerra estruturam a *armação* da bandeira. Roteiro, descobrimento, monções, navegar são têrmos náuticos encampados pela bandeira. (Cfr. págs. 33, 40 e 44).

Do ponto de vista institucional, aponta o leitor a identidade com as sociedades marítimas: como estas, dispensava firma ou razão social e ambas se constituíam sem contrato. Conclui o autor corretamente: “Por mais estranho, que possa parecer, há que divisar na bandeira o feitio da empresa, em sua forma associativa. Sociedade “*sui generis*”, se se preferir, como a *societas maris*: mas sociedade ainda que de fato, de acentuado escôpo econômico, se não se quiser qualificar de mercantil, por destinada à partilha de lucros — as *peças*. ” (pág. 40/41).

O direito predominante foi o sucessório e o comercial, nas bandeiras. Decorrência lógica de seu espírito econômico.

Da página 122 a 130 entrega-se o autor ao estudo de monções e de sua estrutura jurídica, denominada pelo professor WALDEMAR FERREIRA de “conceptibilidade” jurídica.

As monções, também, empresas são. “De transporte fluvial de pessoas e coisas” (Cfr. p. 123). “Exploravam o comércio e a indústria de transportes” (p. 120).

Daí, o autor dizer com razão que as monções “não teriam sido simplesmente expedições de conquistas de índios” Antes e sobretudo cuidaram do transporte e do comércio.

Pesquisa acurada e levada a cabo sobre a introdução do papel selado no foro de São Paulo (p. 320), e igualmente os queixumes contra as onerosas custas fofenses (p. 321).

A atuação das bandeiras ditas de mineração e o reflexo da descoberta do ouro na legislação reinól será objeto da segunda parte do livro. O Regimento para as Minas de 15 de agosto de 1603 foi estudado minuciosamente, e apontadas as cousas de sua inaplicabilidade ao Brasil. O Regimento de 19 de abril de 1702 despreocupou-se da exploração tendo mais em vista a apuração do ouro (p. 228/229). Nova corte de funcionários agregou o novo Regimento.

Do cerceio das moedas, máximo problema da quadra colonial e sobre o qual se derrama uma enxurrada de cartas-régias, ordens e recomendações, preocupa-se o autor às páginas 277 e seguintes.

Promete-nos o professor WALDEMAR FERREIRA a continuação de sua obra. Mas mesmo que interrompida ficasse, aqui e agora, estamos defrontando um dos trabalhos mais completos sobre o assunto.

GLÁUCIO VEIGA

(Docente livre das Faculdades de  
Direito do Recife e S. Paulo)

WALDEMAR FERREIRA, *História do Direito Constitucional Brasileiro*, Editor Max Limonad, São Paulo (1).

El eminente profesor de Derecho privado en la Universidad de San Pablo, que es también un ilustre historiador de derecho, compendia en este notable libro, los grandes trazos de la historia política, y más precisamente constitucional de Brasil, con un excelente

---

(1) De *La Ley*, de 13 de agosto de 1956, de Buenos Aires, R. A.

método, elegancia de estilo y, por sobre todo, ese alabable juicio crítico que enseña mucho.

Los trabajos jurídicos publicados por el profesor MARTINS FERREIRA, especialmente en la rama del derecho comercial, forman un elenco extraordinario en su país, y en América. Hace seis años en la Facultad en la que preside la enseñanza de la mencionada materia, sus colegas de Brasil — y también de nuestro país — le rindieron justo homenaje a sus relevantes méritos, escribiendo importantes estudios monográficos, que fueron publicados por ese Instituto.

El libro que nos ocupa, por ahora brevemente, consta de ocho capítulos nutridos, cuyo contenido no se reduce a la mera exposición narrativa, sino que los hechos son explicados con un sentido de filosofía política que da a la obra un valor muy estimable; no se prescinde en ella de las necesarias referencias de derecho comparado. Trata en el primero de ellos de la federación de las colonias británicas en América, y del origen de la institución presidencial. El trasplante de la Corte portuguesa al Brasil, la erección del reino en la colonia y la organización política del Imperio, forman la materia de los capítulos segundo y tercero.

Altamente ilustrativa es esta parte del libro, sobre la política del Imperio de Brasil, y la explicación de cómo surge o se erige esa singular forma gubernativa de presidente de Consejo de gobierno de gabinete con el poder moderador del emperador. Del mayor interés resulta la conversión de ese poder moderador, que luego se hace “regulador”, y al que un cambio drástico de gabinete, le causa el comienzo del proceso de desintegración del sistema monárquico, según OLIVEIRA VIANA, porque si bien cedió el Partido Liberal al Partido Conservador, no por eso se resintió el espíritu federal y republicano que ya trabajaba en forma decisiva; por eso una actitud de la Cámara, que motivó la disolución de la misma, e hizo aparecer el poder personal, fueron factores que adelantaron el desenlace. Otra etapa fué el surgir del Partido Republicano en 1870, cuya acción acreció hasta 1889, año en que se proclamó la República.

Pero, sin duda, es en los dos extensos capítulos últimos, VII y VIII, donde se analizan los dos regímenes más característicos en la historia reciente del Brasil, y donde el profesor MARTINS FERREIRA, con una documentación cabal, da el mas alto tono a su libro.

El régimen de 1937, que duró ocho años, es “enjuiciado” con serenidad magistral, no obstante haber sido el mismo MARTINS FERREIRA actor en defensa del derecho y las libertades públicas. Explica en claros y vigorosos trazos la organización y funcionamiento de un imitado sistema, sin arraigo verdadero en la conciencia del

pueblo, y menos aún en su natural clase dirigente, educada para el gobierno libre y no personal. Corona el autor su exposición, también magistralmente, con el estudio de la reforma de 1946.

El profesor MARTINS FERREIRA une a su autoridad científica, otra que estimamos de un valor a veces superior, y más aún en estos tiempos, en que el escepticismo y el conformismo han hecho olvidar a muchos un deber esencial, que es el del educador; esa autoridad es la de orden moral, en el sentido cívico. Ya SÉNECA dijo, en substancia, que se educa más con el ejemplo que con las palabras. El maestro que ha escrito el libro del que damos noticia, ha prestado un nuevo servicio a la cultura política de nuestra América, con otro mérito más, que es el de haber cumplido con el precepto pedagógico aquel "*Non multa, sed multum*".

RAFAEL BIELSA.

HÉCTOR CÁMARA, *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Tipográfica Editora Argentina, S. A., Buenos Aires, 1957.

Constituindo-se sociedades em regra se criam pessoas jurídicas de direito privado, de existência distinta da existência de cada um de seus membros.

Estes, dentro daquelas, exercitam atribuições e poderes por via das quais elas se movimentam no mundo comercial e operam no mundo jurídico. Agem em prol delas, para que elas subsistam e prosperem; mas fazem-no sobretudo em seus interesses privados, de molde a auferirem os proventos de sua atividade mercantil ou industrial.

Não são perenes as pessoas jurídicas de direito privado, com a só exceção das fundações, que podem até haver-se como perpétuas, em razão de existirem, na generalidade dos casos, mercê do impulso iniciador dos instituidores e se colocarem sob a égide do Ministério Público a velar por elas.

Tanto que postas em funcionamento, poderão as fundações viver tranquilamente, mercê da boa gestão de seus administradores, a sucederem-se na forma de seus estatutos, sem prejuízo de sua existência.

Não é assim todavia nas sociedades, civis ou comerciais, nestas principalmente, em que a mutação ou substituição de seus membros ou sócios, ou seu falecimento, poderá ferí-las também mortalmente, acarretando-lhes transmutações sensíveis, senão mesmo o seu desaparecimento, pela dissolução e conseqüente liquidação.



Matéria é essa de singular relevância e de consideráveis efeitos, não obstante disciplinada nos códigos e nas leis especiais, que vem de ser estudada, longa e magistralmente, na opulenta monografia — *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, que acaba de publicar em Buenos Aires, o professor HÉCTOR CÁMARA, da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Nacional de Córdoba, na Argentina.

Tendo, ainda há pouco, editado excelente monografia sobre — *Sociedades de economia mixta*, Libreria Editorial Depalma, Buenos Aires, 1954, agora se apresenta com o novo livro, que lhe aumenta a bagagem jurídica e o renome universitário.

Em mais de quinhentas páginas de tipo miúdo e compacto se desenvolve a exposição doutrinária, desdobrada em três partes. Têm-se na primeira parte o estudo da resolução parcial das sociedades mercantis, compreendendo a exclusão e a separação voluntária de sócio; na segunda parte, a dissolução das sociedades mercantis; e, na terceira parte, a liquidação dessas sociedades.

Dado o parentesco entre os códigos comerciais brasileiro e argentino, especialmente no capítulo das sociedades de pessoas e mistas, o livro de HÉCTOR CÁMARA é de muita prestança aos juristas brasileiros; mas não somente por isso, senão também porque a exposição exaustiva da matéria se acha feita com vigor doutrinário digno de relêvo, assim em face do direito argentino como do direito comparado, sem abandonar a contribuição jurisprudencial argentina, que é preciosa.

W. F.

VICENTE MAROTTA RANGEL — *Do conflito entre a Carta das Nações Unidas e os demais acordos internacionais*, 1 vol. in-8.º de 139 p., São Paulo, 1954 (em português) in-*Revue Générale de Droit International Public*, Paris, 1956.

Il existait à ce jour quelques études portant sur divers aspects du problème difficile des conflits entre traités; il n'en existait pas sur le problème plus limité des conflits entre la Charte des Nations Unies et les autres accords internationaux, et surtout, il n'en existait pas de synthèse récente. Cette lacune est aujourd'hui comblée grâce à l'ouvrage remarquable du Professeur Vicente Marotta Rangel.

Comme tout problème de conflit de normes, le problème des conflits entre traités se distingue par sa complexité et les nombreuses difficultés qu'il recèle. Son caractère spécifique exclut toute

assimilation avec les solutions données au même problème par le droit interne (*lex posterior derogat priori, in toto jure genus per speciem derogatur, prior in tempore, potior in jure, principe du respect des droits acquis*). C'est sans doute ce caractère qui explique l'impuissance de la doctrine à dégager une règle générale susceptible d'application universelle.

Avec une grande clarté et une rigueur scientifique indéniable, le Professeur Vicente Marotta Rangel reprend les données du problème en les enrichissant de l'apport, en ce domaine, de la Charte des Nations Unies.

Dans les deux premiers chapitres, l'auteur expose la théorie générale des conflits entre traités. De l'étude du développement des relations interétatiques, il résulte qu'une contradiction peut exister entre une coutume ou un accord verbal, d'une part, un accord écrit, d'autre part. Mais une grande incertitude existe toujours quant au contenu d'une coutume ou d'un accord, verbal. En fait, ce sont les accords écrits qui, de nos jours, donnent lieu à des conflits de normes.

En ce qui concerne la règle de solution du conflit, l'auteur distingue le cas du conflit entre accords de même hiérarchie, le cas du conflit entre accords de hiérarchie différente, et, enfin, la supériorité hiérarchique de la Charte.

De l'examen des conventions du Droit des gens, remarque le Professeur Vicente Marotta Rangel, il résulte que les signataires des traités reconnaissent expressément et déterminent l'existence d'une relation hiérarchique entre les normes qui les régissent. Ainsi, les dispositions du Pacte de la S.D.N. et de la Charte des Nations Unies sont d'une nature constitutionnelle et doivent, par conséquent, prévaloir sur celles des autres accords.

Deux autres chapitres de l'ouvrage sont consacrés au problème particulier de l'incompatibilité des accords internationaux avec la Charte des Nations Unies. Après avoir rappelé les obligations des membres des Nations Unies, l'auteur met en lumière la règle de la nullité des accords incompatibles avec la Charte et aborde la question fort discutée de la compatibilité avec celle-ci, des alliances défensives, notamment des accords concernant la légitime défense collective (N.A.T.O., S.E.A.T.O. etc. .).

La question du contrôle de la compatibilité des accords en générale avec la Charte fait l'objet d'un dernier chapitre. Mettant en relief le laconisme de la Charte sur ce point, l'auteur soutient que

l'examen de ces conflits doit ressortir, normalement, à la compétence de la Cour Internationale de Justice. De plus, il est fait une intéressante suggestion de confier au Secrétariat de l'O.N.U. le pouvoir de solliciter, avant l'enregistrement d'un accord, un avis consultatif de la C.I.J. Ainsi se trouve soulevée, une nouvelle fois, la question de la révision de la Charte.

Au total l'ouvrage du Professeur Vicente Marotta Rangel s'avère solide. Il n'y est jamais traité d'un problème avant que n'aient été soigneusement définis, au préalable, ses termes mêmes (par exemple: un "accord international", une "entente régionale", un "différend", une "situation"). De plus, on y trouve une imposante et utile bibliographie. Il ne fait donc aucun doute que cet ouvrage doive être recommandé au lecteur de langue portugaise.

CAMILO BARCIA TRELLES: *El problema de la alteración del equilibrio en el mundo posbélico*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1955; 457 págs.

El professor Barcia Trelles, Catedrático de Derecho Internacional en la Universidad de Santiago de Compostela, no necesita presentación. Sobradamente es conocida su labor, como conferenciante y colaborador de las principales revistas españolas y numerosas publicaciones extranjeras, como estudioso de la política internacional. Su obra viene, a nuestro entender, calificada por dos premisas incuestionables: una sencillez expositiva unida a la aplicación de un adecuado método lógico de sucesión histórica y un completo conocimiento de épocas pasadas que junto a una acertada previsión en el desarrollo y desenlace de los acontecimientos políticos futuros hacen que sus trabajos sean grandemente sugestivos y extraordinariamente aleccionadores.

Ambas características antes mencionadas, se complementan en esta nueva publicación del profesor Barcia Trelles en que estudia, desde variadas facetas, la situación del mundo político de la post-guerra y las causas que la ocasionaron, publicación que refleja *in extenso* sus explicaciones, en un curso monográfico dado en la Universidad de São Paulo.

La situación de angustia a que abocó la humanidad al finalizar la segunda gran conflagración mundial vino a concretarse en la irresistible tensión política que ocasionó la indeferenciada pers-

pectiva que se denominó “guerra fría”. Numerosos políticos vieron a deducir pragmáticamente que la causa de esta inestabilidad reseñada era la desaparición — o menos radicalmente la alteración — de aquel equilibrio, “balance of power” que hiciera famosa la llamada “pax británica” y que ha hecho desaparecer la actual bipolaridad de poderes.

Representa, por lo tanto, una gran aportación la obra del profesor Barcia Trelles sobre la alteración del equilibrio en el mundo postbélico, puesto que estudia en ella, detalladamente, los problemas palpitantes, todavía sin solución, que surgieron con la fatalista caída de Hitler.

En ella, como se afirma en el epílogo, se pretende ser portadores de una idea básica, de un invariable elemento de referencia que pueda ser utilizado como tabla de valores pero sin pretender ser panegiristas de un sistema cuya preeminencia sólo puede ser realidad en un mundo carente de rumbo.

Partiendo de una acertada y aleccionadora comparación — una cita de Foster Dulles y la reacción acusatoria de Demóstenes contra Filipo — pasa revista el profesor Barcia Trelles a la actual crisis de los imperialismos (tanto más actual con la sangrienta explosión independizadora de Marruecos) considerando los posibles factores de dispersión y aglutinación en Norteamérica y en la Europa Occidental que podrían hacer posibles la resurrección — con la conversión de la Europa Occidental en tercera fuerza mundial — de tan decantado equilibrio político-potencial en el mundo postbélico.

La guerra fría — que no puede considerarse como una tregua puesto que al ser dinámica no comporta la relativa tranquilidad que es inherente a ésta — puede ser prorrogable pero no indefinidamente sostenible: lo que contribuye a su prolongación es que, en el caso de estallar una nueva guerra mundial, la potencia triunfante, fuese Rusia o los Estados Unidos, mandarían en el mundo sin contrapeso alguno y su hegemonía no reconocería límites en el espacio. Esta afirmación sirve al autor como prólogo de un completo estudio sobre todas las consecuencias y posiciones adoptables a que llevaría el conflicto Moscú-Washington, agravado por la existencia detrás de cada potencia de un determinado y excluyente credo doctrinal.

Un fallo obsérvase en la actual política americana: su anemia dialéctica, de perfil negativo, defensora de su estricto anticomunismo; los Estados Unidos “ofrecen a sus posibles aliados la defensa del principio democrático ignorando que la democracia ni es factor

de aglutinación ni artículo de exportación". Concluyése, por lo tanto, que ni Norteamérica ni Rusia por advenir a la historia del mundo occidental cuando éste ya se había adentrado en las complejidades del sistema del equilibrio — pueden restaurar esta desaparecida balanza.

Realiza a continuación el profesor Barcia un detallado estudio de las posibilidades de éxito de la política talasocrática americana, de la tesis staliniana sobre la desarticulación del mercado mundial e inevitabilidad del choque en el mundo capitalista, llegando finalmente al ya mencionado capítulo sobre "imperio e imperialismo" en que nos da una nueva muestra de sus conocimientos históricos con una magnífica interpretación de la improta histórica de los Imperios Romano, Virreinal y Británico.

Adentrarse el autor, más adelante, en el intrincado bosque dialéctico de los factores de aglutinación y dispersión, presentes, tanto, en Norteamérica, como en Europa, así como de las posibilidades de que ésta se constituya en tercera gran potencia que, al hacer desaparecer la bipolaridad de poderes existente, restauraría el equilibrio de fuerzas en el mundo postbélico. Un acierto es necesario hacer resaltar en esta exposición y es que el profesor Barcia Trelles no ha caído en el error — equivocación común en los trabajos a estos temas dedicados de que "los árboles no dejan ver el bosque" —; en efecto, los hechos a que hace referencia y las teorías y enfrentamientos dialécticos que menciona son los imprescindiblemente necesarios para afirmar su exposición estando siempre presentes para el lector su fin y su desarrollo lógico.

Con unas largas consideraciones sobre las actuales posiciones de iniciativa política — que concreta en dos expresiones "revisionismo" y "conformismo" — concluye su exposición sobre "el problema de la alteración del equilibrio en el mundo postbélico", obra actual e interesante, intensa por la importancia y número de las ideas que en ella desarrolla e imprescindible a todo aquel que se interese por la política internacional.

JOAQUÍN DE ENTRAMBASAGUAS.

(Revista de Estudios Políticos n.º 84, — Instituto de Estudios Políticos, Madrid, Noviembre-Diciembre 1955).

## ÍNDICE

### HOMENAGEM

Manuel Pacheco Prates — Vicente Ráo .....	9
---	---

### DOCTRINA

O regime matrimonial de bens supletivo no direito luso-brasileiro — <b>Guilherme Braga da Cruz</b> .....	22
A corrupção eleitoral pelo suborno — <b>Waldemar Ferreira</b> .....	65
A causa nos contratos — <b>Lino de Moraes Leme</b> .....	72
O direito de defesa no inquérito policial — <b>J. Canuto Mendes de Almeida</b> .....	80
O princípio da verdade real — <b>J. Canuto Mendes de Almeida</b> .....	116
A crise do normativismo jurídico e a exigência de uma normati- vidade concreta — <b>Miguel Reale</b> .....	139
Revisão criminal — <b>Vicente de Azevedo</b> .....	159
Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no código de pro- cesso civil — <b>Alfredo Buzaid</b> .....	180
«Cautio damni infecti» — <b>Moacyr Amaral Santos</b> .....	216
Inexistência de impedimentos para inscrição na Ordem dos Advo- gados de doutores e bacharéis pertencentes aos quadros do magistério público — <b>Paulo Carneiro Maia</b> .....	242

### PRELEÇÃO E DISCURSOS

O «robot» e as conseqüências econômico-jurídicas da sua utilização — <b>José Pinto Antunes</b> .....	250
Pacto sobre os direitos do homem — <b>Antônio de Sampaio Dória</b> .....	261
Por três anos até 1955 — <b>Basileu Garcia</b> .....	266

### IN MEMORIAM

Prof. José Ulpiano Pinto de Sousa — <b>Vicente Ráo</b> .....	280
Gabriel de Rezende Filho — <b>Luís Eulálio de Bueno Vidigal</b> ..	296

Em memória do Prof. Benedito de Siqueira Ferreira — Noé Azevedo .....	306
---	-----

### CRÓNICA UNIVERSITÁRIA

Prof. Sylvio Marcondes Machado — Novo catedrático de Direito Comercial .....	320
--	-----

### BIBLIOGRAFIA

História do direito brasileiro, <b>Waldemar Ferreira</b> — Com. Gláucio Veiga .....	328
História do direito constitucional brasileiro, <b>Waldemar Ferreira</b> — Com. Rafael Bielsa .....	337
«Disolución y liquidación de sociedades mercantiles», <b>Héctor Camara</b> — Com. <b>Waldemar Ferreira</b> .....	339
Do conflito entre a carta das Nações Unidas e os demais acordos internacionais, <b>Vicente Marotta Rangel</b> .....	340
«El problema de la alteración del equilibrio en el mundo posbélico», <b>Barcia Trelles</b> — Com. Joaquim de Entrambasaguas .....	342

## TABLE DES MATIÈRES

### HOMMAGE

Manuel Pacheco Prates — Vicente Ráo .....	9
---	---

### DOCTRINE

Le régime matrimonial de biens supplétif dans le droit portugais et brésilien — <b>Guilherme Braga da Cruz</b> .....	22
La corruption électorale par la subornation — <b>Waldemar Ferreira</b> .....	65
La cause dans les contrats — <b>Lino de Morais Leme</b> .....	72
Le droit de défense dans l'enquête policière (information crimi- nelle) — <b>J. Canuto Mendes de Almeida</b> .....	80
Le principe de la vérité réelle — <b>J. Canuto Mendes de Almeida</b> ...	116
La crise du normativisme juridique et l'exigence d'une normati- vité concrète — <b>Miguel Reale</b> .....	139
Révision criminelle — <b>Vicente de Azevedo</b> .....	159
Essai pour une révision du système des voies de recours dans le Code de Procédure Civile — <b>Alfredo Buzaid</b> .....	180
«Cautio damni infecti» — <b>Moacyr Amaral Santos</b> .....	216
Inexistence d'empêchements pour l'inscription à l'Ordre des Avocats de docteurs et de bacheliers appartenant aux cadres de l'en- seignement public — <b>Paulo Carneiro Maia</b> .....	242

### PRELECTION ET DISCOURS

Le robot et les conséquences économo-juridiques de son utilisation — <b>José Pinto Antunes</b> .....	250
Pacte des droits de l'homme — <b>Antônio de Sampaio Dória</b> .....	261
Pendant trois ans, jusqu'à 1955 — <b>Basileu Garcia</b> .....	266

### IN MEMORIAM

Prof. José Ulpiano Pinto de Sousa — <b>Vicente Ráo</b> .....	280
Gabriel de Rezende Filho — <b>Luís Eulálio de Bueno Vidigal</b> ....	296



<b>A la mémoire du Professeur Benedito de Siqueira Ferreira — Noé Azevedo</b> .....	<b>306</b>
---	------------

**CHRONIQUE UNIVERSITAIRE**

<b>M. Sylvio Marcondes Machado — Nouveau Professeur de Droit Commercial</b> .....	<b>320</b>
---	------------

**BIBLIOGRAPHIE**

<b>Histoire du droit brésilien, Waldemar Ferreira — Commentaire par Gláucio Veiga</b> .....	<b>328</b>
<b>Histoire du droit constitutionnel brésilien, Waldemar Ferreira — Commentaire par Rafael Bielsa</b> .....	<b>337</b>
<b>Dissolution et liquidation des sociétés commerciales, Héctor Camara — Commentaire par Waldemar Ferreira</b> .....	<b>339</b>
<b>Du conflit entre la Charte des Nations Unies et les autres accords internationaux, Vicente Marotta Rangel</b> .....	<b>340</b>
<b>Le problème du changement de l'équilibre dans le monde d'après guerre, Barcia Trelles — Commentaire par Joaquim de Entrambasaguas</b> .....	<b>342</b>

# INDEX

## HOMAGE

Manuel Pacheco Prates — Vicente Ráo .....	9
---	---

## DOCTRINE

The suppletive regimen of matrimonial possessions in the Portuguese-Brazilian law — <b>Guilherme Braga da Cruz</b> .....	22
The electoral corruption by bribery — <b>Waldemar Ferreira</b> .....	65
The cause in the contracts — <b>Lino de Moraes Leme</b> .....	72
The right of defense in the inquests of the police — <b>J. Canuto Mendes de Almeida</b> .....	80
The principle of the real truth — <b>J. Canuto Mendes de Almeida</b> .....	116
The crisis of the legal normativism and the need of a concrete normativity — <b>Miguel Reale</b> .....	139
Criminal revision — <b>Vicente de Azevedo</b> .....	159
Essay for a revision of the appeal system in the Civilian Processual Code — <b>Alfredo Buzaid</b> .....	180
«Cautio damni infecti» — <b>Moacyr Amaral Santos</b> .....	216
Inexistence of obstacles for the inscription in the lawyer's order of doctors and bachelors belonging, to the list of public magistrery — <b>Paulo Carneiro Maia</b> .....	242

## LECTURE AND SPEECH

The «robot» and the legal-economical results of its utilization — — <b>José Pinto Antunes</b> .....	250
Agreement about the rights of men — <b>Antônio de Sampaio Dória</b> .....	261
For three years up to 1955 — <b>Basileu Garcia</b> .....	266

## IN MEMORIAM

Prof. José Ulpiano Pinto de Sousa — <b>Vicente Ráo</b> .....	280
--	-----

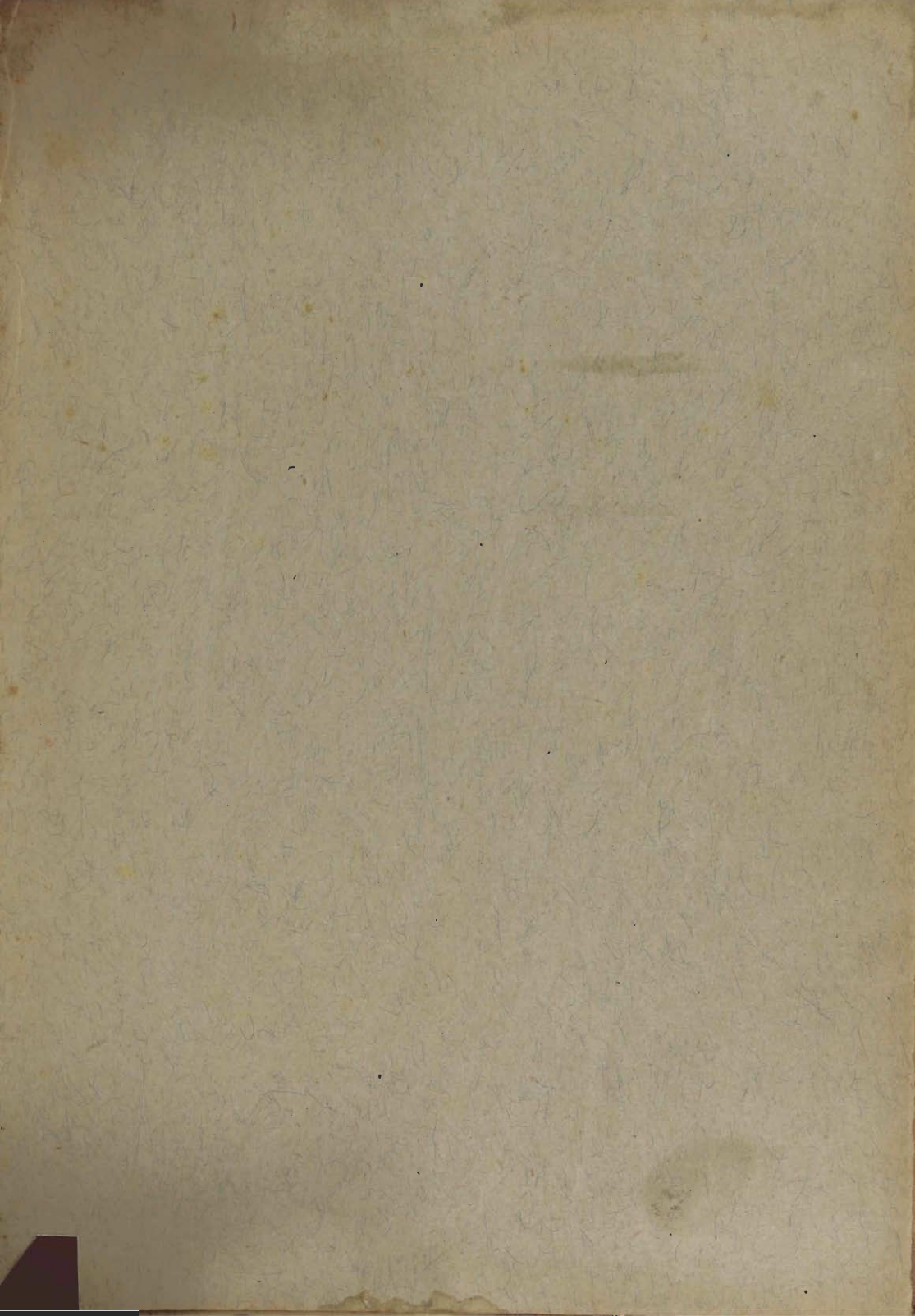
<b>Gabriel de Rezende Filho — Luís Eulálio de Bueno Vidigal</b> ....	<b>296</b>
<b>In memory of professor Benedito de Siqueira Ferreira — Noé Azevedo</b> .....	<b>306</b>

**UNIVERSITY CHRONICLE**

<b>Prof. Sylvio Marcondes Machado — Commercial law new Professor</b>	<b>320</b>
--	------------

**BIBLIOGRAPHY**

<b>History of the Brazilian law, Waldemar Ferreira — Commentary by Gláucio Veiga</b> .....	<b>328</b>
<b>History of the Brazilian Constitutional law, Waldemar Ferreira — Commentary, by Rafael Bielsa</b> .....	<b>337</b>
<b>Dissolution and liquidation of mercantile association, Héctor Camara — Commentary by Waldemar Ferreira</b> .....	<b>339</b>
<b>On the conflict between the United Nation's bills, and the further international agreements, Vicente Marotta Rangel</b> .....	<b>340</b>
<b>The problem of the equilibrium alteration in the post-war world, Barcia Trelles — Commentary by Joaquim de Entrambasaguas</b>	<b>342</b>





## ORIENTAÇÕES PARA O USO

Esta é uma cópia digital de um documento (ou parte dele) que pertence a um dos acervos que fazem parte da Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP. Trata-se de uma referência a um documento original. Neste sentido, procuramos manter a integridade e a autenticidade da fonte, não realizando alterações no ambiente digital – com exceção de ajustes de cor, contraste e definição.

**1. Você apenas deve utilizar esta obra para fins não comerciais.** Os livros, textos e imagens que publicamos na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP são de domínio público, no entanto, é proibido o uso comercial das nossas imagens.

**2. Atribuição.** Quando utilizar este documento em outro contexto, você deve dar crédito ao autor (ou autores), à Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP e ao acervo original, da forma como aparece na ficha catalográfica (metadados) do repositório digital. Pedimos que você não republique este conteúdo na rede mundial de computadores (internet) sem a nossa expressa autorização.

**3. Direitos do autor.** No Brasil, os direitos do autor são regulados pela Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998. Os direitos do autor estão também respaldados na Convenção de Berna, de 1971. Sabemos das dificuldades existentes para a verificação se uma obra realmente encontra-se em domínio público. Neste sentido, se você acreditar que algum documento publicado na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP esteja violando direitos autorais de tradução, versão, exibição, reprodução ou quaisquer outros, solicitamos que nos informe imediatamente ([dtsibi@usp.br](mailto:dtsibi@usp.br)).